



Sandra Cristina Farinha Abrantes Passinhas Videira

Propriedade e personalidade no Direito Civil português

Tese de Doutoramento em Direito, na Especialidade de Ciências Jurídico-Civilísticas, orientada pelo Professor Doutor Diogo Leite de Campos e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Agosto/2014



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO

Sandra Passinhas

Propriedade e Personalidade no Direito Civil Português

Tese de Doutoramento em Direito, na especialidade de
Ciências Jurídico-Civilísticas, orientada pelo
Professor Doutor Diogo Leite de Campos e apresentada à
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

A G O S T O
2014

Para o Rui e para o Zé Pedro,
por tudo....

À minha avó, Maria do Carmo,
in memoriam

“E como começo de caminho
quero a unimultiplicidade
onde cada homem é sozinho
a casa da humanidade”

Unimultiplicidade, Ana Carolina

RESUMO

A tese que agora apresentamos parte da relação entre a propriedade e a constituição da personalidade. Embora esta ligação nos tenha sido sugerida há longo tempo por vários filósofos, só nos últimos anos se verificou um aprofundamento da investigação ao nível das ciências sociais sobre este tema, e a experiência empírica veio confirmar o que já há muito se intuía: certos objectos são constitutivos da personalidade, na medida em que permitem ao ser humano desenvolver-se na sua individualidade e apresentar-se socialmente com uma identidade específica. O que nós procurámos, no trabalho que agora apresentamos, foi averiguar se esta premissa era importante para o Direito Civil e, em particular, se seria susceptível de fundamentar uma diferente afectação de direitos reais, ou, dito de outro modo, se estes, em virtude da sua ligação à personalidade, são merecedores de uma especial tutela do Direito.

Começámos, pois, por analisar se essa ligação entre propriedade e personalidade era já reconhecida pelo ordenamento jurídico português. Ao nível infraconstitucional, encontrámos várias soluções legislativas que reconhecem e sancionam essa ligação, quer no Direito Civil (o regime dos bens incommunicáveis, o direito à não caça, a protecção da casa de morada de família, o regime de certas disposições patrimoniais como, por exemplo, a instituição de fundações, as doações sujeitas a condição ou os legados pios), quer no Direito Processual Civil (o regime das impenhorabilidades e o direito de remição), quer no Direito Penal (a sistematização resultante da Reforma de 1995). Mas, também ao nível constitucional, verificámos que o *indirizzio* constitucional dirigido ao legislador leva em si a orientação de conformação do regime da propriedade “nos termos da constituição”. Esta locução não pode ser entendida num sentido necessariamente limitativo, mas abrange igualmente uma dimensão positiva ou de integração dos outros valores constitucionalmente reconhecidos. Uma leitura sistemática do artigo 62.º da CRP obrigará, pois, o intérprete a tomar em consideração o diálogo entre o direito de propriedade e os outros direitos constitucionalmente reconhecidos, como,

por exemplo, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Assim sendo, e embora a tese agora apresentada não seja uma tese sobre a justificação da propriedade privada, entendemos que a ligação entre propriedade e personalidade tem de ser tomada em conta, quer pelo legislador, ao definir o regime legal da propriedade, quer pelo juiz, ao decidir sobre a resolução de conflitos resultantes da colisão do exercício de direitos. O passo seguinte foi, pois, verificar se isso tem acontecido no âmbito do Direito Civil.

Nesse sentido, começámos por analisar, em primeiro lugar, se o legislador tem tomado em consideração a ligação entre propriedade e personalidade na área do Direito da Família. A resposta foi negativa em vários aspectos do regime do casamento e da união-de-facto. Em segundo lugar, debruçámo-nos sobre a questão da discriminação na escolha da contraparte negocial. Apesar da legislação antidiscriminação aprovada recentemente, *et pour cause*, defendemos que sempre que esteja em causa uma afectação da propriedade, e essa afectação caiba no âmbito da relação entre propriedade e personalidade, a autonomia do proprietário e a reserva que a propriedade lhe confere devem ser fortemente tuteladas. Em termos metodológicos, em oposição à ponderação tradicional entre direito à liberdade contratual e direito à igualdade, sugerimos que, no balanceamento dos vários direitos em presença, sejam tomados em conta o direito à liberdade contratual, o direito a não ser discriminado e o direito de propriedade. Por último, analisámos o artigo 335.º do CC, e verificámos que a ligação da propriedade à personalidade, quando exista, compromete a dicotomia aí implícita entre direitos patrimoniais e direitos pessoais. A tarefa do julgador, no caso concreto, e esbatidos os contornos da distinção rígida acima referida, será procurar uma solução que tome em consideração o direito pessoal de uma das partes, mas igualmente o direito de propriedade da outra e, especialmente, a intensidade da ligação da propriedade em causa com a pessoa do seu titular.

ABSTRACT

This thesis takes into consideration the relationship between property and personhood, mainly, the premise that to achieve proper self-development – to be a person – an individual needs some control over resources in the external environment. This premise has been subject to deep investigation in the last forty years, and social sciences have provided empirical evidence that people become personally attached to some types of property. Such an insight might have significant impact on legal analysis, and on the schemes of property entitlement. A property right that is personal, in the sense that it allows the holder to become a fully developed person in the context of our society, should be strongly protected.

The Portuguese legal system does not ignore that relationship. On the contrary, it can be assigned as a ground for several legal solutions in force, both at an infra-constitutional level (Civil Law, Civil Procedural Law, and Criminal Law) and at the Constitution (namely Article 62 of the Portuguese Constitution, read in conjunction with Article 26).

Although not a work about justification of property, this thesis claims that the connection between property and personality should serve as a source of values for justifying or criticizing current law, and for solving property disputes in the field of Civil Law. With those normative concerns in mind, it will, firstly, be described and critically analyzed how the legislator has restricted property rights to promote family interests. Secondly, it will be discussed the issue of discrimination on the choice of a contractual party. It will be argued that the greatest legal solicitude should be given to property in what it ensures self-determination and, therefore, the legal freedom to choose a contractual party cannot be overridden. Against the traditional thesis on the balancing of freedom of contract with the right not to be discriminated, it will be suggested that the dialogue should also involve the property rights at stake. Finally, this thesis advocates that conflicts between personal rights and property rights might need a different approach. In fact, some property rights are so closely identified with personhood that they prevent the sharp distinction assumed by Article 335 of the Portuguese Civil Code, on collision of rights, between property and personal rights.

In sum, the main claim of this thesis is that, where it can be ascertained that a given property right is personal, it should take precedence over other interests.

Índice Geral

Capítulo I	
Propriedade e personalidade: ligações no ordenamento jurídico infraconstitucional	43
Capítulo II	
Propriedade e personalidade: a questão constitucional	119
Capítulo III	
Propriedade e família(s)	181
Capítulo IV	
Propriedade e escolha da contraparte negocial	269
Capítulo V	
Propriedade <i>versus</i> personalidade: a colisão de direitos	375
Conclusões	427

Siglas e Abreviaturas

- AAFDL — *Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa*
Ac. — *Acórdão*
AcP — *Archiv für die civilistische Praxis*
AG — *Advogado-Geral*
Am. J. Com. L. — *American Journal of Comparative Law*
BCE — *Boletim de Ciências Económicas*
BFD — *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*
BIRD — *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"*
BMJ — *Boletim do Ministério da Justiça*
B. U. L. Rev. — *Boston University Law Review*
Cal. L. Rev. — *California Law Review*
Cal. W. L. Rev. — *California Western Law Review*
Can. J. L. & Jurisprudence — *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*
Cardozo L. Rev. — *Cardozo Law Review*
CDADC — *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos*
CDF — *Centro de Direito da Família da Universidade de Coimbra*
CDFUE — *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*
CEDH — *Convenção Europeia para a protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, aprovada a 4 de Novembro de 1950*
Chi.-Kent L. Rev. — *Chicago-Kent Law Review*
CIRE — *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*
CMLJ — *Common Market Law Journal*
CMLRev — *Common Market Law Review*
Code — *Código Civil francês*
Codice — *Código Civil italiano*
Colum. J. Eur. L. — *Columbia Journal of European Law*
Colum. J. Transnat'l L. — *Columbia Journal of Transnational Law*
Colum. L. Rev. — *Columbia Law Review*
Cornell L. Rev. — *Cornell Law Review*

CPC	–	<i>Código de Processo Civil</i>
CRP	–	<i>Constituição da República Portuguesa</i>
CSC	–	<i>Código das Sociedades Comerciais</i>
CUP	–	<i>Cambridge University Press</i>
DUDH	–	<i>Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada na ONU a 10 de Dezembro de 1948</i>
Duke L. J.	–	<i>Duke Law Journal</i>
EBLR	–	<i>European Business Law Review</i>
Eur. dir. priv.	–	<i>Europa e diritto privato</i>
E.H.R.L.J.	–	<i>European Human Rights Law Journal</i>
E.H.R.L.R.	–	<i>European Human Rights Law Review</i>
ERPL	–	<i>European Review of Private Law</i>
EuConst		<i>European Constitutional Law Review</i>
EuZW		<i>Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht</i>
Fam. L. Q.		<i>Family Law Quarterly</i>
Fordham Urb. L. J.	–	<i>The Fordham Urban Law Journal</i>
Ga. St. U. L. Rev		<i>Georgia State University Law Review</i>
Geo. L. J.	–	<i>The Georgetown Law Journal</i>
GG	–	<i>Grundgesetzes</i>
Giur. it.	–	<i>Giurisprudenza Italiana</i>
Harv. Envtl. L. Rev.	–	<i>The Harvard Environmental Law Review</i>
Harvard Int'l L. J.	–	<i>Harvard International Law Journal</i>
Harv. L. Rev.	–	<i>Harvard Law Review</i>
Hous. L. Rev.	–	<i>Houston Law Review</i>
Hum. Rts. L. J.	–	<i>Human Rights Law Journal</i>
IBDFAM	–	<i>Instituto Brasileiro de Direito da Família</i>
IGC	–	<i>Ius Gentium Conimbrigae da Universidade de Coimbra</i>
Int'l J. Cons. L.	–	<i>International Journal of Constitutional Law</i>
J. Consumer Res.	–	<i>Journal of Consumer Research</i>
J.C.L.	–	<i>The Journal of Corporation Law</i>
J. Legal Stud.		<i>Journal of Legal Studies</i>
J. Land Use & Envtl. L.	–	<i>Journal of Land Use and Environmental Law</i>
Jo. Pol. Econ.	–	<i>Journal of Political Economy</i>
JZ		<i>Juristenzeitung</i>
Law & Soc. Inquiry	–	<i>Law and Society Inquiry</i>
Lav. e dir.	–	<i>Lavoro e diritto</i>
LIEI	–	<i>Legal Issues of European Integration</i>
L.Q.R.	–	<i>Law Quarterly Review</i>
Maastricht J. Eur. & Comp. L.	–	<i>Maastricht Journal of European and Comparative Law</i>
Mich. L. Rev.	–	<i>Michigan Law Review</i>
Minn. Law Review		<i>Minnesota Law Review</i>
Mod. L. Rev.	–	<i>Modern Law Review</i>
Nw. U. L. Rev.	–	<i>Northwestern University Law Review</i>
Notre Dame L. Rev.	–	<i>Notre Dame Law Review</i>

- N.Y.U. L. Rev. — *New York University Law Review*
 Or. L. Rev. — *Oregon Law Review*
 OUP — *Oxford University Press*
 Pace Env'tl. L. Rev. — *Pace Environmental Law Review*
 Penn St. L. Rev. — *Penn State Law Review*
 RDP — *Revue du Droit Public*
 Rev. der. priv. — *Revista de Derecho Privado*
 Rev. trim. dir. civ. — *Revue Trimestrielle de Droit Civil*
 RFDC — *Revista Fórum de Direito Civil*
 RFDUL — *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*
 RFDUP — *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*
 Riv. crit. dir. priv. — *Rivista Critica del Diritto Privato*
 Riv. dir. civ. — *Rivista del Diritto Civile*
 Riv. dir. comm. — *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*
 Riv. trim. dir. proc. civ. — *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*
 Riv. trim. dir. pubbl. — *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*
 RJUA — *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*
 RLJ — *Revista de Legislação e de Jurisprudência*
 RMP — *Revista do Ministério Público*
 ROA — *Revista da Ordem dos Advogados*
 Roger Williams U. L. Rev. — *Roger Williams University Law Review*
 Rutgers L. Rev. — *Rutgers Law Review*
 S. Cal. L. Rev. — *Southern California Law Review*
 Santa Clara L. Rev. — *Santa Clara Law Review*
 Stan. Env'tl. L. J. — *Stanford Environmental Law Journal*
 Stan. L. Rev. — *Stanford Law Review*
 STJ — *Supremo Tribunal de Justiça*
 Syracuse J. Int'l L. & Com. — *Syracuse Journal of International Law and Commerce*
 TC — *Tribunal Constitucional*
 Tex. L. Rev. — *Texas Law Review*
 TFUE — *Tratado sobre o funcionamento da União Europeia*
 Theoretical Inq. L. — *Theoretical Inquiries in Law*
 Theory & Soc'Y — *Theory and Society*
 TRC — *Tribunal da Relação de Coimbra*
 TRE — *Tribunal da Relação de Évora*
 TRG — *Tribunal da Relação de Guimarães*
 TRL — *Tribunal da Relação de Lisboa*
 TRP — *Tribunal da Relação do Porto*
 TUE — *Tratado da União Europeia*
 Tul. L. Rev. — *Tulane Law Review*
 U. Chic. L. Rev. — *The University of Chicago Law Review*
 U. Chi. Legal F. — *University of Chicago Legal Forum*
 U. Cin. L. Rev. — *University of Cincinnati Law Review*
 U. Pa. L. Rev. — *University of Pennsylvania Law Review*

U. Toronto L. J.	–	<i>The University of Toronto Law Journal</i>
Va. J. of Int'l L.	–	<i>Vanderbilt Journal of International Law</i>
Va. L. Rev.		<i>Virginia Law Review</i>
Vand. L. Rev.	–	<i>Vanderbilt Law Review</i>
Wake Forest J. L. & Pol'y	–	<i>Wake Forest Journal of Law & Policy</i>
Wash. & Lee L. Rev.	–	<i>Washington & Lee Law Review</i>
Wash. L. Rev.	–	<i>Washington Law Review</i>
Wash. U. L. Rev.	–	<i>The Washington University Law Review</i>
Wash. U. L. Q.	–	<i>Washington University Law Quarterly</i>
Wm. & Mary L. Rev.	–	<i>William & Mary Law Review</i>
Yale J. L. & Feminism	–	<i>Yale Journal of Law and Feminism</i>
Yale L. J.	–	<i>Yale Law Journal</i>

Introdução: propriedade e personalidade

Somos advertidos por uma longa tradição filosófica de que os objectos são determinantes no desenvolvimento do indivíduo. HEGEL, na sua obra *Princípios da Filosofia do Direito*¹, desenvolveu uma teoria da *propriedade* intimamente ligada à *personalidade*, através de uma noção de autonomia ou liberdade *em sentido positivo* que está *logicamente* ligada à propriedade sobre objectos externos². A *pessoa* de HEGEL começa por ser uma entidade abstracta e autónoma³, titular de um *direito abstracto* - que enquanto categoria ontológica não se mostra capaz de fornecer o conteúdo para a fundamentação da vontade e que apenas concede critérios limitados ou restritos para essa mesma funda-

¹ Utilizamos HEGEL, *Princípios da Filosofia do Direito*, trad. de Orlando Vitorino, 4.^a edição, Guimarães Editores, Lisboa, 1990.

² JOACHIM RITTER, “Person and Property in Hegel’s *Philosophy of Right* (§§34-81)”, in ROBERT B. PIPPIN e OTFRIED HÖFFE, *Hegel on Ethics and Politics*, CUP, 2004, pág. 106. Note-se que o sujeito de Hegel é “*self-defining*” - já não surge definido por referência a uma ordem cósmica -, com sentido de controlo sobre o mundo, primeiro intelectual e depois tecnológico, distinguindo-se, portanto, quer dos epicurianos, quer dos cépticos. Cfr. CHARLES TAYLOR, *Hegel*, CUP, 1975, pág. 6.

³ Em nota ao §35 pode ler-se: “A *personalidade* só começa quando o sujeito tem consciência de si, não como um eu simplesmente concreto e de qualquer maneira determinado, mas sim de um eu puramente abstracto e no qual toda a limitação e valores concretos são negados e invalidados”. No §36(1) Hegel esclarece-nos: “É a *personalidade* que principalmente contém a capacidade do direito e constitui o fundamento (ele mesmo abstracto) do direito abstracto, por conseguinte formal. O imperativo do direito é portanto: *sê uma pessoa e respeita os outros como pessoas*”. Sobre a personalidade como condição necessária de todos os direitos, ver MICHAEL QUANTE, “‘The Personality of the Will’ as the Principle of Abstract Right: An Analysis of §§34-40 of Hegel’s *Philosophy of Right* in Terms of the Logical Structure of the Concept”, em ROBERT B. PIPPIN e OTFRIED HÖFFE, *Hegel on Ethics and Politics*, CUP, 2004, pág. 82. A personalidade é a *determinação da liberdade* (§37). A vontade do sujeito, vontade individual, encerrada em si mesma (§34), tem como particularidade “*um momento da consciência do querer no seu todo*” (§37). A vontade é a actividade que suprime a limitação da personalidade como objectiva e “*a si mesma se dá a realidade ou, o que é o mesmo, que afirma essa sua existência como exterior*”. Ver MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*, Almedina, Coimbra, 2007, págs. 549 e ss.

mentação⁴ - e, por definição, desprovida de características individualizadoras⁵: compromissos e traços de personalidade, memórias pessoais e planos de futuro, relações com outras pessoas e com o mundo exterior. Porque a *pessoa* na concepção de HEGEL é uma *unidade abstracta de autonomia*, não tem existência concreta até agir no mundo externo. A personalidade da vontade é, pois, o momento de liberdade autoconsciente, a passagem de um momento de universalidade para um momento de particularidade ou diferenciação e enriquecimento⁶. No § 41 lê-se: “*Deve a pessoa dar-se um domínio exterior⁷ para a sua liberdade a fim de existir como ideia. Porque nesta primeira determinação, ainda completamente abstracta, a pessoa é a vontade infinita em si e para si*” mas o que pode constituir o domínio da sua liberdade “*determina-se como o que é imediatamente diferente e separável*”⁸. Só através das relações com os objectos exteriores a pessoa caminha da autonomia abstracta para o seu pleno desenvolvimento no contexto da família e do

⁴ Cfr. DUDLEY KNOWLES, “Hegel on Property and Personality”, *The Philosophical Quarterly* 33 (1983), pág. 49, e MICHAEL QUANTE, “‘The Personality of the Will’ as the Principle of Abstract Right: An Analysis of §§34-40 of Hegel’s *Philosophy of Right* in Terms of the Logical Structure of the Concept”, em ROBERT B. PIPPIN e OTFRIED HÖFFE, *Hegel on Ethics and Politics*, CUP, 2004, pág. 93.

⁵ Como claramente resulta do §34, para HEGEL: “*A vontade livre em si e para si, tal como se revela no seu conceito abstracto, faz parte da determinação específica do imediato. Neste grau, é ela realidade actual que nega o real e só consigo apresenta uma relação abstracta. É a vontade do sujeito, vontade individual, encerrada em si mesma.*” E no §35: “*Nesta vontade livre para si, o universal, ao apresentar-se como formal, é a simples relação, consciente de si embora sem conteúdo, com a sua individualidade própria. Assim é o sujeito uma pessoa*”. A pessoa de HEGEL é a mesma de KANT: um instrumento para princípios abstractos universais. Ainda assim, a teoria da propriedade de HEGEL é apenas a primeira parte de uma progressão lógica e histórica de unidades abstractas de autonomia para indivíduos desenvolvidos no contexto de uma certa comunidade, a família ou o Estado. Movendo a pessoa do conjunto abstracto de direitos para o mundo de indivíduos concretos, e ainda que HEGEL não use a palavra pessoa com esse sentido, a sua teoria pode ser consistente com uma ideia de propriedade pessoal. Como HEGEL adianta na nota ao §45, a propriedade aparece como um meio, pois a liberdade só se realiza quando a vontade do indivíduo reúne e se expressa como parte de uma ordem ética objectiva – um espírito absoluto incorporado no Estado. Para uma análise crítica das duas filosofias, ver, por todos, ALFREDO POGGI, “La filosofia giuridica di Hegel”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* XV (1935), págs. 42 e ss.

A principal diferença entre as teorias de LOCKE e HEGEL é que para LOCKE a fonte de *entitlement* é o trabalho, enquanto que esse título, para HEGEL, é a vontade (Cfr. o §44: “*Tem o homem o direito de situar a sua vontade em qualquer coisa; esta torna-se, então, e adquire-a como fim substancial [que em si mesma não possui], como destino e como alma, a minha vontade*”. [MARGARET JANE RADIN, “Property and Personhood”, *Stan. L. Rev.* 34 (1983), pág. 973, nota 55, sugere que a expressão “*minha vontade*”, em vez de “*a vontade do homem*” reflecta precisamente a transformação da pessoa abstracta na individualidade concreta, provocada pela incorporação da vontade]. O indivíduo de LOCKE tem um direito natural à propriedade e uma ampla liberdade negativa relativamente a esse direito. A importância histórica desta distinção entre liberdade negativa e positiva é que os descendentes intelectuais de HEGEL tendem a considerar a propriedade como um direito de base social, ao passo que os seguidores de LOCKE permanecem individualistas. Sobre a distinção entre a concepção de Hegel da autoconsciência como personalidade e os pensamentos de LOCKE (HEGEL não estava especialmente interessado nas condições para a criação da identidade pessoal) e de KANT (HEGEL não aceitava a separação do aspecto formal da autoconsciência do conceito de pessoa como uma categoria da filosofia prática), ver MICHAEL QUANTE, “‘The Personality of the Will’ as the Principle of Abstract Right: An Analysis of §§34-40 of Hegel’s *Philosophy of Right* in Terms of the Logical Structure of the Concept”, em ROBERT B. PIPPIN e OTFRIED HÖFFE, *Hegel on Ethics and Politics*, CUP, 2004, pág. 91.

⁶ Cfr. MICHAEL QUANTE, “‘The Personality of the Will’ as the Principle of Abstract Right: An Analysis of §§34-40 of Hegel’s *Philosophy of Right* in Terms of the Logical Structure of the Concept”, em ROBERT B. PIPPIN e OTFRIED HÖFFE, *Hegel on Ethics and Politics*, CUP, 2004, pág. 81, e DUDLEY KNOWLES, “Hegel on Property and Personality”, *The Philosophical Quarterly* 33 (1983), pág. 57.

⁷ Sobre o significado de “*dar-se em domínio exterior*”, ver CHARLES TAYLOR, *Hegel*, CUP, 1975, pág. 44.

⁸ Em relação à acção concreta e aos factos da *Moralität* e da *Sittlichkeit*, “*o Direito abstracto apenas constitui uma possibilidade perante o conteúdo deles*” (cfr. §38). Vide DANIEL I. A. COHEN, “On Property as Self”, *Journal of Psychiatry & Law* 26 (1998), pág. 12, sobre o modo como a pessoa ganha liberdade através do uso das coisas, num fenómeno de incorporação (*embodiment*).

Estado. Daqui HEGEL conclui que a pessoa só se torna um sujeito real através da propriedade de algo externo: “*Alguma coisa há que o eu tem submetida ao seu poder exterior. Isso constitui a posse; e o que constitui o interesse particular dela reside nisso de o eu se apoderar de alguma coisa para a satisfação das suas exigências, dos seus desejos e do seu livre arbítrio. Mas é aquele aspecto pelo qual eu, como vontade livre, me torno objectivo para mim mesmo na posse e, portanto, pela primeira vez real, é esse aspecto que constitui o que há naquilo de verídico e de jurídico, a definição da propriedade*”⁹. Assim, na construção hegeliana, a liberdade tem na propriedade a sua primeira existência¹⁰ e o seu fim essencial¹¹. A propriedade, materializada como uma relação ontológica¹², existe apenas em virtude do poder e da essência da pessoa livre.

Todavia, foi o artigo de MARGARET JANE RADIN, *Property and Personhood*¹³, que

⁹ Cfr. §45. A propriedade de algo externo, a incorporação, será o objectivo da pessoa enquanto entidade abstracta. Relembre-se os §44: “*Tem o homem o direito de situar a sua vontade em qualquer coisa; esta torna-se, então, e adquire-a como fim substancial (que em si mesma não possui), como destino e como alma, a minha vontade*” e §46: “*É a minha vontade pessoal, e portanto como individual, que se torna objectiva para mim na liberdade*”. Sobre o legado de HEGEL para a compreensão filosófica actual da propriedade e privada, MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*, Almedina, Coimbra, 2007, págs. 631 e ss.

¹⁰ A teoria de HEGEL é uma teoria de apropriação; a vontade do dono deve estar presente no objecto, mas não é suficiente: “*Para a propriedade como existência da personalidade, não são suficientes a minha representação interior e a minha vontade de que algo deva ser meu, mas é ainda preciso um acto de posse. A existência que esta vontade assim adquire, implica a sua possibilidade da sua manifestação a outrem*” (§51). Ao contrário de LOCKE e da sua teoria da apropriação, a ocupação em HEGEL não dá origem a um direito inicial que tenha uma validade permanente. É necessária uma ocupação *contínua* para manter uma relação de propriedade entre a pessoa e a coisa, por causa da “*necessidade de que a vontade se manifeste para ter alguma coisa*” (nota ao §64). E no §64, *in fine*: “*tal presença, que é o uso, a utilização ou qualquer outra manifestação da vontade, produz-se no tempo. Deste ponto de vista, a objectividade exige que tal manifestação se perpetue. Sem ela, a coisa, como que abandonada pelo querer e pela posse efectiva, fica sem dono: perco ou adiro a propriedade por prescrição*”. Esta assumpção tem permanecido válida para alguns juristas. OLIVER WENDELL HOLMES, “The Path of The Law”, *Harv. L. Rev.* 10 (1996), pág. 477, defendeu que: “*uma coisa que foi gozada e usada como própria durante muito tempo... ganha raízes no seu ser e não pode ser retirada*” e, alguns autores, como JEFFREY EVANS STAKE, “The Uneasy Case for Adverse Possession”, *Geo. L. J.* 89 (2001), págs. 2460 e ss., usam o conceito da *loss aversion* para justificar o instituto da usucapião.

¹¹ Para percebermos porque é que HEGEL considera que a propriedade é apenas a primeira existência da liberdade, temos de ter em conta a estrutura do Princípios da Filosofia do Direito e a própria noção hegeliana de liberdade. O livro *Princípios da Filosofia do Direito* está dividido numa Introdução e três partes dedicadas, respectivamente, ao direito abstracto (1.ª parte), à moralidade subjectiva (2.ª parte) e à moralidade objectiva (3.ª parte). A primeira parte trata das relações entre os indivíduos vistos como pessoas ou entidades autónomas e abstractas com autonomia no contexto da propriedade, dos contratos e do crime. A segunda parte considera os indivíduos enquanto entidades subjectivas com consciência que os orienta para a sua própria concepção de bem. A terceira parte analisa os indivíduos integrados numa ordem ética objectiva, que consiste no costume, na história e no espírito da nação. A discussão abrange a família, a sociedade civil e o Estado. Hegel defende que a liberdade se realiza apenas quando a vontade individual se reúne e se expressa como parte da ordem ética objectiva – um espírito absoluto (*Geist*) incorporado pelo Estado. Para HEGEL, a verdadeira liberdade (não a do estágio inicial) depende da assunção de um papel adequado num Estado propriamente desenvolvido. Cfr. HERBERT MARCUSE, *Reason and Revolution: Hegel and the Rise of Social Theory*, 2.ª ed., Routledge & Kegan Paul Ltd, 1955, pág. 200 e ss.; J. N. FINDLAY, *Hegel – A Re-Examination*, Gregg Revivals, 1993 [1958], págs. 288 e ss.; RICHARD TEICHGRAEBER, “Hegel on Property and Poverty”, *Journal of the History of Ideas* 38 (1977), págs. 47-48; JOACHIM RITTER, “Person and Property in Hegel’s *Philosophy of Right* (§§34-81)”, in ROBERT B. PIPPIN e OTFRIED HÖFFE, *Hegel on Ethics and Politics*, CUP, 2004, pág. 115; e SHLOMO AVINERI, *Hegel’s Theory of the Modern State*, CUP, 1974, pág. 88. Sobre a Filosofia do Direito como a “*filosofia do Direito Civil positivo*”, ver HENRIQUE SEIXAS MEIRELES, *Marx e o Direito Civil (Para a crítica histórica do paradigma civilístico)*, Separata do BFD, Coimbra, 1990, págs. 405 e ss.

¹² HERBERT MARCUSE, *Reason and Revolution: Hegel and the Rise of Social Theory*, 2.ª ed., Routledge & Kegan Paul Ltd, 1955, pág. 193.

¹³ MARGARET JANE RADIN, “Property and Personhood”, *Stan. L. Rev.* 34 (1983), págs. 957-1015.

fundou sistematicamente a *teoria (intuitiva) da personalidade* como uma fonte de valores a considerar na resolução de conflitos entre direitos sobre coisas e, ou, como critério justificador ou instrumento de crítica do direito vigente. Esta obra tornou-se num dos artigos mais citados na matéria¹⁴, e a teoria aí desenvolvida obteve acolhimento e veio a ser tratada por inúmeros autores, no âmbito dos direitos das coisas e da teoria da propriedade¹⁵.

¹⁴ Cfr. FRED R. SHAPIRO, “The Most-Cited Law Review Articles Revisited”, *Chi.-Kent L. Rev.* 71 (1996), págs. 751 e ss.

¹⁵ BRUCE ACKERMAN, “Liberating Abstraction”, *U. Chi. L. Rev.* 59 (1992), págs. 317-348, GREGORY S. ALEXANDER, “Property as a Fundamental Constitutional Right? The German Example”, *Cornell L. Rev.* 88 (2003), págs. 733-778, e “Dilemmas of Group Autonomy: Residential Associations and Community”, *Cornell L. Rev.* 75 (1989), págs. 1-61, GREGORY S. ALEXANDER e EDUARDO M. PEÑALVER, “Properties of Community”, *Theoretical Inq. L.* 10 (2009), págs. 127-160, CRAIG A. ARNOLD, “The Structure of the Land Use Regulatory System in the United States”, *J. Land Use & Envtl. L.* 22 (2007), págs. 441-524, “Clean-Water Land Use: Connecting Scale and Function”, *Pace Envtl. L. Rev.* 23 (2006), págs. 291-350, “The Reconstitution of Property: Property as a Web of Interests”, *Harv. Envtl. L. Rev.* 26 (2002), págs. 281-364, JANE B. BARON, “Winding Toward the Heart of the Takings Muddle: Kelo, Lingle, and Public Discourse About Private Property”, *Fordham Urb. L. J.* 34 (2007), págs. 613-656, “Property and ‘No Property’”, *Hous. L. Rev.* 42 (2006), págs. 1425-1450, “Intention, Interpretation, and Stories”, *Duke L. J.* 42 (1992), págs. 630-678, JANE B. BARON & JEFFREY L. DUNOFF, “Against Market Rationality: Moral Critiques of Economic Analysis in Legal Theory”, *Cardozo L. Rev.* 17 (1996), págs. 431-496, D. BENJAMIM BARROS, “Legal Questions for the Philosophy of Home”, *Tul. L. Rev.* 83 (2008-2009), págs. 645-660, e “Home as a Legal Concept”, *Santa Clara L. Rev.* 46 (2006), págs. 255-306, DERRICK BELL & PREERA BANSAL, “The Republican Revival and Racial Politics”, *Yale L. J.* 97 (1988), págs. 1609-1622, ABRAHAM BELL, “Private Takings”, *U. Chi. L. Rev.* 76 (2009), págs. 517-586, ABRAHAM BELL & GIDEON PARCHOMOVSKY, “Taking Compensation Private”, *Stan. L. Rev.* 59 (2007), págs. 871-906, e “A Theory of Property”, *Cornell L. Rev.* 90 (2005), págs. 531-616, GUIDO CALABRESI, “An Introduction to Legal Thought: Four Approaches to Law and to the Allocation of Body Parts”, *Stan. L. Rev.* 55 (2003), págs. 2113-2152, MICHAEL A. CARRIER, “Cabining Intellectual Property through a Property Paradigm”, *Duke L. J.* 54 (2004), págs. 1-146, MARY L. CLARK, “Keep Your Hands Off My (Dead) Body: a critique in the Ways the State Disrupts the Personhood Interests of the Deceased and His or Her Kin in Disposing of the Dead and Assigning Identity in Death”, *Rutgers L. Rev.* 58 (2005), págs. 45-120, e “Reconstructing the World Trade Center: An Argument for the Applicability of Personhood Theory to Commercial Ownership Property and Use”, *Penn. St. L. Rev.* 109 (2005), págs. 815-830, HANCOH DAGAN, “The Social Responsibility of Ownership”, *Cornell L. Rev.* 92 (2007), págs. 1255-1274, NESTOR M. DAVIDSON, “Property and Relative Status”, *Mich. L. Rev.* 107 (2009), págs. 757-818, “Standardization and Pluralism in Property Law”, *Vand. L. Rev.* 61 (2008), págs. 1597-1666, e “The Problem of Equality in Takings”, *Nw. U. L. Rev.* 102 (2008), págs. 1-54, JAY M. FEINMAN, “The Significance of Contract Theory”, *U. Cin. L. Rev.* 58 (1990), págs. 1283-1318, “The Jurisprudence of Classification” *Stan. L. Rev.* 41 (1989), págs. 661-718, “Hegel and the Modern Contract Theory: a Comment on Benson and Rosenfeld”, *Cardozo L. Rev.* 10 (1989), págs. 1271-1282, WILLIAM W. FISHER III, “The Trouble with Lucas”, *Stan. L. Rev.* 45 (1993), págs. 1393-1410, “The Significance of Public Perceptions of the Takings Doctrine” *Colum. L. Rev.* 88 (1988), págs. 1774-1794, “Reconstructing the Fair Use Doctrine”, *Harv. L. Rev.* 101 (1988), págs. 1659-1795, WENDY J. GORDON, “An Inquiry into the Merits of Copyright: The Challenges of Consistency, Consent, and Encouragement Theory”, *Stan. L. Rev.* 41 (1989), págs. 1343-1470, CHERYL I. HARRIS, “Whiteness as Property”, *Harv. L. Rev.* 106 (1993), págs. 1707-1791, MICHAEL A. HELLER, “The Boundaries of Private Property”, *Yale L. J.* 108 (1999), págs. 1163-1224, MORTON J. HORWITZ, “Constitutional Transplants”, *Theoretical Inq. L.* 10 (2009), págs. 535-560, JEFFREY D. JONES, “Property and Personhood Revisited”, *Wake Forest J. L. & Pol’y* 1 (2011), págs. 93-136, LOUIS KAPLOW, “An Economic Analysis of Legal Transitions”, *Harv. L. Rev.* 99 (1986), págs. 509-617, SONIA K. KATYAL, “Semiotic Disobedience”, *Wash. U. L. Rev.* 84 (2006), págs. 489-572, EDUARDO M. PEÑALVER & SONIA KATYAL, “Property Outlaws”, *U. Pa. L. Rev.* 155 (2007), págs. 1095-1186, MARK G. KELMAN, “Progressive Vacuums”, *Stan. L. Rev.* 48 (1996), págs. 975-1000, DAPHNA LEWINSOHN-ZAMIR, “Identifying Intense Preferences”, *Cornell L. Rev.* 94 (2009), págs. 1391-1458, “The Objectivity of Well-Being and the Objectives of Property Law”, *N.Y.U. L. Rev.* 78 (2003), págs. 1669-1754, THOMAS W. MERRIL, “Property Rules, Liability Rules, and Adverse Possession”, *NW. U. L. Rev.* 79 (1984), págs. 1122-1154, THOMAS W. MERRIL & HENRY E. SMITH, “The Morality of Property”, *Wm. & Mary L. Rev.* 48 (2007), págs. 1849-1896, FRANK I. MICHELMAN, “Liberties, Fair Values, and Constitutional Method”, *U. Chi. L. Rev.* 59 (1992), págs. 91-114, “Private Personal But Not Split: Radin Versus Rorty”, *S. Cal. L. Rev.* 63 (1990), págs. 1783-1796, MICHAEL S. MOORE, “Four Reflections on Law and Morality”, *Wm. & Mary L. Rev.* 48 (2007), págs. 1523-1570, JENNIFER NEDELSKY, “Reconceiving Autonomy: Sources,

A premissa subjacente à teoria da propriedade para a personalidade é a de que o indivíduo para o seu *autodesenvolvimento*, para se constituir enquanto *pessoa*, precisa de domínio sobre recursos no mundo exterior. É certo que as várias teorias da propriedade, todas elas, se referem a uma determinada e específica concepção de personalidade, mas a teoria da personalidade delineada por RADIN foca-se especificamente na *autoconstituição pessoal* através de determinadas coisas (*personal embodiment*).

A teoria da personalidade parte da assumpção de que a pessoa tem objectos que sente *como se fizessem parte* dela própria; são objectos intimamente ligados à personalidade porque através deles cada um se *constitui* enquanto entidade pessoal. Estes objectos podem ser tão diversos como as pessoas são diferentes, mas a autora aponta alguns exemplos, dos quais se destacam a aliança de casamento, fotografias, um bem recebido por sucessão ou a casa de morada. O significado ou a força da relação de uma pessoa com um determinado objecto afere-se, propõe a autora, pelo tipo de sofrimento que poderá surgir com a sua perda. Neste sentido, um objecto está intimamente ligado à personalidade do indivíduo se a sua perda causar um sofrimento que não possa ser suprido pela mera substituição do objecto. No caso da aliança de casamento, por exemplo, esta é insubstituível para o seu dono, mas já não será assim para o dono da joalharia de onde foi roubado. O oposto de ter um objecto que se tornou *parte de si próprio* é ter um objecto por razões puramente instrumentais, que será, para o seu titular, perfeitamente substituível por outro bem de valor igual no mercado. O arquétipo desse bem é, naturalmente, o dinheiro, mas também a aliança de casamento nas mãos do joalheiro, o carro nas mãos do vendedor ou o imóvel nas mãos do promotor imobiliário. RADIN chama a estes opostos – propriedade ligada à pessoa e propriedade que se detém de forma puramente instrumental – *propriedade pessoal e propriedade fungível*¹⁶, respectivamente¹⁷.

Thoughts, and Possibilities”, *Yale J. L. & Feminism* 1 (1989), págs. 7-36, J. E. PENNER, “Misled by ‘Property’”, *Can. J. L. & Jurisprudence* 18 (2005), págs. 75-94, EDWARD H. RABIN, “The Revolution in Residential Landlord-Tenant Law: Causes and Consequences”, *Cornell L. Rev.* 69 (1984), págs. 517-584, CAROL M. ROSE, “The Moral Subject of Property”, *Wm. & Mary L. Rev.* 48 (2007), págs. 1897-1926, “Canons of Property Talk, or, Blackstone’s Anxiety”, *Yale L. J.* 108 (1998), págs. 601-632, “Property as a Keystone Right?” *Notre Dame L. Rev.* 71 (1996), págs. 329-365, JEANNE L. SCHROEDER, “Chix Nix Bundle-o-Stix: A Feminist Critique of the Disaggregation of Property”, *Mich. L. Rev.* 93 (1994), págs. 239-319, “Never Jam To-day: On the Impossibility of Takings Jurisprudence”, *Geo. L. J.* 84 (1996), págs. 1531-1570, “Rationality in Law and Economics Scholarship”, *Or. L. Rev.* 79 (2000), págs. 147-252, JOSEPH WILLIAM SINGER, “The Ownership Society and Takings of Property: Castles, Investments, and Just Obligations” *Harv. Envtl. L. Rev.* 30 (2006), págs. 309-338, “The Resilience Interest in Property”, *Stan. L. Rev.* 40 (1988), págs. 611-752, JOHN G. SPRANKLING, “An Environmental Critique of Adverse Possession”, *Cornell L. Rev.* 79 (1994), págs. 816-884, STEWART E. STERK, “Foresight and the Law of Servitudes”, *Cornell L. Rev.* 73 (1988), págs. 956-970, “Minority protection in Residential Private Governments”, *B. U. L. Rev.* 77 (1997), págs. 273-342, “Neighbors in American Land Law”, *Colum. L. Rev.* 87 (1987), pág. 55-104, KATHLEEN M. SULLIVAN, “Rainbow Republicanism”, *Yale L. J.* 97 (1988), págs. 1713-1724, “Unconstitutional Conditions” *Harv. L. Rev.* 102 (1989), págs. 1413-1506, LAURA S. UNDERKUFFLER, “On Property: An Essay” *Yale L. J.* 100 (1990), págs. 127-148, LAURA S. UNDERKUFFLER-FREUND, “Takings and the Nature of Property”, *Can. J. L. & Jurisprudence* 9 (1996), págs. 161-206, JEREMY WALDRON, “Settlement, Return, and the Supersession Thesis”, *Theoretical Inq. L.* 5 (2004), págs. 237-268, JONATHAN ZITTRAIN, “Privacy 2.0”, *U. Chi. Legal F.* 2008 (2008), págs. 65-120. Veja-se também o “Symposium: A psychological perspective on Property Law”, *Tul. L. Rev.* 83 (2008-2009), vol. 3. Sobre a teoria da propriedade para a personalidade, enquanto justificação da propriedade privada, numa perspectiva crítica, MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*, Almedina, Coimbra, 2007, págs. 795 e ss.

¹⁶ Note-se que fungibilidade não tem aqui o carácter técnico que apresenta no artigo 207.º do CC, segundo o qual são fungíveis as coisas que se determinam pelo seu género, qualidade e quantidade, quando constituam objecto de relações jurídicas.

¹⁷ A distinção proposta por RADIN não se confunde com a distinção entre a propriedade pessoal

Há, desde logo, uma diferença significativa entre a perspectiva intuitiva da personalidade de RADIN e a teoria hegeliana: a primeira incorpora os atributos de personalidade que Hegel rejeita inicialmente. RADIN preocupa-se com a pessoa concreta e não com o indivíduo abstracto. Na visão intuitiva, assume-se que as pessoas não o são senão em virtude das suas particularidades, enquanto seres humanos que se desenvolveram num determinado contexto. A propriedade pessoal é valorizada, precisamente, porque, sem ela, o seu titular não podia ser a distinta pessoa que é. Sublinhe-se novamente que a teoria intuitiva não incide sobre (todos) os objectos da vontade humana, nem sobre a capacidade para adquirir, mas apenas sobre aquelas coisas que são susceptíveis de contribuir para a constituição da humanidade e da individualidade do seu titular.

A teoria de RADIN parte, ainda, da ideia de HEGEL segundo a qual o titular da propriedade é uma unidade a que se atribui autonomia, como apoio para o conceito de *desenvolvimento* e *direitos de grupo*. Ainda que, ao contrário de HEGEL, RADIN não aceite que a liberdade (autodeterminação racional) só seja possível num contexto de grupo (o Estado propriamente organizado e plenamente desenvolvido), a autora admite que num determinado contexto social alguns grupos possam ser lugares de auto-realização dos seus membros, em termos de ser justificada uma especial afectação de recursos a esses mesmos grupos.

Se bem que uma *teoria intuitiva*, como a própria RADIN a caracterizou¹⁸, a teoria da personalidade viria a ser confortada pela investigação empírica relativa à relação entre a propriedade, *rectius*, os bens materiais e o funcionamento psicológico do indivíduo¹⁹ ulteriormente levada a cabo. É verdade que RADIN, quando escreveu *Property and Personhood*, não tinha ao seu dispor o resultado da investigação das ciências sociais sobre a importância da propriedade para o desenvolvimento da personalidade, mas, trinta anos depois, a questão das relações entre os indivíduos e as coisas (*object*

(no conceito marxista) e a propriedade comercial ou empresarial. A propriedade pessoal, no contexto marxista, consiste no “*produto de trabalho para a nova geração da vida imediata*”. Cfr. KARL MARX e F. ENGELS, *Manifesto do partido comunista*, Edições Avante, 1997, págs. 50-51. Note-se, todavia, que uma grande parte da propriedade pessoal, assim definida, não é propriedade para a personalidade no sentido definido por RADIN. Muitos desses bens – pense-se naqueles ligados à vida doméstica, por exemplo – serão valorados instrumentalmente, no sentido de que são tidos para realizar um serviço e é esse serviço que é substancialmente valorado. Por outro lado, se é provável que a maioria da propriedade comercial não seja constitutiva da personalidade, mas valorada apenas instrumentalmente pelos seus titulares, não é de excluir que tal possa acontecer. Elucidativas são as palavras de OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Reais*, 5.^a edição, Coimbra Editora, 1993, pág. 143, sobre as razões pessoais que justificam a propriedade dos meios de produção (ainda que tenham sido proferidas para justificar a propriedade): “*as razões pessoais assentam na necessidade de garantir às pessoas um espaço de expansão da sua actividade, que seria frustrado, nas condições actuais, se não pudesse apoiar-se em direitos exclusivos sobre bens de produção. Neste sentido, o direito à propriedade, a todos reconhecido, permite a todos um horizonte de afirmação e deve ser tutelado por meios que permitam efectivamente a ascensão no plano económico-social segundo a capacidade e o esforço demonstrado*”.

¹⁸ MARGARET JANE RADIN, “Property and Personhood”, *Stan. L. Rev.* 34 (1983), pág. 959. Em crítica, MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*, Almedina, Coimbra, 2007, págs. 799 e ss.

¹⁹ Cfr. JEREMY A. BLUMENTHAL, “Introduction to the Symposium: A Psychological Perspective on Property Law”, *Tul. L. Rev.* 83 (2009), págs. 601-607. Ver DANIEL MILLER, “Consumption as the Vanguard of History: A Polemic by Way of an Introduction”, in DANIEL MILLER (ed.), *Acknowledging Consumption – a Review of New Studies*, Routledge, London, 1995, págs. 11 e ss., onde o explica por que razões considera que o recente interesse das ciências sociais na matéria é, ainda assim, um reconhecimento tardio das transformações económicas e sociais a nível global, que foram objecto de grande negligência académica.

relations) viria a tornar-se fundamental em áreas²⁰ como a antropologia²¹, a sociologia²², e muitas outras²³. No âmbito das ciências económicas²⁴, a tentativa de superação

²⁰ Cfr. JEFFREY D. JONES, “Property and Personhood Revisited”, *Wake Forest J.L. & Pol’Y* 1 (2011), pág. 106.

²¹ O nascimento da antropologia do consumo deu-se, inequivocamente, com a publicação, em 1978, de MARY DOUGLAS e BARON ISHERWOOD, *The World of Goods*, e, em 1979, com a publicação de *La distinction*, PIERRE BORDIEU, em França. Para MARY DOUGLAS e BARON ISHERWOOD, *The World of Goods: Towards an Anthropology of Goods*, Allen Lane, Londres, 1978, os bens são um sistema de comunicação que torna visíveis e estabiliza determinadas categorias culturais, com ênfase nas diferenças sociais, nas suas exclusões e inclusões. Para PIERRE BOURDIEU, *Distinction, A Social Critique of the Judgement of Taste*, Routledge, a posição de classe é fundamental. O consumo é um estágio no processo de comunicação, um acto de decifrar ou descodificar, que pressupõe o domínio prático ou explícito de um código que sirva de chave para essa descodificação. O gosto funciona como uma forma de orientação social, que dá a cada indivíduo o sentido da sua posição, conduzindo-o a um espaço social ajustado às suas possessões e a práticas que condizem com as dos outros indivíduos na mesma posição. Tudo isto implica uma antecipação do significado e do valor social que a prática escolhida vai ter no espaço social e do conhecimento que os outros agentes têm da correspondência entre os grupos e os bens. DANIEL MILLER, “Consumption Studies as the Transformation of Anthropology”, in DANIEL MILLER (ed.), *Acknowledging Consumption – a Review of New Studies*, Routledge, London, 1995, pág. 264, considera que o surgimento da antropologia do consumo constitui uma transformação da própria disciplina como um todo.

²² Na *sociologia*, e para uma visão geral da literatura sociológica, ver COLIN CAMPBELL, “The Sociology of Consumption”, in DANIEL MILLER (ed.), *Acknowledging Consumption – a Review of New Studies*, Routledge, London, 1995, págs. 102 e ss.; ADAM I. GREEN, “Erotic Habitus: Toward a Sociology of Desire”, *Theory & Soc’Y* 37 (2008), págs. 597 e ss.; ALEX PREDA, “The Turn to Things – Arguments for a Sociological Theory of Things”, *The Sociological Quarterly*, 40 (1999), págs. 358 e ss.; KNORR CETINA, “Sociality with Objects: Social Relations in Postsocial Knowledge Societies”, *Theory, Culture and Society* 14 (1997), pág. 12.

²³ Sobre o tratamento dado pelos *historiadores* aos modelos de consumo, veja-se, por todos, PAUL GLENNIE, “Consumption within Historical Studies”, in DANIEL MILLER (ed.), *Acknowledging Consumption – a Review of New Studies*, Routledge, London, 1995, págs. 167 e ss. Para uma análise histórica do consumo, de grande interesse para a compreensão do problema, GRANT MCCracken, *Culture and Consumption, New Approaches to the Symbolic Character of Consumer Goods and Activities*, Indiana University Press, 1990. Para a construção do consumidor como uma categoria de identidade individual e colectiva, FRANK TRENTMANN, “Knowing Consumers – Histories, Identities, Practices - An Introduction”, in FRANK TRENTMANN (ed.), *The Making of the Consumer - Knowledge, Power and Identity in the Modern World*, Berg, 2006, págs. 1 e ss; MATT GOTTDIENER, “Approaches to Consumption: Classical and Contemporary Perspectives”, em *New Forms of Consumption, Consumers, Culture and Commodification*, MARK GOTTDIENER (ed.), Rowman & Littlefield, 2000. Para uma visão geral da história da investigação do consumo, veja-se, por todos, DANIEL MILLER et al, *Shopping, Place and Identity*, London, Routledge, 1998, págs. 2 e ss.

Na *geografia*, destacamos ROBERT D. SACK, “The Consumer’s World: Place as Context”, *Annals of the Association of American Geographers* 78 (1988), págs. 643 e ss, e PETER JACKSON e NIGEL THRIFT, “Geographies of Consumption”, em DANIEL MILLER (ed.), *Acknowledging Consumption – a Review of New Studies*, Routledge, London, 1995, pág. 166, que descrevem o modo como os processos de consumo se tornaram centrais para a relação entre a sociedade e o espaço, e citam ampla bibliografia.

Veja-se, por último, para o *marketing empresarial*, ROBERT FRIEDMANN e MARY ZIMMER, “The Role of Psychological Meaning in Advertising”, *J. Advertising* 17 (1988), págs. 31 e ss, BRUCE MILLS e RAMON J. ALDAG, “Exploring the Relationships between Object Relations/Reality Testing Functioning, Coping Styles, and Somatic Tension”, *J. Bus. & Psychol.* 14 (1999), págs. 5-24; RUSSEL W. BELK, “Studies in the New Consumer Behaviour”, in DANIEL MILLER (ed.), *Acknowledging Consumption – a Review of New Studies*, Routledge, London, 1995, págs. 53 e ss; e EUGENE HALTON e JOSEPH D. RUMBO, “Membrane of the Self: Marketing, Boundaries, and the Consumer-Incorporated Self”, in *Consumer Culture Theory*, RUSSELL W. BELK e JOHN F. SHERRY JR. (eds.), Elsevier, Oxford, 2007, págs. 297 e ss.

²⁴ Após a teoria da utilidade marginal, surgida nos anos 70 do século XIX, autores como HOBSON, PATTEN ou GIDE levaram a economia política a interessar-se pelo consumidor (desde então categorizado como *homo economicus*), numa viragem para a troca no mercado enquanto objecto da economia política. Escreve AVELÂS NUNES, *Noções e objecto da economia política*, Separata do BCE, Coimbra, 1995, pág. 36, que a vida económica se reduz ao jogo do mercado, “o ponto de encontro das disposições dos homens económicos que constituem a sociedade entendida atomisticamente como mero somatório de indivíduos”, e que, na construção marginalista, “os indivíduos, as famílias e as empresas surgem como objectos económicos isolados que operam no mercado como compradores e vendedores”. Daqui conclui o autor que as relações económicas relevantes “passaram a ser as relações entre os homens e as coisas, entre cada indivíduo e os bens que julga (subjectivamente)

da *mainstream economics*²⁵ com o surgimento e relevância dos estudos comportamentais²⁶ bem como a recente neuroeconomia, trouxeram-nos informações de grande

capazes de satisfazer as suas necessidades (subjectivas)". Sublinhe-se, pois, que, para além dos processos do mercado, se começou a estudar os agentes do mercado, ainda que, nesta altura, segundo um tipo ideal de racionalidade formal. Cfr. DON SLATER e FRAN TONKISS, *Market Society - Markets and Modern Social Theory*, Polity, 2001, págs. 45-46, e DONALD WINCH, "The Problematic Status of Consumer in Orthodox Economic Thought", in FRANK TRETSMANN (ed.), *The Making of the Consumer: Knowledge, Power and Identity in the Modern World*, Berg, 2006, pág. 32.

Como ensina AVELÁS NUNES, *Noções e objecto da economia política*, Separata do BCE, Coimbra, 1995, pág. 34, ao afirmarem que a actividade económica tem em vista a produção de utilidades para a satisfação das necessidades dos indivíduos, "os marginalistas estão a defender que é o consumo – e não a acumulação – o principal factor impulsionador da economia, privilegiando a soberania do consumidor relativamente à 'soberania do capitalista-acumulador-investidor'". Cfr., ainda, BEN FINE, "From Political Economy to Consumption", em DANIEL MILLER (ed.), *Acknowledging Consumption – a Review of New Studies*, Routledge, London, 1995, pág. 139, e a sua proposta de uma abordagem vertical à problemática do consumo.

²⁵ O *homo oeconomicus*, enquanto agente racional maximizador, tornou-se, com a ciência económica marginalista, o alicerce estrutural da ciência económica. Foi esta concepção que permitiu a "construção" das funções de utilidade, a elaboração estilizada das curvas da oferta e da procura e o próprio óptimo de Pareto (relativamente ao óptimo de Pareto, veja-se JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, *Sobre o controlo dos auxílios de Estado na União Europeia*, Tese de Doutoramento apresentada à Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012, págs. 71 e ss). A teoria económica do marginalismo é uma teoria do *equilíbrio geral das trocas*, equilíbrio que, segundo AVELÁS NUNES, *Noções e objecto da economia política*, Separata do BCE, Coimbra, 1995, pág. 37, "se alcança no quadro de um sistema que se ajusta e regula automaticamente e que representa um conjunto de soluções mutuamente compatíveis que realizam o objectivo maximizador de todos os agentes económicos e o equilíbrio da procura e da oferta em todos os mercados (dos bens e dos factores de produção)". Desde a mão invisível de Adam Smith, a economia foi sendo orientada pela teoria da escolha racional, segundo a noção de que a prossecução do interesse próprio conduziria a escolha humana numa sociedade livre e, conseqüentemente, à prosperidade (FRANCESCO PARISI e VERNON SMITH (eds.), "Introduction", in *The Law of Economics of Irrational Behavior*, Stanford University Press, 2005, págs. 1 e ss). Como refere AVELÁS NUNES, *Noções e objecto da economia política*, Separata do BCE, Coimbra, 1995, pág. 34, a propósito da teoria subjectivista-marginalista, a preocupação central da nova teoria económica "passou a ser a de definir os requisitos da afectação eficiente de recursos existentes em quantidades limitadas aos seus vários usos alternativos, durante um determinado período de tempo, adoptando como critério de eficiência (como padrão de racionalidade, como indicador de óptimo) a maximização da satisfação dos consumidores". É certo que não existe uma concepção única de teoria da escolha racional - veja-se, por exemplo, a categorização de THOMAS S. ULEN, em "Rational Choice and the Economic Analysis of Law", *Law & Soc. Inquiry* 19 (1994), págs. 487 e ss., para quem a teoria da escolha racional assenta nas seguintes assunções: existem critérios objectivos para distinguir o racional do irracional; o comportamento dos indivíduos assenta em considerações racionais; os indivíduos fazem as suas escolhas a partir de um quadro estável de preferências; ao maximizar a utilidade, os indivíduos consideram os riscos envolvidos; quando não presumida, a satisfação pode ser avaliada facilmente; o fornecimento de informação traduzir-se-á em impacto dessa mesma informação. Vide JACOB JACOBY, "Is it Rational to Assume Consumer Rationality? Some Consumer Psychological Perspectives on Rational Choice Theory", *Roger Williams U. L. Rev.* 6 (2006), págs. 101 e ss., GARY BECKER, "Irrational Behavior and Economic Theory", (1962) 70 *Jo. Pol. Econ* 1-13, e BRUCE CHAPMAN, "Rational Choice and Categorical Reason", *U. Pa. L. Rev* 151 (2002), págs. 1169 e ss.) - e que esta tem sido alvo de inúmeras críticas, mas ainda assim a *mainstream economics* mantém-se fiel na aceitação desta premissa básica. Assim, quando a análise económica do direito trouxe a compreensão económica para a análise dos problemas jurídicos, a teoria da escolha racional foi adoptada como um elemento central da decisão humana. Partindo do princípio de que o comportamento humano pode ser entendido como o comportamento de pessoas que maximizam a utilidade, a partir de um quadro estável de preferências e de informação perfeita, a função da análise económica do direito, considera-se, é determinar as conseqüências desse comportamento maximizador dentro e fora dos mercados, e, conseqüentemente, as suas implicações jurídicas. Cfr. RICHARD A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 5.ª edição, Aspen, 1998, págs. 3 e ss.

A psicologia foca-se, mais do que nos factores motivacionais e nos constrangimentos que explicam o comportamento do consumidor, no que leva as pessoas a comprar, como o fazem e como sentem o consumo. Interessa-se, pois, pelo modo como os indivíduos procuram, recebem, processam e respondem à informação disponível (para uma análise da relação entre psicologia e o comportamento do consumidor, BEN FINE e ELLEN LEOPOLD, *The World of Consumption*, Routledge, 1973, pág. 48, e IAIN RAMSAY, *Consumer Law and Policy – Texts and Materials on Regulating Consumer Markets*, 2.ª edição, Hart Publishing, 2007, págs. 75-84). A abordagem comportamentalista visa, precisamente, retirar a racionalidade do quadro dos elementos determinantes da procura.

²⁶ Como vimos, as insuficiências das teorias da escolha racional resultam da sua incapacidade para

relevância para a análise da relação entre a pessoa e os seus objectos. Essa relação é expressa, muito claramente, no *endowment effect*, segundo o qual os indivíduos manifestam uma tendência para sobrevalorizar a sua dotação actual, ou seja, o *valor de uma coisa para um determinado indivíduo* aumenta assim que lhe é conferida efectivamente a propriedade sobre esse bem²⁷.

Por causa deste efeito, os indivíduos dão um valor maior aos bens quando os estão a vender do que quando os estão a comprar, ou seja tem lugar o “*willingness to accept (WTA) / willingness to pay (WTP) gap*”²⁸. O *endowment effect* é uma consequência do facto de os indivíduos valorizarem mais as perdas do que os ganhos equivalentes - a tendência da *loss aversion*, ou seja, os indivíduos desejam evitar as perdas mais do que desejam ganhar coisas de valor equivalente²⁹ - e contraria uma das básicas assunções do

predizer comportamentos futuros e da falta de plausibilidade das suas previsões, na medida em que os modelos racionais de julgamento e de escolha de que parte são psicologicamente irrealistas. CHRISTINE JOLLS, CASS R. SUNSTEIN, RICHARD THALER, “A Behavioral Approach to Law and Economics”, *Stan. L. Rev.* 50 (1998), págs. 1474 e ss., sugerem que uma abordagem baseada no comportamentalismo explicará melhor a eficácia de determinadas soluções jurídicas. RUSSELL B. KOROBKIN e THOMAS S. ULEN, “Law and Behavioural Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics”, *Cal. L. Rev.* 88 (2006), págs. 1056 e ss., defendem que a análise económica do Direito pode beneficiar da substituição de uma assunção de racionalidade por uma compreensão do comportamento humano assente na psicologia cognitiva, na sociologia e noutras ciências comportamentais. A ideia de “*bounded rationality*” (introduzida por HERBERT A. SIMON, “A Behavioral Model of Rational Choice”, *The Quarterly Journal of Economics* 69 (1955), págs. 99 e ss), refere-se ao facto de as capacidades cognitivas do indivíduos não serem infinitas e de a mente humana estar vinculada a constrangimentos externos. Para desenvolvimentos, ver o nosso *Dimensions of Property under European Law: Fundamental Rights, Consumer Protection and Intellectual Property - Bridging Concepts?*, IUE, Florença, 2009, págs. 246 e ss. Note-se, por último, que os comportamentalistas aceitam muitas das premissas do pensamento económico tradicional e consideram-se, ainda, uma forma de análise económica do direito. Os cultores do comportamentalismo não propõem que o comportamento humano seja aleatório ou impossível de prever; pelo contrário, entendem que o comportamento é sistemático e que a partir dele é possível construir modelos. É certo que estes autores já foram criticados pelo carácter anti-sistemático dos seus estudos (cfr. RICHARD A. POSNER, “Rational Choice, Behavioral Economics and the Law” *Stan. L. Rev.* 50 (1997), págs. 1471 e ss.), mas não podemos desconhecer a sistematização das elaborações, por exemplo, de DANIEL KAHNEMAN, “Maps of Bounded Rationality: Psychology for Behavioural Economics”, (2003) 93 *The American Econ. Rev.* 93 (2003), págs. 1449 e ss. Nesse sentido, ROBERT H. FRANK, “Departures from Rational Choice: With and Without Regret”, in FRANCESCO PARISI e VERNON SMITH (eds.), *The Law of Economics of Irrational Behavior*, Stanford University Press, 2005, pág. 13. Já sublinhava PEDRO SOARES MARTINEZ, “O homem e a economia”, *RFJUL* 37 (1997), pág. 109, que: “*A economia tem de adoptar por objecto de análise um homem institucional, isto é, um homem integrado em determinado meio social, condicionado por esse meio e pelas respectivas instituições*”. Sobre as estruturas institucionais da moderna economia, e o processo da evolução e desenvolvimento económicos, ver DAVID EMANUEL ANDERSON, *Property Rights, Consumption and the Market Process*, Eduard Elgar Publishing, 2008, especialmente págs. 137 e ss.

Especificamente no que à nossa análise interessa, a relação entre propriedade e personalidade, ver o debate entre DAPHNA LEWINSOHN-ZAMIR, “The Choice between Property Rules and Liability Rules Revisited: Critical Observations from Behavioral Studies”, *Tex. L. Rev.* 80 (2001), pág. 250; JEFFREY J. RACHLINSKI e FOREST JOURDEN, “Remedies and the Psychology of Ownership”, (1998) 51 *Vand. L. Rev.* 51 (1998), págs. 1541 e ss.; e RICHARD R. W. BROOKS, “Broken Elevators in the Cathedral”, *Nw. U. L. Rev.* 97 (2002), págs. 293 e ss. A tendência para o *status quo* (“*status quo bias*”) indentificada por RUSSELL B. KOROBKIN e THOMAS S. ULEN, “Law and Behavioural Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics”, *Cal. L. Rev.* 88 (2000), pág. 1108, segundo a qual os agentes valorizam o que consideram ser o *status quo*, revelar-se-á de particular importância para o tema que nos ocupa.

²⁷ Em oposição a uma assunção de independência básica, que presuma que os agentes económicos avaliam os objectos independente de serem ou não seus proprietários. KEVIN MCCABE, VERNON SMITH e TERRENCE CHORVAT, “Lessons from Neuroeconomics for the Law”, in FRANCESCO PARISI e VERNON SMITH (eds.), *The Law of Economics of Irrational Behavior*, Stanford University Press, 2005, págs. 68 e ss.

²⁸ O que em termos empíricos é comprovado pela sensação do vendedor de que vendeu barato e pela sensação inversa do comprador de que comprou caro.

²⁹ Sobre o tema, veja-se ELIZABETH HOFFMAN e MATTHEW L. SPITZER, “Willingness to Pay vs. Willingness to Accept: Legal and Economic Implications”, *Wash. U. L. Q.* 71 (1993), págs. 59 e ss.

Teorema de Coase³⁰, ou seja, aquela segundo a qual a atribuição de direitos reais não tem impacto na eficiência se os custos de transacção são baixos³¹, porquanto *funciona ele próprio como um custo de transacção*³².

Note-se que, se da análise comportamentalista resulta que o “*endowment effect*” é normalmente descrito como uma resistência do titular a separar-se de um objecto, o que implica que o valor de uma coisa variará segundo as circunstâncias, a neuroeconomia vai mais longe na compreensão do modo como os indivíduos percebem a sua propriedade e como essa percepção afecta o seu comportamento³³. O que os autores nesta área propõem não é apenas que as pessoas atribuem diferentes valores ao mesmo objecto (como aceita a teoria neoclássica), nem que o valor de uma coisa pode variar de acordo com as circunstâncias (como aceitariam os economistas comportamentais), mas antes que a forma como *a noção de propriedade é processada pelos indivíduos* pode variar. Uma coisa pode ter valores diferentes em contextos diversos porque ela pode ter *significados diferentes para a mesma pessoa em contextos diversos*³⁴.

São, todavia, os estudos da cultura material (*material culture studies*)³⁵, dedicados à relação entre as pessoas e as coisas³⁶, que nos oferecem os dados mais relevantes sobre as

³⁰ R. H. COASE, “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law & Economics* 3 (1960), págs. 1 e ss; YORAM BARZEL, *Economic Analysis of Property Rights*, CUP, 1989, págs. 2 e ss.

³¹ Veja-se o nosso *Dimensions of Property under European Law*, IUE, Florença, 2010, págs. 257 e ss; E. WILLIAMSON, “Transaction Costs and Property Rights”, *International Encyclopaedia of the Social & Behavioral Sciences*, págs. 15840 -15845; JEFFREY J. RACHLINSKI e FOREST JOURDEN, “Remedies and the Psychology of Ownership”, *Vand. L. Rev.* 51 (1998), págs. 1546-1547; RUSSELL B. KOROBKIN e THOMAS S. ULEN, “Law and Behavioural Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics”, *Cal. L. Rev.* 88 (2000), pág. 1109; CHARLES R. PLOTT e KATHRYN ZEILER, “The Willingness to Pay-Willingness to Accept Gap, the ‘Endowment Effect’, Subject Misconceptions, and Experimental Procedures for Eliciting Valuations”, *The American Economic Review* 95 (2005), págs. 530-545; CASS R. SUNSTEIN, “Behavioral Analysis of Law”, *U. Chi. L. Rev.* 64 (1997), pág. 1177.

³² Sobre a acção do “*endowment effect*” como custo de transacção, GUIDO CALABRESI e A. DOUGLAS MELAMED, “Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral”, *Harv. L. Rev.* 85 (1972), págs. 1089 e ss; SUSAN ROSE-ACKERMAN, “Inalienability and the Theory of Property Rights”, *Colum. L. Rev.* 85 (1985), págs. 931 e ss.; RICHARD A. EPSTEIN, “A Clear View of the Cathedral: The Dominance of Property Rules”, *Yale L. J.* 106 (1996), págs. 2091 e ss; IAN AYRES e ERIC TALLEY, “Solomonic Bargaining: Dividing a Legal Entitlement to Facilitate Coasean Trade”, *Yale L. J.* 104 (1995), págs. 1027 e ss; IAN AYRES e J. M. BALKIN, in “Legal Entitlements as Auctions: Property Rules, Liability Rules and Beyond”, *Yale L. J.* 106 (1996), págs. 703 e ss; LOUIS KAPLOW e STEVEN SHAVELL, in “Property Rules versus Liability Rules: An Economic Analysis”, *Harv. L. Rev.* 109 (1995), págs. 713 e ss; JAMES E. KRIER e STEWART J. SCHWAB, “Property Rules and Liability Rules: The Cathedral in Another Light”, *N.Y.U.L. Rev.* 70 (1995), págs. 440 e ss; JEFFREY J. RACHLINSKI e FOREST JOURDEN, “Remedies and the Psychology of Ownership”, *Vand. L. Rev.* 51 (1998), pág. 1150.

³³ Sublinhe-se, todavia com STEPHEN J. MORSE, “New Neuroscience, Old Problems”, em BRENT GARLAND (ed.), *Neuroscience and the Law: Brain, Mind and the Scales of Justice*, Dana Press, Nova Iorque, 2004, pág. 198, que as neurociências não ameaçam as correntes noções de personalidade e de responsabilidade que sustentam o nosso Direito.

³⁴ KEVIN MCCABE, VERNON SMITH e TERRENCE CHORVAT, “Lessons from Neuroeconomics for the Law”, in FRANCESCO PARISI e VERNON SMITH (eds.), *The Law of Economics of Irrational Behavior*, Stanford University Press, 2005, pág. 82. Note-se, todavia, que autores como, consideram que a aversão à perda é uma justificação insatisfatória e ancoram o *endowment effect* na biologia evolucionista. OWEN D. JONES & SARAH F. BROSNAN, “Law, Biology, and Property: a New Theory of the Endowment Effect”, *Wm. & Mary L. Rev.* 49 (2008), págs. 1935 e ss.

³⁵ A descrição da relação entre a personalidade e os objectos desenvolvida por DANIEL MILLER, em *Material Culture and Mass Consumption*, Blackwell, Oxford, 1992, págs. 30 e 86, partilha com a teoria de MARGARET JANE RADIN a centralidade da filosofia política hegeliana. Mas o relato de MILLER é uma teoria social, não uma proposta filosófica, e foi sendo confirmado por anos de trabalho antropológico na área da cultura material.

³⁶ MARTA VILAR ROSALES, *Cultura material e consumo: uma introdução*, Celta Editora, Lisboa, 2009,

diversas atitudes psicológicas relativamente à propriedade, sobre as consequências da sua perda³⁷, sobre o papel dos vários modos de aquisição e disposição da propriedade³⁸ e sobre a função ontológica que as coisas podem desempenhar³⁹. Os autores desta corrente reconhecem, com mais ou menos variações e com maior ou menor alcance, que a propriedade pode ajudar os indivíduos na sua *autodefinição*, a manterem uma certa continuidade na sua *individualidade* e a *expressarem a sua auto-identidade* aos outros⁴⁰. As coisas desempenham um amplo leque de funções, que vão desde a *satisfação* de necessidades, vontades ou desejos, à *compensação* dos indivíduos por sentimentos de inferioridade, insegurança, perda, ou ao *simbolizar* do sucesso, poder ou vitória, no âmbito pessoal e social. Não raramente, as coisas podem ainda *expressar* atitudes ou estados de espírito e *transmitir* mensagens aos outros. E finalmente, no que para a nossa análise é verdadeiramente nuclear, as coisas podem ser instrumentais para criar ou conformar o sentido individual do *self* ou da identidade pessoal⁴¹.

Em linha com o que RADIN chama “*o eu representado em coisas*”, RUSSEL W. BELK, num artigo verdadeiramente estruturante⁴², refere-se-lhe como o “*extended self*”, que traduziremos por “*a continuação do eu*”. As coisas são, reclama BELK, extensões do ser, ligadas ao indivíduo e ao seu sentido de passado pessoal, mas constituindo

pág. 2, aponta duas dimensões fundamentais do consumo que têm vindo a ganhar visibilidade teórica: os processos de apropriação e de atribuição de sentido aos objectos produzidos em massa e as trajectórias criativas de circulação das coisas pelos diferentes contextos que compõem a vida quotidiana actual. Nas palavras da autora, “*Multidimensionais e complexas, as relações entre as pessoas e o mundo material actual podem agora ser pensadas a partir de uma perspectiva que reposiciona o sujeito, atribuindo-lhe capacidade de trabalhar permanentemente, e de acordo com os seus interesses, sobre os produtos industriais disponíveis no mercado, e atribui agencialidade às coisas que, longe de constituírem elementos neutros, desenvolvem um papel negocial e por vezes impositivo nos processos através dos quais são apropriadas pelo primeiro*”. Ainda no âmbito da antropologia, foi estruturante a forma como ARJUN APPADURAI, em “Introduction: Commodities and the Politics of Value”, in ARJUN APPADURAI (ed.), *The Social Life of Things*, CUP, 1986, pág. 17, defendeu que uma coisa entra em *situação de mercadoria* quando a sua troca por outra coisa é uma característica socialmente relevante. A *situação de mercadoria* pode ser dividida em: (1) a *fase de mercadoria* da vida social de uma coisa; (2) a *candidatura* de uma coisa a mercadoria; (3) o *contexto* mercantil em que a coisa pode ser colocada. Relativamente à *fase de mercadoria* as coisas podem tornar-se ou deixar de ser mercadorias, esse movimento pode ser lento ou rápido, reversível ou definitivo, normativo ou desviante. Ainda que a dimensão biográfica de algumas coisas (legados, selos, antiguidades) possa ser mais forte do que outras, esta componente nunca é totalmente irrelevante. Já a *candidatura* de uma coisa a mercadoria refere-se aos padrões e critérios (simbólicos, classificatórios e morais) que definem a troca de coisas num específico contexto social e histórico. Finalmente, o *contexto mercantil* refere-se à variedade de arenas sociais, entre ou dentro de unidades culturais, que ajudam a ligar a candidatura da coisa para a fase mercantil da sua carreira. IGOR KOPYTOFF, “The Cultural Biography of Things: Commoditization as Process”, in ARJUN APPADURAI (ed.), *The Social Life of Things*, CUP, 1986, págs. 64 e ss, entende que a qualificação de uma coisa como mercadoria revela uma economia moral que existe para lá da economia objectiva das transacções visíveis e que, quando se fala em personalidade e propriedade, se terá de colocar necessariamente a questão da inalienabilidade.

³⁷ JEFFREY T. POWEL, “The Psychological Cost of Eminent Domain Takings and Just Compensation”, *L. & Psychol. Ver.* 30 (2006) pág. 222.

³⁸ JEREMY A. BLUMENTHAL, “‘To Be Human’: A Psychological Perspective on Property Law”, *Tul. L. Rev.* 83 (2008-2009), págs. 614-615.

³⁹ DANIEL I. A. COHEN, “On Property as Self”, *Journal of Psychiatry & Law* 26 (1998), págs. 3 e ss.

⁴⁰ JON PIERCE, et al, “The State of Psychological Ownership: Integrating and Extending a Century of Research”, *Ver. Gen. Psychol.* 7 (2003), págs. 84 e ss., JENNIFER ESCALAS, K. WHITE, M. FOREHAND et al. “Self-Identity and Consumer Behavior”, *J. Consumer Res.* 39 (2013), págs. xv-xviii.

⁴¹ COLIN CAMPBELL, “The Sociology of Consumption”, in DANIEL MILLER (ed.), *Acknowledging Consumption – a Review of New Studies*, Routledge, London, 1995, pág. 108.

⁴² RUSSELL W. BELK, “Possessions and the Extended Self”, *J. Consumer Res.* 15 (1988), págs. 139 e ss. O autor apresenta aqui um amplo corpo doutrinário para sustentar a sua tese de que os consumidores usam as suas coisas para prolongar, expandir e fortalecer o seu sentido de “*self*”.

simultaneamente uma fonte de autocompleição. BELK usa indistintamente os conceitos de “*self*”, “*sense of self*” e *identidade* como sinónimos do modo como uma pessoa subjectivamente se percebe a si própria. O autor rejeita qualquer definição, em concreto, do que está incluído no “*self*” que possa ser aplicado uniformemente a todos os indivíduos e em todas as culturas, porque acredita que aquilo que constitui o “*self*” resulta de uma avaliação subjectiva que varia de pessoa para pessoa e que é susceptível de mudar ao longo dos tempos⁴³.

BELK representa as pessoas como tendo um núcleo do “*self*” que se expande para incluir elementos que se tornam parte do “*extended self*”. É um facto indiscutível que a pessoa se apreende a si própria, se autodefine e recorda aquilo que é através dos seus objectos. Por isso, a noção do “*extended self*” compreende não apenas o que é visto como eu (*me*) mas também o que é visto como o que é meu (*mine*)⁴⁴. É certo que há objectos mais centrais do que outros e isso depende de cada indivíduo em concreto, do momento histórico e das culturas, que criam, cada um deles, distintos significados simbólicos⁴⁵.

Segundo este autor, as formas de extensão do “*self*” podem ser activas e intencionais, como acontece, por exemplo, com a *apropriação* ou *controlo* da coisa para uso pessoal, *comprando* ou *criando* a coisa ou *conhecendo-a*⁴⁶. Mas também pode ser passiva ou não intencional, como a forma de extensão a que BELK chama de *contaminação*⁴⁷, ou seja, a pessoa vai-se habituando à coisa, deixa-se contaminar por ela. Torna-se, pois, claro que, para o autor, que nem sempre os bens se integram no “*extended self*” pela aquisição mas, especialmente no que se refere aos bens duradouros, apenas com o uso ocorre tal incorporação⁴⁸.

Os objectos incorporados no “*extended self*”, relembramos, servem funções valiosas para o desenvolvimento da personalidade: criam e são expressivos de sentimentos de identidade, continuidade e até de imortalidade. Desde logo, funcionam como uma manifestação objectiva do ser. Mas os objectos também dão ao indivíduo um arquivo pessoal, que lhe permite reflectir (n)as suas histórias e (n)as suas mudanças, fornecendo um sentido de domínio sobre o ambiente circundante, aumentando as habilidades e o *ego* do indivíduo⁴⁹. Fornecendo-lhe um sentido de passado, individual

⁴³ No entanto, o autor sugere uma estrutura consistente do “*self*”, pelo menos nas sociedades ocidentais.

⁴⁴ Cfr. RUSSELL W. BELK, “Possessions and the Extended Self”, *J. Consumer Res.* 15 (1988), pág. 140. Como exemplos de coisas que constituem o “*extended self*”, Belk refere os animais de companhia, prendas, casas, veículos, roupas, fotografias, recordações, instrumentos musicais, jóias, mobílias, e uma variedade de outros objectos.

⁴⁵ RUSSELL W. BELK, “Possessions and the Extended Self”, *J. Consumer Res.* 15 (1988), pág. 152, sobre o facto de o indivíduo também pertencer a uma comunidade, o que confere uma hierarquia aos seus níveis de ser.

⁴⁶ Sobre a criação, note-se que, segundo JEAN-PAUL SARTRE, *O Ser e o Nada*, Círculo de Leitores, Lisboa, 1999 [1943], págs. 566 e ss, o fazer - uma das três grandes categoriais da existência humana concreta, ao lado do “*ter*” e do “*ser*” - não é irreduzível. Na medida em que se faz o objecto para manter uma certa relação com ele, esta nova relação pode ser imediatamente redutível ao “*ser*”. No conhecer, a consciência atrai a si o objecto e incorpora-o nela, pelo que “o “conhecer” é uma das formas que o “*ter*” pode tomar”.

⁴⁷ RUSSELL W. BELK, “Possessions and the Extended Self”, *J. Consumer Res.* 15 (1988), pág. 150.

⁴⁸ RUSSELL W. BELK, “Extended Self and Extending Paradigmatic Perspective”, *J. Consumer Res.* 16 (1989), pág. 131, e BANWARI MITTAL, “I, Me, and Mine - How Products Become Consumers’ Extended Selves”, *Journal of Consumer Behaviour* 5 (2006), págs. 550 e ss.

⁴⁹ RUSSELL W. BELK, “Studies in the New Consumer Behaviour”, in Daniel Miller (ed.), *Acknowledging Consumption – a Review of New Studies*, Routledge, London, 1995, págs. 65-67.

ou partilhado com os outros, os bens são um pressuposto comunicativo que gozam de um estatuto heurístico, porquanto oferecem um guia para reconstruir o próprio discurso individual. Por outro lado, alguns objectos conferem um sentido especial de comunidade (pense-se, por exemplo, na bandeira), que é essencial para a harmonia do grupo⁵⁰.

Do artigo de BELK resultam, pois, duas assumpções que nos interessam particularmente: em primeiro lugar, que as coisas funcionam para criar e manter um sentido de autodefinição do indivíduo, e, em segundo lugar, que *ter*, *fazer* e *ser* estão integralmente relacionados⁵¹. As funções que as coisas desempenham no *extended self* são a criação, desenvolvimento e preservação de um sentido de identidade. Em suma, as coisas ajudam-nos a ver quem nós somos⁵².

Desde o artigo de BELK, as questões relativas ao modo como as pessoas se servem das coisas para construir a sua identidade permearam fortemente a investigação do consumo⁵³. Destacamos, recentemente, a proposta de AARON AHUVIA que, partindo da posição de BELK, vai, todavia, um pouco mais longe. AHUVIA rejeita a distinção entre o “*self*” nuclear e o “*extended self*”, por considera-la uma metáfora potencialmente confusa. De facto, segundo o autor, a distinção pode sugerir que o *core* é anterior e ontologicamente distinto do “*extended self*”⁵⁴.

AHUVIA concorda com BELK que as questões da identidade são centrais na actividade do consumo, e que alguns objectos são símbolos ou recordações de momentos chave ou de relações nucleares na narrativa da vida de cada um, ajudam a resolver conflitos de identidade e tendem a estar envolvidos numa rede de associações altamente simbólica⁵⁵. Daí que a dimensão do *extended self* não possa ser entendida ou sugerida como sendo menos importante do que o *core*.

É perceptível por todos nós que, na vida quotidiana, a relação da pessoa com os objectos não se resolve apenas na satisfação de necessidades, mas também serve como modo de expressão de identidade. As coisas são relevantes em múltiplos aspectos da nossa vida familiar, profissional, social e cultural⁵⁶ e têm um significado simbólico e

⁵⁰ RUSSELL W. BELK, “Possessions and the Extended Self”, *J. Consumer Res.* 15 (1988), págs. 159-160.

⁵¹ RUSSELL W. BELK, “Possessions and the Extended Self”, *J. Consumer Res.* 15 (1988), pág. 146.

⁵² RUSSELL W. BELK, “Possessions and the Extended Self”, *J. Consumer Res.* 15 (1988), pág. 150. As funções que as coisas desempenham não se mantêm constantes ao longo da vida do titular. Vide HOPE JENSEN SCHAU, MARY C. GILLY, MARY WOLFINBARGER, “Consumer Identity Renaissance: The Resurgence of Identity-Inspired Consumption in Retirement”, *J. Consumer Res.* 36 (2009), págs. 255 e ss, e MICHELLE BARNHART, LISA PEÑALOZA “Who Are You Calling Old? Negotiating Old Age Identity in the Elderly Consumption Ensemble”, *J. Consumer Res.* 39 (2013), págs. 1133 e ss., sobre o desenvolvimento e afirmação da identidade na idade madura.

⁵³ Na opinião de JOSEPH SIRGY, “Self-Concept in Consumer Behavior: a Critical Review”, *J. Consumer Res.* 9 (1982), págs. 287-300, e DANIEL MILLER, “Consumption Studies as the Transformation of Anthropology”, in DANIEL MILLER (ed.), *Acknowledging Consumption – a Review of New Studies*, Routledge, London, 1995, pág. 263, ainda que tenha existido investigação anterior, essa investigação sempre subestimou a dimensão do fenómeno.

⁵⁴ AARON C. AHUVIA, “Beyond the Extended Self: Loved Objects and Consumers’ Identity Narratives”, *J. Consumer Res.* 32 (2005), pág. 180.

⁵⁵ AHUVIA, AARON C., “Beyond the Extended Self: Loved Objects and Consumers’ Identity Narratives”, *J. Consumer Res.* 32 (2005), pág. 179.

⁵⁶ Neste sentido, MINJOO OH e JORGE ARDITI, “Shopping and Postmodernism”, in MARK GOTTDIENER (ed.), *New Forms of Consumption, Consumers, Culture and Commodification*, Rowman & Littlefield, 2000, pág. 87; NEALA SCHLEUNING, *To Have and To Hold - The Meaning of Ownership in the United States*, Praeger, 1997, pág. 25, defende que o consumo e abundância representam uma mudança fundamental na ecologia da espécie humana. O envolvimento com a cultura material é de tal modo intenso que o consumo impregna

comunicativo⁵⁷, daquilo que se é ou se pretende ser⁵⁸.

Após a Segunda Guerra Mundial, a expressão “*sociedade de consumo*” - no duplo sentido, por um lado, de que os bens já não são escassos como antes da sociedade industrial, e que uma vasta franja da população tem agora acesso a uma vida próspera, de afluência sem precedentes e com um alto nível de consumo pessoal⁵⁹ - surgiu para exprimir a ideia de que o consumo se tornou um elemento da vida moderna e que reorganizou a experiência quotidiana dos indivíduos⁶⁰. O consumo tornou-se, pois uma das características nucleares da vida moderna⁶¹, ou, dito de outro modo, a vida quotidiana tornou-se o *locus* do consumo⁶². O valor simbólico dos objectos representa duas forças dinâmicas: a diferenciação (sublinhando a sua individualidade, o objecto separa o seu dono do contexto social) e a integração (simbolicamente, o bem também expressa a integração do dono nesse mesmo contexto social). O conflito entre o individual e o social é inevitável: os indivíduos perseguem simultaneamente objectivos

a vida quotidiana não só ao nível dos processos económicos, das estruturas domésticas, das actividades sociais, mas também ao nível das experiências psicológicas significativas – afectando a construção de identidades e a formação de relações. Cfr., ainda, STUART EWEN, “Marketing Dreams”, in ALAN TOMLINSON (ed.), *Consumption, Identity, & Style: Marketing, Meanings and the Package of Pleasure*, Routledge, 1990, pág. 52; PETER L. LUNT e SONIA M. LIVINGSTONE, *Mass Consumption and Personal Identity, Everyday Economic Experience*, OUP, 1992, pág. 24; MARY DOUGLAS, *Thought Styles: Critical Essays on Good Taste*, SAGE, 1996, págs. 104 e 112; e MATT GOTTDIENER, “Approaches to Consumption: Classical and Contemporary Perspectives”, in *New Forms of Consumption, Consumers, Culture and Commodification*, MARK GOTTDIENER (ed.), Rowman & Littlefield, 2000, pág. 23.

⁵⁷ Sobre o valor significativo das coisas, da sua posição nos códigos do significado e do processo semiótico, veja-se JEAN BAUDRILLARD, *The Consumer Society, Myths and Structures*, SAGE, ao considerar que os objectos representam específicas posições sociais, e que, portanto, o consumidor racional é uma ilusão. No pós-modernismo, o triunfo do sinal ameaça a noção de realidade social como base de análise ou crítica social, bem como fonte de valores alternativos. Veja-se a análise de ANDRE JANSSON, “The Mediatization of Consumption: Towards an Analytical Framework of Image Culture” *Journal of Consumer Culture* 2 (2002), págs. 5 e ss, e BEN FINE, “Addressing the Consumer”, in FRANK TRENTMANN (ed.), *The Making of the Consumer: Knowledge, Power and Identity in the Modern World*, Berg, 2006, pág. 293, sobre o simulacro do desejo.

⁵⁸ JONAH BERGER e HEATH CHIP, “Where Consumers Diverge from Others: Identity Signaling and Product Domains”, *J. Consumer Res.* 34 (2007), págs. 121 e ss, salienta o facto de as escolhas serem muitas vezes feitas de modo a não transmitir identidades indesejáveis. Pense-se, por exemplo, na compra e utilização de pele de animais ou nos diamantes de sangue.

⁵⁹ Cfr., por todos, GIANPAOLO FABRIS, *Il nuovo consumatore: verso il postmoderno*, FrancoAngeli, Milano, 2003, pág. 17. Para uma análise crítica, TIM EDWARDS, *Contradictions of Consumption, Contradictions, Practices and Politics in Consumer Society*, OUP, 2000, págs. 104-105.

⁶⁰ Vide ROBERT ROCHEFORT, *La société des consommateurs*, Ed. Odile Jacob, 1995, pág. 41 e ROBERTA SASSATELLI, “Tamed Hedonism: Choices, Desires and Deviant Pleasures”, in Jukka Gronow e Alan Warde (eds.), *Ordinary Consumption*, Routledge, 2001, pág. 94. SUSAN STRASSER, CHARLES MCGOVERN e MATTHIAS JUDT, “Introduction”, *Getting and Spending – European and American Consumer Societies in the Twentieth Century*, CUP, 1998, pág. 5, sublinham que este fenómeno constitui o desenvolvimento e intensificação de mudanças já em curso antes da guerra.

⁶¹ O consumo é central para o capitalismo contemporâneo: o crescimento depende do aumento da produção e esta depende do consumo crescente e contínuo. Cfr. MIKE FEATHERSTONE, *Postmodernism and Identity*, SAGE, 1995, pág. 67. O que distingue a sociedade de consumo das anteriores é precisamente a emancipação do consumo da instrumentalidade que o caracterizava e lhe estabelecia os limites. A ausência de normas e a plasticidade das necessidades libertaram o consumo das vinculações funcionais e isentaram-no de se justificar por qualquer outra razão que não o prazer que proporciona. Como refere ZIGMUNT BAUMAN, “Consuming Life”, *Journal of Consumer Culture* 1 (2001), pág. 13, na sociedade de consumo, a necessidade surge não como uma tensão, cuja satisfação resultaria em gratificação, mas como uma necessidade de manter o estado de tensão, sem intervalo de gratificação. JEREMY RIFKIN, *The Age of Access: the New Culture of Hypercapitalism - Where All of Life is a Paid-For Experience*, New York, J.P. Tarcher/Putnam, 2000, descreve como o indivíduo se torna para a empresa um “mercado específico”, a quem ela quer fornecer tantos bens quanto possível (pense-se nos pacotes de prestação de serviços).

⁶² JEAN BAUDRILLARD, *The Consumer Society: Myths and Structures*, SAGE, pág. 34.

de assimilação e de diferenciação na mesma escolha.

O que as várias teorias apresentadas nos confirmam é que o *eu* desenvolve a sua identidade através da *interacção com as coisas*⁶³: quer no momento da *aquisição*, quer nos momentos do *uso*, o objecto pode ser uma forma de *autoconstrução do indivíduo* ou de exteriorização do *eu* através de objectos⁶⁴. Em primeiro lugar, a auto-identidade é alcançada, substancialmente, através de simbólicas decisões de consumo. Adquirir é uma actividade com um propósito, e a própria decisão de adquirir é uma forma de moldar a auto-identidade, por exemplo, quando o consumo é um *acto de cuidado*. Note-se que a maior parte da aquisição de bens se dirige aos outros, não ao próprio adquirente, que imagina e desenvolve as relações sociais com quem mais se preocupa através da selecção de bens⁶⁵.

Mas o consumo pode ser também uma forma de *compromisso com a vida política*, quando as pessoas encaram as suas escolhas de mercado como formas de actuação e expressão política, como formas de pressionar uma determinada mudança social. No consumo político⁶⁶, as escolhas são baseadas em atitudes e valores fundados na justiça

⁶³ Não é relevante para a nossa análise a questão de saber se a conexão especial com a medalha de guerra ou a aliança de casamento resulta do modo como as pessoas agem sobre as coisas ou de como as coisas agem sobre as pessoas. Na primeira perspectiva, MARGARET JANE RADIN, “Property and Personhood”, *Stan. L. Rev.* 34 (1983), págs. 972-973. A visão de DANIEL MILLER é estrutural: antes de fazermos coisas, crescemos e amadurecemos à luz das coisas que vêm até nós.

⁶⁴ DANIEL MILLER, *Mass Culture and Mass Consumption*, Blackwell, Oxford, 1992, págs. 22-24. Já WILLIAM JAMES, *The Principles of Psychology*, vol. I, Dover Publications, New York, 1890, págs. 291-292, que nos deu as bases das modernas concepções do ser, sublinhava a fluidez das relações entre sujeito e objecto e da identidade pessoal em termos do “*eu empírico*”. A cultura material revela os meios pelos quais os papéis são compreendidos e contestados. Cfr. ALISON J. CLARKE, “Window Shopping at Home: Classifieds, Catalogues and New Consumer Skills”, in DANIEL MILLER (ed.), *Material Cultures: Why Some Things Matter*, UCL Press, London, 1998, pág. 74. Vide EUGENE HALTON e JOSEPH D. RUMBO, “Membrane of the Self: Marketing, Boundaries, and the Consumer-Incorporated Self”, in *Consumer Culture Theory*, RUSSELL W. BELK e JOHN F. SHERRY JR. (eds.), Elsevier, Oxford, 2007, págs. 297 e ss., sobre a forma como o indivíduo medeia o seu contacto com o mundo. LAURA S. UNDERKUFFLER, “Property as Constitutional Myth: Utilities and Dangers”, *Cornell L. Rev.* 92 (2006), pág. 1248, para exprimir como a crença na propriedade está enraizada numa profunda necessidade psicológica, escreveu: “[w]e believe that property rights are free-standing, individually protective, and socially acontextual because we want to - we need to - believe this myth”.

⁶⁵ DANIEL MILLER, *A Theory of Shopping*, Polity Press, 1998, pág. 48. As relações de cuidado são construídas, na prática, também através do consumo, pelo qual elas se manifestam e reproduzem. Os bens interessam e têm significado na medida em que têm significado para as pessoas que interessam ao adquirente, ou seja, os objectos são apreciados de acordo com a sua habilidade para objectivar valores pessoais e sociais e condenados quando fetichizam ou de algum modo diminuem ou afectem negativamente esses valores. DANIEL MILLER, *A Theory of Shopping*, Polity Press, 1998, pág. 152; DANIEL MILLER, “Could Shopping Ever Really Matter?”, in PASI FALK e COLIN CAMPBELL (eds.), *The Shopping Experience*, SAGE, 1997, págs. 31-55; JUKKA GRONOW e ALAN WARDE, “Introduction”, *Ordinary Consumption*, Routledge, 2001; MARJORIE L. DEVAULT, *Feeding the Family - The Social Organization of Caring as Gendered Work*, UCP, 1991; ALAN WARDE, *Consumption, Food and Taste*, SAGE, 1997. Vide AMBER M. EPP e LINDA L. PRICE, “Family Identity: A Framework of Identity Interplay in Consumption Practices”, *J. Consumer Res.* 35 (2008), págs. 50-70, sobre o modo como as famílias assentam em formas de comunicação e usam recursos do mercado para gerir interferências entre identidades individuais, relacionais (casal, irmãos, pais-filhos) e colectivas.

⁶⁶ Adoptamos, pois a formulação de ROBERTA SASSATELLI, “Virtue, Responsibility and Consumer Choice”, in JOHN BREWER e FRANK TRENTMANN (eds.), *Consuming Cultures, Global Perspectives: Historical Trajectories, Transnational Exchanges*, Berg, 2006, págs. 219 e ss. Ver, ainda, MICHELE MICHELETTI, *Political Virtue and Shopping, Individuals, Consumerism and Collective Action*, Palgrave Macmillan, 2003; FRANK TRENTMANN, “Citizenship and Consumption”, *Journal of Consumer Culture* 7 (2007), págs. 147 e ss.; BORIS HOLZER, “Political Consumerism between Individual Choice and Public Action: Social Movements, Role Mobilization and Signalling”, *International Journal of Consumer Studies* 30 (2006), págs. 415 e ss. Para uma evolução histórica, ver DAVID VOGEL, “Tracing the American Roots of the Political Consumerism Movement”, in *Politics, Products, and Markets - Exploring Political Consumerism Past and Present*, MICHELE MICHELETTI, ANDREAS FOLLESDAL e DIETLIND STOLLE (eds.), Transaction Publishers, 2004, págs. 83 e ss.; FRANK TRENTMANN, “The Modern

e na equidade⁶⁷, e através delas os cidadãos assumem a responsabilidade de contribuir para modificar a vida político-social. São expressões desta micropolítica os boicotes ou os *buycotts*⁶⁸, mas também as microdecisões do comércio justo⁶⁹, o consumo verde ou responsável⁷⁰ e, até, o anticonsumismo⁷¹. Mesmo numa economia global, não podemos

Genealogy of the Consumer, Identities, Meanings and Synapses”, in JOHN BREWER e FRANK TRENTMANN, *Consuming Cultures, Global Perspectives*, Berg, 2006, págs. 19 e ss; e LAWRENCE B. GLICKMAN, “The Strike in the Temple of Consumption: Consumer Activism and Twentieth-Century American Political Culture”, *The Journal of American History* 88 (2001), págs. 99 e ss.

⁶⁷ Cfr. MICHELE MICHELETTI e ANDREAS FOLLESDAL, “Shopping for Human Rights. An Introduction to the Special Issue”, *J. Consumer Policy* 30 (2007), pág. 172, e ALLAN C. HUTCHINSON, “Life after Shopping: From Consumers to Citizens”, in IAIN RAMSAY (ed.) *Consumer Law in Global Economy – National and International Dimensions*, Ashgate, 1997, pág. 26.

⁶⁸ Desde que a comunidade irlandesa de Lough Mask, sob o comando da Irish Land League, ostracizou Charles Boycott, em 1880, que a expressão se refere à recusa de comprar ou negociar com outra pessoa, uma organização ou um país. Enquanto forma de protesto social ou político, o boicote é categorizado como uma forma de activismo através do consumo. Cfr. MONROE FRIEDMAN, “Using Consumer Boycotts to Stimulate Corporate Policy Changes: Marketplace, Media, and Moral Considerations”, in MICHELE MICHELETTI, ANDREAS FOLLESDAL e DIETLIND STOLLE (eds.) *Politics, Products, and Markets – Exploring Political Consumerism Past and Present*, Transaction Publishers, 2004, págs. 47-50. São conhecidas as grandes campanhas como a acção lançada pela INFACT (Infant Formula Action Coalition) contra a Nestlé, em 1977, por esta empresa estar a distribuir leite em pó, em países subdesenvolvidos, que terá provocado a morte de várias crianças, ou a campanha contra a empresa industrial Monsanto, no âmbito dos organismos geneticamente modificados, que teve início nos anos noventa, pela Organic Consumers Association. Sobre o boicote como um fenómeno na fronteira entre “*voice*” e “*exit*”, ver ALBERT HIRSCHMAN, *Exit, Voice and Loyalty*, HUP, 1970, pág. 86.

Mas as escolhas de mercado podem também ser usadas como um meio para a expressão e acção política, em sentido positivo. O *buycott* pode representar quer o reconhecimento de uma prática industrial responsável, quer a luta por essa mesma prática. Em Março de 2014, o maior movimento nesta corrente é o “Demand GMO Labelling”, nos Estados Unidos.

⁶⁹ Neste sentido, TORSTEN STEINRÜCKEN e SEBASTIAN JAENICHEN, “The Fair Trade Idea: Towards an Economics of Social Labels”, *J. Consum. Policy* 30 (2007), págs. 201 e ss; FRANK TRENTMANN, “Before Fair Trade – Empire, Free Trade and Moral Economies of Food in the Modern World”, in *Food and Globalization – Consumption, Markets and Politics in the Modern World*, ALEXANDER NÜTZENADEL e FRANK TRENTMANN (eds.), Berg, Oxford, 2008, págs. 253e ss; SARAH LYON, “Evaluating Fair Trade Consumption: Politics, Defetishization and Producer Participation”, *International Journal of Consumer Studies* 30 (2006), págs. 452-464.

⁷⁰ BORIS HOLZER, “Political Consumerism between Individual Choice and Collective Action: Social Movements, Role Mobilization and Signalling”, *International Journal of Consumer Studies* 30 (2006) págs. 405 e ss; LEENA HAANPÄÄ, “Consumer’s Green Commitment: Indication of a Postmodern Lifestyle”, *International Journal of Consumer Studies* 31 (2007), págs. 478 e ss; ALHASSAN G. ABDUL-MUHMİN, “Explaining Consumers’ Willingness to Be Environmentally Friendly”, *Journal of Consumer Studies* 31 (2007), págs. 237 e ss; ELENA FRAJ e EVA MARTINEZ, “Ecological Consumer Behavior: an Empirical Analysis”, *International Journal of Consumer Studies* 31 (2007), págs. 26 e ss; e JOHANNA MOISANDER, “Motivational Complexity of Green Consumerism”, *International Journal of Consumer Studies* 31 (2007), págs. 404 e ss.

⁷¹ Segundo NIL OZCAGLAR-TOULOUSE, “Living for ‘Ethics’: Responsible Consumption in Everyday Life”, in *Consumer Culture Theory*, RUSSELL W. BELK e JOHN F. SHERRY JR. (eds.), Elsevier, Oxford, 2007, págs. 433 e ss., é possível delimitar dois grupos no que ao consumo responsável diz respeito. Um deles é composto por pessoas que saem do sistema de consumo, que consideram uma imposição indesejável. O consumo responsável representa, neste caso, um acto de libertação de demasiados estímulos ao consumo, que se confere identidade também produz alienações. O segundo grupo encara o consumo como um acto político e de crítica social. Estes grupos não são estáticos ou fechados e um indivíduo pode mudar de um para o outro ou encontrar-se em grupos diferentes em ocasiões diferentes. LEAF VAN BOVEN, EUGENE HALTON e JOSEPH D. RUMBO, “Membrane of the Self: Marketing, Boundaries, and the Consumer-Incorporated Self”, in *Consumer Culture Theory*, RUSSELL W. BELK e JOHN F. SHERRY JR. (eds.), Elsevier, Oxford, 2007, pág. 297, defendem que o ser autónomo é aquele que consome e aprecia o consumo, mas sem ser consumido por ele. DANIEL MILLER, “Consumption as the Vanguard of History: A Polemic by Way of an Introduction”, in DANIEL MILLER (ed.), *Acknowledging Consumption – a Review of New Studies*, Routledge, London, 1995, págs. 20 e ss., qualifica como mito as ideias de que o consumo se baseia no materialismo como desejo irrazoável por bens; de que o consumo se opõe à sociabilidade porque se baseia numa preocupação com os bens que substitui a preocupação com as pessoas; de que o homem fica diminuído na sua humanidade

escapar aos princípios éticos estruturantes em que assumir a responsabilidade pelos outros faz parte do mesmo processo de assumir a responsabilidade por nós⁷² e o consumo, sobretudo o consumo responsável, é um acto de afirmação⁷³.

Mas também na, ou da, *utilização da coisa* resulta uma íntima ligação da escolha do indivíduo à construção da sua identidade. Desde logo, os objectos são uma espécie de linguagem através da qual os indivíduos comunicam entre si. Eles estabelecem, desde logo, as escolhas de cada um. Devido ao processo de esteticização que suportam e ao seu carácter cultural, os bens são meios por excelência de troca de sinais na interacção social. Os indivíduos constituem-se de uma modo *performativamente referencial*⁷⁴, de acordo com a individualidade e o plano de acção que querem comunicar socialmente⁷⁵.

Se os objectos codificam a história pessoal do dono e a das suas pessoas de referência, se têm uma função simbólica no que diz respeito à manutenção da identidade pessoal, eles também podem ser valorados enquanto representam um “*eu ideal*” ou uma forma de auto-expressão⁷⁶. O momento em que a propriedade fungível,

porque é dominado pelo mundo dos bens. Claro que há patologias de fetichismo em que as pessoas ficam obcecadas com bens, mas pode ser a obsessão narcisista com a própria pessoa que a afaste das relações sociais e não o materialismo, que é frequentemente a expressão de relações sociais através de um processo de objectivação. De qualquer modo, podemos assentar que os valores materialistas estão associados a uma desvalorização da liberdade e da autodeterminação (cfr. TIM KASSER, *The High Price of Materialism*, The MIT Press, Cambridge-Massachusetts, 2002, pág. 86). STEVEN MILES, *Consumerism - As a Way of Life*, SAGE, 1998, págs. 147-148, identifica o paradoxo do consumo como aquele em que por um lado, este surge a oferecer aos indivíduos todas as formas de oportunidades e experiências que são depois direccionados a rotas de consumo pré-determinadas, tornando o consumo simultaneamente um potenciador e um constrangimento. Sobre felicidade e consumo, e as consequências do consumo, ver CAROLYN COSTLEY, LORRAINE FRIEND, EMILY MEESE, CARL EBBERS e LI-JEN WANG, “Happiness, Consumption, and Being”, in *Consumer Culture Theory*, RUSSELL W. BELK e JOHN F. SHERRY JR. (eds.), Elsevier, Oxford, 2007, págs. 209 e ss.

⁷² DANIEL MILLER, “Consumption as the Vanguard of History: A Polemic by Way of an Introduction”, in DANIEL MILLER (ed.), *Acknowledging Consumption – a Review of New Studies*, Routledge, London, 1995, pág. 43.

⁷³ GEORGE BROOKER, “The Self-Actualizing Socially Conscious Consumer”, *J. Consumer Res.* 3 (1976), págs. 107 e ss.

⁷⁴ MIKE FEATHERSTONE, *Undoing Culture - Globalization, Postmodernism and Identity*, SAGE, 1995, pág. 67; BEN FINE e ELLEN LEOPOLD, *The World of Consumption*, Routledge, 1993, págs. 60-61; e DON SLATER e FRAN TONKISS, *Market Society, Markets and Modern Social Theory*, Polity, 2001, pág. 185. ERVING GOFFMAN, *The Preservation of Self in Everyday Life*, Penguin Books, 1959, pág. 40, descreve como ocorre a procura de informação quando um indivíduo está na presença de outros.

⁷⁵ Quanto ao carácter simbólico da coisa, há que ter em consideração que esta, na medida em que deixa de ser um item individualmente considerado, para passar a fazer parte de uma constelação de consumo, define e exprime um *estilo de vida*. O estilo é um factor essencial na definição do eu, na forma como se entende a sociedade, e, simultaneamente, uma forma de informação da sociedade. Cfr. STUART EWEN, “Marketing Dreams”, in ALAN TOMLINSON (ed.), *Consumption, Identity, & Style: Marketing, Meanings and the Package of Pleasure*, Routledge, 1990, págs. 43-44, e MATT GOTTDIENER, “Approaches to Consumption: Classical and Contemporary Perspectives”, in MARK GOTTDIENER (ed.), *New Forms of Consumption, Consumers, Culture and Commodification*, Rowman & Littlefield, 2000, pág. 22. A criação da identidade individual alcançada segundo um consumo simbólico forma um individual e particular estilo de vida. O que é vendido, por exemplo, não é apenas o valor do produto, mas o seu significado como um tijolo na construção de um particular estilo de vida. ZIGMUND BAUMAN e TIM MAY, *Thinking Sociologically*, 2.^a ed., Blackwell, 2001, pág. 155, e SCOTT LASH e JOHN URRY, *Economies of Signs & Space*, SAGE, 1994, págs. 14-15. Vide AMERICUS REED II, “Activating the Self-Importance of Consumer Selves: Exploring Identity Salience Effects on Judgments”, *J. Consumer Res.* 31 (2004), págs. 286 e ss, sobre a identidade social do consumidor e o estilo de vida conducente a essa identidade. Sobre a esteticização da vida quotidiana, MIKE FEATHERSTONE, *Consumer Culture and Postmodernism*, SAGE, 1991, págs. 65 e ss. Critica, numa perspectiva sociológica, a utilização do conceito operativo “*lifestyle*”, COLIN CAMPBELL, “The Sociology of Consumption”, in DANIEL MILLER (ed.), *Acknowledging Consumption – a Review of New Studies*, Routledge, London, 1995, págs. 108-109. Para uma visão do historiador, PAUL GLENNIE, “Consumption within historical studies”, *idem*, págs. 177-179.

⁷⁶ ERIC ARNOULD e CRAIG THOMPSON, “Consumer Culture Theory (and we really mean Theoretics): Dilemmas and Opportunities posed by an Academic Branding Strategy”, in *Consumer Culture Theory*,

valorada principalmente para a troca, se transforma em propriedade pessoal ocorre no curso de *um projecto de vida*⁷⁷, cujo sucesso depende não apenas dos objectos, mas também do contexto em que se desenvolve. A plasticidade da biografia pessoal, que permite escolher entre diversos cursos de acção, através das quais o “eu” se constitui⁷⁸, leva ao surgimento de novos valores (escolha, desejo, privacidade, liberdade, aparência, moda e estilo, materialismo e padrões materiais, conforto, conveniência, etc.) e à sua *experimentação em múltiplos papéis sociais* (enquanto cidadão, familiar, trabalhador, crente religioso, etc.).

O “eu” existe apenas no que CHARLES TAYLOR chama de “*webs of interlocution*”⁷⁹, e a propriedade constitui, ela própria, um meio interlocutório. Mais do que vítimas passivas de sinais e significados, os indivíduos constituem-se autonomamente como mediadores desse significado⁸⁰, numa *poesis* de identidade pessoal e social. Reconhecendo que a autodeterminação constitui uma estrutura de interacção em que os participantes determinam o que querem e a forma de agência que pretendem exercer⁸¹, a propriedade deixa de ser estatuto para passar a ser um *meio positivo de estabelecer identidade, auto-expressão, e autogratisficação* e, neste sentido, uma forma de participar num sistema de relações sociais que habilitam o indivíduo a viver uma vida plena, sempre numa relação de referências recíprocas. Na medida em que os bens têm um valor comunicativo⁸² - a propriedade é um meio linguístico através do qual as interacções são agregadas e as formas de vida são estruturadas - a propriedade pode contribuir para a construção e definição do “eu”, num processo que se adivinha de permanente actualização e mudança⁸³.

Se a análise dos estudos empíricos nos sugere *ad abundantiam* o reconhecimento da ligação entre a propriedade de certos bens e o desenvolvimento da personalidade - personalidade positiva e afirmativa, nas suas interligações entre individualidade, propriedade e liberdade - o tema requer, a nosso ver, uma inadiável análise jurídica, que nos propomos levar a cabo. Começaremos pelo “*estado da arte*”. Ou seja, verificaremos em primeiro lugar, se, e em que medida, o ordenamento jurídico português reflecte ou reconhece esta ligação positiva entre personalidade e determinados objectos.

RUSSELL W. BELK e JOHN F. SHERRY JR. (eds.), Elsevier, Oxford, 2007, pág. 10, referem uma dinâmica complexa e ambivalente em que os consumidores exercem a sua agencialidade e perseguem os seus objectivos relativos à identidade através do diálogo com o contexto cultural. GUSTAV RADBRUCH, *Filosofia do Direito*, 6.ª edição, Arménio Amando Editor, Coimbra, 1997, pág. 273, referindo-se à teoria da personalidade, descreve-a como sendo não o mesmo que um domínio do homem sobre as coisas, “*mas uma certa relação entre o homem e as coisas*”.

⁷⁷ FRED R. MYERS, “Introduction”, *The Empire of Things: Regimes of Value and Material Culture*, School of American Research, 2001, pág. 3.

⁷⁸ Claro que há uma parte de vulnerabilidade na pessoa assim entendida. Sobre o tema, veja-se CHRISTOPHER LASCH, *The Culture of Narcissism*, Norton & Company, 1979, pág. 72.

⁷⁹ CHARLES TAYLOR, *Sources of the Self, The Making of the Modern Identity*, HUP, 1989, pág. 36.

⁸⁰ GRANT MCCrackEN, *Culture and Consumption, New Approaches to the Symbolic Character of Consumer Goods and Activities*, Indiana University Press, 1990, págs. 72 e ss.

⁸¹ RICHARD DIEN WINFIELD, “With what Must Ethics Begin? Reflections on Benson’s Account of Property and Contract”, *Cardozo L. Rev.* 11 (1990), págs. 537 e ss.

⁸² GIANPAOLO FABRIS, *Il nuovo consumatore: verso il postmoderno*, FrancoAngeli, Milano, 2003, pág. 20.

⁸³ Como IGOR KOPYTOFF, “The Cultural Biography of Things: Commoditization as Process”, in ARJUN APPADURAI (ed.), *The Social Life of Things*, CUP, 1986, págs. 64 e ss, distingue, nas sociedades de pequena escala, a identidade social da pessoa é relativamente estável e as mudanças são normalmente condicionadas mais por regras culturais do que por idiosincrasias biográficas. Em sociedades complexas, pelo contrário, as identidades sociais das pessoas são numerosas e conflitantes.

Depois de demonstrarmos que ela não só é aceita a nível infraconstitucional, como nos é imposta por uma leitura integrada e sistemática da Constituição, retiraremos as consequências dessa afirmação. Defenderemos, em primeiro lugar, a tutela reforçada de certos bens, e a sua resistência a limitações - sejam elas no âmbito da protecção constitucional da família ou no âmbito da tutela antidiscriminatória - que não tomem o seu valor pessoal em consideração. Em segundo lugar, proporemos que, na colisão entre o direito de propriedade e direitos de personalidade (assim tradicionalmente desenhada), a dimensão pessoal da propriedade, sempre que presente, esbate uma distinção rígida entre direitos pessoais e direitos patrimoniais e deve ser ponderada no balanceamento a fazer pelo juiz em cada caso concreto.

Impõe-se, pois, ainda antes de prosseguirmos com a análise do direito positivo vigente, definirmos com rigor, de entre a informação fornecida pelos autores acima referidos, quais são as premissas de que partimos para delimitar e orientar a nossa investigação.

Começamos por reafirmar que, naturalmente, muito do consumo é uma actividade sem sentido⁸⁴. *Nem todos os bens* são constitutivos da personalidade. O objecto do nosso estudo não é a aquisição *de per se*, a actividade de consumo, nem qualquer modo de uso da propriedade⁸⁵. O núcleo da nossa investigação consiste nos bens que têm uma ligação especial com a personalidade, *rectius*, com a personalidade concreta de um determinado indivíduo. Partimos, é certo, de um *conceito subjectivo*, já que a auto-identificação varia de pessoa para pessoa, mas porque admitimos, naturalmente, que é possível um tratamento normativo de determinados bens, em razão da função que esses bens desempenham para uma generalidade de pessoas⁸⁶. Certamente, e de modo a não cairmos num puro modelo de preferências, defenderemos a necessidade de critérios objectivos para distinguir o campo da propriedade pessoal que merece reconhecimento.

Quanto aos conceitos, tomaremos como ponto de partida um conceito de

⁸⁴ AHUVIA, AARON C., “Beyond the Extended Self: Loved Objects and Consumers’ Identity Narratives”, *J. Consumer Res.* 32 (2005), pág. 182.

⁸⁵ A investigação do comportamento do consumidor começou por incidir na importância do consumo para a autodefinição e auto-expressão. A sugestão inicial para esta ligação foi de Sidney Levy, “Symbols by Which We Buy” em *Advanced Marketing Efficiency*, 1959, pág. 409 e ss. (também publicado em Boone, *Classics in Consumer Behavior*, University of Tulsa, 1977). Uma das linhas de investigação daqui derivadas encontrou correspondência entre a imagem do produto e a auto-imagem, mas com algumas limitações. Uma linha mais recente e profícua distingue entre o consumo de baixo e o de alto envolvimento e procura demonstrar que o sentido pessoal do consumo é maior nos casos de produtos de alto envolvimento, como é o caso dos automóveis e do vestuário (cfr. PETER H. BLOCH e GRADY D. BRUCE, “Product Involvement as Leisure Behavior”, *Advances in Consumer Research* 11 (1984), págs. 197 e ss.; PETER H. BLOCH e MARSHA L. RICHINS, “Shopping Without Purchase: an Investigation of Consumer Browsing Behavior”, *Advances in Consumer Research* 10 (1983), págs. 389 e ss, e MARSHA L. RICHINS e PETER H. BLOCH, “After the New Wears Off: The Temporal Context of Product Involvement”, *J. Consumer Res.* 13 (1986), págs. 280 e ss.). Nesta linha, alguns autores sugerem que certos tipos de bens são altamente significativos para o “*self*” (a identidade) devido ao ritual da sua aquisição (herdando ou adquirindo para uma colecção) ou devido à sua singularidade (prendas dos entes queridos). Ver RUSSEL W. BELK, “Studies in the New Consumer Behaviour”, in DANIEL MILLER (ed.), *Acknowledging Consumption – a Review of New Studies*, Routledge, London, 1995, págs. 65-67. Sobre o exercício da agency em situações de escassez e carência, ver MARIE-AGNÈS PARMENTIER e EILEEN FISCHER, “Working to Consume the Model Life: Consumer Agency under Scarcity”, *Consumer Culture Theory*, RUSSELL W. BELK e JOHN F. SHERRY JR. (eds.), Elsevier, Oxford, 2007, págs. 23 e ss.

⁸⁶ Sobretudo, não pretendemos revelar ou assumir um subjectivismo ético. Cfr. JOHN KEKES, *Enjoyment: The Moral Significance of Styles of Life*, OUP, 2008.

pessoa – sabemos que a filosofia⁸⁷, ainda que a questão da personalidade seja discutida desde que Heraclito se preocupou sobre como as coisas poderiam persistir através da mudança, nunca alcançou uma definição única – como uma estrutura consistente de carácter: cada pessoa é o que é em virtude do seu passado e do seu futuro (a capacidade do indivíduo de projectar um plano de vida para o futuro é tão importante como a sua memória ou a sua consciência) e seguimos a distinção de HEINZ KOHUT⁸⁸ entre o “self” e a *identidade*. O “self” é um conceito profundamente psicológico e refere-se ao núcleo da personalidade feita de vários constituintes. Contém: (1) as camadas básicas da personalidade de onde emanam as lutas pelo poder e pelo sucesso; (2) os principais objectivos idealizados; (3) os talentos e capacidades que medeiam entre ambições e ideais – todos ligados ao sentido de ser uma unidade no tempo e no espaço, receptiva de impressões e iniciadora de acções.

A *identidade*, pelo contrário, é o ponto de convergência entre o “self” desenvolvido e a *posição sócio-cultural do indivíduo*. A *dimensão relacional* da identidade é, nesta perspectiva, inescapável. A identidade foca-se no que significa ser “eu” para mim e no ser “tu” para o outro. Este sentido da sua própria identidade pessoal é crucial para o ser humano⁸⁹. Sem o sentido da sua identidade, o ser (“self”) desintegra-se, torna-se obscuro e vulnerável. A identidade pessoal - abarcando a ideia do que significa ser a minha própria pessoa, ser “eu” (o sentido de “selfness”) - constitui o resultado mas também uma fonte constante de liberdade pessoal.

Quanto ao conceito de propriedade, usá-lo-emos no seu sentido técnico, para significar o próprio direito real, mas também para nos referirmos ao objecto do direito, isto é, com o significado de coisas corpóreas. Algumas vezes usaremos a expressão propriedade como sinédoque de direitos reais.

Vivendo em sociedade, a maior parte daquilo que cada um faz afecta e é afectado pelo que os outros fazem⁹⁰. Na medida em que o sentido da identidade social do indivíduo é inteligível apenas nos termos da rede social a que pertence, levanta-se, pois, uma outra

⁸⁷ LOCKE, no *Ensaio sobre o Entendimento Humano*, livro II, capítulo XXVII, §9, definiu a pessoa como um ser inteligente e pensante, pensando coisas diferentes em momentos e espaços diferentes. Cfr. ANTONY FLEW, “Locke and the Problem of Personal Identity”, *Phil.* 26 (1951), págs. 53-68; BARUCH A. BRODY, *Identity and Essence*, Princeton University Press, 1980, págs. 3 e 4; H. KOHUT, “Introspection, Empathy, and Psychoanalysis: an Examination of the Relationship between Mode of Observation and Theory”, em PAUL H. ORNSTEIN (ed.), *The Search of the Self: Selected Writings of Heinz Kohut: 1950-1978*, volume I, Karnac, London, 2011, pág. 227; H. KOHUT, “Four Basic Concepts in Self Psychology”, 1979, *idem*, págs. 449 e 451. É defensável, pelo contrário, uma concepção das pessoas como corpos humanos. Cfr. P. F. STRAWSON, *Individuals: An Essay in Descriptive Metaphysics*, Routledge, London, 1969, págs. 87-116, e BERNARD WILLIAMS, “Personal Identity and Individualization”, *Problems of the Self: Philosophical Papers 1956-1972*, CUP, págs. 1, 19 e 64. Insere-se nesta perspectiva a doutrina que acha que a incorporação é uma condição necessária mas não suficiente para a personalidade. Cfr. WITTGENSTEIN, *Tratado Lógico-Filosófico: Investigações Filosóficas*, 3.ª edição, FCG, 2002, para quem o melhor retrato da alma humana é, precisamente, o corpo humano.

⁸⁸ HEINZ KOHUT, “Four Basic Concepts in Self Psychology”, in PAUL H. ORNSTEIN, *The Search of the Self: Selected Writings of Heinz Kohut: 1950-1978*, IV, Karnac, London, 2011, pág. 451.

⁸⁹ Como refere MANUEL CASTELLS, *The Rise of the Network Society*, 2.ª edição, Wiley-Blackwell, 2010, pág. 3, a identidade tornou-se a principal, e muitas vezes a única, fonte de significado num período histórico caracterizado por difusa destruição de organizações, deslegitimação de instituições, enfraquecimento dos movimentos sociais e expressões culturais efémeras.

⁹⁰ AARON C. AHUVIA, “Beyond the Extended Self: Loved Objects and Consumers’ Identity Narratives”, *J. Consumer Res.* 32 (2005), págs. 171 e ss., sublinha que as coisas podem desempenhar um papel na construção de uma narrativa coerente de identidade mesmo quando as forças sociais conduzem a uma fragmentação dessa mesma identidade. Sobre as consequências da fragmentação social, ver por todos, CHARLES TAYLOR, *The Ethics of Authenticity*, Harvard University Press, 1991, págs. 117-118.

questão, de maior importância em termos analíticos, que é a do reconhecimento da identidade de grupo (e a que RADIN não se refere no seu artigo). Ideias como a “auto-identificação”, “estrutura consistente de carácter”, “memória”, “plano de vida para o futuro”, “objectivos idealizados”, “unidade do tempo e no espaço” e “iniciador de acções” são exclusivas dos indivíduos ou podemos referi-las também a grupos⁹¹? Não temos dúvidas em responder afirmativamente. No mundo jurídico, é especialmente reconhecida essa relação positiva entre determinados objectos e a construção, digamos, da identidade a certos grupos como a família⁹², o condomínio⁹³, o

⁹¹ Aborda o problema da consagração constitucional de direitos de grupos – enquanto direitos de que é titular o próprio grupo, a exercer por “órgãos próprios” - VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 125-126. Alerta o autor para o facto de a aceitação da existência de direitos de grupos nunca poder implicar a colectivização dos seus membros, nem prejudicar os direitos e as liberdades individuais destes perante os próprios grupos. Ver WILLIAM A. GALSTON, *Liberal Pluralism: The Implications of Value Pluralism for Political Theory and Practice*, CUP, 2002, págs. 22 e ss, sobre a “expressive liberty” dos grupos. Sobre a identidade de grupo, JOSEPH RAZ, *Value, Respect, and Attachment: The Seeley Lectures 2001*, CUP, 2004, págs. 34 e ss.

CHARLES TAYLOR, em “The Politics of recognition”, AMY GUTMANN (ed.), *Multiculturalism*, Princeton University Press, 1994, pág. 33, considera que, apesar da característica fundamentalmente dialógica da vida humana, precisamos de relações para nos preenchermos, não para nos definir. K. ANTHONY APPIAH, “Identity, Authenticity, Survival: Multicultural Societies and Social Reproduction”, in AMY GUTMANN (ed.), *Multiculturalism*, Princeton University Press, 1994, págs. 149 e ss, questiona determinadas identidades colectivas, por suspeitar que são prejudiciais para o desenvolvimento da personalidade individual. O autor relembra que entre a política do reconhecimento e a da compulsão não há uma linha clara. Vide JUHA RÄIKKÄ, “Autonomy and Cultural Rights: The Argument of Cultural Disadvantage”, em ZELIM A. SKURBATY (ed.), *Beyond a One-Dimensional State: An Emerging Right to Autonomy?*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2005, págs. 211 e ss., sobre a diferenciação dos grupos.

⁹² CHARLES TAYLOR, *Hegel*, CUP, 1975, págs. 431 e 432, com indicação de outra bibliografia, defende que podemos ir buscar a HEGEL a ideia de que na família o indivíduo se sente como fazendo parte de algo maior, como construindo a sua identidade através da participação numa vida comum; PETER L. LUNT e SONIA M. LIVINGSTONE, em 1992, no seu *Mass Consumption and Personal Identity, Everyday Economic Experience*, OUP, alargaram a investigação sociológica de modo a revelar como os objectos fazem parte da dinâmica das relações de família. Ver, ainda, PETER LUNT, “Psychological Approaches to Consumption”, in DANIEL MILLER (ed.), *Acknowledging Consumption – a Review of New Studies*, Routledge, London, 1995, 237 e ss. RUSSELL W. BELK, “Possessions and the Extended Self”, *J. Consumer Res.* 15 (1988), pág. 152, explica-nos que, tal como os indivíduos incorporam objectos no seu “extended self”, as famílias, com diferentes “core selves”, também acolhem diferentes objectos nos seus “extendend selves”.

No campo jurídico, é inegável a relação da família enquanto grupo com a casa que constitui a sua sede. NUNO DE SALTER CID, *A protecção da casa de morada de família no Direito Português*, Almedina, Coimbra, 1996, págs. 66-77, depois de destacar a relevância social e jurídica da família enquanto grupo social portador de interesses próprios que transcendem os interesses individuais dos membros que os compõem, destaca o direito à habitação consagrado no artigo 65.º da CRP como direito das famílias. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, anot. ao artigo 65.º, pág. 666, I, defendem que o artigo 65.º, ao fazer referência a uma habitação destinada à família e que preserve a privacidade familiar, está, em parte, em estrita conexão com o artigo 67.º e constitui, nesta dimensão, uma norma especial em relação a esta última disposição.

Sobre o materialismo no seio das relações familiares, veja-se TIM KASSER, *The High Price of Materialism*, The MIT Press, Cambridge-Massachusetts, 2002, págs. 30 e ss. e 87 e ss.

⁹³ GREGORY S. ALEXANDER, “Dilemmas of Group Autonomy: Residential Associations and Community”, *Cornell L. Rev* 75 (1989), págs. 1 e ss, escreveu um artigo nuclear no que se refere à autonomia dos grupos e, em especial, ao condomínio. A ideia fundamental deste autor reside na distinção entre a propriedade singular, que permite a realização de valores pessoais, e a propriedade condominial, que visa a (con)vivência entre os vários condóminos. ALEXANDER defende, pois, que o condomínio não pode realizar valores pessoais (por exemplo, o regulamento de condomínio não pode proibir o arrendamento ou o uso por homossexuais), mas pode estabelecer, por exemplo, cláusulas de inalienabilidade, que assegurem um determinado nível sócio-económico. Sobre as cláusulas de inalienabilidade no nosso ordenamento jurídico e os limitados termos em que são admitidas, veja-se, por todos, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, “Cláusulas de Inalienabilidade”, *Contratos, Actualidade e Evolução*, Universidade Católica Portuguesa, dist. por Coimbra Editora, Porto, 1997, págs. XXX.

grupo religioso⁹⁴ ou a população⁹⁵.

O conceito de *belonging* tornou-se particularmente complexo na nossa sociedade. As pessoas desenvolvem as suas identidades através da pertença à família, aos amigos, à religião, à raça, à crença, ao género, etc. MICHEL MAFFESOLI⁹⁶ propõe um novo paradigma, o *paradigma tribal*, que explica a criação destes microgrupos, em que as alianças se formam a partir de associações de indivíduos, mas adquirem uma identidade precisa e uma existência autónoma. cremos, pois, ser inegável que os grupos possam ter o seu círculo de escolhas simbólicas, que capacita um ilimitado desenrolar da sua identidade⁹⁷, numa dimensão positiva de liberdade e de autodeterminação. É certo que o *conflito* entre o individual e o social - *rectius*, entre a identidade pessoal e a identidade social - é inevitável, na medida em que os indivíduos perseguem *simultaneamente*, como vimos, objectivos de *assimilação* e de *diferenciação*⁹⁸. Mas, quando exista, tal conflito terá de

⁹⁴ A Lei da Liberdade Religiosa (Lei 16/2001, de 22 de Junho) estabelece no seu artigo 30.º (sobre bens religiosos) que: “1. Nenhum templo, edifício, dependência ou objecto do culto pode ser demolido ou destinado a outro fim, a não ser por acordo prévio com a respectiva igreja ou comunidade religiosa, por expropriação por utilidade pública ou por requisição, em caso de urgente necessidade pública, salvo quando a demolição se torne necessária por a construção ameaçar ruína ou oferecer perigo para a saúde pública”. E no n.º 3 pode ler-se que: “Em qualquer caso, não será praticado acto algum de apropriação ou de utilização não religiosa sem que previamente os bens tenham sido privados da sua natureza religiosa pela respectiva igreja ou comunidade religiosa”.

⁹⁵ No direito português, a Lei 7/2001, de 8 de Setembro (Lei do Património Cultural), considera, no seu artigo 2.º, n.º 1, que integram o património cultural todos os bens que, sendo testemunhos de civilização ou de cultura portadores de interesse cultural relevante, devam ser objecto de especial protecção e valorização. Os bens móveis e imóveis podem ser classificados, nos termos do artigo 15.º, como de interesse nacional, de interesse público ou de interesse municipal (nestes incluem-se os bens cuja protecção e valorização, no todo ou em parte, “representem um valor cultural de significado predominante para um determinado município”). Entre os critérios genéricos de apreciação referidos no artigo 17.º contam-se precisamente o interesse do bem “como testemunho simbólico ou religioso” e “como testemunho notável de vivências ou factos históricos”. Sobre a relação do património cultural com a identidade nacional, ou seja, a identidade cultural comum, JORGE MIRANDA, “O património cultural na Constituição portuguesa”, *Estudos em Homenagem no Centenário do Nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha*, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 504 e ss. Sobre o património cultural na constituição do indivíduo e da sociedade, JOSÉ CASALTA NABAIS, *Introdução ao direito do património cultural*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 106 e ss. Associado aos direitos de fruição dos bens culturais e de criação cultural, o património cultural constitui um dever fundamental, que se desdobra num dever de defesa, no dever de preservação ou de conservação e no dever de valorização do património cultural.

Sobre o regime da transmissão dos bens culturais móveis, veja-se BONIFÁCIO RAMOS, “Bens culturais: posse não vale título”, *O Direito* 142 (2010) págs. 907 e ss. Sobre a questão dos imóveis integrantes dos centros históricos classificados como património da humanidade, ver CASALTA NABAIS, “O quadro jurídico do património cultural”, *RLJ* 3960 (2010), págs. 160-161.

Sobre a questão do grupo ou da população, em geral, veja-se CHARLES TAYLOR, *A Secular Age*, The Belknap Press of HUP, London-Massachusetts, 2007, e ABBY DAY, *Believing in Belonging: Belief and Social Identity in the Modern World*, OUP, 2011. Ainda KRISTEN A. CARPENTER, SONIA K. KATYAL e ANGELA R. RILEY, “In Defense of Property”, *Yale L.J.* 118 (2008) págs. 1022 e ss., no sentido de a *propriedade* cultural ser parte integrante da identidade dos grupos indígenas e merecer protecção jurídica. A questão da propriedade da terra por grupos colectivos tem sido debatida com particular interesse nos Estados Unidos. Sobre o debate, veja-se, novamente, KRISTEN A. CARPENTER, agora em “Real Property and Peoplehood”, *Stan. Envtl. L. J.* 27 (2008), págs. 313-395. Nesta sua teoria, a autora propõe uma forte protecção jurídica à terra que seja essencial para a preservação da identidade e sobrevivência de grupos colectivos (caso dos índios americanos).

⁹⁶ MICHEL MAFFESOLI, *The Time of the Tribes, The Decline of Individualism in Mass Society*, SAGE, 1996.

⁹⁷ ERIC ARNOULD e CRAIG THOMPSON, “Consumer Culture Theory (and we really mean Theoretics): Dilemmas and Opportunities Posed by an Academic Branding Strategy”, in *Consumer Culture Theory*, RUSSELL W. BELK e JOHN F. SHERRY JR. (eds.), Elsevier, Oxford, 2007, pág. 10.

⁹⁸ CINDY CHAN, JONAH BERGER e LEAF VAN BOVEN, “Identifiable but Not Identical: Combining Social Identity and Uniqueness Motives in Choice”, *J. Consumer Res.* 39 (2012), págs. 561 e ss.; KATHERINE WHITE, JENNIFER J. ARGO e JAIDEEP SENGUPTA, “Dissociative versus Associative Responses to Social Identity Threat: The Role of Consumer Self-Construction”, *J. Consumer Res.* 39 (2012), págs. 704 e ss.

ser resolvido, em cada situação concreta, seja pela demarcação, *i.e.* pela rejeição de uma das identidades, seja por uma solução que sintetize as duas identidades, seja pelo compromisso na procura de uma terceira identidade⁹⁹.

Por último, resta-nos fazer uma delimitação negativa do âmbito da nossa análise. Temos vindo a referir-nos à importância dos bens para o desenvolvimento da personalidade e para a constituição da identidade do indivíduo, questão intimamente ligada à liberdade pessoal. A condignidade existencial, enquanto garantia jusfundamental¹⁰⁰, está intimamente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana e a outros direitos, como o direito à vida ou o direito ao desenvolvimento da personalidade¹⁰¹. Em termos concretos, esta exige, em primeiro lugar, um *mínimo para uma existência condigna*¹⁰²,

⁹⁹ AHUVIA, AARON C., “Beyond the Extended Self: Loved Objects and Consumers’ Identity Narratives”, *J. Consumer Res.* 32 (2005), pág. 1781.

¹⁰⁰ Na expressão de GOMES CANOTILHO, “Para uma revisão dogmática da jusfundamentalidade”, em *Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo*, Almedina, Coimbra, 2013, pág. 533.

¹⁰¹ Sobre a relação entre o mínimo e existência e o direito de propriedade, MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*, Almedina, Coimbra, 2007, págs. 742 e ss.

¹⁰² Usamos a expressão de JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, Anotação ao Ac. TC n.º 509/02 (rendimento social de inserção), *Jurisprudência Constitucional* 1 (2004), pág. 29. Nas palavras do autor, “existência” porque “significa o ser em concreto (*dasein*), o próprio viver, e será, por isso, a palavra mais adequada para designar o conteúdo de uma garantia fundamental que não se refere apenas à mera sobrevivência fisiológica e psíquica, mas ao livre desenvolvimento da personalidade e à inclusão da sociedade. Por outro lado, um mínimo para uma existência condigna e não de existência, porque se trata de assegurar condições de dignidade não a dignidade em si”. Ainda segundo o autor, o que está em causa “é determinar o que se entende que são, numa sociedade concreta, as condições mínimas para uma existência digna que o Estado deve garantir a quem delas careça. Daí o carácter variável, relativo e particular do conteúdo da garantia, em contraposição com o carácter constante, absoluto e universal da dignidade da pessoa. O padrão normativo, que se constrói a partir dos conteúdos mínimos dos vários direitos pessoais — livre desenvolvimento da personalidade — e sociais — educação, cuidados de saúde, assistência na necessidade, assistência judiciária -, depende do tempo e lugar e também da estrutura e do nível económico e financeiro da sociedade. E, além disso, por que se refere a condições, pode ser diverso, conforme as situações em que se põe o problema: por exemplo, o mínimo de que o Estado não pode privar nenhuma pessoa não tem de corresponder exactamente ao mínimo que o Estado tenha de assegurar a quem precisa”. Veja-se, igualmente JORGE MIRANDA, “O Tribunal Constitucional em 2002”, *O Direito* 136 (2004), págs. 201 e ss.

JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, anot. ao artigo 1.º, pág. 54, III, referem que a dignidade da pessoa humana impõe condições materiais de vida capazes de assegurar liberdade e segurança às pessoas. INGO SARLET, “Breves notas sobre o regime jurídico-constitucional dos direitos sociais na condição de direitos fundamentais, com ênfase na ‘aplicabilidade imediata’ das normas de direitos fundamentais e na sua articulação com o assim chamado mínimo existencial”, em *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho III*, FERNANDO ALVES CORREIA, JÓNATAS MACHADO e JOÃO LOUREIRO (orgs.), Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pág. 908, sugere que o mínimo existencial, “seja na perspectiva negativa (*defensiva*), seja na perspectiva positiva (*prestacional*), operaria como espécie de limites aos limites dos direitos fundamentais, constituindo critério material para o controle da legitimidade constitucional de excesso de intervenção em direito social e mesmo na dignidade da pessoa humana (em sendo este o fundamento do mínimo existencial), mas também critério material para um controle na perspectiva da eventual insuficiência de protecção”. Vide ALVES CORREIA sobre o refinamento (*Verfeinerung*) dos direitos sociais pelo tribunal constitucional, em “A concretização dos direitos sociais pelo Tribunal Constitucional”, *RLJ* 3951 (2008), págs. 356 e ss. Sobre o padrão mínimo social para uma existência digna, veja-se ANDREAS J. KRELL, “Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais”, em INGO WOLFGANG SARLET, *A constituição concretizada*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2000, págs. 41 e ss.

O Acórdão do TC n.º 232/91 [Relator: MESSIAS BENTO], de 23 de Maio, a propósito da actualização de pensões por acidente de trabalho: “Não pode, na verdade, esquecer-se que o respeito incondicional pela dignidade da pessoa humana exige, antes de mais, a garantia de um mínimo de sobrevivência”. O princípio do Estado de Direito postula a ideia de que as leis sejam instrumentos de realização do bem comum, entendido este sempre na perspectiva fundamental do respeito incondicional pela dignidade da pessoa humana (...) Em face de situações humanas tão dramáticas, como eram as de alguns pensionistas, que foram vendo as suas pensões degradar-se, algumas delas até ao ponto de já não representarem quase nada para a sua sobrevivência, impunha-se, de facto, promover a sua actualização”.

que, numa *dimensão negativa*¹⁰³ abrange a garantia do salário¹⁰⁴ e da pensão¹⁰⁵, ou de parte deles, incluindo a sujeição do imposto sobre o rendimento pessoal ao respeito pelo princípio do rendimento disponível¹⁰⁶, e, numa *dimensão*

¹⁰³ VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.^a edição, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 375, refere-se ao mínimo dos mínimos como constituindo a vertente negativa de um direito a um mínimo de existência condigna. Interroga-se o autor sobre se *não implicará esse mínimo um direito à sobrevivência, enquanto direito social de personalidade, entendido como um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias e gozando, portanto, do respectivo regime, designadamente da sua imediata aplicabilidade?* ISABEL MOREIRA, *A solução dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais na Constituição Portuguesa*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 147, havia qualificado o direito ao mínimo de existência como um direito de natureza híbrida: geneticamente é um direito social, estruturalmente é um direito de liberdade.

¹⁰⁴ Cfr., por exemplo, o Acórdão TC n.º 96/2004 [Relatora: MARIA HELENA BRITO], de 11 de Fevereiro, e Acórdão TC n.º 657/2006 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 28 de Novembro.

¹⁰⁵ Cfr. o Acórdão TC n.º 349/91 [Relator: ALVES CORREIA], de 3 de Julho e Acórdão TC n.º 306/05 [Relator: VÍTOR GOMES], de 8 de Junho. Mas não impede a aplicação de uma pena disciplinar de perda de pensão. Nos Acórdãos TC n.º 442/2006 [Relator: GIL GALVÃO], de 12 de Julho, n.º 518/2006 [Relator: PAMPLONA OLIVEIRA], de 26 de Setembro, e n.º 28/07 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 17 de Janeiro, esteve, precisamente, em análise a questão do mínimo de subsistência como limite à aplicação de penas disciplinares. Em causa estava a norma do artigo 15.º, n.º 2, do Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Central, Regional e Local, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 24/84, de 16 de Janeiro, que previa que para funcionários e agentes aposentados a pena disciplinar de aposentação compulsiva (a segunda mais grave prevista nesse Estatuto) fosse substituída pela perda do direito à pensão pelo período de três anos. O Acórdão TC n.º 518/2006 concluiu, após remissão para os fundamentos do citado Acórdão TC n.º 442/2006, o seguinte: “*estamos em presença de uma pena disciplinar que visa, dando satisfação a um interesse público, punir uma infracção violadora de determinados deveres funcionais, ainda que praticada numa situação de aposentação, na execução da qual é admissível que o arquido suporte um incómodo que se repercuta nas suas condições de vida. Por outro lado, mesmo no caso em que da aplicação da norma resulte a privação do mínimo considerado indispensável à garantia de uma sobrevivência condigna, sempre o interessado poderá recorrer aos mecanismos assistenciais previstos no ordenamento jurídico, destinados a fazer face a situações de carência económica. Havendo mecanismos que visam assegurar uma sobrevivência minimamente condigna do cidadão, não poderá, com efeito, concluir-se que pela aplicação da questionada norma fica violado o princípio da dignidade da pessoa humana, ou qualquer outro previsto nos artigos 1.º, 19.º, 26.º, n.º 3, 59.º, n.ºs 1, alínea f), e 2, alínea a) e 63.º da Constituição*”. O Acórdão TC n.º 28/07 veio frisar que a substituição da pena disciplinar de aposentação compulsiva pela de perda do direito à pensão pelo período de três anos só poderia provocar a privação do “*mínimo de sobrevivência*” caso o funcionário punido não dispusesse de outros rendimentos que lhe assegurassem esse mínimo, e que mesmo então não ficava privado de recorrer aos mecanismos assistenciais gerais. Em declaração de voto, o Conselheiro SILVA RODRIGUES considerou que que o princípio da dignidade humana, erigido a elemento fundante do Estado de direito democrático, que a República Portuguesa é (art.º 1.º da Constituição), e o princípio da proporcionalidade apontam no sentido de não poder ser decretada a perda da pensão na parte que vai além do mínimo para se sobreviver condignamente. MARIA FERNANDA PALMA, por seu lado, analisando a questão da perspectiva dos limites constitucionais dos efeitos das sanções disciplinares, defendeu que a sanção em causa, por se tratar de: “*de uma sanção que se traduz na privação da totalidade da pensão de aposentação por um período contínuo de três anos (três anos, sublinhe-se, fixos, sem qualquer possibilidade de graduação em função da culpa ou das circunstâncias do caso) assume uma dimensão pessoal que ultrapassa a natureza estritamente pecuniária que à partida ostenta, afectando, como se disse, as condições mínimas de subsistência do destinatário. É verdade que o aposentado pode ser titular de outros rendimentos. No entanto, não tendo sido considerada nos autos tal circunstância pelo Tribunal recorrido, o Tribunal Constitucional não pode deixar de considerar a natureza da pensão de aposentação e a sua função normal. Assim, produzindo a sanção em causa um efeito nas condições básicas de vida do condenado especialmente lesivo, a sua supressão por um período de três anos, coloca o aposentado numa situação de privação, numa fase em que, em princípio, já não tem condições para assegurar de outro modo a sua subsistência*”.

¹⁰⁶ Segundo JOSÉ CASALTA NABAIS, *O dever fundamental de pagar impostos*, Almedina, Coimbra, 1998 (3.^a reimpressão, de 2012), pág. 522, o princípio da capacidade contributiva exige, relativamente ao imposto pessoal sobre o rendimento, o respeito pelo princípio do rendimento disponível, segundo o qual ao rendimento líquido, ou melhor à soma dos rendimentos líquidos, há que proceder às deduções de despesas privadas, sejam as imprescindíveis à própria existência do contribuinte (mínimo de existência individual), sejam as necessárias à subsistência do casal ou da família (mínimo de existência conjugal ou familiar). “*Efectivamente, a capacidade contributiva só começa a contar a partir desses mínimos, ou seja a partir do que cada pessoa ou conjunto de pessoas precisa para a sua existência física (alimentação, vestuário e habitação)*

*positiva*¹⁰⁷, exige prestações do Estado capazes de assegurar um mínimo indispensável de liberdade e bem-estar. Como sublinha GOMES CANOTILHO, a condignidade convoca “*convoca um ‘núcleo duro’ – a existência física – que inclui os bens vitais (meios de ‘subsistência mínimos’) para garantir e manter esta existência*”¹⁰⁸.

e existência humana (instrução e educação), enquanto pressupostos respectivamente do direito à vida e a uma vida minimamente digna como ser humano, o que, ao fim e ao cabo, é uma expressão da ideia primum vivere, deinde tributum solvere”. Sobre os limites da capacidade tributária, vide SÉRGIO VASQUES, “A evolução histórica do Estado Fiscal Português”, *Revista Fórum de Direito Tributário* 37 (2009), pág. 21.

¹⁰⁷ GOMES CANOTILHO, “Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ferrer Correia III*, BFD, Coimbra, 1991, pág. 488, partindo da categorização Hoffeldiana: “O cidadão, no campo das prestações existenciais mínimas do direito à vida, tem um direito subjectivo (originário, definitivo) a prestações existenciais ao qual corresponde um dever correlativo por parte deste”. Exclui, portanto, uma relação opositiva (*jural oppositives*) no que respeita ao direito à vida, na sua dimensão de prestações existenciais mínimas perante o Estado, e exclui uma relação correlativa (*jural correlatives*) de não direito e privilégio. É também por o considerar “inerente ao respeito da dignidade da pessoa humana” que J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed., Almedina, Coimbra, 2003, pág. 343, considera que o princípio da defesa de condições mínimas de existência pode fundar “uma imediata pretensão dos cidadãos”, “no caso de particulares situações sociais de necessidade”. Daqui se pode retirar que o princípio do respeito da dignidade humana, proclamado logo no artigo 1.^o da Constituição e decorrente, igualmente, da ideia de Estado de direito democrático, consignado no seu artigo 2.^o, e ainda aflorado no artigo 63.^o, n.ºs 1 e 3, da mesma CRP, que garante a todos o direito à segurança social e comete ao sistema de segurança social a protecção dos cidadãos em todas as situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho, implica o reconhecimento do direito ou da garantia a um mínimo de subsistência condigna. Segue-o JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “A tutela de bens da personalidade na constituição e na jurisprudência constitucional portuguesas (algumas notas)”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho III*, organizados por FERNANDO ALVES CORREIA, JÓNATAS MACHADO e JOÃO LOUREIRO, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pág. 847. Sobre um direito à sobrevivência, construído a partir do direito à vida encarado numa perspectiva positiva, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, Anotação ao Ac. TC n.º 509/02 (rendimento social de inserção), *Jurisprudência Constitucional* 1 (2004), págs. 22 e ss. Neste Acórdão (Acórdão 509/02 [Relator: LUÍS NUNES DE ALMEIDA], de 19 de Dezembro) apreciou-se a constitucionalidade da norma constante do artigo 4.^o, n.º 1, do Decreto da Assembleia da República n.º 18/IX, diploma que procedia à revogação do rendimento mínimo garantido previsto na Lei n.º 19-A/96, de 29 de Junho, e criava o rendimento social de inserção. Este diploma com ressalva das excepções também já previstas na lei anterior e das posições subjectivas dos beneficiários à altura, garantia a titularidade do direito ao rendimento social de inserção apenas às pessoas com idade igual ou superior a 25 anos. O Tribunal concluiu que a norma em apreciação vinha “atingir o conteúdo mínimo do direito a um mínimo de existência condigna, postulado, em primeira linha, pelo princípio do respeito pela dignidade humana (...), princípio esse consagrado pelo artigo 1.^o da Constituição e decorrente, igualmente, da ideia de Estado de direito democrático, consignado no seu artigo 2.^o, e ainda aflorado no artigo 63.^o, n.ºs 1 e 3, da mesma CRP”. Para uma crítica a este Acórdão, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “A indivisibilidade dos direitos do homem à luz da dogmática constitucional”, FERNANDO ALVES CORREIA, JÓNATAS MACHADO e JOÃO LOUREIRO (org.), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho III*, Coimbra Editora, 2012, pág. 23.

¹⁰⁸ GOMES CANOTILHO, “Para uma revisão dogmática da jusfundamentalidade”, em *Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo*, Almedina, Coimbra, 2013, pág. 535. O autor refere, depois, as dimensões socio-culturais e convencionais da condignidade existencial, sedimentada com direitos de quota-parte nas aquisições civilizacionais, que o autor exemplifica com a “habitação para a existência condigna” e a “formação escolar”. Em nossa opinião, é aqui que se situam as regras do regime do arrendamento urbano e do CPC que permitem o diferimento da desocupação do imóvel arrendado. O artigo 15.^o-N, da Lei n.º 6/2006, de 1 de Fevereiro, aditados pela Lei n.º 31/2012, de 14 de Agosto, estabelece que no caso de imóvel arrendado para habitação, dentro do prazo para a oposição ao procedimento especial de despejo, o arrendatário pode requerer ao juiz do tribunal judicial da situação do locado o diferimento da desocupação, por razões sociais imperiosas. Nos termos do n.º 2, O diferimento de desocupação do locado para habitação é decidido de acordo com o prudente arbítrio do tribunal, devendo o juiz ter em consideração as exigências da boa fé, a circunstância de o arrendatário não dispor imediatamente de outra habitação, o número de pessoas que habitam com o arrendatário, a sua idade, o seu estado de saúde e, em geral, a situação económica e social das pessoas envolvidas, só podendo ser concedido desde que se verifique algum dos seguintes fundamentos: a) Que, tratando-se de resolução por não pagamento de rendas, a falta do mesmo se deve a carência de meios do arrendatário, o que se presume relativamente ao beneficiário de subsídio de desemprego, de valor igual ou inferior à retribuição mínima mensal garantida, ou de rendimento social de inserção; b) Que o arrendatário é portador de deficiência com grau

Mas, na análise que nos propomos levar a cabo, a propriedade pessoal distingue-se daquela que se refere aos recursos necessários para a subsistência condigna do indivíduo. Nas palavras de HEGEL¹⁰⁹: “Do ponto de vista da carência, e caso seja esta colocada em primeiro plano, ter uma propriedade aparece como um meio. Mas é noutra ponto de vista que reside a verdadeira situação, o da liberdade que na propriedade tem a sua primeira existência, o seu fim essencial de si”. A propriedade pessoal tal como a trataremos nesta investigação pressupõe uma *ligação afirmativa* entre o indivíduo e o objecto, enquanto meio de liberdade positiva, ou de “*liberdade para*” na formulação de ISAHIA BERLIN¹¹⁰.

comprovado de incapacidade superior a 60 %. No caso de diferimento decidido com base na alínea a) do número anterior, cabe ao Fundo de Socorro Social do Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social pagar ao senhorio as rendas correspondentes ao período de diferimento, ficando aquele sub-rogado nos direitos deste. No mesmo sentido, o artigo 854.º do CPC, sobre o diferimento de imóvel arrendado para habitação. Também entendemos aqui abrangido o artigo 863.º, n.º 2, que manda suspender a execução, tratando-se de arrendamento para habitação, o agente de execução suspende as diligências executórias, quando se mostre, por atestado médico que indique fundamentadamente o prazo durante o qual se deve suspender a execução, que a diligência põe em risco de vida a pessoa que se encontra no local, por razões de doença aguda. Veja-se, MARIA OLINDA GARCIA, *Arrendamento Urbano Anotado*, 3.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, págs. 225 e ss, e AMADEU COLAÇO, *Reforma do Novo Regime do Arrendamento Urbano*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2013, págs. 75 e ss.

¹⁰⁹ §45 (Nota).

¹¹⁰ ISAHIA BERLIN, *Two Concepts of Liberty*, 1958. Ver, ainda, R. N. BERKI, “Political Freedom and Hegelian Metaphysics” *Political Studies* 16 (1968), págs. 365 e ss.

Capítulo I

Propriedade e personalidade: ligações no ordenamento jurídico infraconstitucional

Já em 1890, WILLIAM JAMES¹ escrevia no seu *The Principles of Psychology* que: “between what a man calls me and what he simply calls mine the line is difficult to draw”. As ciências sociais têm insistido na importância dos objectos para o desenvolvimento humano e seria desejável que essa investigação empírica fosse tomada em consideração na regulamentação e política normativa do direito das coisas². Se pudermos assumir a premissa de que há bens que são constitutivos da personalidade humana, teremos o fundamento necessário para concebermos que, no nosso ordenamento jurídico, seja concedida uma protecção mais forte a alguns direitos sobre bens do que aquela que é concedida a outros direitos, sejam eles pessoais ou patrimoniais. Cabe-nos, pois, inquirir se não só através da análise social, mas também da *investigação normativa*, é possível delinear categorias de *propriedade pessoal*. Neste capítulo pretendemos, precisamente, explicitar em que medida a perspectiva da propriedade sobre determinados bens, enquanto constitutiva da personalidade, tem sido acolhida pelo nosso ordenamento jurídico.

Na análise do direito infraconstitucional, demonstraremos como o nosso orde-

¹ WILLIAM JAMES, *The Principles of Psychology*, vol. I, Dover Publications, New York, 1890, pág. 282.

² JEREMY BLUMENTHAL, “Law and Social Sciences in the Twenty-First Century”, *S. Cal. Interdisc. L.J.* 12 (2002), pág. 52; JONATHAN REMY NASH, “Packaging Property: the Effect of Paradigmatic Framing of Property Rights”, in “Symposium: A Psychological Perspective on Property Law” in *Tul. L. Rev.* 83 (2008-2009), págs. 691 e ss. Sobre a relação entre o Direito e as ciências sociais, vide, em especial, JULIUS STONE, *Law and the Social Sciences in the Second Half Century*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1966, págs. 2-24, e LEE MCINTYRE, *Law and Explanation in the Social Sciences: Defending a Science of Human Behavior*, Westview Press, 1996. Sobre o papel das várias ciências sociais e das relações que estabelecem entre si, BERNARD WILLIAMS, *Making Sense of Humanity And Other Philosophical Papers 1982—1993*, CUP, 1995, págs. 86 e ss.

namento reconhece, e tutela, a importância da *utilização* da propriedade como forma de expressão e de realização das convicções éticas do seu proprietário, no direito à não caça. Seguidamente, analisaremos a *disposição* dos bens como forma de realização de objectivos religiosos, sociais, morais ou outros do proprietário, através da instituição de fundações, das doações modais ou dos legados pios. Posteriormente, a nossa análise prosseguirá pela tutela conferida a determinados *objectos* de propriedade a que o legislador reconhece uma radical ligação íntima com o seu proprietário, destacando os bens incomunicáveis e a casa de morada de família. Terminaremos com uma breve alusão à *responsabilidade*. Aí socorrer-nos-emos de outros ramos do direito, de onde nos vem uma referência inultrapassável ao reconhecimento, por via do regime legal estabelecido, dessa relação especial entre propriedade e personalidade. Referimo-nos, em especial, aos institutos processuais do direito de remição e ao regime das impenhorabilidades, bem como à sistematização do Código Penal resultante da Reforma de 1995.

1. O direito à não caça enquanto *status negativus* do proprietário

O primeiro elemento que tomaremos em consideração é, precisamente, o da *utilização do bem* como forma de desenvolvimento da personalidade. A possibilidade que o dono do imóvel, *por razões éticas*, e apenas por essas, tem de recusar o exercício da caça nos seus terrenos, é uma expressão clara do reconhecimento pelo legislador da conexão irredutível entre o proprietário e o seu imóvel, ligação essa que levou o legislador a dar-lhe prevalência sobre o interesse geral na racionalização dos recursos cinegéticos.

Do artigo 1319.º do CC resulta uma noção de caça³ como *a ocupação de animais bravios* – que não vivam habitualmente sob as águas⁴ – *que se encontram no seu estado de liberdade natural (ferae bestiae)*⁵. Considerando os animais bravios como coisas susceptíveis de ocupação, como *res nullius*, o nosso ordenamento jurídico afastou a solução adoptada em alguns países que atribui a pertença da caça ao dono do terreno onde ela

³ Caça, em sentido geral, compreende não só a acção de caçar, como também os animais bravios a que esta acção se dirige, antes e depois de caçados, que constituem o seu objecto.

⁴ O artigo 1319.º não especifica este ponto, mas tal deve-se ao facto de pretender remeter para legislação especial a regulamentação quer da caça, quer da pesca. Referia-se a “animais bravios terrestres”, CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil III*, Coimbra Editora, Coimbra, 1930, pág. 167, e PIRES DE LIMA, “Caça”, *Enciclopédia Luso-Brasileira da Cultura* 4, coluna 352.

⁵ Sobre a caça no direito romano, GABRIO LOMBARDI, “Libertà di caccia e proprietà privata in diritto romano”, *BIRD* 53-54 (1948), págs. 275 e ss. Escreve SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano III (Direitos Reais)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, págs. 52 e 53, que os juristas romanos distinguiram os animais selvagens dos animais domados ou domesticados (*bestiae mansuefactae*). Os primeiros, onde se incluíam as feras e as abelhas, eram susceptíveis de ocupação enquanto gozassem da sua *naturalis libertas* e não se encontrassem *sub custodia aliena*. Os segundos – onde se incluíam, entre outros, os pavões, as pombas e os veados – não eram susceptíveis de ocupação enquanto mantivessem o hábito de regressar (*consuetudo* ou *animus revertendi*) ao dono. Sobre as coutadas reais, ainda numa perspectiva história, CRISTINA JOANAZ DE MELO, *Royal Preserves in Portugal (1777-1824): Privilege, Power and Conflict*, em publicação por Wildtrack Publisher, Sheffield.

se encontra. Referimo-nos ao debate entre o sistema romano⁶ e o sistema germânico⁷ relativamente à relação entre o direito de caça, a propriedade da caça e o direito de propriedade: de um lado, a concepção romana segundo a qual os animais selvagens constituíam *res nullius*, de que todos podiam apropriar-se através da *occupatio*, único título de aquisição da propriedade sobre a caça; de outro lado, o sistema germânico para o qual o direito de caça constituía uma prerrogativa do senhor feudal, e a caça mais não era do que um produto da terra. A liberdade de caçar proporcionada pelo sistema romano representa, pois, um princípio com larga tradição no nosso ordena-

⁶ Sobre a caça, *rectius*, a ocupação de animais ferozes, como modo natural de aquisição da propriedade, veja-se MAX KASER, *Direito Privado Romano*, traduzido por Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1999 [1992], pág. 157, e JUAN IGLESIAS, *Derecho Romano*, 18.ª edição actualizada por JUAN IGLESIAS-REDONDO, Sello Editorial, Madrid, 2010, págs. 181-182. O “Parecer da Câmara Corporativa n.º 4/IX, sobre o projecto de lei relativo à Lei da Caça e do repovoamento cinegético e sobre o projecto da proposta de lei relativo ao Regime Jurídico da Caça”, em *Pareceres* (IX Legislatura), 1966, Lisboa, 1968, págs. 275 e ss., faz uma análise comparativa muito completa destes dois sistemas, à luz da realidade económico-social do país na altura, apontando vários argumentos a favor da concepção romanista. Um dos argumentos utilizados no Parecer prende-se com a justificação da propriedade privada, que o Parecer pressupõe “no esforço do homem, no suor do seu rosto, aparecendo como o fruto do trabalho, a condensação material dos seus esforços”. A caça, no entanto, “apresenta-se praticamente como uma dívida da natureza, em que não intervém ou em que só raras vezes intervém, e em pequena medida, o esforço humano” e, portanto, não se justifica como propriedade privada. Quanto à questão de a caça, pela sua constante mobilidade, viver em vários prédios, aí se alimentando, o Parecer recorda a função social da propriedade, admitindo que: “pode conceber-se que o Estado queira que ela, em geral, suporte o ónus de criar e alimentar as espécies cinegéticas destinadas à usufruição colectiva”. O princípio romanista não é, todavia, isento de críticas, pois, “a inteira liberdade de caçar, em face de uma legião de caçadores que aumenta progressivamente e de uma área com condições de vida para a caça cada vez mais reduzida, equivaleria à destruição total das espécies dentro de poucos anos. Isto significa que também a concepção da caça como *res nullius* não serve nem pode ser aplicada em toda a sua pureza”. Este sistema requer, pois, correcções que o Parecer apontou como sendo a “delimitação de locais em que é proibido caçar, no estabelecimento de um sistema de reservas de caça suficientemente amplo e equilibrado, que não tolha em medida inoportável os direitos dos caçadores de limitado poder económico, mas que seja meio eficaz de protecção e desenvolvimento das espécies, em primeiro lugar, que proporcione depois uma maior rendabilidade das terras, especialmente daquelas que não têm ou têm reduzida aptidão para a exploração agrícola ou florestal, e que satisfaça finalmente as necessidades de um turismo rico e exigente, como é o turismo venatório”.

⁷ O Parecer referido na nota anterior aponta várias críticas à concepção germânica da caça como fruto ou produto da terra. Desde logo, esta não se mostra apta para resolver a questão nos países ou nas regiões onde predomina a pequena propriedade, “pois que a caça, pela sua mobilidade, nasce num prédio e alimenta-se e vive em vários outros, cuja determinação exacta é na realidade impossível”. Mesmo no que respeita à grande propriedade, subsiste sempre, em certa medida, a dificuldade de saber se a caça encontrada numa propriedade, porque vive em liberdade, nela se criou e vive exclusivamente. Também relativamente às espécies migratórias, que não permanecem nas regiões onde nascem, este sistema se mostra pouco adequado. Mas a concepção germânica apresenta um perigo acrescido, pois: “aplicada em toda a sua pureza e rigor, poderá levar à extinção de espaços livres, transformando o País ou uma região praticamente numa grande coutada, onde não teriam acesso os caçadores não proprietários ou desprovidos de meios económicos que lhes possibilitem tornar-se arrendatários de reservas de caça. E isto pode impressionar num país em que a tradição da liberdade de caçar quase atribuiu ao direito de caça a natureza de um direito de personalidade, que, como tal, se compreende seja limitado, mas nunca excluído”. Por último, e numa época em que já ressoa a função social da propriedade, aponta o Parecer para o facto de “o proprietário, dentro de tal concepção, não só pode impedir que outrem cace nos seus terrenos, como pode deixar ele próprio de aproveitar a caça aí existente e até destruir os ovos, ninhos e toda a criação, atentando contra uma riqueza pública que importa salvar. Quer isto dizer que o sistema germânico, na sua pureza, leva a tais extremos, que se quisermos salvá-lo, teremos de limitá-lo, exigindo que o proprietário só possa considerar-se dono da caça sob certas condições, como sejam as de delimitar a sua propriedade e possibilitar o seu aproveitamento racional no interesse próprio ou de terceiro”. O sistema também apresenta, naturalmente, a vantagem de poder contribuir eficientemente para a protecção e fomento das espécies, na medida em que “se o proprietário quiser, ninguém melhor do que ele poderá cuidar da defesa da caça que habitualmente viva na sua propriedade. Se ele tiver estímulo à conservação da caça, ele procurará protegê-la tal como protege e defende os frutos da terra. E essa protecção, levada à escala regional ou nacional, será criadora e fomentadora de uma riqueza que a todos acabará por beneficiar”, mas essa vantagem não supera as dificuldades e os inconvenientes da concepção.

mento jurídico⁸ e encontra-se actualmente consagrado na Lei de Bases Gerais da Caça

⁸ O princípio romanista é expressão de uma longa tradição e fruto de uma antiga cultura dos povos que consideravam a caça como “*coisa comum e não estava portanto no senhorio de coisa alguma*”, vindo na continuidade dessa tradição a ser consagrado, de forma inequívoca, no Código Civil de 1867, e a manter idêntico tratamento em todas as leis que vieram depois a ser publicadas sobre o direito da caça e a propriedade da caça, mais concretamente, a Lei n.º 15, de 17 de Julho de 1913, o Decreto n.º 18743, de 12 de Agosto de 1930 (Código da Caça de 1930), o Decreto n.º 20199, de 12 de Agosto de 1931 (Código da Caça de 1931), o Decreto-Lei n.º 23460, de 17 de Janeiro de 1934 e o Decreto n.º 23461, da mesma data. Na continuidade do Parecer mencionado supra, consagrando no essencial as soluções nele preconizadas, veio a ser publicada a Lei n.º 2132, de 26 de Maio de 1967, depois regulamentada pelo Decreto n.º 47847, de 14 de Agosto de 1967. Estes diplomas – em sintonia aliás com o Código Civil que entrou em vigor a 1 de Junho de 1967 – mantiveram-se fiéis à tradição romanista do direito de caça, proclamando como critério geral orientador que a caça, “*observadas as condições e restrições convencionais e legais*” pode ser exercida em todos os terrenos, nas águas interiores, no mar e nas áreas das circunscrições marítimas, sendo certo que, desde logo, se definiram locais onde era defeso caçar ou onde o exercício da caça se achava condicionado pela autorização dos proprietários ou possuidores dos respectivos terrenos (Bases XIII a XV). Simplesmente, partindo da consideração de que “*a inteira liberdade de caçar conduziria ao extermínio das espécies*” foi prevista a constituição de “*coutadas ou coutos de caça e reservas de caça para protecção e fomento das espécies cinegéticas e para fins científicos*” (Base XXVI). A concessão de coutadas de caça atribuía ao seu titular o direito de caçar nos respectivos terrenos com exclusão de todos os outros caçadores, que somente aí poderiam caçar se dele obtivessem autorização escrita ou o acompanhassem no exercício da caça (Base XXVII). O proprietário dos terrenos, bem como o usufrutuário, o enfiteuta, ou o arrendatário com o consentimento daqueles, individualmente ou em grupo, poderiam requerer a concessão de coutadas de caça, podendo igualmente fazê-lo as comissões venatórias concelhias desde que provassem o consentimento daquelas pessoas e as associações de caçadores legalmente constituídas, em conjunto com os titulares daqueles direitos ou com o seu consentimento. As câmaras municipais, as juntas de freguesia, as juntas gerais dos distritos autónomos e as Misericórdias, quanto aos terrenos por si administrados, e os órgãos locais de administração com competência em matéria de turismo também poderiam requerer a concessão de coutadas de caça, desde que provassem o consentimento dos titulares dos direitos já referidos (Base XXVIII). No processo de concessão de coutadas requerido ao Secretário de Estado da Agricultura, para além de diversas outras exigências e elementos instrutórios, os interessados deveriam juntar aos autos documentos comprovativos da qualidade jurídica que conferia legitimidade para a formulação do pedido – (Base XXVIII da Lei n.º 2132 e artigo 116.º, n.º 1, do Decreto n.º 47847) – bem como documento comprovativo do consentimento à sujeição dos terrenos ao regime de coutada por parte dos proprietários, dos usufrutuários, enfiteutas ou arrendatários, nos casos em que não sejam eles os requerentes (artigo 132.º do Decreto n.º 47847). Os critérios a seguir na concessão de coutadas, a definição das respectivas áreas, os prazos de concessão, as obrigações dos concessionários, as taxas correspondentes à concessão e outros aspectos do seu regime achavam-se definidos nas Bases XXIX a XL da Lei n.º 2132. Após o 25 de Abril, depois de o Decreto-Lei n.º 354-A/74, de 14 de Agosto, ter aprovado diversas alterações ao regime de caça e o Decreto-Lei n.º 733/74, de 21 de Dezembro, ter definido o regime de exploração das coutadas com fins turísticos, por se entender que “*a concessão de coutadas, sob a capa de medida de protecção e de fomento da caça, mais não constituiu do que uma fonte de privilégios a que urge por termo, lançando-se, entretanto, as bases de um verdadeiro ordenamento cinegético do território*”, foi editado o Decreto-Lei n.º 407-C/75, de 30 de Julho, cujo artigo 1.º extinguiu todas as coutadas, com excepção das coutadas com fins turísticos. Entretanto, já na vigência do sistema jurídico-normativo ancorado na Constituição de 1976, foram publicados diversos diplomas relativos ao regime da caça, enfermando porém, todos eles, de um carácter fragmentário e conjuntural, sem uma perspectiva sistemática e global das diversas e complexas questões que nesta matéria se colocam. Este objectivo veio a ser intentado pela Lei n.º 30/86, de 27 de Agosto, através da qual se procurou definir um quadro normativo que conciliasse “*os diferentes interesses em presença de caçadores nacionais e caçadores locais, agricultores, Administração e público em geral, compatibilizando-os com o ordenamento jurídico geral da legislação europeia e com as necessidades de protecção, conservação e fomento dos recursos cinegéticos e da natureza em geral do nosso país*”. A Lei n.º 30/86 começou por ser regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 311/87, de 10 de Agosto. Todavia, menos de um ano decorrido sobre a edição deste diploma, verificando-se que nele se continham “*algumas deficiências, resultantes não só da omissão de aspectos importantes para uma conveniente definição das regras a observar na prática do acto venatório, como ainda nos capítulos da administração e fiscalização da caça e organização venatória*”, optou-se pela sua revogação integral e pela aprovação de um novo texto normativo, concretamente, o Decreto-Lei n.º 274-A/88, de 3 de Agosto. Simplesmente, passados cerca de quatro anos sobre a sua publicação, foi novamente sentida a necessidade de se proceder “*à sua reformulação geral, tendo em atenção os proveitosos ensinamentos resultantes da sua aplicação*”. E, na concretização deste objectivo, foi editado o Decreto-Lei n.º 251/92, de 12 de Novembro, visando, tal como os dois diplomas que o antecederam, proceder ao

(doravante, Lei da Caça)⁹.

Dentro dos limites da lei, todos têm a faculdade de caçar, salvaguardados os condicionalismos relativos à protecção e conservação das espécies cinegéticas, sendo propriedade do caçador os exemplares de espécies cinegéticas por ele legalmente capturados, excepto quando for diferentemente regulado¹⁰. A ocupação, enquanto modo de aquisição da propriedade, requer a *intenção de adquirir (animus occupandi)* e a *apreensão material da coisa*, isto é, a entrada dela na esfera patrimonial do ocupante¹¹. A determinação deste último elemento – a apreensão material da coisa – é especialmente relevante para o momento da aquisição da propriedade do animal caçado. O Regulamento da Caça determina no seu artigo 64.º que se considera ocupado o animal que durante o acto venatório for morto ou apanhado pelo caçador, pelos seus cães ou aves de presa. E o n.º 3 da mesma disposição estabelece que o caçador adquire o direito à ocupação do animal *logo que o fere*, mantendo esse direito enquanto for em sua perseguição¹². O caçador que ferir ou matar exemplar que se refugie ou tombe em terreno onde o exercício da caça seja proibido ou condicionado não pode entrar nesse terreno sem legítima autorização, salvo tratando-se de terreno não murado e aquele se encontre visível, caso em que o pode fazer desde que sozinho e sem armas nem cães. Quando for necessária a autorização, e esta seja negada, é obrigatória a entrega do animal ao caçador, no estado em que se encontre, sempre que tal seja possível.

A caça, enquanto actividade, tem relevante interesse social, económico, turístico, fiscal e desportivo, e é, hoje, pacificamente, entendida como uma forma de exploração racional dos recursos cinegéticos¹³. A Lei da Caça estabelece os princípios

desenvolvimento do regime jurídico estabelecido pela Lei n.º 30/86. Sobre esta evolução, ver PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, com a colaboração de M. HENRIQUE MESQUITA, *Código Civil Anotado*, vol. III, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, anotação ao artigo 1319.º. O Decreto-Lei n.º 251/92 viria a ser revogado pelo Decreto-Lei n.º 136/96, de 14 de Agosto, que se propunha estabelecer o regime jurídico do fomento, exploração e conservação dos recursos cinegéticos. Quer a Lei n.º 30/86, quer o Decreto-Lei n.º 136/96, foram revogados pela Lei n.º 173/99.

⁹ Lei n.º 173/99, de 21 de Setembro, alterada pelos Decretos-Leis n.º 159/2008, de 8 de Agosto, e 2/2011, de 6 de Janeiro. A Lei da Caça foi regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 202/2004, de 18 de Agosto [Regulamento da Caça], alterado sucessivamente pelos Decretos-Leis n.º 201/2005, de 24 de Novembro, 159/2008, de 8 de Agosto, 214/2008, de 10 de Novembro, 9/2009, de 9 de Janeiro e 2/2011, de 6 de Janeiro. Sobre a evolução do direito de caçar em Portugal, veja-se CARLOS BERNARDES COELHO, “O direito de caçar e o direito de propriedade. Alguns tópicos sobre a sua evolução em Portugal”, *RJUA* 1, 1994, págs. 151 e ss.

¹⁰ Cfr. artigo 3.º, alíneas f) e g), da Lei da Caça.

¹¹ Já assim no Direito Romano. Cfr. PIETRO BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II, Roma, 1928, pág. 56.

¹² Refere SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano III (Direitos Reais)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, pág. 53, que, nos finais da República, TREBATIUS defendeu que o animal selvagem que, ferido pelo caçador, fosse susceptível de ser apanhado, tornava-se propriedade do caçador desde que este não desistisse de o perseguir, pelo que cometeria um furto quem, durante a perseguição, se apoderasse do animal. Na época clássica, todavia, acabou por prevalecer o princípio que exige a apreensão do material ferido (*quia multa accidere possunt ut eam [feram] non capiamos*). Cfr. A. GUARINO, *Diritto privato romano*, 10.ª edição, Editore Jovene Nápoles, 1994, págs. 663-664, e GIOVANNI PUGLIESE (com a colaboração de FRANCESCO SITZIA e LETIZIA VACCA), *Istituzioni di diritto romano*, 3.ª edição, Giappichelli Editore, Turim, 1991, pág. 458.

¹³ Cfr. artigo 2.º, alínea c). São tarefas do Estado, para a prossecução dos princípios da política cinegética nacional, nos termos do artigo 4.ª da Lei da Caça, zelar pela conservação dos recursos cinegéticos e incentivar a sua gestão sustentada; definir as normas reguladoras da exploração racional dos recursos cinegéticos e o exercício da caça; consultar os diferentes grupos sociais, profissionais e socio-económicos com interesses no sector, com vista à definição e concretização da política cinegética nacional e promover e incentivar a participação, no ordenamento cinegético, das associações de caçadores, de agricultores, de defesa do ambiente, de produtores florestais, autarquias e outras entidades interessadas na conservação, fomento e usufruto dos recursos cinegéticos, sem prejuízo de direitos reais e pessoais

orientadores que devem nortear a actividade cinegética nas suas diferentes vertentes, com especial ênfase para a conservação do meio ambiente, a criação e melhoria das condições que possibilitam o fomento das espécies cinegéticas e a exploração racional da caça, na perspectiva da gestão sustentável dos recursos cinegéticos.

Dentre os princípios gerais que regem a política cinegética nacional¹⁴, está reconhecido o direito à não caça, entendido como “a *faculdade dos proprietários ou usufrutuários e arrendatários, neste caso quando o contrato de arrendamento rural inclua a gestão cinegética, requererem, em condições a regular, a proibição da caça nos seus terrenos*”¹⁵, desde que, designadamente, não sejam titulares de carta de caçador e não façam valer os direitos de propriedade, de usufruto ou de arrendamento de que sejam titulares para fins venatórios ou por forma a inviabilizar zonas de caça já estabelecidas no respectivo território”¹⁶. Ou seja, quem não for caçador, isto é, não for titular da carta de caçador, e não utilize, não pretenda utilizar nem permitir que outros utilizem, o imóvel para fins venatórios, pode requerer a proibição de caça nos seus terrenos.

Daqui resulta que o titular pode impedir que o seu imóvel seja utilizado para

estabelecidos por lei e relacionados com o exercício da caça.

¹⁴ Nos termos do artigo 3.º, alínea e), da Lei da Caça.

¹⁵ As zonas de não caça não se confundem com as *áreas de protecção*, aquelas onde o exercício da caça pode causar perigo para a vida, saúde ou tranquilidade das pessoas ou constitui risco de danos para os bens (cfr. artigo 2.º, alínea i), da Lei da Caça e artigo 2.º, alínea c), do RGC). Ao lado das áreas de protecção, são terrenos não cinegéticos as áreas de refúgio e os campos de treino, bem como as zonas interditas à caça integradas nas áreas classificadas, nos termos do artigo 19.º. São elencadas como áreas de protecção, designadamente: os povoados, terrenos adjacentes de hospitais, escolas, lares de idosos, instalações militares, estações radioeléctricas, faróis, instalações turísticas, parques de campismo e desportivos, instalações industriais e de criação animal, estradas nacionais, linhas de caminho-de-ferro e praias de banho, bem como quaisquer terrenos que os circundem, numa faixa de protecção a regulamentar (*alínea a*); os aeródromos e estradas secundárias (*alínea b*); e os aparcamentos de gado (*alínea c*). O artigo 53.º do Regulamento da Caça (com a redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 2/2011, de 6 de Janeiro) define como áreas de protecção os locais seguintes: praias de banho, terrenos adjacentes a estabelecimentos de ensino, hospitalares, prisionais ou tutelares de menores, científicos, lares de idosos, instalações militares ou de forças de segurança, estabelecimentos de protecção à infância, estações radioeléctricas, faróis, portos marítimos e fluviais, aeroportos, instalações turísticas, parques de campismo e desportivos, instalações industriais e de criação animal, bem como quaisquer terrenos que os circundem, numa faixa de protecção de 500 m (*alínea a*); povoados numa faixa de protecção de 250 m (*alínea b*); as estradas nacionais (EN), os itinerários principais (IP), os itinerários complementares (IC), as auto-estradas, as estradas regionais das Regiões Autónomas (ER) e as linhas de caminho-de-ferro numa faixa de protecção de 100 m (*alínea c*); os aeródromos, os cemitérios, as estradas regionais (ER) e as estradas municipais (*alínea d*); os terrenos ocupados com culturas florícolas e hortícolas, desde a sementeira ou plantação até ao termo das colheitas, e os terrenos ocupados com viveiros (*alínea e*); os terrenos com culturas frutícolas, com excepção dos olivais, desde o abrolhar até ao termo das colheitas (*alínea f*); os aparcamentos de gado nas condições definidas em portaria do Ministro da Agricultura, do Desenvolvimento Rural e das Pescas (*alínea g*); os apiários e pombais, bem como quaisquer terrenos que os circundem, numa faixa de protecção de 100 m (*alínea h*); os terrenos situados em zonas militares ou de forças de segurança, terrenos de estabelecimentos de ensino, hospitalares, prisionais ou tutelares de menores, de lares de idosos e os terrenos onde decorram acções de investigação ou experimentação que possam ser prejudicadas pelo livre exercício da caça, situados para além do âmbito previsto na alínea a) (*alínea i*); os olivais e os pomares e vinhas com instalação de rega gota a gota e por microaspersão (*alínea j*); os terrenos ocupados com culturas arvenses e os ocupados com sementeiras ou plantações de espécies florestais com altura média inferior a 80 cm (*alínea l*); os terrenos situados entre o nível de água das albufeiras e o nível de pleno armazenamento (NPA), com excepção das situações previstas nos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 9.º, sempre que as albufeiras não possuam planos de ordenamento (POA) (*alínea m*).

¹⁶ Cfr. artigo 3.º, alínea e), da Lei da Caça. Ver ainda o artigo 2.º, alínea j), do Regulamento da Caça, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 201/2005, de 24 de Novembro. Na redacção original definia-se como o direito à não caça “a *faculdade dos proprietários ou pessoas singulares ou colectivas que detêm direitos de uso e fruição nos termos legais, neste caso quando as formas contratuais de uso e fruição incluem a gestão cinegética, de requererem, por períodos renováveis, a proibição da caça nos seus terrenos*”.

fins que ofendem as suas convicções éticas. Estamos perante uma manifestação inequívoca da determinação do uso da propriedade para a realização de fins eminentemente pessoais, porquanto são fins ligados às mais profundas e enraizadas convicções ou modos de estar do proprietário. Se é certo que não raras vezes esta proibição terá um sentido negativo ou de defesa do território do titular e simultaneamente do seu espaço de consciência, não se pode negar igualmente que, em muitos casos, terá essa proibição um sentido positivo, afirmativo de valores que protegem a vida animal ou que propugnam contra o uso de armas. E se o prédio é por certo um círculo de protecção, é igualmente também um território de proclamação e de afirmação de convicções, valores ou modos de estar.

No conflito ente o *interesse social da caça*, que descrevemos acima, e a *reserva de domínio do proprietário*, que lhe confere a irredutível *potestas* de impedir a actividade venatória nos seus terrenos – com os homens armados, os cães e a morte que lhe vêm associados – o legislador nacional deu prevalência a esta última. Entre a satisfação do interesse público e as convicções éticas do proprietário, o legislador não deixou de reconhecer estas últimas como um *limite intransponível de actuação* e como *fonte de autocontenção regulatória*.

Para melhor compreendermos a delimitação deste direito, é necessário, todavia, atentarmos com mais profundidade na classificação legal das zonas de caça¹⁷ e na sua forma de constituição. Segundo o artigo 14.º da Lei da Caça, as zonas de caça podem prosseguir, designadamente, objectivos da seguinte natureza: *de interesse nacional*, a constituir em áreas que, dadas as suas características físicas e biológicas, permitam a formação de núcleos de potencialidades cinegéticas a preservar ou em áreas que, por motivos de segurança, justifiquem ser o Estado o único responsável pela sua administração (zonas de caça nacionais (ZCN)); *de interesse municipal*, a constituir para proporcionar o exercício organizado da caça a um número maximizado de caçadores em condições especialmente acessíveis (zonas de caça municipais (ZCM)); *de interesse turístico*, a constituir por forma a privilegiar o aproveitamento económico dos recursos cinegéticos, garantindo a prestação dos serviços turísticos adequados (zonas de caça turísticas (ZCT)); *de interesse associativo*, a constituir por forma a privilegiar o incremento e manutenção do associativismo dos caçadores, conferindo-lhes, assim, a possibilidade de exercerem a gestão cinegética (zonas de caça associativas (ZCA))¹⁸.

A concessão de zonas de caça associativas e turísticas segue um procedimento

¹⁷ O artigo 18.º da Lei da Caça (sobre terrenos de *caça condicionada*) determina a proibição de caçar, sem o consentimento de quem de direito, nos terrenos murados, nos quintais, parques ou jardins anexos a casas de habitação e, bem assim, em quaisquer terrenos que circundem estas, numa faixa de protecção a regular. É ainda proibido caçar nos terrenos ocupados com culturas agrícolas ou florestais, durante determinados períodos do seu ciclo vegetativo, quando seja necessário proteger aquelas culturas e respectivas produções e para tal tenham sido sinalizadas nos termos da lei. O artigo 56.º do Regulamento da Caça, com a epígrafe “*Terrenos de caça condicionada*”, veio regular esta norma estabelecendo a proibição de caçar sem consentimento de quem de direito *nos quintais, parques ou jardins anexos a casas de habitação bem como em quaisquer terrenos que os circundem numa faixa de 250 m e ainda nos terrenos murados, bem como de quem de direito nas zonas de caça*.

¹⁸ O Estado pode transferir para as associações e federações de caçadores, associações de agricultores, de produtores florestais, de defesa do ambiente, autarquias locais ou para outras entidades colectivas integradas por estas, a gestão das zonas de caça de interesse nacional e a gestão das áreas referidas a terrenos cinegéticos não ordenados, com vista à constituição de zonas de caça de interesse municipal. Cfr. artigo 9.º do Regulamento da Caça, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 201/2005, de 24 de Novembro. A redacção original não era, neste ponto, substancialmente diferente.

que começa com um requerimento inicial¹⁹, instruído com vários documentos, entre eles, uma listagem com a identificação dos prédios a integrar e respectivos titulares e *acordos escritos* com os titulares de direitos sobre os prédios²⁰. Qualquer alteração dos titulares dos direitos sobre os prédios integrados em zona de caça obriga ao estabelecimento de novo acordo, no termo do prazo da concessão ou renovação. Na *impossibilidade de obter o consentimento prévio* dos titulares de direitos sobre o prédio, por ser desconhecida a sua identidade ou o seu paradeiro, os interessados devem instruir o processo com uma declaração da junta de freguesia que o certifique. Se a zona de caça incluir terrenos sem o consentimento dos titulares de direitos sobre os prédios, aqueles podem, a todo o tempo de duração da concessão, solicitar a sua exclusão²¹.

Às zonas de caça de *interesse nacional* ou *municipal* têm, em geral, acesso todos os caçadores²², pela seguinte ordem de prioridade e obedecendo a critérios de proporcionalidade²³: os proprietários ou pessoas singulares ou colectivas que detenham direitos de uso e fruição nos termos legais sobre os terrenos nelas inseridos e os caçadores que integrem a direcção da entidade que gere a ZCN ou ZCM, bem como os membros das associações que participem na sua gestão, desde que não associados em zonas de caça; os caçadores residentes nos municípios onde as mesmas se situam, não associados em zonas de caça integradas na mesma região cinegética; os caçadores não residentes nos municípios onde as mesmas se situam, não associados em zonas de caça integradas na mesma região cinegética; e, por último, os demais caçadores. Às zonas de caça de *interesse turístico* têm acesso todos os caçadores, de acordo com as normas gerais de exploração da actividade turística, ao passo que às zonas de caça de *interesse associativo* têm acesso os respectivos associados e os seus convidados.

Neste quadro, é, pois, particularmente importante que os proprietários possam requerer²⁴ a proibição de caça nos seus terrenos, transformando-os, assim em *zonas de não caça*.

¹⁹ Artigos 35.º e ss. do Regulamento da Caça, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 201/2005, de 24 de Novembro.

²⁰ Os acordos são estabelecidos entre a entidade que acede ao direito de caça e os proprietários ou pessoas individuais ou colectivas que sejam titulares de direitos de uso e fruição nos termos legais, que incluam a gestão cinegética, e deles tem obrigatoriamente que constar a identificação dos prédios a integrar na zona de caça e o prazo e condições de eventuais renovações. O prazo estabelecido nos acordos tem de ser coincidente, pelo menos, com o período da concessão pretendida, podendo estes ser renovados automaticamente, caso dos mesmos conste uma cláusula específica nesse sentido. No caso de terrenos do sector público, os acordos devem ser subscritos pelo órgão executivo da entidade pública a que os mesmos estejam afectos. A denúncia dos acordos que prevêem a renovação automática tem de ser feita até um ano antes do termo da concessão ou renovação. A concessão das zonas de caça pode ser revogada, em qualquer altura, se o titular da zona de caça não cumprir as obrigações a que está vinculado, não supra tempestivamente as faltas a que se referem os n.ºs 1 e 2 do artigo 49.º ou quando deixem de se verificar os requisitos exigidos para a concessão (cfr. artigo 51.º, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 2/2011, de 6 de Janeiro, sem modificações substanciais relativamente à versão originária).

²¹ Artigo 37.º do Regulamento da Caça. A possibilidade de desanexação do prédio está prevista no artigo 47.º (na redacção do Decreto-Lei n.º 201/2005, de 24 de Novembro). Sem prejuízo dos direitos emergentes de denúncia unilateral de acordos, à desanexação de prédios de zonas de caça já constituídas e a pedido do concessionário é aplicável o definido nos artigos 35.º e 38.º a 40.º, com as devidas adaptações.

²² Nos termos do artigo 17.º da Lei da Caça e do artigo 10.º do Regulamento da Caça.

²³ O artigo 15.º, n.º 2 (com a redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 2/2011, de 6 de Janeiro), estabelece que os critérios de proporcionalidade da participação dos diferentes grupos são fixados nos respectivos despachos de transferência.

²⁴ O direito à não caça deve ser requerido nos termos do artigo 57.º do Regulamento da Caça. Como já foi referido, os requerentes não podem ser titulares de carta de caçador e, no caso de pessoas colectivas, o objecto social não pode contemplar a exploração dos recursos cinegéticos nem os elementos que integram os órgãos sociais serem titulares de carta de caçador (Na redacção original, lia-se: “Artigo

A questão da possibilidade de o titular impedir o exercício da caça nos seus terrenos, *rectius*, da necessidade do seu consentimento para o exercício da caça, já foi objecto de apreciação pelo Tribunal Constitucional, no Acórdão TC n.º 866/96²⁵. Em causa estavam as condições e pressupostos de que dependia a concessão de zonas de regime cinegético especial, na vigência do Decreto-Lei n.º 251/92. Este diploma exigia que o requerimento inicial, dirigido ao Ministro da Agricultura, se fizesse acompanhar, para além de outras indicações e documentos, do “*acordo escrito com os titulares de direitos sobre os terrenos a submeter ao regime cinegético especial*”, sendo certo que tais acordos *deviam ser dados pelos proprietários dos terrenos a integrar na zona de caça, ou pelos titulares dos direitos reais menores que onerassem os mesmos, e pelos arrendatários quando os houvesse* (artigos 69º, n.º 2, alínea b), e 70º, n.º 1). Todavia, confrontado com a dificuldade de, em áreas de excessivo parcelamento da propriedade fundiária, serem obtidos os acordos prévios de todos os titulares de direitos sobre os terrenos, o legislador instituiu um processo alternativo – *processo especial* – no qual se verificavam, relativamente ao *processo geral ou comum*, diversas especificidades. Assim, o interessado ou interessados, confrontados com a impossibilidade de alcançar a obtenção dos acordos a que se reportava o artigo 70º, deveriam formular um requerimento à Direcção-Geral das Florestas pedindo autorização para promover o processo alternativo²⁶. Caso a Direcção-Geral das Florestas considerasse justificado o pedido, concedendo-lhe deferimento (artigo 71º, n.º 3), o acordo expresso daqueles titulares que era exigido no processo comum passaria a ser substituído por uma mera anuência presumida.

O Tribunal Constitucional começou por admitir que: “*sendo consentido, como regra geral, o exercício da caça ‘em todos os terrenos, nas águas de jurisdição marítima e nas águas interiores’ não podem os respectivos titulares, salvas as excepções contidas na lei, opor-se, em tais*

57.º [Direito à não caça]: 1. O direito à não caça é a faculdade dos proprietários requererem a proibição da caça nos seus terrenos, passando estes a constituir áreas de não caça. 2. As pessoas singulares ou colectivas que detenham direitos de uso e fruição nos termos legais, neste caso quando as formas de uso e fruição incluírem a gestão cinegética, podem, em conjunto com o proprietário, requerer o direito à não caça. 3. Os requerentes não podem ser titulares de carta de caçador e, no caso de pessoas colectivas, o objecto social não pode contemplar a exploração dos recursos cinegéticos nem os elementos que integram os órgãos sociais serem titulares de carta de caçador”. O reconhecimento do direito à não caça deve ser instruído, entre outros, com indicação dos direitos do requerente sobre os prédios e de declaração onde conste que sobre o prédio não incide qualquer acordo de integração em zona de caça. O direito à não caça é concedido por um período mínimo de 6 e máximo de 12 anos, renovável automaticamente por iguais períodos (cfr. artigo 59.º do Regulamento da Caça, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 201/2005, de 24 de Novembro. Na sua redacção originária, o Regulamento da Caça determinava que o direito à não caça era concedido por um período de seis anos, renovável mediante requerimento a apresentar até seis meses antes do fim do prazo).

As causas de extinção do direito à não caça, elencadas no artigo 61.º – na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 2/2011, de 6 de Janeiro, com redacção semelhante à original – são a extinção dos direitos que fundamentam a atribuição do direito à não caça; a caducidade, se, decorrido o prazo do direito à não caça, este não for renovado; deixarem de se verificar as condições exigidas por lei para a sua concessão, nomeadamente os requerentes não serem titulares de carta de caçador e, no caso de pessoas colectivas, o objecto social não contemplar a exploração dos recursos cinegéticos nem os elementos que integram os órgãos sociais serem titulares de carta de caçador e quando ocorrer violação da proibição de caçar por parte dos titulares ou com o seu consentimento.

²⁵ Acórdão TC n.º 866/96 [Relator: MONTEIRO DINIZ], de 4 de Julho. Ver ainda o Acórdão TC n.º 1145/96 [Relator: MONTEIRO DINIZ], de 12 de Novembro, sobre os efeitos da decisão anterior.

²⁶ Este requerimento apenas deveria conter ou ser acompanhado dos seguintes elementos: (a) identificação do requerente; (b) tipo de zona de caça pretendida e prazo de concessão; (c) uma planta dos terrenos referenciada à Carta Militar de Portugal na escala 1:25.000, e três cópias desta carta; (d) uma lista das entidades referidas no artigo 70º – proprietários dos terrenos a integrar na zona de caça, titulares dos direitos reais menores que onerem os mesmos e arrendatários quando os houvesse – que for possível individualizar e respectivas moradas (artigo 71º, n.ºs 1 e 2).

circunstâncias, à prática da actividade cinegética achando-se sujeitas ao trânsito dos caçadores pelas suas propriedades e ao abate e apreensão das espécies que ali sejam encontradas". Por outro lado, considerando que o ónus de os proprietários consentirem e não se oporem por qualquer forma ao desenvolvimento e concretização dessa mesma actividade, resultava da função social da propriedade, afirmou o Tribunal que através do livre exercício da prática venatória se assegura *"a satisfação de um interesse colectivo, o interesse lúdico da caça comum a todos os caçadores, privilegiando-se com ele um contacto directo com a natureza e os seus ambientes mais recônditos e protegidos, propiciando-se-lhes um 'ambiente de vida humana sadio e ecologicamente equilibrado' (artigo 66º, nº 1,) do mesmo passo que se fomenta a 'cultura física e desportiva' e contribui para a 'protecção da saúde' [artigo 64º, nº 2, alínea b)], da Constituição"*.

O Tribunal Constitucional partiu, pois, do princípio da total submissão do direito de propriedade ao interesse público, o mesmo é dizer, de uma visão rigidamente patrimonialista, totalmente desconhecadora da vertente pessoal da propriedade. Todavia, como no caso *decidendi* estavam em causa zonas de caça associativas e turísticas, *"nas quais a actividade cinegética apenas pode ser exercida por grupos restritos de caçadores a troco de pagamento pecuniário dirigido a entidades privadas que visam, se não primordialmente, ao menos complementarmente, a realização de resultados económico-financeiros"* o Tribunal acabaria por afastar como causa justificativa daquele condicionamento a função social da propriedade, *"pois que não se verifica aí a existência de um interesse colectivo capaz de justificar o sacrifício da liberdade de decisão dos proprietários"*²⁷.

No balanceamento dos interesses em presença, considerou o Tribunal *"prevalente a satisfação de interesses de grupos restritos de cidadãos ao contrário do que acontece quando está em causa a realização de interesses da generalidade dos caçadores"*, e, portanto, *"neste contexto, o efeito modificativo operado por aquelas normas sobre o estatuto jurídico dos respectivos terrenos vai ligado a um inegável nexo de interesse dos proprietários sobre 'coisa sua' que exige num Estado de direito democrático, uma notificação susceptível de proporcionar uma efectiva manifestação de vontade, proscrevendo o mero consentimento presumido"*²⁸. Por isso, por

²⁷ Sublinhado no original.

²⁸ O Tribunal acrescentou que do regime jurídico contido nas normas em apreço podiam decorrer consequências que dificilmente se harmonizavam com a autonomia de decisão e, conseqüentemente, com o direito de propriedade. A integração nas zonas de caça associativas e turísticas poderia implicar, desde logo, que o respectivo proprietário ficasse privado, enquanto tal, da faculdade de, nos próprios terrenos, exercer actividades venatórias, a menos que, para tanto, pagasse uma taxa (zonas de caça turísticas) ou obtivesse autorização da respectiva entidade gestora (zonas de caça associativas). Ao passo que na generalidade dos terrenos os respectivos proprietários portadores de licença de caça podem exercer livremente a actividade cinegética, naquelas zonas de caça do regime especial, ao contrário, tal actividade é proibida ou condicionada, sendo-lhes mesmo vedada a defesa de culturas ou plantações ali existentes contra os ataques e depredações das espécies animais que integram a fauna cinegética a que se refere o artigo 21º do Decreto-Lei n.º 251/92. Correspondendo ao direito de propriedade um dever geral de omissão de terceiros que não podem intrrometer-se nem dificultar o exercício das faculdades que lhe são inerentes, naquelas zonas de caça de regime especial, relativamente aos terrenos que as integram, poderia verificar-se uma limitação da disponibilidade de escolha que se contém no direito de propriedade. O Tribunal acrescentou ainda que a disciplina decorrente do processo especial, nomeadamente quando contraposta ao sistema do processo comum, se traduziria numa solução mais gravosa e injustificada para os proprietários dos respectivos terrenos. No *processo comum*, para a concessão de zonas de caça do regime especial era sempre exigido o *"acordo escrito com os titulares de direitos sobre os terrenos a submeter ao regime cinegético especial"* com o que, implicando embora um acréscimo de diligência instrutória e negocial por parte dos requerentes da concessão, se afastavam todas as implicações para aqueles decorrentes de um *"consentimento"* ficto. No *processo especial*, contrariamente, transferia-se para os proprietários um dever de diligência que em muitos casos os ultrapassava, impondo-se-lhes que, a partir de meras publicações editais, acompanhassem e intervissem no respectivo processo sob pena de, mesmo contra a sua vontade

violação dos artigos 2º e 62º, nº 1 da Constituição, concluiu o Tribunal pela inconstitucionalidade daquelas normas, na parte em que, em processo especial, consentiam a integração nas zonas de caça associativas e turísticas de terrenos relativamente aos quais os respectivos interessados não houvessem produzido uma efectiva manifestação de vontade nesse sentido²⁹.

Pouco tempo depois, teria início o desenvolvimento de uma inovadora e, diríamos, transformadora jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que veio a ter grande impacto na legislação de vários países europeus, provocando alterações significativas no regime da caça ao reconhecer, precisamente, que a utilização da propriedade para a actividade venatória não pode ser determinada contra as convicções éticas do seu titular.

Começemos, pois, pelo Acórdão *Chassagnou*³⁰, em que estava em causa a Lei *Verdeille*³¹, uma lei francesa que previa a criação de associações comunais e intercomunais de caça (as ACCAs [*Associations communales de chasse agréées*] e as AICAs [*Associations inter-communales de chasse agréées*], respectivamente), como unidades de gestão da caça, que permitiram, segundo o Governo francês, uma gestão mais racional da actividade venatória, mas também, e simultaneamente, a participação dos caçadores na gestão da associação e na formulação da concreta política de caça, com os efeitos pedagógicos que daí se poderiam esperar.

Para atingir esse fim, a Lei *Verdeille* exigia que os donos de terrenos inferiores a uma certa área, que variava consoante os vários departamentos³², se tornassem membros da ACCA correspondente ao seu município e, simultaneamente, que transferissem para a associação os direitos de caça sobre a sua terra. O direito de caçar, que pertencia ao dono da terra, passaria, assim, a estar agregado na ACCA e, em compensação, o dono do terreno, agora membro da associação, poderia habilitado para caçar em toda a área correspondente à associação de caça.

Os demandantes pediram que ao TEDH que a Lei *Verdeille* fosse declarada incompatível com os artigos 9.º, 11.º, 14.º da CEDH e contra o artigo 1.º, do Protocolo 1³³, na medida em que determinava, primeiro, que todos os lotes de terreno com

real, verem os respectivos terrenos integrados naquelas zonas de caça. Considerou o Tribunal que o processo comum era tão adequado quanto o processo especial para a consecução das finalidades que através de ambos se visava alcançar, não se considerando justificado o sacrifício dos bens, interesses e valores, de natureza eminentemente privada, que constituíam verdadeiramente a sua razão de ser.

²⁹ O Decreto-lei n.º 136/96, de 14 de Agosto, estabelecia no seu artigo 76.º um procedimento semelhante, prevendo no artigo 76.º, n.º 2, o direito a provocar a exclusão dos terrenos incluídos sem consentimento.

³⁰ Acórdão *Cassagnou and Others c. França*, de 29 de Abril de 1999 [Queixas n.º 25088/94, n.º 28331/95 e n.º 28443/95].

³¹ Lei n.º 64-696, de 10 de Julho de 1964, relativa à organização das associações comunais e intercomunais de caça, pela qual os proprietários podiam, dadas certas condições, ser compelidos a entrarem com os seus terrenos para aquelas associações, adquirindo, em contrapartida, o direito de fazer parte da sociedade comunal.

³² A Lei *Verdeille* aplicava-se a departamentos da França metropolitana, excepto em *Bas-Rhin*, *Haut-Rhin* e *Moselle*, em que se aplicava um regime especial de inspiração germânica. A criação de ACCAs era obrigatória nos departamentos elencados numa lista elaborada pelo Ministro, em que constavam 23 dos 93 departamentos. Nos outros municípios, a ACCA podia ser instituída pelo Prefeito, mediante requerimento subscrito pelo menos por 60% dos donos, que fossem titulares de pelo menos 60% dos terrenos no município.

³³ O artigo 9.º da CEDH consagra a liberdade de pensamento, de consciência e de religião: “1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual

uma área inferior a 20 hectares, situados a mais de 150 metros de uma habitação, fossem incluídos numa ACCA, através da transferência dos direitos de caça dos proprietários ou titulares do direito para a associação, transferência essa automática e sem compensação pecuniária, e sem o consentimento dos últimos, e, em segundo lugar, que o proprietário não caçador ficava automaticamente membro da associação. Os autores alegavam que, devido à Lei *Verdeille*, haviam sido obrigados, apesar da sua oposição à caça, por razões éticas, a transferir o direito de caça sobre as suas terras para as associações municipais, tornando-se se por essa via membros automáticos dessas associações e não podendo evitar a caça nas suas terras, o que infringia os seus direitos de liberdade de consciência e associação e o gozo pacífico das suas terras, garantidos respectivamente pelos artigos 9.º e 11.º da CEDH e pelo artigo 1 do Protocolo 1. Também alegaram terem sido vítimas de discriminação com base na propriedade, contrária ao artigo 14.º, em conjugação com as outras três normas referidas, na medida em que apenas os donos de terrenos excedendo uma área mínima poderiam escapar da transferência compulsória dos direitos de caça sobre as suas terras para a associação, impedindo a caça e evitando tornar-se membros da associação.

No que diz respeito, em primeiro lugar, à violação do Artigo 1 do Protocolo 1, o TEDH considerou que, embora os demandantes não tivessem sido privados do seu direito de usar a propriedade, de vendê-la ou arrendá-la, a transferência compulsória dos seus direitos de caça para a ACCA impedia-os de exercerem a faculdade de caçar, que resultava directamente do seu direito de propriedade. O Tribunal sublinhou que, no caso concreto, os demandantes não só não queriam caçar nas suas terras como tinham objecções a que outros o fizessem. No entanto, apesar da sua oposição à caça, por razões de ordem ética, por efeito da Lei *Verdeille*, ficavam sujeitos à presença de homens armados e de cães nas suas terras, todos os anos. Esta restrição ao livre exercício do direito de uso, considerou o Tribunal, constituía uma interferência no gozo dos seus direitos enquanto donos dos terrenos, e portanto qualificou a Lei *Verdeille* como um acto de “regulamentação do uso dos bens”, previsto no segundo parágrafo do artigo 1.º, do Protocolo 1. É jurisprudência pacífica do Tribunal que esta norma deve ser, todavia, concretizada à luz do princípio enunciado na primeira parte do artigo, que estabelece que “qualquer pessoa singular ou colectiva tem direito ao respeito dos seus bens” e que “ninguém

ou colectivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos. 2. A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou colectivamente, não pode ser objecto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à protecção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à protecção dos direitos e liberdades de outrem”. O artigo 11.º, sobre liberdade de associação reconhece que: “1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de reunião pacífica e à liberdade de associação, incluindo o direito de, com outrem, fundar e filiar-se em sindicatos para a defesa dos seus interesses. 2. O exercício deste direito só pode ser objecto de restrições que, sendo previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros. O presente artigo não proíbe que sejam impostas restrições legítimas ao exercício destes direitos aos membros das forças armadas, da polícia ou da administração do Estado”. O artigo 1.º do Protocolo 1 à Convenção protege o direito de propriedade, determinando que: “Qualquer pessoa singular ou colectiva tem direito ao respeito dos seus bens. Ninguém pode ser privado do que é sua propriedade a não ser por utilidade pública e nas condições previstas pela lei e pelos princípios gerais do direito internacional. As condições precedentes entendem — se sem prejuízo do direito que os Estados possuem de pôr em vigor as leis que julguem necessárias para a regulamentação do uso dos bens, de acordo com o interesse geral, ou para assegurar o pagamento de impostos ou outras contribuições ou de multas”. No artigo 14.º, sobre proibição de discriminação, determina a Convenção que o gozo dos direitos e liberdades por ela reconhecidos “deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação”.

pode ser privado do que é sua propriedade a não ser por utilidade pública e nas condições previstas pela lei e pelos princípios gerais do direito internacional”. Significa isto, na construção do Tribunal, que qualquer interferência deve representar um equilíbrio justo entre as exigências do interesse geral da comunidade e a protecção dos direitos fundamentais do indivíduo. A procura deste equilíbrio é um reflexo da estrutura do artigo 1.º como um todo e, portanto, também nas interferências que resultem da regulamentação da propriedade deve existir uma relação de proporcionalidade entre os meios de empregues e o objectivo a atingir. Ao determinar em que medida este requisito é cumprido, o Tribunal reconhece aos Estados uma ampla margem de apreciação, quer relativamente à escolha dos fins a atingir, quer quanto aos meios a utilizar³⁴.

Assim, quanto ao *objectivo da interferência*, o tribunal considerou que o objectivo da Lei *Verdeille* era de *interesse geral*: encorajar a gestão racional da caça, evitando o exercício desregulamentado desta actividade. Quanto à *proporcionalidade da interferência*, o TEDH concluiu que, apesar dos objectivos legítimos da Lei *Verdeille*, o resultado do sistema de transferência compulsória dos direitos de caça colocava os demandantes numa situação que afectava o equilíbrio justo entre a protecção do direito de propriedade e o interesse geral³⁵: “Obrigam os donos a transferir os seus direitos de caça sobre as suas

³⁴ Sobre a protecção da propriedade na jurisprudência do TEDH, vide WOLFGANG PEUKERT, “Protection of Ownership under Article 1 of the First Protocol to the European Convention on Human Rights”, *Hum. Rts. L. J.* 2 (1981), págs. 38 e ss; MARIA LUISA PADELLETI, *La tutela della proprietà nella convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè Ed., Milano, 2003; FRANCESCO BILANCIA, *I diritti fondamentali come conquiste sovranazionali di civiltà – Il diritto di proprietà nella CEDU*, Giappichelli Ed., Torino, 2002, págs. 94 e ss; ALI RIZA ÇOBAN, *Protection of Property Rights within the European Convention on Human Rights*, Ashgate, 2004; MASSIMO FRAGOLA, *Limitazioni e contenuto minimo della proprietà nel sistema italo-europeo*, Edizioni Scientifiche Italiane, 26, Nápoles, 2002; R. ANTHONY SALGADO, “Protection of National’s Rights to Property under the European Convention on Human Rights: *Lithgow v. United Kingdom*”, *Va. J. of Int’l L.* 27 (1987), págs. 881 e ss; PETER VAN DEN BROEK, “The Protection of Property Rights under the European Convention on Human Rights”, *LIEI* 1 (1986), págs. 52 e ss; KAREN REID, *A Practitioner’s Guide to the European Convention on Human Rights*, 2.ª edição, Thomson, 2004, págs. 459-466; RUDOLF BERNHARDT, “Thoughts on the Interpretation of Human-Rights Treaties”, in *Protecting Human Rights: the European Dimension – Studies in Honour of Gérard J. Wiarda*, FRANZ MATSCHER and HERBERT PETZOLD (ed.), Carl Heymanns Verlag KG, 1990, págs. 65 e ss; HENRY G. SCHERMERS, “The International Protection of the Right to Property”, in *Protecting Human Rights: the European Dimension – Studies in Honour of Gérard J. Wiarda*, FRANZ MATSCHER e HERBERT PETZOLD (ed.), Carl Heymanns Verlag KG, 1990, págs. 565 e ss; LUZUI WILDHABER, “The Protection of Legitimate Expectations in European Human Rights Law”, in MARIO MONTI et al., *Economic Law and Justice in Times of Globalisation – Festschrift for Carl Baudenbacher*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2007, págs. 253 e ss; LUIGI CONDORELLI, “Premier Protocol Additional, Article 1”, in LOUIS-EDMOND PETTITI, EMMANUEL DECAUX, PIERRE-HENRI IMBERT, *La Convention européenne des droits de l’homme, Commentaire article par article*, 2.ª edição, Economica, págs. 983 e ss; SANJA DJAJIC, “The Right To Property and the *Vasilescu v. Romania* Case”, *Syracuse J. Int’l L. & Com.* 27 (2003), págs. 363 e ss.; DAVID ANDERSON, “Compensation for Interference with Property”, *E.H.R.L.R.* (1999), págs. 547 e ss.; JEAN RAYMOND, “L’article 1 du protocole additionnel et les rapports entre particuliers”, in *Protecting Human Rights: the European Dimension – Studies in Honour of Gérard J. Wiarda*, FRANZ MATSCHER and HERBERT PETZOLD (ed.), Carl Heymanns Verlag KG, 1990, at 537; HOWARD DAVIS, “Democratic Disablement and the Right to Property in the European Convention for the Protection of Human Rights”, *J.C.L.* 1 (1996), págs. 125-138; YVES WINISDOERFFER, “Margin of Appreciation and Article 1 of Protocol No. 1”, *Hum. Rts. L. J.* 19 (1998), págs. 18 e ss; BENEDETTO CONFORTI, “La giurisprudenza della Corte di Giustizia di Strasburgo”, MARIO COMPORTI (ed.), *La Proprietà nella Carta Europea dei Diritti Fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2005, págs. 105 e ss; MARIO TRIMARCHI, “La proprietà nella prospettiva del Diritto Europeo”, in MARIO COMPORTI (ed.), *La Proprietà nella Carta Europea dei Diritti Fondamentali*, Giuffrè Editore, Milão, 2005, págs. 149 e ss.

³⁵ O Tribunal começou por considerar o facto de os proprietários não poderem evitar a transferência compulsiva dos seus direitos de caça sobre as suas terras para as ACCAs comunais. Essa transferência compulsiva consistia numa excepção ao princípio estabelecido no artigo 544.º do Código Civil Francês, que considera a propriedade como a faculdade de gozar e dispor das coisas de modo absoluto, dentro dos limites da lei, e contrariava o artigo L. 222-1 do Código Rural, que estabelecia que ninguém podia caçar na terra de outrem sem o seu consentimento. O Tribunal sublinhou, ainda que, à luz

terras de modo a que outros os possam usar de modo que é totalmente incompatível com as suas crenças impõe um ónus desproporcionado que não é justificado à luz do segundo parágrafo do artigo 1 do Protocolo 1”.

Os demandantes haviam também alegado ter sido vítimas de discriminação, quer relativamente aos proprietários de outros terrenos, com maior dimensão, quer relativamente aos beneficiários do direito de caçar. Quanto aos primeiros, resultava do sistema instituído pela Lei *Verdeille* que apenas os proprietários de terrenos com uma área de 20 hectares ou superior ou os que tivessem meios para construir uma barreira impenetrável seriam isentos da obrigação de transferir os seus direitos para as ACCAs. Quanto aos segundos, sublinharam os demandantes que os caçadores beneficiavam de um tratamento mais favorável, porquanto lhes era concedido o poder de caçar numa área mais ampla, ao passo que eles, defensores activos dos direitos dos animais, haviam perdido, sem qualquer retribuição ou compensação, não apenas o seu direito de uso da terra, mas também a sua liberdade de pensamento e a liberdade de manifestar as suas crenças, pondo em prática as suas convicções éticas nos seus terrenos. Acresce que se os grupos de caçadores recebiam livre de encargos, por transferência compulsiva, direitos sobre terrenos privados, as associações para a conservação da natureza, pelo contrário, não estavam habilitadas a receber, por transferência voluntária, direitos sobre a terra dos seus membros. Quanto a este aspecto – a violação do artigo 14.º, conjugado com o artigo 1.º do Protocolo 1 – o Tribunal reiterou que a diferença de tratamento é discriminatória se “*não tiver uma razão objectiva e razoável*”, ou seja, se não tiver um objectivo legítimo ou se não houver uma relação de proporcionalidade entre os meios empregados e o objectivo a ser realizado, no respeito pela ampla margem de apreciação reconhecida aos Estados Contratantes. O TEDH considerou que a justificação da diferença de tratamento concedido pelo Estado francês aos grandes e aos pequenos proprietários – e que consistia na necessidade de agregar os lotes mais pequenos de terreno, de modo a promover a gestão racional da caça – sendo de interesse geral, não justificava de forma convincente como este interesse poderia ser alcançado se apenas os pequenos proprietários estavam obrigados a transferir os seus direitos³⁶. O Tribunal concluiu, pois, que na medida em que o resultado da diferença de tratamento entre os grandes e pequenos proprietários seria conceder apenas aos *primeiros* o direito de usar a sua terra de acordo com a sua consciência, constituía uma discriminação com base na propriedade, no sentido do artigo 14.º da CEDH.

No que diz respeito à violação do artigo 11.º, não foi contestado por nenhum dos intervenientes que a obrigação de se associar a uma ACCA, imposta aos demandantes, consistia numa interferência com a sua liberdade negativa de associação. Por isso, tornou-se necessário averiguar se esta fora imposta por lei, se se encontrava justificada pela realização de um interesse legítimo e se era necessária numa sociedade democrática para a concretização dos seus fins. O Tribunal não teve dúvidas quanto à observância dos dois primeiros requisitos, mas quanto à *necessidade numa sociedade democrática*, o Tribunal reiterou que, por um lado, “*necessidade*” é um termo inflexível,

do direito francês, os proprietários são responsáveis pela destruição da caça, e que essa responsabilidade só podia ser transferida por escrito para uma ACCA ou para alguma outra pessoa à escolha do dono.

³⁶ O Tribunal não conseguiu perceber o que poderia explicar que, num mesmo município, os grandes proprietários pudessem manter os direitos de caça exclusivos sobre as suas terras, especialmente para retirarem proveito delas, estando isentos de transferir esses direitos para a comunidade, ou, não caçando eles próprios, pudessem proibir outros de o fazerem nas suas terras.

e, por outro lado que o pluralismo, a tolerância e o espírito aberto são marcas de uma sociedade democrática. Embora os interesses individuais possam ser ocasionalmente subordinados aos interesses do grupo, da comunidade, a democracia não significa que a visão da maioria deva sempre prevalecer; pelo contrário, deve ser alcançado um equilíbrio entre o tratamento justo e próprio das minorias e a prevenção do abuso de uma posição dominante. Finalmente, qualquer restrição imposta a um direito protegido pela Convenção deve ser proporcional ao objectivo prosseguido. De modo a determinar se era justificado impor a donos de prédios que se opõem à caça que se juntem a uma associação de caçadores, o Tribunal considerou que *os requerentes se opunham à caça por considerações éticas, e que as suas convicções neste domínio tinham um certo nível de imperatividade, coerência e importância e portanto eram merecedoras de respeito numa sociedade democrática*. O TEDH considerou, pois, que a obrigação de pessoas que se opõem à caça de se afiliarem numa associação de caçadores era injustificada e portanto contrária ao artigo 11.º CEDH. O Tribunal considerou ainda que obrigar uma pessoa a juntar-se a uma associação que é fundamentalmente contrária às suas convicções, *et pour cause*, obrigá-la, por ser membro dessa associação, a transferir os seus direitos de caça sobre a terra de que é proprietário, para que a associação em questão realize objectivos que desaprova, vai para além do necessário para assegurar um equilíbrio justo entre os interesses conflitantes, e não *pode ser considerado proporcional* ao objectivo perseguido, violando o artigo 11 da CEDH. Na medida, ainda, em que a diferença entre pequenos e grandes proprietários relativamente à liberdade de uso da sua terra não apresentava nenhuma justificação pertinente, considerou o TEDH ter havido uma violação do artigo 11.º da CEDH, conjugado com o artigo 14.³⁷. Ou seja, as

³⁷ Duas queixas contra a Suécia foram consideradas inadmissíveis pelo Tribunal por não estarem em causa situações semelhantes à de *Chassagnou*. Quer na Decisão *Pippo c. Suécia*, de 21 de Março de 2006 (Queixa n.º 70518/01), quer na Decisão *Nilsson c. Suécia*, de 26 de Fevereiro de 2008 (Queixa n.º 11811/05), os requerentes haviam aceiteado a inclusão da sua propriedade numa Zona de Caça Comum, regulada pela Lei sobre as Zonas de Caça Associadas/Comuns (*Lagen om jaktvårds-områden*, de 4 de Dezembro de 1980).

Na Decisão *Pippo c. Suécia*, o queixoso tinha, inclusivamente, sido membro da associação da zona de caça comum (*jaktvårdsområdesförening*) que administrava a área. O requerente podia caçar em toda a zona de caça, incluindo a sua própria propriedade, mas tinha de conciliar os seus direitos com os dos outros titulares. Em 1997, o requerente pediu a exclusão, pelo menos parcial, da sua propriedade da zona de caça, já que devido à sua profissão de agricultor não conseguia participar na caça nos horários estabelecidos pela associação, o que, na prática, equivalia a estar excluído da actividade. A associação recusou a sua exclusão e o requerente considera que isso afectava o seu direito de propriedade tal como é protegido pelo artigo 1.º do Protocolo 1. O Tribunal considerou, mais uma vez, que uma medida como a que estava em causa no caso concreto, que não permitia a exclusão da zona de caça, é uma forma de controlo do uso da propriedade que cabia no segundo parágrafo do artigo 1 do Protocolo. Na tentativa de concretizar o segundo parágrafo à luz do princípio contido na primeira frase do artigo – a ideia de proporcionalidade entre o interesse geral da comunidade e os requisitos de protecção dos direitos fundamentais do indivíduo – o tribunal considerou, em primeiro lugar, que a criação e a manutenção das zonas de caça visavam, legitimamente, promover a preservação da caça e o interesse dos titulares do direito de caçar. Era, pois, um objectivo legítimo e do interesse geral. Quanto à questão da proporcionalidade, entre os objectivos prosseguidos e os meios empregues, o Tribunal considerou que – ao contrário da situação originada com a Lei *Verdeille* – a zona de caça apenas podia ser estabelecida com o acordo de uma maioria qualificada dos proprietários envolvidos e apenas se a propriedade tivesse importância para a preservação da caça (§10). Os donos que por razões de consciência se opusessem à caça tinham o direito de ser excluídos (§11). Quanto à criação da associação de caçadores, responsável por atingir a desejável coordenação na actividade de caça e as necessárias medidas para preservação da caça, o Tribunal sublinhou que os membros da associação tinham direito de voto e eram capazes de influenciar as decisões da associação. No caso concreto, o requerente tinha originalmente acordado na inclusão do seu terreno e tinha sido, não só um caçador activo, como um dirigente da própria Associação. Só catorze anos mais tarde veio pedir a exclusão da propriedade, não com base em questões de consciência, mas por razões

pretensões dos demandantes procederam em toda a linha.

A questão do direito à não caça havia de prosseguir o seu caminho na jurisprudência do TEDH. No Acórdão *Schneider contra Luxemburgo*³⁸, o Tribunal chegou a conclusão semelhante àquela que havia alcançado em *Chassagnou*. A requerente luxemburguesa opunha-se à caça em termos éticos e era proprietária de um terreno que, à luz da Lei de 20 de Julho de 1925, estava compreendido numa zona de caça. A especificidade deste caso relativamente a *Chassagnou* residia no facto de o Governo Luxemburguês argumentar que a lei nacional previa o pagamento de uma justa indemnização aos proprietários onerados com a actividade venatória, pelo que não se poderia dizer que a demandante não seria compensada pela transferência compulsiva dos seus direitos. Mas o TEDH considerou que a oposição ética à caça não poderia ser “compensada” por uma remuneração recebida anualmente³⁹. O Tribunal foi, pois, da opinião, de que também a lei luxemburguesa violava os artigos 1.º do Protocolo 1 e 11.º da CEDH.

A questão da “mercantilização” das convicções éticas veio a ser suscitada no caso contra a Alemanha, o caso *Herrmann*⁴⁰, que foi decidido, primeiro, em secção. O requerente alegava que a sua afiliação automática numa associação de caçadores e a obrigação de permitir o exercício de direitos de caça na sua propriedade violavam os seus direitos tal como protegidos pelos artigos 9.º, 11.º, 14.º da CEDH e o artigo 1 do Protocolo 1. Segundo a Lei da Caça alemã (*Bundesjagdgesetz*) vigente à altura, os donos de terrenos de caça com uma superfície inferior a 75 hectares eram *de iure* membros de uma associação de caça (*Jagdgenossenschaft*). Em Fevereiro de 2003, o requerente, que se opunha à caça por razões éticas, requereu o fim da sua adesão à associação de caça, que terá sido recusada. O TEDH sublinhou que o Governo alemão não contestou que a obrigação do proprietário de permitir a prática de caça nos seus terrenos interferia com o direito do requerente de gozar pacificamente os seus bens. Para verificar se a interferência estava de acordo com o segundo parágrafo do artigo 1.º do Protocolo 1, o Tribunal considerou que a legislação em causa, relativa à gestão caça, visava a manutenção de populações variadas e saudáveis a um nível compatível com o cuidado da terra e com as condições culturais, e, portanto, fora estabelecida no interesse geral. No que à proporcionalidade da interferência dizia respeito, o Tribunal enfatizou, por um lado, que essa legislação iria possibilitar a manutenção da fauna selvagem de acordo com circunstâncias ecológicas e económicas, assinalando, por outro lado, a situação específica da Alemanha que, por ser densamente povoada, precisava de zonas amplas de caça, e, por último, destacou que a legislação alemã se aplicava em todo o território (ao contrário da Lei *Verdeille*, que se aplicava apenas a alguns departamentos). O TEDH também considerou o facto de o regime alemão não isentar ninguém da obrigação de tolerar a caça nos seus terrenos, ao contrário do que acontecia no Luxemburgo, em que a propriedade da Coroa estava excluída da adesão a associações de caça. Na sua argumentação, a Secção referiu-se ainda ao facto de os donos de

práticas: recuperar o controlo sobre a caça de veados nas suas terras. Com base nestas considerações, o Tribunal considerou que o caso era claramente distinguível de *Chassagnou* e tendo em consideração a margem de apreciação dos Estados Contratantes, não considerou desproporcionada a decisão de recusar a exclusão das terras do adquirente. Na Decisão *Nilsson*, a questão era substancialmente a mesma, com a particularidade de o requerente ter, neste caso, recebido a terra por sucessão.

³⁸ Acórdão *Schneider contra Luxemburgo*, de 10 de Julho de 2007 (Queixa n.º 2113/04).

³⁹ O montante também não poderia ser considerado justo (3,25 Euros por ano).

⁴⁰ Acórdão *Herrmann contra Alemanha*, de 20 de Janeiro de 2011 (Queixa n.º 9300/07).

terrenos com áreas superiores a 75 hectares, apesar de não serem agrupados, não estarem dispensados de exercerem a caça por si próprios ou de a tolerarem nos seus terrenos. Decisiva foi, porém, a consideração pela Secção de que o requerente, com a cedência da sua propriedade, se habilitava a uma parte dos lucros resultantes da caça, fixados de acordo com área do terreno cedido. Ainda que o montante não fosse substancial, o Tribunal considerou ser o suficiente para impedir outros indivíduos de obterem um proveito financeiro com o uso da sua terra. O requerente também tinha o direito a ser compensado por quaisquer danos causados pelo exercício da caça nas suas terras. Por isso, concluiu a Secção, reconhecendo a ampla margem de apreciação dos Estados Contratantes, havia sido alcançado um equilíbrio justo entre os vários interesses conflitantes em jogo. Assim sendo, a legislação alemã não consubstanciava nenhuma violação do Artigo 1.º do Protocolo 1.

Este acórdão foi surpreendente, desde logo, porque desconheceu a real motivação das decisões anteriores do Tribunal: proteger as convicções éticas dos proprietários que eram obrigados a tolerar a actividade venatória nos seus terrenos. A decisão foi naturalmente diversa na *Grand Chamber*⁴¹. O TEDH reiterou a sua jurisprudência em *Chassagnou* e em *Schneider*, e procurou analisar a legislação alemã, para determinar em que medida as normas em causa diferiam daquelas e se essas diferenças eram suficientes para justificar a conclusão de que o artigo 1.º do Protocolo 1 não tinha sido violado, tendo concluído que – quanto ao objectivo da legislação, a sua aplicação territorial, as excepções à obrigação de afiliação obrigatória e a questão da compensação – as diferenças não eram decisivas. Restava a questão da compensação dos donos dos terrenos pelo seu uso para a actividade venatória. O Tribunal sublinhou que a legislação francesa, não conferindo aos proprietários nenhuma compensação financeira por serem obrigados a tolerar a caça, permitia, no entanto, a cada membro da associação caçar em todo a zona comum. Pelo contrário, quer na legislação luxemburguesa, quer na alemã, os membros da associação recebiam uma parte proporcional dos benefícios da cedência e tinham direito a ser compensados por qualquer dano causado pela fauna ou pela caça. O TEDH veio afirmar que não se coaduna com o respeito por uma objecção étnica exigir que o objector solicite às entidades competentes uma compensação relativamente àquilo que é precisamente a base para a sua objecção. Aliás, esse acto seria considerado, em si mesmo, incompatível com as próprias convicções éticas. O Tribunal acabou por concluir que a lei alemã não havia deixado espaço para as convicções éticas dos proprietários que se opunham à caça. Assim sendo, o tribunal não ficou convencido de que a situação encontrada na Alemanha fosse substancialmente diferente das examinadas em *Chassagnou* e em *Schneider*, nem encontrou razões para se desviar da sua jurisprudência nesses casos, nomeadamente, ao considerar que a obrigação de tolerar a caça nos seus terrenos impõe um ónus desproporcionado aos proprietários que se lhe opõem por razões éticas. Declarou, pois, uma violação do artigo 1.º do Protocolo 1 da Convenção.

O Tribunal retomou, assim, a sua jurisprudência afirmando que as razões éticas do proprietário são determinantes no uso do prédio e constituem limites à interferência do Estado, independentemente da universalidade da imposição ou da compensação económica.

⁴¹ *Herrmann contra Alemanha* (GC), de 26 de Junho de 2012 (Queixa n.º 9300/07).

A última decisão nesta matéria foi proferida no Acórdão *Chabauty*⁴², que, em termos práticos, vem resultar numa interpretação de *Chassagnou*⁴³. O requerente era um caçador francês, titular da respectiva licença, que tinha dois lotes de terreno com uma área aproximada de 10 hectares, incluídos numa ACCA. A legislação francesa já tinha sido alterada de acordo com a jurisprudência do Tribunal⁴⁴ e já permitia aos proprietários, independentemente da área do seu terreno, que se opusessem à caça por convicção pessoal, proibir a caça nas suas terras, podendo opor-se à inserção numa ACCA ou pedir a sua exclusão da zona de caça. O requerente no caso concreto não tinha objecções éticas à caça, mas, como o seu terreno tinha uma dimensão inferior ao mínimo estabelecido, não conseguia excluir a sua terra da ACCA, de modo a ser ele a beneficiar do direito de caçar. O requerente alegava, pois, discriminação em razão da propriedade, de acordo com o artigo 14 da CEDH em conjugação com o artigo 1.º do Protocolo 1. O TEDH considerou que resultava claramente de *Chassagnou* que a violação encontrada se baseava no facto de os requerentes se oporem à caça por razões éticas: o que estava em causa eram questões de consciência, que não tinham a ver com o aproveitamento económico das terras. Os proprietários que se opunham à caça, antes da entrada em vigor da Lei de 26 de Julho de 2000, e porque a área do seu terreno não excedia um certo limite, não tinham como evitar a caça nas suas terras. A discriminação aí encontrada baseava-se na diferença de tratamento entre os grandes e os pequenos proprietários – apenas os grandes proprietários tinham o direito de *usar a sua terra de acordo com a sua consciência* –, o que constituía discriminação no sentido do artigo 14.º. Dentre todos os donos com oposições éticas à caça, só os pequenos proprietários estavam obrigados a tolerar o uso da sua propriedade contra a sua consciência. Foi, pois, a falta de respeito pelas convicções dos proprietários que, afinal, havia levado o Tribunal a concluir pela não proporcionalidade entre os meios empregues e o objectivo a atingir pelo Governo francês, e pela consequente violação do artigo 14.º da Convenção. O Tribunal concluiu, depois, que no caso *sub judice*, e na medida em que o recorrente não se opunha à caça por razões éticas, não se podia inferir da jurisprudência vazada em *Chassagnou* uma violação do artigo 14 da CEDH em conjugação com o artigo 1.º do Protocolo 1⁴⁵.

⁴² *Chabauty contra França* (GC), 4 de Outubro de 2012 (Queixa n.º 57412/08).

⁴³ Veja-se, entretanto, a Decisão *Baudinière e Vauzelle c. França* (Queixas n.ºs 25708/03 e 25719/03) de 6 de Dezembro de 2007.

⁴⁴ Lei 2000-698 de 26 de Julho de 2000. Sobre o prazo aí estabelecido para o pedido ser feito, ver a Decisão *A.S.P.A.S. e Lasgrezas c. França* (Queixa n.º 29953/08), de 22 de Setembro de 2011.

⁴⁵ Mas o Tribunal prosseguiu na análise da questão, para determinar se o facto de apenas os donos de terras com uma determinada área manterem o exclusivo direito de caça constitui uma discriminação entre pequenos e grandes proprietários contrária à Convenção. Em face da ampla margem de apreciação reconhecida aos Estados Contratantes, e de acordo com o alegado pelo *Conseil d'Etat*, o TEDH considerou o sistema das ACCAs de interesse geral. Considerando que os pequenos proprietários tinham a escolha entre manterem os seus direitos de caça com o fundamento de se oporem à caça por convicção pessoal, ou de transferirem os seus direitos para uma ACCA, com o correspondente direito, em jeito de compensação, a caçar através de toda a zona de caça da associação e a participar na gestão colectiva da caça nessa área, o Tribunal considerou não haver uma interferência desproporcionada com o direito de propriedade. Também sublinhou que a diferença de tratamento entre pequenos e grandes proprietários se baseava em razões objectivas e razoáveis, na medida em que havia sido introduzida no interesse dos caçadores que tinham pequenos lotes de terreno e que se podiam agregar de modo a obter campos maiores. Assim, e realçando a ampla margem de apreciação a deixar aos Estados Contratantes, O TEDH concluiu que obrigar os pequenos proprietários a juntar os seus terrenos de caça, com o objectivo – que é legítimo e de interesse geral – de promover uma melhor gestão da caça, não é desproporcionado.

A actividade venatória pode colocar dois direitos em conflito: o do caçador a perseguir a presa, e a apoderar-se dela onde quer que esta se encontre ou se refugie, e o direito do proprietário a proibir a ingerência de terceiros no seu imóvel⁴⁶.

O direito português, ao reconhecer o direito à não caça, está pois em conformidade com a orientação do TEDH. Reconhece o nosso ordenamento que o poder do proprietário de *utilizar o seu prédio*, ou de *determinar essa utilização*, está intimamente ligado ao desenvolvimento da sua personalidade, mormente à expressão das *suas convicções éticas*. Este aspecto, que verdadeiramente também tem por referência a tutela da personalidade, constitui um obstáculo incontornável à intervenção do legislador ordinário, que nem a realização do interesse público permite superar. A ligação entre o bem e a personalidade do seu titular é, pois, aqui, reconhecida e tutelada pelo ordenamento jurídico.

2. Atribuições patrimoniais

Vimos, acima, que a utilização da propriedade, quando esteja estritamente ligada ao mais radicalmente subjectivo do indivíduo, as suas convicções éticas, foi reconhecida pelo legislador como um obstáculo a intervenções restritivas, porque colidentes, da expressão da personalidade do titular. Mas, veremos agora, também através da *disposição dos seus bens*, pode o titular expressar, de forma significativa, os seus valores e crenças e realizar os fins que considere socialmente úteis. A forma como o proprietário desenvolve a sua personalidade não se limita à aquisição de determinados bens ou à determinação da utilização dos mesmos; pelo contrário, também através de *disposições patrimoniais* pode o proprietário concretizar os projectos que compõem o seu plano vida. Analisaremos, pois, a instituição de fundações, as doações modais e a instituição de legados pios.

a) A instituição de fundações

Uma das formas mais relevantes de disposição patrimonial é a *instituição de uma fundação*, ou seja, o acto pelo qual alguém destina parte dos seus bens à constituição de uma pessoa colectiva, que há-de prosseguir um fim de interesse económico e social escolhido pelo instituidor⁴⁷, a fundação, que corresponde, por isso mesmo, à *institucionalização de fins humanos* e a cuja prossecução o instituidor afectou uma massa de bens. PAIS DE VASCONCELOS⁴⁸ define-as como “*a institucionalização de fins humanos para cuja prossecução é personalizada uma organização dotada dos bens e do suporte organizatório necessário*”, na esteira de OLIVEIRA ASCENSÃO⁴⁹, que define como objectivo das fundações “*assegurar que uma finalidade do instituidor seja prosseguida, mediante o suporte duma massa patrimonial que a isso é afectada*”. O acto de instituição, na definição de MARCELO

⁴⁶ GABRIO LOMBARDI, “Libertà di caccia e proprietà privata in diritto romano”, *BIRD* 53-54 (1948), pág. 274.

⁴⁷ LICÍNIO LOPES MARTINS, *As instituições particulares de solidariedade social*, Almedina, Coimbra, 2009, pág. 181, qualifica o direito à constituição de fundações como direito subjectivo fundamental.

⁴⁸ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª edição, 2012, pág. 169.

⁴⁹ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral I: Introdução, as pessoas, os bens*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pág. 322.

CAETANO⁵⁰, “é a manifestação de vontade pela qual o instituidor afecta um património à realização de certo fim duradouro”.

O nosso ordenamento jurídico⁵¹ aceita a instituição de fundações enquanto pessoas jurídicas privadas, por negócio jurídico de direito privado, *inter vivos* ou *mortis causa*, visando a prossecução de fins de interesse social⁵². O artigo 3.º da

⁵⁰ MARCELLO CAETANO, *Das fundações – Subsídios para a interpretação e reforma da legislação portuguesa*, Edições Ática, 1962, pág. 31.

⁵¹ Sobre as fundações na Europa, RUI MACHETE e HENRIQUE SOUSA ANTUNES, *As fundações na Europa – aspectos jurídicos*, Fundação Luso-Americana, Lisboa, 2008, e EMÍLIO RUI VILAR e RUI HERMENEGILDO GONÇALVES, “Fundações e Direito da União Europeia. Perspectivas de evolução”, em DIOGO FREITAS DO AMARAL, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e MARTA TAVARES DE ALMEIDA, *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Almedina, Coimbra, 2008, págs. 151 e ss. Para uma evolução histórica das fundações, MANUEL NOGUEIRA SERENS, “Em tema de fundações”, *RLJ* 3985 (2014), págs. 222 e ss. Sobre as fundações no Direito Romano, ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano I*, 3.ª edição, Studia Iuridica 50, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, págs. 157-158. Sobre a evolução das fundações particulares de utilidade pública no direito português, em síntese, CARLA AMADO GOMES, “Nóttula sobre o regime de constituição das fundações particulares de solidariedade social”, *RFDUL XL* (1999), págs. 15 e ss.

VITAL MOREIRA, *Administração autónoma e associações públicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, pág. 341, considera a fundação de direito privado como fruto da extensão da figura do instituto (canónico), no sentido de organismos criados por um ente para realizar funções deste para fora do campo eclesiástico. Sobre as fundações como produto do Cristianismo, PIETRO BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, 10.ª edição (corrigida por GIULIANO BONFANTE e GIULIANO CRIFÒ), Giuffrè Editore, Milão, 1987 [1946], págs. 58 e ss. Sobre as fundações canónicas, JOSÉ JOAQUIM ALMEIDA LOPES, “As fundações canónicas privadas”, *RFDUP II* (2005), págs. 227 e ss., que nos diz, na pág. 231, que às fundações canónicas devem estar cometidos “*fins que transcendam o fim de cada individuo*” (cânone 114, §1), isto é, “*fins não alcançáveis suficientemente pelas pessoas físicas, pois estas visam os seus interesses particulares e não o interesse público da Igreja Católica*”. Veja-se a definição de CARLOS BLANCO DE MORAIS, “Da relevância do direito público no regime jurídico das fundações privadas”, *Estudos em memória do Prof. Doutor João de Castro Mendes*, FDUL; LEX, Lisboa, págs. 553 e ss.

⁵² Vários pontos têm sido discutidos a propósito da prossecução de um fim considerado de interesse social. Se há uma certa unanimidade na rejeição da *fundação para a fundação* (*Selbstzweckstiftung* ou *Thesaurierungsstiftung*), cujo fim é a própria perpetuação e administração do património fundacional, ou na fundação para o *fundador* (*eigennützige Stiftung*), que visa satisfazer um interesse de natureza egoística, restringido à pessoa do fundador, já é mais controvertida, doutrinariamente, a questão da admissibilidade das fundações de família, concebidas para manter o prestígio familiar. Rejeita as fundações de família OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral do Direito Civil I*, FDUL, 1996, pág. 319. Em sentido diferente, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 196 e ss, e HENRIQUE MESQUITA, “Anotação ao Ac. STJ, de 24 de Outubro de 1996”, *RLJ* 3877 (1997), págs. 111 e ss, embora não tome posição expressamente, pronunciou-se no sentido da validade da seguinte disposição estatutária da Fundação Berardo: “*Os bens que vierem a ser afectos pelo fundador ficarão sujeitos ao encargo expresso da beneficiária prover à habitação, sustento, educação, saúde e demais despesas, encargos e alimentos do fundador, seu cônjuge e descendentes*”. MANUEL NOGUEIRA SERENS, “Em tema de fundações”, *RLJ* 3986 (2014), pág. 347, rejeitando a admissibilidade da fundação de família, dita de sustento – ou seja, aquela cujo fim seja assegurar aos membros da família em causa a fruição de bens do património fundacional ou o recebimento de réditos dele provenientes, incondicionalmente, ou seja, sem o preenchimento de outra condição que não seja a de serem da família –, admite, todavia, as fundações de família de utilidade privada mas de interesse social – a fundação de família instituída com o fim de responder a situações de carência ou de necessidade dos membros da respectiva família, e que respeitem, por exemplo, à sua formação, educação e assistência.

Quanto às *fundações-empresa* ou *fundações titulares de empresa*, aquelas que visam a perpetuação de uma empresa, veja-se, sobre a relação entre fundação e empresa, JOAQUIM SOUSA RIBEIRO, “Fundações: ‘uma espécie em vias de extinção?’”, *FDUC, Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, volume II (A parte geral do Código e as Teoria Geral do Direito Civil), Coimbra Editora, Coimbra, 2006, págs. 253 e ss. MANUEL NOGUEIRA SERENS, “Em tema de fundações”, *RLJ* 3986 (2014), pág. 347, entende que a fundação-titular de empresa é susceptível de reconhecimento quando o exercício (directo ou indirecto) da empresa for o meio necessário para a realização do fim da fundação, ou quando o exercício (directo ou indirecto) da empresa for o meio particularmente conveniente ou seja, for, em si mesmo, acessório da realização do fim da fundação, desde que em qualquer dos casos se verifique “*a relação do meio, que a empresa é, com o fim, que a fundação prossegue*”.

Lei-Quadro⁵³, depois de definir a fundação como “*uma pessoa colectiva, sem fim lucrativo, dotada de um património suficiente e irrevogavelmente afectado à prossecução de um fim de interesse social*”, delimita no seu n.º 2 que, em termos subjectivos, os fins a prosseguir pela fundação são aqueles que beneficiem “*uma ou mais categorias de pessoas distintas do fundador, seus parentes e afins, ou de pessoas e entidades a ele ligadas por relações de amizade ou de negócios*”⁵⁴. Em termos objectivos, são elencados também nessa disposição, de forma não taxativa, vários fins susceptíveis de serem prosseguidos pela fundação, dentre os quais destacamos: a assistência a pessoas com deficiência, a preservação do património histórico, artístico ou cultural, a promoção da cultura, a promoção da integração social e comunitária, a promoção da investigação científica e do desenvolvimento tecnológico, a protecção e apoio às crianças e jovens ou o combate a qualquer forma de discriminação ilegal.

As fundações são, pois, uma das formas de o proprietário afectar os seus bens, ou parte deles, a um dado fim, *com o qual se identifica e através do qual se realiza ou perpetua*, desde que esse fim seja reconhecido como tendo interesse social. A instituição ou criação da fundação traduz-se, precisamente, na atribuição de meios patrimoniais à futura pessoa colectiva fundacional⁵⁵. Nas palavras de CARLOS MOTA PINTO: “*Nas fundações é fundamental o elemento patrimonial, sendo a actividade pessoal dos administradores subordinada à afectação patrimonial feita pelo fundador e estando ao serviço dela; beneficiários e fundador estão, respectivamente, além e aquém da fundação*”⁵⁶.

No acto de instituição, o instituidor deve não só indicar o fim da fundação e especificar os bens e os direitos que lhe são destinados, mas também, *et pour cause*,

⁵³ Lei n.º 24/2012, de 9 de Julho, que aprovou a Lei-Quadro das Fundações e alterou o Código Civil. Sobre a proposta de reforma, vide RUI MACHETE e HENRIQUE SOUSA ANTUNES, *Direito das fundações – propostas de reforma*, Fundação Luso-Americana, Lisboa, 2004, especialmente págs. 139 e ss.

⁵⁴ Para criticismo, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª edição, 2012, págs. 170-171.

⁵⁵ Nas palavras de SOUSA RIBEIRO, “*As fundações no Código Civil: regime actual e projecto de reforma*”, *Lusíada* 1 e 2 (2001), pág. 60, “*a destinação de uma massa de bens à realização de um fim é o traço verdadeiramente distintivo da natureza fundacional do acto*”, ou na expressão de RUI VILAR, “*Fundações – Legitimidade, responsabilidade e (auto-) regulação*, em FDUC, *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais – Homenagem aos profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, II, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pág. 539: “*patrimónios privados adstritos à prossecução de finalidades de interesse social ou humano*”. É, pois, condição essencial do reconhecimento de qualquer fundação que a disposição de bens ou valores a favor do seu património não seja um acto praticado em prejuízo dos credores. Sobre a alienação de bens que integrem o património inicial da fundação, cfr. artigo 11.º da Lei-Quadro. A insuficiência dos bens afectados para a prossecução do fim ou fins visados é fundamento de recusa de reconhecimento da fundação, nos termos do artigo 23.º da mesma Lei e o artigo 188.º, 3, b), do CC. Essa recusa determinará a ineficácia da instituição da fundação, se o instituidor for vivo ou o instituidor ou instituidores sejam pessoas colectivas e a entrega, salvo disposição estatutária em contrário, dos bens a uma associação ou fundação de fins análogos, designados pelo instituidor no ato de instituição, pelos órgãos próprios da fundação, ou pela entidade competente para o reconhecimento. Cfr., ainda, o artigo 188.º, n.º 5, CC, bem como a Portaria n.º 69/2008, de 23 de Janeiro. Na jurisprudência, o Ac. TRL, de 15 de Dezembro de 2005 [11176/2005-6]: “*O elemento personalizado duma fundação é o património que o fundador afecta à satisfação do seu fim*”.

⁵⁶ Em sentido contrário, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª edição, 2012, pág. 125, distancia-se da posição dominante. Segundo este autor, “*o elemento patrimonial, a massa de bens afecta pelo legislador à fundação, não deixa de ser instrumental em relação à realização do fim. Todavia, não deixa de ser verdade que há fundações que são constituídas à volta de certo bem ou bens que se deseja perpetuar e a cujo suporte económico se dirige a constituição da fundação e outras em que é o fim prosseguido que domina, sendo indiferente a natureza dos bens que são dotados e que têm apenas de ser os necessários à prossecução do fim social. Há ainda fundações em que os bens dotados são, em parte fungíveis e em parte vinculados*”. Mas ainda assim, sublinha este autor, *idem*, pág. 128, que as fundações “*correspondem à autonomização e institucionalização de um fim do seu fundador, que tem de ser de interesse social, e para cuja prossecução são dotadas dos meios necessários*”.

poderá estabelecer de uma vez para sempre (*ne varietur*) as normas disciplinadoras da sua vida e destino⁵⁷. Diz-nos o artigo 186.º do CC que no acto de instituição, ou posteriormente nos estatutos⁵⁸, “*pode o instituidor providenciar sobre a sede, organização e funcionamento da fundação, regular os termos da sua transformação ou extinção e fixar o destino dos respectivos bens*”⁵⁹.

As fundações visam um interesse estranho às pessoas que entram na organização fundacional; visam um interesse do fundador de natureza social e são governadas pela *vontade inalterável do fundador*, que deu o impulso inicial à fundação e, desse modo, a animou como vontade necessária à sua vida⁶⁰. Os estatutos da fundação, ainda que alteráveis a todo o tempo pela entidade competente para o reconhecimento, sob proposta da administração, só podem ser alterados se *não houver alteração essencial do fim da instituição e não se contrarie a vontade do testador*. Igualmente na transformação da fundação – ou seja, na ampliação do fim da fundação, de modo a rentabilizar socialmente os meios disponíveis –, a entidade competente para o reconhecimento *deve ouvir o fundador*, se for vivo, e não o pode fazer se o acto de instituição o proibir ou prescrevera extinção da fundação. O novo fim deve aproximar-se, *tanto quanto possível*, do fim fixado pelo fundador. A fusão de duas ou mais fundações, de fins análogos, é possível apenas na medida em que *a tal não se oponha a vontade do fundador*⁶¹.

Em síntese, a vontade do instituidor, manifestada no acto da instituição, marca definitivamente o rumo da fundação. Esta contingência funciona, precisamente, como garantia, para o dono do património afectado, da realização do fim – *socialmente útil, mas proeminentemente pessoal* – a que ele quis determinar os seus bens.

⁵⁷ Na expressão de CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª edição, por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pág. 270, o fundador pode fixar, com a atribuição patrimonial a favor da nova fundação, “*as directivas ou normas de regulamentação do ente fundacional na sua existência, funcionamento e destino*”. No mesmo sentido, DOMINGO SOARES FARINHO, “Para além do bem e do mal: as fundações público-privadas”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Coimbra Editora, 2006, págs. 349 e ss. O já referido Ac. STJ, de 24 de Outubro de 1996 [Processo: 96B214], havia considerado que: “*É nula a cláusula estatutária da fundação que reza assim: ‘O fundador reserva para si o direito de dispor, por morte ou por acto entre vivos, dos bens que afectar à Fundação’*”.

⁵⁸ Nos termos do artigo 187.º, n.º 3, CC, se os estatutos não forem elaborados pelo instituidor, ou não o forem totalmente, a quem competir elaborá-los ou completá-los, deverá ter em conta, na medida do possível, a vontade real ou presumível do fundador.

⁵⁹ Caso não o faça, o artigo 12.º da Lei-Quadro, sobre o destino dos bens em caso de extinção, determina que o património remanescente após liquidação é entregue a uma associação ou fundação de fins análogos, designada de acordo com um critério de precedência fixado pelos órgãos da fundação ou pela entidade competente para o reconhecimento, por esta ordem. Caso a entidade designada não aceite a doação, é designada uma outra de fins análogos, segundo o mesmo critério de precedência. Esgotados os meios de atribuição do património remanescente previstos nos números anteriores sem que tenha havido aceitação, os bens reverterem a favor do Estado.

⁶⁰ CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª edição, por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pág. 283. No mesmo sentido, CRISTINA CASAL BAPTISTA, *As fundações no direito português*, Almedina, Coimbra, 2006, págs. 29 e ss. Nas palavras de de RUI VILAR, “Fundações – Legitimidade, responsabilidade e (auto-) regulação, em FDUC, *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais – Homenagem aos profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, II, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pág. 540: “*quando falamos de fundações nunca devemos esquecer o que está na sua génese, um acto de vontade de alguém que, ao abrigo do princípio da livre disposição do património, decide afectar os seus bens, acumulados em vida, a fins filantrópicos ou altruístas que, em regra, reverterem a favor da comunidade*”.

⁶¹ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª edição, 2012, págs. 174 e 175, retira deste regime que: “*Este controlo sobre as fundações por parte da entidade competente para o seu reconhecimento está estreitamente ligado ao interesse social do seu fim*”. Sublinhamos, ainda nas palavras do autor, o seguinte: “*Com a instituição da fundação o instituidor perde a propriedade e o controlo, pelo menos o controlo directo dos bens com que dotou a fundação; passa a ser a entidade competente para o reconhecimento da fundação, como titular dos interesses da comunidade, que tem legitimidade para controlar a actividade da fundação e a prossecução dos seus fins*”.

b) Doações modais ou condicionais

Ainda no âmbito das atribuições patrimoniais, consideradas enquanto meio específico de realização de fins promotores do desenvolvimento da personalidade, destacamos a doações, enquanto contrato pelo qual “*uma pessoa, por espírito de liberalidade e à custa do seu património, dispõe gratuitamente de uma coisa ou de um direito, ou assume uma obrigação, em benefício de outro contraente*”⁶².

O legislador português reconheceu o carácter pessoal de uma disposição gratuita de um certo bem. Assim, nos termos do artigo 949.º, não é permitir atribuir a outrem, por mandato, a faculdade de designar a pessoa do donatário ou determinar o objecto da doação (*cui voles et quae voles*), salvo nos casos previstos no n.º 2 do artigo 2182.º. Neste caso, todavia, em que é admissível a escolha do donatário de entre pessoas determinadas pelo doador, a vontade do terceiro, “*em lugar de se substituir à vontade do doador, vem apenas completá-la ou executá-la, visto que esta se encontra já determinada nos seus aspectos fundamentais*”⁶³. Do mesmo modo, os representantes legais dos incapazes não podem fazer doações em nome destes⁶⁴.

É verdade que a delimitação do âmbito da liberalidade revela ainda em muitos aspectos do seu regime a reconhecimento da autonomia do doador na satisfação dos seus interesses. Pensamos na reserva de usufruto, na reserva do direito de dispor de coisa determinada⁶⁵ ou na cláusula de reversão. Mas nós destacaríamos, para a nossa análise, a imposição de cláusulas modais – ou seja, aquela determinação do doador que impõe ao donatário um ónus ou encargo – e o estabelecimento de condições à doação⁶⁶, normalmente dirigidas à satisfação de um interesse do doador a um *especial cuidado com a coisa* ou à sua utilização para a concretização de objectivos eleitos e considerados preponderantes pelo disponente.

Resulta do artigo 967.º que “*as condições ou encargos física ou legalmente*

⁶² Sobre a dádiva enquanto fenómeno jurídico, ver CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos III*, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 10 e ss.

⁶³ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. II, 3.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1986, anot. ao artigo 949.º, pág. 272, 1.

⁶⁴ Veja-se o artigo 1937.º, a), CC, pelo qual se proíbe o tutor de dispor a título gratuito dos bens do menor, e que se aplica à tutela de maiores, por força do artigo 139.º CC, e o artigo 153.º, quanto aos inabilitados. O *Codice*, no seu artigo 777.º, permite que o tutor faça doações para casamento a descendentes do interdito ou inabilitado, mas apenas “*con le forme abilitative richieste*”, que é, nos termos do artigo 424 do *Codice*, a autorização do tribunal. O BGB, nos §1641 e §1804 apresenta um cariz mais proibitivo. Vide BARBARA VEIT, “BeckOK BGB § 1641”; RAINER KEMPER, “BGB § 1641”, in SCHULZE, *Bürgerliches Gesetzbuch*; BERGER/MANSEL, “BGB § 1641”, JAUERNIG, *BGB Kommentar*; HUBER, “BGB § 1641”, *Münchener Kommentar zum BGB*; ROLF KOFLER, “BGB § 1641”, SCHULZE/GRZIWOTZ/LAUDA, *Bürgerliches Gesetzbuch, Vertrags- und Prozessformularbuch*; BETTIN, “BeckOK BGB § 1804”, em BAMBERGER e ROTH; RAINER KEMPER, “BGB § 1804”, *BGB Kommentar* SCHULZE, 2014; VON CRAILSHEIM, “BGB § 1804”, em *BGB Kommentar* JÜRGENS; WAGENITZ, “BGB § 1804”, *Münchener Kommentar zum BGB*.

⁶⁵ O n.º 2 do artigo 959 CC determina que o direito reservado não se transmite aos herdeiros do doador, o que mostra o carácter pessoal da reserva. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. II, 3.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1986, anot. ao artigo 959.º, pág. 284, 3, consideram que se trata “*de um direito pessoal que se extingue, se não for exercido em vida do disponente. É uma reserva para si, como diz a lei, e relativamente à qual não têm qualquer direito, nem os herdeiros, nem os credores*”. Ainda segundo os autores, este princípio da intransmissibilidade do direito deve considerar-se imperativo, “*dada, por um lado, a natureza excepcional da reserva, e, por outro, o fundamento da própria transmissibilidade: evitar que se proteja por muito tempo a insegurança da situação*”.

⁶⁶ Sobre a forte semelhança entre a instituição de fundações e a doação modal, na medida que em ambas há uma atribuição patrimonial gratuita funcionalmente vinculada a certo fim, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “As pessoas colectivas no Código Civil – 30 anos depois”, em *Themis*, edição especial *Código Civil Português: Evolução e Perspectivas Actuais*, (2008), pág. 247.

impossíveis, contrários à lei, à ordem pública ou ofensivos dos bons costumes ficam sujeitos às regras estabelecidas *em matéria testamentária*”, determinando, pois, a aplicação à doação do regime do testamento em substituição do regime geral da condição. Não é assim, aplicável, em sede de doação, o regime geral, *maxime* o artigo 271.º do CC, que determina a nulidade de todo o negócio subordinado a uma condição contrária à lei, à ordem pública, ou ofensiva dos bons costumes, e também considera nulo o negócio subordinado a condição suspensiva física ou legalmente impossível, apenas se admitindo a sua validade se ele for subordinado a condição resolutiva física ou legalmente inadmissível, caso em que é a condição resolutiva que se considera não escrita. Em sede de doação vigora antes o regime do artigo 2230.º, que que não faz afectar de nulidade estas doações⁶⁷. Efectivamente, se as condições forem física ou legalmente impossíveis, consideram-se como não escritas e não prejudicam o donatário, salvo declaração em contrário. Se forem contrárias à lei, à ordem pública ou ofensivas dos bons costumes, consideram-se igualmente não escritas, ainda que o donatário tenha declarado o contrário, salvo se se puder concluir que a doação foi essencialmente determinada por esse fim, caso em que será integralmente nula (artigo 2186.º). No entanto, mesmo em relação às doações nulas, admite-se a sua confirmação pelos herdeiros do doador nos termos do artigo 968.º do CC, que impede o herdeiro – que confirmou a doação depois da morte do doador ou que a executou voluntariamente, conhecendo o vício e o direito à declaração de nulidade – de se prevalecer da nulidade da doação.

Dentro dos limites da lei, o doador, ao fazer uma atribuição patrimonial em vida dos seus bens, gratuitamente, pode opor um gravame ao donatário, que, sublinhe-se, não constitui, todavia, a contrapartida da atribuição patrimonial⁶⁸, mas antes se dirige a um efeito notoriamente distinto. Como nos diz GALVÃO TELLES, por força da cláusula modal “*dá-se expressão e relevo, no conteúdo do negócio jurídico, a um motivo individual – o fim mediato ou um dos fins mediatos que animam o autor da liberalidade*”. Estruturalmente, o modo constitui um pacto anexo a uma atribuição patrimonial gratuita⁶⁹, que contém uma vinculação do beneficiário da atribuição patrimonial. Esta vinculação é geralmente qualificada como obrigacional, incluindo as obrigações de *dare* ou *facere*, activas ou omissivas, em favor do autor da liberalidade ou de terceiro. Se o modo pode consistir numa prestação de conteúdo económico cujo objecto deva sair, segundo a intenção dos contraentes, das forças da própria atribuição, ou pode consistir em prestações de conteúdo económico (tanto de *dare* como de *facere* ou *non facere*) que representem ou sejam queridas pelos interessados como uma restrição de qualquer ordem à vantagem patrimonial proporcionada, em princípio, pela doação, não raras vezes

⁶⁷ Sobre a recepção da regra sabiniana segundo a qual as condições impossíveis ou ilícitas apostas nos testamentos *vitiantur sed non vitiant* ao passo que nos negócios entre vivos *vitiantur et vitiant*, veja-se ANTUNES VARELA, *Ineficácia do testamento e vontade conjectural do testador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1950, pág. 126.

⁶⁸ Sob pena de deixarmos de estar perante uma atribuição patrimonial gratuita, isto é, uma doação INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pág. 283, relembra que o modo constitui uma cláusula acessória, não lhe cabendo o papel de *corrispettivo*. Sobre os motivos da doação, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “A doação e a dádiva”, *Themis* 17 (2009), págs. 10-11. Cfr. ainda ANTUNES VARELA, *Ensaio sobre o conceito de modo*, Atântida, Coimbra, 1955, págs. 221 e ss, e CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos III*, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 49.

⁶⁹ Cfr. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 529. Nesse sentido, ANTUNES VARELA, *Ensaio sobre o conceito de modo*, Atântida, Coimbra, 1955, pág. 42, qualifica o modo como um puro conceito de relação.

consistirá em “prestações de conteúdo moral que sejam impostas como um dever ou um ónus jurídico ao beneficiário da atribuição”, na expressão de ANTUNES VARELA⁷⁰. Como nos diz PEDRO PAIS DE VASCONCELOS⁷¹, “o modo introduz na atribuição patrimonial gratuita uma funcionalização. Esta funcionalização permite afectar a um fim especial o bem doado ou deixado sob modo”. Conclui o autor que “o modo, mais do que simplesmente obrigar o beneficiário, modela funcionalmente a utilização que ele deverá fazer do bem”.

Mas o doador pode igualmente sujeitar a eficácia da doação a um facto futuro e incerto⁷². Não afectando a vontade dos contraentes, que é certa, a condição gera incerteza na regulamentação do contrato, pois este só entrará ou permanecerá em vigor caso se verifique a condição suspensiva ou não se verifique a condição resolutiva⁷³.

⁷⁰ ANTUNES VARELA, *Ensaio sobre o conceito de modo*, Atântida, Coimbra, 1955, pág. 233. No direito romano, a cláusula modal tinha uma ampla esfera de aplicação. Cfr. MARGUERITE BOUYSSOU, *Les liberalités avec charges en droit civil français*, Sirey, Paris, 1945, págs. 17 e ss. Quer o doador, quer os seus herdeiros, podiam exigir o cumprimento do *modus*, dispondo para o efeito de uma *actio utilis* (sobre a figura, ver ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO, *As acções do pretor (actiones praetoriae)*, Coimbra, 1990, págs. 49-51. Em caso de incumprimento pelo donatário, era possível a restituição do bem doador, através de uma *stipulatio* de um *pactum fiduciae* inserido na *mancipatio*. Independentemente deste pacto, concedia-se ao doador a *condictio causa data causa non secuta* para a restituição da coisa doada, partindo do conceito de que na *donatio sub modo* há uma *datio ob causam*. Cfr. ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO, *Breviário de direito privado romano*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pág. 651. Nas Ordenações Manuelinas, a doação modal estava prevista no Livro IV, título 55, 5, e nas Ordenações Filipinas, a doação modal estava prevista no livro IV, título 63, §§5.º e 39.º.

⁷¹ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 529-530.

⁷² INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pág. 260, considera que a condição representa um elemento exterior ao negócio jurídico, pois “não pode admitir-se como verdadeira a ideia, por alguns defendida, de que a condição faz corpo com o negócio a que é aposta. O eventual acontecimento futuro previsto na condição não se incorpora no contrato, não se integra ou deixa absorver nele (...). Tratando-se de condição resolutiva, menos ainda pode afirmar-se que ela constitui com o negócio um todo único, um bloco, dado a sua finalidade ser precisamente a de, uma vez verificada, destruir os efeitos negociais entretanto em curso”. No mesmo sentido, ANA MARIA PERALTA, *A posição jurídica do comprador na compra e venda com reserva de propriedade*, Almedina, Coimbra, 1990, pág. 22, seguindo a posição de Bianca, segundo quem o elemento condicionante, além de futuro e incerto, deve ter como característica a *estrinsecitá*, ou seja, não deve identificar-se com qualquer dos elementos constitutivos do contrato, nem tão pouco dizer respeito à sua execução. JOÃO DE OLIVEIRA GERALDES, em *Tipicidade contratual e condicionalidade suspensiva*, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pág. 205, rejeita o dogma da exterioridade condicional, na medida em que a condição pode, em muitos casos, representar um elemento concretamente essencial do negócio jurídico. Nas palavras do autor: “a exterioridade deve ser rejeitada, sendo necessário perspectivar a condição como um modo de ser que carece de uma especial qualificação contratual”. Neste sentido também PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 518, para quem a essencialidade negocial tem de ser aferida concretamente e não abstractamente, rejeitando, pois, “uma visão de tipos negociais pré-estabelecidos, com elementos essências cristalizados, sem qualquer tipo de fluidez tipológica e heteronomamente ordenados à realização de funções económicas e sociais típicas”.

⁷³ O modo distingue-se da condição. A condição suspensiva suspende os efeitos do negócio mas não obriga, o modo obriga mas não suspende. O negócio a que foi apostado um modo é, desde logo, eficaz, ao passo que o negócio sob condição suspensiva apenas a produzirá efeitos quando eventualmente ocorrer o facto condicionante. No caso de a condição ser resolutiva, uma vez verificada, os efeitos jurídicos dela dependentes cessam imediata e automaticamente, mas o incumprimento do modo apenas autoriza a resolução do contrato, resolução que dependerá sempre de um acto da vontade. O modo obriga mas não resolve *ipso iure*; a condição resolve *ipso iure* mas não obriga. Ver INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pág. 284, e ORENCIO-VICENTE TORRALBA SORIANO, *El modo en el derecho civil*, Caja de Ahorros del Sureste de España, Alicante, 1966, pág. 22. No mesmo sentido, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, “Sobre a doação modal”, *O Direito* 122 (1990), págs. 736-737. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 532 e 533, sublinha que “a verificação da condição resolutiva é um facto lícito que nada tem de ética ou juridicamente reprovável e que corresponde ao seu normal funcionamento, enquanto a resolução do modo por incumprimento envolve um acto ilícito, ética e juridicamente reprovável, que constitui um delito civil; o funcionamento da condição resolutiva está de acordo com o plano do direito, enquanto a resolução por incumprimento do modo está contra o plano do direito”.

Necessário é que o modo ou a condição correspondam a um *interesse do doador digno de tutela jurídica*⁷⁴. O objectivo prosseguido pelo doador pode ser o fim principal do contrato, mas, naturalmente, não o único fim contratual. O *animus donandi* do doador terá de se traduzir no enriquecimento patrimonial, maior ou menor, do donatário.

Quais são, pois, em concreto os limites que se impõem ao doador ao onerar o donatário com encargos ou condições? Relembremos que o regime da doação remete para as soluções previstas no direito testamentário para as condições física⁷⁵ ou legalmente impossíveis⁷⁶, contrários à lei ou à ordem pública⁷⁷ ou ofensivos dos bons costumes⁷⁸. As condições contrárias à lei, na expressão de ANTUNES VARELA⁷⁹, *têm como objecto um facto, em si mesmo possível, quer natural, quer juridicamente, mas contrariam determinados princípios latentes no sistema jurídico*. O artigo 2332.º elenca como contrárias à lei “a condição de residir ou não residir em certo prédio ou local, de conviver ou não conviver com certa pessoa, de não fazer testamento, de não transmitir a determinada pessoa os bens deixados ou de não os partilhar ou dividir, de não requerer inventário, de tomar ou deixar de tomar o estado eclesiástico ou determinada profissão e as cláusulas semelhantes”. E o artigo 2233.º acrescenta a condição de celebrar ou deixar de celebrar casamento. O fundamento destas proibições tem sido encontrado pela doutrina na excessiva limitação da liberdade individual⁸⁰. Efectivamente, impõe-se em cada caso concreto, de acordo com o

⁷⁴ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, “Sobre a doação modal”, *O Direito* 122 (1990), pág. 730, refere-se a objectivos como o enriquecimento patrimonial do donatário, limitado por um objectivo lateral diferente, ou uma outra pretensão, que se revele como principal, com um enriquecimento patrimonial secundário para o donatário.

⁷⁵ As condições são fisicamente impossíveis quando não possam cumprir-se segundo a ordem natural das coisas (por exemplo, *si digito coelum tetegeris*). Em bom rigor, não estamos perante verdadeiras condições, porque estas supõem a incerteza do facto futuro, e essa incerteza não existe se o facto não pode dar-se por força da natureza. Cfr. ANTUNES VARELA, *Ineficácia do testamento e vontade conjectural do testador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1950, pág. 128, e INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pág. 268.

⁷⁶ As condições legalmente impossíveis são aquelas dependentes de um acto jurídico que a lei não admite.

⁷⁷ Sobre o conceito de ordem pública no domínio dos contratos, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “A ordem pública no direito dos contratos”, *RFDUP IV* (2007), págs. 287 e ss. O autor segue uma orientação que aproxima a ordem pública dos “valores e princípios injuntivos do ordenamento, base da coexistência social geral e garantes de um bem público” e apresenta-nos uma noção que evoca uma “dimensão externa, colectiva ou comunitária, ínsita constitucionalmente na noção. Não estão em causa bens ou interesses meramente individuais. Visa-se uma publica utilitas, transpessoal (que pode certamente ser de natureza política, administrativa, policial, económica ou outra)”. A ordem pública representará uma “cláusula de salvaguarda de que dispõe o sistema jurídico para assegurar o respeito dos seus pilares fundamentais”, apresentando-se “como residual e, nesse sentido, subsidiária” em relação a normas específicas que obstem ao resultado que os afectaria intoleravelmente. Relembrando a expressão de BAPTISTA MACHADO, nas suas *Lições de Direito internacional Privado*, 3.ª edição, Coimbra, 1985, pág. 259, caracteriza a ordem pública como “lugar geométrico” de um conjunto de princípios ou valores a assegurar e proteger, CARNEIRO DA FRADA considera a ordem pública como um limite acoplado, uma reserva do método jurídico, uma *ultima ratio* no processo de realização do Direito, pois, nas suas palavras: “a ordem pública não apela primariamente a nenhum padrão de comportamento ou a qualquer directriz ou modelo do agir. Quando muito, qualificará estes”.

⁷⁸ As condições ofensivas dos bons costumes são proibidas pela lei, não directamente mas através de uma remissão para a moral – não da moral que se pratica (*mores*), mas da que deve observar-se (*bonus mores*) – segundo um critério objectivo e não segundo um critério puramente subjectivo do julgador. Cfr. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pág. 269.

⁷⁹ ANTUNES VARELA, *Ineficácia do testamento e vontade conjectural do testador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1950, pág. 128, nota 1.

⁸⁰ Cfr. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, “Sobre a doação modal”, *O Direito* 122 (1990), pág. 691. LUÍS DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, vol III – Contratos em Especial*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 206, para quem: “este tipo de condições restringe consideravelmente a liberdade do donatário

conteúdo e os efeitos da condição ou do encargo, a avaliação da restrição à liberdade do donatário operada pela cláusula acessória da doação. Ao objectivo proposto pelo doador não pode corresponder uma limitação intolerável, à luz das concepções valorativas da nossa ordem jurídica, da liberdade individual do donatário.

A disponibilidade individual sobre posições jusfundamentais tem sido objecto de propostas metodológicas diferenciadas por parte da doutrina⁸¹, embora partindo sempre do pressuposto básico do livre consentimento do titular. Recentemente, GOMES CANOTILHO⁸² analisou a questão da disponibilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas. O autor excluiu desde logo, como objectivamente indisponíveis, os bens pessoalíssimos (na terminologia de Luigi Ferrajoli) ou as “liberdades básicas” (na qualificação de John Rawls), justificando-a em termos rawlsianos: “*qualquer acordo entre cidadãos que prescindia de uma liberdade básica ou a viole, mesmo que esse acordo possa ser racional e voluntário, é nulo ab initio, isto é, não tem qualquer força legal nem afecta as liberdades básicas de qualquer cidadão*”⁸³.

Seguidamente, o autor fornece-nos os tópicos básicos para uma argumentação

que, para receber a doação, se veria forçado a perder a liberdade de escolher livremente a sua residência, as pessoas das suas relações, a possibilidade de dispor dos seus bens, a sua liberdade religiosa e a sua liberdade de escolha de profissão. É, por isso, compreensível que a lei venha excluir este tipo de doações, considerando-as não escritas, ainda que o doador tenha declarado o contrário”. No mesmo sentido, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 520, que acrescenta outro fundamento: evitar que a doação induza à prática de acções ilícitas.

⁸¹ O tema mereceu a análise ex professo de BENEDITA MAC CRORIE, em *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*, Almedina, Coimbra, 2013, obra cujo objecto é determinar os limites dentro dos quais o titular de um direito fundamental pode validamente dele dispor, enfraquecendo a sua posição jurídica subjectiva perante outro ente privado. A autora parte da noção de renúncia a direitos fundamentais de JORGE REIS NOVAIS, “Renúncia a direitos fundamentais”, *Perspectivas constitucionais: Nos 20 anos da Constituição de 1976*, org. por JORGE MIRANDA, Coimbra Editora, pág. 285, como o “*enfraquecimento voluntário de uma posição jurídica individual protegida por uma norma de direito fundamental, determinado por uma declaração de vontade do titular que o vinculou juridicamente a aceitar o correspondente alargamento da margem de actuação da autoridade pública face às pretensões que decorriam daquela posição*”. Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, págs. 464 e 465, e JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional IV*, 5.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, págs. 426 e ss. Na verdade, apesar dos argumentos da autora, não nos parecem convincentes os argumentos apresentados para a preferência pela expressão “renúncia” à expressão “autolimitação” dos direitos, pois, mesmo para quem não entenda que o conceito de renúncia implica a extinção do direito (sobre a estrutura da renúncia veja-se FRANCISCO PEREIRA COELHO, *A renúncia abdicativa no Direito Civil*, Studia Iuridica 8, Coimbra Editora, Coimbra, 1995), sempre obrigará, no mínimo à distinção entre renúncia ao direito e renúncia ao exercício do direito.

Sobre a irrenunciabilidade dos direitos de personalidade (e a sua limitabilidade), ver FILIPE ALBUQUERQUE MATOS, *Responsabilidade civil por ofensa ao bom crédito ou ao bom nome*, Almedina, Coimbra, 2011, págs. 99 e ss.

Sobre a renúncia à cidadania, prevista no artigo 26.º, n.º 1, da Lei da Nacionalidade, esta mais do que uma renúncia constitui um direito. Assim JORGE REIS NOVAIS, “Renúncia a direitos fundamentais”, *Perspectivas constitucionais: Nos 20 anos da Constituição de 1976*, org. por JORGE MIRANDA, Coimbra Editora, pág. 267, nota 10, que entende que está compreendido no artigo 26.º, n.º 1, da CRP, interpretado de acordo como artigo 15.º, n.º 2, da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Sobre o direito da nacionalidade, vide, por todos, RUI MOURA RAMOS, “A renovação do Direito Português da Nacionalidade pela Lei Orgânica n.º 2/2006, de 17 de Abril”, *RLJ* 3942 (2007), págs. 198 e ss.

⁸² GOMES CANOTILHO, “Para uma revisão da dogmática da jusfundamentalidade”, em *Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo*, Almedina, Coimbra, 2013, págs. 548 e ss.

⁸³ No mesmo sentido, VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 255-256, considera não poder admitir-se que na vida social privada as pessoas, mesmo em situação de igualdade, possam ser tratadas ou admitirem ser tratadas como se não fossem seres humanos. Tal seria a negação do axioma antropológico que dá fundamento à própria ideia de direitos fundamentais. Por isso, a dignidade humana, enquanto conteúdo essencial absoluto do direito, nunca pode ser afectada – esta é a garantia mínima que se pode retirar da Constituição.

sobre a bondade ou a maldade jusfundamental da disponibilidade de “conteúdos” ou “posições” incluídos na protecção dos direitos. Em primeiro lugar, o autor indica a indisponibilidade de qualquer direito medularmente inerente à pessoa, à dignidade da pessoa e ao desenvolvimento da personalidade (vida, integridade física e psíquica, dignidade, liberdade, igualdade) com a conseqüente proibição de redução do ser humano, em qualquer destas dimensões, a simples objecto ou *res nullius*. Em segundo lugar, o autor refere a indisponibilidade de direitos fundamentais *in toto* e em abstracto, pois isso significaria o despojamento completo das dimensões jusfundamentais por parte das pessoas e da sua própria autonomia dispositiva. Por último, o autor invoca a indisponibilidade de direitos colectivos ou de exercício colectivo indispensáveis à garantia de direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores.

Nas hipóteses de admissibilidade de poderes de disposição por parte de titulares de direitos fundamentais, deve entender-se que a disposição restritiva de conteúdos jusfundamentais é limitada ao caso concreto e feita sob reserva de revogação a todo o tempo e livre de quaisquer condições⁸⁴ e que o consentimento deve ser livre, inequívoco e suficiente concreto de forma a tornar conhecido ou recognoscível que o disponente está ciente dos resultados e das alternativas da disposição dos direitos em causa⁸⁵. São indispensáveis os deveres de informação quanto a estes resultados e alternativas, sobretudo quando se trate de “situações de perigo estruturais” ou de titulares com insuficiente capacidade de discernimento.

Para determinar os efeitos jurídicos da disponibilização de conteúdos fundamentais, é necessário averiguar, desde logo, e continuando sempre a seguir a proposta do autor, se o acto de disposição, na qualidade de intervenção restritiva de direitos, é autolegitimador da restrição, interrompendo-se qualquer imputação a entidades públicas. Seguidamente, deve determinar-se se e em que medida o acto dispositivo restritivo de direitos exclui deveres de protecção do Estado perante o próprio titular do direito e de terceiros directamente interessados. Por último, cabe apurar as conseqüências jurídico-processuais e procedimentais dos actos de disposição de conteúdos jusfundamentais, tendo sobretudo em conta o controlo do princípio da igualdade das partes⁸⁶.

⁸⁴ Adverte PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 51 (sobre o artigo 81.º, n.º 2), que na fixação da indemnização, deve haver um particular cuidado. O valor fixado não deve ser de tal modo avultado que impeça, de facto, o exercício do poder de revogação. De outro modo ficaria frustrado o regime de livre revogação. Além disso, na fixação da indemnização deve ser tido em conta que a parte que contrata a limitação de um direito de personalidade alheio não pode ignorar o regime jurídico do artigo 81.º do Código Civil e tem de saber desde logo que a outra parte se pode a todo o tempo desvincular. A sua expectativa é, pois, necessariamente precária.

⁸⁵ Segundo VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 308, as condições de validade jurídica da disposição limitadora do exercício de direitos, liberdades e garantias respeitam essencialmente “à garantia da autenticidade e da genuinidade da manifestação de vontade do titular que justifica a restrição ou a ofensa: a renúncia, o acordo, o consentimento vinculante, autorizante, ou aquiescente só podem admitir-se como fundamento legítimo de uma (auto)limitação dos direitos fundamentais se forem o produto inequívoco de uma vontade livre e esclarecida”. Entre os vários factores para apurar da existência efectiva de uma vontade, refere o autor a ausência de coacção, sendo relevantes, quer a coacção física, quer a coacção moral ou mesmo económica, quando se trate de uma pressão forte efectivamente exercida. A ausência de coacção deve avaliar-se de forma exigente, embora em termos de adequação social e em conformidade com os valores ou interesses em presença.

⁸⁶ VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 311 e ss, considera que se devem considerar as diferentes situações relacionais em que se pode produzir a autolimitação. A diferença mais relevante é a que atende à existência, ou não,

Mesmo na autolimitação de direitos como o que analisamos, relativos a bens individuais, isto é, aqueles cujo conteúdo, âmbito ou grau de protecção constitucional é estabelecido primacialmente em função da vontade do titular, o problema da disponibilidade e do grau de disponibilidade dos direitos, liberdades e garantias pelos seus titulares constitui um problema que não se resolve em abstracto, mas antes só em concreto é susceptível de uma solução definitiva⁸⁷ sobre qual o alcance efectivo que deve reconhecer-se ao princípio da liberdade ou da autonomia privada enquanto contrapólo normativo dos valores jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais. A inquirição a fazer será sempre a da validade do acordo do titular na limitação do seu direito, *i.e.*, em não exercer, temporariamente ou pontualmente, algumas das pretensões, faculdades ou poderes que compõem o seu direito fundamental.

O pendor socializante da nossa Constituição remete ao Estado o dever de assegurar a justiça social de intervir e organizar, estabelecer imperativos, disciplinar e proibir. Ao conformar as relações sociais, o Estado tem de considerar que a Constituição recebe como princípio de valor, a autonomia privada, não deixando dúvidas de que não quer destruir nem apoucar o livre desenvolvimento da personalidade, a livre iniciativa económica, a liberdade negocial, a propriedade privada, a família ou o fenómeno sucessório. A liberdade que os direitos fundamentais pretendem garantir não é apenas um abstracto valor social, mas sobretudo o poder de disposição ou a autodeterminação dos indivíduos concretos, e é, por sua vez, em nome da liberdade geral ou da liberdade negocial que podem defender-se essas compressões à aplicabilidade dos preceitos constitucionais nas relações entre particulares⁸⁸. Elemento determinante, mas também vector axial, é o benefício que resulta para o particular do acto de renúncia e que ele na sua autoavaliação considerou ser mais valioso do que a preservação do direito fundamental. Assiste-se a um fenómeno multidimensional: se por um lado o indivíduo autolimita a sua liberdade individual, por outro, e simultaneamente, potencia essa mesma liberdade, através da declaração negocial⁸⁹. O particular dispõe de

de uma relação de sujeição ou de dependência do titular do direito autolimitado perante outrem, que pretende, acorda ou beneficia da limitação.

Existindo um poder de facto perante a entidade a favor de quem é feita a renúncia, será legítimo às autoridades, designadamente ao juiz, com base na ordem jurídico-constitucional dos direitos fundamentais, acautelar e fiscalizar a adequação, a necessidade e a proporcionalidade da (auto)limitação, bem como a sua racionalidade, pressupondo-se e provando-se a vulnerabilidade, inferioridade ou fraqueza – tanto mais intensamente quanto maior for a duração, a intensidade ou grau de perigo da limitação, que, de resto, nunca poderá ser uma renúncia total, perpétua ou irrevogável. Estas limitações à disponibilidade dos direitos visam sobretudo assegurar o carácter livre e esclarecido da vontade, mas justificam-se especialmente pela necessidade de cumprimento de deveres especiais de protecção estadual de certos bens jurídicos pessoais.

Já nas relações entre iguais, o autor entende que, respeitadas as condições de uma vontade livre e esclarecida, os limites substanciais da autolimitação não podem ser os princípios da proporcionalidade ou da racionalidade, mas apenas os que sejam indiscutivelmente impostos pelo respeito do núcleo essencial dos direitos (a dignidade da pessoa humana) ou de valores comunitários básicos.

⁸⁷ VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 311.

⁸⁸ Seguimos VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 242.

⁸⁹ Neste sentido, discordamos de MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, “Sobre a doação modal”, *O Direito* 122 (1990), pág. 691, nota 48. Não estão em conflito a vontade do donatário com a sua liberdade individual. Elas são, por assim dizer, “faces da mesma moeda”. Na expressão de BENEDITA MAC CRORE, *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*, Almedina, Coimbra, 2013, pág. 27, são direitos que “se efectivam através da sua limitação”.

uma parcela da protecção que lhe é conferida pelo direito⁹⁰.

A decisão voluntária do particular que visa o acto liberatório, ainda que assumindo um *princípio básico de disponibilidade da(s) liberdade(s) individual(is)*, não prescinde, repetimos, de uma avaliação em concreto, para determinar se esta se traduz num efectivo acréscimo de liberdade, ou seja, num aumento do leque e alternativas do donatário. E nessa avaliação o julgador terá de apreciar, desde logo, o acordo⁹¹ do donatário, ou seja, averiguar se o titular do direito dispôs da sua posição de forma livre e autodeterminada⁹² – serão convocadas as exigências de uma vontade livre⁹³ e esclarecida⁹⁴ –, que não exige, note-se, a existência de alternativas de comportamento à autovinculação⁹⁵. Pode o donatário encontrar-se numa situação de *vulnerabilidade* e, ainda assim, tal não ser motivo de invalidade da autolimitação do seu direito, por ainda constituir uma via adequada para a prossecução dos seus fins. O facto de haver uma *contrapartida material* é igualmente um elemento a ter em conta na avaliação em concreto da voluntariedade do acordo na autolimitação, podendo torná-la *suspeita*, mas não obsta à voluntariedade do acordo dado pelo donatário. Igualmente é de atender à desigualdade de facto existente entre o doador e o donatário, pela exigência de protecção requerida pelo estatuto de inferioridade do donatário face ao doador, se este for, em concreto, um particular “*poderoso*”. O desequilíbrio de forças terá de ter sido aproveitado, em concreto, para obter a anuência do donatário, e que as consequências da autolimitação representem, para ele, um encargo desproporcionado ou um sacrifício excessivo. Note-se que, pressuposta a igualdade entre as partes – e pensamos que, por princípio, não podemos partir do pressuposto de o doador esteja numa posição de poder face ao donatário – princípio da liberdade como regra das relações entre indivíduos iguais. Os indivíduos, no uso do seu direito ao livre desenvolvimento de personalidade, devem poder autodeterminar os seus comportamentos e conduzir o seu projecto de vida, tal como lhes compete em primeira linha harmonizar e ajustar entre si, no uso da liberdade negocial, os seus direitos e interesses.

⁹⁰ JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa I*, Almedina, Coimbra, 2006, pág. 140.

⁹¹ Note-se que no âmbito do direito criminal, o acordo exclui a tipicidade nos crimes contra a liberdade. Para um aprofundamento dogmático, vide JORGE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal: Parte Geral I*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011 [2007], pág. 470, e MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo em Direito Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, págs. 362e ss. Como refere este autor, no acordo há identificação entre a autonomia e o bem protegido. Sendo o bem jurídico uma manifestação da liberdade individual, existe “*uma relação de congruência entre a autonomia individual e o sistema social. O desempenho do sistema social sobrepõe-se e confunde-se com a expressão da liberdade individual, realiza-se na e pela maximização desta liberdade*” (págs. 484 e 485). Sobre as funções do consentimento, DERYCK BEYLEVELD e ROGER BROWNSWORD, *Consent in The Law*, Hart Publishing, 2007, págs. 59 e ss. Sobre o consentimento como aceitação contratual, *inter alia*, ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, págs. 137 e ss.

⁹² BENEDITA MAC CRORIE, *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*, Almedina, Coimbra, 2013, pág. 117.

⁹³ LETÍCIA DE CAMPOS VELHO MARTEL, *Direitos fundamentais indisponíveis: limites e padrões do consentimento para a autolimitação do direito à vida*, Rio de Janeiro, 2010, disponível em <http://pct.capes.gov.br/teses/2010/31004016015P4/TES.PDF>, págs. 233 e ss.

⁹⁴ Sobre a informação como garante do acordo, veja-se, Letícia de Campos Velho Martel, *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*, pág. 139; BENEDITA MAC CRORIE, *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*, Almedina, Coimbra, 2013, pág. 134.

⁹⁵ Cfr. BENEDITA MAC CRORIE, *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*, Almedina, Coimbra, 2013, pág. 129.

O acordo do donatário tem ainda de se conter nos limites legalmente admissíveis, sendo o primeiro deles, o princípio da dignidade da pessoa humana⁹⁶. Outro limite será, necessariamente, o da proporcionalidade ou da proibição do excesso⁹⁷. Seguindo VITALINO CANAS⁹⁸, o princípio da proporcionalidade desempenha uma dupla função no que se refere à determinação da autonomia da vontade: por um lado, é através deste princípio que se afere a validade das limitações que o legislador poderá querer traçar-lhe, e, por outro lado, deve servir como instrumento (porventura excepcional) de limitação do exercício da autonomia privada nas relações entre particulares. Impõe este princípio a análise concreta da situação relacional entre doador e donatário, e a racionalização da prevalência ou primazia primeiro sobre o segundo⁹⁹. Como adverte BENEDITA MAC CRORIE¹⁰⁰, tem de se considerar a vontade do titular ao aceitar a interferência no seu direito, tanto no que se refere à proporcionalidade em sentido estrito, que exige a adequação dos meios relativamente aos resultados a obter, quer no que diz respeito à razoabilidade da afectação, sob o ponto de vista da razão que a justifica, na perspectiva da pessoa afectada. O fim da autolimitação é, pois, um elemento fundamental a ter em consideração pelo julgador.

Assim, por exemplo, nos casos de auto-restricção do titular do direito fundamental, pressuposta sempre a igualdade dos sujeitos e a existência de uma vontade livre e esclarecida, – se não atingir aquele mínimo de conteúdo do direito para além do qual o indivíduo se reduz à condição de objecto ou de não-pessoa, em que o bem jurídico deve ser considerado indisponível – entendemos que os limites consagrados nos artigos 2232.º e 2233.º requerem uma leitura de acordo com a metódica apresentada, sob pena de o legislador ter ido demasiado longe nos seus deveres de protecção: se não pode, em princípio, renunciar-se em globo e (ou) por período indeterminado à liberdade de circulação ou ao exercício de certa profissão ou actividade, uma pessoa pode obrigar-se a não exercer uma determinada profissão ou a residir em certo lugar e durante um certo tempo¹⁰¹.

⁹⁶ No sentido do elemento de ponderação, JORGE REIS NOVAIS, “Renúncia a direitos fundamentais”, *Perspectivas constitucionais: Nos 20 anos da Constituição de 1976*, org. por JORGE MIRANDA, Coimbra Editora, pág. 229.

⁹⁷ Sobre o princípio da proporcionalidade enquanto princípio conformador na conciliação dos interesses privados, vide BENEDITA MAC CRORIE, *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*, Almedina, Coimbra, 2013, pág. 253.

⁹⁸ VITALINO CANAS, “Proporcionalidade”, *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Lisboa, 1994, vol. VI, págs. 591 e ss.

⁹⁹ ANDRÉ FIGUEIREDO MATOS, “O princípio da proporcionalidade e a sua expansão para o direito privado”, em DIOGO FREITAS DO AMARAL, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e MARTA TAVARES DE ALMEIDA, *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Almedina, Coimbra, 2008, pág. 50.

¹⁰⁰ BENEDITA MAC CRORIE, *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*, Almedina, Coimbra, 2013, pág. 255.

¹⁰¹ Imagine-se, por exemplo, que o donatário atribui uma quinta ao doador, sob condição resolutiva de ele lá morar até a actividade vinícola a desenvolver se poder considerar implementada. Não vemos qualquer dificuldade em aceitar tal limitação. Cfr. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, 1995, págs. 286-287, quanto ao consentimento do lesado como causa de exclusão do facto ilícito ou de justificação da ilicitude, nos termos dos artigos 81.º e 340.º do Código Civil. Neste campo, segundo o autor, vale a distinção entre o círculo mínimo de liberdade, irrenunciável e indisponível, e o círculo amplo da liberdade, que em princípio se deverá considerar como disponível, a não ser que a isso obstem os princípios da ordem pública, os bons costumes ou disposição legal imperativa, pois então ultrapassa-se o poder de autodeterminação que pertence a cada um segundo a concepção ético-jurídica da comunidade jurídica portuguesa. Porém, quando haja lesão do bem da liberdade, embora justificada em sede de ilicitude pelo consentimento, este tem um carácter meramente tolerante ou quando

Desde que não se prejudique intoleravelmente a ideia da dignidade da pessoa humana, que haja uma razão legítima para a autolimitação contratual, que o donatário esteja informado e preste o seu consentimento de forma livre e esclarecida, nenhuma razão se nos apresenta para não aceitar a liberdade de actuação individual.

A liberdade negocial constitui também ela um direito de personalidade, por vezes de primacial importância enquanto expressão do poder de autodeterminação do homem, e de num mesmo negócio jurídico ambas as partes, no exercício da sua liberdade negocial, poderem pretender um determinado efeito cuja produção no entanto acarreta, para uma delas ou para ambas, lesões em bens de personalidade juridicamente tutelados¹⁰². Ainda que os artigos 2232.º e 2233.º regulem directamente a situação, não fica o juiz desprovido da possibilidade de atender aos preceitos constitucionais para definir a *norma de decisão do caso*, recorrendo aos conceitos próprios do direito privado, mas concretizando-os com a ajuda dos valores constitucionais. Se tal se revelar insuficiente, deverá o juiz – a quem é confiada uma margem de actuação que lhe permite fazer variar, conforme as circunstâncias do caso concreto, o espaço de liberdade dos indivíduos nas relações de direito privado – decidir o caso a partir dos princípios gerais, sempre que se possa afirmar que estamos perante um direito constitucionalmente relevante, como é a liberdade geral de acção.

Os encargos ou a condição apostos a uma doação, que em abstracto possam ser considerados susceptíveis de lesar bens de personalidade juridicamente tutelados, solicitam, pois, uma ponderação em concreto – porquanto a liberdade individual é indissociável da solidariedade cívica e de uma ética de responsabilidade comunitária¹⁰³ – de modo a revelar se a autolimitação do donatário é justificada e proporcional¹⁰⁴ e se resulta do seu consentimento livre e esclarecido.

c) *A instituição de legados*

Começamos este ponto com uma frase de GALVÃO TELLES, “*Há muitos bens que estão impregnados de subjectivismo, de recordações, de sentimentos, de afectividade – bens tradicionais da família, a casa onde se nasceu ou que se construiu, a quinta que sempre se agricultou, a fábrica que se fundou ou a que se deu uma vida de trabalho, a colecção que se organizou pacientemente. Afectos, emoções, sentimentos profundos, preocupações religiosas, manifestações de caridade, o cuidado com o bem-estar dos parentes que ficam, o respeito quase sagrado pelas últimas vontades do falecido, as superiores exigências da colectividade familiar e da colectividade*

muito autorizante e como tal revogável nos termos do artigo 81.º, n.º 2, do Código Civil.

¹⁰² Ver DERYCK BEYLEVELD e ROGER BROWNSWORD, *Consent in The Law*, Hart Publishing, 2007, págs. 257 e ss, sobre o consentimento como forma de *empowerment* do particular.

¹⁰³ Cfr. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 49, sobre o artigo 81.º, n.º 1, CC: “*Este preceito deve ser interpretado e concretizado em ligação com o artigo 280.º do Código Civil. Não é só a contrariedade à ordem pública, mas também a contrariedade à lei e aos bons costumes que tornam ilícitos os negócios jurídicos ilícitos que tenham como objecto bens da personalidade. (...) A Ordem Pública, como constelação de valores carente de concretização, fundada no Bem Comum e na utilidade colectiva, dirigida à protecção da Comunidade, comunga aqui com a Moral (bons costumes) e com a Lei injuntiva a função de delimitar o âmbito material da autonomia privada*”.

¹⁰⁴ Uma limitação que preencha os requisitos da proporcionalidade pode, por alteração das circunstâncias, vir a revelar-se desproporcionada. Para o juízo a fazer, deve atender-se não só a factores objectivos mas também à própria avaliação que o interessado faça do sacrifício em causa. Vide, REIS NOVAIS, “Renúncia a direitos fundamentais”, *Perspectivas constitucionais: Nos 20 anos da Constituição de 1976*, org. por JORGE MIRANDA, Coimbra Editora, págs. 334-335. O autor dá como exemplo o compromisso de não casar, durante certo tempo, em face uma gravidez posterior.

*política, tudo isso imprime grande nobreza ao direito sucessório e o rodeia de forte halo do espiritualismo. Trata-se de decidir o futuro de um património, mas de um património cujo titular acaba de atravessar os umbrais da morte, com todo o seu religioso mistério, e em que ele de algum modo se projecta e perpetua*¹⁰⁵.

O testamento é um acto unilateral de vontade, através do qual o autor da herança dispõe de todos ou parte dos seus bens para depois da morte. A noção do artigo 2179.º, n.º 1, revela-nos, nas palavras de PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA¹⁰⁶, “*um instrumento jurídico ao serviço do direito de propriedade*”. É certo que o n.º 2, do artigo 2179.º, acrescenta que, não obstante o testamento ser teleologicamente um acto de disposição patrimonial *post mortem*, ao serviço do direito de propriedade sobre as coisas, nada impede que no testamento se incluam disposições de carácter não patrimonial. Mas, e usando as palavras dos mesmos autores, “*sendo o testamento, por via de regra, um acto de disposição patrimonial mortis causa, na sequência da tutela constitucional reconhecida ao direito de propriedade, na vasta área do ter, ele é também, aos olhos da lei civil, um instrumento válido de expressão das últimas vontades do indivíduo, ao serviço dos direitos de personalidade, no largo domínio do ser*”.

Não nos alongaremos nos fins do fenómeno sucessório, nem na distinção entre a instituição de herdeiros e a nomeação de legatários. Mas, pretendemos, por agora, chamar a atenção, para os *legados pios*, ou seja, para a deixa de bens ou valores determinados enquanto disposição patrimonial intimamente ligada com a prossecução de fins relevantes no plano de vida traçado pelo testador, e, nesse sentido, intimamente ligada ao desenvolvimento da sua personalidade¹⁰⁷. O artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 39449, de 24 de Novembro de 1953, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 43209, de 10 de Outubro de 1960, define como legados pios “*todas as deixas destinadas a fins religiosos ou à criação, manutenção ou desenvolvimento de obras de assistência, previdência e educação ou a fins análogos, bem como os encargos de natureza idêntica, instituídos em qualquer instrumento público*”¹⁰⁸.

¹⁰⁵ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Sucessões – Noções fundamentais*, 6.ª ed. (reimp), Coimbra Editora, Coimbra, 1996, págs. 11 e 12.

¹⁰⁶ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. VI, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, anot. ao artigo 2179.º, pág. 287, ponto 4.

¹⁰⁷ Na época pós-clássica do Direito Romano, o papel da igreja na organização e na realização da caridade cristã tornou-se central, sobretudo desde o Édito de Constantino de 321 ao estabelecer (Cod. Theodos. I. xvi. tit. ii. leg. 4) “*Habeat unusquisque licentiam sanctissimo Catholicae (ecclesiae) venerabilique concilio, decedens bonorum quod optavit relinquere*”. Depois de a Igreja ficar capacitada para receber (por testamento) o património de quem quer que tencionasse afectá-lo a um fim caritativo, a doutrina da “*portio-Christa*” foi fundamental para impelir os cristãos à prática de acções pias, o fenómeno da beneficência de base ético-religiosa ganhou na época justinianeia uma dimensão notável. Para mais desenvolvimentos, MANUEL NOGUEIRA SERENS, “Em tema de fundações”, *RLJ* 3985 (2014), págs. 235 e ss.

¹⁰⁸ Cfr. o artigo 2280º do CC. O conceito de legado pio sofreu uma evolução através dos tempos. Começaram por ser a parte da herança destinada a sufragar a alma do próprio testador ou de parentes seus, mas começou a abranger, com o decorrer do tempo, as deixas a estabelecimentos de assistência, bem como os encargos destinados a fins religiosos e assistenciais, quer instituídos em testamentos, quer em outros instrumentos públicos. COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito Civil Português II*, 1907, 7.ª edição, pág. 562, distinguia entre como legados profanos e legados pios, “*os quais são todos aqueles, em que o testador teve em vista expressar a sua devoção, ou piedade, com as deixas às igrejas e aos estabelecimentos de instrução, ou beneficência*”. O autor refere “*a estes concediam os antigos praxistas muitos favores*”. O tempo veio consagrar esta segunda posição. Vide, ainda CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, X, Coimbra Editora, Coimbra, 1934, págs. 93 e ss.

Para crítica ao conceito, por demasiado amplo, vide ANTUNES VARELA, *Ensaio sobre o conceito de modo*, Atântida, Coimbra, 1955, pág. 263, e LUÍS ALCALDE RIBEIRO TEIXEIRA, *Legados pios: Comentário aos decretos-leis n.º 39.449 e 39.450 de 24 de Novembro de 1953: anotações, pareceres, jurisprudência dos tribunais e formulário*, Lisboa, 1959, pág. 17, ainda que em termos não totalmente coincidentes.

Segundo PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA¹⁰⁹, o problema dos legados fica exclusivamente reservado para as liberalidades (de beneficência, de assistência ou de caridade) em que o autor da herança é essencialmente movido por sentimentos de piedade, de compaixão, de fraternidade para com os mais necessitados (sejam esses sentimentos de inspiração cristã, sejam ditados por meras concepções burguesas da vida em sociedade)¹¹⁰. Os legados pios, em que as liberalidades se traduzem juridicamente num verdadeiro direito para o beneficiário, não se confundem com os encargos pios ou aplicações pias, em que a liberalidade se desentranha num simples encargo para o beneficiário (obrigação imposta ao legatário de proporcionar todos os anos aos cinco alunos mais pobres da escola local um mês local)¹¹¹.

Se o testamento é um instrumento ao serviço da propriedade, retomando a expressão de PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, é também um meio de o *de cuius* dispor dela de forma coincidente com os seus objectivos e valores sociais mais profundos, quer estejam ligados à religião à caridade.

Ao lado da instituição de fundações e das doações sujeitas a modo ou a condição, os legados pios são instrumentos que a ordem jurídica predispõe ao titular do direito de propriedade e que lhe vão permitir, através de atribuições patrimoniais, institucionalizar fins que considera socialmente relevantes, salvaguardar valores que lhe são caros ou exprimir as suas convicções pessoais através da realização de obras – em suma, colocar os seus bens ao serviço do desenvolvimento da sua personalidade. Cabe aqui dizer, como o disse ORLANDO DE CARVALHO¹¹², ainda que a outro propósito, que “o direito civil constitui aquele círculo em que é menos fungível o indivíduo como tal”.

¹⁰⁹ Cfr. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. VI, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, anot. ao artigo 2280.º, págs. 440-441, ponto 3.

¹¹⁰ Na jurisprudência, vide o Ac. TRL, de 12 de Outubro de 1977 [Processo: 0012159]: “III – Um legado pio consistente num imóvel deixado a uma instituição de assistência para uns fins que esta já prossegue, pode ser alienado para a manutenção, melhoria ou desenvolvimento dessa finalidade. IV – A nossa tradição jurídica tem sido no sentido de se poder ‘comutar’, de ‘substituir’ as ‘obras pias’ por outras ‘obras pias’ quando não se possibilita o seu cumprimento tal como foi instituído pelo testador (Relatório do Decreto-Lei n. 39449, de 24-11-53). V – A resolução de um legado pio só pode ser pedida nos termos e condições do art. 2248 do Código Civil vigente, e sendo resolvida essa disposição testamentária, o encargo deve ser cumprido nas mesmas condições pelo beneficiário da resolução”, e o Ac. STJ, de 8 de Maio de 2013 [Processo: 13706/09.OT2SNT.L1.S1]: “V – Assim, legado um imóvel a uma instituição de beneficência sob a condição resolutive expressa de a legatária continuar a exercer a sua actividade numa determinada localidade, não é possível interpretar o testamento no sentido de a cessação de actividade nesse imóvel e subsequente alienação do mesmo, constituírem também condições resolutive do legado. VI – Prevendo a testadora, para além da apontada condição resolutive, a reversão do imóvel, em caso de dissolução da legatária, para outra instituição, ‘livre de interferência governativa ou de qualquer espécie’ e em caso de interferência governativa ou ameaça dela na beneficiária ou na actividade por ela prosseguida no imóvel legado, neste caso a favor do seu herdeiro ou sucessores, não é equiparável a tal interferência a notificação camarária para vistoria destinada a averiguar as obras necessárias para conservação e segurança do edifício. VII – As interferências governativas ou de qualquer outra espécie a que alude o testamento outorgado em 1920, como causa de extinção de um legado pio, só se compreendem à luz do ambiente político-ideológico, marcadamente anticlerical e anticatólico da 1ª República”.

¹¹¹ Ac. STJ, de 7 de Fevereiro de 2006 [Processo: 05A4273]: “1 – Constitui um encargo (ou modo) no sentido visado pelo art.º 2244º do Código Civil, e não um legado pio, a disposição testamentária nos termos da qual a testadora declara que institui ‘A’ como herdeira de todos os seus bens, direitos e acções, incluindo o recheio da casa onde habita na Rua ..., com a condição desses mesmos bens, direitos e acções serem aplicados no Distrito do Funchal em obras de assistência a doentes cancerosos’. 2 – No caso referido em 1) o testamenteiro da autora da herança tem legitimidade para exigir de ‘A’ o cumprimento do encargo testamentário por via da competente acção de cumprimento, mas não a prestação de contas relativamente ao destino da herança”.

¹¹² ORLANDO DE CARVALHO, “A teoria geral da relação jurídica- seu sentido e limites”, publicado na compilação coordenada por FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, MARIA RAQUEL GUIMARÃES e MARIA REGINA REDINHA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª ed., Coimbra Editora, 2012, pág. 75.

3. O radical subjectivo dos bens incomunicáveis

Se encontramos em alguns regimes de *utilização* ou *disposição* de bens vestígios da ligação que vimos investigando entre propriedade e personalidade, não menos verdade é que essa ligação é também assumida no nosso ordenamento jurídico relativamente a certos *objectos* e determina irremediavelmente a tutela que lhes é conferida pelo legislador.

Começamos pelo artigo 1733.º do Código Civil, onde estão elencados um conjunto de *bens imperativamente incomunicáveis* qualquer que seja o regime de bens do casamento¹¹³, resultando desta norma uma proibição geral de afastar por meio de convenção antenupcial, a incomunicabilidade aí prevista¹¹⁴. É o próprio bem, pela ligação que apresenta com a pessoa, com o seu titular, que fundamenta a sua atribuição exclusiva, vale dizer, a incomunicabilidade da sua titularidade ao cônjuge, em qualquer casamento, independentemente do regime patrimonial escolhido ou aplicado.

a) *Bens deixados ou doados por conta da legítima*

Do elenco constante do artigo 1733.º, destacamos, em primeiro lugar, *os bens deixados ou doados por conta da legítima*. A legítima é aquela porção de bens de que o de *cujus* – no âmbito de uma sucessão legitimária, que é deferida por lei e que não pode ser afastada pela vontade do de *cuius* – não pode livremente dispor, por ser legalmente destinada aos seus herdeiros legitimários¹¹⁵. De raízes antigas¹¹⁶, o fundamento da sucessão legitimária é, hoje, a protecção da família nuclear, num princípio de entreatajuda e solidariedade, “*de modo a assegurar uma base do património familiar e a garantir aos familiares mais próximos um mínimo de bens para a manutenção e desenvolvimento da personalidade*”¹¹⁷. A figura do legado por conta da legítima não está expressamente regulada no Código Civil, mas a sua admissibilidade não suscita dúvidas¹¹⁸. Resulta do próprio artigo 2163.º CC que “*o testador não pode impor encargos sobre a legítima, nem designar os bens que a devam preencher, contra a vontade do herdeiro*”¹¹⁹. A contrario, é

¹¹³ A localização sistemática desta norma, na secção relativa ao regime da comunhão geral, tem, segundo PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pág. 533, fundamento num argumento de maioria de razão – se os bens mencionados resistem à comunicação em comunhão geral, mais claramente devem resistir à comunhão noutro qualquer regime que será, forçosamente, mais separatista. Esta solução da incomunicabilidade era já defendida pela doutrina na vigência do Código anterior. Cfr., por todos, CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil VI*, Coimbra Editora, Coimbra, 1932, págs. 353 e ss. Sobre esta incomunicabilidade, ADRIANO PAIVA, *A comunhão de adquiridos: das insuficiências do regime no quadro da regulação das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, págs. 217 e ss.

¹¹⁴ Cfr. artigo 1699.º, n.º 1, alínea d).

¹¹⁵ Cfr. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, págs. 44-45.

¹¹⁶ Veja-se RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, págs. 150-153.

¹¹⁷ Cfr. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pág. 153; ARMINDO RIBEIRO MENDES, “Considerações sobre a natureza jurídica da legítima no Código Civil de 1966”, *O Direito* 105 (1973), págs. 3 e ss; e CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 15.

¹¹⁸ FRANCISCO PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões* (Lições ao curso de 1973-1974), polic., Coimbra, 1992, pág. 322.

¹¹⁹ Como ensinam PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado VI*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pág. 265, não existe da parte do herdeiro legitimário nenhum direito à incorporação

consensualmente entendido que o testador pode preencher a legítima de um dos seus herdeiros com determinados bens, sendo que ao herdeiro resta a faculdade de os aceitar, ou de os repudiar e de exigir a sua legítima nos termos gerais. Da configuração do legado por conta da legítima resulta, em primeiro lugar, que o herdeiro legitimário não perde o seu direito à legítima por aceitar o legado, e, em segundo lugar, que, se este não preencher a totalidade da legítima, pode o herdeiro exigir o que falte para o seu preenchimento integral¹²⁰.

O artigo 946.º proíbe as doações por morte. Seguindo a distinção DE PEREIRA COELHO¹²¹, há doação por morte se a doação é feita *mortis causa*, ou seja, se a morte do doador é causa ou concausa da transmissão dos bens doados. Os efeitos da doação “*não são só efeitos dela, mas da doação e da morte*”. Dito de outro modo, se a doação produz imediatamente os seus efeitos (atribuindo ao donatário, desde logo, um direito sobre os bens doados), embora esses efeitos possam ficar condicionados à morte do doador ou diferidos para a morte dele, há doação em vida. A doação *cum moriar*¹²²

de certos bens, ou mesmo de determinadas categorias de bens, no quinhão que lhe compete: “*o que os interessados podem requerer é que as cláusulas testamentárias, do tipo que o artigo 2163.º pretende combater, se considerem como não escritas, para o efeito da partilha, até ao preenchimento da sua porção legitimária*”.

¹²⁰ A figura do legado por conta da legítima não se confunde com o legado em substituição da legítima, previsto e regulado nos artigos 2165.º. No legado em substituição da legítima “a aceitação do legado implica a perda do direito à legítima, assim como a aceitação da legítima envolve a perda do direito ao legado” (artigo 2165.º, n.º 2), ou seja o herdeiro legitimário fica privado de exigir seja o que for como legítima, ainda que o valor do legado seja inferior. É debatido na doutrina se o herdeiro legitimário mantém a sua qualidade de herdeiro ou se, após a aceitação do legado, deve passar a ser havido como mero legatário. FRANCISCO PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões* (Lições ao curso de 1973-1974), polic., Coimbra, 1992, pág. 324, entende que o legatário deve ser havido como tal para alguns efeitos. Segue-o CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 187, nota 379; CARLOS P. CORTE-REAL, *O legado por conta da legítima e o legado em substituição da legítima: breves considerações sobre a sua natureza e regime jurídico*, Ciência e Técnica Fiscal, 310-312, págs. 19 e ss. JORGE DUARTE PINHEIRO, *Legado em substituição da legítima*, Lisboa, Cosmos, 1996, págs. 285 e ss. Parece apontar nesse sentido, o Ac. STJ, de 29 de Janeiro de 2008 [Processo: 07P3131]: “*Ao aceitar legados em substituição das legítimas, os interessados perdem o direito à legítima, mas conservam a sua posição de herdeiros legítimos, concorrendo à herança para partilha do remanescente dos bens, em conformidade com as regras gerais da sucessão legítima*”. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Sucessões*, 5.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pág. 376, pelo contrário, conclui que o legitimário, por não participar na legítima, não perde a qualidade de herdeiro.

¹²¹ FRANCISCO PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões* (Lições ao curso de 1973-1974), polic., Coimbra, 1992, pág. 27.

¹²² A doação *cum moriar* não se confunde com a doação *si praemoriar*, em que as partes acordam que a doação só produzirá efeitos se o doador falecer antes do donatário e quando ele falecer. Trata-se, segundo FRANCISCO PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões* (Lições ao curso de 1973-1974), polic., Coimbra, 1992, pág. 30, de uma doação condicional, a que vai acoplada um termo. Este autor considera a figura admissível à luz do artigo 946.º, pois ainda estamos perante uma doação em vida de que resulta a atribuição ao donatário desde logo de um direito actual, embora condicional, sobre os bens doados, direito de que o donatário já pode dispor em vida do doador nos termos gerais do artigo 274.º. O direito do doador sobre os bens doados é um direito limitado, na medida em que se resolverá se se verificar a condição prevista no contrato. O autor aduz ainda que a razão da proibição prevista no artigo 946.º está no facto de a lei suspeitar que a doação seja imponderada, produzindo os seus efeitos, como produz, só após a morte do doador; ora, se a doação *si praemoriar* já produz efeitos em vida, tal constitui garantia de suficiente ponderação. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, págs. 31-34, parte da posição de PEREIRA COELHO, mas toma uma atitude mais flexível. Nas palavras do autor: “*tudo está em saber, de acordo com os arts. 236.º e seqs., se, por acordo das vontades do doador e do donatário, eles querem constituir uma doação mortis causa ou uma inter vivos, o que decorre, em primeira linha, de sentidos objectivos dos comportamentos dos declarantes, nomeadamente do teor das cláusulas da doação. Mesmo que se tenha de entrar em linha de conta com a determinação de estados psicológicos, estes e outros são matéria de facto correntemente alegados e susceptíveis de prova nas instâncias*”. Seguem-nos CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 32. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado II*, 3.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1986, anot. ao artigo 946.º, pág. 269, pelo contrário, entendem-na como proibida pelo artigo 946.º.

consubstancia uma doação em vida, porque o donatário adquire logo um direito, embora a termo (*dies certus na incertus* quando), sobre os bens doados. A morte do doador não é causa da transmissão dos bens (a causa é a doação), mas sim o termo a partir do qual os efeitos da doação se produzirão¹²³.

Se o donatário transmite ao seu herdeiro legítimo um específico e determinado bem – seja por doação, seja por sucessão –, que pretende que venha a integrar a sua quota legítima, tem do ordenamento jurídico a segurança de que este *será efectivamente adquirido* pelo seu herdeiro e que permanecerá na sua esfera patrimonial. Por outro lado, esta disposição reforça a posição do herdeiro legítimo, impedindo que ele perca, por virtude do casamento, a meação dos bens que a integram¹²⁴.

b) Direitos estritamente pessoais

Sublinhamos, em segundo lugar, que o artigo 1733.º, n.º 1, alínea c), refere também, como incomunicáveis, *o usufruto, o uso e habitação e demais direitos estritamente pessoais*. Para PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA¹²⁵, a inclusão do usufruto nesta categoria é criticável de *iure condendo*. Na opinião dos autores, é difícil conceber o usufruto como um direito pessoal face ao artigo 1444.º, que, sob a epígrafe “*trespasse a terceiro*”, determina que o “*usufrutuário pode trespassar a outrem o seu direito, definitiva ou temporariamente, bem como onerá-lo, salvas as restrições impostas pelo título constitutivo ou pela lei*”. Em sentido contrário, acentuando o carácter pessoal do usufruto, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA¹²⁶ invocam outros aspectos do regime, nomeadamente o artigo 1443.º¹²⁷, que limita a duração do usufruto à morte do usufrutuário, o artigo 1444.º, n.º 2, que determina que o *usufrutuário responde pelos danos que as coisas padecerem por culpa da pessoa que o substituir* e o artigo 1476.º, 1, alínea a), em matéria de duração, transmissão a terceiros e extinção do usufruto¹²⁸. Pensamos que a razão assiste aos defensores desta última posição.

¹²³ Na jurisprudência, vide o Ac. STJ, de 11 de Janeiro de 1979 [Processo: 067558]: “*A doação que se destina a produzir os seus efeitos por morte do doador constitui doação ‘mortis causa’ e sendo nula a face do artigo 946, n. 1, do Código Civil, não é convertível em testamento, dado carecer das formalidades essenciais que lhe são próprias, designadamente a intervenção de duas testemunhas*”; o Ac. STJ, de 12 de Março de 1998 [Processo: 97B874], sobre a interpretação das declarações de vontade; o Ac. TRP, de 16 de Julho de 1981 [Processo: 0045243]: “*A doação com reserva de usufruto para o doador enquanto viver não é uma doação ‘mortis causa’, ferida de nulidade. É, antes, uma doação ‘inter vivos’, a que foi aposta uma cláusula modal*”; e o Ac. TRL, de 15 de Outubro de 2013 [Processo: 15238/10.4T2SNT.L1-7]: “*Comprovando-se que era intenção da dona do dinheiro que metade da quantia depositada na conta ficasse a pertencer à co-titular da mesma conta na eventualidade de falecer antes dela, estamos perante uma doação por morte, proibida pelo art. 946 do C.C.*”.

¹²⁴ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado IV* (2.ª edição), Coimbra Editora, Coimbra, 1992, anot. ao artigo 1733.º, pág. 441, 2.

¹²⁵ PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, págs. 335 e ss.

¹²⁶ *Código Civil Anotado*, IV, anotação ao artigo 1733.º, pág. 442, ponto 4. Também para Luís de Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, 6.ª edição, Quid Iuris, Lisboa, 2009, pág. 404, no usufruto, a afectação das utilidades de um bem à satisfação das necessidades de certa pessoa é feita em função dela e não de qualquer outra coisa, participando, deste modo, o usufruto de uma nota própria das servidões pessoais. Daí a relevância da pessoa do usufrutuário e o *intuitu personae* que domina o instituto.

¹²⁷ Onde se lê: “*Sem prejuízo do disposto nos artigos anteriores, o usufruto não pode exceder a vida do usufrutuário; sendo constituído a favor de uma pessoa colectiva, de direito público ou privado, a sua duração máxima é de trinta anos*”.

¹²⁸ O usufruto extingue-se: “*a) Por morte do usufrutuário, ou chegado o termo do prazo por que o direito foi conferido, quando não seja vitalício*”.

SANTOS JUSTO¹²⁹ ensina-nos que já no Direito Romano¹³⁰, enquanto instituto que satisfazia a necessidade de proporcionar à viúva e a outros familiares meios de subsistência sem que o de *cuius* tivesse de os instituir herdeiros, o usufruto apresentava um carácter estritamente pessoal: a sua duração não podia exceder a vida do usufrutuário e enquanto *ius* não podia ser transmissível *inter vivos* nem *mortis causa*. Embora o seu exercício pudesse ser cedido (*perceptio fructuum*), *v.g.* por arrendamento, venda ou doação, o cedente não deixaria de ser o usufrutuário e, por isso, a sua morte extinguiria o usufruto. Ainda que fosse permitida a transmissão do usufruto, *rectius*, do seu exercício, o direito mantinha a sua identidade e a duração do usufruto não sofreria alterações. SANTOS JUSTO defende que o carácter pessoal do instituto se mantém actualmente no direito positivo português e encontra apoio em alguns aspectos centrais do regime positivo: em primeiro lugar, na possibilidade de a faculdade de transmissão ou oneração ser restringida pelo título constitutivo (artigo 1444.º, 1, *in fine*); em segundo lugar, no regime de transmissão do exercício do usufruto; em terceiro lugar, na responsabilidade do usufrutuário transmitente responde pelos danos que o bem sofrer por culpa do adquirente (nos termos do artigo 1442.º, n.º 2); e, finalmente, no facto de o direito de usufruto, mesmo que seja trespassado, se extinguir com a morte do cedente e não do adquirente, no caso de aquele falecer primeiro¹³¹.

Lis litem parit, e o carácter pessoal do usufruto reflectir-se-á, necessariamente, na solução a dar à questão sobre o que acontece se, havendo transmissão de um usufruto vitalício, ocorrer a morte do transmissário antes da morte do transmitente. Para OLIVEIRA ASCENSÃO¹³², morrendo o adquirente, o direito do usufruto entra na sucessão e o usufruto transmite-se aos herdeiros do transmissário. Segundo o autor, o usufruto continua a extinguir-se à morte do cedente, sendo este o sentido do artigo 1443.º.

¹²⁹ ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano III: Direitos Reais*, Studia Juridica 26, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, págs. 190-191.

¹³⁰ É pacificamente aceite na doutrina romanística que o usufruto era um direito *intuitus personae*, mas que o seu exercício económico podia ser cedido a terceiros. Ver PIETRO D'AMICO, *Diritto privato romano: comparato con il moderno*, Edizioni Giuridiche Simone, Nápoles, 2000, pág. 307; PIETRO BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, 10.ª edição (corrigida por GIULIANO BONFANTE e GIULIANO CRIFÒ), Giuffrè Editore, Milão, 1987 [1946], pág. 275, A. GUARINO, *Diritto privato romano*, 10.ª edição, Editore Jovene Nápoles, 1994, pág. 746; ÁLVARO D'ORS, *Derecho privado romano*, 8.ª edição revista, Eunsa, Pamplona, 1991, pág. 256, nota 4; JUAN IGLESIAS, *Derecho Romano*, 18.ª edição actualizada por JUAN IGLESIAS-REDONDO, Sello Editorial, Madrid, 2010, pág. 228; e GIOVANNI PUGLIESE (com a colaboração de FRANCESCO SITZIA e LETIZIA VACCA), *Istituzioni di diritto romano*, 3.ª edição, Giappichelli Editore, Turim, 1991, pág. 489. Para uma análise processual, vide VINCENZO ARANGIO-RUIZ, "La struttura dei diritti sulla cosa altrui", *Archivio giuridico* 82 (1909), págs. 417 e ss. O artigo 1393.º, do Código Civil brasileiro consagrou essa regra ao estabelecer: "Não se pode transferir o usufruto por alienação, mas o seu exercício pode ceder-se por título gratuito ou oneroso".

¹³¹ ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pág. 358. Também CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO (por Álvaro Moreira e Carlos Fraga), *Direitos Reais* (Segundo as prelecções ao 4.º ano jurídico de 1970-1971), Almedina, Coimbra, 1971, pág. 362, entendia não haver qualquer incompatibilidade entre o poder de trespassar ou de oneração do usufruto e o *intuitus personae* que o justifica (ou seja, o usufruto foi consagrado para satisfazer as necessidades do usufrutuário e é para satisfazer este desiderato que a lei o torna legítimo). O usufruto não exige a fruição em espécie da coisa usufruída. E na pág. 363, o actor reforça que tal possibilidade confere, aliás, ao usufrutuário uma maior maleabilidade, uma maior autonomia, ao permitir-lhe tomar as medidas mais adequadas à satisfação do seu interesse, por exemplo, arrendando o usufruto e recebendo a contraprestação. Uma vez transmitido ou trespassado, o usufruto continua "a estar talhado à medida da vida do usufrutuário", pois, "não obstante a sua transferência, extingue-se com a morte do usufrutuário que o transmitiu".

¹³² *Direito Civil: Reais*, 5.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1993, pág. 474. Segue-o LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 332 e 333.

LUÍS CARVALHO FERNANDES¹³³ aponta para a solução segundo a qual o usufruto se extingue com a morte do transmissário. O autor aduz como argumentos, em primeiro lugar, o facto de a lei claramente afirmar, em mais de um ponto, o efeito extintivo da morte do usufrutuário (artigos 1443.º e 1471.º, n.º 1, alínea a)), sem quaisquer reservas¹³⁴. Em segundo lugar, o autor especifica que o princípio da identidade da situação jurídica na transmissão se basta com o carácter vitalício do usufruto e este mantém-se, embora referido agora à vida do novo usufrutuário¹³⁵.

De acordo com o que dissemos acima, não podemos concordar com nenhuma das soluções apresentadas. Não podemos seguir OLIVEIRA ASCENSÃO, porque a sua posição desvirtua o carácter pessoal do usufruto, ao propugnar que o direito não cessa por morte do cessionário, mas antes se transmite aos herdeiros deste. Por outro lado, resultaria desta posição que o titular do direito de usufruto sobre o bem, o transmitente, nesta situação, acabaria por perder o controlo sobre o destino do direito, vale dizer, o próprio poder de decidir quem é, num determinado momento, titular do exercício do poder de usar e fruir dos bens. Com a agravante de o nosso sistema jurídico prever um regime específico de responsabilidade do usufrutuário pelos danos causados pela pessoa que o substituir, nos termos do artigo 1442.º, n.º 2, a que o primitivo titular ficaria sujeito. Mas a posição de LUÍS CARVALHO FERNANDES também nos suscita algumas dúvidas, porque não tomamos como ponto de partida que exista identidade da situação jurídica após a transmissão (do direito de exercício) do usufruto. Consequentemente, não cremos que o carácter vitalício do usufruto se mantenha, embora referido à vida do novo usufrutuário. Note-se que a transmissão do usufruto não é mais do que a transmissão do exercício do usufruto, pelo que o primitivo usufrutuário mantém essa qualidade até ao fim do prazo de duração do usufruto, ou até à sua morte, no caso do usufruto vitalício. A cedência do exercício do usufruto representa para o cessionário uma compressão dos seus poderes, ainda que não lhe corresponda, verdadeiramente, uma exoneração das suas responsabilidades, na medida em que responde pelos danos que as coisas padecerem por culpa da pessoa que o substituir. Se o cessionário morrer antes do termo do prazo do usufruto, somos da opinião de que este se (re)expande na esfera do usufrutuário até ao limite máximo das suas utilidades.

Na verdade, a solução que propugnamos não é senão o resultado do funcionamento do princípio da elasticidade ou da consolidação dos direitos reais, segundo o qual todo o direito sobre as coisas tende a abranger o máximo de utilidades que propicia um direito dessa espécie: ou seja, todo o direito sobre as coisas tende a expandir-se (ou a reexpandir-se) até ao máximo de faculdades que abstractamente contém¹³⁶. Nas palavras de ORLANDO DE CARVALHO, é assim característica de toda a realidade (no sentido de toda a dominialidade) “*esta estrutura elástica de poderes, este seu automatismo para a consolidação num direito mais expresso ou mais próximo do pleno*”. Extinguindo-se a limitação que se colocava ao titular do direito de usufruto, o transmitente,

¹³³ LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, 6.ª edição, Quid Iuris, Lisboa, 2009, págs. 423 e ss.

¹³⁴ Este entendimento não é contrariado pelo artigo 1441.º, pois aí há vários usufrutos e cada um deles extingue-se com a morte do respectivo usufrutuário.

¹³⁵ Nem o artigo 1444.º, n.º 2 contraria esta solução. Este preceito, justificado pelo *intuitus personae* que domina no usufruto, mal se ajustaria à necessidade de o trespassante responder ainda por actos de quem ele não escolheu para o substituir — os herdeiros do transmissário.

¹³⁶ Segundo ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das Coisas*, polic., Coimbra, 1977, pág. 238, este princípio vale para toda a espécie de direito das coisas que consinta o gravame de um direito mais restrito.

pela morte do cessionário, o direito original não se extingue, nem se transmite aos herdeiros do cessionário o direito de exercício do usufruto cedido ao *de cuius*, mas antes se reexpande à sua dimensão original o direito de usufruto do primitivo titular. O que é dizer, que o usufrutuário transmitente recupera a plenitude dos seus poderes sobre a coisa.

Um outro exemplo de direito estritamente pessoal¹³⁷ é o chamado *direito pessoal de autor*¹³⁸ ou o *conteúdo pessoal dos direitos conexos*¹³⁹. O artigo 9.º, n.º 1, do CDADC, estabelece que o direito de autor “*abrange direitos de natureza patrimonial e direitos de natureza pessoal, denominados direitos morais*”¹⁴⁰. Ao contrário dos direitos de carácter patrimonial, que se destinam a garantir a exploração económica da obra¹⁴¹,

¹³⁷ Cfr. BARBARA A. SPELLMAN e FREDERICK SCHAUER, “Artist’s Moral Rights and the Psychology of Ownership”, in Symposium: A Psychological Perspective on Property Law, in *Tul. L. Rev.* 83 (2008-2009), págs. 661-678.

¹³⁸ Usamos a expressão “*direito pessoal*” em vez daquela usada na lei “*direito moral*”, seguindo JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, pág. 167; ALBERTO DE SÁ E MELLO, *O direito pessoal de autor no ordenamento jurídico português*, SPA, Lisboa, 1989, págs. 19-20; GERALDO DA CRUZ ALMEIDA, “O direito pessoal de autor no Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos”, FDUL; *Estudos em Homenagem ao Professor Manuel Gomes da Silva*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, págs. 1072 e ss; LUÍS DE MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor*, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 121. Sobre o direito pessoal de autor, ver ALFREDO DE GREGORIO, “Contributo ad uno studio sulla natura del diritto d’autore”, *Riv. dir. comm.* 8 (1910), pág. 781, PAOLO GRECO, “Saggio sulla concezioni del diritto di autore”, *Riv. dir. civile X* (1964), págs. 540, nota 4, e ÉDOUARD SILZ, “La nature juridique du droit moral de l’auteur”, *Rev. trim. dir. civ.* 32 (1933), págs. 335 e ss.

¹³⁹ O conteúdo pessoal dos artistas intérpretes ou executantes abrange apenas três direitos específicos: o direito à menção do nome do artista (cfr. artigo 180.º, n.º 1: “*Em toda a divulgação de uma prestação será indicado, ainda que abreviadamente, o nome ou pseudónimo do artista, salvo convenção em contrário, ou se o modo de utilização da interpretação ou execução impuser a omissão da menção*”, e n.º 2: “*Exceptuam-se os programas sonoros exclusivamente musicais sem qualquer forma de locução e os referidos no artigo 154.º*”), o direito a reivindicar a paternidade da prestação (cfr. artigo 180.º, n.º 3: “*Presume-se artista, intérprete ou executante, aquele cujo nome tiver sido indicado como tal nas cópias autorizadas da prestação e no respectivo invólucro ou aquele que for anunciado como tal em qualquer forma de utilização lícita, representação ou comunicação ao público*”) e o direito de assegurar a genuinidade e integridade da prestação, nos termos do artigo 183.º.

¹⁴⁰ Diz-nos o artigo 9.º, n.º 2, do CDADC, que, no exercício dos direitos de carácter patrimonial, o autor tem o direito exclusivo de dispor da sua obra e de fruí-la e utilizá-la, ou autorizar a sua fruição ou utilização por terceiro, total ou parcialmente. O n.º 3, do artigo 9.º, refere os direitos pessoais de autor, estabelecendo que, “*independentemente dos direitos patrimoniais, e mesmo depois da transmissão ou extinção destes, o autor goza de direitos morais sobre a sua obra, designadamente o direito de reivindicar a respectiva paternidade e assegurar a sua genuinidade e integridade*”. Vide Ac. STJ, de 17 de Novembro de 2011 [Processo: 103/04.2TVLSB.L1.S1].

¹⁴¹ O artigo 67.º CDADC que o autor tem o direito exclusivo de fruir e utilizar a obra, no todo ou em parte, no que se compreendem, nomeadamente, as faculdades de a divulgar, publicar e explorar economicamente por qualquer forma, directa ou indirectamente, nos limites da lei. A garantia das vantagens patrimoniais resultantes dessa exploração constitui, do ponto de vista económico, o objecto fundamental da protecção legal.

O direito patrimonial de autor – direito de explorar economicamente a obra, de beneficiar das utilidades que ela seja apta a produzir – é propriedade sujeita a comunhão, segundo o regime de bens a que estiver sujeito o seu titular e por aplicação das regras sobre titularidade daí decorrentes. Seguindo os ensinamentos de LUÍS DE MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor*, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 122, os direitos patrimoniais de autor têm um núcleo principal, que é constituído pelo exclusivo da exploração económica da obra, fora do âmbito em que a lei prevê a sua utilização livre por terceiros. Mas, em alguns casos, vem a lei, “*sem conceder o exclusivo ao autor, permitir que ele beneficie economicamente da utilização livre por terceiros ou da ocorrência de certas vicissitudes da obra. Nesse caso, o direito de autor perde a natureza de exclusivo da exploração económico da obra, convertendo-se num mero direito de participação financeira*” exemplificando o autor com o artigo 76.º, n.º 1, alínea b), em que a reprodução da obra ou a sua comunicação ao público envolve a atribuição de uma remuneração equitativa ao autor. Finalmente, “*nos casos de direito de sequência, do direito a compensação suplementar, e na compensação devida pela reprodução ou gravação de obras, existe mesmo uma participação financeira, independentemente da exploração da obra por terceiros*”.

os direitos pessoais destinam-se a proteger os aspectos pessoais nela vertidos ou a tutelar a ligação pessoal da obra ao seu autor¹⁴². O artigo 56.º CDADC, especificamente sobre os direitos morais, estabelece, no seu n.º 1, que, independentemente dos direitos de carácter patrimonial e ainda que os tenha alienado ou onerado, “o autor goza durante toda a vida do direito de reivindicar a paternidade da obra e de assegurar a genuinidade e integridade desta, opondo-se à sua destruição, a toda e qualquer mutilação, deformação ou outra modificação da mesma e, de um modo geral, a todo e qualquer acto que a desvirtue e possa afectar a honra e reputação do autor” e, no seu n.º 2: que este direito é inalienável, irrenunciável e imprescritível, perpetuando-se, após a morte do autor, nos termos do artigo 57.^{o143}. Nas palavras de SÁ E MELLO¹⁴⁴, esta tutela “visa principalmente preservar a individualidade e a identidade da obra e a sua fidelidade ao resultado original da sua formalização”¹⁴⁵.

São direitos pessoais, segundo a classificação adoptada por MENEZES LEITÃO¹⁴⁶,

¹⁴² LUÍS DE MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor*, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 121, e JOÃO CALVÃO DA SILVA, “Anotação ao Acórdão do STJ, de 3 de Novembro de 1983: Direitos de autor, cláusula penal e sanção pecuniária compulsória”, *ROA* 47 (1987), págs. 134-135.

¹⁴³ Estabelece esta disposição que: “1. Por morte do autor, enquanto a obra não cair no domínio público, o exercício destes direitos compete aos seus sucessores. 2. A defesa da genuinidade e integridade das obras caídas no domínio público compete ao Estado e é exercida através do Ministério da Cultura. 3. Falecido o autor, pode o Ministério da Cultura avocar a si, e assegurá-la pelos meios adequados, a defesa das obras ainda não caídas no domínio público que se encontrem ameaçadas na sua autenticidade ou dignidade cultural, quando os titulares do direito de autor, notificados para o exercer, se tiverem absterido sem motivo atendível”.

¹⁴⁴ ALBERTO DE SÁ E MELLO, *Contrato de direito de autor: a autonomia contratual na formação do direito de autor*, Almedina, Coimbra, 2008, pág. 101.

¹⁴⁵ O criador intelectual da obra, em princípio, adquire tanto o direito patrimonial como o direito pessoal de autor. É, todavia, controverso se, no caso de obra feita por encomenda ou por conta de outrem, em que o direito de autor seja atribuído ao comitente nos termos do artigo 14.º, n.º 1, o direito pessoal cabe ao autor ou se transmite ao comitente. LUÍS DE MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor*, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 116, defende a posição negativa, na medida em que neste caso a lei recusa expressamente que o criador intelectual possa reivindicar a paternidade da obra, uma vez que se admite que o seu nome não conste dela (artigo 14.º, n.º 3). Aduz ainda o autor o argumento de ser o comitente a decidir a configuração da obra e o criador intelectual não ter, por isso, o direito a defender a integridade dela. Acrescenta o autor que também nesse caso o criador intelectual não pode exercer os direitos ao inédito, de retirada ou de modificação. Nesse sentido, já ANTÓNIO DE MACEDO VITORINO, *A eficácia dos contratos de direito de autor*, Almedina, Coimbra, 1995, pág. 88. Em sentido contrário, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, pág. 195, já que, para este autor, o criador originário só recebe o direito pessoal se tiver a titularidade originária da obra. Se não tiver essa titularidade, as faculdades pessoais que possa ter reportam-se directamente ao seu direito de personalidade e não ao seu direito pessoal de autor. Neste sentido, PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Contratos e encomenda de criação intelectual”, em *Contratos de direito de autor e de direito industrial*, org. por CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, LUÍS COUTO GONÇALVES e CLÁUDIA TRABUCO, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 70, e JOSÉ JOÃO ABRANTES, com a colaboração de RITA CANAS DA SILVA, “Contratos da propriedade intelectual e contrato de trabalho”, *idem*, pág. 84, nota 18.

¹⁴⁶ LUÍS DE MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor*, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 147.

direito ao inédito¹⁴⁷, o direito de retirada¹⁴⁸, o direito à menção do nome na

¹⁴⁷ O inédito consiste no direito de dar ou não a conhecer a terceiros a existência da obra, o que consubstancia, nas palavras de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, pág. 170, “uma derivação básica da tutela da personalidade”. Seguindo LUÍS DE MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor*, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 148, o direito ao inédito encontra-se pressuposto no artigo 6.º ao estabelecer o requisito de a publicação da obra ter que ser realizada com o consentimento do autor e a sua divulgação ser efectuada licitamente. Em consequência do direito ao inédito, a lei pune como crime de usurpação a divulgação ou publicação abusiva das obras ainda não divulgadas nem publicadas pelo seu autor ou não destinadas a divulgação ou publicação, mesmo que as apresente como sendo do respectivo autor (artigo 195.º, n.º 2, alínea a)), determinando-se a apreensão das obras usurpadas, o artigo 50.º isenta de penhora ou arresto, salvo com o oferecimento ou consentimento do autor, os manuscritos inéditos, esboços, desenhos, telas ou esculturas, tenham ou não assinatura, só podendo o credor obter essa penhora ou arresto quando o autor tiver revelado por actos inequívocos o seu propósito de divulgar ou publicar os referidos trabalhos.

JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, pág. 171, sustenta que, no caso de atribuição do direito de publicação a outras entidades, não existirá direito ao inédito, enquanto direito de personalidade, mas apenas de um direito ligado à utilização da obra. No mesmo sentido, ALBERTO DE SÁ E MELLO, *Contrato de direito de autor: a autonomia contratual na formação do direito de autor*, Almedina, Coimbra, 2008, págs. 526 e ss. Para este autor, o autor que haja executado a obra em exercício do contrato não se eximirá à responsabilidade por incumprimento do contrato que o vinculava à criação; mas não poderá ser compelido à entrega da obra, para o que encontra suporte em JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2002, págs. 484 e 485. Em sentido contrário, LUIZ FRANCISCO REBELLO, *Introdução ao Direito de Autor*, Dom Quixote, Lisboa, 1994, págs. 160 e 161, e LUÍS DE MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor*, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 149, considerando que o titular do direito ao inédito é naturalmente o criador intelectual, mas podendo esse direito ser atribuído a outros titulares do direito de autor. Assim, no caso de obra realizada sob encomenda ou por conta doutrem, em que o direito de autor seja atribuído ao comitente (artigo 14.º) será naturalmente ele o titular do direito ao inédito, podendo decidir se e quando deve quebrar o inédito. Da mesma forma, se o criador intelectual proceder à alienação do seu direito de autor sobre a obra (artigo 44.º), naturalmente que o direito ao inédito passa a competir ao adquirente. Finalmente, após a morte do criador intelectual, o direito ao inédito passará a competir aos seus sucessores, que poderão livremente decidir efectuar ou não a publicação da obra (Artigo 70.º, n.º 1). LUIZ FRANCISCO REBELLO, *Introdução ao Direito de Autor*, Dom Quixote, Lisboa, 1994, pág. 160, entende que não será lícito aos sucessores proceder à publicação ou divulgação da obra que o próprio autor tenha pretendido manter inédita. Contra LUÍS DE MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor*, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 149, nota 233. Fundamenta o direito ao inédito na liberdade de auto-responsabilização pessoal, GERALDO DA CRUZ ALMEIDA, “O direito pessoal de autor no Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos”, FDUL; *Estudos em Homenagem ao Professor Manuel Gomes da Silva*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pág. 1095.

¹⁴⁸ O artigo 62.º estabelece que “o autor de obra divulgada ou publicada poderá retirá-la a todo o tempo da circulação e fazer cessar a respectiva utilização, sejam quais forem as modalidades desta, contanto que tenha razões morais atendíveis, mas deverá indemnizar os interessados pelos prejuízos que a retirada lhes causar”. Na expressão de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, pág. 173, este direito dá ao autor “um poder particularmente gravoso”. Como sugere LUÍS DE MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor*, Almedina, Coimbra, 2011, págs. 149-150, existem obras em que o exercício do direito de retirada deve ser excluído, como sucede com as obras de arquitectura ou as obras de artes plásticas de exemplar único.

É controverso se o direito de retirada cabe apenas ao criador intelectual ou se abrangerá também o comitente na obra sob encomenda e os sucessores ou transmissários do respectivo direito. Em sentido afirmativo, LUÍS DE MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor*, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 150, entendendo que se o direito de retirada se funda em razões morais atendíveis, as mesmas poderão ocorrer em relação ao comitente e aos seus sucessores, por afectar gravemente a reputação da empresa ou a honra da família. Contra, LUIZ FRANCISCO REBELLO, *Introdução ao Direito de Autor*, Dom Quixote, Lisboa, 1994, pág. 162, com fundamento no carácter estritamente pessoal deste direito, que justificaria a sua atribuição apenas ao criador intelectual. No mesmo sentido, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, pág. 174, invocando que o direito de retirada, enquanto reverso do direito ao inédito, tem o mesmo fundamento ético, e ALBERTO DE SÁ E MELLO, *Contrato de direito de autor: a autonomia contratual na formação do direito de autor*, Almedina, Coimbra, 2008, págs. 528 e ss.

Caso particular de retirada é o previsto no artigo 114.º. Neste caso, LUIZ FRANCISCO REBELLO, *Introdução ao Direito de Autor*, Dom Quixote, Lisboa, 1994, pág. 162, considera que já pode ser exercido pelos sucessores por estar em causa a integridade da obra.

obra¹⁴⁹, o direito de reivindicar a paternidade da obra¹⁵⁰, o direito de assegurar a ge-

¹⁴⁹ O direito à menção do nome na obra encontra-se especialmente prevista no artigo 76.º, n.º 1, alínea a), e é reiterado nos artigos 97.º (edição da obra); 115.º, n.º 4 (representação cénica); 122.º, n.º 1 (recitação e execução); 134.º (projectão de filmes); 142.º (fixação fonográfica ou videográfica); 154.º (radiofusão audiovisual); 160.º, n.º 3 (reprodução de criações de artes plásticas, gráficas e aplicadas e design), 161.º, n.º 1 (estudos e projectos de arquitectura e urbanismo), 167.º, n.º 1 (obra fotográfica) e 171.º (tradução). Este direito pode funcionar como condição para a concessão de protecção contra a ilegítima reprodução da obra. O artigo 167.º, n.º 2, CDADC estabelece que só pode ser reprimida como abusiva a reprodução irregular “das fotografias em que figurem as indicações referidas, não podendo o autor, na falta destas indicações, exigir as retribuições previstas no presente Código, salvo se o fotógrafo provar má-fé de quem fez a reprodução” (vide o Ac. TRC, de 10 de Maio de 2011 [Processo: 312/10.5TBVIS.C1] e o Ac. TRG, de 18 de Setembro de 2012 [Processo: 4683/10.5TBGM.R.G1]). Sobre a menção do nome do autor como elemento probatório da autoria, LUÍS DE MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor*, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 152. Considerando-a antes uma presunção de titularidade de direito de autor, ALBERTO DE SÁ E MELLO, *Contrato de direito de autor: a autonomia contratual na formação do direito de autor*, Almedina, Coimbra, 2008, pág. 61. Autonomizando o direito ao anonimato, vide JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *A estrutura do direito de autor no ordenamento jurídico português*, AAFDL, Lisboa, 1992, págs. 22 e ss. ALBERTO DE SÁ E MELLO, *Contrato de direito de autor: a autonomia contratual na formação do direito de autor*, Almedina, Coimbra, 2008, pág. 534, e já antes, pág. 165, que nas obras anónimas o criador não renuncia à menção da designação, sem prejuízo da responsabilidade contratual em que eventualmente ocorra. No mesmo sentido, LUIZ FRANCISCO REBELLO, *Introdução ao Direito de Autor*, Dom Quixote, Lisboa, 1994, pág. 165. Na jurisprudência, veja-se o Ac. STJ, de 26 de Setembro de 2013 [Processo: 5509/09.8TVLSB.L1.S1].

¹⁵⁰ Ao direito de reivindicar a paternidade da obra referem-se os artigos 9.º, n.º 3 (conteúdo do direito de autor) e 56.º, n.º 1 (definição dos direitos morais). Entende LUÍS DE MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor*, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 152 que, sendo um direito que compete a quem seja titular do direito de autor, que pode ou não ser o criador intelectual, no caso de obra feita sob encomenda ou por conta de outrem, em que o direito de autor seja atribuído ao comitente (artigo 14.º, n.º 3), ou no caso de obra feita em colaboração, em que o direito de autor seja atribuído apenas a alguns dos colaboradores (artigo 17.º, n.º 3), o criador intelectual não terá direito a reivindicar a paternidade da obra, em desconformidade com o que foi convencionado, uma vez que os direitos de autor sobre a mesma não lhe foram atribuídos. Em sentido contrário, LUIZ FRANCISCO REBELLO, *Introdução ao Direito de Autor*, Dom Quixote, Lisboa, 1994, pág. 164. Hesitante JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, págs. 111-112. Este direito é exercido perante situações em que a autoria não é conhecida, ou é contestada ou se encontra a ser abusivamente invocada por outrem. Nos termos do artigo 30.º 1, CDADC, “aquele que divulgar ou publicar uma obra com o consentimento do autor, sob nome que não revele a identidade deste ou anonimamente, considera-se representante do autor, incumbindo-lhe o dever de defender perante terceiros os respectivos direitos, salvo manifestação de vontade em contrário por parte do autor”. Note-se, todavia, que nos termos do n.º 2, o autor pode a todo o tempo revelar a sua identidade e a autoria da obra, cessando a partir desse momento os poderes de representação referidos no número precedente.

A vertente negativa deste direito é a faculdade de repudiar a autoria de obras que sejam indevidamente atribuídas ao autor. O artigo 60.º, n.º 3, CDADC prevê expressamente essa possibilidade em relação a obras de arquitectura que tenham sido modificadas sem o consentimento dos autores. O artigo 196.º, n.º 1, tipifica o crime de contrafacção para “quem utilizar, como sendo criação ou prestação sua, obra, prestação de artista, fonograma, videograma ou emissão de radiodifusão que seja mera reprodução total ou parcial de obra ou prestação alheia, divulgada ou não divulgada, ou por tal modo semelhante que não tenha individualidade própria” e o 202.º, n.º 1, CDADC, prevê que: “Se apenas for reivindicada a paternidade da obra, pode o tribunal, a requerimento do autor, em vez de ordenar a destruição, mandar entregar àquele os exemplares apreendidos, desde que se mostre possível, mediante adição ou substituição das indicações referentes à sua autoria, assegurar ou garantir aquela paternidade”. Sobre o crime de contrafacção, vide o Ac. STJ, de 29 de Abril de 2010 [Processo: 3501/05.0TBOER.L1.S1].

nuinidade e integridade da obra¹⁵¹, o direito de efectuar modificações na obra¹⁵² e

¹⁵¹ Ao direito de assegurar a genuinidade e integridade da obra referem-se os artigos 9.º, n.º 3 e 56.º, n.º 1. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, pág. 180, fala, sincopadamente, em actos que atinjam a obra ou o autor. Não são, naturalmente todas e quaisquer violações que são consideradas violações da integridade da obra, mas apenas aquelas que prejudiquem a obra ou atinjam a honra ou reputação do autor. O autor insiste no carácter ético do direito à integridade. Este direito visa, essencialmente, evitar a destruição da obra, o que se revela particularmente importante nas obras de exemplar único. Cfr. LUÍS DE MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor*, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 154. O quadro normativo é claro a este respeito. Desde logo, o artigo 15.º, n.º 2, estabelece que: “A faculdade de introduzir modificações na obra depende do acordo expresso do seu criador e só pode exercer-se nos termos convencionados”. O artigo 59.º, n.º 1, CDADC, já no capítulo sobre os direitos morais, determina que “não são admitidas modificações da obra sem o consentimento do autor, mesmo naqueles casos em que, sem esse consentimento, a utilização da obra seja lícita”. O n.º 2 prevê, especificamente, que nas colectâneas destinadas ao ensino são permitidas as modificações que a finalidade reclama, mas sob condição de não se lhes opor o autor. O artigo 93.º CDADC, com grande importância actual, estabelece que, alvo por opção ortográfica de carácter estético do autor, “não se considera modificação a actualização ortográfica do texto em harmonia com as regras oficiais vigentes”. O editor de dicionários, enciclopédias ou obras didácticas pode, depois da morte do autor, e nos termos do artigo 95.º, n.º 1, actualizá-las ou completá-las mediante notas, adendas, notas de pé de página ou pequenas alterações de texto. Estas actualizações e alterações devem ser devidamente assinaladas sempre que os textos respectivos sejam assinados ou contenham matéria doutrinal. O artigo 169.º CDADC prevê que “a tradução, arranjo, instrumentação, dramatização, cinematização e, em geral, qualquer transformação da obra só podem ser feitos ou autorizados pelo autor da obra original”, que deve ser dada por escrito e não comporta concessão de exclusivo, salvo estipulação em contrário. O beneficiário da autorização deve respeitar o sentido da obra original, embora, na medida exigida pelo fim a que o uso da obra se destina, seja lícito proceder a modificações que não a desvirtuem. Também o editor pode “exigir do tradutor as modificações necessárias para assegurar o respeito pela obra original e, quando esta implicar determinada disposição gráfica, a conformidade do texto com ela; caso o tradutor não o faça no prazo máximo de 30 dias, o editor promoverá, por si, tais modificações”, nos termos do artigo 172.º, n.º 3. Ver ANTÓNIO VITORINO e CLÁUDIA MARTINS, “Contrato de tradução e outros contratos de transformação da obra”, em *Contratos de direito de autor e de direito industrial*, org. por CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, LUÍS COUTO GONÇALVES e CLÁUDIA TRABUCO, Almedina, Coimbra, 2011, págs. 305 e ss.

O projecto arquitectónico é especialmente vulnerável. Daí que, nos termos do artigo 60.º CDADC, o autor de projecto de arquitectura ou de obra plástica executada por outrem e incorporada em obra de arquitectura tenha o direito de fiscalizar a sua construção ou execução em todas as fases e pormenores, de maneira a assegurar a exacta conformidade da obra com o projecto de que é autor. O artigo 60.º, n.º 2, estabelece que: “Quando edificada segundo projecto, não pode o dono da obra, durante a construção nem após a conclusão, introduzir nela alterações sem consulta prévia ao autor do projecto, sob pena de indemnização por perdas e danos”. Não havendo acordo, pode o autor repudiar a paternidade da obra modificada, ficando vedado ao proprietário invocar para o futuro, em proveito próprio, o nome do autor do projecto inicial. Neste caso, entendem que o arquitecto não adquire direito a indemnização, LUÍS DE MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor*, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 156, e JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, pág. 187. Em sentido contrário, LUIZ FRANCISCO REBELLO, *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos Anotado*, Âncora, Lisboa, anot. ao artigo 60.º, defende que se o autor do projecto, consultado sobre as alterações não lhe der o seu acordo, mas apesar disso elas forem introduzidas pelo dono da obra, poderá aquele repudia-la e não será lícito a este invocar o nome do autor do projecto em seu proveito. Além disso, e nos termos gerais de direito, poderá, tal como no caso da falta de prévia consulta, exigir do proprietário indemnização por perdas e danos. Para uma perspectiva geral desta temática, vide MARIA VICTÓRIA ROCHA, “Obras de arquitectura como obras protegidas pelo Direito de Autor” em *Contratos de direito de autor e de direito industrial*, org. por CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, LUÍS COUTO GONÇALVES e CLÁUDIA TRABUCO, Almedina, Coimbra, 2011, págs. 176 e ss.

¹⁵² Do artigo 59.º, n.º 1 resulta ser reservada ao autor a faculdade de realizar modificações na obra, alterando a sua configuração original. Cfr. LUÍS DE MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor*, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 156. O artigo 58.º estabelece que: “Quando o autor tiver revisto toda a sua obra, ou parte dela, e efectuado ou autorizado a respectiva divulgação ou publicação ne varietur, não poderá a mesma ser reproduzida pelos seus sucessores ou por terceiros em qualquer das versões anteriores”.

É controverso se a faculdade de efectuar modificações na obra cabe ao autor, seja este ou não o criador intelectual. Em sentido afirmativo, LUÍS DE MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor*, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 157, considerando que no caso de a obra ser realizada sob encomenda ou por conta de outrem, se os direitos sobre a mesma forem atribuídos ao empregador ou comitente, será este que naturalmente lhe poderá efectuar modificações. Em sentido contrário, LUIZ FRANCISCO REBELLO, *Introdução ao Direito de*

o direito de acesso à mesma¹⁵³.

Ao contrário do direito patrimonial de autor, que será, em princípio, de considerar bem comum segundo as regras gerais do regime patrimonial a que os cônjuges estão sujeitos¹⁵⁴, o direito pessoal de autor é inalienável, irrenunciável, imprescritível e – nos termos do artigo 1733.º, n.º 1, alínea c), CC – *incomunicável*. Quanto ao direito patrimonial de autor, na medida em que ainda mantém uma ligação íntima ao direito moral de autor, e é capaz de condicionar o seu exercício, a doutrina vem advertindo para a necessidade de o excluir das regras gerais da comunhão¹⁵⁵.

c) *Os objectos de uso pessoal e as recordações de diminuto valor económico*

Em terceiro lugar, destacaremos a alínea f), do artigo 1733.º, que considera como bens comunicáveis “os vestidos, roupas e objectos de uso pessoal e exclusivo de cada um dos cônjuges, bem como os seus diplomas e a sua correspondência”¹⁵⁶. Como nos dizem

Autor, Dom Quixote, Lisboa, 1994, pág. 168, invocando o artigo 15.º, n.º 2, sustenta que é sempre ao criador intelectual que compete autorizar as modificações na obra, mesmo quando o direito de autor não lhe seja atribuído.

A doutrina aceita que nada impede o autor de autorizar a modificação da obra por terceiros. LUÍS DE MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor*, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 157; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, pág. 190 (reiterando a base ética do direito de modificação); ALBERTO DE SÁ E MELLO, *Contrato de direito de autor: a autonomia contratual na formação do direito de autor*, Almedina, Coimbra, 2008, págs. 540 e ss.

¹⁵³ Implícito no artigo 159.º, n.º 1: “A reprodução das criações de artes plásticas, gráficas e aplicadas, design, projectos de arquitectura e planos de urbanização só pode ser feita pelo autor ou por outrem com a sua autorização”. Segundo LUÍS DE MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor*, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 158, este é um direito particularmente importante nas obras de exemplar único ou raro. Nas obras de artes plásticas, como a pintura ou a escultura, o autor pode ter necessidade de aceder à obra para efectuar reproduções, que, de outro modo, não seriam possíveis.

¹⁵⁴ Nesse sentido, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, págs. 149-150; LUÍS DE MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor*, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 173: “A situação de comunhão no direito de autor não representa, no entanto, a atribuição da co-autoria ao outro cônjuge, nem lhe permite exercer qualquer direito pessoal de autor, sendo apenas uma comunhão nos direitos patrimoniais”. Em qualquer caso, a administração dos direitos de autor pertence em exclusividade ao cônjuge autor, nos termos do artigo 1678.º, n.º 2, alínea b) CC); e LUIZ FRANCISCO REBELLO, *Introdução ao Direito de Autor*, Dom Quixote, Lisboa, 1994, págs. 121-122: que, depois de uma descrição histórica da situação do direito de autor no regime de bens da sociedade conjugal, termina escrevendo: “o que se comunica é, evidentemente, apenas o conteúdo patrimonial do direito. As faculdades de natureza pessoal nele compreendidas mantêm-se integralmente na exclusiva titularidade do cônjuge autor”.

¹⁵⁵ ALFREDO DE GREGORIO, “Contributo ad uno studio sulla natura del diritto d’autore”, *Riv. dir. comm.* 8 (1910), pág. 779, sublinha que a protecção conferida por uma norma jurídica a uma relação de conteúdo económico não raro implica uma protecção a personalidade, considerada uma sua explicitação relativa a essa mesma relação. PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pág. 536, consideram que a aplicação das regras gerais da comunhão ao direito patrimonial de autor poderia levar a alguma constrição do poder de livre decisão do autor. Assim, na lição dos autores, se o direito patrimonial fosse um bem comum, administrado pelo autor, este teria legitimidade para o alienar (nos termos do artigo 1682.º, n.º 2); mas a alienação gratuita, ou a renúncia, poderia gerar uma pretensão, por parte do cônjuge, de que o valor económico do direito fosse levado à conta da meação do autor no património comum (cfr. o artigo 1682.º, n.º 4). E quando o autor, usando de uma faculdade claramente inscrita no seu direito moral, destruisse completamente a obra, poderia também levantar o problema da responsabilidade por um acto intencionalmente praticado em prejuízo do casal, nos termos do artigo 1681.º, n.º 1. Estas consequências eventuais limitariam a extrema liberdade que se costuma reconhecer à posição jurídica do autor.

¹⁵⁶ Veja-se WEBB KEANE, “Signs Are Not the Garb of Meaning: in the Social Analysis of Material Things”, in DANIEL MILLER (ed.), *Materiality*, Duke University Press, Durham and London, 2005, págs. 184 e ss., sobre o significado das roupas.

PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA¹⁵⁷, “*é a afectação estritamente individual dos bens que justifica a incomunicabilidade*” destes bens. O uso exclusivo destes bens por cada cônjuge¹⁵⁸, a ligação íntima que o usuário tem com eles, o valor afectivo e simbólico das roupas e dos adornos, são as razões compreensíveis da incomunicabilidade. Na fórmula “*outros objectos de uso pessoal*” não-de incluir-se o diário, enquanto objecto da irreduzível esfera pessoal do seu titular¹⁵⁹, o telemóvel, o computador ou o *tablet* pessoal, os óculos, o relógio e as jóias, para darmos alguns exemplos.

Este regime impõe-se com preferência a outros. Assim, se um cônjuge adquirir

¹⁵⁷ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado IV* (2.ª edição), Coimbra Editora, Coimbra, 1992, anot. ao artigo 1733.º, pág. 443, 5. Já na época da reconquista, em muitos *fueros* se dispunha que ao cônjuge sobrevivente fossem adjudicados, por exemplo, os seus vestidos de uso, ou a sua montada, a título de *mejora*. Cfr. PAULO MERÊA, *Evolução dos regimes matrimoniais II*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1913, pág. 92 e ss.

¹⁵⁸ PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pág. 539, sublinham que os instrumentos de trabalho – que são apenas objecto de um uso profissional – não são incomunicáveis por força da lei (embora se possa prever a sua incomunicabilidade por convenção antenupcial), isto é, têm a qualidade de bens próprios ou de bens comuns, de acordo com as regras gerais do regime de bens do casamento. A ligação, e a continuidade da ligação, entre um cônjuge e essa categoria de bens é tutelada pela atribuição de poderes exclusivos de administração ao cônjuge usuário (1678.º, 2, e) e pela atribuição preferencial desses bens no momento da partilha (1731.º). Vide, ainda, CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil VI*, Coimbra, Coimbra Editora, 1932, pág. 380

¹⁵⁹ No domínio de *um concreto diário*, existem elementos que constituem manifestações exclusivas do domínio interno da consciência de um indivíduo, mas também descrições de concretas situações da vida que se reportam a um domínio que contende com a esfera “*da vida em relação*”. Sobre os diários como elemento de prova, veja-se os casos *Morrison v. United States*, 1958, primeiro caso dos diários (de 1964), e o Acórdão do Tribunal Constitucional Federal alemão, de 14 de Setembro de 1989, tirado na sequência do Acórdão do BGH, de 9 de Julho de 1987, (o segundo caso dos diários, *NJW*, 1990, p. 563 a 566), em função da queixa constitucional (“*Verfassungsbeschwerde*”) que veio decidir sobre a alegação do arguido que *ai sustentou que a valoração dos seus diários atentava contra o artigo 2 I em conjugação com o artigo 1 I da Lei Fundamental (Grundgesetz – GG), uma vez que, “pelo seu teor, os textos pertenciam ao âmbito nuclear protegido da esfera privada, intocável em qualquer circunstância”*.

Sobre a possibilidade de valoração, como meio de prova da existência de indícios dos factos integrantes dos crimes de abuso sexual de crianças imputados ao arguido e dos pressupostos estabelecidos no CPP para a aplicação da medida de coacção de prisão preventiva, *dos diários apreendidos em busca domiciliária judicialmente decretada*, e cuja legalidade formal ou procedimental não é posta em causa, decidiu o Acórdão TC n.º 607/03 [Relator: SILVA RODRIGUES], de 5 de Dezembro.

Os registos concretos do diário do arguido podem integrar, ou não, o domínio da esfera íntima do seu titular. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, págs. 94-96, apresenta uma teoria patente na elaboração jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal alemão, que distingue três áreas ou esferas na vida privada, segundo a proximidade em relação ao círculo extremado da intimidade e, por isso, ao carácter mas ou menos contínuo e absoluto da respectiva tutela jurídica: “*Em primeiro lugar, está a esfera da intimidade, área nuclear, inviolável e intangível da vida privada, protegida contra qualquer intromissão das autoridades ou dos particulares e, por isso, subtraída a todo o juízo de ponderação de bens ou interesses. O que significa a proibição radical e sem excepções de todas as provas que contendam com este círculo: ‘Na determinação do conteúdo e extensão do direito fundamental (..) há-de ter-se presente que, de acordo com a norma fundamental do artigo 1º, n.º 1, da Lei Fundamental, a dignidade do homem é inviolável (..). Nem sequer os interesses superiores da comunidade podem justificar uma agressão à área nuclear da conformação privada da vida, que goza duma protecção absoluta. Uma ponderação segundo o critério do princípio de proporcionalidade está aqui fora de causa’*”. Para além deste núcleo central da intimidade, “*estende-se a área normal da vida privada, também ela projecção, expressão e condição do livre desenvolvimento da personalidade ética da pessoa. E, nessa medida, erigida em autónomo bem jurídico pessoal e como tal protegido tanto pela Constituição como pelo direito ordinário. Trata-se, porém (..) de um bem jurídico que não pode perspectivar-se absolutamente isolado dos compromissos e vinculações comunitárias e, nessa medida, inteiramente a coberto da colisão e ponderação dos interesses. O seu sacrifício em sede de prova estará, por isso, legitimado sempre que necessário e adequado à salvaguarda de valores ou interesses superiores, respeitadas as exigências do princípio da proporcionalidade. Em terceiro e último lugar, “é possível referenciar a extensa e periférica vida de relação em que, apesar de subtraída ao domínio da publicidade, sobreleva de todo o modo a funcionalidade sistémico-comunitária da própria interacção (..)”*”.

um bem destes com dinheiro ou valores próprios, não precisa de cumprir as exigências da sub-rogação real do artigo 1723.º para que o bem adquirido não seja comum e seja considerado próprio. E se um cônjuge usar dinheiro ou valores do património comum na aquisição, o bem adquirido não é comum apesar de ter sido adquirido a título oneroso e de vir substituir os valores comuns utilizados¹⁶⁰.

A solução da incomunicabilidade mantém-se ainda que os bens adquiridos, embora satisfaçam apenas os interesses de vestuário e adorno do cônjuge, ultrapassem o padrão de vida do casal¹⁶¹. A lei não exigiu que as roupas e os objectos de uso pessoal tivessem um valor económico modesto, solução aplaudida por PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA¹⁶², porque “*em casais de recursos elevados estes bens de uso corrente podem ser muito valiosos sem deixar de merecer a qualificação de bens incomunicáveis, em atenção ao vínculo com o cônjuge que os usa, aos sentimentos que simbolizam ou às tradições sociais que cumprem*”.

Por último, destacamos o artigo 1733.º, n.º 1, alínea g), que estabelece a incomunicabilidade das *recordações de família de diminuto valor económico*. Estas recordações são bens normalmente adquiridos a título gratuito e que, portanto, já seriam bens próprios no regime da comunhão de adquiridos, mas por esta disposição são considerados imperativamente próprios em qualquer regime de comunhão. Segundo PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA¹⁶³, está em causa, desde logo, “*o valor estimativo pessoal que as recordações familiares*” possuem para um dos cônjuges. A razão deste regime está, obviamente, no valor sentimental que acompanha as recordações, qualquer que fosse o seu valor: a norma restringe-se às coisas com diminuto valor económico. Esta restrição do regime está de acordo com alguma desvalorização da família sanguínea em favor da família conjugal que se reconhece na lei vigente. Da mesma forma que o cônjuge é herdeiro e pode, assim, herdar bens da família do outro, também se poderão comunicar bens da família de um cônjuge que tenham expressão económica para o casal. Como nos dizem PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA¹⁶⁴, seguindo TERRÉ e SIMLER, a razão deste regime está “*no valor sentimental que acompanha as recordações, de geração em geração, como se cada titular fosse apenas um fiduciário*”.

Em conclusão, o artigo 1733.º CC, ao elencar um conjunto de bens estritamente pessoais¹⁶⁵, reconhece a ligação profunda de certos objectos ao seu titular e

¹⁶⁰ Já não será assim se a aquisição dos adornos ou acessórios representa um investimento de capital (por exemplo, através da aquisição de relógios ou jóias), pois, neste caso, cessam as razões da incomunicabilidade. Cfr. PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, 4.ª edição, pág. 540.

¹⁶¹ PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família I*, 4.ª edição, pág. 540. As dúvidas justificam-se, principalmente, quando for o património comum a suportar a despesa, como se se tratasse de um encargo vulgar da vida doméstica. Poder-se-ia ponderar o recurso a uma compensação em favor do património comum, que evitasse o locupletamento do cônjuge adquirente. Porém, as dificuldades de contabilizar esses créditos, em transacções frequentes e de contornos indefinidos, aliadas ao facto de se poder esperar uma espécie de compensação em conta-corrente, feita pelo outro cônjuge que cometa igualmente umas extravagâncias, levará a considerar o bem como próprio sem compensação do património comum.

¹⁶² PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família I*, 4.ª edição, pág. 541.

¹⁶³ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado IV* (2.ª edição), Coimbra Editora, Coimbra, 1992, anot. ao artigo 1733.º, pág. 443, 5.

¹⁶⁴ PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família I*, 4.ª edição, pág. 541.

¹⁶⁵ São ainda incomunicáveis os bens deixados ou doados com a cláusula de reversão (artigo 960.º) ou com a cláusula fideicomissária (962.º e 2286.º), embora nestes casos a protecção não vise o donatário ou o sucessor em si, mas antes seja dirigida ao doador ou a um terceiro, o adquirente último.

tutela-os através de uma rígida incomunicabilidade¹⁶⁶. Qualquer que seja o regime de bens, e independentemente de ter sido ou não celebrada convenção antenupcial, o legislador considera-os como irredutivelmente próprios, vinculados à titularidade própria de cada cônjuge. Mas essa ligação é também assumida no nosso ordenamento jurídico relativamente à casa de morada e determina irremediavelmente a tutela que lhes é conferida pelo legislador. É o que demonstraremos a seguir.

O artigo 962.º permite ao doador estipular a reversão da coisa doada no caso de o donatário falecer antes doador, ou de falecerem, além do donatário, todos os descendentes deste. Pretende-se evitar que os bens doados passem, em vida do doador, para estranhos, em consequência do predececho do donatário e seus descendentes. Cfr. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado II*, 3.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1986, anotação ao artigo 962.º, 2, pág. 286. Na cláusula fideicomissária, o testador ou doador impõe ao herdeiro instituído, ao legatário nomeado ou ao donatário (fiduciários), o encargo de conservar a herança, o legado ou o bem doado, para que eles evirtam, por morte de tais beneficiados, a favor de outrem, o fideicomissário. A substituição fideicomissária está regulada nos artigos 2286.º a 2296.º do CC e constitui uma forma de vocação sucessiva, pois, até à morte do fiduciário, o fideicomissário não tem mais do que uma expectativa sucessória sem qualquer direito subjectivo actual ao património sucessório. Cfr. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pág. 220, nota 520. O artigo 962.º CC admite a substituição fideicomissária nas doações e manda aplicar-lhes o regime dos artigos 2286.º e ss. A expressão “reverter” utilizada pelo legislador (e que se distingue do artigo 1866.º do Código de Seabra, que estabelecia como encargo do fiduciário transmitir a herança ou o legado) reforça que não há nenhuma transmissão operada pelo fiduciário para o fideicomissário e que com a morte do fiduciário a herança ou o legado devolve-se imediata e automaticamente para o fideicomissário, por força unicamente da vontade testamentária. Daí que o fideicomissário deva ter capacidade e legitimidade face ao autor da sucessão, que já não perante o fiduciário. O fiduciário é alguém que merece a confiança pessoal do autor da sucessão ou do doador, para o gozo e a conservação dos bens sujeitos ao fideicomisso. E será apenas um proprietário periódico e limitado, não podendo alienar ou onerar os bens senão nas circunstâncias excepcionais dos artigos 2291.º, 1 e 2. Pode parecer que a incomunicabilidade não interessa no regime da comunhão de adquiridos, porque os bens são recebidos a título gratuito (doados ou deixados) e, portanto, sempre seriam bens próprios de acordo com as regras gerais. Mas mesmo aqui o regime tem o valor de afastar toda a estipulação em contrário que os nubentes quisessem fazer em convenção antenupcial. A incomunicabilidade é imperativa. Esta alínea b) é apenas um corolário da aceitação, pelo nosso direito, das cláusulas de reversão e fideicomissárias. Cfr. PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pág. 534. Para que esta reversão seja possível, é necessário que o bem permaneça no património próprio do beneficiário; de facto, se o bem entrasse para o património comum do primeiro beneficiário só a metade que a este competia ficaria livre para reverter para o último beneficiário; ou poderia pretender-se que o bem, enquanto comum, deveria ficar sujeito à partilha normal e, eventualmente, vir a pertencer por inteiro ao cônjuge do primeiro beneficiário. Neste sentido, cfr. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado IV* (2.ª edição), Coimbra Editora, Coimbra, 1992, anot. ao artigo 1733.º, pág. 442, 3.

¹⁶⁶ Com uma menor densidade, em termos de radical subjectivo, o legislador português exceptuou da comunhão, apenas supletivamente, quer *os bens doados pelos cônjuges um ao outro* (artigo 1764.º, n.º 2), quer *os bens doados pelos esposados um ao outro* (artigo 1757.º). A regra que afirma a incomunicabilidade dos bens doados por um dos cônjuges ao outro é, nos ensinamentos de PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, “a que melhor exprime a vontade normal dos contraentes, designadamente a do autor da liberalidade”, ao passo que a natureza dos bens transmitidos por um dos esposados ao outro reflecte “o facto de um dos nubentes doar certos bens ao outro e vir, acto contínuo, a receber o direito a metade dos mesmos bens, através da sua participação na comunhão, não podia, de modo nenhum, corresponder à vontade real dos contraentes, nomeadamente às do próprio doador”. Cfr. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado IV* (2.ª edição), Coimbra Editora, Coimbra, 1992, anot. ao artigo 1764.º, pág. 492, 2, e anot. ao artigo 1757.º, pág. 470, 2, no seguimento de FERNANDO PESSOA JORGE, *Doações para casamento – doações entre casados* (Anteprojecto de dois capítulos do futuro Código Civil), Lisboa, 1963, pág. 30. Para uma evolução histórica, vide PAULO TEIXEIRA PINTO, “As doações para casamento na história do Direito Português”, *Revista Jurídica da AAFDL* 1 (1985), págs. 59 e ss.

Note-se que o Ac. TRP, de 23 de Junho de 1994, [Processo: 9341095] decidiu que: “É válida, como doação para casamento, a doação recíproca, efectivada entre noivos, em vista do seu casamento, por escritura pública, no domínio do Código Civil de 1867. II – Uma tal doação deve considerar-se como fazendo parte da escritura antenupcial, mesmo que não seja feita qualquer outra escritura por os cônjuges adoptarem o regime supletivo de bens”.

4. A protecção da casa de morada

A casa é um espaço de segurança, privacidade e liberdade¹⁶⁷, enquanto desempenha simultaneamente uma função de abrigo e de elemento promotor do crescimento e do desenvolvimento da personalidade *individual*. É território que satisfaz um conjunto de necessidades *emocionais*: lugar de auto-expressão do *indivíduo*, mas também o contexto mais apropriado para o recato e desenvolvimento *da família e da vida familiar*, garante um sentimento de pertença, enraizamento e continuidade¹⁶⁸, e funciona como o centro de todas as outras redes sociais do indivíduo. A casa de morada está, pois, inelutavelmente, associada à identidade pessoal, reflectindo o modo como as pessoas se vêem e como querem ser vistas pelos outros¹⁶⁹, constituindo, numa perspectiva psicanalítica, identidade, ou seja, a casa é um símbolo do “eu”¹⁷⁰.

A protecção da casa enquanto “castelo” do seu dono¹⁷¹, contra interferência de terceiros, e também do próprio Estado, está consagrada constitucionalmente no artigo 34.º da CRP¹⁷², na medida da protecção do *domicílio* e no seu *núcleo de coincidência*. A entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstos na lei. Ainda assim, salvo em situação de flagrante delito ou mediante autorização judicial em casos de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, incluindo o terrorismo e o tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes, e nos termos previstos na lei, ninguém, pode entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento¹⁷³.

¹⁶⁷Veja-se DANIEL MILLER, “Behind Closed Doors”, in DANIEL MILLER (ed.), *Home Possessions: Material Culture Behind Closed Doors*, Oxford, Berg, 2001, pág. 1, para uma (re)compreensão da casa como uma rota de análise social e cultural.

¹⁶⁸Veja-se, por todos, LORNA FOX, “The Meaning of Home: a Chimerical Concept or a Legal Challenge?” *L.L. & Soc’y* 29 (2002), pág. 592.

¹⁶⁹Veja-se BENJAMIM BARROS, “Home as a Legal Concept”, *Santa Clara L. Rev.* 46 (2005), pág. 279, e toda a doutrina aí citada.

¹⁷⁰Diz-nos LORNA FOX, “The Meaning of Home: a Chimerical Concept or a Legal Challenge?” *L.L. & Soc’y* 29 (2002), pág. 598, que, depois do corpo, a casa é vista como a mais poderosa extensão da mente. PATRICK O’CALLAGHAN, *Refining Privacy in Tort Law*, Springer, Berlim/Heidelberg, 2013, págs. 74 e ss, sobre a importância concedida pelo homem à casa. Sobre a casa como elemento de privacidade, ARTHUR GLASS, “Privacy and Law”, in HARRY BLATTERER, PAULINE JOHNSON e MARIA M. MARKUS (eds.), *Modern Privacy: Shifting Boundaries, New Forms*, Palgrave Macmillan, 2010, pág. 62. É certo que temos de considerar o alerta dado por BENJAMIM BARROS, autor que muito se destaca na análise da problemática jurídica da casa de morada, quando chama a atenção, em primeiro lugar, para o facto de muitos valores pessoais associados com a casa serem ambulatorios, e, em segundo lugar, poder haver um exagero na ligação pessoal do indivíduo com uma determinada casa. Cfr. D. BENJAMIM BARROS, “Home as a Legal Concept”, *Santa Clara L. Rev.* 46 (2005), pág. 280. Ainda assim, o contexto psicológico da casa requer um especial balanceamento entre o interesse na casa de morada e os interesses concorrentes.

¹⁷¹Existe consenso cultural de que a casa de um homem é o seu castelo, tal como foi afirmado no *Semayne’s Case*, Eng. Rep. 77 (1604), 195 (K.B.). D. BENJAMIM BARROS, “Home as a Legal Concept”, *Santa Clara L. Rev.* 46 (2005), págs. 263 a 266, dá-nos conta da evolução da ideia de que “a casa do homem é o seu castelo, excepto contra o governo” para “a casa do homem é o seu castelo, especialmente contra o governo”.

¹⁷²Cfr., para um percurso histórico, o Título LXXIII das Ordenações Afonsinas, os artigos 5º da Constituição de 1822 (“a casa de todo o Português é para ele um asilo”), 145º, § 6º, da Carta Constitucional (“todo o Cidadão tem em sua Casa um asilo inviolável”), 16º da Constituição de 1838 (“a casa do Cidadão é inviolável”), 15º, n.º 3, da Constituição de 1911 (“é garantida a inviolabilidade do domicílio”) e 8º, n.º 6, da Constituição de 1933 (“constituem direitos e garantias dos cidadãos portugueses a inviolabilidade do domicílio, nos termos que a lei determinar”).

¹⁷³Na perspectiva da tutela penal, o artigo 190.º do CP criminaliza a violação de domicílio ou perturbação da vida privada. Recolhamos dos ensinamentos de MANUEL DA COSTA ANDRADE, anotação ao artigo 190.º, em FIGUEIREDO DIAS (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, 2.ª edição,

O direito à inviolabilidade do domicílio pode entender-se, segundo GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA¹⁷⁴, como “um direito à liberdade da pessoa”, relacionado “com o direito à inviolabilidade pessoal”, considerando-se “o domicílio como projecção espacial da pessoa”. O domicílio representa, pois, um círculo de intimidade, fornecendo um contexto de privacidade e segurança¹⁷⁵.

Tem sido sentida pela doutrina alguma dificuldade na definição rigorosa do *objecto* de inviolabilidade do domicílio. Tendo em conta o sentido constitucional deste direito, tem de entender-se por *domicílio* desde logo o local onde se habita, a habitação, seja permanente, seja eventual, seja principal ou secundária¹⁷⁶, não se restringindo ao

Coimbra Editora, 2012, págs. 1000 e ss, que o legislador português consagrou uma solução jurídico-penal consonante com a radical heterogeneidade de sentidos que contrapõe a inviolabilidade do domicílio à dos demais espaços vedados ao público, e considera o artigo 190.º como “*directamente comprometido com a salvaguarda da área de reserva pessoal contra as acções de devassa sob a forma de acesso indevido ao espaço normal de representação e exercício da privacidade/intimidade*”. Na descrição do bem jurídico protegido, o autor indica que “*a incriminação da violação do domicílio obedece a um programa político-criminal que, acolhendonos à formulação do Tribunal Constitucional alemão, poderíamos traduzir por ‘entrincheiramento (Abschirmung) da esfera privada do ponto de vista espacial (in räumlicher Hinsicht)’ (BVerfGE 97, 228). O bem jurídico protegido é a privacidade/intimidade em sentido formal. Mais precisamente, ‘a esfera da privacidade e de segredo espacialmente limitada’ (RUDOLPHI, SK § 123 3). Para uma melhor compreensão da densidade teológico-axiológica do bem jurídico (e reflexamente do sentido da danosidade social dos atentados tipicamente relevantes) importa sublinhar uma dupla referência: por um lado, ao valor matricial da dignidade humana; e, por outro lado, ao espaço físico*”. O autor qualifica o crime de violação de domicílio na categoria dos delitos de indiscrição: “*De específico apenas a circunstância de a devassa incidir sobre um espaço densificado de emoção e segredo e ocupado por ‘coisas’ que a pessoa quer guardar para si. Dito com FECHNER, ‘a habitação é o pedaço mais visível do espaço reservado ao indivíduo’. O bem jurídico analisa-se, assim, numa dupla dimensão formal (a ultrapassagem de um espaço fisicamente assegurado e hoc sensu a violação da posição de domínio que confere ao portador concreto o direito de admitir e excluir); e uma dimensão material, correspondente aos valores ou interesses pertinentes à privacidade/intimidade*”. No mesmo sentido, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal*, Universidade Católica Editora, Lisboa, pág. 512, sintetiza que o bem protegido pelo crime de violação do domicílio é a privacidade de outra pessoa na sua vertente da *privacidade do lar*, isto é, de uma esfera privada espacial. Sobre a ligação do domicílio à tutela da vida privada, ver ainda JEAN RIVERO, *Les libertés publiques 2: Le regime des principales libertés*, 3.ª edição, PUF, 1983, págs. 75 e ss.

¹⁷⁴ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2007, pág. 541, V. No mesmo sentido, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2.ª edição, 2010, pág. 759.

¹⁷⁵ Todavia, como foi decidido no Acórdão TC n.º 364/06 [Relatora: MARIA HELENA BRITO], de 8 de Junho: *a natureza íntima ou privada dos actos praticados em certo local (nomeadamente os actos de natureza sexual (...)) não implica a qualificação do local em causa como domicílio*. Em sentido oposto, MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Anotação ao Acórdão n.º 364/2006, de 8 de Junho (Domicílio, intimidade e Constituição)” *RLJ* 3953 (2008), págs. 97 e ss, avança como teses que “*os quartos anexos a uma casa de alterne onde as prostitutas recebem, em privado os seus ‘clientes’ para a prática de actos sexuais configuram – ou, se se quiser, valem como – durante o tempo em que isso acontece, uma habitação ou um domicílio*” e, em segundo lugar, “*os actos sexuais entre prostitutas e os seus clientes – asserção que vale, a igual título e na mesma medida, para as pessoas envolvidas dos dois lados da relação de prostituição – pertencem à área nuclear e inviolável da intimidade. Uma área que goza de tutela absoluta, estando subtraída a qualquer juízo de ponderação, concretamente no âmbito e no interesse da investigação criminal*”.

¹⁷⁶ Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2007, anotação ao artigo 34.º, pág. 540, III. Sobre os limites do domicílio, veja-se o Acórdão TC n.º 67/97 [Relator: TAVARES DA COSTA], de 4 de Fevereiro, em que estava em causa a análise do n.º 1 do artigo 177.º do CPP (Busca domiciliária), nos termos do qual: “*A busca em casa habitada ou numa sua dependência fechada só pode ser ordenada ou autorizada pelo juiz e efectuada entre as 7 e as 21 horas, sob pena de nulidade*”. Estava em causa a determinação da expressão “*dependência fechada*”, saber se relativamente a uma garagem colectiva de um prédio são tão instantes os valores inerentes à teleologia da protecção da vida privada. O Tribunal deixou em aberto esta questão específica, mas em parecer junto aos autos, JORGE FIGUEIREDO DIAS e MANUEL DA COSTA ANDRADE concluíram: “*a) Nos termos e para os efeitos do n.º 1 do artigo 177.º do Código de Processo Penal deve considerar-se “dependência fechada” a garagem colectiva de um prédio, desde que fechada e de acesso reservado aos condóminos; b) Uma garagem deste tipo é um espaço privado, não relevando para a tutela processual penal do domicílio a circunstância de o arguido não dispor do espaço em causa de forma exclusiva (...)*” (sublinhado no original).

sentido civilístico¹⁷⁷, que restringe o domicílio à *residência habitual*, mas abrangendo igualmente as *habitações precárias*, como tendas, *roulottes*¹⁷⁸ ou embarcações e a *residência ocasional* (como o quarto do hotel)¹⁷⁹. Mais discutida tem sido a extensão da protecção do domicílio aos *locais de trabalho*¹⁸⁰ ou à *sede das pessoas colectivas*¹⁸¹.

¹⁷⁷ Nos termos do artigo 82º do Código Civil: “1. A pessoa tem domicílio no lugar da sua residência habitual; se residir alternadamente em diversos lugares, tem-se por domiciliada em qualquer deles. 2 – Na falta de residência habitual, considera-se domiciliada no lugar da sua residência ocasional ou, se esta não puder ser determinada, no lugar onde se encontra”. Comentando este preceito, escrevem PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, volume I, 4.ª edição, pág. 111, que a residência habitual não é a residência permanente, nem a residência ocasional. O preceito do n.º 2 é aplicável àqueles que, como certos vendedores ambulantes, artistas de circo, operários ou trabalhadores em certos empreendimentos, ciganos, etc., não têm paradeiro fixo. Também JOÃO DE CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, volume I, pág. 204, se refere expressamente ao domicílio, distinguindo-o do paradeiro. O *paradeiro* é o sítio onde uma pessoa singular em certo momento se encontra. A *residência* é um sítio preparado para servir de base de vida a uma pessoa singular. A residência habitual é o domicílio, como resulta do artigo 82º. Daí que, para ZENO VELOSO, “O domicílio no Direito Brasileiro, no Português e no Projecto de Código Civil do Brasil”, *Scientia Iuridica* 33 (1984), págs. 314-315, o domicílio seja a residência mais a intenção de ali ficar, estar, permanecer, embora esta estabilidade não se exija ao extremo da perpetuidade.

¹⁷⁸ Esta questão foi discutida no Acórdão TC n.º 452/89. O artigo 34.º da CRP foi chamado, pela primeira vez, num caso em que se discutia a constitucionalidade do artigo 81º, n.º 2, da Parte III (Serviço Territorial) do Regulamento Geral do Serviço da Guarda Nacional Republicana (GNR), aprovado pela Portaria n.º 722/85, de 25 de Setembro, onde se lia que “2 – Havendo suspeitas ou queixas de que tais grupos [nómadas] e caravanas, além de se dedicarem a actividades lícitas, intimidam as populações ou praticam regularmente danos nas propriedades, as patrulhas devem, tomadas as devidas medidas de segurança, efectuar buscas e revistas nas caravanas em trânsito ou nos locais onde aqueles permanecem, tendo especialmente em vista a detecção de armas não licenciadas e a recuperação de objectos ou animais furtados, tomando sempre nota da identidade dos principais chefes dos grupos”. Nesse dispositivo não se fazia depender as buscas não voluntariamente aceites de prévia determinação de autoridade judicial, nem mesmo se proibiam as buscas nocturnas, o que levava a admitir, que tivesse sido infringido o disposto no artigo 34º, n.ºs 1, 2 e 3, da CRP. Nas palavras do Tribunal, “ainda que se entendesse que o artigo 34º da CRP apenas protegia a inviolabilidade do domicílio na sua dimensão civilística, ainda assim, e relativamente a certas buscas previstas para os locais onde os grupos e caravanas de nómadas permanecessem, sempre se haveria de concluir que a norma do n.º 2 do artigo 81.º da Parte III do Regulamento da GNR, em determinado segmento, ofendia aquela garantia. Na verdade, certas componentes materiais dos grupos e caravanas de pessoas a que alude o artigo 81.º, ou seja, as componentes com vocação habitacional ainda que precária (caso, por exemplo, do habitáculo das auto-vivendas, roulottes, carroções e tendas), quando estacionadas ou armadas, constituem necessariamente o seu domicílio, beneficiando tais pessoas, aí verdadeiramente domiciliadas, e, por tal facto, da garantia constante do artigo 34.º da CRP”. Depois de um périplo pelas legislações estrangeiras e pela interpretação constitucional das normas, o Tribunal concluiu que: “os nómadas, seus titulares, não podem deixar de beneficiar então da garantia da inviolabilidade do domicílio, constitucionalmente consignada no artigo 34.º, n.ºs 1, 2 e 3, da CRP”.

¹⁷⁹ No mesmo sentido para o tipo objectivo da violação do domicílio, MANUEL DA COSTA ANDRADE, anotação ao artigo 190.º, em FIGUEIREDO DIAS (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2012, págs. 1012-1015, e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal*, Universidade Católica Editora, Lisboa, pág. 513.

¹⁸⁰ No sentido positivo, considerando a protecção do domicílio extensível, na medida do que seja equiparável, aos locais de trabalho, como os escritórios, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2007, anot. ao artigo 34.º, pág. 540, III. Em sentido contrário, excluindo que o direito à inviolabilidade do domicílio se possa estender a lugares não habitacionais ou à sede de pessoas colectivas, veja-se J. MARTINS DA FONSECA, “Conceito de domicílio, face ao artigo 34.º da Constituição da República”, in *RMP* 45 (1991), pág. 61.

¹⁸¹ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2007, anot. ao artigo 34.º, pág. 540, III, consideram muito duvidoso que a protecção da sede das pessoas colectivas ainda se enquadre no âmbito normativo constitucional da protecção do domicílio, porque, em princípio, “não está aqui em causa a esfera da intimidade privada e familiar em que se baseia a inviolabilidade do domicílio”. E na pág. 541, IV: “quanto às pessoas colectivas, a protecção que é devida às respectivas instalações (designadamente quanto à respectiva sede) contra devassas externas não decorre directamente da protecção do domicílio, de cuja justificação não compartilha, como se viu acima, mas sim do âmbito de protecção do direito de propriedade e de outros direitos que possa, ser afectados, como a liberdade de empresa, no caso das empresas, a liberdade de associação, no caso das associações, a liberdade de religião, no caso das igrejas, o direito à protecção de dados (no caso das empresas hospitalares ou de análises clínicas, ou de escritórios de advogados, etc.)”. Também

Um campo normativo onde a questão do domicílio tem sido particularmente importante é o das normas do Código de Processo Penal relativas a buscas ao domicílio¹⁸². O artigo 174.º do CPP, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro¹⁸³, estabelece no seu n.º 3 que as revistas e as buscas “*são autorizadas ou ordenadas por despacho pela autoridade judiciária competente, devendo esta, sempre que possível, presidir às diligências*”. O n.º 4, todavia, ressalvava destas exigências as buscas efectuadas por órgão de polícia criminal nos casos em que os visados consentissem, desde que o consentimento prestado ficasse, por qualquer forma, documentado (alínea b). O Tribunal Constitucional¹⁸⁴ foi chamado a responder à questão de saber se no caso das buscas a um domicílio, habitado por várias pessoas, bastava o consentimento de uma delas para a diligência ou se era necessário o consentimento de todas elas ou, em especial, do visado por uma medida de processo criminal. E o Tribunal, assentando na ideia de que “*o domicílio tem de se ver como uma projecção espacial da pessoa que reside em certa habitação, uma forma de uma pessoa afirmar a sua dignidade humana*” concluiu que: “*no caso de várias pessoas partilharem a mesma habitação, deva ser exigido o consentimento de*

MARTINS DA FONSECA, “Conceito de domicílio face ao artigo 34.º da Constituição da República”, *RMP* 45 (1991), págs. 6263, depois de aludir à referência que o n.º 2 do artigo 34.º faz ao “*domicílio dos cidadãos*”, e concluir que do mesmo estão forçosamente excluídas as pessoas colectivas, e à referência que o n.º 3 do mesmo artigo faz à “*noite*”, e concluir que do mesmo resulta que se quis proteger a intimidade do cidadão e a sua liberdade individual e familiar, é peremptório ao afirmar que “*as sedes das pessoas colectivas não são abrangidas pela garantia prevista na disposição em apreço. De anotar, em relação às pessoas colectivas, que aí nunca se pretende acautelar a privacidade do cidadão. Trata-se de direito de que uma pessoa colectiva não pode em caso algum ser titular*”. Vide, ainda, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário ao Código de Processo Penal*, 4.ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, págs. 501-502.

O Tribunal Constitucional foi chamado a decidir sobre o âmbito de protecção do artigo 34.º quanto ao princípio da reserva de juiz – e a conformidade a esta norma do artigo 17.º, n.ºs 1 e 2 da Lei n.º 18/2003, interpretados no sentido de conferirem competência ao Ministério Público para autorizar buscas à sede e domicílio profissional de pessoas colectivas – nos Acórdão TC n.º 593/08 [Relator: SOUSA RIBEIRO], de 10 de Dezembro, e no Acórdão TC n.º 596/08 [Relator: MÁRIO TORRES], da mesma data. Neste último Acórdão, o Tribunal considerou que: “*a salvaguarda da privacidade das pessoas colectivas está acautelada, na justa medida, pela necessidade de autorização do Ministério Público, entidade a quem cabe, nos termos constitucionais, “defender a legalidade democrática” (artigo 219.º, n.º 1, da CRP). Pode, pois, concluir-se que a interpretação normativa questionada não viola o disposto nos artigos 34.º, n.ºs 1, 2, 3 e 4, e 32.º, n.º 8, da CRP*”. Nas palavras deste Acórdão: “*Tendo em mente a natureza do direito assegurado pela garantia da inviolabilidade do domicílio, não se pode deixar de concluir que o mesmo não é compatível com a natureza das pessoas colectivas. Estando em causa no artigo 34.º o domicílio visto como a projecção espacial da pessoa e pretendendose com a proibição consagrada assegurar a protecção da dignidade humana e garantir o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar (ideia que sai ainda mais reforçada se atentarmos no n.º 3 do artigo 34.º), não pode aceitar-se que a sede de uma pessoa colectiva esteja aqui incluída*”. Concluiu, pois, o Tribunal que, “*face ao direito nacional, as buscas efectuadas na sede das pessoas colectivas não são buscas domiciliárias*”.

¹⁸² Acórdão TC n.º 507/94 [Relator: ARMINDO RIBEIRO MENDES], de 14 de Julho; Acórdão TC n.º 67/97 [Relator: TAVARES DA COSTA], de 4 de Fevereiro; Acórdão TC n.º 364/06 [Relatora: MARIA HELENA BRITO], de 8 de Junho; Acórdão TC n.º 274/07 [Relator: BENJAMIM SILVA RODRIGUES], de 2 de Maio; Acórdão TC n.º 593/08 [Relator: SOUSA RIBEIRO], de 10 de Dezembro; Acórdão TC n.º 596/08 [Relator: MÁRIO TORRES], de 10 de Dezembro; Acórdão TC n.º 216/12 [Relatora: CATARINA SARMENTO E CASTRO], de 24 de Abril.

¹⁸³ Esta norma havia sido objecto de controlo preventivo da constitucionalidade no Acórdão TC n.º 7/87 [Relator: MÁRIO DE BRITO], de 9 de Janeiro.

¹⁸⁴ Acórdão TC n.º 507/94 [Relator: ARMINDO RIBEIRO MENDES], de 14 de Julho.

*todas*¹⁸⁵, ainda que seja o cônjuge do arguido¹⁸⁶. Mas já considerou que a autorização judicial de busca domiciliária, quando a habitação seja partilhada por vários indivíduos, pode abarcar as divisões onde cada um deles desenvolve a sua vida, ainda que não visado pela diligência¹⁸⁷.

É certo que não se pode confundir a habitação ou o domicílio com a propriedade do indivíduo sobre a casa de morada, embora haja, por certo, um amplo núcleo de coincidência. Na verdade, não olvidamos que outras titularidades, que não a real, podem — de algum modo — cumprir as funções que destacámos acima. Mas a delimitação do nosso tema circunscreve-nos, neste momento, à análise da privacidade e da segurança conferidas pela titularidade real¹⁸⁸. Isto porque o direito de propriedade

¹⁸⁵ Em declaração de voto, o Conselheiro LUÍS NUNES DE ALMEIDA, seguido por ALBERTO TAVARES DA COSTA, entendem que não se pode falar de intromissão ilegítima no domicílio que o recorrente ocupava, como quarto de dormir, apenas uma dependência da habitação, governada e mantida pela sua mãe, que vivia separada do seu marido. “Nessa medida, esse quarto não poderá considerar-se uma área de privacidade exclusiva do arguido, separável das outras divisões. Quer isto dizer que, nesse sentido, a mãe do arguido dispunha também da livre disponibilidade desse mesmo espaço. A esse título, toda a habitação, bem como as coisas que nela se encontravam, surgem como uma unidade, colocada, no caso concreto, sob a disponibilidade de uma única pessoa, no caso, repete-se, a mãe do arguido”. Numa concepção mais dominial, entendem ainda que “não pode considerar-se verificada aqui qualquer violação, do direito ao domicílio quando, residindo na mesma casa várias pessoas, a busca domiciliária tenha sido autorizado por quem é o proprietário ou por quem tenha a disponibilidade de toda a casa, admitindo-se que os outros residentes, sendo membros do mesmo agregado familiar, não disponham, no local, de um ‘domicílio’ com total autonomia, como seria o caso de, por exemplo, alguém que tivesse alugado (sic) um quarto. De facto, parece ser verdadeiramente absurdo que, residindo várias pessoas na mesma casa como membros da mesma família e entre si dependentes, para se efectivar uma busca se tivesse de obter o consentimento de todos os residentes, na hipótese de não ser viável a obtenção momentânea de um mandato judicial”.

¹⁸⁶ Acórdão TC n.º 126/13 [Relator: VÍTOR GOMES], de 27 de Fevereiro: “É certo que a vida familiar, nomeadamente a relação conjugal, pressupõe vinculações e práticas de confiança recíproca, o que implica a aceitação de que um dos membros permita a entrada de terceiros nesse espaço que se compartilha. Como regra geral, (...) cada membro do casal pode consentir na entrada de terceiro no espaço domiciliário comum, habilitando terceiros de boa fé a presumir o consentimento do outro”. Todavia, facultar a entrada no espaço comum de domicílio a órgãos de polícia criminal com o objectivo de recolher provas contra o outro membro do casal não “se trata de uma ocorrência inerente à vida familiar ou às situações correntes de convivência; é a privacidade e, indirectamente, o direito de defesa do outro cônjuge que a entrada no domicílio permite atingir. Perante essa incidência específica da intrusão na esfera espacial de privacidade e segredo do investigado, o radical de tutela da privacidade presente no direito de inviolabilidade do domicílio não consente que se considere o outro cônjuge legitimado a prestar o consentimento, ou se presuma o daquele que é visado pela diligência processual”. No domínio do processo penal, “cada pessoa que partilha a habitação é portadora autónoma de um direito fundamental sob a forma de uma exigência de não ingerência virada contra o Estado. E sobre direito alheio só pode dispor-se na base de uma legitimação concludente (cfr. COSTA ANDRADE, “Violação de domicílio e de segredo de correspondência ou telecomunicações por funcionário [arts. 378 e 384 do C.P. Português]: problemas de tipicidade e ilicitude”, *Ab Uno ad Omnes*, Coimbra Editora, 1998, pág. 729).

¹⁸⁷ No Acórdão TC n.º 216/12 [Relatora: CATARINA SARMENTO E CASTRO], de 24 de Abril, estava em causa a constitucionalidade da interpretação normativa, extraída da conjugação dos artigos 174.º, n.ºs 2 e 3, 177.º, n.º 1 e 269.º, n.º 1, alínea c), todos do Código de Processo Penal, segundo a qual a autorização judicial de busca domiciliária, em situações de partilha por diversos indivíduos de uma habitação, pode abarcar as divisões onde cada um dos indivíduos desenvolve a sua vida, ainda que não visado por tal diligência. O Tribunal considerou que: “não existindo áreas de privacidade exclusivas dos vários habitantes, cuja acessibilidade seja fisicamente vedada aos restantes, mas, ao invés, sendo patente uma partilha de um domicílio unitário, em que — não obstante a eventual coexistência de uma consensual divisão de ocupação de espaço físico — os residentes podem circular livremente, a eficácia da pretensão punitiva do Estado, dependente da utilidade prática da busca, carece da possibilidade de expansão da diligência a todo o espaço integrante da habitação. (...) A restrição da reserva do domicílio dos co-habitantes de uma residência sujeita a busca, ainda que não visados pela diligência como suspeitos, é um resultado inerente à circunstância de partilharem do mesmo domicílio, sendo certo que tal diligência tem uma incidência sobretudo espacial e não pessoal”.

¹⁸⁸ Note-se que a função desempenhada pela casa pode, em grande medida, ser desempenhada por uma casa sobre a qual não haja titulação real (JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, anot. ao artigo 65.º, pág. 665, I). No Acórdão TC n.º 649/99 [relator: BRAVO SERRA], de 24 de Novembro, coube ao Tribunal apreciar se era ou não conflituante

constitui o suporte da organização dominial¹⁸⁹ e porque, analisado do ponto de vista dos interesses, o tipo do *jus in re* responde a dois interesses basilares¹⁹⁰: ao interesse de *imediação* – o interesse na satisfação das necessidades sem intervenção ou mediação de outra pessoa – o qual preside ao seu *licere* ou ao conteúdo do direito; e ao interesse que chamaremos de *estabilização* – o interesse numa maior estabilidade ou segurança – o qual preside à *protectio* ou à sanção que o acompanha.

Como ensina ORLANDO DE CARVALHO, só os direitos de gozo organizam estavelmente as infra-estruturas socio-económicas ou realizam verdadeiramente a ordenação do domínio, pois só eles têm uma existência *a se*, isto é, não condicionada por direitos diferentes. Certamente que o domicílio não será sempre *propriedade* do indivíduo ou da família, tal como vimos assumindo na ligação entre propriedade e personalidade, embora, haja, repetimos, um amplo núcleo de coincidência. Todavia, iremos expor de seguida uma série de aspectos de regime do nosso direito em que a tutela da casa surge como uma intenção normativa clara de protecção da personalidade individual ou do grupo familiar.

Distinguiremos dois grupos de normas¹⁹¹: aquelas destinadas à protecção da

com a Constituição – designadamente por ofensa do princípio da dignidade da pessoa humana, prescrito no seu artigo 1.º, e do direito de cada pessoa ter para si e para a sua família uma habitação de dimensão adequada em condições de higiene e conforto, direito esse postulado pelo n.º 1 do seu artigo 65.º – o conjunto normativo que se extraía da conjugação dos preceitos constantes do n.º 1 do artigo 821.º e da alínea f) do artigo 823.º, enquanto entendido no sentido de a penhora poder recair sobre bens móveis que se encontrem na residência do executado e que não sejam imprescindíveis à sua economia doméstica e sobre o imóvel onde essa residência e um estabelecimento comercial se situem. O artigo 821.º (Objecto de execução) tinha, nessa data, a seguinte formulação: “1 – Estão sujeitos à execução todos os bens do devedor susceptíveis de penhora que, nos termos da lei substantiva, respondem pela dívida exequenda”. E o artigo 822.º, alínea f) considerava como absolutamente impenhoráveis, além dos bens isentos de penhora por disposição especial: “f) Os bens imprescindíveis a qualquer economia doméstica que se encontrem na residência permanente do executado, salvo se se tratar de execução destinada ao pagamento do preço da respectiva aquisição ou do custo da sua reparação”. O Tribunal peremptoriamente afirmou que: “por um lado, que o direito à habitação não se esgota ou, ao menos, não aponta, ainda que modo primordial ou a título principal, para o ‘direito a ter uma habitação num imóvel da propriedade do cidadão’ e, por outro, que o ‘mínimo de garantia’ desse direito (ou seja, o de obter habitação própria ou de obter habitação por arrendamento ‘em condições compatíveis com os rendimentos das famílias’) é algo que se impõe como obrigação, não aos particulares, mas sim ao Estado, disponibilizando (verbi gratia) meios que facilitem o acesso à habitação própria (fornecimentos de terrenos urbanizados, créditos bonificados, acessíveis à generalidade das pessoas, direito de preferência na aquisição de casa arrendada, etc.) e de controlo e limitação das rendas (tabelamento das rendas, subsídios públicos às famílias mais carecidas, criação de um parque imobiliário público com rendas limitadas, etc.)”, seguindo neste ponto GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *CRP Anotada I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, anotação ao artigo 65.º, págs. 835-837. Este não é, todavia, o objecto do nosso estudo. No mesmo sentido se pode ler no Acórdão TC n.º 67/97 [Relator: TAVARES DA COSTA], de 4 de Fevereiro: “o domicílio configura um espaço físico onde se desenvolve a vida privada em liberdade e segurança, o que, de resto, não significa, necessariamente, plena e exclusiva disponibilidade sobre ele, compadecendo-se com uma pluralidade de titulares do direito à habitação (proprietários, usufrutuários, arrendatários, comodatários, etc.”. FRIEDRICH A. HAYEK, *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press, 1978, pág. 140: numa sociedade moderna, o requisito essencial para a protecção de um indivíduo contra a coacção não é que ele tenha propriedade mas que tenha meios materiais que o permitam seguir um plano de acção e que não estejam no exclusivo controlo de outrem.

¹⁸⁹ ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das Coisas*, polic., Coimbra, 1977, pág. 175.

¹⁹⁰ Seguimos ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das Coisas*, polic., Coimbra, 1977, pág. 144. A estes interesses, indefectíveis, juntam-se outros: o da conservação, exclusão e duração.

¹⁹¹ Também a nível processual encontramos a protecção da casa de morada. Referimo-nos, especificamente, aos artigos 34.º e 303.º do Código de Processo Civil. O artigo 34.º do CPC determina que devem ser propostas “contra ambos os cônjuges” ou “por ambos os cônjuges, ou por um deles com consentimento do outro”, as acções de que possa resultar a perda ou a oneração de bens que só por ambos possam ser alienados ou a perda de direitos que só por ambos possam ser exercidos, incluindo as acções que tenham por objecto, directa ou indirectamente, a casa de morada de família. Na falta de acordo, o tribunal decide

casa de morada de família que estão consagradas no Código Civil (em particular, o artigo 1682.º-A, n.º 2, e o artigo 2103.º-A) e o diploma que veio conferir protecção extraordinária aos mutuantes de crédito à habitação em situação de incumprimento. Começamos, pois, pelas primeiras.

a) Normas localizadas no CC

O artigo 1682.º-A, n.º 2, determina que a alienação, oneração, arrendamento ou constituição de outros direitos pessoais de gozo sobre a casa de morada da família carece sempre do consentimento de ambos os cônjuges (independentemente do seu regime de bens). Nas palavras de PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA¹⁹², visa-se “defender a estabilidade da habitação familiar – de a defender contra ameaças ou perigos internos – no interesse dos cônjuges e eventualmente dos filhos, no decurso da vida conjugal. Mais concretamente: a lei pretende proteger cada um dos cônjuges contra actos de disposição sobre a casa de morada da família praticados pelo outro cônjuge e que possam pôr em perigo a estabilidade da habitação familiar”¹⁹³.

Em anotação ao Acórdão do STJ, de 1 de Maio de 1988¹⁹⁴, PEREIRA COELHO¹⁹⁵ acentua a ideia de que a mera separação de facto não impede a aplicação do artigo 1682.º-A, n.º 2, mas antes implica uma averiguação, casuística, para saber se a casa, tendo sido de morada da família, deixou de o ser. Na verdade, “tomada à letra a expressão da lei, a casa deixa de ser ‘de morada da família’ se os cônjuges se separaram, quer um deles con-

sobre o suprimento do consentimento, tendo em consideração o interesse da família. Por seu lado, o artigo 303.º do CPC, sobre o valor das acções, determina que às acções para atribuição da casa de morada de família, constituição ou transmissão do direito de arrendamento consideram-se sempre de valor equivalente à alçada da Relação e mais (euro) 0,01. No direito ao arrendamento, destacamos o artigo 12.º da Lei n.º 6/2006 (com a redacção dada pela Lei n.º 31/2012, de 14 de Agosto), onde se determina que: “1 – Se o local arrendado constituir casa de morada de família, as comunicações previstas no n.º 2 do artigo 10.º devem ser dirigidas a cada um dos cônjuges. 2 – As comunicações do arrendatário podem ser subscritas por ambos ou por um só dos cônjuges. 3 – Devem, no entanto, ser subscritas por ambos os cônjuges as comunicações que tenham por efeito algum dos previstos no artigo 1682.º-B do Código Civil”. Sobre as dificuldades processuais, vide SALAZAR CASANOVA, “Tutela do direito à utilização da casa de morada de família”, *Lex Familiae* 3 (2005), págs. 117 e ss. Sobre a legitimidade na acção executiva, MARIA JOSÉ CAPELO, “Pressupostos processuais gerais na acção executiva – a legitimidade e as regras de penhorabilidade”, *Themis* 7 (2003), págs. 79 e ss.

¹⁹² PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família I*, 4.ª edição, págs. 389 e ss. No mesmo sentido, considerando que a lei tutela a sede da família, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado IV* (2.ª edição), Coimbra Editora, Coimbra, 1992, anot. ao artigo 1682.º-A, pág. 305, 7.

¹⁹³ PAULO MERÊA, *Evolução dos regimes matrimoniais*, vol. II, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1913, págs. 21 e ss, sobre o concurso conjugal, a “acção conjunta” ou “em mão comum”. O autor apresenta como provável a existência deste princípio no período visigótico, mas que só na quadra do direito peninsular da reconquista se desenvolve manifestamente. Ainda que sem um fundamento único, o princípio da acção conjunta traduzia por uma forma palpável a concepção duma associação conjugal em que a mulher mantinha, como colaboradora do marido, a independência suficiente para fazer valer a sua vontade nas questões de interesse comum.

¹⁹⁴ Cujo sumário é o seguinte: “I – O interesse que a disposição do n. 2, do artigo 1682-A, do Código Civil, pretende proteger não é já o interesse na conservação da casa de família no património dos cônjuges ou de um só deles, mas o interesse na manutenção da residência de família, pelo que sendo o regime do casamento o de separação, aquilo que se tem em vista evita e que o cônjuge a quem exclusivamente pertence a casa de morada da família disponha dela, forçando o outro cônjuge a abandoná-la. II – Desta forma, ao cônjuge que não deu o consentimento, só é lícito exercer o direito de anulação que o artigo 1687 lhe confere, quando o acto praticado pelo outro põe em risco a subsistência de habitação da família na casa que de tal acto foi objecto, ou quando do acto possa resultar ver-se o cônjuge não proprietário da casa forçado a sair dela, o que nunca acontecera se a casa, muito embora haja sido morada da família, deixou de o ser”.

¹⁹⁵ FRANCISCO PEREIRA COELHO, “Anotação ao Acórdão do STJ, de 10 de Maio de 1988”, *RJL* 3801 (1990), págs. 366 e ss.

tinue a morar na casa, quer ambos tenham saído e restabelecido a sua residência noutra local. Em qualquer dos casos a família já não mora lá". O critério a adoptar forçosamente terá em conta o disposto quanto à residência da família, no artigo 1673.º, e a casa da família só manterá essa qualificação, "*se for e enquanto for a 'residência da família'*".

Por seu lado, os artigos 2103.º-A a 2103.º-C do CC, aditados pela Reforma de 1977, consagram e regulamentam atribuições preferenciais a favor do cônjuge sobrevivente¹⁹⁶. O artigo 2103.º-A, n.º 1, determina que o cônjuge sobrevivente tem direito a ser encabeçado, no momento da partilha, no direito de habitação da casa de morada da família e no direito de uso do respectivo recheio¹⁹⁷. Esta atribuição não visa um reforço quantitativo da posição sucessória do cônjuge sobrevivente, que deve tornas aos co-herdeiros se o valor recebido exceder o da sua parte sucessória e meação, se a houver. Nos ensinamentos de PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA¹⁹⁸, a secção relativa a atribuições preferenciais, "*nasceu da ideia de assegurar, em caso de necessidade, o encabeçamento do cônjuge sobrevivente, no momento crucial da partilha, em dois poderes que, embora sem grande expressão económica, são de importância fundamental para a continuidade do convívio familiar ou, pelo menos, para a manutenção do lar conjugal*". Com o aditamento introduzido pela Reforma de 1977, pretendeu o legislador proteger mais eficazmente o cônjuge sobrevivente, atribuindo-lhe na partilha preferência em relação a certos bens, que estiveram ao serviço do casal e

¹⁹⁶ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Sucessões*, 5.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, págs. 528 e ss; RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. II, 3.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pág. 155 e ss; PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. VI, anot. aos artigos 2103-A a 2103-C, págs. 167-172. FRANÇA PITÃO, *A posição do cônjuge sobrevivente no actual direito sucessório português*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 58.

¹⁹⁷ Nos termos do artigo 2103.º, o recheio compreende o mobiliário e demais objectos ou utensílios destinados ao cómodo, serviço e ornamentação da casa. Na opinião de PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado IV* (2.ª edição), Coimbra Editora, Coimbra, 1992, anot. ao artigo 203.º-C, pág. 171, 3, "*Prescrevendo que na expressão recheio, como objecto da atribuição preferencial (...) cabem todo o mobiliário, objectos ou utensílios destinados ao cómodo, serviço e ornamentação da casa, é evidente que na expressão cabem, não apenas as coisas (mobiliário, aparelhos de televisão, de rádios, telefones, quadros, vasos, gravuras, etc.) destinadas a satisfação de necessidades colectivas da família, mas também os objectos (como os artigos e toilette, os livros pessoais ou os outros objectos de uso pessoal e exclusivo a que se referem as als. f) e g) do n.º 1 do art. 1733.º) que, integrando a herança do de cuius, tenham servido necessidades individuais dele. Entre os cómodos ou serviços prestados pela casa e seu recheio não figura apenas a satisfação de necessidades colectivas, mas também a de necessidades puramente individuais (...) do marido, mulher e cada um dos filhos, e que, à data da morte de cada um dos cônjuges, o interesse na continuidade ou estabilidade da vida familiar, que os artigos 2103.º-A e seguintes vieram proteger, também cobre o interesse moral ou afectivo do cônjuge sobrevivente na posse dos objectos de uso pessoal do cônjuge falecido integrados no recheio da casa*". Em sentido diferente, CAPELO DE SOUSA, *Lições de direito das sucessões II*, 3.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pág. 164, nota 416, considera que não se abrange tudo o que se acha dentro da casa, nomeadamente jóias, colecções pessoais, biblioteca profissional, roupas ou outros objectos pessoais do autor, da sucessão.

Segundo FRANÇA PITÃO, *A posição do cônjuge sobrevivente no actual direito sucessório português*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2005, págs. 57-58, a letra da lei deve entender-se *cum grana salis*. É que nem todos os objectos do recheio da casa deverão estar abrangidos por este direito preferencial: assim, será de excluir, nomeadamente, uma colecção de selos do cônjuge filatelista, ou a colecção de fósforos do cônjuge filumenista; assim como será de excluir a estatueta, obra de arte que o *de cuius* tinha recebido (por sucessão ou doação) como bem próprio.

Seria uma incoerência que o sistema dificilmente comportaria que esses bens, irredutivelmente pessoais, nos termos do artigo 1733.º, viessem a ser objecto de atribuição preferencial ao cônjuge sobrevivente. Pense-se no relógio, por exemplo, que o *de cuius* com certeza gostaria de ver a ser usado por um descendente,

¹⁹⁸ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado IV* (2.ª edição), Coimbra Editora, Coimbra, 1992, anot. ao artigo 2103.º-A, pág. 168, 2.

que, por isso, devem permanecer ligados ao cônjuge que sobrevive¹⁹⁹⁻²⁰⁰.

b) Crédito hipotecário

A degradação das condições económicas e financeiras e o aumento do incumprimento dos contratos de crédito, resultante do endividamento das famílias, levaram à aprovação da Lei n.º 58/2012, de 9 de Novembro²⁰¹, que criou um regime extraordinário²⁰² de protecção de devedores de crédito à habitação que se encontrem

¹⁹⁹ O artigo 2103.º-C define como recheio o mobiliário e demais objectos ou utensílios, destinados ao cómodo, serviço e ornamentação da casa. Criticando a solução legal e sugerindo que a atribuição preferencial do direito de habitação da casa de morada e do uso do respectivo recheio deveria, no mínimo, ser condicionada, semelhantemente ao que ocorre no caso de divórcio (máxime, no artigo 1793.º), veja-se CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, “Os efeitos sucessórios no casamento”, in MARIA CLARA SOTTOMAYOR e MARIA JOÃO TOMÉ (coord.), *Direito da família e política social*, Universidade Católica, Porto, 2001, págs. 60-61.

²⁰⁰ A propósito da atribuição conjugal do artigo 2103-A e ss, e da utilização ou não de toda a casa, já NUNO GOMES DA SILVA, “Posição sucessória do cônjuge sobrevivente”, em *Reforma do Código Civil*, Ordem dos Advogados, Instituto da Conferência, Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 1981, pág. 71, escrevia: “*se no que diz respeito ao carácter pessoal e não transmissível do uso e habitação, ele se adapta, perfeitamente, aos fins do legislador, ao atribuí-lo ao cônjuge sobrevivente, já o mesmo não acontece — afigura-se-nos — no tocante ao aspecto dos dois direitos terem como limite a medida das necessidades do titular. Poder-se-á, na verdade, discutir o direito de uso e habitação do cônjuge sobrevivente, alegando, precisamente, que para as necessidades do seu titular não é necessária toda a casa de morada de família ou não é indispensável todo o recheio? A simples remissão que o art. 2103.º-A faz para os direitos de uso e habitação pareceria consentir tais conclusões. Mas não as perfilhamos. Com efeito — já o dissemos — o escopo do legislador é a conservação do mesmo quadro de vida, do mesmo ambiente familiar. Ora, essa intenção, essa finalidade, poderiam, sem mais, ser destruídas se se aceitasse a referida interpretação. Não deixa, porém, de ponderar-se que a remissão, em princípio plena, para o regime do uso e da habitação pode dar margem a alguma ambiguidade”.*

²⁰¹ Posteriormente, veio a ser aprovado o Decreto-Lei n.º 227/2012, de 25 de Outubro, que se aplica, entre outros, aos contratos de crédito para a aquisição, construção e realização de obras em habitação própria permanente, secundária ou para arrendamento, bem como para a aquisição de terrenos para construção de habitação própria, e aos contratos de crédito garantidos por hipoteca sobre bem imóvel, celebrados com clientes bancários. Em concreto, prevê-se que cada instituição de crédito crie um Plano de Acção para o Risco de Incumprimento (PARI), fixando procedimentos e medidas de acompanhamento da execução dos contratos de crédito que, por um lado, possibilitem a detecção precoce de indícios de risco de incumprimento e o acompanhamento dos consumidores que comuniquem dificuldades no cumprimento das obrigações decorrentes dos referidos contratos e que, por outro lado, promovam a adopção célere de medidas susceptíveis de prevenir o referido incumprimento. Adicionalmente, define-se um Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento (PERSI), no âmbito do qual as instituições de crédito devem aferir da natureza pontual ou duradoura do incumprimento registado, avaliar a capacidade financeira do consumidor e, sempre que tal seja viável, apresentar propostas de regularização adequadas à situação financeira, objectivos e necessidades do consumidor. A instituição de crédito deve proceder à avaliação da capacidade financeira do cliente bancário e, caso verifique que este dispõe de meios para evitar o incumprimento, deve propor-lhe soluções adequadas à sua situação financeira, objectivos e necessidades. Durante a negociação, a lei dá ao cliente bancário um conjunto de garantias, como, por exemplo, a instituição de crédito está impedida de proceder à resolução do contrato de crédito, de promover acções judiciais contra o cliente bancário com vista à recuperação do seu crédito ou de ceder esse crédito a terceiros. A Lei n.º 58/2012 veio a ser alterada pela Lei n.º 58/2014, de 25 de Agosto, que, para além de algumas alterações pontuais, veio alargar aos fiadores a protecção conferida.

²⁰² O regime é imperativo para as instituições de crédito mutuantes, nos casos em que se encontrem cumulativamente preenchidos os requisitos legais — que podem, todavia, decidir aplicar voluntariamente parte ou a totalidade do regime constante da presente lei a outros mutuários de créditos à habitação. As instituições de crédito podem conceder aos mutuários de crédito à habitação condições mais favoráveis do que as previstas na Lei n.º 58/2012 — e prevalece sobre quaisquer disposições legais, regulamentares ou contratuais que com ela sejam incompatíveis. É aplicável a: a) Todos os contratos celebrados anteriormente à sua publicação que se encontrem em vigor; b) Todos os contratos celebrados anteriormente à sua publicação em que, tendo sido resolvidos pela instituição de crédito com fundamento em incumprimento, não tenha ainda decorrido o prazo para a oposição à execução relativa a créditos à habitação e créditos conexos garantidos por hipoteca, ou até à venda executiva do imóvel sobre o qual

em situação económica muito difícil. O regime estabelecido aplica-se às situações de incumprimento de contratos de mútuo celebrados no âmbito do sistema de concessão de *crédito à habitação* destinado à aquisição, construção ou realização de obras de conservação e de beneficiação de habitação própria permanente²⁰³ de agregados familiares que se encontrem em *situação económica muito difícil*²⁰⁴ e apenas quando o imóvel em causa seja a *única habitação do agregado familiar* e tenha sido objecto de contrato de *mútuo com hipoteca*.

As medidas de protecção em caso de eventual execução da hipoteca sobre o imóvel resultante de incumprimento do crédito à habitação são um *plano de reestruturação* das dívidas emergentes do crédito à habitação e *medidas complementares* a esse plano, bem como *medidas substitutivas da execução hipotecária*²⁰⁵.

O *plano de reestruturação das dívidas* decorrentes do crédito à habitação inclui necessariamente a aplicação de uma ou várias das seguintes medidas: a) concessão de um período de carência, relativo ao pagamento das prestações mensais a cargo do mutuário ou estabelecimento de um valor residual no plano de amortizações; b) prorrogação do prazo de amortização do empréstimo; c) redução do *spread* aplicável durante o período de carência; d) concessão de um empréstimo adicional autónomo destinado a suportar temporariamente o pagamento das prestações do crédito à habitação²⁰⁶. Durante a vigência do plano de reestruturação, que está sujeito a revisão anual²⁰⁷, a instituição de crédito não pode, com fundamento em incumprimento anterior ao plano de reestruturação acordado, resolver o contrato de crédito à habitação, nem intentar acções judiciais, declarativas ou executivas, tendo em vista a satisfação do seu crédito. Quando o plano de reestruturação, no curso da sua execução, se mostre inviável²⁰⁸, ou em caso de incumprimento pelo mutuário de três prestações seguidas previstas no plano de reestruturação, a instituição de crédito e o mutuário devem iniciar negociações com vista à adopção de *medidas complementares ao plano de reestruturação*. Estas medidas complementares ao plano de reestruturação podem ser quaisquer das previstas no plano de reestruturação que ainda não tenham sido aplicadas, ou outras, designadamente a carência total até doze meses ou a redução parcial do capital por amortizar²⁰⁹.

incide a hipoteca do crédito à habitação, caso não tenha havido lugar a reclamações de créditos por outros credores. Destina-se a vigorar até ao dia 31 de Dezembro de 2015.

²⁰³ “*Habitação própria permanente*” é aquela onde o mutuário ou este e o seu agregado familiar mantêm, estabilizado, o seu centro de vida familiar.

²⁰⁴ O artigo 5.º define o que é uma situação económica difícil.

²⁰⁵ Salvo acordo em contrário entre instituição de crédito e mutuário, as medidas substitutivas de execução hipotecária são de aplicação subsidiária em relação às medidas de reestruturação e as medidas complementares são de aplicação voluntária.

²⁰⁶ Cfr. artigos 11.º a 14.º. O plano de reestruturação abrange todos os montantes, vencidos ou vincendos, devidos pelo mutuário ao abrigo do crédito à habitação, designadamente prestações de capital, juros e comissões. A instituição de crédito e o mutuário podem ainda acordar na consolidação de todas ou de parte das dívidas bancárias contraídas pelo mutuário. O mutuário não pode recusar a consolidação do crédito à habitação e créditos conexos [os contratos de crédito cuja garantia hipotecária incida, total ou parcialmente, sobre um imóvel que simultaneamente garanta um contrato de crédito à habitação celebrado com a mesma instituição] nem recusar que estes beneficiem da cobertura hipotecária do crédito à habitação, que pode ser efectuada em operação autónoma.

²⁰⁷ Nos termos do artigo 18.º.

²⁰⁸ Nos termos do artigo 15.º, n.º 2.

²⁰⁹ A adopção das medidas complementares previstas no presente artigo é facultativa para as instituições de crédito, mesmo que solicitadas pelo mutuário e ainda que na ausência da sua adopção o plano

As medidas substitutivas da execução hipotecária são a dação em cumprimento do imóvel hipotecado²¹⁰; a alienação do imóvel a um FIIAH²¹¹, promovida e acordada pela instituição de crédito, com ou sem arrendamento e opção de compra a favor do mutuário e entrega do preço à instituição de crédito, liquidando-se assim a dívida²¹²; ou a permuta por uma habitação de valor inferior, com revisão do contrato de crédito e redução do capital em dívida pelo montante da diferença de valor entre as habitações²¹³.

Com a apresentação do requerimento de acesso ao regime de protecção, a instituição de crédito mutuante fica impedida de promover a execução da hipoteca que constitui garantia do crédito à habitação²¹⁴, e o deferimento do acesso ao regime especial de protecção constitui a instituição de crédito na obrigação de apresentar ao mutuário uma proposta de plano de reestruturação, nos termos apresentados, suspende automaticamente o processo de execução hipotecária relativo às dívidas decorrentes do crédito à habitação e constitui a instituição de crédito na obrigação de comunicar esse deferimento ao tribunal em que corra o processo de execução²¹⁵.

Esta legislação tem um carácter acentuadamente paternalista²¹⁶, que se funda-

de reestruturação se mostre inviável.

²¹⁰ Sendo decidida a medida da dação em cumprimento, o mutuário tem o direito a um diferimento na respectiva contratação pelo prazo adicional de seis meses, durante o qual pode usar e fruir do imóvel (excepto se o mutuário houver incumprido mais de três prestações seguidas após a aplicação das medidas complementares). É condição do exercício deste direito que o mutuário celebre com a instituição de crédito contrato promessa de dação e, caso a instituição de crédito o solicite, outorgue a seu favor uma procuração irrevogável para celebração do contrato definitivo de dação. Durante o período de diferimento o mutuário beneficia de carência de capital, apenas sendo devidas as prestações de juros remuneratórios. A mora no pagamento previsto no número anterior faz cessar automaticamente o direito ao diferimento da dação, permitindo a sua imediata execução. Este é o regime do artigo 25.º.

²¹¹ Os fundos de investimento imobiliário para arrendamento habitacional sujeitos ao regime especial consagrado nos artigos 102.º a 104.º da Lei n.º 64 -A/2008, de 31 de Dezembro.

²¹² Nos termos do artigo 26.º, a instituição de crédito que se encontre obrigada a aplicar medidas substitutivas da execução hipotecária pode propor ao mutuário a seguinte alternativa: a) O mutuário transfere a propriedade do imóvel para o FIIAH pelo preço determinado nos termos da legislação aplicável e com simultâneo distrate da hipoteca; b) O FIIAH paga à instituição de crédito mutuante o preço convencionado por mandato do mutuário; c) O mutuário tem o direito de permanecer no imóvel na qualidade de arrendatário, nos termos da legislação aplicável aos FIIAH e respeitando os direitos do mutuário previstos no artigo anterior. O mutuário pode recusar ficar como arrendatário do FIIAH, mas não pode rejeitar a alienação do imóvel ao FIIAH para efeitos de dação em cumprimento.

²¹³ O mutuário pode, sem perder o direito a uma outra medida substitutiva, recusar a permuta de habitações prevista na presente lei. Em caso de recusa do mutuário nos termos do número anterior, deve a instituição de crédito propor ao mutuário uma das restantes medidas substitutivas. Cfr. artigo 27.º.

²¹⁴ Artigo 9.º, n.º 1.

²¹⁵ Artigo 9.º, n.º 2.

²¹⁶ O paternalismo é uma matéria que envolve questões éticas filosóficas muito profundas, incluindo o significado da liberdade e autonomia, e a relação entre os particulares e o Estado. Vide, por todos, DANNY SCOCCIA, "Paternalism and Respect for Autonomy", *Ethics* 100 (1990), págs. 318-334. Para uma análise do actual estado da discussão, CHRISTIAN COONS e MICHAEL WEBER, "Introduction: Paternalism – Issues and Trends", *Paternalism: Theory and Practice*, CUP, 2013, págs. 1-24. Cfr. JEREMY BLUMENTHAL, "A psychological defense of paternalism", in CHRISTIAN COONS e MICHAEL WEBER, *Paternalism: Theory and Practice*, CUP, 2013, pág. 199, sobre a "irracional exuberância" com que as pessoas fazem as suas escolhas financeiras, e MARK SAGOFF, "At the Shrine of Our Lady of Fatima or Why Political Questions are not all Economic", *Arizona Law Review* 23 (1981), págs. 1283 e ss. Para aplicação das soluções alcançadas pelo comportamentalismo económico à questão do paternalismo, RICHARD H. THALER e CASS R. SUNSTEIN, no seu mais recente *Nudging: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, 2008, págs. 132 e ss; e COLIN CAMERER, SAMUEL ISSACHAROFF, GEORGE LEOWENSTEIN, TED O'DONOGHUE, MATHEW RABIN, "Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for 'Asymmetric Paternalism'", *U. Pa. L. Rev.* 151 (2003), págs. 1211 e ss.

Analisando os custos de certas decisões que conduzem a escolhas erradas, RICHARD A. EPSTEIN,

menta, desde logo, na protecção de um bem radicalmente ligado à pessoa e à família do mutuário. Todavia, como se pode ler na exposição de motivos, após apresentar como fundamental encontrar soluções para o sobreendividamento das famílias, em especial no que respeita aos créditos à habitação, o legislador clarifica que tais soluções “*são importantes quer para as famílias, quer para a estabilidade do sistema financeiro nacional. Note-se que o crédito à habitação continua a ocupar uma parte muito significativa na carteira de crédito dos bancos. Um aumento ainda mais significativo do nível de incumprimento dos créditos à habitação implicaria não apenas mais imparidades para os Bancos, mas resultaria numa diminuição de liquidez para ajuda à economia*”²¹⁷.

A Lei n.º 58/2012 não se revelou efectiva²¹⁸, implicando que as expectativas normativas das pessoas e dos órgãos estatais, de uma forma generalizada, não se orientassem pela *norma* legislativamente posta. Mas ela define-se num sentido positivo: por um lado, produz efeitos relevantes para o sistema financeiro, de natureza não especificamente jurídica; por outro lado, destinou-se primariamente à afirmação de valores sociais — “*buscar mais justiça e equilíbrio na relação de crédito de modo a proteger de forma adequada os devedores que frequentemente se encontram em posições mais débeis face à instituição de crédito*”, segundo o Projecto 237/XII — e é tratada como meio de diferenciar grupos e os respectivos valores ou interesses (“*milhares de agregados familiares sujeitos a inesperadas e imerecidas situações de desemprego ou de perda do seu rendimento*”, “*as famílias portuguesas que, fruto das circunstâncias dramáticas do presente, vivem em risco de perder as suas casas*” ou “*famílias que vivem nas situações mais dramáticas*”). Um dos efeitos socialmente relevantes da legislação destinada à conformação de valores sociais é que são actos que servem para convencer os indivíduos e grupos da consistência do comportamento e normas valoradas positivamente, confortando-as, pois os seus interesses estão incorporados pelo Direito e são por ele garantidos (“*justiça e equilíbrio na relação de crédito*”).

A casa satisfaz a necessidade básica de abrigo ser humano, mas vai muito para além disso: é um ponto de referência para cada indivíduo, é o seu contexto vivencial mais estruturante e um elemento fundamental para o normal desenvolvimento de

“The Neoclassical Economics of Consumer Contracts”, *Minn. Law Review* 92 (2007), págs. 805-806, e COLIN F. CAMERER, “Wanting, Liking, and Learning: Neuroscience and Paternalism”, *U. Chi. L. Rev.* 73 (2006), págs. 16 e ss. Sobre paternalismo e contratos, destacamos JAMES GORDLEY, “Morality and Contract: the Question of Paternalism”, *Wm. & Mary L. Rev.* 48 (2006), 1733 e ss.; ANTHONY T. KRONMAN, “Paternalism and the Law of Contracts”, *Yale L. J.* 92 (1983), pág. 763 e ss.; ERIC A. POSNER, “Contract Law in the Welfare State: A Defense of the Unconscionability Doctrine, Usury Laws, and Related Limitations on the Freedom to Contract”, *J. Legal Stud.* 24 (1995), págs. 283 e ss.

Sobre o paternalismo como um princípio organizatório do Direito, THADDEUS MASON POPE, “Counting the Dragon’s Teeth and Claws: The Definition of the Hard Paternalism”, *Ga. St. U. L. Rev.* 20 (2003), pág. 660. Sobre a compatibilidade entre o paternalismo e a análise económica do Direito, EYAL ZAMIR, “The Efficiency of Paternalism”, *Va. L. Rev.* 84 (1982), págs. 229 e ss.

²¹⁷ MARCELO NEVES, *A constitucionalização simbólica*, Editora Acadêmica, São Paulo, 1994, pág. 32, define a legislação simbólica como define como a produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a *finalidades políticas de carácter não especificamente jurídico-normativo*, em que a actividade legiferante constitui um momento de confluência concentrada entre sistemas político e jurídico. Típico da legislação simbólica é que “*o sentido político [do ato de produção e do texto produzido] prevalece hipertroficamente sobre o aparente sentido normativo-jurídico. A referência deontico-jurídica de acção e texto à realidade torna-se secundária, passando a ser relevante a referência político-valorativa ou político-ideológica*”.

²¹⁸ A eficácia diz respeito à realização do “programa condicional”, ou seja, à concreção do vínculo “*se-então*” abstracta e hipoteticamente previsto na norma legal. A efectividade, pelo contrário, refere-se à implementação do “programa finalístico” que orientou a actividade legislativa, isto é, à concretização do vínculo “*meio-fim*” que decorre abstractamente do texto legal. Cfr. MARCELO NEVES, *A constitucionalização simbólica*, Editora Acadêmica, São Paulo, 1994, págs. 46 e 49.

cada um e de cada família. O legislador tutela esta especial relação através de um conjunto de normas que asseguram o indivíduo contra actos de terceiros que potencialmente pudessem colocar em causa a estabilidade ou permanência da casa, mas também contra a própria incapacidade do proprietário em cumprir com compromissos assumidos, quando esse comprometimento possa colocar em causa a permanência da casa na sua titularidade.

5. Outros elementos do sistema

No périplo que vimos fazendo pelo direito infraconstitucional, procurámos o reconhecimento da ligação entre os bens e o desenvolvimento humano. Verificámos que ele existe efectivamente na tutela da *utilização* da propriedade como forma de expressão e de realização das convicções éticas do seu proprietário, no direito à não caça, da *disposição* de bens como forma de realização de objectivos religiosos, sociais, morais ou outros do proprietário e de determinados *objectos* de propriedade, a que o legislador reconheceu uma radical ligação íntima com o seu proprietário. Terminaremos, agora com uma breve alusão à *responsabilidade*. Também na responsabilidade patrimonial do devedor, bem como na responsabilidade penal de quem comete um crime contra o património, veremos, é possível encontrar traços irrecusáveis desse reconhecimento da especial relação entre o indivíduo e os seus bens.

a) *Institutos processuais*

Ao nível da *responsabilidade*, também o legislador salvaguarda a relação entre o bem e a personalidade do executado. A garantia geral das obrigações é, em princípio, constituída por todos os bens que integram o património do devedor. No processo executivo, a satisfação do direito do credor exequente é obtida mediante a transmissão de direitos do executado, seguida, no caso de ser feita para terceiro, do pagamento da dívida exequenda²¹⁹. A possibilidade de apreensão judicial de bens do executado, em que se consiste a penhora, tem todavia limites na lei.

(i) *As impenhorabilidades*

O novo Código de Processo Civil estabelece no artigo 735.º que estão sujeitos à execução “*todos os bens do devedor susceptíveis de penhora que, nos termos da lei substantiva, respondem pela dívida exequenda*”. Todavia, por consideração a determinados interesses do executado²²⁰, que o legislador sobrepõe aos interesses do credor exequente, exis-

²¹⁹ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A acção executiva* (à luz do Código de Processo Civil de 2013), 6.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pág. 231.

²²⁰ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A acção executiva* (à luz do Código de Processo Civil de 2013), 6.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pág. 246: “*interesses vitais do executado*” ou “*interesses de terceiro*” que o sistema jurídico “*entende deverem sobrepor-se aos do credor exequente*”; FERNANDO AMÂNCIO FERREIRA, *Curso de Processo de Execução*, 13.ª edição, 2010, Almedina, pág. 212: “*valores morais, sociais e humanitários*” subjacentes a estas impenhorabilidades.

O Tribunal Constitucional espanhol, no Acórdão n.º 113/1989, de 22 de Junho: “*Los valores constitucionales, que conceden legitimidad al límite que la inembargabilidad impone al derecho del acreedor a que se cumpla la sentencia firme que le reconoce el crédito, se encuentran en el respeto a la dignidad humana, configurado como el primero de los fundamentos del orden político y de la paz social en el art. 10.1 de la Constitución al cual*

tem bens que a nossa lei classifica como impenhoráveis. As impenhorabilidades podem ser *absolutas*, quando por expressa previsão legal algum bem não possa ser agredido no processo executivo, ou *relativas*, quando o exercício da acção executiva relativamente a eles deve ocorrer dentro de certos limites ou condições²²¹.

O artigo 736.º do CPC menciona os *bens absoluta ou totalmente impenhoráveis*, dentre os quais destacamos os objectos²²² cuja apreensão seja ofensiva dos bons costumes ou careça de justificação económica, pelo seu diminuto valor venal (alínea c)²²³; os objectos especialmente destinados ao exercício de culto público (alínea d)²²⁴; os túmulos (alínea e)²²⁵; os instrumentos e os objectos indispensáveis aos deficientes e

repugna, según aduce el Abogado del Estado, que la efectividad de los derechos patrimoniales se lleve al extremo de sacrificar el mínimo vital del deudor, privándole de los medios indispensables para la realización de sus fines personales así como en la protección de la familia, el mantenimiento de la salud y el uso de una vivienda digna y adecuada, valores éstos que, unidos a las prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad que debe garantizar el régimen público de Seguridad Social, están constitucionalmente consagrados en los arts. 39, 41, 43 y 47 de la Constitución, y obligan a los poderes públicos, no sólo al despliegue de la correspondiente acción administrativa prestacional, sino además a desarrollar la acción normativa que resulte necesaria para asegurar el cumplimiento de esos mandatos constitucionales, a cuyo fin resulta razonable y congruente crear una esfera patrimonial intangible a la acción ejecutiva de los acreedores que coadyuve a que el deudor pueda mantener la posibilidad de una existencia digna”.

²²¹ ANNA MARIA SOLDI, *Manuale dell’esecuzione forzata*, 4.ª edição, CEDAM, Milão, 2014, pág. 274; EURICO LOPES-CARDOSO, *Manual da Acção Executiva*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 1996, pág. 293. No CIRE, o artigo 46.º sobre o conceito de massa insolvente, determina no seu n.º 2 que os bens isentos de penhora só são integrados na massa insolvente se o devedor voluntariamente os apresentar e a impenhorabilidade não for absoluta. Sobre a massa insolvente como um “património de afectação”, veja-se PAULA COSTA E SILVA, “A liquidação da massa insolvente”, *ROA* 65 (2005), pág. 711. Sobre as exclusões da massa insolvente, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2011, págs. 100-101, e MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *A cessão de créditos em garantia e a insolvência. Em particular a posição do cessionário na insolvência do cedente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pág. 232.

²²² Nos termos do artigo 736.º, são ainda bens absoluta ou totalmente impenhoráveis, além dos bens isentos de penhora por disposição especial, as coisas ou direitos inalienáveis e os bens do domínio público do Estado e das restantes pessoas colectivas públicas. O Código de Processo Civil anterior apresentava um elenco diferente. Assim, elencados no artigo 822.º como bens absoluta ou totalmente impenhoráveis estavam, além dos bens isentos de penhora por disposição especial: “a) As coisas ou direitos inalienáveis; b) Os bens do domínio público do Estado e das restantes pessoas colectivas públicas; c) Os objectos cuja apreensão seja ofensiva dos bons costumes ou careça de justificação económica, pelo seu diminuto valor venal; d) Os objectos especialmente destinados ao exercício de culto público; e) Os túmulos; f) Os bens imprescindíveis a qualquer economia doméstica que se encontrem na residência permanente do executado, salvo se se tratar de execução destinada ao pagamento do preço da respectiva aquisição ou do custo da sua reparação; g) Os instrumentos indispensáveis aos deficientes e os objectos destinados ao tratamento de doentes”.

²²³ EURICO LOPES-CARDOSO, *Manual da Acção Executiva*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 1996, pág. 296, refere-se aos bens cuja apreensão só serviria para vexar ou lesar o executado, na sequência do anterior artigo 822.º, n.º 2. Partilhamos da opinião de que será de manter este entendimento determinante do *animus nocendi*. Também neste sentido, J. M. GONÇALVES SAMPAIO, *A acção executiva e a problemática das execuções injustas*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2008, pág. 207, nota 136. Para o direito espanhol, JOSÉ GARBERÍ LLOBREGAT, *El proceso de ejecución forzosa en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 5.ª edição, Civitas/ Thomson Reuters, Navarra, 2013, pág. 781.

²²⁴ A Cassação italiana (Acórdão da Secção Civil I, de 15 de Setembro de 1997, n.º 9190) aceitou a penhorabilidade de uma capela, considerando-a de natureza real, por oposição ao *jus sepulchri*, de natureza pessoal. ANNA MARIA SOLDI, *Manuale dell’esecuzione forzata*, 4.ª edição, CEDAM, Milão, 2014, pág. 523, define como coisas consagradas ao exercício de culto aquelas que, não consagradas ou benzidas, são utilizadas pelo proprietário ao exercício do culto, por acto formal ou através de actos concludentes que podem consistir na mera colocação de uma estátua num oratório, se esta se tornar objecto de culto.

²²⁵ EURICO LOPES-CARDOSO, *Manual da Acção Executiva*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 1996, pág. 296, sublinha que a impenhorabilidade só começa depois de colocado o jazigo no cemitério, pois enquanto estiver na fábrica ou em casa do artesão pode ser apreendido, visto que ainda não é “túmulo”. Mas o túmulo é objecto de protecção quer esteja ocupado ou desocupado, e abrange os objectos ornamentais nele colocados (em sentido contrário, CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil III*, Coimbra Editora, Coimbra, 1930, pág. 55).

ao tratamento de doentes (alínea f))²²⁶.

Segundo a melhor doutrina, a aproximação entre bons costumes e moral é demonstrada pela filiação indirecta nos *boni mores* do direito romano e pelo antecedente “moral pública” no artigo 671.º, n.º 4, Código de Seabra. Os bons costumes exprimem a moral social, impedindo comportamentos que, por hábito tradicional ou por incipiência, não têm consagração expressa, mas que, na sociedade, são consideradas em vigor²²⁷. É naturalmente uma noção variável, no tempo e no espaço social, mas digamos com MOTA PINTO²²⁸ que “*abrange o conjunto de regras éticas aceites pelas pessoas honestas, correctas, de boa fé, num dado ambiente e num certo momento*”²²⁹. Como refere CARNEIRO DA

²²⁶ O Código de Processo Civil italiano, no artigo 514.º determina que: “*Oltre alle cose dichiarate impignorabili da speciali disposizioni di legge, non si possono pignorare: 1) le cose sacre e quelle che servono all’esercizio del culto; 2) l’anello nuziale, i vestiti, la biancheria, i letti, i tavoli per la consumazione dei pasti con le relative sedie, gli armadi guardaroba, i cassettoni, il frigorifero, le stufe ed i fornelli di cucina anche se a gas o elettrici, la lavatrice, gli utensili di casa e di cucina unitamente ad un mobile idoneo a contenerli, in quanto indispensabili al debitore ed alle persone della sua famiglia con lui conviventi; sono tuttavia esclusi i mobili, meno i letti, di rilevante valore economico anche per accertato pregio artistico o di antiquariato; 3) i commestibili e i combustibili necessari per un mese al mantenimento del debitore e delle altre persone indicate nel numero precedente; 5) le armi e gli oggetti che il debitore ha l’obbligo di conservare per l’adempimento di un pubblico servizio; 6) le decorazioni al valore, le lettere, i registri e in generale gli scritti di famiglia, nonché i manoscritti, salvo che formino parte di una collezione*”. Segundo ANNA MARIA SOLDI, *Manuale dell’esecuzione forzata*, 4.ª edição, CEDAM, Milão, 2014, pág. 523, a ratio do n.º 2 está ligada a motivos humanitários. O legislador ao ponderar os interesses das partes em jogo, não permite que o interesse do credor possa prevalecer sobre o do devedor e tutela as exigências da vida deste e dos seus familiares conviventes. A autora sublinha ainda o significado e valor moral que reveste esta impenhorabilidade. Sobre o n.º 6, a autora destaca o facto de o valor patrimonial ser modesto comparado com o significado que os bens têm para a personalidade do devedor. O n.º 4 do artigo 514.º, com a reforma operada pela Lei n.º 52, de 24 de Fevereiro de 2006 (artigo 4.º), passou a último parágrafo do artigo 515.º (coisas móveis relativamente penhoráveis): “*Gli strumenti, gli oggetti e i libri indispensabili per l’esercizio della professione, dell’arte o del mestiere del debitore possono essere pignorati nei limiti di un quinto, quando il presumibile valore di realizzo degli altri beni rinvenuti dall’ufficiale giudiziario o indicati dal debitore non appare sufficiente per la soddisfazione del credito; il predetto limite non si applica per i debitori costituiti in forma societaria e in ogni caso se nelle attività del debitore risulta una prevalenza del capitale investito sul lavoro*”. A Corte Constitucional italiana foi chamada a verificar a compatibilidade do artigo 514.º do CPC italiano com os artigos 2.º, n.º 3 e 9.º da Constituição italiana, na parte em que não compreende nas coisas absolutamente impenhoráveis a televisão. O Tribunal considerou o pedido inadmissível (decisão 22 de Outubro de 1990, n.º 492), considerando que se trata de uma escolha insindicável do legislador e que não parece ser irrazoável tendo em conta o balanceamento dos interesses do devedor com os do credor.

Em Espanha, o artigo 606.º da *Ley de Enjuiciamiento Civil* (Lei n.º 1/2000, de 7 Janeiro), estabelece como bens absolutamente impenhoráveis: “*1.º Los bienes que hayan sido declarados inalienables; 2.º Los derechos accesorios, que no sean alienables con independencia del principal; 3.º Los bienes que carezcan, por sí solos, de contenido patrimonial; 4.º Los bienes expresamente declarados inembargables por alguna disposición legal*”. O artigo 606.º, elenca também como impenhoráveis, 1.º “*El mobiliario y el menaje de la casa, así como las ropas del ejecutado y de su familia, en lo que no pueda considerarse superfluo. En general, aquellos bienes como alimentos, combustible y otros que, a juicio del tribunal, resulten imprescindibles para que el ejecutado y las personas de él dependientes puedan atender con razonable dignidad a su subsistencia; 2.º Los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado, cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada; 3.º Los bienes sacros y los dedicados al culto de las religiones legalmente registradas; 4.º Las cantidades expresamente declaradas inembargables por Ley; 5.º Los bienes y cantidades declarados inembargables por Tratados ratificados por España*”. Sobre esta norma, vide, *inter alia*, JAIME GUASP e PEDRO ARAGONESES, *Derecho Procesal Civil II*, 7.ª edição, Thomson-Civitas, Navarra, 2006, págs. 628-629.

²²⁷ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1997, págs. 1208 e ss.

²²⁸ CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª edição, por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pág. 559.

²²⁹ Esta posição recebeu consagração jurisprudencial, de que são exemplo os seguintes arestos: o Ac. STJ, de 12 de Novembro de 1996 [Processo: 96A187]: “*Os ‘bons costumes’ (n. 2 do artigo 280 do C.CIV) são regras de conduta que reflectem, em determinado tempo e lugar o conjunto de preceitos éticos e morais que então e aí norteiam as pessoas honestas, correctas e de boa fé*”; o Ac. STJ, de 1 de Fevereiro de 2000 [Processo: 99A1061]: “*Os ‘bons costumes’ são uma noção variável, com os tempos e os lugares, e abrangem o conjunto de regras éticas aceites pelas pessoas honestas, correctas e de boa-fé. III- Tais regras éticas impedem que se celebre um contrato — visando*

FRADA, “os bons costumes têm uma pretensão de validade supra-individual. Apontam para valores sem dúvida consensuais e alargados”, que “não se reconduzem nem ao subjectivismo do julgador nem a uma maioria amorfa de sensibilidades empiricamente comprováveis”²³⁰. Acentuando a coloração ética do instituto, o autor considera que os bons costumes assumem a feição de “cláusula de salvaguarda do mínimo ético-jurídico reclamado pelo Direito e exigível a todos os membros da comunidade”²³¹.

A penhora de bens é absolutamente proibida quando se mostre moralmente censurável, por afectar o decoro e a dignidade do executado ou valores de equidade e justiça da sociedade. É moralmente inaceitável a penhora da aliança de casamento, mas também as roupas e outros objectos de uso pessoal (ainda que não necessariamente com o âmbito estabelecido anteriormente para a incomunicabilidade conjugal, porque a ponderação a fazer nesta sede há-de ser necessariamente diferente), bem as recordações de família de diminuto valor económico²³².

O artigo 737.º, n.º 2, elenca os bens relativamente impenhoráveis²³³. Estão isentos

prejudicar – directa, intencional e deliberadamente – um terceiro, em proveito próprio”; o Ac. TRP, de 5 de Março de 2009 [Processo: 65/07.4TBCRZ]: “I – A ideia de bons costumes encerra um conceito indeterminado, que se torna necessário precisar, não sendo qualquer ilícito que cabe na previsão da norma, mas apenas o comportamento ilícito que atenta contra os fundamentos mais profundos de toda a moral que possa afectar o comportamento humano, a moral pública, que é comum à sociedade em que se insere”; e o Ac. TRL, de 4 de Fevereiro de 2014 [Processo: 2495/11.8TCLRS-A.L2-1], referindo-se “aos valores éticos que constituem os pilares estruturantes da Comunidade, que validam as normas legais produzidas pela forma prevista na Constituição e que servem de padrão aferidor quando está em causa apreciar a adequação das condutas individuais aos padrões comportamentais reputados exigíveis à vivência em Sociedade”.

²³⁰ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2004, págs. 844-845.

²³¹ Nesse sentido refere o autor em pág. 845, que os bons costumes correspondem a um controlo de “segundo grau” da conduta do titular de uma posição jurídica, formalmente compreendida no âmbito dos poderes e faculdades que lhe assistem. Os bons costumes, diz-nos o autor, configuram “uma espécie de cláusula de reserva, um núcleo irreduzível a observar”, e “o facto de os bons costumes apelarem a um “critério de evidência” postula um limiar de tolerância fácil de identificar e que, nesse sentido, terá de ser extremo”. No sentido deste critério, SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Almedina, Coimbra, 1989, pág. 570, e JORGE COUTINHO DE ABREU, *Do abuso de direito: ensaio de um critério no direito civil e nas deliberações sociais*, Coimbra, 1983, págs. 65-66.

²³² Pensemos no exemplo de uma empresa que está, no âmbito de uma campanha de solidariedade, a recolher tampas de plástico com o fim de as vender para reciclagem e com o montante obtido comprar material ortopédico para uma determinada criança, que dele precise (as campanhas das tampinhas). Se a empresa for declarada insolvente, impedem os bons costumes que essas tampas, ainda que com valor patrimonial, sejam levadas à massa insolvente. Estamos numa situação em que a propriedade (sobre as tampas de plástico) representa, enquanto acção de solidariedade, uma forma de desenvolvimento e de intervenção social da própria empresa, que a lei deve promover e tutelar. Aqueles bens em concreto, as tampinhas, incorporam um plano de participação social e de solidariedade pessoal, que a (boa) moral impede que sejam considerados como mais um valor patrimonial da empresa.

²³³ O artigo 737.º, n.º 1, determina que estão isentos de penhora, salvo tratando-se de execução para pagamento de dívida com garantia real, os bens do Estado e das restantes pessoas colectivas públicas, de entidades concessionárias de obras ou serviços públicos ou de pessoas colectivas de utilidade pública, que se encontrem especialmente afectados à realização de fins de utilidade pública. (Acórdão STJ, de 20 de Janeiro de 2010 [Processo: 642/04.5TBSXL-B.L1.S1]: “III – Não estão isentos de penhora os bens de pessoas colectivas de utilidade pública quando não se demonstre encontrarem-se especialmente afectados à realização de fins de utilidade pública, cumprindo ao executado o ónus de provar essa especial afectação (arts. 342.º, n.º 2, do CC e 823.º do CPC)”. O n.º 2 estabelece que estão também isentos de penhora os instrumentos de trabalhos e os objectos indispensáveis ao exercício da actividade ou formação profissional do executado, salvo se: a) O executado os indicar para penhora; b) A execução se destinar ao pagamento do preço da sua aquisição ou do custo da sua reparação; c) Forem penhorados como elementos corpóreos de um estabelecimento comercial. 3 – Estão ainda isentos de penhora os bens imprescindíveis a qualquer economia doméstica que se encontrem na casa de habitação efectiva do executado, salvo quando se trate de execução destinada ao pagamento do preço da respectiva aquisição ou do custo da sua reparação.

de penhora²³⁴ os instrumentos de trabalho e os objectos indispensáveis ao exercício da actividade ou formação profissional do executado, salvo se o executado os indicar para penhora, a execução se destinar ao pagamento do preço da sua aquisição ou do custo da sua reparação ou forem penhorados como elementos corpóreos de um estabelecimento comercial²³⁵. O n.º 3 determina que estão ainda isentos de penhora os bens imprescindíveis²³⁶ a qualquer economia doméstica que se encontrem na casa de habitação efectiva²³⁷ do executado, salvo quando se trate de execução destinada ao pagamento do preço da respectiva aquisição ou do custo da sua reparação²³⁸.

O artigo 823.º, sobre bens relativamente impenhoráveis, estabelecia o seguinte: “1 – Estão isentos de penhora, salvo tratando-se de execução para entrega de coisa certa ou para pagamento de dívida com garantia real, os bens do Estado, do território de Macau e das restantes pessoas colectivas públicas, de entidades concessionárias de obras ou serviços públicos ou de pessoas colectivas de utilidade pública, que se encontrem especialmente afectados à realização de fins de utilidade pública. 2 – Estão também isentos de penhora os instrumentos de trabalho e os objectos indispensáveis ao exercício da actividade ou formação profissional do executado, salvo se: a) O executado os nomear à penhora; b) A execução se destinar ao pagamento do preço da sua aquisição ou do custo da sua reparação; c) Forem penhorados como elementos corpóreos de um estabelecimento comercial”. Com o Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de Março, o preceito passou a ter a seguinte redacção: “1 – Estão isentos de penhora, salvo tratando-se de execução para pagamento de dívida com garantia real, os bens do Estado e das restantes pessoas colectivas públicas, de entidades concessionárias de obras ou serviços públicos ou de pessoas colectivas de utilidade pública, que se encontrem especialmente afectados à realização de fins de utilidade pública. 2 – Estão também isentos de penhora os instrumentos de trabalhos e os objectos indispensáveis ao exercício da actividade ou formação profissional do executado, salvo se: a) O executado os indicar para penhora; b) A execução se destinar ao pagamento do preço da sua aquisição ou do custo da sua reparação; c) Forem penhorados como elementos corpóreos de um estabelecimento comercial”.

²³⁴ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A acção executiva* (à luz do Código de Processo Civil de 2013), 6.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pág. 248, considera que estão em causa interesses vitais do executado, por aqueles bens assegurarem ao seu agregado familiar um mínimo de condições de vida. Em bens de primeira necessidade para o devedor fala FRANCESCO P. LUISO, *Diritto processuale civile* III, 6.ª edição, Giuffrè, Milão, 2012, pág. 75. Excluindo os elementos ornamentais ou decorativos e os de recreio, JOSÉ GARBERÍ LLOBREGAT, *El proceso de ejecución forzosa en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 5.ª edição, Civitas/Thomson Reuters, Navarra, 2013, pág. 783.

²³⁵ O artigo 239.º do CIRE, sobre a cessão do rendimento disponível, determina que integram o rendimento disponível todos os créditos que advenham a qualquer título ao devedor, com exclusão do que seja razoavelmente necessário para o exercício da sua actividade profissional (n.º 3, alínea b) ii). Em Itália, o Tribunal da Cassação (por todos, o acórdão da secção III, de 23 de Fevereiro de 2006, n.º 4000; da secção III, de 30 de Junho de 2005, n.º 13968), atribui a esta impenhorabilidade o escopo de não privar o devedor da possibilidade de viver com o seu próprio trabalho. Daí que não considere impenhoráveis os bens que não respeitem às exigências normais do exercício profissional ou não os considere impenhoráveis quando o devedor tenha rendimentos suficientes de outra actividade. A Reforma de 2006 veio consagrar esta orientação. Veja-se ANNA MARIA SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, 4.ª edição, CEDAM, Milão, 2014, págs. 526 e ss, e ANTONIO GERARDO DIANA, *La nuova esecuzione forzata*, Giuffrè Editore, Milão, 2012, pág. 244.

²³⁶ ALBERTO DOS REIS, *Processo de Execução*, vol. I, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, pág. 352: “Razões de decência e de humanidade fazem que se subtraia à penhora, qualquer que seja a natureza ou origem da dívida, aquilo que é absolutamente indispensável à vida do executado e da sua família. Seria odioso e afrontoso de todos os sentimentos de respeito pela pessoa humana que a penhora se levasse até ao ponto de deixar o executado e os seus inteiramente despojados do que lhes é estritamente imprescindível para a satisfação das mais elementares necessidades da vida: a comida, a cama e o vestuário”.

²³⁷ Para crítica à expressão “habitação efectiva” que veio substituir a expressão “habitação permanente”, JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A acção executiva* (à luz do Código de Processo Civil de 2013), 6.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pág. 248, nota 23-A, e MARCO CARVALHO GONÇALVES, “As alterações no processo executivo: reforma ou contrarreforma?”, *CDP* 40 (2012), pág. 33. Em sentido concordante com o do legislador, NUNO LEMOS JORGE, “A reforma da acção executiva de 2012: um olhar sobre o (primeiro) projecto”, *Julgar* 17 (2012), pág. 89, nota 33.

²³⁸ Estas normas visam a tutela de necessidades inerentemente humanas e não se aplicam às pessoas colectivas. Cfr., neste sentido, o Ac. TRP, de 14 de Outubro de 2002 [Processo: 0250795]: “A isenção de penhora prevista no artigo 823 n.2 do Código de Processo Civil visa obstar a que a penhora ponha em risco a situação ou possibilidade de sobrevivência do executado e radica em razões intrinsecamente pessoais, não abrangendo as pessoas colectivas, nomeadamente as sociedades comerciais”, bem como o Ac. TRL, de 11 de Junho de 2003 [Processo: 2089/2003-4], que considerou não aplicável às sociedades comerciais o disposto

O que se visa assegurar com a categoria dos bens relativamente impenhoráveis, no que diz respeito aos bens mencionados acima, é que o executado, se for essa a sua vontade, não seja privado dos meios que lhe permitam manter a sua actividade profissional (ou a formação profissional, que no futuro lhe dará acesso a essa actividade profissional) que lhe permita obter os rendimentos necessários ao pagamento da dívida.

Se esta norma pode ser vista como satisfazendo ainda um interesse do credor²³⁹, já a norma que que isenta de penhora os bens imprescindíveis a qualquer economia doméstica deve ser entendida como respondendo às necessidades existenciais mínimas do executado e da sua família. Como ensina LEBRE DE FREITAS²⁴⁰, e foi aceite pela jurisprudência mais recente²⁴¹, a impenhorabilidade “*implica o recurso a um padrão mínimo de dignidade social*”. Para aferir deste padrão mínimo, o juiz deve averiguar quais são os bens que constituem as condições materiais indispensáveis à existência física do executado, mas também à sua participação na vida social²⁴².

O legislador estabeleceu ainda a impenhorabilidades parcial dos vencimentos, salários, prestações periódicas pagas a título de aposentação ou de qualquer outra regalia social, seguro, indemnização por acidente, renda vitalícia, ou prestações de qualquer natureza que assegurem a subsistência do executado. Mas esta questão está relacionada com o direito a uma subsistência condigna do executado²⁴³ do que à propriedade enquanto forma de desenvolvimento da personalidade.

pelo n.º 2 do artigo 823.º do CPC. No mesmo sentido, JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A acção executiva* (à luz do Código de Processo Civil de 2013), 6.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pág. 249, nota 24. Na jurisprudência italiana, a norma tem sido entendida com algum cuidado, aplicando-a às sociedades em nome colectivo, em que a responsabilidade solidária e ilimitada de todos os sócios pelas obrigações sociais (cfr. decisão da secção do trabalho, de 1 de Julho de 2000, n.º 8859), aplicando-a apenas às sociedades de capitais (decisão da Secção Civil III, de 25 de Outubro de 1994, n.º 8756). Decisões disponíveis em GIANNI BELLAGAMBA e GIUSEPPE CARITI, *L'esecuzione civile: Rassegna giurisprudenziale della normativa sostanziale e processuale*, 3.ª edição, Giuffrè Editore, Milão, 2012, págs. 384 e ss.

Esta norma constava do artigo 822.º, alínea f) do CPC, era portanto elencada como uma impenhorabilidade absoluta. Aplauda-se a decisão do legislador.

²³⁹ JOSÉ GARBERÍ LLOBREGAT, *El proceso de ejecución forzosa en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 5.ª edição, Civitas/Thomson Reuters, Navarra, 2013, pág. 784.

²⁴⁰ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A acção executiva* (à luz do Código de Processo Civil de 2013), 6.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pág. 248, nota 23-B. Cfr. o Ac. TRL, de 11 de Novembro de 2010 [Processo: 1030/10].

²⁴¹ Cfr. o Acórdão TRP, de 5 de Fevereiro de 2001 [Processo: 0021750]: “*Para efeito de impenhorabilidade, o conceito de ‘bens imprescindíveis a uma economia doméstica’ tem variado ao longo da história, de acordo com o grau de desenvolvimento social, cultural e económico, e o padrão das necessidades essenciais para uma família deve aferir-se em função do nível sócio-cultural e económico de qualquer família média portuguesa*”. Esta solução está alinhada com a solução italiana consagrada no artigo 514.º do Código de Processo Civil, em que o legislador italiano elencou os elementos impenhoráveis e apenas quanto aos móveis (ainda assim, excluindo as camas) ressaltou, como penhoráveis, os de relevante valor económico.

²⁴² Pense-se, por exemplo, na penhora de um telemóvel ou mesmo de um computador pessoal, que é actualmente imprescindível na procura de emprego. No mesmo sentido, na doutrina italiana, ANNA MARIA SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, 4.ª edição, CEDAM, Milão, 2014, pág. 524, entende que a indispensabilidade deve ser entendida com referências às exigências físicas de sobrevivência, mas também de “*general decoro*”, e CRISANTO MANDRIOLI, *Diritto Processuale Civile IV*, 21.ª edição por ANTONIO CARRATA, Giappichelli Editore, Turim, 2011, pág. 105, nota 8.

²⁴³ O artigo 738.º, onde o legislador elencou os bens parcialmente penhoráveis, pode ler-se: “*1 – São impenhoráveis dois terços da parte líquida dos vencimentos, salários, prestações periódicas pagas a título de aposentação ou de qualquer outra regalia social, seguro, indemnização por acidente, renda vitalícia, ou prestações de qualquer natureza que assegurem a subsistência do executado. 2 – Para efeitos de apuramento da parte líquida das prestações referidas no número anterior, apenas são considerados os descontos legalmente obrigatórios. 3 – A impenhorabilidade prescrita no n.º 1 tem como limite máximo o montante equivalente a três salários mínimos nacionais à data de cada apreensão e como limite mínimo, quando o executado não tenha outro rendimento, o montante equivalente a um salário mínimo nacional. 4 – O disposto nos números anteriores não se aplica quando o crédito exequendo for de alimentos, caso em que é impenhorável a quantia equivalente à totalidade da pensão*”

social do regime não contributivo. 5 – Na penhora de dinheiro ou de saldo bancário, é impenhorável o valor global correspondente ao salário mínimo nacional ou, tratando-se de obrigação de alimentos, o previsto no número anterior. 6 – Ponderados o montante e a natureza do crédito exequendo, bem como as necessidades do executado e do seu agregado familiar, pode o juiz, excepcionalmente e a requerimento do executado, reduzir, por período que considere razoável, a parte penhorável dos rendimentos e mesmo, por período não superior a um ano, isentá-los de penhora. 7 – Não são cumuláveis as impenhorabilidades previstas nos n.ºs 1 e 5”.

A questão da impenhorabilidade dos salários e pensões foi levada várias vezes ao Tribunal Constitucional. No Acórdão TC n.º 349/91 [Relator: ALVES CORREIA], de 3 de Julho, estava em causa o artigo 45.º, n.º 1, da Lei 28/84, de 14 de Agosto (Lei da Segurança Social), que estabelecia: “1. As prestações devidas pelas instituições de segurança social são impenhoráveis e intransmissíveis. 2. A impenhorabilidade das prestações não se aplica em processo de execução especial por alimentos, relativamente a prestações substitutivas de rendimento e até um terço do seu montante. A norma do n.º 1 do artigo 45.º da Lei n.º 28/84, ao submeter as pensões devidas pelas instituições de segurança social a um regime de impenhorabilidade total — apenas com o temperamento constante do n.º 2 daquele preceito —, estabeleceria para elas um tratamento diferente e mais favorável do que aquele que vigorava para as restantes prestações de aposentação, reforma, invalidez ou outras de natureza semelhante — designadamente as pagas aos trabalhadores da Administração Pública e demais agentes do Estado e outras entidades públicas pela Caixa Geral de Aposentações —, as quais gozavam apenas de um regime de impenhorabilidade parcial, nos termos da alínea f) do n.º 1 e do n.º 4 do artigo 823.º do Código de Processo Civil [O Código de Processo Civil aprovado pelo Decreto-Lei n.º 44 129, de 28 e Dezembro de 1961, estatua, com efeito, o seguinte: O artigo 823.º (Bens relativa ou parcialmente impenhoráveis) do CPC, com a redacção dada à altura estabelecia que “1. Estão também isentos de penhora: f) Dois terços das prestações periódicas pagas a título de aposentação, reforma, auxílio, doença, invalidez, montepio, seguro, indemnização por acidente ou renda vitalícia, e de outras pensões de natureza semelhante. (...) 4 — As quantias e pensões a que se referem as alíneas e) e f) do n.º 1 podem ser apreendidas até metade, quando a execução provenha de comedorias ou géneros fornecidos para alimentação do executado, do seu cônjuge ou de seus ascendentes e descendentes. Nos casos restantes, a parte penhorável das quantias e pensões é fixada pelo juiz, segundo o seu prudente arbítrio e tendo em atenção as condições económicas do executado, entre um terço e um sexto”. Cfr. ainda o artigo 70.º do Estatuto da Aposentação dos funcionários e agentes da Administração Central, Regional e Local, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 498/72, de 9 de Dezembro]. O Tribunal Constitucional seguiu o Acórdão n.º 479, de 25 de Março de 1983, da Comissão Constitucional, que havia concluído que as normas que consagravam aquele princípio [a Base XXVI da Lei n.º 2115, de 18 de Junho de 1962 (“as prestações devidas aos beneficiários ou sócios das instituições de previdência social e seus familiares não podem ser cedidas a terceiros nem penhoradas, mas prescrevem a favor das respectivas instituições pelo lapso de um ano, a contar do vencimento ou do último dia do prazo de pagamento, se o houver”) e o artigo 30.º do Decreto n.º 45 266, de 23 de Setembro de 1963 (Regulamento Geral das Caixas Sindicais de Previdência): “as prestações devidas aos beneficiários e seus familiares não podem ser cedidas a terceiros nem penhoradas” e acrescenta que tais prestações “são isentas de quaisquer taxas, contribuições ou impostos”] não ofendiam o princípio constitucional da igualdade, na medida em que “a exclusão da penhorabilidade das pensões pagas aos beneficiários do regime geral de previdência (regime que abrange, de um ponto de vista numérico, a maior parte dos Portugueses) não decorre de um puro capricho ou do arbítrio do legislador, reflectindo antes a preocupação de conferir uma garantia absoluta à percepção de um rendimento mínimo de subsistência”. Tal solução foi considerada como “perfeitamente compatível (...) com a nossa Constituição e o quadro de valores nela acolhidos, nomeadamente a defesa do bem-estar e qualidade de vida das classes sociais mais desfavorecidas, a protecção decorrente do estabelecimento de um mínimo de subsistência (salário mínimo ou pensão previdencial sucedânea), a protecção nas situações de infortúnio ou de menor aptidão para conseguir os meios de subsistência a que todos têm direito” — cfr. *BMJ* 327 (1983), págs. 415-430). O Tribunal concluiu, pois, que a norma do n.º 4 do artigo 45.º da Lei n.º 28/84, enquanto aplicável ao caso sub judicio, não era inconstitucional. A pensão que o executado percebia, tendo em conta o seu montante e o período histórico em que ela estava a ser paga, foi entendida como cumprindo efectivamente a função inelidível de garantia de uma sobrevivência minimamente digna do beneficiário, pelo que a sua impenhorabilidade total, nos termos daquela norma, “não surge como algo materialmente infundado, irrazoável ou arbitrário, nem desproporcionado”. Ela não violava o princípio constitucional da igualdade, nem a garantia constitucional do credor a ver satisfeito o seu crédito, que há-de extrair-se do artigo 62.º, n.º 1, da Constituição. No mesmo sentido, decidiu o Acórdão TC n.º 411/93 [Relator: NUNES DE ALMEIDA], de 29 de Junho, ao julgar inconstitucional, por violação do preceituado nas disposições conjugadas dos artigos 13.º, n.º 1, e 62.º, n.º 1, da Constituição, a norma do artigo 45.º, n.º 1, da Lei n.º 28/84, de 14 de Agosto, na medida em que apenas isentava de penhora a parte das prestações devidas pelas instituições de segurança social que excedesse o mínimo adequado e necessário a uma sobrevivência condigna.

Esta jurisprudência influenciou de forma decisiva a reforma do processo civil, nesta parte. Com efeito, com o Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro, o CPC consagrou a distinção entre impenhorabilidade absoluta, relativa e parcial e a figura da penhorabilidade subsidiária, e previu no seu artigo 12º que “as disposições constantes de legislação especial que estabeleçam a impenhorabilidade absoluta de

quaisquer rendimentos, independentemente do seu montante, em colisão com o disposto no artigo 824.º do Código de Processo Civil”, não seriam invocáveis em processo civil. “Quanto à penhorabilidade parcial — para além de se estabelecer que os regimes ora instituídos prevalecem sobre quaisquer disposições legais especiais que estabeleçam impenhorabilidades absolutas sem atender ao montante dos rendimentos recebidos, em flagrante violação do princípio constitucional da igualdade, são atribuídos ao juiz amplos poderes para, em concreto, determinar a parte penhorável das quantias e pensões de índole social percebidas à real situação económica do executado e seu agregado familiar, podendo mesmo determinar a isenção total de penhora quando o considere justificado”, pode ler-se no preâmbulo do referido diploma. No Acórdão TC n.º 318/99 [Relator: NUNES DE ALMEIDA], de 26 de Maio, estava em análise o artigo 824.º, n.º 1, alínea b) do Código de Processo Civil [O artigo 824.º (Bens parcialmente penhoráveis), com a redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro lia assim: “1. Não podem ser penhorados: a. Dois terços dos vencimentos ou salários auferidos pelo executado; b. Dois terços das prestações periódicas pagas a título de aposentação ou de qualquer outra regalia social, seguro, indemnização por acidente ou renda vitalícia, ou de quaisquer outras pensões de natureza semelhante. 2. A parte penhorável dos rendimentos referidos no número anterior é fixada pelo juiz entre um terço e um sexto, segundo o seu prudente arbítrio, tendo em atenção a natureza da dívida exequenda e as condições económicas do executado. 3. Pode o juiz excepcionalmente isentar de penhora os rendimentos a que alude o n.º 1, tendo em conta a natureza da dívida exequenda e as necessidades do executado e seu agregado familiar] na medida em que permitia a penhora de uma pensão de reforma por invalidez de valor inferior ao salário mínimo nacional”. A questão que se colocou foi a de saber se a norma que permitia a penhora até 1/3 de uma pensão de reforma por invalidez, cujo montante fosse inferior ao salário mínimo nacional, seria inconstitucional por não garantir o mínimo adequado e necessário para uma existência condigna (artigo 1º em conjugação com o artigo 63º, n.ºs 3 e 4, da Constituição). Considerou o Tribunal que “assim como o salário mínimo nacional contém em si a ideia de que é a remuneração básica estritamente indispensável para satisfazer as necessidades impostas pela sobrevivência digna do trabalhador e que por ter sido concebido como o ‘mínimo dos mínimos’ não pode ser, de todo em todo, reduzido, qualquer que seja o motivo, assim também, uma pensão por invalidez, doença, velhice ou viuvez, cujo montante não seja superior ao salário mínimo nacional não pode deixar de conter em si a ideia de que a sua atribuição corresponde ao montante mínimo considerado necessário para uma subsistência digna do respectivo beneficiário. Em tais hipóteses, o encurtamento através da penhora, mesmo de uma parte dessas pensões — parte essa que em outras circunstâncias seria perfeitamente razoável, como no caso de pensões de valor bem acima do salário mínimo nacional —, constitui um sacrifício excessivo e desproporcionado do direito do devedor e pensionista, na medida em que este vê o seu nível de subsistência básico descer abaixo do mínimo considerado necessário para uma existência com a dignidade humana que a Constituição garante. Nestes termos, considera-se que a norma do artigo 824.º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Civil, na medida em que permite a penhora até 1/3 quer de vencimentos ou salários auferidos pelo executado, quando estes são de valor não superior ao salário mínimo nacional em vigor naquele momento, quer de pensões de aposentação ou de pensões sociais por doença, velhice, invalidez e viuvez, cujo valor não alcança aquele mínimo remuneratório, é inconstitucional por violação do princípio da dignidade humana, decorrente do princípio do Estado de direito, constante das disposições conjugadas dos artigos 1º, 59º, n.º2, alínea a) e 63º, n.ºs 1 e 3, da Constituição da República Portuguesa”.

No Acórdão TC n.º 62/02 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 6 de Fevereiro, a questão que se colocava era a de saber se o rendimento mínimo garantido, criado pela Lei n.º 19-A/96 de 29 de Junho, seria ou não penhorável, estando em causa a apreciação da constitucionalidade dos artigos 821º, n.º 1 e 824º, n.ºs 1, alínea b) e 2 do Código de Processo Civil, interpretados no sentido de admitirem a penhora parcial, até um terço, de prestações recebidas a título de rendimento mínimo garantido. A prestação de rendimento mínimo era uma prestação do regime não contributivo de segurança social que, calculada em função das necessidades do agregado familiar, visava assegurar-lhe a este meios mínimos de subsistência, como resultava, por exemplo, da sua indexação ao montante legalmente fixado para a pensão social do regime não contributivo de segurança social, da variação da prestação de acordo com a composição do agregado familiar e as situações de revisão da prestação (designadamente, a alteração da composição do agregado familiar ou dos respectivos rendimentos). O fundamento constitucional da consagração do rendimento mínimo garantido encontrava-se no artigo 63º, n.ºs 1 e 3 da Constituição da República, segundo os quais “todos têm direito à segurança social” e “o sistema de segurança social protege os cidadãos na doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho”, e no princípio da dignidade humana, na qual se baseia a República Portuguesa (como se proclama logo no artigo 1º da Constituição) e que resulta também do princípio do Estado de Direito (artigo 2º). O TC considerou que a possibilidade de o juiz, considerando o princípio da proporcionalidade e o direito do credor, graduar o montante da prestação de rendimento mínimo garantido a penhorar entre um sexto e um terço, garantida pelo artigo 824º, n.º 2, do Código de Processo Civil, ou mesmo a possibilidade de, nos termos do n.º 3 deste artigo, isentar totalmente de penhora as prestações em questão, considerando a natureza da dívida exequenda e as necessidades do executado e seu agregado familiar, não se afiguravam no caso da prestação de rendimento mínimo garantido, suficientes para garantir a compatibilização com as exigências constitucionais.

Na verdade, em casos de agregados familiares numerosos, o encurtamento pela penhora, mesmo

tão-só de uma parte do rendimento mínimo que em prestações de outro tipo seria perfeitamente razoável, constituiria logo um sacrifício *excessivo* e *desproporcionado* do direito do devedor, na medida em que este vê o seu nível de subsistência básico ou do seu agregado familiar descer abaixo do mínimo considerado necessário para a existência com a dignidade humana que a Constituição garante. E poderia mesmo equivaler à *eliminação total* do rendimento mínimo considerado indispensável para a subsistência um dos membros do seu agregado familiar, em função do qual a prestação foi calculada.

No caso da prestação em análise – cujo montante equivalia, nas suas finalidades e montante, ao mínimo indispensável para uma existência condigna do titular e seu agregado familiar –, só, pois, a salvaguarda da totalidade da prestação em face da penhora podia considerar-se bastante para garantir a dignidade humana do devedor e seu agregado (devendo considerar-se irrelevante também a consideração da natureza da dívida exequenda, designadamente, do título de aquisição do crédito). O Tribunal Constitucional julgou, pois, inconstitucionais, por violação do princípio da Dignidade Humana contido no princípio do Estado de Direito, tal como resultava das disposições conjugadas dos artigos 1.º e 63.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição da República, os artigos 821.º, n.º 1 e 824.º, n.º 1, alínea b) e n.º 2 do Código de Processo Civil, na interpretação segundo a qual são penhoráveis as quantias percebidas a título de rendimento mínimo garantido.

A questão da penhorabilidade até 1/3 das prestações periódicas pagas a título de regalia social ou de pensão, cujo valor não fosse superior ao salário mínimo nacional, resultante da conjugação do disposto no n.º 1, alínea b) e n.º 2 do artigo 824.º do Código de Processo Civil, voltou a ser discutida no Acórdão 177/02 [Relatora: MARIA DOS PRAZERES BELEZA], de 23 de Abril, onde se declarou a “inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma que resulta da conjugação do disposto na alínea b) do n.º 1 e no n.º 2 do artigo 824.º do Código de Processo Civil, na parte em que permite a penhora até 1/3 das prestações periódicas, pagas ao executado que não é titular de outros bens penhoráveis suficientes para satisfazer a dívida exequenda, a título de regalia social ou de pensão, cujo valor global não seja superior ao salário mínimo nacional, por violação do princípio da dignidade humana, contido no princípio do Estado de Direito, e que resulta das disposições conjugadas do artigo 1.º, da alínea a) do n.º 2 do artigo 59.º e dos n.ºs 1 e 3 do artigo 63.º da Constituição”.

Este acórdão teve voto de vencido dos Conselheiros PAULO MOTA PINTO, BRAVO SERRA, e CARDOSO DA COSTA. Em declaração de voto, PAULO MOTA PINTO, num texto de grande sensibilidade para o conflito entre o direito do credor e o direito do devedor, escreveu que: “O Código de Processo Civil prevê no n.º 3 do artigo 824.º que o juiz pode isentar totalmente de penhora prestações como as que estavam em causa, tendo em conta a natureza da dívida exequenda e as necessidades do executado e seu agregado familiar. A remissão para tal possibilidade judicial afigura-se-me claramente de preferir ao estabelecimento de um limite rígido e abstracto de impenhorabilidade, desde logo, por permitir tomar em conta circunstâncias do caso concreto que podem não ser despidiendas. (...) A vantagem da ponderação, no caso concreto, do critério do n.º 3 do artigo 824.º do Código de Processo Civil acresce, aliás, que as situações de impenhorabilidade (por exemplo, de dois terços dos vencimentos ou das prestações em causa) devem já ser consideradas em geral absolutamente excepcionais, quer por poderem originar um ‘amolcimento ósseo’ das obrigações civis, quer por serem possíveis fontes de flagrante injustiça relativa (basta, para o concluir, ter presente que, perante um critério abstracto de impenhorabilidade, uma eventualmente idêntica situação financeira do credor não pode ser considerada), e que ainda mais excepcionais terão de ser os casos em que a garantia da dignidade humana, como valor no qual se funda a República Portuguesa, inscrito logo no ‘pórtico’ da Lei Fundamental, impõe a consagração de uma impenhorabilidade”. Como esclareceu o autor: “a afirmação de uma impenhorabilidade total de prestações recebidas a título de regalia social ou de pensão, cujo valor global não seja superior ao salário mínimo”, em nome do princípio da dignidade humana funda-se, a meu ver, numa confusão entre o critério do ‘mínimo de existência’ do devedor e seu agregado – esse sim, imposto pela dignidade humana – e o salário mínimo (sendo certo que, quando coincidirem, já a aplicação do primeiro conduzirá a afirmar a impenhorabilidade). Na verdade, o salário mínimo representa a remuneração mínima garantida pela prestação laboral, imposta por um princípio de justiça comutativa, pela própria ideia de dignidade do trabalho – ou da pessoa enquanto trabalhador –, e por outras razões sociais e económicas. Tudo, pois, critérios constitucionais e legais explícitos que desmentem frontalmente o objectivo e a natureza do salário mínimo como garantia de um ‘mínimo de existência’, ou de subsistência, implicado pelo valor da dignidade humana (que pode, aliás, ser superior ou inferior ao salário mínimo), e que, a meu ver, impedem a sua utilização como critério para uma impenhorabilidade total, fundada na protecção daquele valor. Por tais razões, não teria julgado inconstitucional a norma em causa”. Por último, registre-se, ainda, “que, dentro da própria lógica do aresto de que dissenti, o critério para a ‘proibição constitucional de penhora’ há-de, com certeza, residir, não tanto na comparação do salário mínimo com o valor (fraccionado ou global) das prestações auferidas pelo devedor, como na comparação com o rendimento que lhe restaria depois da penhora – ou seja, com o seu rendimento remanescente.

Depois de o Acórdão TC n.º 96/04 [Relatora: MARIA HELENA BRITO], de 11 de Fevereiro, ter concluído que não se justifica no caso da penhora de salários um tratamento diverso daquele que foi dado à penhora das prestações periódicas, deu-se uma viragem definitiva com o Acórdão TC n.º 657/06 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 28 de Novembro, onde estava em causa a apreciação da constitucionalidade do artigo 824.º, n.ºs 1, alínea a), e 2, do Código de Processo Civil, na medida em que permitia “a penhora de qualquer percentagem no salário de executados quando tal salário é inferior ao salário mínimo nacional ou

(ii) O direito de remição

O artigo 842.º do CPC determina que “*ao cônjuge que não esteja separado judicialmente de pessoas e bens e aos descendentes ou ascendentes do executado é reconhecido o direito de remir todos os bens adjudicados ou vendidos, ou parte deles, pelo preço por que tiver sido feita a adjudicação ou a venda*”. O direito de remição, instituição com raízes históricas antigas no nosso ordenamento jurídico²⁴⁴, é o direito que a lei confere a certas pessoas da fa-

quando, sendo superior, o remanescente disponível para os mesmos, após a penhora, fique aquém do salário mínimo nacional” – ou, por outras palavras, enquanto não previa uma impenhorabilidade, total e automática, dos rendimentos do trabalho auferidos pelo executado na medida em que este não fique com um montante igual ao do salário mínimo nacional. Depois de se considerar que o *salário mínimo nacional constituía um referente adequado* – e dir-se-á mesmo, para efeitos constitucionais, um referente mínimo necessário – para definir o limiar abaixo do qual a possibilidade de privação de rendimentos por uma penhora conduzia a violação do “*princípio da dignidade humana, decorrente do princípio do Estado de direito*”, e que era insuficiente para satisfazer as exigências constitucionais a *possibilidade excepcional do juiz de, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto, e mais precisamente “a natureza da dívida exequenda e as necessidades do executado e seu agregado familiar”, isentar de penhora o executado, o Tribunal alterou a sua linha decisória, quanto a nós no bem sentido. O Tribunal considerou que “um critério que permite uma ponderação no caso concreto é, naturalmente, menos rígido e mais flexível do que um critério abstracto, permitindo tomar em conta várias circunstâncias do caso, tendo em conta a natureza da dívida exequenda e as necessidades do executado e seu agregado familiar” e que não obstava a Constituição “a que possam ser as instâncias a realizar um juízo casuístico de ponderação e adequação das posições e interesses de exequente e executado, devendo naturalmente fazê-lo em conformidade com as exigências constitucionais, e, em particular, com o princípio da dignidade da pessoa humana, em que se baseia a República Portuguesa (artigo 1.º da Constituição). A Constituição não impõe, pois, um regime de fixação, rigidamente e em abstracto, da impenhorabilidade de rendimentos laborais do executado, na medida em que este fique privado do montante correspondente ao salário mínimo nacional, permitindo antes que seja cometida ao juiz a decisão sobre a penhorabilidade concreta, com uma de todas as circunstâncias do caso, incluindo a situação económica global do executado e a natureza, montante e origem da dívida exequenda”. O Tribunal reconhece que existe um limiar de rendimentos abaixo do qual a penhora do executado (que não disponha de outros bens, bem entendido) que os atinja afectará sempre a dignidade humana do executado, que não se confunde com o salário mínimo. O salário mínimo representa a remuneração mínima garantida pela prestação laboral, imposta por um princípio de justiça comutativa e pela própria ideia de dignidade do trabalho – ou da pessoa enquanto trabalhador –, e determinado também por outras razões sociais e económicas (onde se refere, entre outras, o nível de desenvolvimento das forças produtivas, as exigências da estabilidade económica e financeira e a acumulação para o desenvolvimento).*

O salário mínimo é uma prestação retributiva do trabalho equivalente ao mínimo que a ideia de dignidade e valor do trabalho (e não da pessoa humana) implicam – ou, se se quiser, repete-se, da pessoa enquanto trabalhador –, e que outras razões sociais e económicas condicionam, mas não é o critério adequado, e muito menos constitucionalmente imposto, para uma abstracta impenhorabilidade total, fundada na protecção da dignidade da pessoa humana. (...) Sendo certo que é mesmo desejável que o montante do salário mínimo se afaste, cada vez mais, do valor do “mínimo de sobrevivência condigna”, este mínimo pode, porém, por outro lado, ser mesmo superior ao salário mínimo – e muitas vezes sê-lo-á sem dúvida (por exemplo, em agregados familiares numerosos). No mesmo sentido, veja-se o Acórdão TC n.º 257/2010 [Relator: CARLOS PAMPLONA DE OLIVEIRA], de 29 de Junho. Também a propósito da avaliação da insuficiência económica, para efeitos de apoio judiciário, ver os Acórdãos TC n.º 125/08, 127/08, e 515/08 [Relator: VÍTOR GOMES], de 22 de Outubro de 2008. Sobre a questão, em geral, e com mais desenvolvimentos, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, anot. ao artigo 20.º, págs. 176-178.

²⁴⁴ O direito de remição, que “*consiste essencialmente em se reconhecer à família do executado a faculdade de adquirir, tanto por tanto, os bens vendidos ou adjudicados no processo de execução*” “*tem raízes profundas no nosso sistema jurídico*” (cfr. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Processo de Execução*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1982, págs. 476 e 477), que remontam às Ordenações e que, com ligeiras variações quanto ao leque dos familiares em que era encabeçado e à natureza dos bens sobre que podia ser exercitado, foi mantido desde o Decreto n.º 24, de 16 de Maio de 1832 (artigo 153.º), passando pela Reforma Judiciária de 1837 (artigo 248.º), pela Novíssima Reforma Judiciária (artigo 602.º), pela Lei de 16 de Junho de 1855 (artigo 16.º), até aos Códigos de Processo Civil de 1876 (artigo 888.º), de 1939 (artigo 912.º), de 1961 (artigo 912.º), a Reforma operado pelo Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro, e pelo Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de Março, até ao recente Código de Processo Civil, aprovado pela Lei (artigos).

mília do executado de haverem para si, na acção executiva²⁴⁵, os bens adjudicados ou vendidos, ou parte deles, pelo preço por que tiver sido feita a adjudicação ou a venda²⁴⁶. Pretende-se proteger o património da família do devedor, obstando a que dele saiam os bens penhorados, num *benefício dado aos familiares do executado*²⁴⁷, sem que a execução, *rectius*, os credores, saiam prejudicados. O próprio legislador estabeleceu no artigo 845.º do CPC uma hierarquia entre os familiares interessados. Assim, o direito de remição pertence em primeiro lugar ao cônjuge²⁴⁸, em segundo lugar aos descendentes e em terceiro lugar aos ascendentes do executado. Concorrendo à remição vários descendentes ou vários ascendentes, preferem os de grau mais próximo aos de grau mais remoto; em igualdade de grau, abre-se licitação entre os concorrentes e prefere-se o que oferecer maior preço²⁴⁹.

²⁴⁵ No Ac. TRC, de 22 de Maio de 2007 [Processo: 212-E/1997.C1], o Tribunal considerou que “*declarada a falência de herança ilíquida e indivisa, na subsequente venda ou adjudicação dos bens arrolados para a massa falida podem exercer o direito de remição os familiares do autor da herança indicados no art. 912º do CPC*”.

²⁴⁶ FERNANDO AMÂNCIO FERREIRA, *Curso de Processo de Execução*, 13.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 392; JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A acção executiva (à luz do Código de Processo Civil de 2013)*, 6.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pág. 385; EURICO LOPES-CARDOSO, *Manual da Acção Executiva*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 1996, pág. 613.

²⁴⁷ Pelo facto de o direito de remição ser um benefício dos familiares do executado, a lei dispensou a necessidade de notificação para remir, que seria um factor de desestabilização do processo. Ac. STJ, de 10 de Dezembro de 2009 [Processo: 321-B-1997.S1]: “*Na verdade, sendo o interesse tutelado com o instituto da remição o interesse do círculo familiar do executado, por ele, desde logo, encabeçado, — e não propriamente qualquer interesse endógeno e típico da acção executiva — considerou justificadamente o legislador que se não impunha complicar e embaraçar a normal tramitação da execução com a averiguação da possível existência de familiares próximos do executado e as diligências tendentes a permitirem a sua localização, com vista a notificá-los pessoalmente para o eventual exercício da remição: cabe, deste modo, ao executado e respectivos familiares um ónus de acompanhamento atento e diligente da execução que afecte o património familiar, com vista a exercerem tempestivamente o direito de remição, sem, com isso, porem em causa a legítima confiança que o adquirente dos bens em processo executivo legitimamente depositou na estabilidade da aquisição patrimonial que realizou*”. No mesmo sentido, o Ac. TRP, de 15 de Fevereiro de 2010 [Processo: 523-F/1999.P1].

Note-se que, apesar de o remidor não ser parte, beneficia, quanto às condições procedimentais do exercício do direito que lhe assiste, da tutela conferida pelo art. 20º da Constituição, não podendo ser-lhe criados ónus ou obstáculos desproporcionados à efectivação da pretendida aquisição dos bens familiares. O Ac. TC n.º 277/07 [Relator: MÁRIO TORRES], de 2 de Maio, julgo inconstitucional, por violação do direito de acesso aos tribunais e do princípio do processo equitativo, consagrados nos n.ºs 1 e 4 do artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa, a interpretação da norma do n.º 2 do artigo 912.º do Código de Processo Civil, na redacção anterior ao Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de Março, segundo a qual só se considera validamente exercido o direito de remição, por um descendente do executado, no acto de abertura e aceitação das propostas em carta fechada, se fosse acompanhado do depósito da totalidade do preço oferecido na proposta aceite.

No que respeita à tempestividade do exercício do direito de remição, defrontamo-nos com dois valores ou interesses antagónicos, ambos susceptíveis de tutela constitucional: por um lado, o direito do remidor em não ser arbitrariamente privado da possibilidade de salvaguarda e manutenção do património familiar, através da criação de regimes procedimentais desproporcionadamente preclusivos ou limitativos — e como tal violadores do artigo 20º da Constituição; por outro lado, a expectativa legítima do adquirente dos bens em não ver a estabilidade e a eficácia da venda executiva abalada, através e um exercício inadmissivelmente tardio e abusivo do direito do remidor, susceptível de ofender o princípio da confiança, ínsito no do Estado de direito democrático.

²⁴⁸ Ditou o Ac. TRP, de 19 de Janeiro de 2010 [Processo n.º 537/09.6TBPVZ-A.P1], in www.dgsi.pt, que “*No tocante ao cônjuge apenas se exige que não esteja separado judicialmente de pessoas e bens. Portanto, aquele cônjuge não deixa de ser titular do direito de remir os bens quanto esteja somente separado de facto — isto é, numa cessação da convivência conjugal não reconhecida nem determinada judicialmente — ou quando entre ele o executado tenha sido decretada a simples separação judicial de bens. O regime de bens sob que foi contraído o casamento é irrelevante para a atribuição ao cônjuge do direito de remir. O cônjuge do executado goza, por isso, do direito de remição ainda que o seu casamento tenha celebrado segundo o regime de separação de bens*”.

²⁴⁹ O Ac. TRC, de 26 de Junho de 2012 [Processo: 366-C/2002.C1], perante a questão de o disposto no n.º 2 do artigo 915.º do Código de Processo Civil (na numeração vigente à data do acórdão),

Não é pacífica na doutrina a qualificação do direito de remição. LEBRE DE FREITAS²⁵⁰ qualifica-o como um “direito de preferência qualificado”, REMÉDIO MARQUES²⁵¹ como um “direito de preferência reforçado”, FERNANDO AMÂNCIO FERREIRA²⁵² parece aceitar que se trata de um mero direito de preferência. ALBERTO DOS REIS²⁵³, reconhecendo ainda que na sua actuação prática o direito de remição funciona como um direito de preferência dos titulares desse direito relativamente aos compradores ou adjudicatários, sublinhava que os dois direitos têm natureza diversa, já pela base em que assentam, já pelo fim a que visam. Quanto à *diversidade de fundamento*, “ao passo que o direito de preferência tem por base uma relação de carácter patrimonial”, sendo a razão da titularidade o condomínio ou o desdobramento da propriedade, já “o direito de remição tem por base uma relação de carácter familiar, sendo a razão da titularidade o vínculo familiar criado pelo casamento ou pelo parentesco (a qualidade de cônjuge, de descendente ou de ascendente)”. Quanto à *diversidade de fim*, enquanto “o direito de preferência obedece ao pensamento de transformar a propriedade comum em propriedade singular, ou de reduzir a compropriedade, ou de favorecer a passagem da propriedade imperfeita para a propriedade perfeita”, já “o direito de remição inspira-se no propósito de defender o património familiar, de obstar a que os bens saiam da família do executado para as mãos de pessoas estranhas”²⁵⁴.

prever o exercício do direito de remissão na hipótese de concurso de uma pluralidade de descendentes ou de ascendentes, em igualdade de grau, mas não já de concurso de cônjuges, resultante de segundas núpcias após divórcio dos executados na pendência do processo de execução, decidiu que apresentando-se o novo cônjuge do executado a concorrer com um descendente, só este último tem o direito a remir. No caso *sub judice*, a execução era contra ambos os cônjuges, que viriam a divorciar-se na pendência do processo, e a filha era a única que tinha uma relação familiar com ambos os executados. O tribunal afastou, pois, o novo cônjuge do executado marido.

²⁵⁰ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A acção executiva* (à luz do Código de Processo Civil de 2013), 6.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, págs. 385 e 386. Parece ir no mesmo sentido, JOSÉ JOÃO BAPTISTA, *Acção executiva*, 7.ª edição, SPB Editores, 1999, pág. 200.

²⁵¹ J. P. REMÉDIO MARQUES, *Curso de Processo Executivo Comum à Face do Código Revisto*, Almedina, Coimbra, 2000, pág. 401.

²⁵² FERNANDO AMÂNCIO FERREIRA, *Curso de Processo de Execução*, 13.ª edição, 2010, Almedina, Coimbra, pág. 392. O autor aproxima o direito de remição do direito de avoenga. Não concordamos, porém. Como ensina PAULO MERÊA, *Evolução dos regimes matrimoniais*, vol. II, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1913, pág. 94, alguns costumes, fieis à ideia, então dominante, de conservar os bens nas famílias, dispunham que os prédios da avoenga do marido, adquiridos por compra durante a constância do matrimónio, deviam ser adjudicados integralmente aos filhos, recebendo a mulher metade do seu valor em dinheiro. No caso de não haver descendentes, os prédios ficavam sujeitos à regra da reversão. Chamava-se direito de reversão ou de troncalidade a regra, consagrada na legislação foraleira, pela qual, na falta de descendência, os bens de raiz provindos do património dos ascendentes voltavam para esses ascendentes, ou para os parentes mais próximos da linha respectiva. Sobre o direito de troncalidade, definindo-o como “uma regra de devolução sucessória, aplicável apenas na sucessão legítima daquele que morre sem descendentes, e segundo a qual os bens possuídos pelo de cujus na qualidade de próprios devem ser atribuídos exclusivamente aos parentes do mesmo lado de que esses bens provêm”, GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *O direito de troncalidade*, tomo I, Livraria Cruz, Braga, 1941, págs. 19-20. O direito de troncalidade aproxima-se não do direito de remição, mas do direito de preferência dos herdeiros na alienação ou dação em cumprimento do quinhão hereditário a estranhos, previsto no artigo 2130.º.

²⁵³ JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Processo de Execução*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1982, págs. 477-478.

²⁵⁴ Esta posição tem sido aceite pela jurisprudência. Veja-se o Ac. STJ, de 2 de Novembro de 2010 [Processo: 617/09.8T2ETR.S1]: “I – O direito de remir todos os bens adjudicados ou vendidos, ou parte deles, pelo preço por que tiver sido feita a adjudicação ou a venda, nos termos do art. 912 do C.P.C., é um benefício de carácter familiar. II – O direito de remição não é uma modalidade do direito de preferência, sendo antes direitos distintos, com diversa natureza, quer pela base em que assentam, quer pelo fim a que visam. III – Tendo o processo de execução tido início após o casamento dos cônjuges e sendo o momento em que nasceu o concreto direito de remição do cônjuge marido (venda ou adjudicação) posterior à data da celebração do casamento, os bens adquiridos, nesse processo executivo, ao abrigo do indicado direito de remição pelo cônjuge marido, casado no regime da comunhão de adquiridos, ficam a

O importante a reter do direito de remição, para a análise que agora levamos a cabo, é que, também no processo executivo, o legislador não desconhece a importância de certos bens para o grupo familiar, *qua tale*, e que fundamentará um regime especial de aquisição dos bens, ainda que sem prejuízo dos credores, como forma de tutela desses interesses²⁵⁵.

b) O direito penal: a sistematização do Código Penal resultante da Reforma de 95

O Código Penal Português, na sua parte especial, está dividido em cinco títulos: crimes contra as pessoas (título I); crimes contra o património (título II); crimes contra a identidade cultural e integridade pessoal (título III); crimes contra a vida em sociedade (título IV); e crimes contra o Estado (título V). Esta sistematização é produto da reforma que aprovou o novo Código Penal em 1995²⁵⁶ e reflecte, nas palavras de FIGUEIREDO DIAS²⁵⁷, “a ‘personalização’ dos bens jurídicos de natureza patrimonial”, ou, dito

revestir a natureza de bens comuns do casal, por terem sido adquiridos na constância do casamento, a título oneroso. IV- Uma vez exercido o direito de remição, esgotou-se o benefício de carácter familiar que tal direito quis acautelar”. Este caso é particularmente interessante, porque estava em causa saber se os bens adquiridos através do direito de remição na constância do casamento são bens comuns ou se são bens próprios, em virtude da aplicação do artigo 1722.º, n.º 1, alínea c), segundo o qual são bens próprios os adquiridos na constância do matrimónio, por virtude de direito próprio anterior, e do artigo 1722.º, n.º 2, alínea d), que considera como adquiridos por virtude de direito próprio anterior, os bens adquiridos no exercício do direito de preferência fundado em situação existente à data do casamento. Para crítica a esta decisão, JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A acção executiva* (à luz do Código de Processo Civil de 2013), 6.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pág. 385, nota 12.

Sobre a natureza do direito de remição, veja-se ainda o Ac. STJ, de 10 de Dezembro de 2009 [Processo: 321-B-1997.S1], segundo o qual: “O direito de remição configura-se como um ‘direito de preferência legal de formação processual’, exercitado (...) por um dos familiares do executado, previstos no art. 912º do CPC, que seja terceiro relativamente à execução, tendo como finalidade a protecção do interesse do círculo familiar em evitar a saída do património da família dos bens alienados em processo executivo”.

²⁵⁵ Ac. STJ, de 1 de Novembro de 2005 [Processo: 05B2022]: “I – O titular do direito de remição na venda judicial não pode passar procuração irrevogável a terceiro, para exercer tal direito, conferindo-lhe também o direito de negociar consigo mesmo, prometendo-lhe do mesmo passo vender a coisa a remir, uma vez que isso consubstanciaria, não a venda dessa coisa, mas a alienação do próprio direito de remição. II – Este, atentas as razões pelas quais a lei o confere, a proximidade familiar do remidor e do exequente, não pode ser cedido, sob pena de se frustrarem as referidas razões, bem como as regras da venda judicial”.

²⁵⁶ Reforma operada pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março. Na vigência do Código Penal de 1982, a sistematização da parte especial do Código Penal português era a seguinte: crimes contra as pessoas (título I); crimes contra a humanidade (título II); título III (crimes contra valores e interesses da vida em sociedade); título IV (dos crimes contra o património); título V (dos crimes contra o Estado). Não nos debruçaremos sobre o significado de os “crimes contra a propriedade”, do CP 1886, surgirem, no CP de 1982, no título dos “crimes contra o património”. Sobre o tema, vide PEDRO CAEIRO, *Sobre a natureza dos crimes falenciais (o património, a falência, a sua incriminação e a reforma dela)*, Studia Juridica 19, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, págs. 31 e ss, em que o autor descreve a evolução histórica que levou, numa primeira fase, à transfiguração da relação jurídico-patrimonial de protecção mediatamente ordenada à pessoa na protecção da exclusividade na aquisição e acumulação de bens possibilitados pela criação de riqueza. É o momento em que, nas palavras do autor “ao ‘bem-para-a-pessoa’ substitui-se definitivamente o ‘bem-do-sujeito’: a relação patrimonial (...) despersonaliza-se através da cisão entre o ‘sujeito’ (de direito) e o ‘objecto’ a que ele ‘tem direito’, remetendo para a esfera do insindacável arbítrio individual a definição dos interesses que a exclusão assegura”.

²⁵⁷ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Anotação ao artigo 205.º do Código Penal”, *Comentário Conimbricense do Código Penal II*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pág. 97. No mesmo, PEDRO CAEIRO, *Sobre a natureza dos crimes falenciais (o património, a falência, a sua incriminação e a reforma dela)*, Studia Juridica 19, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pág. 71, nota 148: “O deslocamento da inserção sistemática dos crimes contra o património operado pela recente revisão do Código Penal, colocando estes crimes imediatamente a seguir aos crimes contra as pessoas, conforta, segundo cremos, a perspectiva do texto, quer quanto à natureza do património enquanto bem jurídico-penal como quanto ao sentido da evolução que sofreu a sua protecção penal”.

de outro modo, “*uma acentuação não individualista, mas personalista da ideia de que o que se protege e constitui bem jurídico para o direito penal não é o património em si mesmo considerado, mas como património de uma pessoa e, portanto, ainda como valor eminentemente pessoal*”²⁵⁸.

A perspectiva de que “*a consciência jurídica actual não pode deixar de impor um sentido humano à tutela do património*”²⁵⁹ já havia sido anteriormente trazida até nós por PEDRO CAEIRO. Considera este autor que, cabendo ao legislador penal buscar directamente na Constituição o sentido que há-de inspirar a tutela *penal* do património e sendo o cariz acentuadamente personalista do modelo de ordenação dominial constitucionalmente acolhido, essa feição mais se reforçará no seio de uma ramo do direito cuja função é justamente intervir apenas “*onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem*”²⁶⁰. Nas palavras do autor: “*O património, enquanto bem digno de tutela jurídico-penal, tem que incorporar um valor, ou constituir um estado valioso que, evidentemente, não se pode reduzir a uma soma de direitos, nem a um conjunto de posições com valor económico encabeçados num sujeito. (...) Daí que só seja possível configurar o património como bem verdadeiramente autónomo se se puder agenciar um quid que unifique o sentido da tutela dispensada pelos crimes patrimoniais*”²⁶¹. Ora, o bem jurídico tutelado pelos crimes patrimoniais “*revela uma estrutura relacional que o liga incidivelmente à pessoa, podendo por isso afirmar-se com verdade que os crimes patrimoniais são crimes contra um bem pessoa- a relação patrimonial. Desta forma, o património mostra-se apto a unificar a intenção que preside à positivação dos crimes patrimoniais, subordinando também a tutela penal da propriedade. Por último, a concepção personalista de património, ao centrar-se na relação homem-bens, evita as críticas que com razão se dirigem às concepções objectivistas, que vêem no ‘valor ontológico’ das coisas a ratio da tutela penal, assim como as objecções às concepções subjectivistas que, reduzindo o património à liberdade de disposição, confundem património com capacidade patrimonial e, logo, relação patrimonial com liberdade*”.

A ideia de que “*no âmbito patrimonial, o direito penal tem por missão garantir a imediação pacífica, disciplinada pelo ordenamento jurídico global, entre os homens e as coisas*” e que a tutela penal do património deve “*ser entendida como protecção da relação patrimonial no seu sentido primeiro e mais autêntico, sc., a relação fáctica juridicamente legitimada entre a pessoa e os bens do mundo externo, independentemente do título (‘nomen juris’) a que se reduz o direito privado na economia da sua autónoma normação*”²⁶², recebeu inteira consagração no Acórdão da Relação do Porto, de 26 de Novembro de 2008²⁶³. Neste arresto, o Tribunal considerou que, estando em causa crimes contra a

²⁵⁸ JORGE FIGUEIREDO DIAS, “Oportunidade e Sentido da Revisão do Código Penal Português”, in *Jornadas de Direito Criminal, Revisão do Código Penal I*, CEJ, Lisboa, 1996, pág. 28.

²⁵⁹ PEDRO CAEIRO, *Sobre a natureza dos crimes falenciais (o património, a falência, a sua incriminação e a reforma dela)*, Studia Juridica 19, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pág. 45.

²⁶⁰ Nas palavras de FIGUEIREDO DIAS, “Os novos rumos da política criminal e o direito penal português” *ROA* 43 (1983), pág. 13.

²⁶¹ PEDRO CAEIRO, *Sobre a natureza dos crimes falenciais (o património, a falência, a sua incriminação e a reforma dela)*, Studia Juridica 19, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pág. 69. Seguindo a tese de H. OTTO, em *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*, PEDRO CAEIRO parte do axioma de que a “*protecção do património significa protecção da personalidade do sujeito de direito e é aí que obtém a sua relevância social*” porque o desenvolvimento dessa personalidade implica também a “*possibilidade de trato com as coisas, visto que é através deste trato que a pessoa consciencializa a sua capacidade de construir o próprio meio*”.

²⁶² Seguimos PEDRO CAEIRO, *Sobre a natureza dos crimes falenciais (o património, a falência, a sua incriminação e a reforma dela)*, Studia Juridica 19, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pág. 74.

²⁶³ “A nova arrumação (...) da parte especial do CP, no que respeita ao título dos crimes contra o património,

propriedade (como sucede com o crime de furto²⁶⁴), e não obstante a sua inserção no título dos crimes contra o património, a sua punibilidade não depende da causação de um prejuízo económico, podendo recair sobre coisas desprovidas de valor económico relevante. Afirmou, por isso, que: “*partindo, como se parte, da concepção personalista de património, enquanto bem jurídico-penal autónomo, estamos de acordo com a maior parte da doutrina quando defende que, nos crimes contra a propriedade (v.g. no crime de furto), a ratio da tutela penal não se deve centrar no valor da coisa mas antes centrar-se na relação homem-bens*”. Na verdade, a compreensão da relação patrimonial, como condição da livre realização e desenvolvimento da pessoa funda o sentido do bem jurídico protegido, mas também conforma o campo de tutela desenhado pela tipificação das condutas proibidas. Deve, pois, considerar-se, que aquele que subtrai com ilegítima intenção de apropriação objecto alheio vulnera o conteúdo do direito de propriedade (sobre essa mesma coisa alheia), independentemente de simultaneamente não causar prejuízo algum ao respectivo titular do direito de propriedade.

É certo que esta posição não é pacífica²⁶⁵. Todavia, mesmo FARIA COSTA²⁶⁶, um forte opositor à concepção personalista do património e às soluções que propugna, defende que “*os bens possuem um valor instrumental para a livre realização da pessoa*”, ainda que a tutela penal do património, na sua opinião, não se centre exclusivamente na relação homem-bens.

Notas conclusivas

Nas palavras de PEDRO CAEIRO²⁶⁷, a subordinação do domínio à garantia da pessoa concreta, o homem acompanhado da sua pessoal circunstância, exige uma geral “*repersonalização*” do sentido da organização dominial, “*de ‘devolver às coisas o seu estatuto de ‘bem-para-a-pessoa’, que é verdadeiramente o fundamento do seu estatuto de ‘bem’ e, logo, da dignidade de uma tutela normativa que as inclui. Por isso, o sentido de uma protecção jurídica do património no seio de um projecto normativo solidário só pode cumprir-se pelo regresso do ‘ter’ à sua condição de ‘suplemento de ser’*”.

Ao longo deste capítulo fomos descrevendo várias hipóteses normativas em

mostra que o legislador de 1995, tal como de resto já o havia dado a entender o de 1982, assumiu, de forma clara, a sua adesão à concepção personalista de património, entendido este não como um valor em si mesmo considerado mas como emanação da própria personalidade, bem funcional afecto à esfera jurídica de uma pessoa, como património de uma pessoa e, portanto, ainda como valor eminentemente pessoal”.

²⁶⁴ Entende COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo em Direito Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, págs. 504 e 505, que a protecção jurídico-penal da propriedade assegurada pelo crime de furto, “*não se orienta para a perpetuação de uma qualquer histórica e contingente ordenação e distribuição dos bens. Ela visa, acima de tudo, garantir a auto-realização na fruição e disposição dos bens*”.

²⁶⁵ FARIA COSTA, “O personalismo patrimonial e a contaminação do direito penal”, *RLJ* 3960 (2010), págs. 193, entende que subjacente a este entendimento “*está uma visão passadista, para dizer o menos, da propriedade, de exarcebamento do seu significado face à relação da coisa com o seu detentor, de intolerável subjectivismo e, finalmente, de inescapável, se bem que não aparente, retorno a uma velha e superada ideia da propriedade como ius utendi et abutendi*”. Note-se, todavia, que o objecto de reflexão do autor é apenas a valoração objectiva do património para a compreensão do furto enquanto tipo legal, compreensão essa que o leva a assumir que: “*o personalismo patrimonial, no campo do direito penal, assume-se, a qualquer luz, como uma perversa contaminação para a compreensão mais linear e prosaica do próprio direito penal*” (pág. 194).

²⁶⁶ FARIA COSTA, “O personalismo patrimonial e a contaminação do direito penal”, *RLJ* 3960 (2010), págs. 193.

²⁶⁷ PEDRO CAEIRO, *Sobre a natureza dos crimes falenciais (o património, a falência, a sua incriminação e a reforma dela)*, Studia Juridica 19, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, págs. 46-47.

que o legislador assumiu e reconheceu a especial ligação entre determinados bens e o desenvolvimento da personalidade do seu titular: na tutela da *utilização* de determinados imóveis para fins que não sejam contrários às convicções éticas do seu titular, no reconhecimento da *disposição do património* para a realização de fins relevantes para o seu titular, de beneficência, altruísmo ou caridade, no especial regime de certos *bens*, que apresentam uma radical ligação com o seu titular, e na variável intensidade da *responsabilidade* de acordo com a ligação existente entre o bem e o devedor ou a sua família, no processo executivo, ou entre o bem e a vítima, de acordo com uma concepção personalista do património.

No próximo capítulo, veremos se a Constituição dá guarida ao entendimento da especial relação entre propriedade e personalidade. Tentaremos demonstrar, através da delimitação da sua força normativa, que do artigo 62.º CRP resulta não só o acolhimento dessa compreensão, mas também uma imposição constitucional ao intérprete no sentido de a tomar em consideração.

Capítulo II

Propriedade e personalidade: a questão constitucional

1. O âmbito de protecção do artigo 62.º: o estado da arte

O artigo 62.º da CRP, com a epígrafe “*Direito de propriedade privada*”, estabelece, no seu n.º 1, que a todos é garantido “*o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição*”. No n.º 2, pode ler-se que a requisição e a expropriação por utilidade pública “*só podem ser efectuadas com base na lei e mediante o pagamento de justa indemnização*”.

Esta disposição tem suscitado várias interpretações por parte da doutrina, ainda que, a nosso ver, não se tenha chegado, até agora, a uma leitura completa e coerente, que se haja imposto, no nosso ordenamento jurídico, de forma pacífica e dominante ao intérprete. A dificuldade maior na interpretação da norma prende-se com a expressão “*propriedade*” que se encontra no texto da norma constitucional e que remeteria¹, pelo menos aparentemente, para o conceito civil de propriedade que encontramos no artigo 1305.º do CC, onde se confere ao proprietário o gozo de “*modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas*”. Partindo desta norma, *rectius*, do conceito civilístico de propriedade – o direito real máximo, que confere ao seu titular o máximo de utilidades permitidas por lei –, como que se impunha ao legislador e ao intérprete uma concepção absolutizante da propriedade, um poder tendencialmente

¹ Por exemplo, MARIA LÚCIA AMARAL, *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pág. 552, e ANTÓNIO SOUSA FRANCO e GUILHERME D’OLIVEIRA MARTINS, *A Constituição económica portuguesa*, Almedina, Coimbra, 1993, pág. 174. Em dificuldades, MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*, Almedina, Coimbra, 2008, págs. 886-888. Cfr. o Acórdão TC n.º 484/10 [Relator: VÍTOR GOMES], de 9 de Dezembro (desnecessidade de servidão predial), sobre a *plena in re potestas*.

absoluto do titular, que necessariamente convocava, porque socialmente necessárias, restrições às faculdades contidas nesse direito.

Restrições e limitações que passaram a ser o elemento nuclear da norma constitucional, porquanto desprovidas de um claro e objectivo ponto de referência, constituído positivamente, no sentido de clara delimitação do objecto da protecção constitucional.

Denota esta situação, portanto, uma clara inversão metodológica: de uma análise, mesmo que perfunctória, da jurisprudência do Tribunal Constitucional, resulta claro que não há uma construção do “*direito à propriedade privada*” à luz da qual se aprecie a legitimidade das restrições e limitações que lhe são impostas, mas antes se apreciam as restrições e limitações à luz de princípios constitucionais estruturantes², nomeadamente, dos princípios da proporcionalidade, da igualdade, da segurança jurídica ou da protecção da confiança, abstraindo, pois, do que deveria ser nuclear e central na análise metodológica: o concreto âmbito de protecção, os concretos poderes do titular do direito, do proprietário. Neste contexto, cabem as eloquentes palavras de MELO ALEXANDRINO: “*Por razões aparentemente insondáveis, nenhum outro direito fundamental na Constituição portuguesa conhece tantos e tão variados limites, restrições, condições e excepções, tantas e tão variadas possibilidades de compressão, como o direito fundamental de propriedade*”³. Concretizemos, pois, como tem sido entendido o âmbito de protecção do artigo 62.º da CRP.

² Cfr. Acórdão TC n.º 425/87 [Relator: MONTEIRO DINIZ], de 4 de Novembro (denúncia do contrato de arrendamento); Acórdão TC n.º 257/92 [Relator: MONTEIRO DINIZ], de 13 de Julho (intervenção em empresas); Acórdão TC n.º 866/96 [Relator: MONTEIRO DINIZ], 4 de Julho (limites do direito de propriedade); Acórdão TC n.º 328/99 [Relatora: MARIA DOS PRAZERES BELEZA], de 26 de Maio (aquisição por usucapião do domínio útil de prédios urbanos); Acórdão TC n.º 263/00 [Relator: BRAVO SERRA], 3 de Maio (cessação do contrato de arrendamento); Acórdão TC n.º 187/01 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 2 de Maio (reserva a farmacêuticos da propriedade das farmácias), Acórdão TC n.º 309/2001 [Relator: ARTUR MAURÍCIO], de 3 de Julho (denúncia de arrendamento IPSS); Acórdão TC n.º 391/02 [Relatora: FERNANDA PALMA], de 2 de Outubro (alienação de participações sociais); Acórdão TC n.º 491/02 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 26 de Novembro (artigo 490.º, n.º 3, do CSC), Acórdão TC n.º 159/07 [Relatora: HELENA BRITO], de 6 de Março (direito real de aquisição a favor do rendeiro), Acórdão TC n.º 201/07 [Relator: PAMPLONA OLIVEIRA], de 21 de Março (denúncia do arrendamento para habitação), Acórdão TC n.º 541/04 [Relatora: FERNANDA PALMA], de 15 de Julho (transmissão de certificados de aforro), Acórdão TC n.º 620/04 [Relator: GIL GALVÃO], de 20 de Outubro (apreensão judicial de acções), Acórdão TC n.º 345/09 [Relator: VÍTOR GOMES], de 8 de Julho (terceiros para efeitos de registo).

De forma desenvolvida, ver SOUSA RIBEIRO, em *O direito de propriedade na jurisprudência do Tribunal Constitucional Português*, relatório apresentado na Conferência Trilateral Espanha/Itália/Portugal, de 2009, pág. 5, acessível no site www.tribunalconstitucional.pt, págs. 45 e ss.

³ JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa II (A construção dogmática)*, Almedina, Coimbra, 2006, pág. 659. Na explicitação do autor: “*De resto, foi apenas relativamente a ele que se afirmou não ser um direito inviolável (Acórdão TC n.º 1/84), surgir logo à nascença encurtado na sua textura essencial (Acórdão TC n.º 236/86) ou apresentar um carácter constitucionalmente relativo (Acórdão TC n.º 3/88); tem sido apenas relativamente a ele que se tem pretendido afirmar a vinculação dos particulares pelos direitos fundamentais sociais (Acórdãos TC n.º 311/93, n.º 263/00 e n.º 309/2001); é apenas relativamente a ele que se invoca, com intenção restritiva, o preâmbulo da Constituição (309/2001)*” (sublinhado nosso). Em sentido concordante, por todos, JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O direito de propriedade na jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Lisboa, 2009, págs. 26 e ss.

a) *Garantia institucional e posição subjectiva individual*

Um pouco à semelhança do que tem sido entendido pela doutrina alemã a propósito do artigo 14.º da GG⁴, a doutrina portuguesa⁵ considera, em primeiro lugar, que o artigo 62.º apresenta duas dimensões protectivas: ao lado de uma *garantia institucional* da propriedade encontramos a garantia de uma *posição subjectiva individual* do titular do direito de propriedade.

Enquanto garantia institucional⁶, entende a doutrina que estamos perante uma garantia objectiva da instituição jurídica “*propriedade*” (*Garantie der objektiven Rechtseinrichtung ‘Eigentum’*). Para ALVES CORREIA⁷, por exemplo, a garantia institucional da propriedade privada dirige-se exclusivamente ao legislador (entendido no sentido de todo o órgão produtor de direito material), impondo a produção de normas que permitam caracterizar um direito individual como “*propriedade privada*” e possibilitem a sua existência e capacidade fundamental. Sempre seguindo a doutrina alemã, este autor adverte para o facto de a garantia abranger tão-só a caracterização normativa fundamental da instituição da propriedade privada, ficando a conformação jurídica do bem e do poder do proprietário aberta ao desenvolvimento legislativo, desde que a estrutura fundamental da propriedade privada como direito de domínio individual permaneça inviolada. Esta proposta tem sido geralmente aceita pelos autores portugueses, mas até agora não foi avançada qualquer hipótese de concretização do que é a instituição “*propriedade*”, a que realidade social se dirige, nem sobre as suas exigências normativas ou sobre as suas potencialidades enquanto instrumento de regulação.

⁴ No artigo 14.º GG, com a epígrafe “Propriedade, direito de sucessão e transmissão), lê-se: “1. A propriedade e o direito de sucessão são garantidos. O seu conteúdo e os seus limites são determinados por lei. 2. A propriedade obriga. O seu uso deve ao mesmo tempo servir para o bem-estar geral. 3. A expropriação só é lícita se for efectuada em vista do bem comum. Pode ser efectuada apenas por lei ou com base numa lei que estabeleça a forma e a extensão da indemnização. A indemnização deve ser determinada levando-se em conta, de forma equitativa, os interesses da comunidade e os das partes afectadas. Em caso de divergência sobre o montante da indemnização é admitido o recurso à via judicial junto dos tribunais comuns”. Seguimos a tradução de INFO WOLFGANG SARLET e PAULO MOTA PINTO, de *Direitos fundamentais e direito privado*, de CLAUS-WILHELM CANARIS, Almedina, Coimbra, 2003. Na doutrina alemã, por todos, AXER, “Art. 14 GG”, EPPING e HILLGRUBER, *BeckOK GG Art. 14*, 2014.

⁵ Por exemplo, FERNANDO ALVES CORREIA, *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Almedina, Coimbra, 1997, pág. 302; MARIA LÚCIA AMARAL, *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pág. 555; e ANTÓNIO SOUSA FRANCO e GUILHERME D’OLIVEIRA MARTINS, *A Constituição económica portuguesa*, Almedina, Coimbra, 1993, págs. 171 e ss.

⁶ Vide JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, págs. 60 e ss, sobre o lado institucional dos direitos fundamentais.

⁷ FERNANDO ALVES CORREIA, *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Almedina, Coimbra, 1997, pág. 303. No Acórdão TC n.º 187/01 [Relator: PAULO MOTA PINTO], 2 de Maio (reserva a farmacêuticos da propriedade das farmácias), seguido depois pelo Acórdão TC n.º 617/07 [Relatora: MARIA LÚCIA AMARAL], de 19 de Dezembro (artigos 1682.º, n.º 2, e 1696.º, n.º 2, alínea b) do CC), pode ler-se que a garantia contida no n.º 1 do artigo 62.º da CRP deve ser entendida, antes do mais, como garantia de instituto endereçada ao legislador ordinário. Este deve conformar legislativamente a propriedade privada; e deve fazê-lo, não em função de uma qualquer teleologia, mas tendo em conta a finalidade que ela prossegue nos termos da Constituição.

b) *Direito económico versus direito de natureza análoga*

Enquanto posição jurídica fundamental, é pacífico entre nós⁸ que o direito de propriedade apresenta dois vectores: um desses vectores tem a natureza de *direito económico*, o outro tem *natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias*⁹. Começemos pelo primeiro. Como direito fundamental, a propriedade privada surge, *sistematicamente*¹⁰, inserida no âmbito dos direitos económicos, sociais e políticos, o que, para alguns autores comporta em si um significado limitativo do próprio direito¹¹. A localização

⁸ Ressalva-se a posição de JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa II* (A construção dogmática), Almedina, Coimbra, 2006, pág. 677, segundo a qual “colocado que está no título III da parte I da Constituição, o direito fundamental de propriedade constitui, nas três dimensões características acima identificadas [direito de apropriação, direito de transmissão, direito de não ser arbitrariamente privado dos bens ou interesses privados de que se é titular], por força do artigo 17.º, um direito fundamental de natureza análoga, ao qual faz sentido aplicar todas as vertentes do regime dos direitos, liberdades e garantias (sem excluir o regime de revisão constitucional)”.

⁹ A CRP acolhe a distinção tradicional entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais, em linha com a contraposição que a doutrina constitucionalista faz entre os clássicos direitos fundamentais liberais (os direitos de liberdade, liberdades fundamentais, direitos civis e políticos, direitos de primeira geração, direitos negativos) e os direitos fundamentais do Estado Social (direitos sociais, direitos de libertação, direitos a prestações, direitos positivos, direitos de segunda geração). Sobre esta terminologia, ver JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional IV*, 5.ª edição, Coimbra Editora, 2012, págs. 100 e ss, e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, “O direito ao ensino. Contributo para uma dogmática unitária dos direitos fundamentais”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha III*, Almedina, 2010, pág. 397. Sobre os chamados direitos de terceira e quarta geração, ver JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional IV*, 5.ª edição, Coimbra Editora, 2012, págs. 30 e ss; JOSÉ CASALTA NABAIS, *O dever fundamental de pagar impostos*, Almedina, Coimbra, 1998 (3.ª reimpressão, de 2012), págs. 49 e ss; e GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, anot. ao artigo 17.º, págs. 370 e ss.

¹⁰ Nos projectos de revisão constitucional de 1987 e de 1996, do PSD, preconizou-se a transferência para o capítulo dos direitos, liberdades e garantias pessoais (novo artigo 47.º-A), que foi rejeitada. O debate parlamentar pode ser seguido no Diário da Assembleia da República, V legislatura, 2.ª sessão legislativa, 1.ª série, n.º 75, reunião de 4 de Maio de 1989, págs. 3585 e ss.

¹¹ Para GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, anot. ao artigo 62.º, pág. 800, ponto I, a localização sistemática do direito de propriedade tem uma intencionalidade ideológica: confirmar que na CRP “*não existe uma ligação directa entre garantia da propriedade e tutela da autonomia privada e da liberdade e dignidade pessoais*”. Para estes autores “[e]stá muito longe a concepção constitucional liberal-burguesa, que fazia do direito constitucional o primeiro dos direitos fundamentais, porque supostamente era condição de todos os outros, a começar pela liberdade. Na CRP o direito de propriedade não faz parte do elenco dos ‘direitos, liberdades e garantias’ (...), não sendo igualmente despiendo o facto de nem sequer constituir o primeiro dos ‘direitos económicos’, capítulo que, significativamente, abre com o direito ao trabalho (cf. art. 58.º)”. Segundo JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional IV*, 5.ª edição, Coimbra Editora, pág. 235, localizando a propriedade privada entre os direitos económicos, sociais e culturais, e não entre os direitos, liberdades e garantias do título II, a Lei Fundamental de 1976 vem salientar que os direitos, liberdades e garantias respeitam, primeiro que tudo, ao ser da pessoa e não ao ter; que a liberdade prima sobre a propriedade; que a protecção que a pessoa como titular de bens possa merecer na vida económica se oferece secundária em face da protecção do seu ser; e que pode a protecção do ser de todas as pessoas exigir a diminuição do ter de algumas das pessoas (daí a incumbência prioritária do Estado, no art. 80.º, alínea b), de “operar as necessárias correcções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento”). É legítimo, pois, associar a não inclusão da propriedade privada no título II da parte I tanto a imperativos socialistas quanto a imperativos personalistas não individualistas. ANA PRATA, *A tutela constitucional da autonomia privada*, Almedina, Coimbra, 1982, pág. 177, sustenta que o significado desta deslocação é claro no sentido da não adopção constitucional da concepção da propriedade como forma de materialização da liberdade humana, como direito absoluto e incindível do homem, nem sequer da ideia de que a propriedade é um direito fundamental da ordem constitucional em geral. Neste mesmo sentido, JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O direito de propriedade na jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Lisboa, 2009, pág. 3, e ISABEL MOREIRA, *A solução dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais na Constituição Portuguesa*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 44.

sistemática do direito de propriedade no título III da CRP tem de facto, suscitado reacções diversas na doutrina portuguesa: autores há que consideram a inserção sistemática positiva¹², ao passo que outros a criticam abertamente¹³.

Todavia, independentemente da posição que se tome sobre a distinção¹⁴ entre

¹² Considerando que o legislador inseriu bem o direito de propriedade, MARIA LÚCIA AMARAL, *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pág. 543, e MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 985, para quem a colocação sistemática da garantia da propriedade no âmbito dos direitos económicos, sociais e culturais, justifica-se, desde logo, essa colocação resulta da função social presente na própria configuração do que seja a propriedade em sentido constitucional. Com efeito, segundo o autor, deve entender-se que a colocação sistemática do direito constitucional de propriedade no âmbito dos direitos económicos, sociais e culturais, e a sua protecção “nos termos da Constituição”, acompanhada pela figura da natureza análoga, equivale à sua inserção no âmbito indiferenciado dos direitos fundamentais, seguida pela generalidade das constituições europeias, mas nelas submetida a uma específica previsão da respectiva vinculação social, ausente na Constituição portuguesa.

¹³ VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 173, pelo contrário, expressa-se, no sentido de “*realmente, não se percebe por que razão a liberdade de iniciativa privada e o direito de propriedade não se encontram no título dos outros direitos, liberdades e garantias, ao lado das outras liberdades e direitos pessoais. A Constituição alemã, por exemplo, (que não conhece aliás os chamados ‘direitos sociais’), consagra a garantia da propriedade no artigo 14.º, logo a seguir aos direitos de inviolabilidade de domicílio (artigo 13.º) e à liberdade de escolha da profissão (artigo 12.º), que são, evidentemente, típicos ‘direitos de defesa’.* Por seu turno, a Constituição espanhola, que também não inclui no seu elenco ‘direitos sociais’ – pois que contém antes, no Capítulo III, princípios informadores da política social e económica – reconhece o ‘direito à propriedade privada e à herança no artigo 33.º, incluído no capítulo relativo aos ‘direitos e liberdades’. Finalmente, a Constituição italiana consagra o direito no artigo 42.º, inserto na Parte I, reservada à consagração dos ‘direitos e deveres dos cidadãos’”

¹⁴ Direitos, liberdades e garantias têm em comum a sua jusfundamentalidade, mas diferenciam-se pelo seu objecto, conteúdo, estrutura e regime. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional IV*, 5.ª edição, Coimbra Editora, págs. 100 e ss, caracteriza os direitos de liberdade como aqueles que têm por conteúdo positivo o direito de agir e por conteúdo negativo não sofrer o sujeito interferência ou impedimentos. Segundo o autor, nos direitos de liberdade, “*parte-se da ideia de que as pessoas, só por o serem, ou por terem certas qualidades ou por estarem em certas situações ou inseridas em certos grupos ou formações sociais, exigem respeito por parte do Estado e dos demais poderes*”, ao passo que nos direitos sociais “*parte-se da verificação da existência de situações de necessidade e de desigualdades de facto – umas derivadas das condições físicas e mentais das próprias pessoas, outras derivadas de condicionalismos exógenos (económicos, sociais, geográficos, etc) – e da vontade de as vencer para estabelecer uma relação solidária entre todos os membros da mesma comunidade política*”. Para crítica a esta distinção, ANDRÉ SALGADO DE MATOS, “O direito ao ensino. Contributo para uma dogmática unitária dos direitos fundamentais”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha III*, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 402. No mesmo sentido, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, anot. ao artigo 17.º, pág. 377, VII. Note-se, todavia, que para além de a constituição qualificar, expressamente, como direitos, liberdades e garantias, direitos positivos a acções ou prestações do Estado (cfr. artigo 40.º, relativamente ao direito de antena, e o artigo 35.º, relativo ao direito à informática), os destinatários dos direitos, liberdades e garantias não são apenas os poderes públicos, mas também as entidades privadas, e, por último, o Estado tem a seu cargo o dever de protecção das condições de exercício da liberdade. Assim, GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, pág. 399. JOSÉ CASALTA NABAIS, *O dever fundamental de pagar impostos*, Almedina, Coimbra, 1998 (3.ª reimpressão, de 2012), págs. 574 e 575, sublinha que o Estado social, “*para assegurar a liberdade entendida como ‘a possibilidade real de desenvolvimento da personalidade do indivíduo em sociedade garantida juridicamente’, se concretiza em dois vectores: garantia da liberdade aos que dispõem das condições fácticas da mesma, consubstanciada assim no respeito dos clássicos direitos, liberdades e garantias fundamentais através essencialmente da abstenção ou da intervenção estadual; e garantia dessa mesma liberdade aos que estão desprovidos de tais condições, materializada na criação e promoção dos pressupostos da mesma através da acção e intervenção do estado, mormente através de prestações sociais ou direitos sociais, que assim se configuram como verdadeiros ‘direitos de liberdade social’, pois ‘os direitos fundamentais sociais afirmam que o liberalismo é um liberalismo social’*”.

Quanto ao conteúdo, os direitos, liberdades e garantias são direitos que conferem uma protecção contra a agressão do Estado, exigindo a sua abstenção, ao passo que os direitos económicos, sociais e culturais são direitos de exigir uma prestação positiva por parte do Estado. Esta distinção não é, todavia, isenta de dúvidas, porquanto a liberdade exige também ela uma actuação positiva do estado para assegurar a ausência de interferências exteriores. Sublinhando que os próprios direitos de liberdade exigem

actividades positivas, jurídicas e fácticas, que garantam a sua efectivação, ANDRÉ SALGADO DE MATOS, “O direito ao ensino. Contributo para uma dogmática unitária dos direitos fundamentais”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha III*, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 402; CASALTA NABAIS, “Os direitos fundamentais na jurisprudência do Tribunal Constitucional”, *BFD LXV* (1989), págs. 67 e ss, e *O dever fundamental de pagar impostos*, Almedina, Coimbra, 1998 (3.ª reimpressão, de 2012), pág. 50; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional IV*, 5.ª edição, Coimbra Editora, pág. 102; GOMES CANOTILHO, “Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Ferrer-Correia III*, Coimbra, 19991, pág. 480; e VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 169 e ss.

Em segundo lugar, os direitos de liberdade têm um conteúdo essencialmente determinado ou determinável ao nível das normas constitucionais e os direitos sociais têm um conteúdo determinado, em maior ou menor medida, por opção do legislador ordinário (JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional IV*, 5.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pág. 104). Para alguns autores, os direitos, liberdades e garantias estariam contidos em normas perceptivas, ainda que não exequíveis por si mesmas, enquanto os direitos económicos, sociais e culturais estariam contidos em normas programáticas. É o critério maioritário na doutrina e na jurisprudência e tem sido utilizado precisamente para identificar os direitos análogos aos direitos, liberdades e garantias para efeitos do artigo 17.º. Cfr. JOSÉ CASALTA NABAIS, “Os direitos fundamentais na jurisprudência do Tribunal Constitucional”, *BFD 45* (1989), págs. 70-71, ANDRÉ SALGADO DE MATOS, “O direito ao ensino. Contributo para uma dogmática unitária dos direitos fundamentais”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha III*, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 405; GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, anot. ao artigo 17.º, pág. 373-375, V, VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 184 e ss., e JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional IV*, 5.ª edição, Coimbra Editora, 2012, pág. 105. Para ISABEL MOREIRA, *A solução dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais na Constituição Portuguesa*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 77, estes direitos são antes formulações personalizadas ainda que associadas à indicação de tarefas públicas para a sua efectivação, ou à necessidade de actuação estadual, o que aliás acontece em muitos direitos de liberdade. Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, págs. 53-54, sobre a abertura das normas constitucionais. Segundo este autor, a chamada abertura vertical, significa o carácter geral e indeterminado de muitas normas constitucionais, que, por isso mesmo, se abrem à mediação legislativa concretizadora. Sob o ponto de vista metódico, “*ela comporta uma delegação relativa nos órgãos concretizadores; a densidade, por sua vez, aponta para uma maior proximidade da norma constitucional relativamente aos seus efeitos e condições de aplicação. A abertura e a densidade são grandezas variáveis, não se podendo dizer, como é ainda hoje corrente na doutrina juspublicística, que há normas constitucionais exequíveis por si mesmo e normas constitucionais não exequíveis por si mesmo*”.

Em terceiro lugar, a efectivação das liberdades depende sobretudo de condições socioculturais (o sentido cívico dominante na comunidade) e institucionais (a segurança, a legalidade democrática, a ordem constitucional democrática e o aparelho judiciário). Já a efectivação dos direitos sociais depende ainda, e mais que tudo, de condições económicas e financeiras (Vide, *inter alia*, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional IV*, 5.ª edição, Coimbra Editora, págs. 125 e ss, JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pág. 140). A diferença entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais passaria pelo facto de os primeiros estarem integralmente determinados a nível constitucional, ou de a sua determinação depender apenas de uma actividade jurídica (a emissão de normas que lhe confirmam exequibilidade), enquanto a determinação dos direitos económicos, sociais e culturais estaria também dependente de condicionalismos extrajurídicos, de ordem económica, política e social, que constituiriam de certa forma pressupostos dos direitos fundamentais, ou de uma “*reserva de ponderação*”, na expressão de INGO SARLET, “Breves notas sobre o regime jurídico-constitucional dos direitos sociais na condição de direitos fundamentais, com ênfase na ‘aplicabilidade imediata’ das normas de direitos fundamentais e na sua articulação com o assim chamado mínimo existencial”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho III*, FERNANDO ALVES CORREIA, JÓNATAS MACHADO e JOÃO LOUREIRO (orgs.), Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pág. 907. Donde, nas palavras de JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional IV*, 5.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pág. 105, “*uma mais vincada densidade constitucional dos primeiros do que dos segundos, não obstante serem sempre apuráveis o lugar, a projecção e o sentido de cada direito social, pelo menos em face das incumbências correspondentes prescritas na Constituição*”. Sobre esta distinção, cfr. ANDRÉ SALGADO DE MATOS, “O direito ao ensino. Contributo para uma dogmática unitária dos direitos fundamentais”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha III*, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 403, JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, págs. 120 e ss. Todavia, note-se (com ANDRÉ SALGADO DE MATOS, “O direito ao ensino. Contributo para uma dogmática unitária dos direitos

direitos, liberdades e garantias e os direitos económicos, sociais e culturais, é hoje pacífico que os direitos económicos, sociais e culturais não são alheios a um radical subjectivo em estreita conexão com a dignidade da pessoa humana¹⁵. São direitos fundamentais, sujeitos ao regime geral dos direitos fundamentais, ainda que não beneficiando do regime especial dos direitos, liberdades e garantias.

Quanto ao segundo vector, reconhece-se o direito de propriedade, consagrado no artigo 62.º, e enquanto posição subjectiva fundamental, em certa medida, como um *direito fundamental de natureza análoga* aos direitos, liberdades e garantias – no

fundamentais”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha III*, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 405 e GOMES CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra Editora, Coimbra 1982, págs. 366 e ss, que existem diversos graus de concretização constitucional dos direitos fundamentais; essa diversidade é, contudo, uma característica das normas de direitos fundamentais e não necessariamente dos direitos que delas decorrem. Para este autor, é possível encontrar nas normas consagradoras dos vários direitos económicos, sociais e culturais verdadeiros espaços de preceptividade. As normas ditas programáticas que consagram direitos sociais têm sempre uma dimensão preceptiva mínima, quer objectiva, quer subjectiva. Subjectivamente, a norma constitucional que consagra um direito social tem de ser entendida como permitindo a sua imediata invocação pelas pessoas que estejam numa situação em que dependam da efectivação do direito para aceder a um mínimo vital. Neste sentido, VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 182 e ss, para quem se trata de o direito já originariamente comportar uma dimensão preceptiva que corresponde àquela extensão minimamente possível de atingir no momento de emissão da norma e sem a qual o direito não teria qualquer dimensão subjectiva. Neste círculo objectivo a norma tem uma dimensão preceptiva que é de aplicabilidade imediata. Trata-se de um verdadeiro conteúdo essencial do preceito constitucional consagrador do direito social. Objectivamente a dimensão preceptiva mínima dos direitos sociais é a que decorre da sua vertente negativa. Existem também nos direitos sociais zonas de preceptividade decorrentes da ocorrência de relações de pertença mútua entre direitos fundamentais e da medida da sua possível concretização legislativa.

Quanto ao regime dos direitos fundamentais, do artigo 18.º resultam as seguintes características quanto ao regime material dos direitos de liberdade: a aplicabilidade directa e a vinculação das entidades públicas e privadas; a salvaguarda do núcleo essencial dos preceitos relativos a direitos, liberdades e garantias; a regra da necessidade de autorização constitucional expressa e a sujeição ao princípio da proporcionalidade; a proibição da sua suspensão, a não ser em caso de estado de sítio e de estado de emergência; a legitimidade da autodefesa e do direito de resistência; a responsabilidade solidária do Estado e demais entidades públicas nos casos de violação desses direitos por parte de funcionários ou agentes. Também existem diferenças quanto ao regime orgânico, quer no âmbito da reserva de lei material, quer no da reserva de lei formal. Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, anot. ao artigo 18.º, pág. 395, ponto XVI; VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 185 e ss; JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O direito de propriedade na jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Lisboa, 2009, pág. 16; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional IV*, 5.ª edição, Coimbra Editora, págs. 175 e ss; BACELAR GOUVEIA, *Os direitos fundamentais atípicos*, Editorial Notícias, Lisboa, 1995, pág. 449.

¹⁵ VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 357, e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, “O direito ao ensino. Contributo para uma dogmática unitária dos direitos fundamentais”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha III*, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 401. Nas palavras de JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional IV*, 5.ª edição, Coimbra Editora, pág. 101, “o escopo irredutível daqueles é a limitação jurídica do poder, o destes é a organização da solidariedade. (...) Indissociáveis, pois, uns dos outros, direitos de liberdade e direitos sociais inserem-se numa unidade axiológica e sistemática dentro da Constituição e da ordem jurídica como um todo”. No mesmo sentido, em JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, anot. ao artigo 1.º, pág. 57, III: “Dignidade e autonomia pessoal são incindíveis. Aqueles direitos que melhor espelham a autonomia são os direitos, liberdades e garantias (...). Mas até os direitos económicos, sociais e culturais, ao concretizarem-se por meio de participação dos directamente neles interessados, acabam por se imbuir da ideia de liberdade, visto que só se compreende participação por livre decisão e iniciativa dos próprios”.

entendimento consolidado da doutrina¹⁶ e do Tribunal Constitucional¹⁷, que logo no

¹⁶ VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.^a edição, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 187, refere-se ao direito de propriedade privada, “ao menos na sua relação com o poder estadual de expropriação”.

JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, anot. ao artigo 17.º, págs. 144-145, II, consideram como direito análogo, plenamente, o direito a justa indemnização em caso de requisição ou expropriação por utilidade pública, e como direito fundamental de natureza análoga, embora com limitações ou concretizações dependentes de outros princípios e institutos constitucionais, o direito de propriedade privada. E mais adiante, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, anot. ao artigo 62.º, pág. 626, II, explicitam que naquilo que representa de espaço de autonomia perante o Estado, o direito de propriedade reconduz-se a um direito de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias.

JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa II* (A construção dogmática), Almedina, Coimbra, 2006, pág. 664, nota 615, dá como assente que o n.º 2 do artigo 62.º da Constituição encerra uma garantia jufundamental autónoma, também ela concebível como direito fundamental de natureza análoga. A sua natureza análoga resulta da inequívoca concreitude (e não apenas determinabilidade) constitucional do respectivo conteúdo.

Também na opinião de MARIA LÚCIA AMARAL, *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pág. 540, as faculdades que no direito de propriedade vão contidas hão-de configurar-se, de alguma forma, como faculdades análogas às que compõem os chamados direitos, liberdades e garantias, ou seja, como expressões de uma posição jurídica subjectiva de defesa do particular contra o Estado. A autora chama a atenção, na pág. 543, que “o espaço de liberdade e de autonomia que na mesma propriedade se contém — e que poderá apresentar certas analogias com o que se encontra na estrutura típica dos direitos, liberdades e garantias — não é um espaço de liberdade como os outros. É a expressão de uma liberdade enfraquecida, diminuída, porque sujeita a um número de restrições bem superior ao que normalmente onera os demais comportamentos que a CRP qualificou como comportamentos livres. Bem andou por isso o legislador constituinte, que não incluiu uma e outros no mesmo local e que tratou de distinguir entre o direito do art. 62 e os direitos do Título II da Parte I da Constituição”.

¹⁷ Acórdão TC n.º 1/84 [Relator: MARTINS DA FONSECA], de 11 de Janeiro (sobre a remissão da colónia); Acórdão TC n.º 25/85 [Relator: MÁRIO AFONSO], de 6 de Fevereiro (não declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral dos artigos 1.º e 2.º da Lei n.º 11/83, de 16 de Agosto, que autorizava o Governo a alterar dispositivos da Lei n.º 46/77, de 8 de Julho, que delimitava os sectores público e privado); Acórdão TC n.º 141/85 [Relator: JORGE CAMPINOS], de 25 de Julho (imposto extraordinário sobre lucros): “as imposições tributárias, porque têm um fundamento autónomo, não podem ser vistas como restrições para aquela finalidade. Hão-de antes ser consideradas como limites implícitos do referido direito de propriedade”; Acórdão TC n.º 236/86 [Relator: RAUL MATEUS], de 9 de Julho (sobre uma alteração do Código de Imposto de Transacções); Acórdão TC n.º 341/86 [Relator: MONTEIRO DINIZ], de 10 de Dezembro (sobre uma norma do Código das Expropriações relativa ao montante da indemnização e à forma urgente do processo: “Acrece que a justa indemnização devida ao proprietário por força da expropriação se traduz num direito de natureza análoga à dos direitos fundamentais, estando, como tal, sujeita ao regime dos direitos, liberdades e garantias do artigo 17.º da Constituição”); Acórdão TC n.º 404/87 [Relator: CARDOSO DA COSTA], de 29 de Julho (sobre a extinção da colónia e as indemnizações devidas: “a atribuição aos colonos-rendeiros de uma faculdade de remição da propriedade do solo, oponível unilateralmente ao respectivo dono, é algo que afecta em cheio o direito de propriedade deste último — e um tal direito é daqueles cujo regime, pelo menos no seu núcleo garantístico essencial, tem de considerar-se incluído na reserva parlamentar definida pela alínea c) do artigo 167.º (hoje, alínea b) do n.º 1 do artigo 168.º) da Constituição. Certo que o direito à propriedade privada não é elencado pela Constituição portuguesa entre os chamados ‘direitos, liberdades e garantias’, mas deve entender-se que é um direito fundamental a estes análogo, e sujeito, por consequência e por força do artigo 17.º da Constituição, ao respectivo regime jurídico (incluindo aí a reserva parlamentar), se não porventura em todos os aspectos do seu estatuto e regulamentação, ao menos naqueles (como é agora o caso) que são verdadeiramente significativos e determinantes da sua caracterização como garantia constitucional”); Acórdão TC n.º 442/87 [Relator: MARTINS DA FONSECA], de 18 de Novembro (valor dos terrenos expropriados); Acórdão TC n.º 194/89 [Relator: LUÍS NUNES DE ALMEIDA], de 9 de Fevereiro (sobre a indemnização devida pela extinção da colónia); Acórdão TC n.º 329/99 [Relator: MESSIAS BENTO], de 2 de Junho (planos regionais de ordenamento); Acórdão TC n.º 377/99 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 22 de Junho (planos regionais de ordenamento); Acórdão TC n.º 52/90 [Relator: VÍTOR NUNES DE ALMEIDA], de 7 de Março (valor dos terrenos expropriados); Acórdão TC n.º 188/91 [Relator: MÁRIO DE BRITO], de 7 de Maio (sobre a aplicação do instituto da contumácia); Acórdão TC n.º 431/94 [Relator: MESSIAS BENTO], de 25 de Maio (sobre o Estatuto das Vias de Comunicação Terrestre na Região Autónoma dos Açores), que segue de perto o Acórdão TC n.º 404/87; Acórdão TC n.º 257/92 [Relator: MONTEIRO DINIZ], de 13 de Julho (intervenção em empresas); Acórdão TC n.º 29/2001 [Relator: VÍTOR NUNES DE ALMEIDA], de 30 de Janeiro (sobre o pedido de reversão: “O direito de propriedade privada é,

Acórdão TC n.º 1/84 foi dizendo: “*Parte-se do ponto de vista de que o direito de propriedade privada tem constitucionalmente a natureza de um direito análogo, nos termos e para os efeitos do artigo 17.º da Constituição*”. A doutrina entende que são abrangidos pela categoria dos direitos de natureza análoga os direitos fundamentais que revistam a natureza de liberdade ou de direito de defesa, bem como aqueles que sem essa natureza, sejam de “*natureza idêntica a direitos ‘positivos’ incluídos no âmbito dos direitos, liberdades e garantias*”¹⁸. O ponto essencial é que o objecto do direito em causa, bem como a sua densificação constitucional, permitam a sua concretização de forma minimamente adequada a partir da própria Constituição (aquilo a que alguns autores chamam critério da determinabilidade)¹⁹.

O reconhecimento desta dupla natureza do direito de propriedade tem colocado ao intérprete duas dificuldades. Em primeiro lugar, cabe-lhe distinguir, dentro do direito de propriedade privada, o núcleo ou conjunto de faculdades ou direitos que revestem natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, uma vez que nem todos eles podem ser considerados como tal. O Tribunal Constitucional, no sentido de uma progressiva precisão delimitativa²⁰, já considerou como gozando desta dimensão de natureza análoga “*a justa indemnização devida ao proprietário por força da expropriação*” (Acórdão TC n.º 341/86), “*todos os aspectos do seu estatuto e regulamentação, ao menos naqueles (...) que são verdadeiramente significativos e determinantes da sua caracterização como garantia constitucional*” (Acórdão TC n.º 404/87, sobre a indemnização por remição da colónia), o “*direito de cada um não ser privado da sua propriedade, salvo por razões de utilidade pública, e em tal caso, mediante o pagamento de uma indemnização justa*” (Acórdão TC n.º 373/91, sobre o pedido de reversão). Mais recentemente, o Tribunal veio referir-se a faculdades do direito de propriedade que sejam “*essenciais à realização do Homem como*

assim, um direito de natureza análoga aos direitos liberdades e garantias pelo menos enquanto direito de cada um não ser privado da sua propriedade, salvo por razões de utilidade pública, e em tal caso, mediante o pagamento de uma indemnização justa”). Veja-se ainda o Acórdão TC n.º 187/01 [Relator: PAULO MOTA PINTO], 2 de Maio (propriedade das farmácias): “*Desse núcleo, dessa dimensão que tem natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, faz, seguramente, parte (...) o direito de cada um a não ser privado da sua propriedade, salvo por razões de utilidade pública – e, ainda assim, tão só com base na lei e mediante o pagamento de justa indemnização (artigo 62º, n.ºs 1 e 2, da Constituição). Trata-se, aqui, justamente de um aspecto verdadeiramente significativo do direito de propriedade e determinante da sua caracterização também como garantia constitucional – a garantia contra a privação –, autonomizada no n.º 2 do artigo 62º (...). Para além disso, a outras dimensões do direito de propriedade, ‘essenciais à realização do Homem como pessoa’ (nestes termos, o citado Acórdão n.º 329/99), poderá também, eventualmente, ser reconhecida natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, beneficiando do seu regime*”. Em sentido idêntico, vide: Acórdão TC n.º 491/02 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 26 de Novembro (apreciação do artigo 490.º, n.º 3, do CSC); Acórdão TC n.º 139/04 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 10 de Março (direito à firma); Acórdão TC n.º 353/04 [Relator: PAULO MOTA PINTO], 19 de Maio (título legítimo da propriedade); Acórdão TC n.º 273/04 [Relator: GIL GALVÃO], de 20 de Abril (acção pauliana); Acórdão TC n.º 620/04 [Relator: GIL GALVÃO], de 20 de Outubro (apreensão judicial de acções); e Acórdão TC n.º 723/04 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 21 de Dezembro (sobre o artigo 1349.º, n.º 1 do CC).

¹⁸ Nas palavras de JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pág. 570: “*Ter um direito fundamental de liberdade significa, na sua dimensão subjectiva, ter uma posição forte de garantia de liberdade e autonomia pessoal, que vincula directamente as entidades públicas e de que estas, mesmo quando actuem nas vestes do legislador democraticamente legitimado, não dispõem livremente e onde só podem intervir desde que preenchidos requisitos constitucionais estritos*”.

¹⁹ Seguimos GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, anot. ao artigo 17.º, pág. 374, V.

²⁰ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O direito de propriedade na jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Lisboa, 2009, pág. 17.

peessoa” (Acórdão TC n.º 329/99)²¹, e pressupondo um “*espaço de autonomia pessoal*”²², conclui no sentido de “*sendo afinal a ‘propriedade’ um pressuposto da autonomia das pessoas*”, “*acolherá assim um radical subjectivo, que, pela sua estrutura, será análogo a um direito, liberdade e garantia*” (Acórdão TC n.º 421/09)²³.

Em segundo lugar, a doutrina tem debatido o regime a aplicar ao direito de propriedade, enquanto direito de natureza análoga. O regime dos direitos fundamentais e o postulado da sua unidade axiológica não obsta a alguma diversificação do seu regime, comunicabilidade que acaba, nas palavras de JORGE MIRANDA²⁴, “*onde com ela se*

²¹ O Acórdão TC n.º 329/99 [Relator: MESSIAS BENTO], de 2 de Junho (planos regionais de ordenamento), decidiu que cabem na reserva legislativa parlamentar “*as intervenções legislativas que contendam com o núcleo essencial dos ‘direitos análogos’, por aí se verificarem as mesmas razões de ordem material que justificam a actuação legislativa parlamentar no tocante aos direitos, liberdades e garantias*”. Todavia, não se incluem nessa *dimensão essencial* “*os direitos de urbanizar, lotear e edificar, pois, ainda quando estes direitos assumam a natureza de faculdades inerentes ao direito de propriedade do solo, não se trata de faculdades que façam sempre parte da essência do direito de propriedade, tal como ele é garantido pela Constituição: é que essas faculdades, salvo, porventura, quando esteja em causa a salvaguarda do direito a habitação própria, já não são essenciais à realização do Homem como pessoa. E, assim, como só pode construir-se ali onde os planos urbanísticos o consentirem; e o território nacional tende a estar, todo ele, por imposição constitucional, integralmente planificado [cf. artigos 9º, alínea e), 65º, nº 4, e 66º, nº 2, alínea b)]; o direito de edificar, mesmo entendendo-se que é uma faculdade inerente ao direito de propriedade, para além de ter que ser exercido nos termos desses planos, acaba, verdadeiramente, por só existir nos solos que estes qualifiquem como solos urbanos. Atenta a função social da propriedade privada e os relevantes interesses públicos que confluem na decisão de quais sejam os solos urbanizáveis, o direito de edificar vem, assim, a ser inteiramente modelado pelos planos urbanísticos*”. Numa análise crítica desta expressão, JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pág. 148, nota 257.

No Acórdão TC n.º 374/03 [Relator: MÁRIO TORRES], de 15 de Julho (direito de retenção), o Tribunal decidiu não julgar organicamente inconstitucionais os Decretos-Leis n.ºs 236/80, de 18 de Julho, e 379/86, de 11 de Novembro, na parte em que alteraram a redacção dos artigos 442º e 755º do Código Civil, atribuindo ao promitente-comprador, no caso de ter havido tradição da coisa objecto do contrato, direito de retenção sobre ela, pelo crédito resultante do incumprimento do promitente-vendedor. Para concluir desta forma, afirmou-se naquele aresto: “*(..) as intervenções legislativas questionadas nestes autos, limitadas à introdução de uma nova garantia do promitente-comprador beneficiário da tradição do prédio ou fracção, embora com eventual reflexo na posição de outros credores do promitente-vendedor, não podem ser consideradas como atingindo o núcleo essencial do direito de propriedade privada, na dimensão que o torna análogo aos direitos, liberdades e garantias, em termos tais que justifique a extensão do regime orgânico típico destes. O direito de propriedade, no sentido amplo que abarca os direitos de crédito, está aqui em causa numa dimensão que não é indispensável à sua concepção como garantia de ‘espaço de autonomia pessoal’ (Maria Lúcia Amaral, obra citada, pág. 542) ou ‘essencial à realização do Homem como pessoa’ (Acórdão n.º 517/99)[..]*”. No Acórdão TC n.º 273/04 [Relator: GIL GALVÃO], de 20 de Abril (acção pauliana e registo), o Tribunal considerou que o registo da acção de impugnação pauliana não é um instrumento essencial ou imprescindível à tutela eficaz da garantia patrimonial do credor comum, porque “*não atinge, efectivamente, o núcleo essencial do direito de crédito*”. Sobre o tema, veja-se LUIS CARVALHO FERNANDES, “O regime registal da impugnação pauliana”, *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço II*, RUI MOURA RAMOS ET AL (org.), Almedina, Coimbra, 2002, págs. 25 e ss, e ARMINDO RIBEIRO MENDES, “Exercício da impugnação pauliana e a concorrência entre credores”, *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço II*, RUI MOURA RAMOS ET AL (org.), Almedina, Coimbra, 2002, págs. 417 e ss. No Acórdão TC n.º 620/04 [Relator: GIL GALVÃO], 20 de Outubro (apreensão judicial de acções), o Tribunal decidiu que: “*Não é, assim, possível afirmar que a garantia geral das obrigações pelo património do devedor, na integral dimensão em que é consagrada no artigo 601º do Código Civil, seja materialmente constitucional ou que tal garantia deva ser considerada como um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias. Do mesmo modo que não é possível concluir, ao contrário do que parece resultar da decisão recorrida e do alegado pelo recorrido, que qualquer restrição legislativa a essa mesma garantia esteja submetida ao disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 18º da Constituição*”.

²² Acórdão TC n.º 374/03 [Relator: MÁRIO TORRES], de 15 de Julho, seguindo a expressão de MARIA LÚCIA AMARAL, *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pág. 542.

²³ Acórdão TC n.º 421/09 [Relatora: MARIA LÚCIA AMARAL], de 13 de Agosto.

²⁴ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional IV*, 5.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pág. 171 e ss. Ver ainda ISABEL MOREIRA, *A solução dos direitos, liberdades e garantias e dos*

suprima a protecção qualificada de direitos, liberdades e garantias”. Podemos, ainda com este autor, defender a existência de um regime comum a todos os direitos fundamentais (o princípio da universalidade e o princípio da igualdade); um regime comum a todos os direitos, mas com variações ou diferenciações determinadas pela diversa estrutura dos direitos (o princípio da proporcionalidade, o da protecção da confiança, o da eficácia imediata dos direitos fundamentais, o da tutela jurídica, e o da responsabilidade civil das entidades públicas e dos titulares dos seus órgãos); um regime específico dos direitos, liberdades e garantias (são o princípio da reserva de lei, o do carácter restritivo das restrições, o do carácter excepcional da suspensão, o da afectação individual apenas verificados os pressupostos e as garantias da Constituição e da lei, o princípio da autotutela através do direito de resistência e o da responsabilidade criminal) e um regime específico dos direitos económicos, sociais e culturais (o princípio da exigência de efectivação pública, o princípio da iniciativa social, o da democracia participativa, o da reserva do possível e o da relativa relevância das condições económicas dos titulares).

Significa isto que, seguindo esta orientação, só perante a determinada dimensão do direito de propriedade em causa na situação concreta – direito económico ou direito de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias –, se poderá definir o regime a aplicar ao direito de propriedade, consagrado no artigo 62.º CRP.

c) *A estrutura do direito*

Se a doutrina é quase unânime quanto à natureza do direito de propriedade consagrado no artigo 62.º CRP, também existe grande consenso no que diz respeito às *faculdades que estruturam ou organizam* o direito de propriedade tal como definido nessa mesma norma: o direito de adquirir bens, o direito de os transmitir e o direito de não ser privado deles.

É admitido pela generalidade dos autores que a Constituição garante o *direito de apropriação*: os particulares, sejam pessoas singulares ou colectivas, gozam do direito de ter bens em propriedade e, em geral, do direito de se tornar, por actos *inter vivos* ou *mortis causa*, titulares de quaisquer direitos de valor pecuniário²⁵, garantindo, num pla-

direitos económicos, sociais e culturais na Constituição Portuguesa, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 248.

Na jurisprudência, destacamos o Acórdão TC n.º 373/91 [Relator: TAVARES DA COSTA], de 17 de Outubro (regime do serviço doméstico): “Ora, entende o Tribunal que, de qualquer modo, cabem necessariamente na reserva de competência legislativa da Assembleia da República, por força das disposições combinadas dos artigos 17º e 168º, n.º 1, alínea b), da Constituição da República, as intervenções legislativas que contendam com o núcleo essencial dos ‘direitos análogos’, por aí se verificarem as mesmas razões de ordem material que justificam a actuação legislativa parlamentar no tocante aos direitos, liberdades e garantias”, seguido pelas seguintes decisões: Acórdão TC n.º 431/94 [Relator: MESSIAS BENTO], de 25 de Maio (sobre o Estatuto das Vias de Comunicação Terrestre na Região Autónoma dos Açores); Acórdão TC n.º 161/99 [Relator: MESSIAS BENTO], de 10 de Março (recurso tutelar necessário); Acórdão TC n.º 329/99 [Relator: MESSIAS BENTO], de 2 de Junho (planos regionais de ordenamento); Acórdão TC n.º 517/99 [Relator: MESSIAS BENTO], de 22 de Setembro (licenças e aprovações de loteamento, de obras de urbanização ou de construção); Acórdão TC n.º 128/00 [Relator: MESSIAS BENTO], de 23 de Fevereiro (recurso contencioso); Acórdão TC n.º 491/02 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 26 de Novembro (sobre o artigo 490.º, n.º 3, do CSC); Acórdão TC n.º 273/04 [Relator: GIL GALVÃO], de 20 de Abril (acção pauliana e registo); Acórdão TC n.º 374/03 [Relator: MÁRIO TORRES], de 15 de Julho (contrato-promessa e direito de retenção); Acórdão TC n.º 620/04 [Relator: GIL GALVÃO], de 20 de Outubro (apreensão judicial de acções).

²⁵ Cfr., *inter alia*, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, anot. ao artigo 62.º, pág. 627, III.

no programático, a difusão da propriedade²⁶. Embora a questão do direito à aquisição da propriedade tenha sido abordada *obiter dicta* na jurisprudência do Tribunal Constitucional, a propósito de outras questões²⁷, essa dimensão tornou-se particularmente importante²⁸ na discussão sobre a limitação do acesso à propriedade das farmácias²⁹ – e

²⁶ JORGE MIRANDA, “Propriedade e constituição (a propósito da lei da propriedade da farmácia)”, *O Direito* 119 (1987), pág. 84. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa II* (A construção dogmática), Almedina, Coimbra, 2006, pág. 672, recorda, como nota ilustrativa, que as relações entre a apropriação e o direito de propriedade eram também postas em evidência, a nível civilístico, pela definição que deste último dava o primeiro Código Civil português, no seu artigo 366º: “O direito de apropriação consiste na faculdade de adquirir tudo o que for conducente à conservação da existência e à manutenção da própria condição. Este direito, considerado objectivamente, é o que se chama propriedade. Como dizia JOSÉ DIAS FERREIRA, *Código Civil Portuguez Annotado*, tomo I, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1894, pág. 257, “o direito de apropriação, como absoluto e ligado à existência do homem, está dentro das raízes da ciência filosófica do direito” e “o direito de apropriação só com a aquisição reveste o carácter de direito de propriedade”.

²⁷ Cfr. o Acórdão TC n.º 257/92 [Relator: MONTEIRO DINIZ], de 13 de Julho (intervenção em empresas), referindo-se ao artigo 62.º, “Garante-se ali tanto o direito de propriedade — a propriedade stricto sensu e qualquer outro direito patrimonial — como o direito à propriedade, ou direito de acesso a uma propriedade”, e o Acórdão TC n.º 491/02 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 26 de Novembro (sobre o artigo 490.º, 3, CSC).

²⁸ Usamos a expressão particularmente importante e não nuclear, porque em ambos os arestos que discutiram a constitucionalidade da propriedade das farmácias, se sublinhou devidamente que o que estava em causa era a propriedade de um meio de produção e portanto que, mais do que a propriedade, o objecto da análise era a liberdade de iniciativa privada. No Acórdão TC n.º 76/85 [Relator: MONTEIRO DINIZ], de 6 de Maio, onde a reserva do acesso à propriedade das farmácias para os farmacêuticos e o princípio da indivisibilidade da propriedade e da direcção técnica da farmácia (decorrente primordialmente dos n.ºs 1 e 2 da Base II, e do n.º 1 da Base IV da Lei n.º 2125) foi tratada pela primeira vez, pode ler-se: “A actividade pessoal no plano económico não se esgota na propriedade, existindo uma incidível relação entre esse conceito e o de autonomia ou iniciativa privada. A iniciativa económica privada deriva da propriedade e é no seu domínio, e como sua sequela, que se situam muitas das necessidades e das soluções restritivas, que simultaneamente actuam na configuração do âmbito da propriedade — com o seu reflexo no campo jurídico-negocial”. E ainda: “A liberdade de iniciativa privada tem um duplo sentido. Consiste, por um lado, na liberdade de iniciar uma actividade económica (direito à empresa, liberdade de criação de empresa) e, por outro lado, na liberdade de gestão e actividade da empresa (liberdade de empresa, liberdade de empresário). Ambas estas vertentes do direito de iniciativa económica privada podem ser objecto de limites mais ou menos extensos. Com efeito, esse direito só pode exercer-se ‘nos quadros definidos pela Constituição e pela lei’ (n.º 1, *in fine*), não sendo portanto um direito absoluto, nem tendo sequer os seus limites constitucionalmente garantidos, salvo no que respeita a um mínimo de conteúdo útil constitucionalmente relevante, que a lei não pode aniquilar, de acordo, aliás, com a garantia de existência de um sector económico privado”. Iguualmente no Acórdão TC n.º 187/2001 [Relator: PAULO MOTA PINTO], 2 de Maio (propriedade das farmácias), onde o Tribunal (re)analisou algumas normas da Lei n.º 2125, de 20 de Março de 1965 e do Decreto-Lei n.º 48547, de 27 de Agosto de 1968, se chamou a atenção para o facto de “partindo de uma concepção da farmácia fundamentalmente como estabelecimento ou empresa — organização de factores produtivos dirigida à troca, e com um determinado valor de posição no mercado —, sem dúvida que as normas em questão contêm, antes de mais, com essa liberdade”. Tal como havia acontecido com o Acórdão TC n.º 76/85, o Tribunal concluiu no sentido de não existir incompatibilidade entre o regime da Lei n.º 2125 e a Lei Fundamental, neste aspecto. E adiantou que “precisados os termos em que a Constituição reconhece e garante a liberdade de iniciativa económica privada, com facilidade se conclui que, mesmo que, porventura, se defendesse que as normas sub judice implicavam uma limitação à livre iniciativa económica privada, ainda assim tal limitação não tinha uma dimensão tal que atingisse o núcleo mínimo de conteúdo útil da liberdade em causa, constitucionalmente consagrado”. Sobre a liberdade económica como complementar a propriedade nos sistemas de economia capitalista de base privada, ANTÓNIO SOUSA FRANCO e GUILHERME D’OLIVEIRA MARTINS, *A Constituição económica portuguesa*, Almedina, Coimbra, 1993, págs. 192 e ss. Sobre os limites constitucionais à iniciativa económica privada — nas suas duas vertentes, de direito de criação de empresa e de direito de escolha do objecto e modo de gestão da empresa —, cfr. JORGE COUTINHO DE ABREU, “Limites constitucionais à iniciativa económica privada”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ferrer-Correia III*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, págs. 411 e ss; JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, anot. ao artigo 61.º, págs. 621-622, III. O parecer elaborado por Jorge Miranda sobre a questão submetida ao Tribunal Constitucional pode ser consultado em JORGE MIRANDA, “Propriedade e constituição (a propósito da lei da propriedade da farmácia)”, *O Direito* 119 (1987), págs. 75 e ss.

²⁹ No Acórdão TC n.º 187/2001 [Relator: PAULO MOTA PINTO], 2 de Maio (propriedade das

a exclusão desta a não farmacêuticos, com a indissociabilidade da categoria de proprietário e de director técnico – e nuclear no aresto em que se discutia a propriedade da firma³⁰. Quer no Acórdão TC n.º 187/2001 – “Do que, porém, já pode duvidar-se, é que tal natureza análoga seja ainda de reconhecer a um genérico direito de apropriação – enquanto direito de acesso à propriedade – de todos os bens, incluindo empresas e outros meios de produção, tendo em conta, além do mais, que a constituição e aquisição de empresas representa fundamentalmente um exercício da liberdade de iniciativa económica privada, que, como vimos, a própria Lei Fundamental subordina aos ‘quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral’ –, quer no Acórdão TC n.º 139/2004 – “E esta específica protecção – como direito, liberdade e garantia ou como direito ‘de natureza análoga a estes’ – já se afigura de negar a um tal direito de ‘aquisição’ da firma” –, o Tribunal, ainda que admitindo que no âmbito protegido pela garantia constitucional do direito à propriedade privada se encontra igualmente o direito de apropriação, concluiu que esta dimensão não está abrangida na natureza análoga do direito de propriedade aos direitos, liberdades e garantias³¹.

Quanto à liberdade de transmissão, *inter vivos* ou *mortis causa* (n.º 1, *in fine*), é pacificamente aceite o ensinamento de GOMES CANOTILHO e de VITAL MOREIRA³², de que

farmácias), onde foram (re) analisadas algumas normas da Lei n.º 2125, de 20 de Março de 1965 e do Decreto-Lei n.º 48547, de 27 de Agosto de 1968: “Alguns desses objectivos prendem-se, aliás, especificamente com a propriedade – e não apenas com a actividade – da farmácia. É o caso do controlo público da propriedade de farmácias, ligado à conveniência em ‘impedir a formação de “trusts” farmacêuticos’ e em separar claramente a actividade farmacêutica da actividade médica (...). Compreende-se, na verdade, a indesejabilidade da integração vertical da actividade de distribuição e comercialização farmacêutica com a produção. E tanto esta finalidade, como a de evitar a formação de grandes cadeias de distribuição e comercialização farmacêutica são, também, propiciadas pela solução de associar obrigatoriamente a propriedade e a direcção técnica”.

³⁰ Acórdão TC n.º 139/04 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 10 de Março (direito à firma).

³¹ Segundo MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 945, quando se fala de direito à propriedade pode ter-se em vista três realidades distintas. Em primeiro lugar, a liberdade geral de aquisição; depois o direito ao poder de adquirir propriedade, enquanto instituição jurídica; finalmente, o direito de acesso à propriedade, isto é, o direito de não ser excluído dos recursos materiais existentes numa comunidade. Destas três realidades, apenas a segunda integra a garantia constitucional da propriedade entendida como direito fundamental. Diversamente, a tutela constitucional da liberdade geral de aquisição não releva da garantia constitucional da propriedade, mas de outros princípios constitucionais, como a liberdade de escolha de profissão e a liberdade de iniciativa privada. Por seu turno, o direito de acesso à propriedade é também objecto de protecção de outros princípios constitucionais, designadamente os relativos à igualdade e à dignidade humana. Como nos dizem GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, anot. ao artigo 62.º, pág. 803, ponto VII, não é ilegítimo colocar fora do alcance da propriedade privada certos tipos ou classes de bens, e é a própria constituição que desde logo assim procede em relação aos bens do domínio público (artigo 84.º), categoria esta cujo sentido pré-constitucional – seguramente acolhido na Constituição – importa precisamente a impossibilidade de apropriação privada. Ver, ainda, JORGE MIRANDA, “Propriedade e constituição (a propósito da lei da propriedade da farmácia)”, *O Direito* 119 (1987), pág. 84. JOÃO DE CASTRO MENDES, “Direitos, liberdades e garantias – alguns aspectos gerais”, in “A Constituição e os direitos de personalidade”, *Estudos sobre a Constituição*, coordenação de JORGE MIRANDA, 1.º volume, Livraria Petrony, Lisboa, 1976-1979, págs. 112-113, considerava caber na categoria dos direitos originários – aqueles que resultam da natureza do homem, e que são reconhecidos pela lei positiva a todo o ser humano – o direito de apropriação. Um pouco *a latere*, sobre o reconhecimento de um genérico direito de acesso e apropriação, ver o Acórdão TC n.º 358/2005 [Relatora: HELENA BRITO], de 6 de Julho, sobre a proibição de normas proibitivas do uso de sinais distintivos associados ao Euro 2004.

³² GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, anot. ao artigo 62.º, pág. 804, IX, e JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O direito de propriedade na jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Lisboa, 2009, pág. 15. SOUSA FRANCO e OLIVEIRA MARTINS, *A Constituição Económica Portuguesa*, Almedina, Coimbra, 1993, págs. 168 e ss., incluem, no âmbito objectivo do direito de propriedade privada, e como momentos de uma consideração dinâmica do mesmo, o “direito de transmissão da propriedade por vida ou por morte”.

essa dimensão característica deve ser entendida como “o direito a não ser impedido de transmitir”, no sentido restrito de direito do titular a não ser impedido de transmitir a sua propriedade, não no sentido genérico de *uma liberdade geral de transmissão*, devendo admitir-se a sua maior ou menor limitação, quer quanto à transmissão *inter vivos* (veja-se, por exemplo, os casos de indisponibilidade relativa dos artigos 2192.º a 2198.º do CC, para a sucessão testamentária, aplicáveis à doação, por força do artigo 953.º CC³³, ou os direitos de preferência³⁴), quer quanto à transmissão *mortis causa* (as referidas indisponibilidades³⁵, mas especialmente a sucessão legitimária enquanto limite à liberdade de disposição testamentária). Para alguns autores³⁶, o direito de transmissão em vida ou por morte consubstancia mesmo um instituto da ordem jurídica portuguesa, pelo que ficariam proibidas todas as acções conformadoras dos poderes constituídos que venham ou pretendam vir a aniquilar tais institutos, erradicando-os do seio do nosso direito objectivo infraconstitucional. Um dos aspectos explicitamente garantidos é que não pode, pois, admitir-se a existência de bens vinculados ou sujeitos a inalienabilidade³⁷.

Elemento essencial do direito de propriedade é também o *direito de não ser privado dela*³⁸, o que significa, desde logo, o direito à não privação arbitrária do direito

³³ Acórdão TC n.º 425/00 [Relatora: MARIA DOS PRAZERES BELEZA], de 11 de Outubro (nulidade de doação), considerou ser indiscutível que o direito de propriedade, no seu núcleo essencial, é um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias; e que, “*nesse domínio, valham as condições constitucionalmente exigidas para as leis restritivas*”. Expressando o artigo 953.º uma mera hipótese de indisponibilidade relativa – o doador não pode dispor de um direito de que é titular a favor de determinada pessoa, em razão da relação entre eles previamente existente – considerou o Tribunal que não existe uma indisponibilidade absoluta desse direito, e, muito menos, qualquer incapacidade jurídica: “*Não há, pois, que falar em restrições ao direito de propriedade, como sustenta o recorrente; e, diga-se a terminar, nem estaríamos, quanto ao ponto particular de que nos ocupamos, no âmbito da dimensão em que ao direito de propriedade se aplica o regime definido para os direitos, liberdades e garantias*”. O Tribunal, em consequência, não julgou inconstitucional a norma resultante da conjugação entre o disposto nos artigos 953.º e 2196.º do Código Civil.

³⁴ Por exemplo, artigos 117.º, 1091.º, 1380.º, 1409.º, 1535.º e 2130.º do CC, artigo 37.º, da Lei 107/2001, de 8 de Setembro (direito de preferência em caso de venda ou dação em cumprimento de bens classificados ou em vias de classificação como património cultural ou de bens situados nas respectivas zonas de protecção).

³⁵ A título de curiosidade, diga-se que estas indisponibilidades têm a sua origem histórica nas reformas pombalinas em matéria sucessória. Veja-se RUI DE FIGUEIREDO MARCOS, “Rupturas setecentistas no direito sucessório português, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita II*, organizados por DIOGO LEITE DE CAMPOS, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, págs. 53 e ss. Vide, ainda, do mesmo autor, *A legislação pombalina – Alguns aspectos fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2006, págs. 231 e ss, e MARIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, 4.ª edição (com a colaboração de RUI DE FIGUEIREDO MARCOS), Almedina, Coimbra, 2009, págs. 398 e ss.

³⁶ Cfr., *inter alia*, MARIA LÚCIA AMARAL, *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pág. 555, e MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 933.

³⁷ Neste mesmo sentido, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, anot. ao artigo 62.º, pág. 804, IX, e JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa II (A construção dogmática)*, Almedina, Coimbra, 2006, pág. 672.

³⁸ Como ensina JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional IV*, 5.ª edição, Coimbra Editora, 2012, págs. 100, um Estado de Direito material, um Estado de direitos fundamentais não pode deixar de ser também um Estado de Justiça, e significativos são os artigos da Constituição que pressupõem um princípio de justiça ou mesmo que se lhe referem expressamente, exemplificando com o artigo 62.º, n.º 2, que prescreve que a requisição e a expropriação por utilidade pública só ser efectuadas mediante o pagamento de justa indemnização. Vide, ainda, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, anot. ao artigo 62.º, pág. 805, X.

Na jurisprudência do Tribunal Constitucional, destacamos o Acórdão TC n.º 267/95 [Relator: NUNES DE ALMEIDA], 30 de Maio (denúncia de arrendamento): “*entender que o artigo 62º garante o direito de*

de propriedade de que se é titular – em suma, uma *garantia de permanência*³⁹. O artigo 62.º, n.º 2.º⁴⁰, determina que a “*requisição*⁴¹ e a *expropriação só podem ser efectuadas com base na lei e mediante o pagamento de uma justa indemnização*”, mantendo-se, pois, fiel a uma concepção clássica e restrita da figura expropriativa composta pelos três elementos caracterizadores: um acto administrativo legalmente autorizado que, para a realização de um fim de utilidade pública, extingue um direito real sobre um imóvel na titularidade de um particular e determina a sua aquisição por uma entidade a quem caiba a prossecução daquele fim⁴².

A expropriação clássica enquanto procedimento de aquisição de bens (*Güterbeschaffungsvorgang*), com vista à realização de um interesse público, contrapõe-se a *expropriação de sacrifício* (*Aufopferungsenteignung*), também designada expropriação substancial ou lavrada. Nesta última, verifica-se uma destruição ou uma afectação essencial de uma posição jurídica, mas falta o momento ablativo do direito bem como a relação tripolar entre o expropriado, a entidade expropriante e o beneficiário da expropriação. Na opinião de ALVES CORREIA⁴³, a expropriação de sacrifício cabe ainda no âmbito

cada um a não ser privado do que lhe pertence, leva ínsito o entendimento de que, ao menos por via de regra, qualquer modo de restringir a plena disponibilidade da coisa pelo seu proprietário constitui uma forma de expropriação, pressupondo, por isso e em princípio, o pagamento de uma indemnização”, e o Acórdão TC n.º 444/08 [Relator: CURA MARIANO], de 23 de Setembro (direito à reparação de danos), que, sobre o arbitramento de uma indemnização, decidiu do seguinte modo: “*Tendo-se verificado que a indemnização decorrente da repartição pelos credores do fundo de limitação de responsabilidade, com o quantitativo constituído nos termos do art. 3.º, n.º 1, alínea a) da Convenção Internacional sobre o Limite de Responsabilidade dos Proprietários de Navios de Alto Mar, concluída em Bruxelas em 10 de Outubro de 1957, introduzida na ordem jurídica portuguesa pelo DL 49028, de 26 de Maio de 1969, com as alterações efectuadas pelo Protocolo de Bruxelas de 21 de Dezembro de 1979, aprovado para ratificação pelo Decreto 6/82, de 21 de Janeiro, cobre apenas 3,75% do montante dos danos sofridos pelos lesados recorrentes que ascende a €65.785,04, conclui-se que estamos perante o arbitramento de um quantitativo irrisório e desprezível que viola o direito constitucional à reparação dos danos, inerente ao princípio do Estado de direito democrático, consagrado no artigo 2.º, da CRP*”.

³⁹ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O direito de propriedade na jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Lisboa, 2009, pág. 12. Sobre a expropriação por utilidade pública enquanto dever de tolerância ou de suportar (dever de *pati* = *Duldungspflichten*), na qualificação de JOSÉ CASALTA NABAIS, *O dever fundamental de pagar impostos*, Almedina, Coimbra, 1998 (3.ª reimpressão, de 2012), pág. 68.

⁴⁰ A Constituição prevê outras figuras de desapropriação forçada por acto de autoridade pública, como a expropriação de solos para efeitos urbanísticos (cfr. artigo 65.º, n.º 4) ou a nacionalização de empresas e meios de produção em geral (cfr. artigo 83.º) e a expropriação de meios de produção em abandono (artigo 88.º), explicitando os termos limitados da garantia da propriedade, circunscrevendo-a à imposição de observância, pelos actos de ablação, de pressupostos e requisitos fixados por lei. Cfr. JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O direito de propriedade na jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Lisboa, 2009, pág. 21.

⁴¹ ANTÓNIO SOUSA FRANCO e GUILHERME D’OLIVEIRA MARTINS, *A Constituição económica portuguesa*, Almedina, Coimbra, 1993, pág. 177.

⁴² Na jurisprudência do Tribunal Constitucional, vide Acórdão TC n.º 109/88 [Relator: RAUL MATEUS], de 1 de Junho; Acórdão TC n.º 52/90 [Relator: VÍTOR NUNES DE ALMEIDA], de 7 de Março (valor dos terrenos expropriados); Acórdão TC n.º 491/00 [Relator: MARIA DOS PRAZERES BELEZA], de 22 de Novembro; Acórdão TC n.º 148/05 [Relator: VÍTOR GOMES], de 16 de Março; e o Acórdão TC n.º 205/00 [Relator: MARIA DOS PRAZERES BELEZA], de 4 de Abril.

⁴³ FERNANDO ALVES CORREIA, *As garantias do particular na expropriação por utilidade pública*, Almedina, Coimbra, 1982, págs. 77-86 (sobre os critérios da distinção); *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Almedina, Coimbra, 1989, págs. 473-476 e 491-492. O autor viu a consagração jurisprudencial desta categoria no Acórdão do Tribunal Central Administrativo, de 18 de Outubro de 2012, que mereceu a sua anotação em “TCAS, Acórdão de 18 de Outubro de 2012, Proc. n.º 01597/06 (A expropriação de sacrifício: finalmente, a sua consagração jurisprudencial)”, *RLJ* 3977 (2012), págs. 132 e ss.

FERNANDO ALVES CORREIA, em “A indemnização pelo sacrifício: contributo para o esclarecimento do seu sentido e alcance”, *RLJ* 3966 (2011), págs. 159 e ss, distingue em termos muito claros a indemnização pelo sacrifício da expropriação de sacrifício. Façamos um resumo, a bem da clareza da exposição. A indemnização pelo sacrifício e a expropriação de sacrifício distinguem-se, desde logo, quanto ao fundamento da indemnização. A primeira encontra o seu fundamento nos princípios do Estado

de protecção do artigo 62.º, pois ainda estão em causa, na expropriação de sacrifício, “actos do poder público cujo escopo não é o da aquisição de um bem para a realização de um interesse público, mas que produzem modificações especiais e gravames na utilitas do direito de propriedade e que devem ser qualificados como ‘expropriativos’ e, conseqüentemente, ser acompanhados da obrigação de indemnização”⁴⁴. Esta posição não é, porém, pacificamente aceite na doutrina⁴⁵ e também encontra dificuldades face aos mais recentes desenvolvimen-

de Direito e da igualdade perante os encargos públicos, ao passo que a segunda se fundamenta não apenas nestes dois princípios constitucionais, mas também ao princípio da justa indemnização por expropriação, condensado no artigo 62.º, n.º 2, da Lei Fundamental. Em segundo lugar, a indemnização pelo sacrifício e a expropriação de sacrifício distinguem-se quanto à natureza da indemnização, porquanto na primeira a indemnização é uma consequência do acto impositivo de encargos ou causador de danos especiais e anormais, enquanto na segunda é um pressuposto de validade do acto expropriativo. Por último, a terceira distinção a fazer refere-se ao critério da indemnização, que na indemnização pelo sacrifício é calculada com base nos critérios definidos nos artigos 16.º e 3.º do RRCEE e na expropriação de sacrifício segue os termos gerais do Código das Expropriações. A competência para conhecer dos litígios respeitantes à indemnização pelo sacrifício e à expropriação de sacrifício não fornece, segundo o autor, um critério claro e rigoroso de distinção.

⁴⁴ FERNANDO ALVES CORREIA, “A indemnização pelo sacrifício: contributo para o esclarecimento do seu sentido e alcance”, *RLJ* 3966 (2011), págs. 156 e ss, considera que a expropriação de sacrifício pode ser reconhecida no artigo 8.º, n.ºs 2 e 3, do Código das Expropriações, relativos à constituição de servidões, no artigo 18.º, n.º 2, da Lei de Bases da Política do Ordenamento do Território, no artigo 143.º do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial e no artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 2/2011, de 6 de Janeiro, sobre as expropriações do plano.

⁴⁵ Defende o retorno a um conceito formal de expropriação e advoga a superação dos conceitos de expropriação em sentido clássico e a expropriação de sacrifício, MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*, Almedina, Coimbra, 2007, págs. 993-1032. Este autor parte da *Nassauskiesungsbeschluss* do Tribunal Constitucional Federal Alemão, de 15 de Junho de 1981, na qual foi redefinido o conceito constitucional de expropriação, aproximando-o do conceito de expropriação clássica. Segundo esta decisão judicial, o critério decisivo para a definição da expropriação é a *ablação ou a privação* de posições jurídicas de valor patrimonial. A expropriação seria apenas a ablação, total ou parcial, de uma posição jurídica de valor patrimonial por um acto jurídico de autoridade direccionado para fins públicos determinados. Decisivas para a definição de expropriação são, assim, a forma e a finalidade, não a intensidade e a qualidade da intervenção. Posteriormente, o Tribunal Constitucional Federal Alemão acabou por recorrer ao conceito de “determinação do conteúdo do direito de propriedade que envolve um dever de compensação” (*die ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung*), para responder àqueles casos em que o particular suporta um dano especial (singular) e anormal (grave) no seu direito de propriedade, por motivos de interesse público. Em sentido contrário, ver FERNANDO ALVES CORREIA, “A indemnização pelo sacrifício: contributo para o esclarecimento do seu sentido e alcance”, *RLJ* 3966 (2011), pelos motivos aduzidos nas págs. 158 e ss, que considera esta posição um retrocesso.

Também VIEIRA DE ANDRADE, “A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D: Estado de direito, Estado fiscal, Estado social”, *RLJ* 3969 (2011), págs. 358 e ss, rejeita o conceito de “expropriação pelo sacrifício”, considerando-o inaceitável em termos categoriais, por razões normativas estruturais e por razões substantivas práticas.

O autor entende, em primeiro lugar, que *razões normativas estruturais* não permitem uma pura e simples ampliação do conceito de expropriação. Na verdade, a dimensão simultaneamente subtractiva e apropriativa da expropriação não constitui um aspecto secundário, mas justamente a característica específica. A expropriação significa uma apropriação pelo Estado ou pelo beneficiário — é por isso que a obrigação do Estado não é a de indemnização de um dano, mas a substituição do bem pelo valor de mercado correspondente. Por esta razão, e nas palavras do autor, não faz sentido, pois, “*erigir a expropriação em modelo da responsabilidade por factos lícitos que impliquem lesões patrimoniais intencionais, designadamente para a determinação da justa indemnização em situações distintas, em que se causa uma lesão ablativa ou se impõe um encargo, mas não se adquire a utilidade retirada, muito menos quando não esteja em causa a lesão patrimonial de um direito que não seja análogo aos direitos, liberdades e garantias*”.

Em segundo lugar, o autor apresenta as *dificuldades substantivas práticas*, pois uma “*indemnização integral e substitutiva do valor e mercado de toda e qualquer lesão de direitos patrimoniais privados, mesmo que não subtractiva, nem total, para além de inibir desmesuradamente a acção do Estado para realização do interesse geral, consubstanciaria uma função previdencialista de danos e riscos sociais que não é exigível nos quadros do Estado de Direito e contraria mesmo os princípios da proporcionalidade, designadamente na sua dimensão de equilíbrio, bem como o princípio da sustentabilidade financeira, que se afirma hoje como expressão de um valor*

tos legislativos⁴⁶.

MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS⁴⁷, por seu lado, encontram no artigo 62.º, n.º 2, da CRP, e no Código das Expropriações, a disciplina de indemnização de todos e quaisquer danos especiais e anormais de carácter patrimonial decorrentes de actos lícitos da função administrativa.

O direito à indemnização constitui, para além de um requisito do acto expropriativo, a principal garantia do indemnizado. O princípio da *justa indemnização* impõe uma compensação integral, tendencialmente correspondente ao valor venal do bem, de acordo com o seu valor no mercado (*Verkehrswert*)⁴⁸. A função da indemnização é a

constitucional relevante na matéria”. O autor propugna, pois, pelo “‘retorno’ doutrinal a um conceito formal (não necessariamente clássico) de expropriação, que justifique e delimite a aplicação integral do regime expropriativo”. Consequentemente, será mais adequado “tratar essas situações de lesão directa e intencional de bens patrimoniais – incluindo aquelas que comportem uma restrição significativa de direitos com efeitos que possam considerar-se ‘equivalentes’ a uma expropriação – no quadro da responsabilidade indemnizatória por factos lícitos, também incluída no artigo 16.º do Regime da Responsabilidade”.

⁴⁶ Nesse sentido, veja-se LICÍNIO LOPES, “Âmbito da jurisdição administrativa no Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais revisto”, *CJA* 106 (2014), págs. 19-20.

⁴⁷ MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral III: Actividade administrativa*, 2.ª edição, D. Quixote, Lisboa, 2009, págs. 508-509, reduzem o âmbito de aplicação do artigo 16.º “à responsabilidade pelo sacrifício de bens pessoais (designadamente a vida, a integridade física, a saúde e a qualidade de vida, bem como os direitos de personalidade referidos no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição) e por danos causados em estado de necessidade” e defendem “a subordinação a um regime comum das pretensões indemnizatórias pelo sacrifício de todo e qualquer direito patrimonial privado, situado à margem da lógica do artigo 16.º do RRCEE”. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, anot. ao artigo 62.º, pág. 629, defendem que a *ratio* do n.º 2 abrange necessariamente quaisquer figuras afins que afectem a propriedade ou os direitos patrimoniais dos cidadãos e que devem submeter-se a limites similares, sempre de acordo com postulados de necessidade, adequação e proporcionalidade.

⁴⁸ JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa II (A construção dogmática)*, Almedina, Coimbra, 2006, págs. 677-678, destaca que: “A terceira dimensão relevante (o direito de não ser arbitrariamente privado dos bens patrimoniais e dos correspondentes direitos primários sobre os mesmos) apresenta conexão especial não tanto com a autonomia privada mas sim com o Estado de Direito (...) e com as exigências de igualdade jurídica”. FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual de Direito Administrativo II*, págs. 202-204 e 209-229, ensina-nos que o valor de mercado há-de ser entendido em sentido normativo, de modo a que alcance uma compensação integral do sacrifício atingido ao expropriado e se garanta que este, em comparação com outros cidadãos não expropriados, não seja tratado de modo desigual ou injusto; uma indemnização que, no que respeita ao momento do seu pagamento, tenha lugar contemporaneamente à sua expropriação (princípio da prioridade temporal da expropriação e do pagamento da indemnização); e uma indemnização que, no que se refere à forma do respectivo pagamento, se verifique em dinheiro e de uma só vez, sendo inconstitucionais as normas jurídicas que estabeleçam, sem o acordo do expropriado, o pagamento da indemnização em espécie ou *in natura* ou o pagamento da indemnização pecuniária em várias prestações. Sobre a não abrangência pela indemnização por expropriação dos danos não patrimoniais, ver FERNANDO ALVES CORREIA, no *Manual de Direito do Urbanismo II*, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 230 e 231, nota 198, e em *As garantias do particular na expropriação por utilidade pública*, Almedina, Coimbra, 1982, págs. 137 e 138. Na opinião do autor, o Código das Expropriações, ao referir, no artigo 23.º, n.º 1 a 5, que a indemnização deve corresponder ao valor real e corrente do bem, numa situação normal de mercado, e ao apontar, nos artigos 25.º a 28.º critérios referenciais ou elementos ou factores de cálculo do valor real e corrente do bem expropriado de natureza objectiva, exclui da indemnização por expropriação todos os elementos subjectivos (de estimação, de afeição ou outros). Nas palavras do autor, “o valor afectivo que um bem tem para o seu proprietário (v.g., o valor afectivo de uma casa construída ou adquirida com um esforço particular pelo seu proprietário e no qual colocou muitos dos seus sonhos ou de um bem imóvel que o proprietário herdou dos seus pais e que constituía uma marca de família, ao longo de várias gerações) não pode ser computado na indemnização por expropriação”. Esta solução é comum, como nos relata o autor, ao ordenamento jurídico francês e italiano.

O artigo 13.º-13 do *Code de l'Expropriation* preceituando que as indemnizações devem cobrir a integralidade do prejuízo directo, material e certo causado pela expropriação, exclui a reparação do dano moral que pode resultar da expropriação de um bem. Saliente-se que pela decisão n.º 2010-87 QPC, de 21 de Janeiro de 2011, o *Conseil constitutionnel*, considerou que: “*Considérant qu'aucune exigence*

de fazer entrar, na esfera do atingido, o equivalente pecuniário do bem expropriado, de tal modo que, efectuada a expropriação, o seu património activo muda de composição, mas não diminui de valor⁴⁹.

Constatando que a figura expropriativa não esgota as formas de privação forçada da propriedade, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA⁵⁰ alertam que a falta de uma explícita credencial constitucional não deixa de levantar certas dificuldades a algumas figuras correntes do direito civil, de perda ou transmissão forçada do direito de propriedade, especialmente a acessão (industrial) e a usucapião.

Sobre a acessão industrial, considerou o Tribunal Constitucional⁵¹ que “a acessão, enquanto modo de desapropriação forçada de bens imóveis, é inteiramente estranha à figura da ‘expropriação por utilidade pública’ a que se refere o artigo 62.º, n.º 2, da Constituição”⁵². A acessão resulta, segundo o Acórdão, de disposições genéricas do ordenamento, destinadas a conseguir a harmonização de direitos potencialmente conflitantes. Sigamos o percurso argumentativo da decisão.

Em primeiro lugar, considerou o Tribunal que este conflito, suscitado pela incompatibilidade entre o direito do proprietário do solo e o direito do autor da incorporação, é para o legislador um conflito inescapável, no sentido de que qualquer solução por ele adoptada, ainda que por simples omissão, irá traduzir-se no sacrifício de um dos direitos em confronto. A sua causa ou razão determinante não é o interesse do sujeito em favor do qual se verifica a aquisição do direito, o qual não é objecto de qualquer avaliação concreta, mas sim o interesse abstracto da ordem jurídica na prevenção ou resolução daquele conflito: “O artigo 62.º, n.º 2, da Constituição não pode, portanto, ser visto como um obstáculo ao funcionamento do mecanismo da acessão, ainda que nele se verifique a extinção forçada do direito de propriedade”. Em segundo lugar, considerou o Tribunal que a acessão também não deve, a nenhum outro título, ser qualificada como uma restrição do direito de propriedade, subsumível ao n.º 2 do artigo 18.º e, portanto, aos requisitos de admissibilidade aí previstos, nomeadamente ao princípio da autorização

constitutionnelle n’impose que la collectivité expropriante, poursuivant un but d’utilité publique, soit tenue de réparer la douleur morale éprouvée par le propriétaire à raison de la perte des biens expropriés; que, par suite, l’exclusion de la réparation du préjudice moral ne méconnaît pas la règle du caractère juste de l’indemnisation de l’expropriation pour cause d’utilité publique”.

O artigo 47.º da *Ley de Expropiación Forzosa*, pelo contrário, consagra o “*premio de afección*”, ao determinar que “*em todos os casos de expropriação abonar-se-á ao expropriado, além do justo preço fixado na forma estabelecida nos artigos seguintes, cinco por cento como prémio de afeição*”.

⁴⁹ Assim, SOUSA RIBEIRO, *O direito de propriedade na jurisprudência do Tribunal Constitucional*, 2009, pág. 39. Na jurisprudência do Tribunal Constitucional, vide o Acórdão TC n.º 52/90 [Relator: VÍTOR NÚNES DE ALMEIDA], de 7 de Março (valor dos terrenos expropriados); Acórdão TC n.º 381/89 [Relator: MAGALHÃES GODINHO], de 3 de Maio; Acórdão TC n.º 11/08 [Relator: JOÃO CURA MARIANO], de 14 de Janeiro; Acórdão TC n.º 108/92 [Relator: ALVES CORREIA], de 19 de Março; Acórdão TC n.º 283/94 [Relator: ALVES CORREIA], de 23 de Março; e Acórdão TC n.º 174/95 [Relatora: FERNANDA PALMA], de 4 de Abril.

⁵⁰ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, anot. ao artigo 62.º, pág. 805, X.

⁵¹ Acórdão TC n.º 205/00 [Relator: MARIA DOS PRAZERES BELEZA], de 4 de Abril (regime da acessão). Para uma análise crítica desta decisão, ABÍLIO VASSALO ABREU, *Titularidade registral do direito de propriedade imobiliária versus usucapião (“Adverse Possession”)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, págs. 175 e ss.

⁵² “A acessão, à semelhança de outras formas imperativas de extinção ou restrição do direito de propriedade previstas na lei civil, não tem na sua base qualquer necessidade de aproveitamento de coisas determinadas por parte duma entidade pública, para satisfação de interesses específicos compreendidos nas suas atribuições. Não representa, portanto, nesse sentido (que é o sentido que caracteriza a expropriação), o sacrifício de um interesse particular em benefício de um interesse administrativo do Estado, razão por que não se pode considerar sujeita a um pressuposto de ‘utilidade pública’, como aquele que condiciona a expropriação”.

constitucional expressa⁵³. Por fim, o Tribunal lembrou que o sacrifício do direito do proprietário do solo, nos termos do n.º 1 do artigo 1340.º do Código Civil, deve ser avaliado à luz dos princípios do Estado de Direito, que impedem o legislador de restringir direitos individuais de modo arbitrário e desproporcionado, ainda que fora das hipóteses cobertas pelo artigo 18.º, n.º 2, da Constituição. O Tribunal considerou o critério de prevalência – o do maior valor, associado à boa fé do proprietário da obra, nomeadamente por ter sido autorizado pelo proprietário do solo a edificá-la no seu terreno – como objectivo e adequado, obedecendo ao princípio da proporcionalidade (por referência à constituição de um direito de superfície a onerar a propriedade), desde que a obrigação de indemnizar imposta ao beneficiário da acessão obedeça aos critérios da indemnização justa.

Esta decisão do Tribunal Constitucional está, na solução concreta a que chegou (ainda que com fundamentação não coincidente), em conformidade com a jurisprudência do TEDH sobre o fundamento e o regime da usucapião⁵⁴, tal como foi analisada no famoso Acórdão *Pye*. O caso era o seguinte.

As sociedades *A. Pye (Oxford) Ltd* e *J.A. Pye (Oxford) Land Ltd*, pertencentes a G. Pye eram donas de um lote de terreno de 23 hectares situado em Berkshire, que foi cedido, precariamente, aos donos de um terreno adjacente, os *Grahams*, até 31 de Dezembro de 1983, e que estes continuaram a utilizar, sem permissão, desde Setembro de 1984 até 1999. Em 1997, os *Grahams* iniciaram um procedimento no *Land Registry* contra *Pye*, com fundamento na aquisição dos referidos terrenos por usucapião. Na acção judicial que lhes foi movida por *Pye*, os *Grahams* defenderam-se com o *Limitation Act* 1980, que estabelece a prescrição da acção para a restituição do terreno após 12 anos de posse por outrem e alegaram ainda que beneficiavam do regime constante no *Land Registration Act*, em vigor na altura, que estabelecia que, após o período de 12 anos, o proprietário registado era considerado como titular da terra *in trust for the squatter*. Depois de perder nas instâncias nacionais, *Pye* levou o caso ao TEDH, alegando a violação do artigo 1.º do Protocolo 1 da CEDH.

De forma surpreendente, o Acórdão *J. A. Pye (Oxford) c. Reino Unido*, de 15 de Novembro de 2005, veio considerar, por quatro votos contra três, que a legislação do Reino Unido relativa à usucapião era violadora do artigo 1.º do Protocolo 1. Segundo o Tribunal, por força da referida legislação os queixosos haviam sido privados da sua propriedade, pelo que o caso foi decidido à luz do princípio ínsito na segunda frase do artigo 1.º: “ninguém pode ser privado do que é sua propriedade a não ser por utilidade pública e nas condições previstas pela lei e pelos princípios gerais do direito internacional”. Ainda que não negando o interesse público da legislação aplicável ao caso, o TEDH considerou-a desproporcionada, impondo um ónus excessivo ao particular, que afectava o imprescindível equilíbrio entre as necessidades do interesse público e o direito ao gozo pacífico dos bens do queixoso⁵⁵.

⁵³ “É certo que o artigo 18.º, n.º 2, da Constituição configura as restrições como um modo de composição de direitos em conflito, ao determinar que elas se limitem ‘ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos’. Mas os conflitos aqui presentes são de uma outra natureza. São conflitos entre direitos ou interesses distintos entre si, situados em diferentes esferas de valores e tutelados separadamente pela Constituição. A sua coexistência e harmonização não dependem necessariamente de arbitragens legislativas, nem implicam a primazia de um dos direitos sobre o outro”.

⁵⁴ Para uma extensa análise dos Acórdãos, ABÍLIO VASSALO ABREU, *Titularidade registral do direito de propriedade imobiliária versus usucapião (“Adverse Possession”)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, págs. 53 e ss.

⁵⁵ Por toda a Europa a doutrina foi-se insurgindo contra esta decisão. Veja-se, por exemplo, na

O recurso, interposto pelo Reino Unido, foi decidido pela Grande Câmara a 30 de Agosto de 2007. Desta feita, o TEDH recolocou o problema, considerando agora a regulamentação aplicável à aquisição por usucapião já não como uma privação da propriedade, mas antes como uma medida tendente à de regulação da propriedade. As normas legais de que havia resultado a perda da propriedade dos queixosos não visavam privar os proprietários da sua propriedade, mas antes regular questões de título num sistema em que, historicamente, 12 anos era um prazo suficientemente longo para extinguir o direito do anterior proprietário a recuperar a posse do seu imóvel, e a consequente atribuição de um novo título a quem o houvesse possuído de forma duradoura e pacífica.

O Tribunal considerou depois que as normas em causa reflectiam políticas sociais legítimas — o legislador está habilitado para fazer prevalecer uma posse duradoura e pacífica sobre um registo formal, ainda que anterior, e portanto uma norma que extingue o título e, em consequência, impede o dono anterior de recuperar a posse, não pode ser considerada desrazoável — e, reconhecendo ao Governo do Reino Unido uma ampla margem de apreciação, não considerou que houvesse desproporcionalidade entre o objectivo a realizar e os meios empregues.

A questão da perda forçada da propriedade por força de certos institutos de direito privado permanece, todavia, em aberto, mas a doutrina mais recente está atenta às dúvidas que se vão colocando relativamente a esta matéria e o sentido geral da

European Review of Private Law 2 (2007), os artigos de VINCENT SAGAERT, “Prescription in French and Belgian Property Law after the Pye Judgment”, págs. 265-272; GEORGE L. GRETTON, “Pye: A Scottish View”, págs. 281-288; OLIVER RADLEY-GARDNER, “Pye (Oxford) v. The United Kingdom: The View from England”, págs. 289-308; RAFFAELE CATERINA, “Some Comparative Remarks on J. A. Pye (Oxford) v. The United Kingdom”, págs. 273-279; J. M. MILO, “A Technical Retreat from Private (Property) Law”, págs. 353-361; ERIK WERLAUFF, “Compensation for Adverse Possession”, *EBLR* 18 (2007), págs. 335-345; J. M. MILO, “On the Constitutional Proportionality of Property Law in the Netherlands”, *ERPL* (2007), págs. 255-260. Em português, VASSALO ABREU, “Usucapião de imóveis sem indemnização: o ‘teste de conformidade com a Constituição’ e o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 205/00, de 4 de Abril de 2000 (Proc. n.º 390/96)”, *BFD* 88 (2012), págs. 189 e ss, ainda que o autor não tenha, neste texto, apresentado conclusões assertivas sobre a questão. Viria a fazê-lo no seu *Titularidade registral do direito de propriedade imobiliária versus usucapião (“Adverse Possession”)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, págs. 184-186. Segundo o autor, não perdendo de vista que o direito de propriedade abrange como dimensão substantiva o direito de não se ser privado dos bens de que se é proprietário, “*não pode deixar de estar presente no seu difícil balanceamento com o interesse geral (ou, se se preferir, interesse público) que, porventura, se divide no instituto da usucapião. Urgindo levar em linha de conta, a esse propósito, certos princípios do regime da restrição de ‘direitos, liberdades e garantias’ (cfr. o artigo 17.º da CRP de 1976) — nomeadamente, os princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade —, dado o ‘carácter análogo’ do direito de propriedade*”. No balanceamento entre o valor constitucional da propriedade privada e o interesse geral (ou interesse público) que possa presidir à usucapião, entende o autor “*só muito dificilmente, se não por artificio, é que, na nossa óptica, poderá encontrar-se neste último uma razão justificativa para excluir ou dispensar qualquer tipo de indemnização a favor do anterior titular pela desapropriação forçada do seu direito*”. O autor retira esta conclusão da inconcludência dos principais argumentos mobilizáveis a favor da usucapião de imóveis sem indemnização, nomeadamente “(i) o interesse geral (ou interesse público) de garantir a certeza e a segurança jurídicas quanto ao estatuto dos bens, em ordem a favorecer o comércio jurídico imobiliário; (ii) a sanção (implícita) ao proprietário pela sua prolongada inércia ou negligência e o correlativo estímulo ao uso produtivo dos bens, partindo, nomeadamente, da ideia de ‘função social de propriedade’”. A convicção do autor é ainda reforçada por outros aspectos, como “(i) a inexistência de ‘posse efectiva’ como *condictio sine qua non* da usucapião; (ii) a circunstância de o usucapiente poder licitamente não usar o bem de que se tornou proprietário (cfr. o artigo 298.º, n.º 3 do Código Civil), ou utilizá-lo mal, não realizando assim, ainda que de uma maneira indirecta ou refractada, qualquer utilidade pública ou, se se preferir, utilidade social”. Daí que, na perspectiva do autor, qualquer interpretação do regime da usucapião “*que legitime a perda ou privação forçada do direito de propriedade por via deste mecanismo, sem que se preveja qualquer tipo de indemnização a favor do anterior titular, será uma interpretação de muito duvidosa constitucionalidade, para não dizer que será mesmo uma interpretação em desconformidade com a Constituição, atendendo às exigências decorrentes dos actuais parâmetros de juridicidade constitucional próprios do Estado de Direito*”.

resposta parece-nos evoluir no sentido da necessidade de indemnização. Tomemos as palavras de GOMES CANOTILHO e VASSALO ABREU⁵⁶: “*Depois da Revisão Constitucional de 1989, que procedeu a uma reconstrução profunda da Constituição económica, qualquer interpretação das normas constitucionais deverá ter em conta que a ‘dimensão emancipatória inicial’ se confronta hoje com os novos parâmetros de juridicidade constitucional. Qualquer interpretação legitimadora de transferência de propriedade, ou, se se preferir, de medidas ingerentes no direito de propriedade com efeitos translativos de domínio, sem previsão das regras indemnizatórias, será, a nosso ver, uma interpretação em desconformidade com a Constituição*”⁵⁷.

Por último, ainda uma breve consideração dobre sobre o direito do titular a não ser privado da sua propriedade no âmbito do direito societário. O Acórdão TC n.º 491/02⁵⁸, que considerou que não deve o instituto previsto no artigo 490º, n.º 3, do CSC – que prevê a possibilidade de aquisição potestativa, por parte da sociedade que detenha mais de 90% do capital social de outra, das acções ou quotas pertencentes aos sócios livres da sociedade dependente, mediante declaração unilateral e observadas as devidas formalidades – ser concebido como uma medida “*expropriativa*”, no sentido preciso do conceito: “*Para que se pudesse falar de verdadeira expropriação, seria, antes necessário que sobre a propriedade, configurada como realidade a se, incidisse, provinda do exterior, uma medida ablatória*”. Considerou o Tribunal que o que estava em causa era a conformação pelo legislador do próprio alcance da “*propriedade corporativa*” no plano das relações privadas entre os accionistas⁵⁹.

O regime do artigo 490º, n.º 3, do CSC, é um instituto que integra e define o regime da titularidade de participações em sociedades que integrem grupos, e não um

⁵⁶ GOMES CANOTILHO e VASSALO ABREU, “Enfiteuse sem extinção. A propósito da dilatação legal do âmbito normativo do instituto enfiteutico” RLJ 3967 (2011), pág. 213.

⁵⁷ Veja-se, neste sentido, o Acórdão STJ, de 15 de Outubro de 1998 [Processo: 96B650].

⁵⁸ Acórdãos TC n.º 491/02 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 26 de Novembro (sobre o artigo 490º, 3, CSC).

⁵⁹ À questão de saber se esta era matéria relativa àquele núcleo essencial, ou àquela garantia, do direito de propriedade que são de considerar análogos aos direitos, liberdades e garantias, o Tribunal respondeu negativamente. “*Na verdade – e independentemente da sua exacta qualificação –, entende-se que não se verificam em relação à matéria sobre que incide a norma em causa as mesmas razões materiais que justificam a analogia, já que os efeitos da regulamentação nela contida sobre a titularidade de participações sociais constituem mero reflexo do regime interno da corporação – isto é, da resolução de questões atinentes ao controlo sobre a sociedade, relativas à organização e à formação de grupos de sociedades. O direito afectado é, como se disse, um direito patrimonial cujo conteúdo é necessariamente mediatizado pela organização e pelas decisões internas da corporação, contendo o artigo 490º, n.º 3, do CSC, a previsão de um instituto definidor do regime da titularidade de participações sociais – e não que a suprime como algo que exista independentemente dele –, salvaguardando, porém, o seu valor para o titular. Ora, da mesma forma que a regulamentação de outras vicissitudes internas à vida societária, que podem igualmente afectar qualitativamente a titularidade, ou, mesmo, afectar substancialmente o valor, de partes sociais – pense-se nos regimes da amortização de quotas, da cisão, da fusão, da transformação ou da dissolução de sociedades – não estão sujeitas a reserva de lei parlamentar, entende-se que também a previsão desse instituto o não está. Não é despidendo, na verdade, notar a equivalência funcional entre o regime da aquisição forçada previsto no artigo 490º, n.º 3, do CSC e estes outros institutos jurídico-societários que conduzem à transmissão ou extinção compulsivas de participações detidas por sócios minoritários, surgindo, nesta perspectiva, o instituto previsto na norma em causa, como um meio de ‘conversão patrimonial’ (como refere Menezes Cordeiro) decidida internamente, ‘bastante comum no direito das sociedades comerciais’.* A diferença salientada em relação a outros institutos não contraria o denominador comum de fundo, consistente na existência de outras situações de transmissão ou extinção forçada de participações sociais, enquanto reflexo de vicissitudes internas à sociedade, provocadas por vontade exclusiva do sócio maioritário, com um correspondente estado de sujeição dos sócios minoritários ou individuais”. Sobre esta questão, na doutrina, JORGE COUTINHO DE ABREU e SOVERAL MARTINS, “Anotação ao artigo 490º do CSC”, em *Código das Sociedades Comerciais em Comentário VII*, Almedina, Coimbra, 2014, págs. 136 e ss, e JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, “O artigo 490º do CSC e a lei fundamental”, *Estudos em Comemoração dos Cinco Anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, págs. 147 e ss. Cfr. ainda JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O direito de propriedade na jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Lisboa, 2009, pág. 7.

instituto que suprime a propriedade como algo que exista independentemente dele. Pode efectivamente ler-se no Acórdão, “*tal como outros direitos patrimoniais, as ‘partes sociais’ são abrangidas pela tutela constitucional da propriedade privada. Mas esta circunstância não significa – como decorre do que acaba de ser referido – que o correspondente direito, ou os correspondentes direitos, sejam vistos à imagem e semelhança da proprietas rerum, para avaliar do significado dos ‘condicionamentos’ ou ‘restrições’ de que sejam objecto*”. O Tribunal considerou que na avaliação a fazer não se poderia prescindir da especificidade da titularidade desse tipo de direitos, e da sua natureza, “*isto é, de direitos incindivelmente ligados (desde a sua génese até à sua extinção, passando por diversas vicissitudes que os podem atingir) a uma organização ou ente social*”. Na verdade, “*a titularidade da participação social não pode ser configurada simplesmente como uma propriedade real, mas apenas como uma propriedade corporativa, no sentido de propriedade necessariamente mediatizada pela organização própria da corporação social ou pela interposição do ente social*”.

Quanto à estrutura do direito de propriedade, menos afirmada tem sido a relevância de uma componente de direitos a prestações materiais positivas (ou, pelo menos, de uma directriz imposta ao Estado no sentido de que “*o maior número de pessoas venha a usufruir da propriedade ou de outros direitos patrimoniais*”)⁶⁰, e é também controversa a possibilidade de a Constituição comportar a inclusão (do que seria uma norma jusfundamental permissiva) do *livre uso, aproveitamento e fruição dos bens*⁶¹. É neste âmbito que tem ocorrido o debate relativo à inclusão ou não, como prerrogativa do titular, do *ius aedificandi*, vale dizer, da faculdade de construir e de realizar os actos jurídicos e materiais indispensáveis à construção, como os loteamentos urbanos e a realização das infra-estruturas urbanísticas necessárias⁶².

⁶⁰ JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, anot. ao artigo 62.º, pág. 628, VII, e OLIVEIRA ASCENSÃO, *Reordenamento agrário e propriedade privada*, Lisboa, 1965, pág. 6.

⁶¹ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, anot. ao artigo 62.º, pág. 804, VIII: (a) a liberdade de adquirir bens; (b) a liberdade de usar e fruir os bens de que se é proprietário; (c) a liberdade de os transmitir; (d) o direito de não ser privado deles. JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O direito de propriedade na jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Lisboa, 2009, pág. 12, refere que “*a titularidade só ganha sentido, na óptica da autonomia na esfera patrimonial, se associada à possibilidade de utilização livre dos bens, no interesse próprio*”. No mesmo sentido, ANTÓNIO SOUSA FRANCO e GUILHERME D’OLIVEIRA MARTINS, *A Constituição económica portuguesa*, Almedina, Coimbra, 1993, págs. 171. Na jurisprudência do Tribunal Constitucional, o Acórdão TC n.º 328/94 [Relator: BRAVO SERRA], de 13 de Abril, decidiu que “*Teoricamente, o âmbito objectivo do direito de propriedade abarca o direito de apropriação, pelas formas legítimas natural ou culturalmente sedimentadas, dos bens aptos a tanto, o direito de transmissão, entre vivos ou mortis causa, e, por fim, o direito de usar e fruir os bens de acordo com a sua função*”; no Acórdão TC n.º 148/05 [Relator: VÍTOR GOMES], de 16 de Março. Poderíamos ainda pensar no direito de usar e fruir dos bens de que se é proprietário, e essa faculdade até esta consagrada no artigo 1305.º para o direito patrimonial de propriedade”; no Acórdão TC n.º 345/09 [Relator: VÍTOR GOMES], de 8 de Julho (terceiros para efeitos de registo), lê-se: “*A Constituição não menciona expressamente, entre os componentes do direito de propriedade, a liberdade de uso e fruição. Todavia, mesmo que se entenda que ele integra naturalmente o direito de propriedade, fácil é de verificar que são grandes os limites constitucionais, especialmente em matéria de meios de produção – que vão desde o dever de uso (art. 89.º) até ao seu condicionamento (cf. especialmente o art. 96.º-2) –, podendo a lei estabelecer restrições maiores ou menores, credenciada nos princípios gerais da Constituição, particularmente nos da constituição económica. Limites particularmente intensos a este aspecto do direito de propriedade são os que ocorrem no domínio urbanístico e do ordenamento do território, a ponto de se questionar se o direito de propriedade inclui o direito de construir – jus aedificandi – ou se este radica antes no acto administrativo autorizativo (licença de construção)*”.

⁶² A doutrina encontra-se profundamente dividida sobre esta questão. No sentido da consideração do *ius aedificandi* como uma faculdade resultante do direito de propriedade ou de superfície sobre o imóvel, OLIVEIRA ASCENSÃO, “O urbanismo e o direito de propriedade”, *Direito do urbanismo*, INA, Oeiras, 1999, págs. 319-344; FREITAS DO AMARAL, “Apreciação da dissertação de doutoramento do

d) O objecto da protecção

Um outro ponto relativamente consensual na doutrina prende-se com o âmbito *objectivo da protecção* – os limites do objecto, ou limites num sentido material, indicam o âmbito ou domínio abrangido do direito, isto é, designam os limites que resultam da especificidade do *bem jurídico que o direito fundamental visa proteger* ou a parcela de realidade incluída na respectiva hipótese normativa⁶³ - da *garantia jusfundamental da propriedade*.

MARIA LÚCIA AMARAL⁶⁴ defendeu que “o termo ‘propriedade’, na Constituição, tem de ser entendido de forma a poder englobar no seu seio todos estes direitos sem qualquer exclusão: o termo ‘propriedade’, na Constituição, tem de ser em suma equivalente a património. Assim o impõe o telos do n.º 1 do art. 62”. Esta ideia, de que com a locução “propriedade” pretende a CRP designar todo o património privado em geral, é hoje pacificamente aceite. Quando o artigo 62.º diz que “a todos é garantido o direito à propriedade privada”⁶⁵ não se re-

licenciado Fernando Alves Correia”, RFDUL 32 (1991), págs. 91-105; JOÃO CAUPERS, “Estado de direito, ordenamento do território e direito de propriedade”, RJUA 3 (1995), págs. 87-115; MARCELO REBELO DE SOUSA, “Parecer sobre a constitucionalidade das normas constantes do Decreto-lei n.º 351/93 (Regime da Caducidade dos Actos de Licenciamento de Obras, Loteamentos e Empreendimentos Turísticos)” RJUA 1 (1994), págs. 132-148; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, 3.ª edição, 2012, pág. 184. Consideram que o *ius aedificandi* constitui uma concessão jurídico-pública, resultante do sistema de atribuição do plano urbanístico, FERNANDO ALVES CORREIA, *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Almedina, Coimbra, 1997, pág. 376, RUI MACHETE, “Constitucionalidade do regime de caducidade previsto no DL n.º 351/93 (parecer)”, RJUA 3 (1995), págs. 241-260; JORGE MIRANDA, “Ordenamento do Território e Constituição (Sobre a constitucionalidade do Decreto-Lei n.º 351/93) RMP 61 (1995), págs. 83-61, e JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, anot. ao artigo 62.º, pág. 627; FERNANDA PAULA OLIVEIRA, “O direito de edificar: dado ou simplesmente admitido pelo plano? – Ac. do STA de 1.2.2001”, CJA 43 (2004), págs. 54-57. Uma outra parte da doutrina, ainda, considera o *ius aedificandi* como um direito fundamental, a enquadrar no âmbito do Direito Constitucional. Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, “O direito de propriedade e o *jus aedificandi* no direito português”, RJUA 3 (1995), pág. 187 e ss; JORGE REIS NOVAIS, “Ainda sobre o *jus aedificandi* (... mas agora como problema de direitos fundamentais)”, *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, págs. 493 -521. Na jurisprudência do Tribunal Constitucional, a questão coloca-se não raro sobre a aplicação do regime próprio dos direitos, análogos e garantias, pelo que permite ao Tribunal não decidir sobre a qualificação a dar ao direito a construir, e segundo jurisprudência constante, reiterar que o direito de construir não integra a dimensão essencial do direito de propriedade que tem natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias. Foi, assim, no Acórdão TC n.º 329/99 [Relator: MESSIAS BENTO], de 2 de Junho (planos regionais de ordenamento). Já no Acórdão TC n.º 496/08 [Relatora: MARIA LÚCIA AMARAL], de 9 de Outubro.

⁶³ Seguimos VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 271. O autor refere ainda, na pág. 273, aos limites de conteúdo que, pressuposta a definição do âmbito do direito (o “domínio abrangido” ou o “domínio regulado”), possam constituir restrições constitucionais ao programa normativo do preceito (o “domínio protegido”, incluindo, no seu núcleo, o “domínio garantido”). Em alguns casos, os efeitos limitadores resultam da consagração de deveres fundamentais manifesta e inequivocamente dirigidos ou referidos a certos direitos, havendo por isso de ser contados entre os limites imanentes *expressos* destes, como acontece com o dever de pagar impostos em relação ao direito de propriedade.

⁶⁴ MARIA LÚCIA AMARAL, *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, págs. 548 e ss. FERNANDO ALVES CORREIA, *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Almedina, Coimbra, 1997, pág. 305 havia considerado a função mais importante da garantia individual da propriedade privada “a de proteger a posição jurídica patrimonial do cidadão perante as medidas de socialização, confisco político e de expropriação” (sublinhado nosso).

⁶⁵ Na doutrina, veja-se “os particulares, sejam pessoas singulares ou colectivas, gozam do direito de ter bens em propriedade e, em geral, do direito de se tornar, por actos *inter vivos* ou *mortis causa*, titulares de quaisquer direitos de valor pecuniário – direitos reais, direitos de crédito, direitos materiais de autor, direitos sociais ou outros” (JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, anot. ao artigo 62.º, pág. 627, III) e GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, anot. ao artigo 62.º, pág. 800, II: “O alargamento do conceito

fere ao conceito juscivilístico de propriedade, nem quanto às titularidades (direitos reais e direitos de crédito), nem quanto ao objecto. Não andar­á longe de outros textos constitucionais e internacionais a nossa constituição se a lermos, como, aliás, tem lido o Tribunal Constitucional, como garantindo *direitos ou posições jurídicas de valor patrimonial*, sejam eles sobre coisas corpóreas, móveis ou imóveis⁶⁶, propriedade intelectual⁶⁷ ou industrial⁶⁸,

de propriedade a outros bens, para além da proprietas rerum, representa uma extensão da garantia constitucional e traduz, por um lado, uma diversificação do objectivo do direito de propriedade para fora do seu paradigma burguês e, por outro lado, a descaracterização do seu figurino originário de garantia absoluta de livre utilização e disposição exclusiva de um determinado bem. SOUSA RIBEIRO, em *O direito de propriedade na jurisprudência do Tribunal Constitucional Português*, Tribunal Constitucional, Lisboa, 2009, pág. 5.

MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 976, sublinha que a garantia constitucional da propriedade privada é uma garantia de posições jurídicas com valor patrimonial, não uma garantia de valores patrimoniais. [No âmbito da sua tarefa] de determinação do conteúdo e limites da propriedade, o legislador está obrigado a preservar o valor de uso dos bens objecto da propriedade, nos termos em que eles são configurados num caso concreto, e só num caso de afectação de tais bens que reúna os pressupostos de uma expropriação ou nacionalização se pode falar numa garantia do valor de troca.

Vide, ainda, MENEZES CORDEIRO, “A constituição patrimonial privada”, *Estudos sobre a Constituição*, 3.º volume, organizados por JORGE MIRANDA, Livraria Petrony, 1979, págs. 365 e ss.

⁶⁶ Cfr. o Acórdão TC n.º 311/93 [Relator: MESSIAS BENTO], de 28 de Abril: “[o direito de] denunciar livremente o contrato de arrendamento celebrado – direito este que está compreendido, seja no direito de iniciativa económica privada (artigo 61.º, n.º 1, da Constituição), seja no direito de propriedade privada (artigo 62.º, n.º 1, da Constituição) – para garantir o direito à habitação do locatário, cuja posição jurídica, desse modo, ganha estabilidade e segurança”. Acórdão TC n.º 267/95 [Relator: NUNES DE ALMEIDA], 30 de Maio (denúncia de arrendamento): “Seja, porém, qual for em definitivo a natureza jurídica do direito ao arrendamento (real ou obrigacional), uma coisa é certa: um tal direito é, em certa medida, protegido pelo artigo 62.º da Constituição, ou seja, pela garantia constitucional do direito de propriedade”.

⁶⁷ Cfr. o Acórdão TC n.º 577/11 [Relator: JOSÉ BORGES SOEIRO], de 29 de Novembro (direito de autor): “A tutela da propriedade intelectual apresenta-se, no plano da nossa Constituição, como uma tutela multifacetada. Com efeito, a propriedade intelectual é, antes de mais, propriedade privada, abrangida, portanto, no núcleo essencial do direito fundamental de propriedade, nos termos do artigo 62.º, n.º 1, da Constituição (nesse sentido se pronunciou já o Tribunal no acórdão n.º 491/2002, publicado no Diário da República, II série, de 22 de Janeiro de 2003). Mas a tutela dos direitos de autor não se consome na protecção que o Estado concede à propriedade”. Segundo o Tribunal, a protecção constitucional dos direitos de autor, entendida essencialmente como espaço de defesa pessoal perante a ingerência pública, resulta também da tutela da personalidade, enquanto liberdade pessoal de criação. Trata-se, pois, de uma manifestação do direito ao desenvolvimento da personalidade, autonomizado, pela revisão constitucional de 1997, no artigo 26.º, n.º 1.

GOMES CANOTILHO, “Liberdade e exclusivo na Constituição”, in *Estudos sobre direitos fundamentais*, Coimbra Editora, 2008, págs. 220-223, refere um *direito de troncalidade autoral* com várias irradiações: como *direito unitário*, como *direito de personalidade*, como *direito humano*, como *direito de propriedade*, como *direito privado*, como *direito de liberdade* e como *direito exclusivo*. Não se lhe oferecem, no entanto, quaisquer dúvidas de que se trata de um direito fundamental.

Considerando que o direito de autor não está sujeito a reserva de competência legislativa da Assembleia da República, nem aos limites da revisão constitucional do artigo 288.º, alínea d) da CRP, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Direito de autor e direitos fundamentais”, em *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição*, vol. II, JORGE MIRANDA (org.), Coimbra Editora, Coimbra, 1997, págs. 181 e ss. Note-se, ainda, que este autor, em “Direitos intelectuais: propriedade ou exclusivo?”, *Themis* 15 (2008), pág. 122, sublinha que a garantia institucional do direito de autor se encontra no artigo 42.º da CRP.

⁶⁸ Cfr. o Acórdão TC n.º 577/11 [Relator: JOSÉ BORGES SOEIRO], de 29 de Novembro (direito de autor): “A tutela da propriedade intelectual apresenta-se, no plano da nossa Constituição, como uma tutela multifacetada. Com efeito, a propriedade intelectual é, antes de mais, propriedade privada, abrangida, portanto, no núcleo essencial do direito fundamental de propriedade, nos termos do artigo 62.º, n.º 1, da Constituição (nesse sentido se pronunciou já o Tribunal no acórdão n.º 491/2002, publicado no Diário da República, II série, de 22 de Janeiro de 2003). Mas a tutela dos direitos de autor não se consome na protecção que o Estado concede à propriedade”. Segundo o Tribunal, a protecção constitucional dos direitos de autor, entendida essencialmente como espaço de defesa pessoal perante a ingerência pública, resulta também da tutela da personalidade, enquanto liberdade pessoal de criação. Trata-se, pois, de uma manifestação do direito ao desenvolvimento da personalidade, autonomizado, pela revisão constitucional de 1997, no artigo 26.º, n.º 1.

GOMES CANOTILHO, “Liberdade e exclusivo na Constituição”, in *Estudos sobre direitos fundamentais*, Coimbra Editora, 2008, págs. 220-223, refere um direito de troncalidade autoral com várias irradiações: como direito unitário, como direito de personalidade, como direito humano, como direito de propriedade, como direito privado, como direito de liberdade e como direito exclusivo. Não se lhe oferecem, no entanto, quaisquer dúvidas de que se trata de um direito fundamental.

Considerando que o direito de autor não está sujeito a reserva de competência legislativa da Assembleia da República, nem aos limites da revisão constitucional do artigo 288.º, alínea d) da CRP, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Direito de autor e direitos fundamentais”, em *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição*, vol. II, JORGE MIRANDA (org.), Coimbra Editora, Coimbra, 1997, págs. 181 e ss. Note-se, ainda, que este autor, em “Direitos intelectuais: propriedade ou exclusivo?”, *Themis* 15 (2008), pág. 122, sublinha que a garantia institucional do direito de autor se encontra no artigo 42.º da CRP.

direitos de crédito⁶⁹ ou até direitos sociais⁷⁰.

⁶⁹ Nas palavras de JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O direito de propriedade na jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Lisboa, 2009, pág. 9, “em matéria de direitos de crédito, o Tribunal perfilha uma concepção restritiva do objecto da tutela constitucional. Estando em causa a garantia patrimonial, no âmbito da protecção do art. 62.º só entram os instrumentos essenciais à sua subsistência, não bastando a afectação substancial dessa garantia, com acréscimo significativo do risco de insatisfação do crédito”. Quanto à tutela do direito do credor à satisfação do seu crédito, cfr. o Acórdão TC n.º 349/91 [Relator: ALVES CORREIA], de 3 de Julho (sobre impenhorabilidade de pensões; Acórdão TC n.º 494/94 [Relator: MESSIAS BENTO], 12 de Julho, analisando o artigo 300 do CPT, que estabelecia a impenhorabilidade dos bens penhorados em execução fiscal: “Da garantia constitucional do direito de propriedade privada, há-de, seguramente, extrair-se a garantia (constitucional também) do direito do credor à satisfação do seu crédito. E este direito há-de, naturalmente, conglobar a possibilidade da sua realização coactiva, à custa do património do devedor, como, de resto, se prescreve no artigo 601.º do Código Civil, que preceitua que ‘pelo cumprimento da obrigação respondem todos os bens do devedor susceptíveis de penhora, sem prejuízo dos regimes especiais estabelecidos em consequência da separação de patrimónios’”; sobre o CPT, os Acórdãos TC n.º 516/94 [Relator: ARMINDO RIBEIRO MENDES] de 27 de Setembro, TC n.º 578/94 [Relator: ARMINDO RIBEIRO MENDES], de 26 de Outubro, Acórdão TC n.º 451/95 [Relator: GUILHERME DA FONSECA], de 6 de Julho, Acórdão 51/99 [Relator: ARTUR MAURÍCIO] 19 de Janeiro (também sobre o artigo 871.º CPC); Acórdão TC n.º 318/99 [Relator: NUNES DE ALMEIDA], 26 de Maio (impenhorabilidades); Acórdão TC n.º 649/99 [Relator: BRAVO SERRA], de 24 de Novembro (penhora sobre bens de economia doméstica); Acórdão TC n.º 463/00 [Relator: PAULO MOTA PINTO], 25 de Outubro (título executivo), Acórdão TC n.º 535/01 [Relator: GUILHERME DA FONSECA], de 5 de Dezembro (compensação de créditos); Acórdão TC n.º 374/03 [Relator: MÁRIO TORRES], de 15 de Julho (direito de retenção); Acórdão TC n.º 273/04 [Relator: GIL GALVÃO], de 20 de Abril (sobre acção pauliana e registo); Acórdão TC n.º 620/04 [Relator: GIL GALVÃO], 20 de Outubro (sobre a não apreensão judicial a favor de credores privados do clube das acções da categoria A detidas por este na sociedade desportiva por si constituída); Acórdão TC n.º 178/07 [Relator: BENJAMIM SILVA RODRIGUES], de 8 de Março, onde estava em causa o CPEREF na redacção vigente ao tempo do Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de Março; Acórdão TC n.º 166/10 [Relatora: MARIA LÚCIA AMARAL], de 28 de Abril, sobre a venda judicial através de propostas em carta fechada; Acórdão TC n.º 235/11 [Relator: JOÃO CURA MARIANO], de 4 de Maio, (sobre a interpretação do artigo 606.º, do Código Civil, no sentido deste preceito não contemplar a possibilidade de sub-rogação, por um credor da sociedade-mãe (e por sua vez também credora) da sociedade insolvente, na dedução de embargos à sentença declaratória da insolvência, por estes embargos configurarem o exercício de um direito meramente processual e as normas do artigo 606.º, do Código Civil, não preverem a sub-rogação para a prática de actos processuais). Mais recentemente, o Acórdão TC n.º 8/2012 [Relatora: MARIA LÚCIA AMARAL], de 11 de Janeiro, sobre o artigo 146.º, n.º 2, alínea b), do CIRE, e o prazo de caducidade da acção para a verificação ulterior de créditos, veio dizer que: “como o Tribunal sempre tem dito, o artigo 62.º, que consagra a garantia constitucional do património privado, não protege em si mesmo os direitos de crédito. O conteúdo destes direitos é determinado pela lei e não pela Constituição, pelo que as concretas posições jurídico-subjetivas que na sua estrutura se inscrevem, não sendo fundamentais, não gozam da especial protecção contra a lei que só é dispensada às posições jusfundamentais. Contudo, a garantia constitucional do património privado, que a CRP prevê no n.º 1 do artigo 62.º, obriga o legislador ordinário a organizar procedimentos e a erigir instituições que, pertencendo embora ao universo do direito infraconstitucional, se mostrem capazes de propiciar aos credores meios eficientes de satisfação dos seus créditos. Esta obrigação do legislador ordinário – de pôr à disposição dos credores instrumentos jurídicos eficientes que possibilitem a satisfação dos créditos – torna-se particularmente acentuada no direito da insolvência, ao qual cabe densa responsabilidade na garantia da fluidez do tráfego jurídico”. Especificamente sobre o prazo de caducidade da acção de verificação ulterior de créditos, que a alínea b) do n.º 2 do artigo 146.º do CIRE consagra, o Tribunal decidiu: “Face à garantia constitucional do património, e à obrigação objectiva, que dela decorre, para o legislador ordinário, de pôr à disposição dos credores instrumentos jurídicos eficientes que permitam a realização dos seus créditos, nenhuma censura merece esta solução legislativa. Ela é justificada pelo facto de a regulação do processo de insolvência dever ser razoavelmente ordenada, não apenas em ordem à máxima realização possível de todos os créditos, mas também em ordem à máxima celeridade possível da tramitação processual, de forma a garantir a fluidez do tráfego”. Sobre a protecção constitucional dos direitos de crédito, FRIEDRICH A. HAYEK, *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press, 1978, pág. 141.

⁷⁰ O mais importante aresto nesta matéria é, a nosso ver, o Acórdão TC n.º 491/02: [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 26 de Novembro (sobre o artigo 490.º, 3 do CSC, que prevê a possibilidade de aquisição potestativa, por parte da sociedade que detenha mais de 90% do capital social de outra, das acções ou quotas pertencentes aos sócios livres da sociedade dependente), referente à aquisição tendente ao domínio total. O Tribunal foi claro ao afirmar que “sem dúvida que, tal como outros direitos patrimoniais, as ‘partes sociais’ são abrangidas pela tutela constitucional da propriedade privada. (...) Esta avaliação tem de ser feita tendo em conta a especificidade da titularidade desse tipo de direitos, e a partir da sua natureza própria, considerando, designadamente, a específica natureza de direitos corporativos, isto é, de direitos incindivelmente ligados

e) *Os limites*

A fórmula do artigo 62.º da CRP, no âmbito da qual o direito de propriedade é garantido “*nos termos da Constituição*” (n.º 1, *in fine*), tem sido pacificamente entendida com o objectivo de sublinhar que o direito de propriedade não é garantido em termos absolutos, mas sim dentro dos limites e nos termos previstos e definidos noutros lugares da Constituição, quer pela doutrina⁷¹, quer pela jurisprudência do Tribunal Constitucional⁷².

(desde a sua génese até à sua extinção, passando por diversas vicissitudes que os podem atingir) a uma organização ou ente social”. O Tribunal lembrou que a participação social é uma forma de propriedade corporativa, no sentido de propriedade necessariamente mediatizada pela organização própria da corporação social ou pela interposição do ente social. Se é reconhecida uma proximidade entre o direito social e o direito real de propriedade, na medida em que “o sócio dispõe, nas relações externas, erga omnes, de um poder de livre disposição das respectivas acções ou quotas, em homenagem ao seu interesse individual, gozando de faculdades jurídico-reais de fruição e transmissão, bem como de defesa, restituição e indemnização em caso de violação ou usurpação. E é também certo que, nessas relações externas — ou seja, sem que tal seja decorra de circunstâncias da vida interna da corporação —, a garantia contra a ablação do direito de propriedade integra o núcleo constitucionalmente protegido com natureza análoga a direitos, liberdades e garantias”, essa proximidade tende, a desaparecer, no entanto, logo que se considera o plano das relações internas, em que o poder de disposição sobre a participação social, terá “necessariamente o conteúdo e o alcance que resultam do próprio quadro instituinte da corporação social, que está logo na sua génese. A corporação é organizada, no caso das chamadas sociedades de capitais, a partir do princípio da maioria (artigos 250º, n.º 3, e 386º, n.º 1, do CSC), o que implica que o exercício e o conteúdo das faculdades inerentes à propriedade corporativa de acções ou quotas não poderão deixar de se conformar com as concretas vicissitudes emergentes da vontade colectiva maioritariamente formada”. Sendo da própria essência ou natureza daquela propriedade um congénito estado de vulnerabilidade face a vicissitudes do funcionamento da sociedade, o Tribunal considerou que o instituto previsto no artigo 490º, n.º 3, do CSC não deve ser concebido como uma medida expropriativa”.

⁷¹ Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, anot. ao artigo 62.º, págs. 801-802, V: “A este propósito interessa ter em conta, não apenas os limites explícitos (sobretudo em matéria de propriedade de meios de produção) mas também os limites imanentes, decorrentes implicitamente de outras normas e princípios constitucionais, que vão desde os princípios gerais da constituição económica e financeira (entre os quais as obrigações fiscais: art. 106.º) até aos direitos sociais (defesa do ambiente, do património cultural, etc.). De uma forma geral, o próprio projecto económico, social e político da Constituição implica um estreitamento do âmbito dos poderes tradicionalmente associados à propriedade privada e a admissão de restrições (quer a favor do Estado e da colectividade, quer a favor de terceiros) das liberdades de uso, fruição e disposição”. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, anot. ao artigo 62.º, pág. 628, VI, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, 1988, n.º 113, V: “o artigo 62.º contempla a propriedade, ‘nos termos da Constituição’. Isto implica não tanto que ela só seja garantida dentro dos limites e dos termos previstos e definidos noutros lugares da Constituição quanto que ela não é reconhecida aprioristicamente, como princípio independente e auto-suficiente; ela é reconhecida e salvaguardada no âmbito da Constituição e em sintonia com os princípios, valores e critérios que a enformam”. JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O direito de propriedade na jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Lisboa, 2009, pág. 25, considera que a referência aos “termos da Constituição” tem um alcance duplo. Por um lado, veicula uma autorização ou atribui uma incumbência de intervenções legislativas conformadoras e necessariamente delimitativas; por outro, funcionaliza essa actividade legiferante à sintonização da garantia da propriedade privada com a unidade de sentido da Constituição, fundamentando e ‘limite dos limites’ a introduzir pelo direito ordinário”. Vide, ainda, MARCELO REBELO DE SOUSA e JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Constituição da República Portuguesa Comentada*, LEX, Lisboa, 2000, anot. ao artigo 62.º, pág. 169; FERNANDO ALVES CORREIA, *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Almedina, Coimbra, 1997, págs. 311 e ss; ANTÓNIO SOUSA FRANCO e GUILHERME D’OLIVEIRA MARTINS, *A Constituição económica portuguesa*, Almedina, Coimbra, 1993, págs. 175 e ss.

⁷² Acórdão TC n.º 14/84 [Relator: VITAL MOREIRA], 8 de Fevereiro (remição da colónia); Acórdão TC n.º 188/91 [Relator: MÁRIO DE BRITO], de 7 de Maio (contumácia); Acórdão TC n.º 257/92 [Relator: MONTEIRO DINIZ], de 13 de Julho (intervenção em empresas); Acórdão TC n.º 4/96 [ARMINDO RIBEIRO MENDES], de 16 de Janeiro (arrendamento urbano); Acórdão TC n.º 866/96 [Relator: MONTEIRO DINIZ], 4 de Julho (limites do direito de propriedade); Acórdão TC n.º 44/99 [Relator: LUÍS NUNES DE ALMEIDA], 19 de Janeiro (propriedade horizontal); Acórdão TC n.º 322/02 [Relator: HELENA BRITO], 10 de Julho; Acórdãos TC n.º 491/02 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 26 de Novembro (sobre o artigo 490.º, 3, CSC).

Na muito citada expressão de VIEIRA DE ANDRADE⁷³, “os direitos fundamentais têm os seus limites imanentes, isto é, as fronteiras definidas pela própria Constituição que os cria ou recria (mesmo quando os recebe)”. Falamos, aqui, nos limites imanentes⁷⁴ na vertente de limitação material, relativa aos limites do objecto da protecção, para determinar “o âmbito ou o domínio abrangido do direito, isto é, para designar os limites que resultam da especificidade do bem jurídico que cada direito fundamental visa proteger ou da parcela da realidade incluída na respectiva hipótese normativa”.

O Tribunal Constitucional tem encontrado limites da propriedade na constituição económica, nomeadamente na política agrária⁷⁵, na organização económica⁷⁶ e na livre iniciativa económica⁷⁷, na habitação⁷⁸, no ambiente, urbanismo e ordenamento

⁷³ Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 271.

⁷⁴ Contra a expressão, JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pág. 573.

⁷⁵ Cfr. o Acórdão TC n.º 1/84 (Relator: MARTINS DA FONSECA), de 11 de Janeiro: “*se pode afirmar sem receio que o direito de remição em caso de colónia não é um óbice, mas antes uma conditio sine qua non de realização dos propósitos de política agrária consignados no artigo 98.º da Constituição*”; e ainda o Acórdão TC n.º 14/84 [Relator: VITAL MOREIRA], 8 de Fevereiro (remição da colónia); o Acórdão TC n.º 404/87 [Relator: CARDOSO DA COSTA], de 29 de Julho (também sobre a remissão da colónia); o Acórdão TC n.º 20/00 [Relator: PAULO MOTA PINTO], 11 de Janeiro; e o Acórdão TC n.º 159/07 [Relatora: HELENA BRITO], de 6 de Março (direito real de aquisição a favor do rendeiro).

⁷⁶ No Acórdão TC n.º 866/96 [Relator: MONTEIRO DINIZ], 4 de Julho (limites do direito de propriedade) pode ler-se que “o direito de propriedade constitucionalmente consagrado não beneficia de uma garantia em termos absolutos, havendo de conter-se dentro dos limites e nos termos definidos noutros lugares do texto constitucional, merecendo, desde logo, particular saliência o estatuto específico da propriedade relativa a meios de produção (artigos 82.º, 83.º, 89.º e 97.º da Constituição”. No mesmo sentido, Acórdão TC n.º 491/02 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 26 de Novembro (sobre o artigo 490.º, 3, CSC), e Acórdão TC n.º 157/03 [Relatora: FERNANDA PALMA], de 19 de Março (deliberação social de redução do capital da sociedade). Vide VITAL MOREIRA, “A metamorfose da ‘Constituição económica’”, *Themis*, edição especial sobre os 30 anos da Constituição Portuguesa 1976-2006 (2006), págs. 33 e ss; e JOÃO PACHECO DE AMORIM, “A Constituição económica portuguesa: enquadramento dogmático e princípios fundamentais”, *RFDUP* 8 (2011), págs. 31 e ss.

⁷⁷ Acórdão TC n.º 257/92 [Relator: MONTEIRO DINIZ], de 13 de Julho (intervenção em empresas): “*Em todo o caso, terá de se considerar que os limites constitucionais estabelecidos para a iniciativa económica privada implicam uma autorização constitucional para as necessárias restrições ao uso e fruição da propriedade*”; Acórdão TC n.º 289/99 (Relator: BRAVO SERRA), de 12 de Maio; Acórdão TC n.º 421/99 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 30 de Junho; Acórdão TC n.º 77/2001 [Relator: BRAVO SERRA], de 14 de Fevereiro; Acórdão TC n.º 187/2001 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 2 de Maio (propriedade das farmácias); Acórdão TC n.º 471/01 [Relator: TAVARES DA COSTA], de 24 de Outubro; Acórdão TC n.º 139/04 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 10 de Março (direito à firma).

⁷⁸ Na jurisprudência: Acórdão TC n.º 425/87 [Relator: MONTEIRO DINIZ], de 4 de Novembro (denúncia do contrato de arrendamento): “a situação em presença seria susceptível de enquadramento no plano dos limites imanentes desse direito, por força da existência de um outro também constitucionalmente assegurado (o direito à habitação)”; Acórdãos TC n.º 130/92 e 131/92 [Relator: ALVES CORREIA], de 1 de Abril; Acórdão TC n.º 151/92 [Relator: MESSIAS BENTO], de 8 de Abril; Acórdão TC n.º 311/93 [Relator: MESSIAS BENTO], de 28 de Abril (denúncia do arrendamento); Acórdão TC n.º 4/96 [Relator: ARMINDO RIBEIRO MENDES], de 16 de Janeiro (arrendamento urbano); Acórdão TC n.º 648/99 [Relatora: FERNANDA PALMA], 24 de Novembro; Acórdão TC n.º 263/00 [Relator: BRAVO SERRA], 3 de Maio; Acórdão TC n.º 420/00 [Relator: MESSIAS BENTO], de 11 de Outubro; Acórdão TC n.º 309/2001 [Relator: ARTUR MAURÍCIO], de 3 de Julho (denúncia de arrendamento IPSS); Acórdão TC n.º 147/05 [Relatora: MARIA DOS PRAZERES BELEZA], de 16 de Março; Acórdão TC n.º 201/07 [Relator: PAMPLONA OLIVEIRA], de 21 de Março (denúncia do arrendamento para habitação); Acórdão TC n.º 569/08 [Relator: MARIA LÚCIA AMARAL], de 26 de Novembro; Acórdão TC n.º 168/2010 [Relator: CARLOS FERNANDES CADILHA], de 28 de Abril; Acórdão TC n.º 196/2010 [Relator: JOÃO CÚRA MARIANO], de 12 de Maio; Acórdão TC n.º 581/2011 [Relatora: MARIA JOÃO ANTUNES], de 29 de Novembro.

do território⁷⁹, família⁸⁰, direitos de propriedade de prédios vizinhos⁸¹, o interesse público da repressão da criminalidade⁸², o interesse na aplicação de contraordenações⁸³, o interesse público do arrendatário⁸⁴, o mínimo de subsistência do devedor⁸⁵ e a segurança do comércio jurídico⁸⁶.

Da exposição feita até agora, podemos concluir que o âmbito de protecção do artigo 62.º ainda não foi sistematicamente definido pela doutrina ou pelo Tribunal Constitucional. Muita da concretização ou densificação do direito de propriedade surge negativamente, através do reconhecimento de limites ao âmbito normativo do artigo 62.º da CRP. Como adiantámos atrás, cremos que a aparente vulnerabilidade da protecção da propriedade privada está directamente relacionada com uma deficiente caracterização da garantia constitucional. Subscrevemos, pois, a opinião de JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO⁸⁷, para quem o ataque feito, pelo lado das restrições e dos limites, à garantia jusfundamental da propriedade é meramente aparente: “*uma vez revista a caracterização, deixará de ser necessário semelhante discurso de restrições e de limites, na medida,*

⁷⁹ Acórdão TC n.º 44/99 [Relator: LUÍS NUNES DE ALMEIDA], de 19 de Janeiro (propriedade horizontal); Acórdão TC n.º 155/99 [Relator: SOUSA BRITO], de 10 de Março; Acórdão TC n.º 329/99 [Relator: MESSIAS BENTO], de 2 de Junho (planos regionais de ordenamento); Acórdão TC n.º 377/99 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 22 de Junho; Acórdão TC n.º 639/99 [Relatora: HELENA BRITO], de 23 de Novembro; Acórdão TC n.º 484/00 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 22 de Novembro; Acórdão TC n.º 457/01 [Relator: SOUSA BRITO], de 23 de Outubro; Acórdão TC n.º 544/01 [Relatora: HELENA DE BRITO], de 5 de Dezembro; Acórdão TC n.º 569/01 [Relator: BRAVO SERRA], de 12 de Dezembro; Acórdão TC n.º 138/2003 [Relatora: HELENA BRITO], de 18 de Março; Acórdão TC n.º 394/04 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 2 de Junho; Acórdão TC n.º 496/08 [Relatora: MARIA LÚCIA AMARAL], de 9 de Outubro; Acórdão TC n.º 14/09 [Relator: JOÃO CURA MARIANO], de 13 de Janeiro; Acórdão TC n.º 421/09 [Relatora: MARIA LÚCIA AMARAL], de 13 de Agosto (venda forçada de prédios para efeitos de reabilitação urbana); Acórdão TC n.º 286/2011 [Relator: CARLOS PAMPLONA OLIVEIRA], de 7 de Junho (para o Tribunal Constitucional o *ius aedificandi* não representa um corolário essencial do direito fundamental de propriedade privada (Acórdão TC n.º 517/99 [Relator: MESSIAS BENTO], de 22 de Setembro).

⁸⁰ Acórdão TC n.º 127/2013 [Relator: VÍTOR GOMES], de 27 de Fevereiro (artigo 1793.º do CC).

⁸¹ No Acórdão TC n.º 723/04 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 21 de Dezembro (artigo 1349.º, 1 do CC), estava em causa saber se a restrição derivada da relação de vizinhança, no interesse particular do vizinho, que se prevê no artigo 1349.º, n.º 1, do Código Civil, é conforme à Constituição, se interpretada no sentido de incluir, entre os pressupostos, o levantamento de construção nova (rectius, a situação de necessidade da passagem para prática dos actos nele descritos, com o fim de levantamento de construção nova), como, pese embora a redacção não totalmente clara do preceito, se defende na decisão recorrida e na doutrina. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa II* (A construção dogmática), Almedina, Coimbra, 2006, pág. 659, considera esta uma decisão negativamente marcante (e de modelo argumentativo que assinala, por assim dizer, a asfixia da garantia jusfundamental de propriedade às mãos do tribunal constitucional), caso as asserções aí produzidas se não puderem reduzir ao direito patrimonial privado.

⁸² Acórdão TC n.º 7/87 [Relator: MÁRIO DE BRITO], de 9 de Janeiro; Acórdão TC n.º 340/87 [Relator: Mário Afonso], de 10 de Julho; Acórdão TC n.º 188/91 [Relator: MÁRIO DE BRITO], de 7 de Maio (contumácia); Acórdão TC n.º 294/08 [Relator: CARLOS FERNANDES CADILHA], de 29 de Maio (apreensão de bens em processo penal).

⁸³ Acórdão TC n.º 57/2001 [Relator: ARTUR MAURÍCIO], de 13 de Fevereiro.

⁸⁴ Acórdão TC n.º 607/99 (Relatora: HELENA BRITO), de 9 de Novembro.

⁸⁵ Qualificando a impenhorabilidade, na medida em que representa um sacrifício do direito do credor, como restrição do direito de propriedade privada, Acórdão TC n.º 411/93 [Relator: NUNES DE ALMEIDA], de 29 de Junho, concluindo, todavia, que “*este sacrifício será legítimo na medida em que for necessário para assegurar a sobrevivência condigna do devedor*”.

⁸⁶ Cfr. Acórdão TC n.º 215/00 [Relator: VÍTOR NUNES DE ALMEIDA], de 5 de Abril; Acórdão TC n.º 78/02 [Relator: TAVARES DA COSTA], de 26 de Fevereiro; e Acórdão TC n.º 273/04 [Relator: GIL GALVÃO], 20 de Abril (sobre impugnação pauliana e registo).

⁸⁷ JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa II* (A construção dogmática), Almedina, Coimbra, 2006, pág. 664, nota 614, e pág. 675.

em que na maior parte dos casos, não se regista qualquer afectação na realização desse direito fundamental”. É, pois, uma contribuição para a caracterização dessa garantia que tentaremos dar a seguir.

2. A nossa leitura do artigo 62.º – algumas notas

Na leitura que propomos, aceitamos, desde logo, que no artigo 62.º, n.º 1, onde se lê “*direito à propriedade privada*”, está consagrada a garantia institucional da propriedade⁸⁸, que exige ou pressupõe um “*sistema de propriedade privada*”, apto a determinar quais são os sujeitos que têm direito a realizar um conjunto de opções juridicamente disponíveis relativamente a um dado objecto, num determinado momento histórico⁸⁹.

A propriedade – a afectação de bens – é *uma ideia organizadora complexa*⁹⁰, quer pelo facto de abranger regras *ordenadoras*, permissivas ou prescritivas, e regras de *afectação*, exclusiva ou comum, quer porque estes elementos variam, seja estruturalmente ou conjunturalmente. Um sistema de propriedade – enquanto *sistema* de regras de aquisição, de transmissão e de protecção⁹¹ –, regulando o acesso aos, e o controlo dos, recursos materiais, consubstancia, nesse sentido, um *sistema de afectação*, ou seja, determina pacificamente e prevê razoavelmente quem é que pode ter acesso a determinados recursos, de que modo o pode fazer, para que propósitos e quando.

Enquanto sistema de afectação de bens, um sistema de direito reais deve incluir⁹², em primeiro lugar, *regras de aquisição*, reguladoras da atribuição de direitos sobre coisas externas ao indivíduo, ou seja, dos vários tipos de recursos corpóreos ou incorpóreos. Um sistema de propriedade determinará os diferentes modos de conexão entre pessoas determinadas e bens específicos:⁹³ quem pode adquirir, que bens podem ser adquiridos e em que condições se processa essa aquisição. É condição *sine*

⁸⁸ AMARTYA SEN, *A ideia de justiça*, tradução de Nuno Castello-Branco Bastos, Almedina, Coimbra, 2010 [2009], pág. 57, diz-nos que as instituições “*são, com certeza, de grande importância pela função que exercem sobre tudo o que acontece, e também elas são parte inseparável do mundo real, todavia essa que é a realidade vigente e realizada vai muito além do quadro puramente organizacional, e inclui em si as próprias vidas que as pessoas conseguem – ou não conseguem – viver*”. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 1145-46, caracteriza uma instituição como um modelo de acção ou padrão de comportamento; um espaço de ligação do indivíduo com outras pessoas ou com a sociedade e uma estrutura de socialização e estabilização dos padrões de conduta e formas de comportamento. Sobre a propriedade privada como uma instituição típica do sistema capitalista, veja-se ANTÓNIO SOUSA FRANCO e GUILHERME D’OLIVEIRA MARTINS, *A Constituição económica portuguesa*, Almedina, Coimbra, 1993, págs. 41 e ss. MICHAEL OAKESHOTT, “Rationalism in Politics”, *Rationalism in Politics and Other Essays*, Methuen & Co Ltd, Londres, 1962, pág. 45, considera que em todas as sociedades a instituição “*propriedade*” é inevitável; o que existe é sociedades mais ou menos amigas da liberdade.

⁸⁹ ROBERT NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, Blackwell, 1975, pág. 171, e JEREMY WALDRON, *The Right to Private Property*, Clarendon Press, 1998, pág. 31.

⁹⁰ De acordo com JAMES HARRIS, *Property and Justice*, Clarendon Press, 1996, pág. 3.

⁹¹ ELLEN FRANKEL PAUL, *Property Rights*, CUP, 1994, pág. vii.

⁹² Estou a seguir de perto RICHARD EPSTEIN, “Property as a Fundamental Civil Right”, 29 *Cal.W.L. Rev.* 29 (1992), págs. 190-193.

⁹³ Veja-se *v.g.* o artigo 42.º Constituição italiana, onde se lê: “*La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati. La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti. La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d’interesse generale. La legge stabilisce le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità*”.

qua non a previsão de um conjunto de regras sobre o acesso aos bens. É ao momento ou dimensão institucional da propriedade, entendida aqui no sentido de afectação de bens, quaisquer que sejam os modos a admitir, a que se referem as normas que regulam, num determinado sistema constitucional, as regras, permissivas ou proibitivas, de apropriação e de bens⁹⁴.

Em segundo lugar, um sistema de afectação de bens tem por função determinar o espectro das titularidades admitidas: titularidades reais ou pessoais, perpétuas ou temporárias, plenas ou não, exclusivas ou não exclusivas, dominantes ou subordinadas. É também no momento institucional que se situa a escolha e a hierarquização pelo legislador dos regimes de acesso aos bens. Como ensina ORLANDO DE CARVALHO⁹⁵, “a maior parte do Direito é um ‘direito dos bens’ ou um ‘direito das coisas’, visto que se destina a permitir o acesso a estas últimas ou a pacífica e directa utilização de tais coisas”, ainda que o direito do património não esteja relativamente a esses bens no mesmo e único grau de proximidade. Na verdade, ainda segundo o autor, “há um direito do património que propicia e regula singelamente o acesso às coisas — que apenas regula o caminho para a sua directa utilização — e um direito do património que está no termo deste caminho, que regula esta directa utilização das coisas. O direito das obrigações é o primeiro desses direitos, pois se alguma utilização já consente dos bens — como nos contratos de locação e de empréstimo — é uma utilização tão-somente indirecta, uma utilização derivada do compromisso do devedor e continuamente condicionada à prestação que ele prometeu”⁹⁶. Note-se que o legislador não tem total

⁹⁴ Assim, em nosso entender, andou bem o Tribunal Constitucional ao afirmar, no Acórdão TC n.º 187/2001, que não existe um direito de apropriação, ou um direito de acesso à propriedade, com natureza análoga a um direito, liberdade e garantia, o que veio a repetir no Acórdão TC n.º 139/2004: “E esta específica protecção — como direito, liberdade e garantia ou como direito ‘de natureza análoga a estes’ — já se afigura de negar a um tal direito de ‘aquisição’ da firma”.

⁹⁵ ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das Coisas*, polic., Coimbra, 1977, págs. 12 e ss.

⁹⁶ Relembremos, com JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O direito de propriedade na jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Lisboa, 2009, pág. 9, que o Tribunal Constitucional perfilha uma concepção restritiva do objecto da tutela constitucional, pois no âmbito da protecção do art. 62.º só entram os instrumentos essenciais à subsistência da garantia patrimonial, não bastando a afectação substancial dessa garantia, com acréscimo significativo do risco de insatisfação do crédito. Lamentavelmente, o Tribunal não tem seguido a mesma orientação restritiva noutras áreas decisórias, nomeadamente no arrendamento. Veja-se, o Acórdão TC n.º 420/00 [Relator: MESSIAS BENTO], de 11 de Outubro. Estava em causa o artigo 107.º, n.º 1, do Regime do Arrendamento Urbano, que impedia a denúncia do contrato de arrendamento com fundamento na necessidade da casa para habitação quando o arrendatário tivesse mais de 65 anos (que se mantém hoje no artigo 4.º, a), da Lei n.º 6/2006, de 27 de Fevereiro, quer para os contratos habitacionais celebrados na vigência do RAU (artigo 26.º), quer para os contratos habitacionais celebrados antes da vigência do RAU (artigo 28.º). No caso concreto, os senhorios recorrentes eram emigrantes e pretendiam regressar a Portugal, onde não tinham casa própria ou arrendada. O inquilino tinha mais de 65 anos, mas os recorrentes tinham ainda mais idade, pelo que foi pedido ao Tribunal que apreciasse a constitucionalidade da norma constante da alínea a) do n.º 1 do artigo 107.º do Regime do Arrendamento Urbano, ‘na interpretação de que a limitação ao direito de denúncia para habitação do senhorio aí contemplada pode ser oposta mesmo ao senhorio de idade igual ou superior à do inquilino’. Utilizando uma retórica que quanto a nós já não se justificava no momento histórico em que o Acórdão foi produzido (“direito à habitação, embora seja um direito cuja realização — uma realização gradual, pois é um direito colocado ‘sob reserva do possível’ — constitui, essencialmente, tarefa do Estado (cf. artigo 65.º, n.º 2, da Constituição), funda-se na dignidade da pessoa humana. E, por isso, como há um mínimo incomprimível desse direito cuja concretização o Estado deve assegurar, o legislador, com esse objectivo, impõe restrições ao proprietário privado, que, desse modo, é chamado a ser solidário com o seu semelhante, em nome, desde logo, da função social da propriedade, sobre a qual recai uma verdadeira hipoteca social, a qual, numa certa visão das coisas, se funda no destino universal dos bens”) e afastando-se, até, do mais antigo Acórdão TC. n.º 151/92 (“colocado perante um conflito de direitos: de um lado, o direito à habitação do senhorio, fundado num direito real próprio (um direito de propriedade, de compropriedade ou de usufruto), e por outro lado, o direito à habitação do inquilino (ou um seu direito similar), fundado num contrato de arrendamento, cujo objecto é, justamente, o imóvel que pertence ao senhorio —, não podendo dar satisfação a

liberdade na escolha das titularidades admitidas pois a própria Constituição estabelece limites e determina orientações. Em sentido negativo, lembre-se o artigo 96.º, n.º 2, que proíbe os regimes de aforamento e de colónia e determina que “*serão criadas condições aos cultivadores para a efectiva abolição do regime de parceria agrícola*”⁹⁷.

Cabe também, ao sistema de propriedade, em terceiro lugar, definir as *regras de transmissão*, numa tripla vertente organizatória: determinando se um bem é ou não transmissível, determinando os mecanismos pelos quais a transmissão pode ter lugar e quais os requisitos de validade e eficácia dessa transmissão⁹⁸. Intimamente ligadas às regras de apropriação e acesso, as regras de transmissão contribuem para delinear o esquema de circulação social dos bens. É neste momento, instituidor, é certo, que se determinará o sistema e transmissão, *inter vivos* ou *mortis causa*, a vigorar no contexto do quadro constitucional estabelecido.

Em quarto lugar, o sistema de propriedade determinará quais *os bens* que podem ser adquiridos e por quem. Note-se que o sistema especificará relativamente a cada bem quem o pode adquirir e quais as titularidades admissíveis sobre esse bem determinado. Esta é uma tarefa de qualificação: o legislador determinará quais os bens dignos de protecção, qual a afectação mais conveniente – apropriação individual ou afectação colectiva –, quais as titularidades admitidas relativamente a esse bem e qual a força da protecção.

ambos os direitos, inteiramente razoável é – dizia-se – que sacrifique o direito do inquilino ao direito à habitação do senhorio”), o Tribunal considerou que: “*a mudança de vida que, nessa idade, importa uma mudança de casa é algo que ele [senhorio] pode suportar sem dificuldades de maior, pois é ele próprio a tomar a iniciativa da mudança. Já o inquilino, esse, vê-se forçado a mudar os hábitos e rotinas de vida, que foi criando pelo facto de viver muitos anos no mesmo sítio, e, bem assim, a afastar-se dos amigos que aí fez. Por isso, a mudança de vida, sendo-lhe imposta, pode levá-lo a sentir-se completamente perdido e desenraizado, representando, assim, uma violência atentatória do respeito que lhe é devido enquanto pessoa*” e concluiu que: “*estas razões justificam que o legislador – colocado perante um conflito de direitos: de um lado, o direito à habitação do senhorio, e do outro, o direito à habitação do inquilino, pretendendo ambos concretizar-se sobre o mesmo imóvel – resolva esse conflito a favor do inquilino, pois que ele se apresenta em situação mais carecida do amparo da lei*”. O Tribunal partiu de uma visão formalista e conceptualista, considerando o recorrente e o recorrido apenas como duas partes contratuais e assumindo necessariamente o inquilino como a parte mais fraca. Mas o equívoco é, precisamente, esse: não estava em causa a bondade da solução do legislador infraconstitucional sobre o conteúdo do artigo 107.º, n.º 1, do RAU, que é indiscutível. O que estava em causa era determinar os efeitos ou a extensão dessa medida, na situação em que a característica protegida, a idade, se verificava relativamente aos dois contraentes e até com maior intensidade relativamente ao senhorio. Aí, o tribunal judicial deveria ter interpretado a norma de acordo com a sua inserção sistemática e, especialmente, de acordo com a hierarquia das titularidades estabelecidas pelo próprio legislador. Aniquilando-se, na prática, o elemento diferenciador, a idade, a norma decisória volta a ser a resultante das regras gerais da colisão de direitos. Não o tendo feito, e sendo chamado o Tribunal Constitucional, impunha-se-lhe uma tomada de consideração sobre a justificação da propriedade privada. Tê-lo feito, havia permitido ao Tribunal reverter os argumentos apresentados e uma inversão (positiva) do seu caminho decisório.

⁹⁷ A enfiteuse foi extinta pelo pré-constitucional Decreto-Lei n.º 195-A/76, de 16 de Março. Mais tarde, a Lei n.º 28/87, de 24 de Junho, definiu os meios de prova da existência de um regime jurídico de enfiteuse e, em 1997, a Lei n.º 108/97, de 16 de Setembro veio alargar o âmbito normativo da enfiteuse a outras situações. Sobre as dificuldades constitucionais deste alargamento, ver, GOMES CANOTILHO e VASSALO ABREU, “Enfiteuse sem extinção. A propósito da dilatação legal do âmbito normativo do instituto enfiteutico” *RLJ* 3967 (2011), págs. 206-238, 3968 (2011), págs. 266-300 e 3969 (2011), págs. 326-345; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Da enfiteuse: extinção e sobrevivência” *O Direito* 140 (2008), págs. 285 e ss; RUI DE FIGUEIREDO MARCOS, “O regresso da enfiteuse”, *FDUL, O sistema contratual romano: de Roma ao direito actual*, Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, págs. 980 e ss; e MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, *Origem da enfiteuse no direito português*, Coimbra, 1957.

Na jurisprudência, vide o Ac. TRP, de 8 de Novembro de 2010 [Processo: 3796/05.0TBGDM.P1] e Ac. TRC, de 23 de Fevereiro de 2011 [Processo: 3091/08.2TBVIS.C1].

⁹⁸ JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa II* (A construção dogmática), Almedina, Coimbra, 2006, pág. 667.

Por último, em quinto lugar, os direitos apenas têm valor se o seu titular estiver numa posição e em condições de os preservar e fazer valer contra terceiros ou contra o Estado⁹⁹. Assim sendo, um sistema de afectação de bens sistema requer um conjunto de normas de *protecção* e de *responsabilidade*¹⁰⁰. São normas que incidem sobre a modificação ou extinção das titularidades sobre os bens, bem como sobre a privação ou interferência com o gozo dos bens. A garantia de permanência é a dimensão do sistema que estabilizará as expectativas dos indivíduos e possibilitará o investimento útil e produtivo¹⁰¹.

Sublinhe-se, todavia, que o artigo 62.º da CRP consagra uma garantia institucional da *propriedade privada*, pelo que se imporá agora a densificação oferecida pelo significado da locução “*privada*”. Num sistema de propriedade *privada*, as regras que regulam o acesso, o gozo e o controlo dos bens são organizadas segundo a ideia de que os bens são afectados, principalmente, aos particulares¹⁰². Significa isto que a afectação

⁹⁹ Sobre a relação entre o direito de propriedade e os impostos, veja-se JOSÉ CASALTA NABAIS, *O dever fundamental de pagar impostos*, Almedina, Coimbra, 1998 (3.ª reimpressão, de 2012), págs. 565 e ss, especialmente págs. 569 e ss. Acórdão TC n.º 236/86 [Relator: RAUL MATEUS], de 9 de Julho (sobre uma alteração do Código de Imposto de Transacções): “No entanto, não há que situar de imediato a questão nos quadros do artigo 18.º, nos 2 e 3, da CRP para apurar se a redução do direito de propriedade anteriormente assinalada obedece ou não ao regime de restrições ali previsto para os direitos fundamentais. É que estes direitos, declarados pela própria CRP e por ela moldados, não têm necessariamente uma dimensão absoluta, mas, à partida, apenas o alcance que a Lei Fundamental, sistematicamente interpretada, lhes tiver dado. (...) Vistas as coisas deste ângulo, cabe salientar desde já que a medida de apreensão de bens tem de ser considerada, neste particular campo dos limites imanentes do direito de propriedade, como perfeitamente justificada. Todavia, esses limites implícitos do direito de propriedade, que tornam constitucionalmente aceitável aquela medida, provêm de áreas diversas, embora estreitamente ligadas entre si: de uma, que tem que ver com a obrigação tributária, e de outra, que tem que ver com a responsabilidade criminal administrativa. 12 – Pelo que se refere àquela primeira área (área da obrigação tributária), nota-se que já no Acórdão n.º 11/83, do Tribunal Constitucional (publicado no Diário da República, 1.ª série, n.º 242, de 20 de Outubro de 1983), se escrevera que «mesmo para quem considere o direito de propriedade como um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias para efeitos daquele artigo 18.º, as imposições tributárias, porque têm um fundamento autónomo, não podem ser vistas como restrições para aquela finalidade. Não-de antes ser consideradas como limites implícitos do referido direito de propriedade», tese que veio a ser retomada no Acórdão n.º 141/85, do Tribunal Constitucional (Diário da República, 2.ª série, n.º 198, de 29 de Junho de 1985). Também é esta, aliás, a opinião de, que, a propósito, escreve: «Por vezes, os efeitos limitadores resultam da consagração de deveres fundamentais inequivocamente dirigidos a certos direitos, devendo por isso ser contados entre os limites imanentes expressos (v., por exemplo, o dever de pagar impostos como limite ao direito de propriedade)» (ob. cit. pp. 215 e 216). Pelo que se refere à segunda área, onde, no caso, têm origem os limites imanentes do direito de propriedade (área da responsabilidade criminal administrativa), regista-se que, se a CRP estabelece um dever público, o dever de pagar impostos, em princípio incidente sobre todos os cidadãos (embora não só sobre estes) – para que, através das receitas por essa via arrecadadas, se satisfaçam as necessidades financeiras do Estado –, implicitamente consente que se estabeleçam sanções, designadamente de ordem pecuniária (sanções típicas, aliás, neste domínio), pela prática de ilícitos fiscais administrativos, em ordem a reprimir (e a prevenir também) o incumprimento daquele dever público. Exprime-se também aqui, deste modo, e no que se refere à pena de multa, pena aplicável neste particular quadro sancionatório, uma limitação implícita do direito de propriedade. Desta maneira, o artigo 62.º, n.º 1, da CRP, ao dispor que ‘a todos é garantido o direito à propriedade [...] nos termos da Constituição’, delinea um direito fundamental não absoluto, mas logo à nascença encurtado na sua textura essencial, ora pelas normas que na própria CRP estabelecem o dever de pagar impostos (v. em especial, o artigo 106.º, n.ºs 2 e 3), ora pelos preceitos que pressupõem a possibilidade de sancionamento, no campo do direito sancionatório público, de quem quer que se furte ao cumprimento desse dever tributário (cf., em particular, o mesmo artigo 106.º, n.ºs 1, 2 e 3)”.

¹⁰⁰ JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa II* (A construção dogmática), Almedina, Coimbra, 2006, pág. 671.

¹⁰¹ Vide CRISTINA QUEIRÓZ, *Interpretação constitucional e poder judicial*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pág. 252, que segue PETER HÄBERLE, no sentido de não existir um *numerus clausus* de dimensões de tutela, do mesmo modo que não existe um *numerus clausus* dos perigos.

¹⁰² O direito de propriedade designa a relação privada de uma pessoa ou entidade com determinados bens. Neste sentido, propriedade privada contrapõe-se a propriedade pública (o “domínio público” do artigo 84.º), isto é, a propriedade que não confere ao seu titular o direito de excluir outrem da sua fruição e gozo, mas antes se encontra à disposição de toda a colectividade. Cfr. neste sentido, GOMES CANOTILHO

prevalecente no quadro da nossa ordem constitucional – ainda que possa não ser a única – será a afectação privada. Coexistindo, mais ou menos, pacificamente com outras afectações, a afectação nuclear terá sempre de ser a afectação privada. É neste sentido, pensamos, que deve ser entendido ALVES CORREIA¹⁰³, ao ensinar: “*A garantia institucional impõe a produção de normas que permitam caracterizar um direito individual como ‘propriedade privada’ e possibilitem a sua existência e capacidade funcional. Há um domínio reservado ao legislador, mas esse domínio é-lhe imposto de forma inderrogável e irrenunciável*”¹⁰⁴.

A garantia institucional da propriedade privada pressupõe, e exige, pois, uma acção positiva do Estado¹⁰⁵, no sentido de criar e manter em vigor um sistema de afectação de bens centrado à volta da titularidade privada. Vale dizer, da necessidade de que as *regras de aquisição* atribuam aos indivíduos a possibilidade geral e primária de acederem à titularidade privada de bens. As normas proibitivas, ainda que admitidas, não podem desvirtuar a essência do regime da propriedade privada: a afectação dos recursos aos particulares como elemento característico e distintivo do sistema¹⁰⁶. O mesmo se diga quanto ao espectro das *titularidades admitidas*¹⁰⁷. Na sua concreta determinação e delimitação, o legislador terá sempre como referente primário a afectação privada dos bens à esfera particular dos cidadãos, sem prejuízo, naturalmente, do estabelecimento de hierarquias entre elas. Uma outra exigência, em sentido positivo,

e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, 4.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, anot. ao artigo 62.º, pág. 801, ponto IV. JEREMY WALDRON, “Property, Justification and Need”, *Can. J. L. Jurisprudence* 6 (1993), págs. 206 e ss; CASS R. SUNSTEIN, “On Property and Constitutionalism”, *Cardozo L. Rev.* 14 (1992), págs. 907 e ss; PETER BENSON, “Philosophy of Property Law”, in *The Oxford Handbook of Jurisprudence of Law*, JULES COLEMAN and SCOTT SHAPIRO, OUP, 2002, pág. 753.

¹⁰³ FERNANDO ALVES CORREIA, *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Almedina, Coimbra, 1997, pág. 303. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 985, entende que a garantia da propriedade não envolve apenas uma garantia de permanência de concretas posições jurídicas, mas também um direito constitucional individual a uma acção positiva do Estado, no sentido de criar e manter em vigor normas de direito patrimonial privado nos termos das quais possam ser constituídas concretas posições jurídicas susceptíveis, por seu turno, de serem abrangidas por aquela garantia de permanência. TAMBÉM PARA ANA PRATA, *A tutela constitucional da autonomia privada*, pág. 191, o artigo 62.º contém uma garantia do direito à titularidade privada dos bens e à transmissão dessa titularidade em vida ou por morte. Em nossa opinião, ANTÓNIO SOUSA FRANCO e GUILHERME D’OLIVEIRA MARTINS, *A Constituição económica portuguesa*, Almedina, Coimbra, 1993, págs. 168, deverão ser entendidos no mesmo sentido, quando compreendem no âmbito objectivo do artigo 62.º o “*direito à propriedade, isto é, o direito de apropriação de todos os bens a tal aptos, natural ou culturalmente, pelas formas legítimas de apropriação*”.

¹⁰⁴ Na verdade, como escreveram ANTÓNIO SOUSA FRANCO e GUILHERME D’OLIVEIRA MARTINS, *A Constituição económica portuguesa*, Almedina, Coimbra, 1993, pág. 171: “*A propriedade privada parece-nos que deve entender-se ser uma garantia da forma primária, fundamental, da apropriação patrimonial – da qual decorre – até porque nenhuma restrição existe relativamente a ela em confronto com a propriedade dos particulares*”.

¹⁰⁵ Sobre a garantia institucional como forma de limitação do poder legislativo, veja-se, numa perspectiva histórica, MARIA D’OLIVEIRA MARTINS, *Contributo para a compreensão da figura das garantias institucionais*, Almedina, Coimbra, 2007, págs. 17 e ss.

¹⁰⁶ O legislador pode restringir a possibilidade de aquisição de bens, mas não ilimitadamente: pode fazê-lo até ao limite do respeito pela propriedade privada, ou seja, pela afectação privada dos recursos disponíveis. Assim sendo, decidiu bem o Tribunal ao sancionar os limites colocados pelo legislador à propriedade das farmácias, mas seria obviamente inconstitucional de sentido contrário, em que se proibisse os farmacêuticos dessa aquisição. Com formação profissional especializada, o facto de estes profissionais não terem acesso à titularidade privada das farmácias consubstanciaria uma violação do dever de afectar aos privados os recursos disponíveis.

¹⁰⁷ Em nossa opinião, decidiu bem o Acórdão TC n.º 148/05 [Relator: VÍTOR GOMES], de 16 de Março, segundo o qual não cabe na modalidade do legislador “*modelar o direito de propriedade de modo a despojá-lo de um conteúdo mínimo de faculdades sem o qual o direito subjectivo ficaria aniquilado e a própria garantia de instituto perderia substância*”.

é aquela de a lista das titularidades permitidas pelo legislador ser adequada a oferecer aos particulares um leque de titularidades susceptível de permitir e viabilizar a exploração económica dos bens¹⁰⁸. A consagração de um sistema de propriedade privada tem também, e naturalmente, profundas exigências ao nível da transmissão de bens, quer *inter vivos* quer *mortis causa*, que levaram o legislador constituinte a especificamente autonomizar no artigo 62.º, n.º 1, “o direito à sua transmissão em vida e por morte”. A propriedade privada e a liberdade contratual são elementos nucleares numa economia de mercado¹⁰⁹, que pressupõe a liberdade de disposição e circulação de bens¹¹⁰. Ao definir o sistema de *transmissão* dos bens, e, correlativamente, das titularidades definidas, seja *inter vivos* ou *mortis causa*, o legislador mantém o mesmo poder de conformação vinculada, quer quanto aos requisitos a observar, quer quanto aos meios colocados ao dispor pela ordem jurídica para tornar efectiva essa transmissão. Da mesma maneira que ninguém pode ser impedido de adquirir, também ninguém pode ser legitimamente impedido de transmitir. Uma norma desse género consubstanciaria uma violação do mandato constitucional conferido ao legislador para a instituição de um sistema de propriedade privada.

Por último, também no que respeita quer à *incidência objectiva* do sistema¹¹¹, quer ao sistema de *protecção e responsabilidade*, o legislador está vinculado a uma directriz garantidora da afectação privada dos bens e do respeito por essa mesma afectação. A afectação privada não se basta com uma cedência precária de utilidades, mas antes requer uma efectiva disponibilidade dos bens pelos particulares, a determinar, sempre em concreto, no círculo das titularidades admissíveis sobre os bens. Esta exigência é premente, desde logo, na qualificação dos *bens apropriáveis*, mas é especialmente relevante, sobretudo, no momento da instituição de um sistema de *responsabilidade* pela modificação ou extinção das titularidades sobre os bens, bem como sobre a privação ou interferência com o gozo dos bens, que na sua formação concreta não poderão deixar de concretizar positivamente um sistema de propriedade privada.

Cabe agora sublinhar que a concreta estruturação do sistema de propriedade privada, imposta pela Constituição, cabe ao *legislador* e constitui para ele um *dever*

¹⁰⁸ Por exemplo, no que respeita ao aproveitamento indirecto de imóveis pelos particulares, através do arrendamento, exige-se do legislador um concreto regime que permita a retirada de utilidades do bem, sendo de rejeitar a posição de quem pretende ver nos particulares sujeitos passivos do direito à habitação – direito social reconhecido no artigo 65.º da CRP – e, conseqüentemente, especiais deveres a favor do senhorio, deveres esses que afectariam desde logo o princípio da igualdade dos encargos dos cidadãos perante o Estado.

¹⁰⁹ Pressuposta pelo legislador, mas também pela União Europeia, no actual artigo 335.º do TFUE. Sobre este tema, ver o nosso *Dimensions of Property under European Law*, EUI, Florença, 2009, págs. 25 e ss, e JULIO BAQUIERO CRUZ, *Between Competition and Free Movement – The Economic Constitutional Law of the European Community*, Hart Publishing, 2002, pág. 77.

¹¹⁰ CHARLES E. LINDBLOM, *The Market System: What It Is, How it Works, and What to Make Of It*, Yale University Press, 2001, pág. 4; TAMAR FRANKEL, “The Legal Infrastructure of Markets: The Role of Contract and Property Law”, *B.U.L. Rev.* 73 (1993), pág. 392 e ss, JOHN GRAY, “Contractarian Method, Private Property, and Market Economy”, in *Markets and Justice, Nomos XXXI*, JOHN W. CHAPMAN and J. ROLAND PENNCOCK (eds.), NYUP, 1989, pág. 15, e JEREMY WALDRON, *The Right to Private Property*, Clarendon Press, Oxford, 1998, págs. 53-55.

¹¹¹ FERNANDO ALVES CORREIA, *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Almedina, Coimbra, 1997, pág. 304: o direito de propriedade privada “*não implica necessariamente que todo o bem jurídico deva ser submetido a um domínio jurídico-privado pela Constituição*”. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 905, todas as situações jurídicas patrimoniais que aumentam as possibilidades de acção do respectivo titular são susceptíveis de inclusão na garantia da propriedade.

incontornável. Socorrendo-nos dos ensinamentos de JORGE REIS NOVAIS¹¹², em todas as normas de direitos fundamentais, como é próprio das normas constitucionais, há a imposição ao Estado ou às entidades públicas – enquanto destinatários primários dos direitos fundamentais – de particulares deveres jurídicos de fazer, de não fazer ou de suportar. Na verdade, de todas as normas de direitos fundamentais resultam para os particulares, enquanto titulares dos direitos fundamentais, “*directa, indirecta ou reflexivamente, imediatamente ou de forma diferida, real ou potencialmente, situações de vantagem relacionadas com possibilidades de fruição de bens juridicamente protegidos por essas normas; por último, e por força da sua consagração constitucional ou da sua importância, quer as referidas obrigações estatais, quer as situações individuais de vantagem são excluídas da disponibilidade das maiorias políticas conjunturais, ou seja, tanto do legislador ordinário, quanto, embora já num outro plano, do próprio legislador constitucional*”. Não podemos, pois, concordar com MARIA LÚCIA AMARAL quando a autora nos diz que a “*‘garantia do instituto’, que se dirige a todos os poderes constituídos em geral e ao legislador em particular, a norma que o integra não é, em si mesma considerada, sede de nenhum direito fundamental, visto que não faz nascer na esfera jurídica dos privados nenhuma concreta posição jurídica*”¹¹³. Na verdade, não concebemos a garantia institucional como uma posição formal, de natureza técnico-conceptual, desgarrada das concretas pretensões subjectivas. Pelo contrário, a garantia institucional da propriedade privada – sublinhamos, pois, que estamos apenas a falar de um sistema de propriedade imperativamente construído em redor da titularidade privada dos bens – não poderia deixar de qualificar como inconstitucional a conduta do legislador que desvirtue essa afectação preferencial dos bens¹¹⁴. Aceitamos, pois, que a “*propriedade privada*” enquanto instituição envolve também um direito constitucional individual

¹¹² JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, págs. 53-54.

¹¹³ MARIA LÚCIA AMARAL, *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pág. 556, nota 219. A autora entende que a garantia do instituto não chega nunca a ser subjectivável, não chega nunca a ser susceptível de ser imputada a pessoas concretas. Na explicação da autora, “*isto sucede precisamente porque os ‘concretos direitos subjectivos’ cuja existência ela pretende ‘garantir’ ou proteger, são direitos conformados por lei e não pela Constituição. Assim se compreende, aliás. A redacção literal do preceito, que não fala de facto do ‘direito de propriedade’ mas apenas se limita a ‘garantir’ o ‘direito à propriedade’: a nuance não é irrelevante por isso mesmo – porque o n.º 1 do art. 62 não constitui, em si mesmo, nenhum concreto direito subjectivo na esfera jurídica dos particulares*”. Segundo VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 72 e 134, as garantias institucionais são preceitos que não consagrando posições jurídicas subjectivas estabelecem princípios de organização e de acção social, económica ou política visando, no entanto e sobretudo, garantir o gozo desses direitos. Trata-se de um conjunto jurídico-normativo que regula um determinado sector da realidade económica, social ou administrativa em torno de um direito fundamental e em vista da sua realização. Para a caracterização da consagração da propriedade como garantia institucional, ver FERNANDO ALVES CORREIA, *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Almedina, Coimbra, 1997, págs. 302 e ss.

¹¹⁴ Como diz VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4.ª edição, págs. 135-137, “*a Constituição é, designadamente em domínios básicos da vida social um newcomer que toma a liderança de um universo jurídico onde encontra complexos normativos, por vezes com milhares de anos, alguns dos quais têm uma lógica de sistema baseada nas ideias de auto-responsabilidade e de autodesenvolvimento pessoal. Aí a Constituição pode optar por reconhecer e garantir, nos seus lineamentos essenciais, esses complexos normativos de direito ordinário, sem prejuízo de os redefinir e cunhar a nível constitucional. É o que se passa com o reconhecimento da autonomia privada, em diversas manifestações, individuais ou familiares, como a liberdade contratual, a propriedade, a herança, o casamento, a família, a filiação, a responsabilidade familiar pela manutenção e educação dos filhos e a adopção*”. E, como adverte o mesmo Autor, deve entender-se que as garantias institucionais se referem ao complexo jurídico-normativo e não à realidade social em si, de modo que é com esse alcance que vinculam o legislador, “*admitindo um espaço, maior ou menor, de liberdade de conformação legal, mas proibindo-lhe sempre a destruição ou a desfiguração da instituição (do seu núcleo essencial)*”.

a uma acção positiva do Estado, no sentido de criar e manter um sistema de afectação de bens, nos termos do qual possam ser constituídas concretas posições jurídicas¹¹⁵. Em síntese, ao impor a instituição de um sistema de propriedade privada ao legislador, que terá necessariamente de ser feito dentro dos contornos estabelecidos pela Constituição, o artigo 62.º apresenta-se como uma regra de organização económica. O direito dos particulares à actividade do Estado para o cumprimento do mandato constitucional, é *um direito de carácter económico*¹¹⁶, pelo que está sujeito ao regime geral dos direitos económicos, sociais e culturais¹¹⁷.

Sublinhe-se, como vimos atrás, que o legislador está vinculado na sua soberania, pois a Constituição, ao fazer depender a garantia da propriedade da observância dos seus próprios termos, segundo MARIA LÚCIA AMARAL está, portanto, a dirigir à lei ordinária um *Regelungsauftrag*, uma “*ordem de conformação*”, ordem essa “*qualificada*”, na medida em que impõe a produção de uma legislação fiel a certos valores e orientada por certas finalidades de acção¹¹⁸. Acentuamos que na medida em que o artigo 62.º consagra o direito à propriedade privada, *rectius*, a um sistema de propriedade privada, dá uma *ordem* de fonte constitucional, e nessa medida o legislador está obrigado à criação e implementação de um sistema. Mas a engrenagem a desenhar pelo legislador está *vinculada* a uma série de parâmetros outros: para além de ter no seu núcleo, como elemento polarizador, a afectação privada dos recursos disponíveis, deve ainda ser modelada no contexto de uma ordem de valores e fins constitucionalmente consagrados¹¹⁹.

¹¹⁵ MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 985. No mesmo sentido, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, anot. ao artigo 62.º, pág. 627, X: “os particulares, sejam pessoas singulares ou colectivas, gozam do direito de ter bens em propriedade e, em geral, do direito de se tornar, por actos inter vivos ou mortis causa, titulares de quaisquer direitos de valor pecuniário – direitos reais, direitos de crédito, direitos materiais de autor, direitos sociais ou outros”.

¹¹⁶ Neste sentido, MARIA LÚCIA AMARAL, *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pág. 545. Como “*direito económico fundamental*” definiram-no ANTÓNIO SOUSA FRANCO e GUILHERME D’OLIVEIRA MARTINS, *A Constituição económica portuguesa*, Almedina, Coimbra, 1993, pág. 168.

¹¹⁷ A inserção pelo poder constituinte da propriedade privada no seio dos direitos económicos, sociais e culturais, dispensou a consagração expressa de uma função social da propriedade. Significa isso que o direito de propriedade partilha da função social de todos os outros direitos fundamentais. Cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa II* (A construção dogmática), Almedina, Coimbra, 2006, pág. 654, nota 568.

¹¹⁸ MARIA LÚCIA AMARAL, *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, págs. 557-558. Ver, ainda, GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 1181. Nas palavras de FERNANDO ALVES CORREIA, *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Almedina, Coimbra, 1997, pág. 311, compete ao legislador definir o conteúdo e limites do direito de propriedade privada, e que “*é este direito, conformado pelas leis emanadas de acordo com a Constituição, que constitui o objecto da garantia da propriedade e goza de protecção jurídico-constitucional*”.

¹¹⁹ Nas palavras de ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das Coisas*, polic., Coimbra, 1977, pág. 17, “o direito das coisas é a pedra de toque do direito que em certa altura vigora e, mais do que isso, da sociedade em que ele vigora: do ‘projecto’ tanto cívico como político que representa a sociedade em questão. Quer isto dizer que antes de nenhum outro o direito das coisas é expressivo de certa forma de economia e explicativo de uma certa ideologia, sendo ao seu nível (...) que a sociedade civil mostra os seus verdadeiros estigmas e a correspondente organização política o seu princípio fundamental de estrutura”. É certo que, aparentemente, o artigo 62.º não contém nenhuma incumbência expressa dirigida ao legislador para definir o conteúdo e os limites do regime da propriedade privada. Todavia, como ensinam GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, anot. ao artigo 62.º, pág. 802, ponto VI, a ausência de uma explícita reserva de lei restritiva, não impede que a lei – seja por via de específicas remissões constitucionais expressas, seja por via da concretização dos limites imanescentes –

A Constituição, enquanto “*instância reflexiva fundamental do sistema jurídico*” apresenta-se como “*metalinguagem normativa em relação a todas as normas infraconstitucionais*”, e representa o processo mais abrangente de “*normativização no interior do Direito positivo*”¹²⁰. O sistema de afectação de bens, sistema de propriedade privada, tal como imposto pela CRP, é modelado pelo legislador, *nos termos da Constituição*¹²¹.

Cabe agora perguntar se, ao modelar o sistema de propriedade privada, no nosso quadro constitucional, o legislador está sujeito à contingência de uma titularidade correspondente ao direito de propriedade. Dito de outro modo, a Constituição consagra ou não uma garantia institucional do *direito de propriedade*, entendido no sentido civilístico, e atribuindo ao seu titular de “*modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas*”? Em nosso entender, cremos ser a melhor doutrina a que responde positivamente a esta questão¹²². Pensamos, pois, que o artigo 62.º da CRP consagra, desde logo, uma *garantia institucional* da propriedade no sentido de que seria inconstitucional a lei ordinária que reduzisse a titularidade dos particulares sobre as coisas a direitos reais limitados ou a direitos pessoais, e não consagrasse um direito de propriedade com as faculdades de uso, fruição e disposição que lhe são inerentes na tradição jurídica e cultural do nosso sistema jurídico¹²³.

ORLANDO DE CARVALHO refere como características do direito de propriedade de o seu carácter *carismático* (tem estigmas fundamentais que distinguem e mostram as características específicas da vida colectiva) e *paradigmático* (tende a modelar não apenas o estatuto dos bens mas também os outros campos das relações). Seguindo os ensinamentos do autor¹²⁴, a propriedade, como um todo infrangível que em si recolhe e transcende todas as faculdades de utilização e disposição historicamente assumidas

possa determinar restrições mais ou menos profundas ao direito de propriedade. Vide, ainda FERNANDO ALVES CORREIA, *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Almedina, Coimbra, 1997, pág. 311.

¹²⁰ MARCELO NEVES, *A constitucionalização simbólica*, Editora Acadêmica, São Paulo, 1994, pág. 90.

¹²¹ É neste sentido que se deve entender MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 903, quando refere que a propriedade exige a legitimação da definição e limites da propriedade privada através do legislador democraticamente eleito.

¹²² ANTÓNIO SOUSA FRANCO e GUILHERME D’OLIVEIRA MARTINS, *A Constituição económica portuguesa*, Almedina, Coimbra, 1993, págs. 174; FERNANDO ALVES CORREIA, *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Almedina, Coimbra, 1997, pág. 303: “A garantia institucional impede o legislador de *abolir* ou de *eliminar* o direito de propriedade privada”; e JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, anot. ao artigo 62.º, pág. 627, IV: “*Afora o direito de propriedade, direito real máximo, e os direitos materiais do autor (artigo 42.º, n.º 2), a Constituição não garante mais nenhum dos tipos de direitos de carácter patrimonial existentes na ordem jurídica portuguesa. Há uma garantia institucional da propriedade no sentido de que seria inconstitucional a lei ordinária reduzir os direitos das pessoas sobre as coisas ao usufruto ou a outros direitos reais menores; a lei civil tem de conter um direito de propriedade com o feixe de poderes de uso, fruição e disposição que lhe são inerentes na tradição jurídica e cultural do nosso país (artigo 2167.º do Código Civil de 1867 e artigo 1305.º do Código de 1966). Mas, para além disso, a Constituição não impõe ao legislador a conservação deste ou daquele outro direito em abstracto; não confirma os tipos de direitos reais e as categorias de outros direitos patrimoniais subsistentes à data da sua entrada em vigor, não tolhe o desaparecimento de quaisquer desses tipos ou figuras ou o aparecimento de novos tipos ou categorias*”. Considera OLIVEIRA ASCENSÃO, *Reordenamento agrário e propriedade privada*, Lisboa, 1965, pág. 6, que, ao “*contrário da propriedade como instituição, que é intangível, os concretos direitos de propriedade estão sujeitos a remodelação de modo a que os bens possam ser colocados em posição de prestar um maior benefício social*”.

¹²³ Neste sentido, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, anot. ao artigo 62.º, pág. 627, IV. Para ANA PRATA, *A tutela constitucional da autonomia privada*, pág. 190, parece possível encontrar para o artigo 62.º uma razão de ser histórica de afirmação de existência do direito na ordem jurídica portuguesa.

¹²⁴ ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das Coisas, polic.*, Coimbra, 1977, pág. 160.

em direitos reais limitados, é a matriz dos outros direitos das coisas e o “*suporte de toda a organização de domínio — o que lhe confere um carácter essencial que não possui qualquer dos outros jura in re — e a única forma com capacidade expansiva para realizar plenamente e autonomamente esse domínio — para extrair todas as vantagens do bem que este inclui actual ou potencialmente no seu posse*”.

Acolhendo a distinção de FRANK I. MICHELMAN¹²⁵, entre direitos directos e derivados, o direito de propriedade constitui um *direito constitucional directo*, na medida em que requer, para um determinado tipo de bens, os susceptíveis de apropriação privada, que a lei forneça um determinado título de apropriação. A lei deve estabelecer e manter o direito de propriedade, com os seus direitos e deveres, poderes e responsabilidades. Tal não acontece com outros direitos, em que a lei ordinária pode ou não permitir um título privado relativamente a uma certa classe de objectos¹²⁶. São *direitos constitucionais derivados*, no sentido de que apenas conferem títulos contingentes, e que por isso a garantia constitucional não tolhe o desaparecimento dessas figuras¹²⁷.

Retomando os ensinamentos de ORLANDO DE CARVALHO¹²⁸, reconhece-se à propriedade, enquanto grau máximo de afectação, “*não apenas uma posição única mas também uma força energética única: as de uma forma imprescindível ao funcionamento do sistema e abstractamente da única que tem essa natureza porque só por si o realiza sem deixar qualquer resto. Os outros direitos das coisas, na presente concepção, nunca são participação em essa forma de domínio — em esse domínio radical e total que por essência é um domínio indivisível — mas simplesmente o produto de correspondentes contracções ou retracções do direito de propriedade: da sua força de expansão a todo o posse do objecto, que, ao contrair-se essa força, dá abertura ao novo direito*”.

Enquanto a propriedade é uma *plena in re potestas*, os outros *jura in re* surgem como acidentes da mesma, como contemporizações do pleno domínio, no sentido etimológico de transigir com os “*tempos*” e transigir, em princípio, por certo período

¹²⁵ FRANK I. MICHELMAN, “Property as a Constitutional Right”, *Wash. & Lee L. Rev.* 38 (1981), págs. 1097 e ss.

¹²⁶ MARIA LÚCIA AMARAL, *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pág. 549: “São as normas do Código, e não as normas da Constituição, que determinam como é que esta categoria de direitos subjectivos se constitui na esfera jurídica dos particulares — como é que todos eles se adquirem, de que faculdades se compõem, como se exercem, quais os limites impostos ao seu exercício, como se transmitem. A instância própria e adequada para a conformação do seu conteúdo é, dentro da estrutura hierarquizada da ordem jurídica, a instância da legalidade e não a da suprallegalidade”. No mesmo sentido, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa II* (A construção dogmática), Almedina, Coimbra 2006, pág. 654, que distingue entre o direito fundamental da propriedade ou garantia jusfundamental da propriedade privada e direito de propriedade privada para designar os direitos patrimoniais privados. E na mesma página, em nota 568, o autor, seguindo MENEZES CORDEIRO esclarece que o facto de o conceito de propriedade do artigo 62.º, n.º 1, estar aí utilizado num sentido amplo, como o “conjunto dos direitos patrimoniais privados”, não significa: (1.º) que esses direitos sejam direitos fundamentais; (2.º) que o objecto, a estrutura ou a natureza desses direitos patrimoniais privados tenham correspondência no objecto ou na estrutura do relativo direito fundamental; (3.º) que as faculdades e os poderes de aproveitamento das coisas, bens ou interesses patrimoniais sobre que incidem esses direitos (de conteúdo patrimonial) sejam necessariamente objecto da tutela jusfundamental. No mesmo sentido, já GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, anot. ao artigo 62.º, pág. 800, ponto I.

¹²⁷ Cfr. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, anot. ao artigo 62.º, pág. 627, IV, para quem a Constituição não impõe ao legislador a conservação deste ou daquele outro direito em abstracto; não confirma os tipos de direitos reais e as categorias de outros direitos patrimoniais subsistentes à data da sua entrada em vigor, não tolhe o desaparecimento de quaisquer desses tipos ou figuras ou o aparecimento de novos tipos ou categorias”.

¹²⁸ ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das Coisas*, polic., Coimbra, 1977, pág. 160.

de tempo. Os direitos reais limitados tendem a uma taxatividade prática e a desempenhar cada um deles uma função muito específica e não repetida em outros direitos congéneres¹²⁹.

Perguntamos agora se o artigo 62.º não confere uma posição subjectiva fundamental aos particulares, tutelável autonomamente? Mais uma vez, a resposta não pode deixar de ser afirmativa. Nas palavras de REIS NOVAIS¹³⁰, o direito fundamental “*como um todo, quando perspectivado do ponto de vista dos titulares do direito, é esse conjunto ou feixe de posições de vantagem juridicamente tuteladas susceptíveis de referência ao mesmo direito fundamental (ou à mesma norma de direito fundamental); mas, é também, quando se tem em conta a intervenção do Estado, a contrapartida do conjunto de deveres e obrigações estatais que resultam da imposição constitucional da norma de direito fundamental*”.

A Constituição impõe um sistema de “*propriedade privada*”, de onde decorre, desde logo, que o legislador tem de afectar os bens, principalmente, através de titularidades privadas, mas também que essa afectação, a titularidade concretamente constituída, tem de ser respeitada¹³¹. Nas palavras de ALVES CORREIA¹³², “*ficando a conformação jurídica do bem e do poder do proprietário aberto ao desenvolvimento legislativo, desde que a estrutura fundamental da propriedade privada como direito de domínio individual permaneça inviolada*”.

No sistema de afectação de bens aos particulares, a atribuição pelo ordenamento jurídico de uma titularidade ao particular goza de estabilidade – nos precisos termos em que é atribuída – e está protegida pelo sistema de responsabilidade. O particular goza, pois, do direito a não ser privado da sua titularidade, a não ser nos casos de expropriação por utilidade pública e mediante o pagamento de uma justa indemnização (artigo 62.º, n.º 2)¹³³. Naturalmente que esta assunção coloca duas questões ao intérprete: saber quando é que uma titularidade se pode considerar constituída e, em segundo lugar, saber em que medida da acção do Estado ou de outras entidades, públicas ou privadas, resulta uma interferência que se possa considerar ablativo da própria

¹²⁹ ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das Coisas*, polic., Coimbra, 1977, pág. 184.

¹³⁰ JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pág. 55.

¹³¹ ANTÓNIO SOUSA FRANCO e GUILHERME D’OLIVEIRA MARTINS, *A Constituição económica portuguesa*, Almedina, Coimbra, 1993, págs. 168 afirmavam que o âmbito objectivo do artigo 62.º compreendia “*o direito de propriedade, isto é, a titularidade e isso dos bens apropriáveis conforme a respectiva função*”. Para MARIA LÚCIA AMARAL, *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, págs. 544 e 545, o direito à propriedade implica o direito à titularidade e uso dos bens já apropriados (*direito de propriedade*). MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 949, considera que o ponto de partida do intérprete quando averigua se uma medida legislativa viola a garantia constitucional da propriedade e é também esta configuração do respectivo objecto que permite caracterizar o direito fundamental de propriedade previsto no artigo 62.º, n.º 1, da Constituição como um tipo de direito a uma acção negativa por parte do Estado, consistente num “*direito à não eliminação de posições jurídicas*”. Com base na apontada conexão entre propriedade e liberdade, a garantia constitucional da propriedade há-de estruturar-se, pois, entre o respectivo fundamento na ideia de liberdade e respectivas determinações ou características estruturais directamente resultantes da Constituição, por um lado, e a sua conformação pelo legislador, através da criação de concretas posições jurídicas, por outro.

¹³² FERNANDO ALVES CORREIA, *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Almedina, Coimbra, 1997, págs. 303 e 304.

¹³³ JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa II* (A construção dogmática), Almedina, Coimbra, 2006, pág. 671: o conteúdo protegido [pela garantia jusfundamental] são os direitos que estruturam uma relação de domínio sobre esses objectos patrimoniais.

titularidade¹³⁴, ou um sacrifício excessivo para o seu titular.

Adquirindo-se uma determinada titularidade protegida no quadro de um sistema jurídico, com os poderes e as limitações estabelecidas *ab initio* (que, note-se, podem incluir o próprio poder do legislador de vir a alterar o regime dessa mesma titularidade), o sistema de segurança deverá interferir para remediar situações em que a interferência se processe de forma ablativa ou limitadora da titularidade¹³⁵. Ou parafraseando MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO¹³⁶, a protecção da propriedade intervém “*porque alguém tem, aqui e agora, um bem patrimonial constituído segundo o direito privado que potencia a sua liberdade*”.

Chegados a este ponto, mormente ao direito de respeito pela titularidade adquirida¹³⁷, pensamos, na esteira de MELO ALEXANDRINO¹³⁸, mas apenas parcialmente¹³⁹,

¹³⁴Vide MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 981, sobre a garantia de permanência.

¹³⁵JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa II* (A construção dogmática), Almedina, Coimbra, 2006, pág. 677, que, em sentido paralelo, considera que os poderes e as faculdades que integram o direito patrimonial de propriedade podem ser configurados e restringidos por lei, em face da necessidade de proteger outros direitos, valores, princípios ou interesses merecedores de tutela jurídica – sem que, por via de regra, ocorra aí qualquer afectação da garantia jusfundamental da propriedade. O autor prevê a possibilidade de, no limite, ocorrer um desvirtuamento grosseiro da garantia institucional ou, como é mais provável, a violação dos parâmetros da igualdade ou da proibição do excesso, situações em que, na realidade, não está em questão uma violação autónoma da garantia jusfundamental.

¹³⁶MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 914.

¹³⁷Que não coincide, como já vimos, com “o direito a não ser privado dela”.

¹³⁸De certa forma acompanhando JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa II* (A construção dogmática), Almedina, Coimbra, 2006, pág. 676: “*Ainda que esteja colocado no título III da parte I da Constituição, nenhuma hesitação relevante pode haver acerca da qualificação do direito fundamental de propriedade, em todas as suas principais componentes, como verdadeiro direito fundamental, na medida em que constitui uma expressão imediata da igual dignidade de todos os seres humanos e na medida em que representa um instrumento jurídico (tutelado em normas formalmente constitucionais) de realização da existência, da autonomia e do poder, protegendo o indivíduo contra ingerências (públicas e privadas) indevidas. Por tudo isso e por força da decisão constituinte, o direito fundamental de propriedade (em todo o seu espectro) é necessariamente um direito essencial à realização do Homem como pessoa*”.

¹³⁹Note-se, todavia que nós divergimos do autor no seguinte ponto. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa II* (A construção dogmática), Almedina, Coimbra, 2006, pág. 666, entende que o significado linguístico apresenta dois referentes: a garantia jusfundamental da propriedade e os direitos patrimoniais privados. A nós parece-nos que esta distinção apresenta algumas vulnerabilidades. Assim, o autor aponta como a nota mais elementar da distinção entre essas duas espécies de direitos o facto de os direitos patrimoniais serem estabelecidos por normas de direito privado, ao passo que o direito fundamental de propriedade é reconhecido por normas de direito público – por normas de direito constitucional (a integrar eventualmente por normas de direito internacional público). Na verdade, os direitos patrimoniais privados não são estabelecidos apenas por normas de direito privado, mas também por normas de direito público. Pense-se, por exemplo, na Lei da Liberdade Religiosa ou na Lei do Património Cultural. Em termos de clareza, seria mais correcto dizer que a garantia jusfundamental é reconhecida ao nível constitucional, ao passo que os direitos patrimoniais privados são constituídos ao nível infraconstitucional.

Em segundo lugar, entende o autor que os direitos patrimoniais, a que falta por inteiro o pressuposto da fundamentalidade material, possuem uma marcada dimensão económica, social, política e ideológica (segundo PÉREZ LUÑO), ao passo que no direito fundamental da propriedade é dominante a dimensão pessoal (segundo ALEXY sobre a função da competência do cidadão em que se resolve a garantia jusfundamental da propriedade) no incremento da liberdade individual, dado constituir ainda uma projecção e um instrumento da autonomia e do livre desenvolvimento da personalidade individual e daí, desde logo, a sua universalidade (ou seja, a sua inafastável feição igualitária e inclusiva). A nossa crítica a esta distinção prende-se com o facto de os direitos patrimoniais privados, ainda que se lhes reconheça uma dimensão económica, social, política e ideológica, serem também direitos ligados à pessoa como demonstrámos no capítulo anterior. E neste sentido, sempre teriam em comum com a garantia

que esta *posição jurídica subjectivamente atribuída* é um *direito fundamental de natureza análoga*. Enquanto posição jurídica subjectiva, a titularidade privada que foi conferida pela ordem jurídica sobre um determinado bem a um determinado particular, o direito patrimonial privado, é um direito de liberdade e um direito de defesa, de natureza análoga aos direitos liberdades e garantias. E, neste quadro, está sujeito, *in toto*, por força do artigo 17.º, ao regime dos direitos, liberdades e garantias¹⁴⁰.

Ao delinear o sistema de propriedade, com as suas regras de aquisição, de definição das titularidades admitidas, de determinação da incidência objectiva, de transmissão e de responsabilidade, o legislador goza de uma ampla margem de actuação, mas deve fazê-lo segundo o mandato que lhe é conferido pela Constituição e no respeito pelas posições privadas de propriedade, isto é, pela garantia de permanência das titularidades.

Cabe agora regressarmos ao caminho da nossa investigação. A dúvida que nos trouxe até ao artigo 62.º da Constituição foi a de saber se podemos encontrar no nosso quadro constitucional o reconhecimento da ligação entre a propriedade e a personalidade, que já vimos aflorada no plano infraconstitucional. Dois caminhos são agora possíveis. O primeiro segue o tema da radical ligação entre os direitos fundamentais e a pessoa humana, mas essa análise abstractizante, ao nível dos *fundamentos*, seria pouco útil para nós e não nos forneceria, enquanto intérpretes, a orientação necessária

jusfundamental da propriedade a promoção da liberdade e autonomia individual, de que são também uma projecção. Note-se, todavia, que o facto de considerarmos que o artigo 62.º impõe um sistema de propriedade privada, que não uma garantia jusfundamental da propriedade, como defende JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, não significa que a orientação dada ao legislador de moldar o sistema “*nos termos da Constituição*” exclua esta dimensão pessoal, como veremos adiante.

O autor elenca como aspectos marcantes do direito fundamental de propriedade a universalidade, o carácter pessoal, a indisponibilidade, a intransmissibilidade, a irrenunciabilidade, a restringibilidade excepcional e a extinção automática com a morte do respectivo titular. Definida assim, a distinção apresenta-se pouco útil, como o próprio autor reconhece, quando refere que raramente seria violada esta garantia. Nas suas palavras, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa II* (A construção dogmática), Almedina, Coimbra, 2006, pág. 675: “*O invulgar ataque feito, pelo lado das restrições e dos limites, à garantia jusfundamental da propriedade tem, em substância, uma explicação muito simples: tudo se deve à deficiente caracterização dessa garantia constitucional. Por esse motivo, o ataque é, aliás, aparente: uma vez revista a caracterização, deixará de ser necessário semelhante discurso de restrições e de limites, na medida, em que na maior parte dos casos, não se regista qualquer afectação na realização desse direito fundamental*”.

Por último, o autor considera que nos direitos patrimoniais privados é dominante a estrutura permissiva, ao passo que, na garantia jusfundamental da propriedade, o elemento estrutural dominante é o poder ou competência, sendo que em ambos os casos estamos perante situações jurídicas complexas, a que vêm ainda a ser associados direitos a acções positivas (jurídicas ou materiais). Podemos aceitar que nos direitos patrimoniais privados seja dominante a estrutura permissiva, embora as limitações do direito de propriedade no ordenamento jurídico contemporâneo sejam de tal ordem que muitas vezes a prevalência do *licere* seja difícil de sustentar. Mas já nos parece que o poder ou competência a que vêm associados direitos a acções positivas (jurídicas ou materiais) não resultam de uma garantia jusfundamental qua tale, mas de uma concreta instituição de um sistema de propriedade, com as suas regras de aquisição, titularidade, objecto, transmissão e segurança ou responsabilidade.

¹⁴⁰ Segundo JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pág. 72, a função de defesa que decorre da existência de direitos do indivíduo contra o Estado – associada, portanto, ao lado subjectivo – tem simultaneamente um conteúdo objectivo, já que a partir dela se constitui, reflexamente, uma esfera de autonomia da sociedade relativamente ao Estado. De facto, as normas de direitos fundamentais, mesmo enquanto atribuem direitos subjectivos em sentido lato, constituem em simultâneo normas negativas de competência do Estado, porque proíbem objectivamente – ou só admitem sob certas condições – uma intervenção do Estado nas zonas por eles protegidas. Na medida em que os direitos fundamentais garantem ao particular uma esfera livre de acção e decisão, “*subtraem ao Estado, objectivamente, a correspondente margem de actuação e isso independentemente de o indivíduo titular do direito o invocar ou não perante o Estado*”.

para a concreta questão que nos ocupa¹⁴¹. Optamos, pois, por outro caminho, isto é, aquele que propugna uma análise dos *limites* a que o legislador está sujeito na sua tarefa conformadora do concreto sistema de afectação privada dos bens. Assim sendo, necessitamos de retomar a questão do significado “*nos termos da Constituição*”, para perguntarmos, agora, quais são as reais contingências impostas ao legislador. Vale dizer, ao estabelecer o regime da *apropriação* dos bens, ao definir o espectro das *titularidades admitidas* e o modo da *sua transmissão*, ao qualificar os *bens* apropriáveis, ao definir o sistema de *protecção e responsabilidade*, o legislador está, como é pacificamente aceite, sujeito às “*fronteiras definidas pela própria Constituição que os cria ou recria (mesmo quando os recebe)*”, repetindo as palavras de VIEIRA DE ANDRADE¹⁴². Mas, da Constituição não-de também resultar, necessariamente, imposições positivas ao legislador, potencialidades de actuação, em suma, contingências positivas ou impulsos para que se promovam outros direitos, como por exemplo, o desenvolvimento da personalidade. Se o legislador não o fizer, não as tomar em consideração, não estará a cumprir a imposição constitucional do artigo 62.º CRP.

A constituição material é o conjunto de fins e valores constitutivos do princípio efectivo da unidade e permanência de um ordenamento jurídico (dimensão objectiva), e o conjunto de forças políticas e sociais (dimensão subjectiva) que exprimem esses fins ou valores, assegurando a estes a respectiva prossecução e concretização, algumas vezes para além da própria constituição escrita¹⁴³. A constituição material tem, no entanto, uma função ordenadora. A chamada força normativa da constituição (HESSE¹⁴⁴) pressupõe, a maior parte das vezes, a vontade de constituição, ou seja, a explicitação na constituição escrita ou formal do complexo de fins e valores agitados pelas constelações políticas e sociais a nível da constituição material. Esta condicionalidade recíproca entre constituição escrita e constituição material explicará um conjunto de fenómenos conhecidos da teoria da constituição, como é o caso das mutações constitucionais¹⁴⁵.

O sistema jurídico do Estado de direito democrático português é um sistema normativo aberto de regras e princípios. Relembremos, porque de primordial importância, que, enquanto sistema dinâmico de normas, o sistema jurídico é um *sistema*

¹⁴¹ Para uma análise muito interessante do direito de propriedade, neste âmbito, ver NIKLAS LUHMANN, *Los derechos fundamentales como institución (Aportación a la sociología política)*, Universidad Iberoamericana, 2009 [1965].

¹⁴² Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 271.

¹⁴³ Sobre uma cultura jurídica que entrou decididamente na era do pós-positivismo, cfr. MARIA LÚCIA AMARAL, “Carl Schmitt e Portugal – O problema dos métodos em direito constitucional português”, JORGE MIRANDA (org.), *Perspectivas Constitucionais: Nos 20 anos da Constituição de 1976*, Coimbra Editora, 1996, págs. 185 e ss.

¹⁴⁴ KONRAD HESSE, *A força normativa da Constituição*, a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da óptima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos factos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábua rasa. Ela há-de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.

¹⁴⁵ GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 1139.

aberto porque tem uma estrutura dialógica (Caliess), traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes de verdade e da justiça, e um *sistema normativo*, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas (*regras e princípios*)¹⁴⁶.

O sistema jurídico precisa de princípios (ou os valores que eles exprimem), enquanto exigências de optimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos. Em virtude da sua referência a valores ou da sua relevância ou proximidade axiológica, os princípios têm uma função normogénica e uma função sistémica: são o fundamento de regras jurídicas e têm uma idoneidade irradiante que lhes permite ligar ou cimentar objectivamente todo o sistema constitucional¹⁴⁷.

O princípio da unidade hierárquico-normativa significa que todas as normas contidas numa constituição formal têm igual dignidade (não há normas só formais, nem hierarquia de supra-infra-ordenação dentro da lei constitucional). Embora a Constituição possa ser uma unidade dividida (Badura) dada a diferente configuração e o diferente significado material das suas normas, isso em nada altera a igualdade hierárquica de todas as suas regras e princípios quanto à sua validade, prevalência normativa e rigidez. O princípio da unidade da constituição é, assim, expressão da própria positividade normativo-constitucional e um importante elemento de interpretação e uma exigência da coerência narrativa do sistema jurídico.¹⁴⁸

É neste contexto que cabe perguntar se a nossa constituição alberga uma relação entre propriedade e personalidade. A pergunta a fazer há-de ser, pois, qual a norma que podemos retirar do enunciado no artigo 62.^o¹⁴⁹? O próximo passo é, pois, de hermenêutica constitucional¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Seguimos GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 1159.

¹⁴⁷ GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 1163.

¹⁴⁸ GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 1183-1184; LUIS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 6.ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2004, pág. 372.

¹⁴⁹ Seguimos as premissas básicas do modelo de metódica estruturante tal como apresentado por JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “Como ler a Constituição – Algumas coordenadas”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha III*, organizado por JORGE MIRANDA et al., Almedina, Coimbra, 2010, págs. 504-505, a saber, a não identidade entre norma e enunciado, um conceito de norma constitucional enquanto “modelo de ordenação juridicamente vinculativo, positivado na Constituição e orientado para uma concretização material e constituído: (1) por uma medida de ordenação expressa através de enunciados linguísticos (programa normativo); (2) por uma constelação de dados reais (sector ou domínio normativo) – cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 1202; (3) e a concretização normativa como a coordenação do programa normativo e do domínio normativo. Nas palavras de GOMES CANOTILHO “Anotação ao Acórdão TC 617/2006 (proposta de referendo sobre a interrupção voluntária da gravidez)”, *RLJ* 3944 (2007), pág. 313, a concretização surge como o “procedimento de densificação através do qual os preceitos garantidores de direitos fundamentais são conformados como regras ou normas aplicáveis”.

¹⁵⁰ Não nos ocuparemos do problema de saber se a interpretação levanta, no Direito Constitucional, problemas específicos. Para uma análise breve da questão, CRISTINA QUEIRÓZ, *Interpretação constitucional e poder judicial*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, págs. 127 e ss. Sobre as *legis artis* da interpretação constitucional, v. por todos, YANN AGUILA, “Cinq questions sur l’interprétation constitutionnelle”, *Revue française de Droit constitutionnel* 21 (1995), págs. 9 e ss., e GOMES CANOTILHO, “Anotação ao Acórdão TC 617/2006 (proposta de referendo sobre a interrupção voluntária da gravidez)”, *RLJ* 3944 (2007), págs. 313-314. Sobre a complexidade acrescida resultante do carácter valorativo dos enunciados constitucionais, ver MANUEL ATIENZA, “Los limites de la interpretación constitucional: de nuevo sobre los casos trágicos”, *Isonomia* 6 (1997), págs. 7 e ss, ou INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, *Interpretação constitucional*, Sergio Fabris

3. A interpretação da Constituição e o diálogo do artigo 62.º com as outras normas constitucionais

a) O momento de hermenêutica constitucional

A interpretação, enquanto *momento de captação* ou *obtenção* do direito, pressupõe a possibilidade de indagação do conteúdo semântico dos enunciados linguísticos do texto constitucional (mediante a aplicação de cânones hermenêuticos), com a consequente dedução de que a matéria de regulamentação é abrangida pelo âmbito normativo da norma constitucional interpretada¹⁵¹. Interpretar uma norma constitucional consiste, assim, em atribuir um concreto significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos na Constituição, a fim de alcançarmos uma decisão para o problema prático que seja normativo-constitucionalmente fundada. GOMES CANOTILHO sugere três dimensões importantes da interpretação da Constituição: *primum*, interpretar a constituição significa procurar o direito contido nas normas constitucionais; *secundum*, investigar o direito contido na lei constitucional implica uma actividade – actividade complexa – que se traduz fundamentalmente na adscrição de um significado a um enunciado ou disposição linguística (texto da norma); e, *tertium*, que o produto do acto de interpretar é o significado atribuído¹⁵². O significado, note-se, não constitui nunca um dado prévio, mas será, sempre e apenas, o resultado da tarefa interpretativa¹⁵³.

A *distinctione* nuclear é aquela entre *enunciado* (formulação, disposição) da norma e *norma*. A *formulação da norma* é qualquer enunciado que faça parte de um texto normativo (de uma “*fonte de direito*”). A *norma* é o sentido ou significado adstrito a qualquer disposição (ou a um fragmento de disposição, combinação de disposições, combinações de fragmentos de disposições). Se a disposição é parte de um texto ainda a interpretar, a norma é parte de um texto interpretado¹⁵⁴. A primeira é o objecto da interpretação, a segunda é o produto ou resultado da interpretação.

Sob o ponto de vista da linguística e da filosofia da linguagem, o ponto de partida da interpretação das normas constitucionais é o postulado da constituionali-

Editor, Porto Alegre, 1997, pág. 25. Sobre os termos “hermenêutica” e “interpretação”, veja-se DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE, “La interpretación constitucional como problema”, *Revista de Estudios Políticos* 86 (1994), págs. 10 e ss.

¹⁵¹ Seguimos GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 1234-35. Sobre o desajuste no esquema referencial entre o texto da norma (enunciado linguístico-programa normativo) e a situação de facto ou o problema concreto a resolver, devido ao carácter programático e indeterminado dos direitos fundamentais, ver, em especial, GOMES CANOTILHO, “Anotação ao Acórdão TC 617/2006 (proposta de referendo sobre a interrupção voluntária da gravidez)”, *RLJ* 3944 (2007), pág. 312.

¹⁵² Seguimos, *pari passu*, GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, págs. 1200 e ss.

¹⁵³ GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 1207.

¹⁵⁴ Ainda GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 1202. No mesmo sentido, ALEXANDRE VIALA, “Da la dualité du *sein* et du *sollen* pour mieux comprendre l’*autorité* de la chose interprétée”, *RDP* 117 (2001), pág. 798. Sobre a Constituição como um conjunto de símbolos linguísticos não interpretados, JOSÉ JUAN MORESO, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, págs. 183 e ss. Sobre o texto enquanto espaço potencialmente infinito de “*interpretações possíveis*”, na esteira de ESSER, veja-se CRISTINA QUEIRÓZ, *Interpretação constitucional e poder judicial*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, págs. 201 e ss.

dade, ou seja, da vinculação da lei constitucional. Os aplicadores da constituição não podem atribuir um significado ou sentido arbitrário aos enunciados linguísticos das disposições constitucionais, mas antes devem investigar, no sentido de *determinar* ou *densificar*, o conteúdo semântico, tendo em conta aquilo que foi dito pelo legislador constitucional. Isso significa que a tarefa da interpretação, linguisticamente considerada, é fundamentalmente *a investigação do dito na lei constitucional*. Sob o ponto de vista da linguística, a interpretação das normas constitucionais será, assim, *uma interpretação semântica* das formulações normativas do texto constitucional, com o objectivo fundamental de determinar o significado das expressões linguísticas nele contidas. Note-se, porém, seguindo ainda GOMES CANOTILHO, que, na medida em que a interpretação é uma operação de carácter linguístico realizada num determinado contexto histórico-social, ela é também uma actividade condicionada por esse mesmo contexto, já que se efectua em condições sociais historicamente caracterizadas, produtoras de determinados usos linguísticos, que são decisivamente operantes na atribuição do significado. Consequentemente, não podemos deixar de tomar em consideração que o espaço semântico dos conceitos ou palavras são, eles próprios, susceptíveis de alteração em função do próprio contexto¹⁵⁵.

O recurso ao texto constitucional tem, pois, um sentido primário no processo metódico de concretização: se, por um lado, o conteúdo vinculante da norma constitucional deve ser o conteúdo semântico dos seus enunciados linguísticos, tal como eles são mediatizados pelas convenções linguísticas relevantes¹⁵⁶, em segundo lugar, a formulação linguística da norma constitui o limite externo para quaisquer variações de sentido jurídico-constitucionalmente possíveis (função negativa do texto)¹⁵⁷.

O texto constitui, pois, e sempre, o ponto de partida do intérprete¹⁵⁸. Partindo

¹⁵⁵ Segundo GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 1209, o facto de o texto constitucional ser o primeiro elemento do processo de interpretação-concretização constitucional (=processo metódico) não significa que o texto ou a letra da lei constitucional contenha já a decisão do problema a resolver mediante a aplicação das normas constitucionais. Deve considerar-se que: (i) a letra da lei não dispensa a averiguação do seu conteúdo semântico; (ii) a norma constitucional não se identifica com o texto; (iii) a delimitação do âmbito normativo, feito através da atribuição de um significado à norma, deve ter em atenção os elementos de concretização relacionados com o problema carecido de decisão. O texto da constituição não é ainda norma, no sentido de não construir já o direito, é apenas um direito virtual. Note-se, todavia, que o processo interpretativo, ainda que possa ser feito em abstracto, está sempre vinculado a um aspecto prático. Cfr. DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE, *La interpretación constitucional como problema*, *Revista de Estudios Políticos* 86 (1994), pág. 22. Considerando o momento decisivo da interpretação aquele da especificação das condições de liberdade individual, ver GIORGIO BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, 3.ª edição, CEDAM, Pádova, 1994, pág. 158, e sobre a propriedade em concreto, pág. 459: “*a liberdade que se concretiza no direito de propriedade sobre um determinado bem*”.

¹⁵⁶ LINARES QUINTANA, *Tratado de interpretación constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 349-351: as palavras que emprega a Constituição devem ser entendidas no seu sentido geral e comum, a menos que resulte claramente do texto que o constituinte quis referir-se a um sentido jurídico ou técnico.

¹⁵⁷ GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 1218. LINARES QUINTANA, *Tratado de interpretación constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 233, sublinha que o intérprete para determinar o verdadeiro, cabal e exacto significado das normas constitucionais deve utilizar todos os critérios ou enfoques metodológicos que considere mais adequados.

¹⁵⁸ ENRIQUE ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la constitución*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1984, págs. 115 e 116, os argumentos literais são especialmente relevantes para as interpretações sintácticas e semânticas contextuais e podem ser especialmente relevantes para a argumentação sobre os conteúdos convencionais dos termos constitucionais. Nas palavras do autor, não é descartável que o *consensus* social que constitui a convenção linguística possa operar como fonte independente. Como

do texto do artigo 62.º, e centrando-nos especificamente na expressão “*nos termos da Constituição*”, somos da opinião de que esta deve ser entendida, não só com um sentido negativo, de imposição de limites à protecção constitucional, mas também com um sentido de delimitação positiva, permitindo ao artigo 62.º *o diálogo integrador com as outras normas da Constituição, que lhe darão um conteúdo constitutivo-constitucional*¹⁵⁹. A locução “*nos termos da Constituição*” será uma *imposição de concretização relacional da norma ao nível jurídico-constitucional, tendo como referente nuclear sempre a pessoa humana e a máxima realização da sua autonomia*. Onde haja espaço de concretização positiva, o diálogo com as restantes normas constitucionais deve ser admitido e promovido, até onde seja permitido pelo âmbito normativo de protecção das distintas normas constitucionais. Isto significará, em termos concretos, que a protecção da propriedade privada *nos termos da constituição* terá de ser feita em consideração com outros direitos constitucionais, como o sejam, por exemplo, *o direito ao desenvolvimento da personalidade*.

A *interpretação no sentido da Constituição* pretende salientar os esquemas hermenêuticos concretizadores tendentes a justificar tarefas de densificação e concretização pelos agentes implicados na aplicação e desenvolvimento das normas constitucionais¹⁶⁰. Cremos que a nossa proposta cabe ainda no espaço de interpretação do artigo 62.º¹⁶¹, ou seja dentro do âmbito em que o programa normativo, a medida de ordenação expressa através de enunciados linguísticos, se considera *ainda compatível com o texto da*

JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “Como ler a Constituição – Algumas coordenadas”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha III*, organizado por JORGE MIRANDA et al., Almedina, Coimbra, 2010, pág. 509, nota, não raras vezes o texto é suficiente para resolver o caso. No mesmo sentido, RENATA UITZ, *Constitutions, Courts and History*, CEU Press, 2005, pág. 137. ANDREI MARMOR, *Interpretation and Legal Theory*, Hart Publishing, 2005, págs. 15-16, relembra que se a interpretação não pode ser equiparada à compreensão do significado de uma expressão, é todavia parasita desta. Para além do texto, o autor refere a *estrutura*, ou seja, o quadro de princípios que dão solidez ao edifício constitucional (no sentido de expressar as relações organizativas entre os postulados estruturais fundamentais que enformam a constituição como um todo) e a *história*.

¹⁵⁹ Segundo JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “Como ler a Constituição – Algumas coordenadas”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha III*, organizado por JORGE MIRANDA et al., Almedina, Coimbra, 2010, pág. 509: “*o caminho mais adequado para o intérprete há-de ser aquele que saiba integrar as distintas partes da Constituição*”. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, “O direito de propriedade e o *jus aedificandi* no direito português”, *RJUA* 3 (1995), pág. 196, escreveu que: “*Os ‘termos’ constitucionais do direito de propriedade privada apontam, pois, decididamente, no sentido de o seu uso e fruição pelos respectivos titulares não ser livre mas, antes, juspublicisticamente enquadrado e condicionado*.” Em nota (40) completa que ‘os termos’ constitucionais da garantia da propriedade privada não servem apenas para restringir ou agravar a sua livre titularidade e fruição, mas também para lhe dar consistência (mesmo em matéria de direito de construção ‘engrandecida’ por ‘termos’ que a valorizam, como, por exemplo, do direito a ter uma habitação própria). Vide JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pág. 81, sobre a concepção da Constituição como uma ordem axiologicamente comprometida, acolhendo um sistema de valores em que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e o princípio da dignidade ocupam lugar central. Ver, ainda FRANCISCO MARQUES DE LIMA, *O resgate dos valores na interpretação constitucional*, ABC Editora, Fortaleza, 2001, pág. 194, sobre o modo como os valores integram o cerne da argumentação enquanto densificadores de espaços legais. IVO DANTAS, *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1995, pág. 87, entende que os princípios fundamentais são vectores da interpretação constitucional, não subsidiários dessa mesma interpretação. Os princípios gerais irradiam-no sobre a ordem ou subsistema para o qual estão voltados.

¹⁶⁰ Nas palavras de GOMES CANOTILHO e VASSALO ABREU, “Enfiteuse sem extinção. A propósito da dilatação legal do âmbito normativo do instituto enfiteutico” *RLJ* 3967 (2011), pág. 212.

¹⁶¹ KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, FCG, Lisboa, págs. 385 e ss, relembra que a interpretação de qualquer enunciado normativo há-de iniciar-se pelo seu sentido literal, entendido como um significado de um texto no uso linguístico geral. LINARES QUINTANA, *Tratado de interpretación constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pág.

*norma*¹⁶². Mas não nos bastamos com uma fundamentação linguística, que, até, poderia ser considerada meramente formal ou literal. Pelo contrário, a fundamentação da nossa leitura parte de pressupostos materiais e substanciais mais complexos.

A solução que propomos¹⁶³, enquanto tarefa de *desocultamento* de significados¹⁶⁴, é a mais consentânea com os princípios de interpretação da constituição, nomeadamente, o princípio da unidade da constituição, o princípio da máxima efectividade das normas constitucionais e o princípio da força normativa da constituição.

O *princípio da unidade da constituição* ganha relevo interpretativo quando com ele se quer significar que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas. Como ponto de orientação, guia de discussão e factor hermenêutico de decisão, o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar¹⁶⁵.

O *princípio da máxima efectividade* determina que a uma norma constitucional seja atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e a quaisquer normas constitucionais, embora hoje seja invocado sobretudo no âmbito dos direitos fundamentais.

Segundo o *princípio da força normativa* da constituição na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia óptima da lei fundamental. Consequentemente, o intérprete deve dar primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitu-

¹⁶² GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 1203. Rejeitamos, pois, a colocação na subjectividade do intérprete o *locus* do processo hermenêutico. Sobre, LENIO LUIZ STRECK, “Concretização de direitos e interpretação da constituição”, *BFD* 81 (2005), págs. 301 e ss. Como é sabido, uma das regras clássicas da interpretação dos textos jurídicos é *Interpretatio cessat in claris*. Sobre a obscuridade estrutural das normas constitucionais, ver YANN AGUILA, “Cinq questions sur l’interprétation constitutionnelle”, *Revue française de Droit constitutionnel* 21 (1995), págs. 16-17.

¹⁶³ A determinação da integração sistemático do artigo 62.º impondo a sua consideração não isoladamente, mas no contexto da lei fundamental, aflora já no Acórdão TC n.º 404/87 [Relator: CARDOSO DA COSTA], de 29 de Julho (impondo a sua caracterização não isoladamente, as no contexto global da lei fundamental), no Acórdão TC n.º 194/99 (o artigo 62.º, n.º 1, não se exprime isoladamente na Constituição portuguesa), no Acórdão TC n.º 617/07 [Relatora: MARIA LÚCIA AMARAL], de 19 de Dezembro (artigos 1682.º, n.º 2, e 1696.º, n.º 2, alínea b) do CC (“sistema de valores constitucionais”).

¹⁶⁴ Na expressão de INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, *Interpretação constitucional*, Sergio Fabris Editor, Porto Alegre, 1997, pág. 36.

¹⁶⁵ GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 1223. Nas palavras de JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “Como ler a Constituição – Algumas coordenadas”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha III*, organizado por JORGE MIRANDA ET AL., Almedina, Coimbra, 2010, pág. 616, seguindo HESSE, o princípio da unidade da Constituição arranca da percepção de que as várias partes que integram a Constituição, ainda que com as suas tensões e contradições, formam uma unidade de ordenação. Dessa interdependência das partes da Constituição decorre então que o olhar do intérprete não se deve dirigir para uma norma isolada, mas sempre para o sistema de conexões em que a mesma se encontra, conseguindo deste modo duas coisas: evitar as contradições com outras normas constitucionais e manter a sintonia com as decisões fundamentais da Constituição. Nas palavras de F. DE BORJA LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, “La formulación de criterios de interpretación de la Constitución en la doctrina alemana: parámetros de admisibilidad”, *Revista española de derecho constitucional* 34 (1992), pág. 112: uma particular determinação constitucional não pode ser interpretada isoladamente nem pode ser interpretada exclusivamente a partir de si mesma”. Ainda seguindo esta orientação, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, *Interpretação constitucional*, Sergio Fabris Editor, Porto Alegre, 1997, pág. 91, e CRISTINA QUEIROZ, *Interpretação constitucional e poder judicial*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, págs. 152 e ss.

cionais, possibilitam a sua actualização normativa, garantindo, simultaneamente, a sua eficácia e permanência¹⁶⁶.

A leitura que agora propomos do artigo 62.º, em especial da locução “*nos termos da constituição*” – no sentido do diálogo com as restantes normas constitucionais, mas diálogo não só em sentido negativo ou limitativo, antes em sentido positivo ou integrador, numa *concretização relacional* da norma – esta leitura, dizemos, evita a *des-integração*¹⁶⁷, ou seja “*uma abordagem da Constituição por vias que ignorem o facto saliente de que as suas partes estão ligadas num todo – a Constituição, e não sendo simples ramos desprendidos de cláusulas separadas e de preceitos com histórias separadas, que têm de ser interpretados*”.

A possibilidade, que é correlativamente uma necessidade, de raciocinar em coerência sistémica, resulta das potenciais e diferentes leituras das Constituições, mas não constitui um caminho para o subjectivismo do intérprete, porquanto este, na sua actividade de concretização, tem de se mover no contexto desse mesmo sistema, tem de interpretar e integrar os preceitos relativos aos direitos fundamentais à luz dos princípios que o enformam, tem de se inspirar na ideia de Direito acolhida na Constituição. Nas palavras de JORGE MIRANDA¹⁶⁸, só esta unidade de pensamento jurídico “*permite apreender o âmbito de cada direito e definir o seu conteúdo essencial, relacionar os vários direitos e as diversas faculdades compreendidas em cada um, evitar ou resolver colisões, propiciar a todos uma adequada harmonização*”.

A consideração de outros direitos fundamentais como promotores da protecção do direito de propriedade – nomeadamente o direito ao desenvolvimento da personalidade – mais não é que o resultado de uma imposição de concretização relacional da norma ao nível jurídico-constitucional, que assume como *referente nuclear* sempre a pessoa humana e a máxima realização da sua autonomia¹⁶⁹.

Tomamos, pela sua eloquência, as palavras de MARIA LÚCIA AMARAL¹⁷⁰: “*A protec-*

¹⁶⁶ GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 1224-1226; JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “Como ler a Constituição – Algumas coordenadas”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha III*, organizado por JORGE MIRANDA et al., Almedina, Coimbra, 2010, pág. 517.

¹⁶⁷ LAURENCE H. TRIBE e MICHAEL G. DORF, *On Reading the Constitution*, Harvard University Press, 1993, págs. 20 e ss, e JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “Como ler a Constituição – Algumas coordenadas”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha III*, organizado por JORGE MIRANDA et al., Almedina, Coimbra, 2010, pág. 507. Sobre a técnica da integridade constitucional, R. DWORKIN, “Controverse constitutionnelle”, *Pouvoirs* 59 (1991), pág. 8. Como entende WILLIAM A. GALSTON, *The Practice of Liberal Pluralism*, CUP, 2004, pág. 118, uma constituição tem de ser realista, coerente e congruente. É coerente se o conjunto de valores que representa pode coexistir.

¹⁶⁸ Na expressão de JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional IV*, 5.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pág. 65.

¹⁶⁹ Ainda que em sentido inverso, JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “A tutela de bens da personalidade na constituição e na jurisprudência constitucional portuguesas (algumas notas)”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho III*, organizados por FERNANDO ALVES CORREIA, JÓNATAS MACHADO e JOÃO LOUREIRO, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pág. 843, o autor defende que alguns direitos económicos e sociais são chamados a enriquecer a estrutura protectiva clássica dos direitos de personalidade, dando como exemplo o direito à integridade pessoal (previsto no artigo 25.º) que, enquanto concebido como uma garantia e imperativo de promoção do bem-estar físico e psíquico é indissociável dos direitos sociais à saúde (artigo 64.º) e a um ambiente de vida sadio (artigo 66.º). Nas palavras do autor: “*Há que evitar, nesta matéria, uma consideração separada dos vários espaços normativos de protecção da pessoa, que não são autonomizáveis e estanques entre si, como o não são os vários modos de ser da personalidade, una e indivisível. E para essa leitura integrada, o estatuto fundamental da pessoa vazado na Lei Básica, e os seus critérios material-valorativos, em todas as suas dimensões servem de pólo agregador e de elemento aglutinador*”.

¹⁷⁰ MARIA LÚCIA AMARAL, *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pág. 546.

ção do ‘ter’ surge aqui, portanto, uma coisa fundamental porque a Constituição reconhece que ela é condição necessária de realização do próprio ‘ser’: daquele mesmo ‘ser’ que se cumpre através do livre desenvolvimento da personalidade e daquele mesmo ‘ser’ que exige o reconhecimento das liberdades pessoais e das liberdades de participação política que são inscritas do art. 23 ao art. 52”. É certo que, sublinha a autora, “a CRP não concebe esta ligação entre o ser e o ter da mesma forma que o fazia o pensamento liberal clássico – não a hipostasia porque não confunde o Homem com o proprietário. Mas também é certo que a não esquece”.

O próprio Tribunal Constitucional tem recorrido a esta ligação entre propriedade e personalidade para proceder à qualificação de certas dimensões do direito fundamental de propriedade como de natureza análoga. Relembremos as expressões utilizadas: “faculdades do direito de propriedade que sejam essenciais à realização do Homem como pessoa”¹⁷¹, “espaço de autonomia pessoal”¹⁷²; “sendo afinal a ‘propriedade’ um pressuposto da autonomia das pessoas” e “acolherá assim um radical subjectivo”¹⁷³.

É inegável a componente personalística da nossa Constituição – o ser humano será sempre o alfa e o ómega da nossa disciplina constitucional – mas essa essencialidade ou nuclearidade não é excludente, nem está em radical oposição, com a protecção patrimonial. A “pessoa” e a “coisa”, a “pessoalidade” e a “patrimonialidade” deve reconhecer-se, mais do que vectores excludentes, são vectores em diálogo, pelo contributo e participação dos segundos na realização e desenvolvimento dos primeiros. Socorrendo-nos, novamente das palavras de JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO¹⁷⁴, “Poderíamos até dizer, contra a evidência: no direito fundamental de propriedade, a pessoa está primeiro e a propriedade está no fim”. Mas relembremos ainda as palavras de VIEIRA DE ANDRADE¹⁷⁵, ao dizer-nos que no contexto jurídico nacional, “os direitos de propriedade e de liberdade surgem a par, necessariamente integrados no contexto normativo mais rico e denso do estatuto pessoal da cidadania”.

A íntima ligação entre propriedade e personalidade, manifestada, desde logo, no aumento de possibilidades de acção que o direito de propriedade abre ao respectivo titular, permite-nos obter, através da garantia constitucional da propriedade, as credenciais necessárias à tutela de uma liberdade geral de acção – que, embora tenha a sua fonte a liberdade pessoal no âmbito patrimonial¹⁷⁶, poderá ir para além dela, ao

¹⁷¹ Acórdão TC n.º 329/99 [Relator: MESSIAS BENTO], de 2 de Junho (planos regionais de ordenamento), Acórdão TC 377/99 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 22 de Junho, Acórdão TC n.º 187/01 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 2 de Maio (propriedade das farmácias), o Acórdãos TC n.º 491/02 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 26 de Novembro (sobre o artigo 490.º, 3, CSC), Acórdão TC n.º 374/03 [Relator: MÁRIO TORRES], de 15 de Julho (direito de retenção); Acórdão TC n.º 273/04 [Relator: GIL GALVÃO], 20 de Abril (sobre impugnação pauliana e registo).

¹⁷² Acórdão TC n.º 374/03 [Relator: MÁRIO TORRES], de 15 de Julho, seguindo a expressão de MARIA LÚCIA AMARAL, *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pág. 542.

¹⁷³ Acórdão TC n.º 421/09 [Relatora: MARIA LÚCIA AMARAL], de 13 de Agosto.

¹⁷⁴ JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa II* (A construção dogmática), Almedina, Coimbra, 2006, pág. 676, nota 670.

¹⁷⁵ VIEIRA DE ANDRADE, “A protecção de direito fundado em patente no âmbito do procedimento de autorização da comercialização de medicamentos”, *RLJ* 3953 (2008), pág. 73, considera que o direito de propriedade surge na Constituição portuguesa com uma protecção mais densa que a liberdade de iniciativa económica, na medida em que está sujeito a menos limitações normativas: “De facto, enquanto a propriedade privada é protegida pela CRP ‘nos termos da Constituição’ (artigo 62.º), a iniciativa económica privada é protegida ‘nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral’ (artigo 61.º) – circunstância que, para alguma doutrina alemã e nacional, inculca até uma prevalência dos direitos constitucionalmente menos limitado sem caso de ponderação, no quadro metódico de resolução de um conflito normativo”.

¹⁷⁶ FERNANDO ALVES CORREIA, *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Almedina, Coimbra,

nível dos efeitos —, através do reconhecimento de direitos de utilização, de decisão e de domínio, bem como à tutela de um “*espaço de pessoalidade*” conferido pelos próprios bens, e que constituem uma reserva essencial do seu titular, através do reconhecimento de direitos de exclusão e de reserva, possibilitando-lhe, em suma, uma conformação da sua vida, estribada numa responsabilidade pessoal

Impõem-se, agora, umas breves notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

b) O direito ao livre desenvolvimento da personalidade

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade está consagrado no artigo 26.º, n.º 1, da CRP, sob a epígrafe “*Outros direitos pessoais*”¹⁷⁷. A doutrina considera que a afirmação do direito ao livre¹⁷⁸ desenvolvimento da personalidade mais não é do que um corolário da dignidade da pessoa humana, valor fundamental do Estado de Direito, inscrito no artigo 1.º da Constituição¹⁷⁹. Esta ligação à dignidade humana é fundamen-

1997, pág. 306, e GUIDO ALPA, “Libertá contrattuale e tutela costituzionale”, *Riv. crit. dir. priv.* 13 (1995), pág. 48.

¹⁷⁷ Na redacção introduzida pela Lei n.º 1/97, de 20 de Setembro: “*A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação*” Na sua redacção inicial, o artigo 26.º tinha a epígrafe de “Direito à integridade pessoal” e o seguinte conteúdo normativo: “*1. A integridade moral e física dos cidadãos é inviolável. 2. Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos.*” Com a Lei n.º 1/82, de 30 de Setembro, a epígrafe da norma passou a ser “Outros direitos pessoais”, e o n.º 1 consagrava que: “*1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem e à reserva da intimidade da vida privada e familiar.*” Só com a Lei n.º 1/97 o n.º 1 do artigo 26.º obteve a sua redacção definitiva. Este artigo aproxima-se do artigo 2, §1, da Lei Fundamental alemã: “*Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outrem e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral.*” Artigo 10.º, n.º 1, da Constituição espanhola: “*a dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito pela lei e pelos direitos dos outros são fundamento da ordem política e da paz social.*”

¹⁷⁸ Ensina PAULO MOTA PINTO, “Direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, *Portugal-Brasil Ano 2000*, Studia Iuridica, 40, *Colloquia 2*, Coimbra Editora, 1999, pp. 198-199, que, não obstante a omissão do adjectivo livre na formulação do direito, “*não pode deixar de se considerar a ideia de liberdade já ínsita no próprio conceito de ‘desenvolvimento da personalidade’ — enquanto auto-conformação, pela actualização, segundo o próprio ‘projecto’, das virtualidades contidas na personalidade humana.*” Cfr. LUCAS PIRES, *Uma Constituição Para Portugal*, 1975, pág. 33, para a personalidade como uma possibilidade e como construída.

¹⁷⁹ Assim, PAULO MOTA PINTO, “Direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, *Portugal-Brasil Ano 2000*, Studia Iuridica, 40, *Colloquia 2*, Coimbra Editora, 1999, pág. 152, e consequentemente conclui que o reconhecimento no artigo 26.º da Constituição, a partir da revisão constitucional de 1997, de um direito ao desenvolvimento, não foi totalmente inovador. Nas págs. 159 e ss, o autor retira outras consequências desta ideia. A afirmação do direito ao “*livre desenvolvimento da personalidade*”, na decorrência do imperativo de respeito pela dignidade humana, não representa, aliás, apenas a consagração de um direito subjectivo, mas também, objectivamente, a afirmação de um princípio interpretativo da relação entre o cidadão e o Estado e de uma *decisão valorativa* fundamental, da qual podem e devem extrair-se consequências para a totalidade da ordem jurídica, para a qual pode dizer-se que “*irradia*”. Constitui, neste sentido, a positivação de um princípio fundamental da ordem jurídica do Estado de Direito democrático. No mesmo sentido, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, anot. ao artigo 1.º, pág. 53, II e III, e anot. ao artigo 26.º, pág. 282, I, consideram que “*a dignidade da pessoa humana é um prius*”. Ensinam os autores que “*a dignidade da pessoa é a da pessoa concreta, na sua vida real e quotidiana; não é a de um ser ideal e abstracto. É o homem ou a mulher, tal como existe, que a ordem jurídica considera irredutível, insubstituível e irrepitível e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege*”. Vide, ainda, ANA MARIA GUERRA MARTINS, “A protecção da dignidade humana no Tratado de Lisboa”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho III*, organizados por FERNANDO ALVES CORREIA, JÓNATAS MACHADO e JOÃO LOUREIRO, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pág. 485.

Sobre a liberdade como fazendo parte de uma ética necessária, BERTRAND FAURE, “Les objectifs de valeur constitutionnelle: une nouvelle catégorie juridique?”, *Revue française de Droit constitutionnel* 21

tal para a compreensão do direito de que nos ocupamos. Na verdade, a máxima de Confúcio segundo a qual “*para si próprio o homem é ainda uma missão*”¹⁸⁰, foi seguida e serviu de inspiração para muitas posições que vieram a ser tomadas posteriormente. Em 1486, GIOVANNI PICO DELLA MIRANDOLA, no seu discurso sobre a dignidade humana, apelou¹⁸¹: “*para que tú mesmo, más a tu gusto y honra, te forjes la forma que prefieras para ti*” (tu, árbitro e soberano artífice de ti mesmo). É também nesta linha que surge como imperativo hegeliano, séculos mais tarde: “*sê uma pessoa e respeita os outros também como pessoas*”. No século seguinte, NIKLAS LUHMANN daria uma forma jurídica acabada à teoria segundo a qual “*o homem ganha a sua própria dignidade na medida em que determina autonomamente o seu comportamento, conseguindo construir para si mesmo uma identidade*”¹⁸².

(1995), págs. 47 e ss. Também JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “A tutela de bens da personalidade na constituição e na jurisprudência constitucional portuguesas (algumas notas)”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho III*, organizados por FERNANDO ALVES CORREIA, JÓNATAS MACHADO e JOÃO LOUREIRO, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pág. 850, entende o reconhecimento da autodeterminação como “*momento de sentido do conceito de pessoa*”. A liberdade associada à dignidade da pessoa humana não importa menos do que autonomia na condução de vida segundo um projecto próprio. Nas palavras de MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, “O conceito constitucional de dignidade humana entre o absoluto e a ponderação: o caso da reprodução humana”, em *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho III*, organizados por FERNANDO ALVES CORREIA, JÓNATAS MACHADO, JOÃO LOUREIRO, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pág. 178, aquilo que em última análise permite distinguir a dignidade humana dos direitos humanos não são os valores morais, mas “*os valores existenciais, os valores da identidade, que conferem a cada vida humana, mas também à vida humana no confronto com as demais espécies, um valor único*”. Sobre a dignidade da pessoa humana como princípio estruturante do estado de direitos humanos, PAULO OTERO, *Instituições políticas e constitucionais I*, Almedina, Coimbra, 2007, págs. 545 e ss.

¹⁸⁰ Cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções”, in ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, PAULA COSTA E SILVA (eds.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2008, pág. 490: *a dignidade é uma tarefa e uma missão, que implica um dever de atenção a si mesmo*. MANUEL GOMES DA SILVA, “Esboço de uma concepção personalista do Direito”, *RFDUL XVII* (1964), pág. 208, diz-nos que: “*a existência do homem não se realiza pelo desenvolvimento e conservação de uma ‘natureza’, mas sim pelo curso de uma história: nele, ele encontra o que existe fora de si, toma posição, conhece o risco, age e obra, e nesse encontro determina o seu ser pessoa. A natureza humana é tanto resultado do encontro como é pressuposto dele e por isso a natureza total não se acha no começo, mas sim no termo*”. Segundo ORLANDO DE CARVALHO, “Para uma teoria da pessoa humana”, publicado na compilação coordenada por FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, MARIA RAQUEL GUIMARÃES e MARIA REGINA REDINHA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª edição, Coimbra Editora, 2012, pág. 255: “*A pessoa é o ser humano vivo, que pela sua estrutura físico-psíquica e pela sua capacidade de conhecimento e de amor, é o único verdadeiro centro de decisão e de imputação, de liberdade e de responsabilidade, na natureza e na história, assumindo-se como um projecto autónomo e transformante de si mesmo e do mundo*” (sublinhado nosso). Ver ainda PAULO MOTA PINTO, “Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português”, em INGO WOLFGANG SARLET, *A constituição concretizada*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2000, págs. 68 e ss. Nas palavras de LUÍS ROBERTO BARROSO, “Princípio da dignidade da pessoa humana: uma contribuição para a densificação do seu conteúdo”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho III*, org. FERNANDO ALVES CORREIA, JÓNATAS MACHADO, JOÃO LOUREIRO, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pág. 141: “*A autonomia é o elemento ético da dignidade, ligado à razão e ao exercício da vontade na conformidade de determinadas normas. A dignidade como autonomia envolve, em primeiro lugar, a capacidade de autodeterminação, o direito do indivíduo de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a sua personalidade. Significa o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas. Decisões sobre religião, vida afectiva, trabalho, ideologia e outras opções personalíssimas não podem ser subtraídas do indivíduo sem violar a sua dignidade. Por trás da ideia de autonomia, está a de pessoa, de um ser moral consciente, dotado de vontade livre e responsável*”.

¹⁸¹ GIOVANNI PICO DELLA MIRANDOLA, *Discurso sobre a dignidade humana*, trad. espanhola de Luis Martinez Gomez, Editora Nacional, Madrid, pág. 105. Sobre as tradições axiológicas em torno da dignidade humana, ver PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português I*, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 36.

¹⁸² Sobre as propostas de sistematização das diversas concepções jurídicas apresentadas na segunda metade do século XX, veja-se JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções”, in ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, PAULA COSTA E SILVA (eds.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José de Oliveira*

PAULO MOTA PINTO encontra como sentido fundamental da consagração do direito de personalidade “a tutela da individualidade e, em particular, das suas diferenças e autonomia”¹⁸³. O indivíduo é livre de (a)firmar a sua identidade, livremente, isto é, não estando vinculado a modelos previamente e externamente impostos. Fundamental é o seu *direito à diferença*, o seu direito a viver a sua vida, de modo que escolher, desde que daí não resulte prejuízos para terceiros¹⁸⁴. Ainda nas palavras de PAULO MOTA PINTO, em síntese, visa-se “*tutelar a diferença da individualidade de cada ser humano, segundo a sua própria decisão e autonomia – ‘o núcleo irreduzível de individualidade’*”¹⁸⁵.

Mas o direito ao livre desenvolvimento da personalidade tem sido reconhecido numa dupla dimensão¹⁸⁶: para além da *tutela da personalidade*, enquanto substrato da

Ascensão, vol. I, Almedina, Coimbra, 2008, págs. 492 e ss. Para uma evolução histórica do conceito, MARIA CELINA BODIN DE MORAES, “O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo”, em INGO WOLFGANG SARLET (ed.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2003, págs. 109 e ss.

A teoria da prestação concebe a dignidade do homem como um produto do próprio agir, como prestação da subjectividade humana. Para além destas, temos a teoria da dádiva e a teoria da dignidade concebida como conceito relacional, promessa e pretensão de reconhecimento recíproco, como fundamento de uma comunidade de quem se reconhece nos valores solidarísticos.

¹⁸³Vide JOSEPH RAZ, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1988, págs. 380 e ss, sobre autonomia e pluralismo. ISAAH BERLIN, *Four Essays on Liberty*, OUP, 1971 [1969], págs. 131, descreve o homem como ser que quer ser o seu próprio “*master*”.

¹⁸⁴ PAULO MOTA PINTO, “Direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, *Portugal-Brasil Ano 2000*, *Studia Iuridica*, 40, *Colloquia 2*, Coimbra Editora, 1999, págs. 163-164. No mesmo sentido, o Acórdão TC n.º 288/98 [Relator: LUÍS NUNES DE ALMEIDA], de 17 de Abril (referendo sobre o aborto): “o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, englobando a autonomia individual e a autodeterminação e assegurando a cada um a liberdade de traçar o seu próprio plano de vida”, seguido, por exemplo, pelo Acórdão TC n.º 368/2002 [Relator: ARTUR MAURÍCIO], de 25 de Setembro. PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português I*, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 42, afirma que um princípio geral de liberdade “*envolve, por consequência, o reconhecimento de um direito à diferença de cada pessoa humana na sua maneira de ser, pensar e agir, enquanto realidade única, irrepetível e infungível: o livre desenvolvimento da personalidade determina o respeito pela autonomia de cada ser humano na formação da sua individualidade, na exploração das potencialidades das suas forças e talento, na arbitrariedade da escolha de todas as opções e na configuração do seu modo e vida*”. Para MARIA CELINA BODIN DE MORAES, “O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo”, em INGO WOLFGANG SARLET (ed.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2003, pág. 136, “*liberdade significa, cada vez mais, realizar, sem interferências de qualquer género, as próprias escolhas individuais, mais, o próprio projecto de vida, exercendo-o como melhor convier*”.

¹⁸⁵ Em sentido substancialmente coincidente GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, anot. ao artigo 26.º, pág. 463, III, consideram que o direito ao desenvolvimento da personalidade recolhe as seguintes dimensões: (i) formação livre da personalidade, sem planificação ou imposição estatal de modelos de personalidade; (ii) protecção da liberdade de acção de acordo com o projecto de vida e a vocação e capacidades pessoais próprias e (iii) protecção da integridade da pessoa para além da protecção do artigo 25.º, tendo sobretudo em vista a garantia da esfera jurídico-pessoal no processo de desenvolvimento. Sublinhamos que a dignidade humana se precisa por referência ao valor da “*igualdade fundamental de todos na humanidade comum*”, na expressão que LUÍS PEDRO PEREIRA COUTINHO, “Do que a República é: uma república baseada na dignidade humana”, FDUL, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque II*, Coimbra Editora, Coimbra, 2110, págs. 195 (nota 29) e 203, acolhe de Joseph Ratzinger. No mesmo sentido, MÁRIO REIS MARQUES, “A dignidade humana: *minimum* invulnerável ou simples cláusula de estilo?”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho II*, org. FERNANDO ALVES CORREIA, JÓNATAS MACHADO, JOÃO LOUREIRO, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pág. 415, para quem: “*A dignidade humana, protegendo no indivíduo aquilo que o une à comunidade humana, sintetizando aquela qualidade de pertença à humanidade assumida como ‘reunião simbólica de todos os homens no que eles têm de comum’*, isto é, a sua qualidade de seres humanos, impõe-se como o verdadeiro eixo inderrogável de todo o direito”.

¹⁸⁶ Cfr. Acórdão TC n.º 368/02 [Relator: ARTUR MAURÍCIO], de 25 de Setembro (segurança, higiene e saúde no trabalho): a consagração constitucional do direito ao livre desenvolvimento da personalidade implica o reconhecimento da liberdade geral de acção; Acórdão TC n.º 23/06 [Relator: PAULO MOTA PINTO], 10 de Janeiro; Acórdão TC n.º 589/07 [Relator: CARLOS FERNANDES CADILHA], 28 de Novembro; Acórdão TC n.º 179/10 [Relator: CARLOS PAMPLONA DE OLIVEIRA], de 12 de Maio; o Acórdão

individualidade nos seus diversos aspectos, integra a *tutela da liberdade geral de acção da pessoa humana*¹⁸⁷. Ao contrário da tutela da personalidade (e, em particular, o re-

TC n.º 225/11 [Relator: CARLOS PAMPLONA DE OLIVEIRA], de 3 de Maio: “A revisão constitucional de 1997 passou também a consagrar constitucionalmente, no mesmo preceito, o direito ao desenvolvimento da personalidade. Este assegura uma tutela mais abrangente da personalidade, que inclui duas diferentes dimensões: (a) um direito à formação livre da personalidade, que envolve a liberdade de acção de acordo com o projecto de vida e capacidades pessoais próprias; (b) a protecção da integridade da pessoa em vista à garantia da esfera jurídico-pessoal no processo de desenvolvimento.”; o Acórdão TC n.º 285/11 [Relator: CARLOS PAMPLONA OLIVEIRA], de 7 de Junho; Acórdão TC n.º 449/11 [Relator: CARLOS PAMPLONA DE OLIVEIRA], de 11 de Outubro (todos sobre caducidade do direito de acção de investigação da paternidade), e ainda o Acórdão TC n.º 634/11 [Relatora: MARIA LÚCIA AMARAL], de 20 de Dezembro (também sobre acção de impugnação de paternidade). De interesse histórico, no Acórdão TC n.º 6/84, o Tribunal apreciou a norma que sujeitava o pessoal adstrito ao Regulamento dos Transportes em Automóveis a apresentar-se em serviço devidamente uniformizado e barbeado. O Acórdão TC n.º 436/00 [Relator: TAVARES DA COSTA], de 17 de Outubro (Lei do Jogo), analisou a constitucionalidade da exigência do uso do traje profissional, equacionando a intangibilidade, em parâmetros constitucionais, do direito dos trabalhadores à conformação da sua aparência pessoal externa, considerando o Tribunal que essa restrição não se representava como “irrazoável limitação a essa faceta do direito à própria aparência que complementa a personalidade de cada um”.

¹⁸⁷ SOUSA RIBEIRO, no voto de vencido ao Acórdão TC n.º 401/11 [Relator: JOÃO CURA MARIANO], de 22 de Setembro: “O homem é um ser em devir, estando a possibilidade de autoconformação, a todo o momento, da sua esfera de vida e da personalidade própria absolutamente coberta pelo direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º, n.º 1). Este direito importa a faculdade de formação e de expressão da vontade daquilo que se é ou se quer ser, no presente, sem restrições limitativas decorrentes da vivência passada. Nesta matéria, tratando-se de bens atinentes ao núcleo da personalidade, uma atitude pretérita não deve prevalecer sobre a vontade actual, por respeito àquele direito fundamental. Nem mesmo quando há uma vinculação negocialmente assumida a uma forma de conduta que contenda agora (no momento do cumprimento) com a auto-apresentação do obrigado. É isso mesmo que justifica que a limitação voluntária dos direitos de personalidade, quando legal, seja sempre revogável (artigo 81.º, n.º 2, do Código Civil). Por maioria de razão, a simples inércia ou passividade, durante certo período temporal, em tomar a iniciativa de investigação de paternidade não deve ser destrutiva da legitimidade para o fazer quando, no critério actual do próprio, tal corresponde ao seu interesse na constituição plena da sua identidade pessoal”. EUGENE HALTON e JOSEPH D. RUMBO, “Membrane of the Self: Marketing, Boundaries, and the Consumer-Incorporated Self”, in *Consumer Culture Theory*, RUSSELL W. BELK e JOHN F. SHERRY JR. (eds.), Elsevier, Oxford, 2007, pág. 297, consideram que o ser autónomo é aquele capaz de consciência qualitativa, de atenção selectiva, de autodeterminar os seus objectivos e de os rever quando for preciso. CHARLES LARMORE, *The Autonomy of Morality*, CUP, 2008, pág. 248, defende que viver de acordo com um plano de vida racional é perseguir o que nos descobrimos em cuidada reflexão, que constitui o nosso verdadeiro bem, as nossas melhores possibilidades. Uma boa vida não é só conduzida, mas também encontrada; autodirigida, mas também moldada de fora. Na pág. 270, o autor concretiza que uma boa vida não é uma vida vivida de acordo com um plano racional. Incorpora, pelo contrário, um sentido da nossa natureza dualista, quer como sujeitos activos quer como passivos, apostados em procurar os objectivos que acolhemos, mas também vinculados a formas de autopreenchimento que nunca poderíamos ter antecipado. Sobre um plano de vida e os objectivos dominantes, ver JOHN RAWLS, *Uma teoria da justiça*, 2.ª edição, tradução de Carlos Pinto Correia, Editorial Presença, Lisboa, 2001 [1971], págs. 414 e ss, e MICHAEL J. SANDEL, *Liberalism and the Limits of Justice*, 2.ª edição, CUP, 1998, pág. 19. Para ALBERT HIRSCHMAN, *Exit, Voice and Loyalty*, HUP, 1970, págs. 152 e ss, o aumento da escolha significa mais “exit” e menos “voice”. O autor dá uma lista de alternativas ao auto-interesse que observamos na conduta humana, onde constam o sacrifício intrafamiliar, empatia com estranhos, a capacidade para cumprir promessas e para internalizar e actuar sob normas limitadoras; a autocapacidade para identificar o seu bem-estar com o da colectividade a que se pertence; a capacidade para realizar deveres públicos, um sentido intuitivo de justiça ou de *fair play*, a capacidade de identificar e aderir a regras que o próprio pode estabelecer e a motivação para a excelência na actuação. Vide, ainda, BERNARD WILLIAMS, “Moral Luck”, in *Moral Luck: Philosophical Papers 1973-1980*, CUP, 1982, págs. 22 e ss. Sobre os interesses e objectivos do homem no século XX, face ao “sentido de fim” (“sense of an ending”) que os acontecimentos do século XX trouxeram, ver CHRISTOPHER LASCH, *The Culture of Narcissism: American Life in an Age of Diminishing Expectations*, W.W. Norton & Company, Nova Iorque, 1979, págs. 13 e ss. Para o sentido filosófico de conduta humana, veja-se MICHAEL OAKESHOTT, *On Human Conduct*, Clarendon Press, Oxford, 1991, págs. 31 e ss.

Sobre o direito ao desenvolvimento da personalidade, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, anot. ao artigo 26.º, pág. 463, III, consideram que: “Na qualidade de expressão geral de uma esfera de liberdade pessoal, ele constitui um direito subjectivo fundamental do indivíduo, garantindo-lhe um direito à formação livre da personalidade ou liberdade de acção como sujeito autónomo dotado de autodeterminação decisória, e um direito

conhecimento do direito geral de personalidade) traduz sobretudo uma “*protecção da integridade*”, de estados, ou do substrato da actividade livre, a liberdade de acção em geral realiza uma “*protecção de actividade*” (ou do comportamento)¹⁸⁸.

O direito ao desenvolvimento da personalidade, com a sua força normativa abrangente, implica o reconhecimento a cada um de um espaço legítimo de liberdade e realização pessoal liberto de intervenção jurídica. É um direito à liberdade de acção em geral, que é aberto, não contendo já uma limitação a determinadas áreas ou objectos (e permitindo também a protecção de novas formas de actividade)¹⁸⁹.

A liberdade de acção em geral assume a função de norma de recolha (*Auffangtatbestand*) das diversas liberdades constitucionalmente consagradas¹⁹⁰. Para que se recorra à função de complementação do artigo 26.º, necessário é que em concreto não exista uma liberdade especial na qual seja abrangida a actuação em questão e que justifique a sua protecção – assim, por exemplo, a liberdade contratual poderá em

de personalidade *fundamentalmente garantidor da sua esfera jurídico-pessoal e, em especial, da integridade desta*”. Sobre os consensos colectivos (a realização única de cada personalidade processa-se num mundo de valorações objectivas que são captáveis e participadas pela comunidade), e interindividuais, ver OLIVEIRA ASCENSÃO, “A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos” FDUL, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque II*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, págs. 50-51. Sobre o direito geral de acção, JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pág. 413.

¹⁸⁸ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “A tutela de bens da personalidade na constituição e na jurisprudência constitucional portuguesas (algumas notas)”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho III*, organizados por FERNANDO ALVES CORREIA, JÓNATAS MACHADO e JOÃO LOUREIRO, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, págs. 849 e ss: “O direito ao desenvolvimento da personalidade compreende, como primeira dimensão, a liberdade de formação da personalidade, de auto-conformação da estrutura identificadora da própria personalidade, e, num segundo momento, a liberdade comportamental, de exteriorização da personalidade, a de agir em conformidade com o projecto de vida auto-definido. É o direito que tem cada pessoa de ser ela mesma, de se comportar de acordo com aquilo que é ou de se tornar naquilo que quer ser, sem se sujeitar a um modelo de personalidade. Se, como quer KARL JASPERS, ‘a dignidade do homem reside no facto de ele ser indefinível’, assim é, acrescentamos nós, porque a definição cabe ao próprio, como manifestação básica do seu poder de autodeterminação”.

¹⁸⁹ Segundo PAULO MOTA PINTO, “Direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, *Portugal-Brasil Ano 2000*, Studia Iuridica, 40, *Colloquia 2*, Coimbra Editora, 1999, págs. 201 e ss., a liberdade de acção é garantida independentemente de características qualitativas ou valorativas. No domínio de protecção incluem-se, pois, actuações de qualquer espécie e valor, sem que tenha que reconhecer-lhes uma especial ligação ao desenvolvimento da personalidade individual. Trata-se de uma protecção da liberdade de acção em sentido amplo, sem consideração do significado que aquela actuação em concreto tem para o desenvolvimento da personalidade. Por outro lado, considera o autor, consagra-se, nesta dimensão do direito ao desenvolvimento da personalidade uma liberdade, pelo que lhe é igualmente fundamental a componente negativa, ou seja, a possibilidade, não apenas de adoptar uma determinada forma de comportamento, mas também de optar pela alternativa da acção. O que não impede que se reconheça uma mais ou menor ampla margem de liberdade de conformação do legislador na concreta delimitação do seu alcance. Cfr. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, anot. ao artigo 26.º, pág. 288, III.

¹⁹⁰ Seguimos de perto, PAULO MOTA PINTO, “Direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, *Portugal-Brasil Ano 2000*, Studia Iuridica, 40, *Colloquia 2*, Coimbra Editora, 1999, págs. 205 e ss. No mesmo sentido, JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “A tutela de bens da personalidade na constituição e na jurisprudência constitucional portuguesas (algumas notas)”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho III*, organizados por FERNANDO ALVES CORREIA, JÓNATAS MACHADO e JOÃO LOUREIRO, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pág. 849, e *O problema do contrato – as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1999, pág. 23, onde se pode ler que o livre desenvolvimento da personalidade é objecto de uma expressa garantia constitucional, como o direito fundamental de base que recolhe (e complementa) todas as protecções específicas, sintetizando o seu núcleo de sentido. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, anot. ao artigo 26.º, pág. 463, ponto III, pelo contrário, entendem que a positivação constitucional do direito ao desenvolvimento da personalidade não surge, no contexto constitucional português, como uma espécie de direito englobante ou de “*direito mãe*” à semelhança do que acontece na GG.

concreto já estar protegida através da liberdade económica ou da liberdade de exercício da profissão, ou da liberdade de constituir família. É, pois, de atender, sempre em concreto, ao ponto de vista material necessitado de protecção¹⁹¹.

O desenvolvimento da personalidade transporta também uma *dimensão de liberdade* indispensável à autoconformação da identidade, da integridade e conduta do indivíduo. Neste contexto, o direito ao desenvolvimento da personalidade pressupõe, desde logo, a exigência de proibição de ingerências dos poderes públicos ou dos poderes privados dotados de poderes públicos¹⁹². Mas não só.

c) “Nos termos da Constituição”: limite ou promoção da protecção constitucional da propriedade?

A protecção individual da integridade, de estratos, ou do substracto da actividade livre, afirma-se, socorrendo-nos das palavras de ORLANDO DE CARVALHO¹⁹³, como “direito de conformar o mundo e conformar-se a si próprio, incluindo o estabelecimento de relações jurídicas com os outros, através da celebração de negócios jurídicos”, ou, acrescentamos nós, através da ordenação da sua esfera dominial, que imporá aos outros uma obrigação de abstenção ou de respeito ou delimitará os limites em que a cooperação é admitida. Como refere SOUSA RIBEIRO, “à Constituição subjaz, sem dúvida, uma concepção do homem livre e responsável, capaz de autodeterminação, senhor do seu destino e gestor dos seus interesses na convivência com os demais”¹⁹⁴.

Na delimitação positiva da tutela garantística do direito de propriedade, deve o intérprete ter em consideração a medida em que a coisa é um meio ao serviço do desenvolvimento da personalidade do indivíduo. A propriedade é um meio adequado e muitas vezes necessário para o desenvolvimento da individualidade do seu titular, para a promoção das suas *diferenças* e *autonomia*. A propriedade é muitas vezes utilizada pelo seu titular como um meio nuclear de afirmação da sua personalidade, da modelação do seu projecto de vida, não apenas a nível patrimonial, mas também ao nível do que são as suas crenças ou convicções, as suas opções, enfim, o seu caminho vivencial. Através da sua propriedade (da sua disposição ou não, do uso que lhe é dado), o indivíduo constrói a sua individualidade, desenha-se como ser humano individual,

¹⁹¹ PAULO MOTA PINTO, “Direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, *Portugal-Brasil Ano 2000*, Studia Iuridica, 40, Colloquia 2, Coimbra Editora, 1999, pág. 208. Acórdão TC n.º 311/08 [Relator: SOUSA RIBEIRO], de 30 de Maio: “E a solução, na medida em que garante eficácia ao exercício da autonomia privada, presta tributo ao valor constitucional da autodeterminação, contribuindo para a sua realização, no campo específico das relações jurídicas. A autonomia privada constitui, verdadeiramente, ‘o modo de produção jurídica ajustado à autodeterminação’ (PAULICK). E este direito, consagrado no artigo 26.º, n.º 1, como direito pessoal, expressa-se também, a nível do económico-empresarial, como liberdade de iniciativa (artigo 61.º, n.º 1), que comporta a liberdade de conformação jurídica das relações intersubjectivas. Pelo que o respeito pela vontade exteriorizada na convenção de arbitragem, sendo um factor de certeza e de segurança jurídicas, representa também a efectivação das consequências intencionadas pelo exercício da liberdade de acção dos sujeitos, de que o negócio jurídico é instrumento, na esfera das relações jurídicas”.

¹⁹² GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, anot. ao artigo 26.º, pág. 465, IV.

¹⁹³ ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria geral do direito civil*, pág. 56, da edição polic. de 1981.

¹⁹⁴ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “Constitucionalização do direito civil”, in *Direito dos contratos — estudos*, págs. 32 e 33, Coimbra Editora, 2007: “Mas também, e simultaneamente, do homem, nas palavras de Damm, como ‘sujeito deficitário’, dependente de poderes fácticos e exposto a riscos que eventualmente não controla. Daí a dialéctica entre função defensiva (contra os poderes públicos) e função tuteladora dos direitos fundamentais, vistos, por um lado, como competências para a acção, para o livre empreendimento de iniciativas e a livre manifestação de preferências pessoais, mas também, por outro, como mecanismos de salvaguarda, de contenção de abusos e de compensação”.

irreduzivelmente autónomo e diferente. Relacionalmente, também, a propriedade é manifestação e expressão de decisões valorativas radicalmente pessoais e livres, merecedoras de tutela e oponíveis à comunidade e aos poderes públicos, em geral. Nesse sentido, entendemos nós, a propriedade pertence à esfera jurídico-pessoal no processo de desenvolvimento¹⁹⁵.

Uma adequada leitura concretizadora da Constituição, de acordo com a formulação semântica do artigo 62.º, impõe que a protecção da propriedade privada seja feita “*nos termos da constituição*”, querendo com isso significar uma delimitação negativa do direito, mas simultaneamente uma integração positiva do sentido. Destacámos na análise que fizémos a dimensão relacional positiva do direito de propriedade com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, consagrado no artigo 26.º, n.º 1, CRP¹⁹⁶. Consequentemente, a metódica analítica que seguimos conduz à negação da categorização do direito de propriedade, objecto de tutela do artigo 62.º, como garante, apenas, da autonomia patrimonial¹⁹⁷. Na verdade, uma leitura como aquela que

¹⁹⁵ Para MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 980, “*a garantia da propriedade e a liberdade não são, no plano constitucional, idênticas, mas apenas complementares: a propriedade visa a liberdade e esta, por seu turno, aspira à propriedade e precisa dela. A liberdade pessoal na esfera jurídico-patrimonial consubstancia, pois, o fundamento da garantia constitucional da propriedade, não o seu objecto*”. De lembrar são ainda as palavras de OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Reais*, 5.ª edição, Coimbra Editora, 1993, pág. 142: “*Todos os bens são atribuídos à titularidade particular para vantagem comum; mas, respeitada essa exigência básica, a propriedade privada permite ainda assegurar a autonomia e a iniciativa de cada sujeito, essenciais para o desenvolvimento da sua personalidade*”. Note-se, no entanto, que o autor se refere à justificação da propriedade.

¹⁹⁶ Segundo MANUEL GOMES DA SILVA, “Esboço de uma concepção personalista do Direito”, *RFDUL XVIII* (1964), pág. 98: “*tudo quanto as coisas representam para o direito se há-de justificar, sempre, pela redução delas a meios utilizáveis para fins humanos. Ou como objecto de actividade do homem, ou como ponto de referência tomado pelo direito para definir e regular a actuação deste, ou por qualquer outra forma, as coisas só podem interessar ao direito como partes, efectivas ou potenciais, da esfera de domínio humano sobre a realidade circundante*”. Vide PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 236, sobre a função pessoal da propriedade. Nas palavras de RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, 1995, págs. 353 e ss, o direito ao desenvolvimento da personalidade “*impõe a emergência das forças energéticas e transformadoras, interiores, de cada homem; a garantia dos meios e condições existenciais e convencionais, tanto naturais como sociais, suficientes para todo o homem se poder desenvolver e a salvaguarda do poder de cada homem e de auto-constituição da sua personalidade individual*”. Numa perspectiva crítica, salientamos a posição de PIETRO PERLINGIERI, *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, trad. Maria Cristina De Cicco, Renovar, Rio de Janeiro, 1999, págs. 31 e ss. Este autor, que defende uma jurisprudência dos valores, apresenta uma concepção objectiva de interesse como exigência de bens ou valores para realizar ou proteger, graduados hierarquicamente numa sociedade e num ordenamento historicamente determinado. Diga-se, pois, a propósito, que os interesses patrimoniais são instrumentos de concretização de uma vida digna, do pleno desenvolvimento da pessoa e, portanto, um meio de concretização e reforço daquele valor que é a pessoa humana. Não são um oposto, nem sequer um diverso, pelo que aceitando a postura jurídica de total “*funcionalização das situações patrimoniais àquelas existenciais*”, como o autor sugere na pág. 32, sempre teremos de ver, a propósito do bem em questão, qual a sua dimensão existencial ou pessoal.

¹⁹⁷ Escreveu PAULO FERREIRA DA CUNHA, “História, ideologia e ética da propriedade. Relectio Jusfilosófica-política”, in ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, PAULA COSTA E SILVA (eds.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2008, pág. 636: “*Mas a propriedade continua a ser por um lado um dos auxiliares do livre desenvolvimento da personalidade de cada Homem, que dela necessita para empreender, e uma imprescindível garantia de liberdade de cada pessoa, sem a qual as cartas de direitos abstractas não passam de proclamações*”. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 189, considera que “*As pessoas, com a dignidade e a centralidade que têm no Direito, com a liberdade e autonomia que lhes são próprias, têm apetências que querem ver satisfeitas, têm objectivos que pretendem alcançar e fins que se propõem prosseguir. Estas apetências, objectivos e fins situam-se a diversos níveis da sua existência (...), mas todos eles precisam de meios que lhes sejam instrumentais e que tornam possível ou contribuem para tornar possível a sua realização*”. KEITH GRAHAM, “Coping with the Many-Coloured Dome: Pluralism and Practical Reason”, in DAVID ARCHARD, *Philosophy and Pluralism*, CUP,

defendemos adequada do artigo 62.º – e que satisfaz os critérios metódico-interpretativos pacificamente aceites –, conduz a um âmbito normativo simultaneamente de reconhecimento e de protecção da propriedade na sua vertente de instrumento do desenho vivencial do indivíduo e das suas valorações autónomas, que quer afirmar e apresentar. A realização do integral projecto de vida individual requer a possibilidade de autoconformação da sua identidade, mas não prescinde dos meios de acção que o indivíduo pode e deseja canalizar para alcançar os seus objectivos. A propriedade é, assim, um meio de realização da autonomia pessoal e de autopromoção, em suma, de autodesenvolvimento. Subscrevemos, pois, na íntegra, a posição de MARIA LÚCIA AMARAL, quando refere que: “a propriedade apresenta-se sempre como manifestação de um certo espaço de autonomia e de liberdade da pessoa e constitui meio indispensável para a prossecução de projectos de vida livremente traçados e responsabilmente realizados”¹⁹⁸.

A nossa posição encontra conforto na *Capabilities Approach*. Como defende AMARTYA SEN¹⁹⁹, “o conceito de capacidade andar-á associado ao aspecto da oportunidade ínsito na liberdade, na medida em que este diz respeito a oportunidades ‘compreensivas’, não se centrando apenas no que possa acontecer em termos de ‘culminação’”. A teoria das capacidades²⁰⁰ considera cada pessoa como um fim e foca-se na escolha ou liberdade, afirmando que as sociedades devem promover um leque de oportunidades ou liberdades substanciais, que as pessoas podem ou não escolher (respeito pelo poder de autodefinição de cada um)²⁰¹. Nas construções de MARTHA NUSSBAUM e de AMARTYA SEN há, todavia, diferenças significativas. A perspectiva de SEN é meramente normativa, oferecendo uma avaliação compreensiva da qualidade de vida e procurando espaços de comparação. Este autor também não nos fornece uma lista de capacidades, ainda que considere, por exemplo, que a saúde e educação têm uma centralidade particular, nem faz um uso teórico do conceito de dignidade humana, ainda que, obviamente, reconheça a sua importância. MARTHA NUSSBAUM, é certo que dentro dos limitados objectivos do seu liberalismo político, define-nos as capacidades como as *liberdades substanciais*, ou seja, um conjunto de *oportunidades, interrelacionadas, para escolher e para agir*. As capacidades não são apenas habilidades interiores, que residam dentro da pessoa (*internal capabilities*), mas abran-

1996, págs. 135-146, debruça-se sobre os constrangimentos materiais às aspirações de realização prática, considerando que a satisfação das necessidades materiais não é uma parte periférica ou negligenciável da vida humana.

¹⁹⁸ MARIA LÚCIA AMARAL, *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pág. 540. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 905, entende que para a conexão entre propriedade e liberdade pessoal apenas importa que a propriedade é uma manifestação de liberdade, porque através dela é conferido ao indivíduo um conjunto indefinido de poderes e faculdades, incluindo poderes de transmissão, que aumentam a sua possibilidade de acção.

¹⁹⁹ AMARTYA SEN, *A ideia de justiça*, tradução de Nuno Castello-Branco Bastos, Almedina, Coimbra, 2010 [2009], pág. 319. Vide MARTHA C. NUSSBAUM, *Creating Capabilities: The Human Development Approach*, The Belknap Press of HUP, 2011, págs. 125 e ss, para as influências filosóficas desta teoria.

²⁰⁰ A teoria das capacidades é uma abordagem a uma avaliação comparativa da qualidade de vida e a uma teorização sobre a justiça social básica. A questão chave é: o que é cada pessoa capaz de fazer e de ser? Sobre o conflito entre o crescimento económico nacional e o desejo das pessoas de uma vida com sentido, vide MARTHA C. NUSSBAUM, *Creating Capabilities: The Human Development Approach*, The Belknap Press of HUP, 2011, págs. 46 e ss. Veja-se, a propósito, JOÃO CARLOS LOUREIRO, “Responsabilidade(s), pobreza e mundo(s): para uma tópica (inter)constitucional da pobreza”, em *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, págs. 395 e ss.

²⁰¹ MANUEL GOMES DA SILVA, “Esboço de uma concepção personalista do Direito”, *RFDUL XVIII* (1964), pág. 112, relembra-nos que “quando a lei garante a utilização de certo bem para determinado fim, o que faz é assegurar a satisfação de um aspecto da exigência ontológica da realização do fim último”.

gem também as liberdades e oportunidades criadas pela articulação das habilidades pessoais com o ambiente político, social e económico. A autora chama-lhes “*combined capabilities*”. Mais do que a realização activa de uma ou mais capacidades (*functioning*), importa o exercício da liberdade de escolha, da liberdade humana de escolher, que tem valor intrínseco.

Mas a autora fornece-nos ainda uma lista das dez capacidades básicas que qualquer ordem política deve assegurar aos seus cidadãos²⁰². Ao lado de capacidades como a vida, a saúde, a integridade física, a razão prática, a afiliação (cabe aqui o direito a não ser discriminado em razão da raça, sexo, orientação sexual, etnia, casta, religião, nação de origem)²⁰³, a autora integrou, especificamente, o controlo material sobre o ambiente exterior, que inclui o direito a ter propriedade e a ter direitos reais em termos de igualdade com os outros.

Importa sublinhar, com AMARTYA SEN²⁰⁴, que: “*Ao fazermos uma avaliação das nossas vidas, temos boas razões para nos interessarmos, não apenas pelo tipo de vida que conseguimos levar, mas também pela liberdade de que efectivamente gozamos para que possamos escolher entre diferentes estilos de vida ou diferentes maneiras de viver as nossas vidas*” e ainda que “*a nossa liberdade de determinarmos o tipo de vida que queremos viver, pois é esse um dos elementos preciosos que fazem parte da nossa vida. Por outro lado, dar-mo-nos conta desta liberdade é também importante para que possamos ampliar o campo das nossas preocupações e dos nossos compromimentos*”.

A consideração da autonomia e da personalidade do titular impõe-se como um imperativo constitucional no *design institucional* do regime de afectação de bens. Significa isto que, quer o legislador infraconstitucional, quer o julgador, estão directamente vinculados a esta dimensão pessoal. A consideração da propriedade enquanto meio de realização do substrato da individualidade tem necessariamente consequências do ponto de vista da colisão de direitos e da ponderação a fazer a esse propósito.

Síntese conclusiva

Em síntese, na leitura que propomos do artigo 62.º da CRP, supomos consagrada a garantia institucional da propriedade, que exige ou pressupõe um “*sistema de propriedade privada*”, apto a determinar quais são os sujeitos que têm direito a realizar um conjunto de opções juridicamente disponíveis relativamente a um dado objecto, num determinado momento histórico.

O legislador tem a tarefa de delinear um sistema articulado de regras de aquisição, de titularidades e da sua incidência objectiva, de transmissão e de segurança e responsabilidade, tarefa essa que é correspectiva de um direito – de natureza económica – a uma acção positiva do Estado, no sentido de criar e manter um sistema de afectação de bens, nos termos do qual possam ser constituídas concretas posições jurídicas.

O sistema a desenhar pelo legislador está, no entanto, *vinculado* a uma série

²⁰² MARTHA C. NUSSBAUM, *Creating Capabilities: The Human Development Approach*, The Belknap Press of HUP, 2011, pág. 33.

²⁰³ A afiliação e a razão prática têm um papel arquitectónico, pois organizam e influenciam todas as outras. Cfr. MARTHA C. NUSSBAUM, *Creating Capabilities: The Human Development Approach*, The Belknap Press of HUP, 2011, pág. 39.

²⁰⁴ AMARTYA SEN, *A ideia de justiça*, tradução de Nuno Castello-Branco Bastos, Almedina, Coimbra, 2010 [2009], pág. 313.

de parâmetros: para além de ter no seu núcleo, como elemento polarizador, a afectação privada dos recursos disponíveis, deve ainda ser modelada no contexto de uma ordem de fins e valores constitucionalmente consagrados. Vale dizer, está desde logo, diríamos, no momento instituidor, sujeito à contingência de uma titularidade correspondente ao direito de propriedade, enquanto elemento carismático e paradigmático. Está, ainda vinculado às posições de vantagem juridicamente tuteladas. Sendo um sistema de “*propriedade privada*”, decorre, desde logo, que o legislador ao regular a afectação dos bens tem que respeitar as titularidades concretamente constituídas, sob pena de ocorrer um desvirtuamento da garantia institucional. Por último, o legislador deverá arquitectar um sistema “nos termos da Constituição”, entendida esta expressão não só com um sentido negativo, de imposição de limites à protecção constitucional, mas também com um sentido de delimitação positiva, permitindo ao artigo 62.º o diálogo integrador com as outras normas da Constituição, que lhe darão um conteúdo constitutivo-constitucional. A consideração de outros direitos fundamentais como promotores da protecção do direito de propriedade – nomeadamente o direito ao desenvolvimento da personalidade – mais não é que o resultado de uma imposição de concretização relacional do artigo 632.º CRP ao nível jurídico-constitucional, que assume como *referente nuclear* sempre a pessoa humana e a máxima realização da sua *diferença e autonomia*.

Impõe-se uma última ressalva, para sublinhar que a nossa posição não se reconduz a um retrocesso ao modelo liberal da propriedade enquanto elemento definidor da posição do indivíduo. Ao defendermos a consideração da relação entre propriedade e personalidade na definição da garantia constitucional do artigo 62.º, não propugnamos um regresso ao paradigma patrimonialista do direito civil, em que a pessoa humana foi reduzida a uma “*pura subjectividade*” (abstracto pólo subjectivo e mero elemento de relações jurídicas), na expressão de SOUSA RIBEIRO²⁰⁵. Muito menos propugnamos o retomar da representação da pessoa como *status*, ou seja, a posição que ocupa na *civitas*, no estado ou na família, típico do Direito Romano²⁰⁶.

A pedra axial da nossa análise é certamente a do reconhecimento dos direitos de personalidade fundados na “*ideia regulativa básica de que cada um pode reivindicar do ordenamento jurídico ‘valer como pessoa’, e que valer como pessoa exige do ordenamento jurídico a tutela dos concretos modos de ser por que se exprime a sua irredutível identidade e individualidade*” em que “*o conceito de pessoa adquire, assim, plena centralidade valorativa, postulando exigências de garantia efectiva e de tutela, em todos os domínios da vivência humana*”²⁰⁷.

O que pretendemos acrescentar ao debate na densificação do direito de pro-

²⁰⁵ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “A tutela de bens da personalidade na constituição e na jurisprudência constitucional portuguesas (algumas notas)”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho III*, organizados por FERNANDO ALVES CORREIA, JÓNATAS MACHADO e JOÃO LOUREIRO, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pág. 835. Vide ORLANDO DE CARVALHO, *Os direitos do homem no direito civil português*, Coimbra, 1972, pág. 8, sobre como os direitos do homem permaneceram um modelo dinâmico da história dos povos, uma marca, pode dizer-se, inapagável da consciência transformadora dos séculos. MARIE-HÉLÈNE RENAULT, *Histoire du droit privé: personnes et biens*, Ellipses, Paris, 2008, pág. 163, depois de afirmar que a propriedade do século XXI é uma propriedade multiforme, conclui: “*La propriété à retrouvé sa vertu première: être le cadre de la liberté personnelle dans le respect des droits de la société*”.

²⁰⁶ Para uma análise da “*persona*” enquanto categoria, vide HENRIQUE SEIXAS MEIRELES, *Marx e o Direito Civil (Para a crítica histórica do paradigma civilístico)*, Separata do BFD, Coimbra, 1990, págs. 116 e ss.

²⁰⁷ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “A tutela de bens da personalidade na constituição e na jurisprudência constitucional portuguesas (algumas notas)”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho III*, organizados por FERNANDO ALVES CORREIA, JÓNATAS MACHADO e JOÃO LOUREIRO, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pág. 837.

priedade consagrado no artigo 62.º é a *consagração da sua inescapável ligação a dimensões da personalidade como elemento discursivo*²⁰⁸. No âmbito de ponderação de valores constitucionais, esta radical ligação que se pode verificar entre a propriedade e a personalidade²⁰⁹ tem de ser considerada. E ela pode alterar profundamente o balanceamento a fazer pelo concretizador constitucional entre o interesse público ou o direito de terceiros que justifica a restrição e o direito do proprietário.

Ao direito de propriedade, consagrado no artigo 62.º da CRP, e sempre que esteja presente a dimensão pessoal a que vimos fazendo referência, deve ser-lhe atribuído um primado sobre os demais direitos constitucionais que não sejam revestidos dessa normatividade qualificada²¹⁰, ou, ainda que também revestidos dessa normatividade, ela não se revele superior. Nos próximos capítulos – em que versaremos sobre as restrições ao direito de propriedade em nome do interesse da família, as limitações na escolha da contraparte negocial em função do direito a não ser discriminado, e a

²⁰⁸ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, 1995, pág. 282, no âmbito da tutela da dimensão relacional ‘eu’-*mundo* da personalidade humana, e especificamente da liberdade, defende que através da liberdade de apropriação de bens e sua transmissão protege-se a faculdade humana em termos de igualdade de adquirir, por título ou modo legítimo, ou de não adquirir, tudo o que juridicamente seja susceptível de apropriação individual, bem como a faculdade de voluntariamente transmitir os bens ou interesses adquiridos em vida ou por morte. Parafrazeando PEDRO CAEIRO, “Sobre a natureza dos crimes falenciais (o património, a falência, a sua incriminação e a reforma dela)”, *Studia Juridica* 19, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pág. 47: *A propriedade é de facto da ordem do ter, mas um ter funcionalizado ao ser da pessoa, e por isso participa do ser. Neste sentido, a propriedade continua certamente a ser ‘essencial’, ‘fundamental’ e ‘prioritária’*”.

²⁰⁹ Não é, todavia, uma liberdade sem limites: a autonomia privada deve ser controlada e exercida no respeito pelos valores pessoais, o primeiro dos quais é a dignidade humana. Nesse sentido, LORENZO CIARONI, “Autonomia privada e principio di non discriminazione”, *Giur. It.* 158 (2006), pág. 1819. Nas palavras de DIOGO LEITE DE CAMPOS, “Eu-tu: o amor e a família (e a comunidade) (eu-tu-eles)”, in FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, vol. I – Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra Editora, Coimbra, pág. 44: “*O ser é a pessoa humana, sede de valores, irreduzível a qualquer outra e a si mesma*”. Afirma-se, pois, uma subjectividade que se configura e se define através das suas próprias escolhas. Partindo de S. Tomás de Aquino: *ser é subsistir, ser em si e por si*, no que reside o conhecimento da sua dignidade. Conhecendo o valor absoluto da sua dignidade, o ser reconhece-a também a qualquer outro, pelo que se realiza sendo, *mas para os outros e com os outros*. PAULO FERREIRA DA CUNHA, “História, ideologia e ética da propriedade. Relectio Jusfilosófica-política”, in ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, PAULA COSTA E SILVA (eds.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2008, pág. 633, entende que “há um desafio ético da propriedade. O nosso posicionamento relativamente a ela revela também sobre os nossos valores e, até sobre as nossas virtudes”. Para PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 11, o personalismo ético “*assenta na consideração da pessoa humana como ser livre, autónomo, igual e irrepitível, centro de gravidade de toda a organização social, dotado de uma dignidade originária e própria que lhe é inerente desde a concepção, que não pode se reduzida nem alienada nem extinta, e que é comum a todas e cada uma das pessoas sem distinção de espécie alguma no âmbito de uma humanitas global, que não é separável ou diferenciável por estatutos económicos ou sociais, por raças ou sexos, por pátrias ou nacionalidades, por religiões ou culturas*”. Vide, ainda, LUCAS PIRES, *Uma Constituição Para Portugal*, 1975, pág. 56, em que o autor diz sobre o direito de propriedade, que o importante é “*ser pelo Homem ou não: neste sentido também o problema da propriedade consistirá em fazê-lo corresponder à função e à relação natural dos bens económicos para o Homem. Tais bens têm por função não só satisfazer as necessidades materiais do Homem, como também a sua liberdade como único sujeito histórico que se movimenta e interessa diante da imobilidade e neutralidade das coisas. Condição sine qua non é a de que a realização de qualquer destas funções não prejudique a outra. Por outras palavras: é indispensável que não se veja e procure tão unilateralmente uma das funções aludidas que deixe de se ver o sujeito que a ambas cinge e através de ambas se realiza*”. Ainda segundo o autor, “*trata-se de assegurar, através da relação para as coisas, a manutenção da abertura simultânea do Homem para o indivíduo tanto quanto para o povo – e, apesar disso, assegurar a convergência das duas direcções dessa abertura no sentido da protecção, realização e desenvolvimento da unidade da pessoa através de um mundo cada vez mais dividido e infinito*”.

²¹⁰ JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa II (A construção dogmática)*, Almedina, Coimbra, 2006, pág. 677.

colisão do direito de propriedade com direitos de personalidade, tal como tem sido analisada ao abrigo do artigo 335.º do CC – apresentaremos propostas nesse sentido.

Capítulo III

Propriedade e família(s)

O artigo 67.º da CRP¹, com a epígrafe “Família”, estabelece no seu 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*”. Este preceito reconhece a família como realidade social objectiva, garantindo-a, enquanto instituição social e jurídica necessária, contra factores de desagregação que possam pôr em perigo a sua subsistência². A família surge neste preceito como uma instituição basilar da sociedade, titular de um direito fundamental à protecção pela

¹ Em linha com a DUDH, que consagra dois artigos dedicados à família: o artigo 12.º, relativo ao respeito pela vida familiar, e o artigo 16.º que contempla o direito de casar e de constituir família (n.º 1) e considera a família elemento natural e fundamental da sociedade, tendo direito à protecção desta e do Estado (n.º 3). A CEDH consagra também dois preceitos relativos à família, os artigos 8.º e 12.º, onde se salvaguarda, respectivamente, o respeito pela vida privada e familiar e se protege o direito de casar e de constituir família. Para uma visão geral, vide SUSANA ALMEIDA, *O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: A tutela das novas formas de família*, CDÉ, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

² Sobre a consideração do Direito da Família enquanto direito institucional, veja-se, por todos, DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.ª edição (5.ª reimpressão), Almedina, Coimbra, 1997, págs. 129-130.

sociedade³ e pelo Estado⁴, direito esse, todavia, funcionalizado à “*realização pessoal dos seus membros*” (n.º 1, *in fine*).

A nossa Constituição reconhece e consagra que a família é conformada pelas pessoas que dela fazem parte e existe para a realização pessoal dos que a compõem, *não podendo a família ser considerada independentemente das pessoas que a constituem, muito menos contra elas*⁵. Este aspecto é fundamental no desenvolvimento da análise que prosseguiremos. A família não surge no nosso direito enquanto figura autoritária, impositiva ou externa ao indivíduo. Pelo contrário, a família é para o indivíduo o seu *enquadramento vivencial*, o *locus* do seu afecto e realização – DIOGO LEITE CAMPOS fala a propósito do direito a “*afirmar-se indivíduo mesmo no seio da família*”⁶ – e só faz sentido pensarmos a família enquanto instituição na medida em que ela sirva positivamente os indivíduos que dela fazem parte⁷.

A família, enquanto *instituição* protegida constitucionalmente, não está, ob-

³ JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, anot. ao artigo 67.º, pág. 699, VI, consideram que, ao sublinhar que a protecção da família constitui igualmente um dever da sociedade, o legislador constitucional, não só oferece um fundamento constitucional específico para, tendo em vista a protecção da família, a imposição de deveres ou encargos aos particulares (incluindo, designadamente, através do sistema fiscal), como não parece excluir que, ao menos em termos de eficácia mediata, o dever de protecção da família se aplique também nas relações entre privados (assim, por exemplo, nas relações entre trabalhadores e empregadores – v.g. em matéria de conciliação da actividade profissional com a vida pessoal). Por outro lado, ao reconhecer que o dever de protecção da família recai quer sobre a sociedade quer sobre o Estado, o texto constitucional português aponta implicitamente para a necessidade de o Estado tomar em consideração o modo como, no âmbito da sociedade, a família encontra protecção, parecendo assim abrir a porta a uma intervenção estadual de natureza subsidiária. No mesmo sentido, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, anot. ao artigo 67.º, pág. 857, IV.

⁴ O artigo 67.º tutela fundamentalmente a própria família como instituição e impõe, em particular ao Estado, o dever de a proteger positivamente. A propósito da família enquanto instituição imprescindível para o desenvolvimento da personalidade humana, MANUEL DUARTE GOMES DA SILVA, em “O Direito da Família no futuro Código Civil (Primeira Parte)”, *BMJ* 65 (1957), pág. 30, sublinha que ao Estado compete o grave dever de proteger a família, mas que é através “*de meios extrínsecos e não pela invasão da sua intimidade, que esse dever há-de ser cumprido*”. JOHN GRAY, *Enlightenment’s Wake: Politics and Culture at the Close of Modern Age*, Routledge, Londres, 2007, págs. 12 e 13, defende que ainda que um estado pluralista deva ter poucos compromissos éticos, a família – com toda a sua diversidade legítima – é um compromisso essencial. Para o autor – que parte de um pluralismo que concebe e aceita os conflitos entre bens fundamentais, a diversidade das culturas e tradições, e que vê o conflito como uma condição permanente e não como o prelúdio para um novo tipo de harmonia –, uma das tarefas mais importantes do Estado, hoje, é a de desenvolver instituições onde possam coexistir diferentes tradições culturais.

⁵ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, anot. ao artigo 67.º, pág. 857, IV. Vide, ainda, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, anot. ao artigo 36.º, pág. 34, II, sobre uma concepção personalista da família. Como nos diz PAULO LÓBO, *Direito Civil – Famílias*, 3.ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2010, págs. 29 e 32, a família é o espaço por excelência da “*repersonalização do direito*” e a “*restauração da primazia da pessoa, nas relações de família, na garantia da realização da afectividade, é a condição primeira de adequação do direito à realidade*”. Ainda segundo este autor, repersonalização, contudo, “*não significa um retorno ao vago humanismo da fase liberal, ao individualismo, mas é a afirmação da finalidade mais relevante da família: a realização da afectividade pela pessoa no grupo familiar; no humanismo que se constrói na solidariedade – no viver com o outro*”.

⁶ DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 1997 (reimpressão de 2012), pág. 47. O autor (*idem*, pág. 19) sublinha ainda que, no plano infraconstitucional, quando a lei fala de “*bem da família*” (artigo 1671.º CC) ou de “*interesses morais da família*” (artigo 1677-C n.º 1, CC) está a referir-se ao bem ou aos interesses de todos e de cada um dos seus membros.

⁷ ORLANDO DE CARVALHO, “A teoria geral da relação jurídica – seu sentido e limites”, publicado na compilação coordenada por FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, MARIA RAQUEL GUIMARÃES e MARIA REGINA REDINHA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª edição, Coimbra Editora, 2012, pág. 75, refere-se ao Direito da Família, como sendo “*onde a afectividade se estrutura*”.

viamente, (de)limitada pelo específico elenco das relações familiares definido pela legislação ordinária⁸, em particular pelo artigo 1576.º do CC, onde se estabelece a *afinidade* e a *adopção*. São múltiplas as considerações – sociológicas, éticas, morais e históricas – que determinam a aceitação de esquemas muito variados no âmbito da instituição familiar. Enquanto *categoria existencial*, *fenómeno da vida*, e não mera criação jurídica (nas palavras de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA⁹), seria inaceitável que no conceito da instituição família, ou seja, no âmbito normativo do artigo 67.º da CRP, não tivessem cabimento não só as relações parafamiliares – como a união de facto¹⁰, a vivência em economia comum¹¹ ou o apadrinhamento civil¹² – como também que não

⁸ Cfr. neste sentido, por todos, CRISTINA ARAÚJO DIAS, em “O casamento como contrato celebrado entre duas pessoas (de sexo diferente ou do mesmo sexo(!))”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. II, Coordenação de JOSÉ LEBRE DE FREITAS ET AL., Almedina, Coimbra, 2011, pág. 363, e mais recentemente em “Da inclusão constitucional da união de facto: nova relação familiar”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, MARCELO REBELO DE SOUSA et al. (coordenadores), Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pág. 457.

⁹ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, anotação ao artigo 67.º, pág. 856, II. Sobre a família enquanto elemento pré-normativo, ou *prius* relativamente ao Direito, veja-se CARLOS LASARTE, *Derecho de familia – Principios de derecho civil*, 11.ª edição, Marcial Pons, Madrid, 2012, pág. 2. JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, *Derecho de familia: El matrimonio y su economia*, Civitas, Navarra, 2011 (fac simile de 1963), pág. 7, descreve como a configuração da família varia segundo as épocas; as suas funções ampliam-se e reduzem-se de acordo com as circunstâncias, mas podemos sempre observar, no fundo, em qualquer forma histórica de família digna deste nome, um *quid* irredutível, um abstracto invariável, de acordo com a vocação intemporal deste instrumento e o modo de ser do homem sobre a terra. Para uma breve evolução da sociedade familiar, veja-se RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Direito da Família e das Sucessões: Relatório sobre o programa, conteúdo e os métodos de ensino de tal disciplina*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, págs. 13-25, MARIANO ALONSO PÉREZ, “La familia y el Derecho de Familia”, in MARIANO YZQUIERDO TOLSADA e MATILDE CUENA CASAS (Coord.), *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. I, Editorial Aranzadi, Navarra, 2011, págs. 63 e ss e MARIE-HÉLÈNE RENAULT, *Histoire du droit de la famille*, 2.ª edição, Ellipses, Paris, 2012.

¹⁰ PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pág. 60, consideram que “a questão da qualificação da união de facto como relação de família não deve ser enfatizada. Ao lado da noção restrita e técnica de família, que apenas compreende o cônjuge e os parentes, afins, adoptantes e adoptados, o direito português regista ainda noções mais amplas e menos técnicas de família, válidas em certos domínios ou para determinados efeitos”. Os autores referem-se, em particular, ao direito da segurança social e ao direito da locação. Decidiu o Tribunal Constitucional, no Acórdão TC n.º 275/02 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 19 de Junho, que, mesmo que se entenda que da Constituição não resulta uma imposição para o legislador de reconhecer e proteger, em geral, a união de facto estável e duradoura, em condições análogas às dos cônjuges, e a família nela fundada, em termos idênticos aos da família baseada no casamento, “há-de certamente extrair-se daí, pelo menos, o dever de não desproteger, sem uma justificação razoável, a família que se não fundar no casamento – isto, pelo menos quanto àqueles pontos do regime jurídico que directamente contendam com a protecção dos seus membros e que não sejam aceitáveis como instrumento de eventuais políticas de incentivo à família que se funda no casamento”. Sobre a autonomia da união de facto, veja-se, FRANÇOIS LUCHAIRE, “Les fondements constitutionnels du droit civil”, *Rev. trim. dir. civ.* 81 (1982), pág. 259. Considerando que as uniões de facto não cabem no âmbito do artigo 67.º, ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, 1.º vol., 4.ª edição, Livraria Petrony, Lisboa, 1996, pág. 29.

¹¹ A Lei 6/2001, de 11 de Maio, estabelece medidas de protecção de pessoas que vivam em economia comum – a situação de pessoas que vivam em comunhão de mesa e habitação e tenham estabelecido uma vivência em comum de entajuda ou partilha de recursos – há mais de dois anos. Este regime aplica-se a “agregados constituídos por duas ou mais pessoas, desde que pelo menos uma dela seja maior de idade”.

¹² O apadrinhamento civil foi criado pela Lei n.º 103/2009, de 11 de Setembro e regulamentado pelo Decreto-Lei n.º 121/2010, de 27 de Outubro. À semelhança do que acontece na religião católica (cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, “Apadrinhamento Civil”, ANDREA BÜCHLER e MARKUS MÜLLER-CHEN (eds.), *Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag*, Stämpfli, Berna, 2011, pág. 1345), em que os padrinhos, eventualmente, se substituem aos progenitores na educação dos filhos, os padrinhos civis exercem os poderes e deveres próprios dos pais, num contexto de vinculação afectiva com a criança que permita o seu bem-estar e potencie o seu desenvolvimento.

O apadrinhamento civil é uma medida tutelar cível, que pressupõe e coexiste com o vínculo de filiação biológica, não extinguindo as relações familiares emergentes desta. O projecto de vida oferecido à

se enquadrassem especificamente as famílias monoparentais, as famílias extensas¹³ ou plurigeracionais, as famílias reconstruídas (justapostas [binucleares] ou pluriparentais), e até a vida comum sem coabitação¹⁴.

O âmbito de protecção de uma norma significa a delimitação intencional e extensional dos bens, valores e interesses protegidos por essa norma. O âmbito do artigo 67.º da CRP há-de ser, tendencialmente, o resultado proveniente da delimitação dogmática feita pelos órgãos ou sujeitos concretizadores através do confronto de normas do direito vigente¹⁵, mas sem nunca perder de vista aquilo

criança através da relação de apadrinhamento civil não passa pela constituição de uma relação semelhante à filiação, nem sequer de uma nova relação familiar. Pelo contrário, o apadrinhamento civil procura ser uma solução para evitar a institucionalização de crianças e jovens, ou para aqueles já institucionalizados que, não podendo ser reintegrados na sua família de origem, com quem mantêm contacto, também não são podem ser encaminhados para a adopção ou não foram efectivamente adoptados.

Como já sublinhámos em SANDRA PASSINHAS, “O apadrinhamento civil – uma nova figura no direito português”, *RFDC* 1 (2012), págs. 167 e ss, ao contrário de outras relações parafamiliares, protegidas pelo Direito Português, como a união de facto ou a economia comum, cuja regulamentação surgiu a jusante, para proteger situações de evidente vulnerabilidade dos seus membros, o apadrinhamento civil foi criado *ex novo* pelo legislador, que pretendeu delinear e instituir uma nova figura parafamiliar, com vista a resolver um problema já antigo: o drama das crianças e jovens institucionalizados ou em vias de institucionalização. O Direito actuou, pois, como um instrumento de transformação social, nas duas vertentes de *institucionalização* e de *internalização de padrões de comportamento*. Tal como se pode ler na exposição de motivos da Proposta de Lei 253/X, os objectivos pretendidos pelo legislador foram, entre outros, *promover a desinstitucionalização e pensar e recriar outras formas de acolhimento* para além das já previstas na lei. O legislador veio, assim, a promover o estabelecimento de uma relação permanente com uma criança ou jovem, para além dos parâmetros tradicionais e restritos da adopção, e a permitir que uma relação de apego entre um indivíduo ou uma família e a criança ou jovem possa ser formalizada, com a consequente investidura nos direitos e deveres daí resultantes. Mas as ambições do Direito poderão ir mais longe. A mudança social que começará em algumas instituições ou elementos é susceptível de vir a influenciar outros. Não será mesmo de descartar que a própria instituição do apadrinhamento civil venha também a influenciar outros institutos, e inclusive, a dinamizar o próprio instituto da adopção. Para uma análise do regime do instituto, vide GUILHERME DE OLIVEIRA, *Regime jurídico do apadrinhamento civil anotado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011; CRISTINA ARAÚJO DIAS, “Algumas notas em torno do regime jurídico do apadrinhamento civil”, em LUÍS COUTO GONÇALVES ET AL., *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 161 e ss; MARIA RAQUEL GUIMARÃES, “O novo regime português do ‘apadrinhamento civil’ (Lei n.º 103/2009, de 11 de Setembro)”, em LUÍS COUTO GONÇALVES ET AL., *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 479 e ss;

Recentemente, JORGE DUARTE PINHEIRO, veio defender a natureza familiar desta relação (cfr. *O Direito da Família contemporâneo*, 3.ª edição, AAFDL, Lisboa, 2010, pág. 772. Não tem sido essa, todavia, a posição perflhada pela doutrina. Cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, “Apadrinhamento Civil”, ANDREA BÜCHLER e MARKUS MÜLLER-CHEN (eds.), *Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag*, Stämpfli, Berna, 2011, pág. 1345.

¹³ Ver a categorização em MARIANO ALONSO PÉREZ, “La familia y el Derecho de Familia”, in MARIANO YZQUIERDO TOLSADA e MATILDE CUENA CASAS (Coord.), *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. I, Editorial Aranzadi, Navarra, 2011, na pág. 132.

¹⁴ Referimo-nos à LAT (*Living Apart Together*). Sobre a figura, ver JORGE DUARTE PINHEIRO, “Ideologias e ilusões no regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. III, coordenação de JOSÉ LEBRE DE FREITAS ET AL., Almedina, Coimbra, 2011, pág. 487. Já nos dizia CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil V (Direito da Família)*, 14.ª edição, revista e aumentada por TÂNIA DA SILVA PEREIRA, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004, pág. 39, que “*novos tipos de agrupamento humano marcados por interesses comuns e pelos cuidados e compromissos mútuos hão-de ser considerados como novas ‘entidades familiares’ a serem tuteladas pelo direito*”.

¹⁵ GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 1203. Salientando que a interpretação constitucional requer a ponderação entre os valores da estabilidade e da mudança, DONALD P. KOMMERS, “Germany: Balancing Rights and Duties”, in JEFFREY GOLDSWORTHY, *Interpreting Constitutions: a Comparative Study*, OUP, 2006, pág. 213.

que ALMEIDA COSTA chamou “*realidades evidentes no nosso tempo, que solicitam a atenção pluridimensional do direito*”¹⁶.

Tratando-se o direito à protecção da sociedade e do Estado de um típico *direito social* – ou seja, de um direito positivo que se analisa numa imposição constitucional de actividade ou de prestações por parte do Estado¹⁷, na sua implementação, o legislador fará as ponderações e as diferenciações necessárias para a concretização da garantia institucional consagrada na Constituição. As formas de organização familiar referidas serão, pois, objecto de protecção diferenciada pelo legislador infraconstitucional, protecção essa que dependerá, em primeira linha, da avaliação que este fizer da *fundamentalidade* de cada uma delas para a sociedade como um todo. Admite-se, pois, que o legislador dispense à união de facto uma protecção diferente daquela dispensada à vida comum sem coabitação, ou que, considerando as famílias monoparentais tão fundamentais para a sociedade como a união de facto, sejam aquelas primeiras objecto de uma protecção acrescida, em função das suas necessidades específicas.

O artigo 36.º da CRP, enquadrado sistematicamente no capítulo dedicado aos direitos, liberdades e garantias pessoais, reconhece e garante direitos individuais

¹⁶ MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA (com a colaboração de ANTÓNIO VIEIRA CURA), *Noções fundamentais de direito civil*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2009, pág. 495. GUSTAVO TEPEDINO, “Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio”, *Temas de Direito Civil*, Renovar, Rio de Janeiro, 1999, pág. 326, sobre “*a relatividade do conceito de família que, alterando-se continuamente, se renova como ponto de referência central do indivíduo na sociedade; uma espécie de aspiração à solidariedade e segurança que dificilmente pode ser substituída por qualquer outra forma de convivência social*”.

¹⁷ O n.º 2 descreve uma série não taxativa de incumbências do Estado para protecção da família, e cuja falta pode dar lugar a inconstitucionalidade por omissão: a) Promover a independência social e económica dos agregados familiares; b) Promover a criação e garantir o acesso a uma rede nacional de creches e de outros equipamentos sociais de apoio à família, bem como uma política de terceira idade; c) Cooperar com os pais na educação dos filhos; d) Garantir, no respeito da liberdade individual, o direito ao planeamento familiar, promovendo a informação e o acesso aos métodos e aos meios que o assegurem, e organizar as estruturas jurídicas e técnicas que permitam o exercício de uma maternidade e paternidade conscientes; e) Regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana; f) Regular os impostos e os benefícios sociais, de harmonia com os encargos familiares; g) Definir, ouvidas as associações representativas das famílias, e executar uma política de família com carácter global e integrado; h) Promover, através da concertação das várias políticas sectoriais, a conciliação da actividade profissional com a vida familiar.

dos cidadãos¹⁸, na área familiar: o *direito a constituir família e a casar* (n.ºs 1 e 2)¹⁹, os *direitos dos cônjuges*, no âmbito familiar e extrafamiliar (n.º 3), os *direitos dos pais em relação aos filhos* (n.ºs 5 e 6) e os *direitos dos filhos* (n.ºs 4, 5, 2.ª parte, e 6)²⁰.

Não é incontroverso o significado da expressão “o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade”, que consta do n.º 1. O debate tem girado, sobretudo, em torno da questão de saber se o artigo 36.º CRP, na parte em que consagra “o direito de constituir família”, tutela constitucionalmente a união

¹⁸ Como nos dizem GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, anot. ao artigo 36.º, pág. 561, I, o artigo 36.º consagra, em primeira linha, um direito individual dos cidadãos, embora seja de admitir que com o reconhecimento de direitos individuais, estes preceitos reconhecem e garantem também a família e o casamento como instituições em si mesmas, sendo repositórios de típicas garantias institucionais, que por isso não podem ser legalmente suprimidas ou desqualificadas. Sobre o casamento-instituição, veja-se ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, 1.º vol., 4.ª edição, Livraria Petrony, Lisboa, 1996, págs. 188 e ss.

O Tribunal Constitucional pronunciou-se sobre a questão do casamento enquanto instituto no Acórdão TC n.º 359/2009, de 9 de Julho [Relator: CARLOS PAMPLONA DE OLIVEIRA], sobre a aprovação do casamento homossexual, vale dizer, sobre a vinculação constitucional do legislador a conservar o núcleo essencial do complexo jurídico de direito privado através do qual o direito fundamental se concretiza: a chamada *garantia de instituto*, i.e. do complexo de normas e de relações jurídicas unitariamente estruturadas e sedimentadas na ordem jurídica infraconstitucional ao longo de um certo processo de desenvolvimento histórico. Como ficou expresso no Acórdão, o direito fundamental ao casamento compreende, além da liberdade individual de casar ou não casar, a exigência de que para o efeito o Estado organize procedimentos e mantenha estruturas oficiais (o procedimento preliminar, a celebração, o registo público), mas ainda – como os demais direitos fundamentais que se analisem em pretensões a estatutos – o de que a ordem jurídica comporte normas reguladoras da constituição e extinção da situação jurídica correspondente e dos seus efeitos pessoais e patrimoniais. Trata-se de um direito subjectivo público que pressupõe conceptualmente a existência do correspondente instituto jurídico de direito privado, cuja pré-existência fornece elementos de interpretação do âmbito normativo objectivo da norma constitucional consagrada do direito fundamental. É, efectivamente, possível conceber os direitos fundamentais como apresentando ou comportando um “lado” jurídico individual, enquanto garantem aos seus titulares um direito subjectivo público, e um “lado” institucional objectivo, enquanto garantias constitucionais de âmbitos de vida juridicamente ordenados e conformados. Assim, da “*configuração do direito a contrair casamento como direito fundamental resulta que o legislador não pode suprimir do ordenamento jurídico o casamento, enquanto instituto jurídico destinado a regular as situações de comunhão de vida entre duas pessoas, num reconhecimento da importância dessa forma básica de organização social*”.

¹⁹ JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, anot. ao artigo 36.º, pág. 395, IV, questionam a constitucionalidade do artigo 1602.º, alínea d), do CC, ao estabelecer como impedimento dirimente, aparentemente perpétuo, “a condenação anterior de um dos nubentes, como autor ou cúmplice, por homicídio doloso, ainda que não consumado, contra o cônjuge do outro”. As dúvidas surgem por referência ao artigo 30.º, n.ºs 1 e 3, da CRP – que proíbem penas com carácter perpétuo e duração ilimitada ou indefinida e estabelece que nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis – quer em face da liberdade de contrair casamento e de escolha do cônjuge de que o condenado é assim privado em termos definitivos. A intervenção do legislador não é excluída neste domínio, pois o artigo 36.º, n.º 2, remete para a lei a definição dos requisitos do casamento, competindo-lhe estabelecer os impedimentos matrimoniais. Mas, sublinham os autores: “As restrições legais ao direito de constituir família e de contrair casamento – e a definição por lei dos impedimentos matrimoniais – estão, no entanto, sujeitas aos limites do artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, e carecem de uma especial justificação, seja interna à própria relação conjugal, em vista concretamente à garantia de uma decisão livre e plenamente consentida (artigo 16.º, n.º 2, da DUDH), seja em resultado da ponderação de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

²⁰ Sobre o dever fundamental dos pais na manutenção e educação dos filhos, VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 157. JOSÉ CASALTA NABAIS, *O dever fundamental de pagar impostos*, Almedina, Coimbra, 1998 (3.ª reimpressão, de 2012), págs. 70-71, nota 151, relembra que tal dever não é mais do que um dever correlativo do direito fundamental dos filhos à educação e manutenção por parte dos pais. Como, porém, esse dever também é um direito – o direito de serem os pais e não outrem (mormente o Estado) a educar e manter os filhos – estamos perante uma figura complexa de direito-dever.

de facto²¹. Em sentido positivo pronunciaram-se GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA²², para quem o conceito constitucional de família não abrange apenas a “*família matrimonializada*”, havendo assim uma abertura constitucional – se não mesmo uma obrigação – para conferir o devido relevo às uniões familiares “*de facto*”. Em sentido diverso, PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA²³ defenderam que, quando o n.º 1 do artigo 36.º estabelece que todos têm direito de constituir família e de contrair casamento, a expressão “*direito a constituir família*” refere-se à matéria da filiação: o direito a constituir família é, em primeiro lugar, um *direito a procriar*²⁴, e, em segundo lugar, um *direito a estabelecer as correspondentes relações de maternidade e paternidade*. Quanto ao facto de no n.º 2 se estabelecer que a lei regula “*os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, por morte ou divórcio, independentemente da forma de celebração*” – e de alguns autores pretenderem reconduzir a união de facto a um casamento sem forma, ou com forma diversa de celebração –, ensinam-nos os mesmos autores que não se pode reconduzir a união de facto a uma dimensão ou vertente negativa do direito de contrair casamento. A dimensão ou vertente negativa do direito de contrair casamento, sublinhe-se, é o direito de não casar (mais amplo do que viver em união de facto, pois pode ainda significar ficar em solidão, relacionar-se esporadicamente ou

²¹ Sobre a história do artigo 36.º, n.º 1, veja-se ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, “A Reforma de 1977 do Código Civil de 1966. Um olhar vinte e cinco anos depois”, in FDUC, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, vol. I – Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, págs. 23-24. A autora dá-nos conta de que, nas suas palavras: “*O facto de não se regular a união de facto como instituto autónomo em termos paralelos ou semelhantes à união nascida do casamento, não fechava a porta ao reconhecimento dessa situação, ao mesmo tempo que desde logo legitimava a protecção concedida por muitas disposições legislativas avulsas – designadamente no campo do direito do trabalho, do direito da segurança social e do direito fiscal – que equiparavam à situação de pessoas casadas a das que, embora não unidas pelo casamento, vivam em condições análogas às dos cônjuges*”.

²² GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, anot. ao artigo 36.º, pág. 561, II. Neste mesmo sentido, TELMA CARVALHO, “A união de facto: a sua eficácia jurídica”, in FDUC, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, vol. I – Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pág. 226, e, mais recentemente, CRISTINA ARAÚJO DIAS, “Da inclusão constitucional da união de facto: nova relação familiar”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, MARCELO REBELO DE SOUSA ET AL. (coordenadores), Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pág. 460, baseada numa interpretação objectivista actualista dada pelo TEDH ao artigo 8.º da Convenção. Entende, todavia, a autora que a inclusão constitucional ao lado do casamento não exige uma regulamentação idêntica que, aliás, não se justifica face ao princípio da igualdade do artigo 13.º CRP.

²³ PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família I*, 4.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, págs. 55 e ss. Mas também DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 1997 (reimpressão de 2012), págs. 102-103; NUNO SALTER CID, *A comunhão de vida à margem do casamento: entre o facto e o Direito*, Coimbra, Almedina, 2005, págs. 502 e ss, em particular na pág. 506: “*Não nos parece que o legislador constituinte tenha querido contemplar ‘a união de facto’ no art. 36.º, n.º 1, da C.R.P., nem sequer implicitamente, nem sequer no singular, que aqui usamos como forma de aludir à união de facto entre duas pessoas de sexo diferente, e tal como Pereira Coelho, cremos que o artigo 16.º, 2 [ao impor a interpretação dos preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais de harmonia com a DUDH], da C.R.P. também reclama esta conclusão*” (vide ainda págs. 539-540); FRANÇA PITÃO, *Uniões de facto e economia comum*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2011, págs. 38 e ss. JOÃO DE CASTRO MENDES, “Anotações diversas – Art. 36.º, n.º 1 (Família e casamento)”, in *Estudos sobre a Constituição*, coordenação de Jorge Miranda, 1.º volume, Livraria Petrony, Lisboa, 1976-1979, pág. 374, escreveu: “*Cremos (...) que a palavra família do art. 36.º não pode razoavelmente deixar de significar o mesmo que no art. 67.º; e que, em face deste, se deve estender circunscrita à família modelo legal, à família fundada no casamento*”. Mas ao autor havia referido previamente, na pág. 373, que “*a união de facto more uxório deve merecer uma certa medida de protecção*” e que seria “*mais curial atribuir à Constituição uma noção de família baseada no modelo de facto da família ocidental: união monogâmica e monoândrica duradoura*”.

²⁴ No mesmo sentido, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, anot. ao artigo 36.º, pág. 399, VI.

pontualmente ou até viver em promiscuidade).

Para estes autores, cuja posição adoptamos, o princípio da protecção da união de facto decorre do direito ao desenvolvimento da personalidade, que, como vimos acima, a revisão constitucional de 1997 reconheceu de modo explícito no n.º 1 do artigo 26.º. Considerando o direito ao desenvolvimento da personalidade como o direito do indivíduo a afirmar livremente a sua identidade – com as suas diferenças e a sua autonomia, sem estar vinculado a modelos externamente impostos, conferindo-lhe o seu direito a viver a sua vida, do modo que escolher, desde que daí não resulte prejuízos para terceiros –, estabelecer uma união de facto é certamente uma manifestação ou forma de exercício desse direito²⁵. Se o direito ao desenvolvimento da personalidade tutela o substracto da individualidade, segundo a decisão própria e autónoma de cada um, abrange também, como vimos *supra*, a tutela da liberdade geral de acção da pessoa humana, reconhecendo a cada indivíduo um espaço legítimo de liberdade e realização pessoal liberto de intervenção jurídica. A legislação que proibisse a união de facto, que a penalizasse, impondo sanções aos membros da relação e coarctando de modo intolerável o direito de as pessoas viverem em união de facto, seria, pois, manifestamente inconstitucional.

É pacífico, mesmo para quem entenda que o artigo 36.º da CRP inclui a união de facto no seu âmbito normativo, que a sua protecção constitucional não exige, todavia, que o legislador dê à união de facto efeitos idênticos aos que atribui ao casamento, equiparando as duas situações²⁶. Nem se diga que o diferente tratamento do casamento

²⁵ Relembramos e sublinhamos as dimensões do direito ao livre desenvolvimento da personalidade assinaladas por GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, anot. ao artigo 26.º, pág. 463, III, de formação livre da personalidade, sem planificação ou imposição estatal de modelos de personalidade e de protecção da liberdade de acção de acordo com o projecto de vida e a vocação e capacidades pessoais.

PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pág. 56, e, mais recentemente, GUILHERME DE OLIVEIRA, “Notas sobre a Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto (Alteração à Lei das Uniões de Facto)”, *Lex Familiae* 14 (2010), pág. 140: “A união de facto deve continuar a ser não jurídica”. Como refere JÓNATAS MACHADO, em “A (in)definição do casamento no estado constitucional – fundamentos meta-constitucionais e deliberação democrática”, em AA. VV., *Família, consciência, secularismo e religião*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pág. 10, as escolhas sociais em torno da família “são sempre reflexo da adesão a determinadas visões do mundo, mais do que uma imposição dos princípios jurídicos”.

Sobre as causas que podem justificar a escolha de união de facto, veja-se, por todos, HEINRICH HÖRSTER, “Há necessidade de legislar em matéria de união de facto?”, in MARIA CLARA SOTTOMAYOR e MARIA JOÃO TOMÉ (coord.), *Direito da família e política social*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2001, pág. 68. Destacamos a fuga à juridificação do casamento sentida como excessiva, ligada a uma tendência de privatização das relações familiares que se querem sem intervenção nem do Estado nem da Igreja; a vontade de evitar que o virtual cônjuge venha a ser herdeiro legítimo; a rejeição do casamento como instituição burguesa ou como instituição adequada com os seus deveres e consequentes limitações à liberdade individual; a vontade de passar por uma fase experimental antes da vinculação definitiva pelo casamento. O autor aponta precisamente a heterogeneidade de causas da união de facto como um obstáculo à possibilidade de encontrar um regime geral satisfatório e funcional.

²⁶ Mesmo para GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, anot. ao artigo 36.º, pág. 561, II, que, como vimos, entendem que a união de facto está protegida pelo artigo 36.º, n.º 1, da CRP, “nada impõe constitucionalmente um tratamento jurídico inteiramente igual das famílias baseadas no casamento e das não matrimonializadas, desde que as diferenciações não sejam arbitrárias, irrazoáveis ou desproporcionadas e tenham em conta todos os direitos e interesses em jogo”. No mesmo sentido, CRISTINA ARAÚJO DIAS, “Da inclusão constitucional da união de facto: nova relação familiar”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, MARCELO REBELO DE SOUSA ET AL. (coordenadores), Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pág. 460, que entende que a inclusão constitucional ao lado do casamento não exige uma regulamentação idêntica que, aliás, não se justifica face ao princípio da igualdade do artigo 13.º CRP, e JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada I*, Coim-

e da união de facto viola o princípio da igualdade (artigo 13.º CRP), pois este princípio apenas proíbe discriminações arbitrárias ou desprovidas de fundamento ou de justificação racional. Ora, o casamento e a união de facto são situações materialmente diferentes: os casados assumem o compromisso de vida em comum; os membros da união de facto não assumem, não querem ou não podem assumir esse compromisso²⁷. Nas palavras de DIOGO LEITE DE CAMPOS, “*entre o casamento e a união de facto há extremas marcadas que impedem que se fale de analogia jurídica*”²⁸. O desfavor ou desprotecção dos unidos de facto relativamente aos cônjuges é assim objectivamente fundado, e este entendimento é também perfilhado pelo Tribunal Constitucional, que já decidiu que: “*na óptica do princípio da igualdade, a situação de duas pessoas que declaram a intenção de conceder relevância jurídica à sua união e a submeter a um determinado regime (um específico vínculo jurídico, com direitos e deveres e um processo especial de dissolução) não tem de ser equiparada à de quem, intencionalmente, opta por o não fazer*”²⁹.

Forçoso é também reconhecer que uma legislação que equiparasse totalmente a união de facto ao casamento seria inconstitucional, fosse qual fosse a via por que essa equiparação se fizesse³⁰, na medida em que retiraria aos particulares a possibilidade de partilharem uma vida em comum sem estarem ligados pelos laços apertados do casamento. Do mero facto de coabitarem, com mais ou menos requisitos, resultaria uma submissão a efeitos que claramente extrapolariam da vontade dos conviventes³¹.

bra Editora, Coimbra, 2005, anot. ao artigo 36.º, pág. 402, VI.

²⁷ Seguimos PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, pág. 57.

²⁸ Cfr. DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 1997 (reimpressão de 2012), pág. 22. Refere o autor que, enquanto o casamento é um contrato, determinante, por si mesmo, de efeitos jurídicos que se impõem aos cônjuges, ao passo que a união de facto é um estado cujo conteúdo e duração está dependente da vontade dos concubinos. JOHN GRAY, *Enlightenment's Wake: Politics and Culture at the Close of Modern Age*, Routledge, Londres, 2007, pág. 33, chama a atenção para o facto de o casamento (ao conferir o reconhecimento social das relações daqueles que o contraem) ter valor mesmo para aqueles que escolherem apenas viver juntos, na medida em que constitui um padrão público da relação em que escolheram não entrar.

²⁹ Cfr. o Acórdão TC n.º 159/2005 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 29 de Março, que veio a concluir que o “*legislador constitucional não pode ter pretendido retirar todo o espaço à prossecução, pelo legislador infraconstitucional, cujo programa é sufragado democraticamente, de objectivos políticos de incentivo ao matrimónio enquanto instituição social, mediante a formulação de um regime jurídico próprio — por exemplo, distinguindo entre a posição sucessória do convivente em união de facto (reduzida ao referido direito a exigir alimentos da herança) e a do cônjuge. A diferenciação de tratamento em causa na presente norma não pode, assim, ser considerada como destituída de fundamento razoável ou arbitrária*”.

³⁰ PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, pág. 58.

³¹ HEINRICH HÖRSTER, “Há necessidade de legislar em matéria de união de facto?”, in MARIA CLARA SOTTOMAYOR e MARIA JOÃO TOMÉ (coord.), *Direito da família e política social*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2001, pág. 71, escreveu: “*A união de facto corresponderá, na maioria dos casos, a uma opção de vida de acordo com a autonomia da vontade de quem a escolheu e o legislador há-de respeitar esta opção e as razões multifacetadas e complexas que a podem ter motivado. Apenas quando interesses de terceiros, i.e. da comunidade, ou a necessidade da protecção dos mais fracos, i.e. dos filhos (na maioria dos casos), o justificarem, o legislador pode e deve intervir*”.

Neste sentido, RITA LOBO XAVIER, “Novas sobre a união ‘more uxório’ em Portugal” in *Estudos Dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, JÚLIO GOMES (coord.), Publicações Universidade Católica, Lisboa, 2002, págs. 1398 e 1401, referindo-se ao tratamento que a união de facto tem merecido em Portugal, chama a atenção para a distinção entre um estatuto, que chama de social, que define os direitos das pessoas a viver em união de facto face aos organismos públicos e à sociedade em geral, e que vai progressivamente aumentando, e um estatuto que designa por “*privado*”, relativo aos próprios direitos e deveres recíprocos entre essas pessoas, que foi sendo ignorado pela lei. Na verdade, segundo a autora, o regime português desresponsabilizou totalmente os indivíduos nas suas relações recíprocas e para com a sociedade, ao contrário de regimes civilizacionalmente próximos em que o reconhecimento de direitos

A *decisão de casar* é uma opção constitucionalmente protegida, mas a *decisão de não casar* também o é. Entre as fronteiras da penalização a união de facto e da equiparação ao casamento, disse-nos PEREIRA COELHO³², “vale o princípio democrático, que permite ao legislador ordinário conformar livremente o regime da união de facto, de acordo com a opção mais progressista ou conservadora da política familiar adoptada”.

Não sendo a união de facto uma forma de contrair casamento, mas implicando um projecto de vida totalmente diverso, que deve ser respeitado e valorado pelo legislador, e portanto não cabendo no âmbito de protecção “do direito a casar e a constituir família” do artigo 36.º da CRP, sublinhe-se, todavia, que, no nosso entendimento, o casal nascido da união de facto juridicamente protegida também é família, para efeitos da protecção institucional conferida pelo artigo 67.º da CRP. Note-se, em favor desta nossa posição, o modo como o legislador³³, em cumprimento do disposto no artigo 67.º, n.º 2, da CRP, conformou a posição dos unidos de facto, no sentido de lhes conceder protecção da casa de morada de família, de os beneficiar com o regime jurídico aplicável a pessoas casadas em matéria de férias, feriados, faltas, licenças, de preferência na colocação dos trabalhadores da Administração Pública; com a aplicação do regime do imposto sobre o rendimento das pessoas singulares, concedendo-lhes protecção social na eventualidade de morte do beneficiário, por aplicação do regime geral ou de regimes especiais de segurança social, bem como prestações por morte resultante de acidente de trabalho ou doença profissional, a pensão de preço de sangue e por serviços excepcionais e relevantes prestados ao País³⁴, ou a inclusão do unido de facto no elenco dos titulares do direito à indemnização por danos não patrimoniais por morte da vítima, no n.º 3 do artigo 496.º. São expressões da valoração pelo legislador ordinário da *fundamentalidade* reconhecida a esta forma de organização da vida familiar. Na verdade, a vinculação jurídico-material do legislador à Constituição e, em especial, à protecção da família como instituição, não é de modo a eliminar a sua liberdade de conformação legislativa, cabendo-lhe, dentro dos limites constitucionais, definir ou qualificar as situações de facto ou as relações da vida que hão-de funcionar como elementos de referência a tratar igual ou desigualmente, bem como definir o regime concreto a que essas relações ficarão sujeitas.

Concluimos no capítulo anterior que uma adequada leitura do artigo 62.º da CRP impõe que a protecção da propriedade privada seja feita “nos termos da constituição”, querendo com isso significar quer uma delimitação negativa do direito, quer simultaneamente uma integração positiva do sentido.

àqueles que vivem em união de facto perante o Estado e a sociedade em geral depende da vinculação dos próprios a determinados deveres recíprocos. A autora refere, a este propósito, o regime do Pacs, em que a solidariedade implica uma obrigação de ajuda mútua recíproca, uma presunção de indivisão dos bens adquiridos e uma responsabilidade de ambos os companheiros pelas dívidas contraídas para ocorrer às necessidades da vida corrente. Em caso de dissolução do pacto, a liquidação dos direitos e obrigações é feita por acordo, e, na falta de acordo, é o juiz que decide sobre as consequências patrimoniais da ruptura, sem prejuízo da reparação dos danos eventualmente sofridos. A autora escreveu ao tempo da vigência da Lei 135/99, mas as alterações legislativas posteriores vieram, em nossa opinião, confirmar a tendência assinalada.

³² Assim, FRANCISCO PEREIRA COELHO, “Casamento e divórcio no ensino de Manuel de Andrade”, in *Ciclo de conferências em homenagem póstuma ao Prof. Manuel de Andrade*, Coimbra, Almedina, 2002, págs. 67 e ss., falando de violação do direito de não casar.

³³ Referimo-nos à Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto.

³⁴ Cfr. artigo 3.º da Lei n.º 7/2001.

Encontramos, na ordem axiológica constitucional, fundamentos legítimos para a restrição de dimensões mais ou menos abrangentes do direito de propriedade. Com efeito, consubstanciando a Constituição uma multiplicidade de valores, há que proceder à compatibilização e harmonização desses valores, o que implicará, em determinados casos, *compressões ou afectações*, em face de uma ponderação de interesses assente em critérios também eles constitucionalmente relevantes. O artigo 67.º, e a protecção institucional da família aí consagrada, são, naturalmente, fonte e justificação de várias restrições ao direito de propriedade. Com efeito, não é incompatível com a tutela constitucional da propriedade a compressão desse direito, desde que seja identificável uma *justificação assente em princípios e valores também eles com dignidade constitucional*, que tais limitações ou restrições se afiguram *necessárias à prossecução dos outros valores prosseguidos* e na medida em que essas limitações se mostrem *proporcionais em relação aos valores salvaguardados*³⁵. É precisamente neste âmbito que a família ocupa um lugar privilegiado.

Mas, na análise que levámos a cabo no capítulo anterior, ressaltou a dimensão relacional positiva do direito de propriedade com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, consagrado no artigo 26.º, n.º 1, da CRP. Uma adequada leitura do artigo 62.º, defendemos, há-de conduzir simultaneamente ao reconhecimento e à protecção da propriedade na sua vertente de instrumento do desenho vivencial do indivíduo e das suas valorações autónomas, que este quer afirmar e apresentar. Se a consideração da autonomia e da personalidade do titular se impõe como um imperativo constitucional no *design institucional* do regime de afectação de bens, quer o legislador infraconstitucional, quer o julgador, estão directamente vinculados a esta dimensão pessoal. A consideração da propriedade enquanto meio de realização do substrato da individualidade há-de ter necessariamente consequências do ponto de vista da colisão de direitos e da ponderação a fazer a esse propósito.

Sendo a Constituição um *parâmetro material intrínseco dos actos legislativos*, só serão válidas as leis materialmente conformes com a constituição³⁶. O percurso que faremos neste capítulo passará pela análise e avaliação da ponderação feita pelo legislador infraconstitucional no conflito entre o direito de propriedade e a protecção da família em três situações distintas: na protecção da casa de morada em caso de morte de unido de facto (artigo 5.º, da Lei n.º 7/2001), no regime da partilha em caso de divórcio (artigo 1790.º CC lido conjuntamente com o artigo 9.º da Lei n.º 61/2008) e na atribuição da casa de morada de família em caso de divórcio ou ruptura da união de facto (artigo 1793.º CC, com aplicação à união de facto *ex vi* artigo 4.º da Lei n.º 7/2001).

³⁵ GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 246.

³⁶ GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 246.

1. O protecção da casa de morada por morte do unido de facto

a) O problema

A regulação da situação jurídica de duas pessoas que vivem em condições análogas às dos cônjuges – isto é, comunhão de leito, mesa e habitação, com unidade e exclusividade³⁷ – foi regulada pela primeira vez, autonomamente, pela Lei n.º 135/99, de 28 de Agosto. Aí se definia como objecto de protecção a situação jurídica das pessoas de sexo diferente que vivessem em união de facto há mais de dois anos. Pouco tempo depois, em 2001, entrou em vigor a nova Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, que estendeu a protecção das uniões de facto às uniões homossexuais, com exclusão do direito de adopção. Recentemente, a Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto, veio alterar a Lei n.º 7/2001, incluindo no artigo 1.º, n.º 2, a definição da união de facto como “*a situação jurídica de duas pessoas que, independentemente do sexo, vivem em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos*”.

Na medida em que os unidos de facto vivem como se fossem casados – apenas com a diferença de que não o são, pois não estão ligados pelo vínculo formal do casamento³⁸ – a união de facto é, pois, uma relação parafamiliar, equiparada, pelo nosso legislador ao casamento para determinados efeitos, no âmbito do seu poder de conformação. A questão da medida dessa equiparação, e até que ponto ela se deve aproximar do casamento, tem sido controversa e motivou várias vezes a intervenção do Tribunal Constitucional³⁹. Destacamos o Acórdão TC n.º 275/02, que considerou

³⁷ Sobre os efeitos da união de facto, que se produzem após dois anos de vida em situação análoga à dos cônjuges, vide o Ac. STJ, de 22 de Maio de 2013 [Processo: 1185/09.6TVLSB.L1.S1]: “*I – Estando à data da cessação da união de facto um dos unidos que vivia em situação adúlterina, já liberto do vínculo conjugal por ter sido decretado o divórcio por sentença transitada em julgado, menos de dois anos antes da data de cessação da união de facto, esse facto não integra a excepção impeditiva da atribuição de efeitos jurídicos à união de facto prevista no art. 2.º c) da Lei 7/2001, de 11.5. II – O requisito de estabilidade da união de facto que a lei coloca no período de dois anos não exige que a dissolução do casamento de um dos membros que viveu em união de facto tenha ocorrido há pelo menos dois anos em relação à data em que cessou, consensualmente, a união de facto que, no caso, perdurou cerca de 14 anos. III – Tendo a união de facto cessado quando um dos membros dessa união já estava divorciado não se exige que o estado de divorciado perdure há dois anos, não existindo, no caso vertente, possibilidade de concorrência ou disputa de direitos, por exemplo, previdenciais ou outros, como a atribuição da casa de morada de família entre o cônjuge e o unido de facto*”.

³⁸ FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2008, pág. 52.

³⁹ Em algumas decisões do Tribunal Constitucional, a questão a resolver situava-se não no plano da diferente natureza do casamento e da união de facto, mas sim no plano da protecção do *interesse dos filhos resultantes dessas uniões* (em que existe uma relação familiar, a de filiação). Veja-se, por exemplo, o Acórdão TC n.º 359/91 [Relator: MONTEIRO DINIZ], de 9 de Julho, em que o Tribunal Constitucional declarou 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 nascidos fora do casamento, contido no artigo 36.º, n.º 4, da Constituição (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 constituía uma excepção àquela regra, uma vez que nele se permitia que o direito ao arrendamento se transmitisse entre os cônjuges ou ex-cônjuges, conforme se tratasse de separação judicial ou divórcio, sem que para o efeito fosse

inconstitucional, por violação do artigo 36º, n.º 1, da Constituição conjugado com o princípio da proporcionalidade, a norma do n.º 2 do artigo 496º do Código Civil, na parte em que, em *caso de morte da vítima de um crime doloso*, excluía a atribuição de um direito de “*indenização por danos não patrimoniais*” pessoalmente sofridos pela pessoa que convivia com a vítima em situação de união de facto, estável e duradoura, em condições análogas às dos cônjuges⁴⁰; os múltiplos acórdãos sobre o regime da atribuição

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 houvesse filhos menores, sob pena de infracção do artigo 11.º do mesmo Código Civil); o Acórdão TC n.º 286/99 [Relatora: HELENA BRITO], de 11 de Maio, julgou inconstitucionais, por violação do artigo 36º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, normas de preferência na colocação de professores em escolas que se situassem na proximidade da residência familiar, na medida em que excluía da preferência nelas estabelecida os professores que, sendo pais de filhos menores, mas não casados, conviviam em condições idênticas às dos cônjuges e coabitavam com aqueles filhos. Neste acórdão, é todavia de destacar o voto de vencido do Conselheiro Paulo Mota Pinto, que – a nosso ver bem –, chamou a atenção para o facto de a norma em causa estabelecer uma preferência ligada ao estatuto conjugal, sem mencionar em ponto algum os filhos e sem qualquer relevância do interesse destes, nem sequer como critério adicional de preferência.

⁴⁰ Acórdão TC n.º 275/02 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 19 de Junho. O Tribunal sublinhou que, ao contrário da jurisprudência anterior, no caso *sub judice*, a existência e o interesse dos filhos não relevavam *autonomamente* para efeito do confronto da norma em causa com a proibição da discriminação de filhos nascidos fora do casamento, estando apenas em questão os danos não patrimoniais sofridos directamente pela demandante. O Tribunal, contudo, relevou para a caracterização da situação da demandante e da vítima como a de convivência em união de facto, *estável* e *duradoura* – certamente com mais do que os dois anos exigidos pelos diplomas que alargaram a protecção da união de facto –, o facto de dela haverem resultado *dois filhos* menores que viviam com os pais, e que estes viviam em condições análogas às dos cônjuges.

O Tribunal começou por ancorar a sua decisão no princípio da igualdade: “*Ao impor ao legislador que trate de forma igual o que é igual e desigualmente o que é desigual, esse princípio supõe, assim, uma comparação de situações, a realizar a partir de determinado ponto de vista. E, justamente, a perspectiva pela qual se fundamenta essa desigualdade, e, conseqüentemente, a justificação para o tratamento desigual, não podem ser arbitrárias. Antes tem de se poder considerar tal justificação para a distinção como razoável, constitucionalmente relevante. O princípio da igualdade apresenta-se, assim, como um limite à liberdade de conformação do legislador*”. Sendo certo que a proibição do arbítrio “*constitui um limite externo da liberdade de conformação ou de decisão dos poderes públicos, servindo o princípio da igualdade como princípio negativo do controlo*”, considerou o Tribunal que, no caso concreto, que “*a diferenciação entre o cônjuge e a pessoa que convivia com a vítima em união de facto estável e duradoura, para o efeito de excluir a possibilidade de compensar os danos não patrimoniais sofridos por esta última com a morte da vítima, é destituída de fundamento razoável. Na verdade, como destituída de fundamento razoável não há que considerar apenas a diferenciação de tratamento que possa considerar-se verdadeiramente arbitrária, mas também aquela que se baseie num critério que não possa ser relevante, considerando o efeito jurídico visado. E, na referida perspectiva, aceitar-se-á que a existência de um vínculo matrimonial, por contraposição à convivência em união estável e duradoura, não constitui só por si um fundamento razoável para excluir a compensação do sofrimento e da dor sofridos com a morte pela(o) companheira(o) da vítima de um homicídio doloso*”. Sob a perspectiva do fundamento para o reconhecimento da compensação (a verificação da dor e do sofrimento por causa do falecimento da vítima e a justeza de uma compensação por tais danos) concluiu o Tribunal: “*não se vê como possa relevar a existência de um vínculo matrimonial, em lugar apenas de uma convivência em união estável e duradoura com outra pessoa, em condições análogas às dos cônjuges, para excluir completamente a atendibilidade dos padecimentos sofridos por esta. Estes não são, na verdade, nem qualitativa nem quantitativamente menos merecedores da tutela do direito por não existir um vínculo matrimonial*”. Com este fundamento, chegar-se-ia a uma conclusão de inconstitucionalidade, por violação do princípio da igualdade, consagrado no artigo 13º da Constituição.

O Tribunal prosseguiu a sua avaliação segundo uma outra perspectiva: a de quem entenda que não se pode excluir a liberdade do legislador de prever um regime jurídico específico para os cônjuges, visando, por exemplo, a prossecução de objectivos políticos de incentivo ao matrimónio. A questão a responder seria sobre a existência de uma *justificação atendível* para a solução de excluir *de plano* e em abstracto *todos e quaisquer danos não patrimoniais* sofridos pessoalmente por quem convivia com a vítima de um homicídio doloso em condições análogas às dos cônjuges. Mas também aí o TC não encontrou uma justificação razoável para justificar a desprotecção do unido de facto, sublinhado que: “*a solução normativa em apreço se reporta a um problema que se afigura como inadequado para a prossecução de eventuais objectivos políticos de protecção ou incentivo ao casamento. Basta, para o concluir, considerar que não está em causa a concessão de um benefício em relação ao qual se verifique a previsibilidade necessária para se poder descortinar qualquer efeito*

de *pensão de sobrevivência* ao unido de facto, que fazia depender a titularidade do direito a essa pensão da prova pelo companheiro sobrevivente da impossibilidade de obtenção de alimentos da herança do companheiro falecido⁴¹, o Acórdão TC n.º 86/2007, em que

de incentivo (ao contrário do que, em certa perspectiva, poderia ser o caso de outras medidas, como, por exemplo, a concessão de uma preferência para as pessoas casadas, por exemplo, na colocação como funcionário). Na norma em questão tratava-se, antes, de *compensar um dano* – e um dano normalmente de *grande gravidade*, consistente em sofrimentos e dores, cuja compensação *“merece a tutela do direito”*, sendo *“indemnizável”* nos termos do regime geral do artigo 496.º, n.º 1, do Código Civil. E tratava-se de um dano que resulta de um evento que é evidentemente *imprevisível* (um homicídio doloso). Também não se afiguraria adequada e aceitável, *“à luz do reconhecimento constitucional de protecção também da família não fundada no casamento – e do próprio valor da dignidade humana –, a utilização do regime da “indemnização” pela dor e pelo sofrimento resultantes da morte para as pessoas que conviviam com a vítima em condições análogas às dos cônjuges, como instrumento para a prossecução de eventuais objectivos políticos de incentivo à família fundada no casamento”*. Por último, o Tribunal não encontrou justificação atendível para a desprotecção da família não fundada no casamento, que resultaria da proibição de consideração dos danos não patrimoniais sofridos pela pessoa que convivia em união estável e duradoura, em condições análogas às dos cônjuges, com a vítima de um homicídio doloso. Também por este caminho, o Tribunal chegou à inconstitucionalidade, por violação do artigo 36.º, n.º 1, da Constituição conjugado com o princípio da proporcionalidade, da norma do n.º 2 do artigo 496.º do Código Civil por, em caso de morte da vítima de um crime doloso, excluir o direito de *“indemnização por danos não patrimoniais”* sofridos pela pessoa que convivia com a vítima em situação de união de facto, estável e duradoura, em condições análogas às dos cônjuges.

⁴¹ O Acórdão TC n.º 195/2003 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 9 de Abril, não julgou inconstitucional a norma do artigo 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de Outubro, na parte em que fazia depender a atribuição da pensão de sobrevivência por morte do beneficiário da segurança social, a quem com ele convivia em união de facto, de todos os requisitos previstos no n.º 1 do artigo 2020.º do Código Civil. O artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de Outubro (diploma que definiu a protecção na eventualidade da morte dos beneficiários do regime geral de segurança social) dispunha que: *“1 – O direito às prestações previstas neste diploma e o respectivo regime jurídico são tornados extensivos às pessoas que se encontrem na situação prevista no n.º 1 do artigo 2020.º do Código Civil. 2 – O processo de prova das situações a que se refere o n.º 1, bem como a definição das condições de atribuição das prestações, consta de decreto regulamentar”*. No n.º 1 do artigo 2020.º do Código Civil (na redacção do Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro), lia-se que *“1. Aquele que, no momento da morte de pessoa não casada ou separada judicialmente de pessoas e bens, vivia com ela há mais de dois anos em condições análogas às dos cônjuges, tem direito a exigir alimentos da herança do falecido, se os não puder obter nos termos das alíneas a) a d) do artigo 2009.º [o cônjuge ou o ex-cônjuge, os descendentes, os ascendentes e os irmãos]”*. O artigo 3.º do Decreto Regulamentar n.º 1/94, de 18 de Janeiro (que veio regular o acesso às prestações por morte por parte das pessoas que se encontram na situação de união de facto) determinava que: *“1. A atribuição das prestações às pessoas referidas no artigo 2.º fica dependente de sentença judicial que lhes reconheça o direito a alimentos da herança do falecido nos termos do disposto no artigo 2020.º do Código Civil. 2. No caso de não ser reconhecido tal direito, com fundamento na inexistência ou insuficiência de bens da herança, o direito às prestações depende do reconhecimento judicial da qualidade de titular daquelas, obtido mediante acção declarativa interposta, com essa finalidade, contra a instituição de segurança social competente para a atribuição das mesmas prestações”*.

O Tribunal considerou que *“nem esta diferenciação de tratamento pode considerar-se destituída de fundamento razoável ou arbitrária, nem, por outro lado, se baseia num critério que tenha de ser irrelevante, considerando o efeito jurídico visado. Na verdade, trata-se, aqui, tal como na distinção da posição sucessória do cônjuge e do convivente em união de facto, justamente de um daqueles pontos do regime jurídico em que o legislador trata mais favoravelmente a situação dos cônjuges, não só visando objectivos políticos de incentivo ao matrimónio – enquanto instituição social que tem por criadora de melhores condições para assegurar a estabilidade e a continuidade comunitárias –, mas também como reverso da inexistência de um vínculo jurídico, com direitos e deveres e um processo especial de dissolução, entre as pessoas em situação de união de facto. Tal diverso tratamento jurídico não pode considerar-se destituído de fundamento constitucionalmente relevante, não podendo divisar-se na norma em apreço violação do princípio da igualdade consagrado no artigo 13.º da Lei Fundamental”*.

O Tribunal decidiu ainda que do condicionamento do direito à pensão de sobrevivência (tal como, por exemplo, da não atribuição da qualidade de herdeiro legítimo ou legitimário) não resultava violação de um *“dever de não desproteger, sem uma justificação razoável, a família que se não fundar no casamento”*, que havia afirmado no Acórdão TC n.º 275/2002, quanto àqueles pontos do regime jurídico que directamente contendessem com a protecção dos seus membros e que não fossem aceitáveis como instrumento de eventuais políticas de incentivo à família que se funda no casamento.

No que podemos considerar um verdadeiro *twist* jurisprudencial, o Acórdão TC n.º 88/2004 [Relator: GIL GALVÃO], de 10 de Fevereiro, veio a julgar inconstitucional, por violação do princípio da

proporcionalidade, tal como resulta das disposições conjugadas dos artigos 2º, 18º, n.º 2, 36º, n.º 1, e 63º, n.ºs 1 e 3, da Constituição da República Portuguesa, a norma que se extraía dos artigos 40º, n.º 1, e 41º, n.º 2, do Estatuto das Pensões de Sobrevivência no Funcionalismo Público, quando interpretada no sentido de que a atribuição da pensão de sobrevivência por morte de beneficiário da Caixa Geral de Aposentações, a quem com ele convivia em união de facto, depende também da prova do direito do companheiro sobrevivo a receber alimentos da herança do companheiro falecido, direito esse a ser invocado e reclamado na herança do falecido, com o prévio reconhecimento da impossibilidade da sua obtenção nos termos das alíneas a) a d) do artigo 2009º do Código Civil. O Tribunal considerou estar perante uma medida manifestamente inadequada ou excessiva, eventualmente com inconvenientes manifestamente desproporcionados em relação a vantagens que, porventura apresentasse: *“De facto, tendo presente que o direito de constituir família (artigo 36º, n.º 1, da Constituição) não é apenas produto do casamento, mas pode também resultar de uma situação de união de facto estável e duradoura (nos termos que o legislador, dentro da sua liberdade de conformação, fixa), é, no mínimo, duvidoso que o condicionamento do direito à pensão de sobrevivência, tal como fixado na interpretação normativa que é objecto do recurso – necessidade da prova do direito do companheiro sobrevivo a receber alimentos da herança do companheiro falecido, o qual terá de ser invocado e reclamado na herança do falecido, com o prévio reconhecimento da impossibilidade da sua obtenção nos termos das alíneas a) a d) do art. 2009º do Código Civil –, possa ser considerado um instrumento adequado e aceitável para a prossecução de eventuais objectivos políticos de protecção ou incentivo ao casamento”*. Em segundo lugar, entendeu o Tribunal que sempre seria contestável a ideia de que o referido condicionamento constituísse a menor desvantagem possível para a posição jusfundamental decorrente do direito à segurança social e à protecção nas situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho, já que outros meios poderiam ser encontrados para atingir o objectivo visado (por exemplo, alargando o período de garantia). E, finalmente, *“em termos de proporcionalidade em sentido restrito”*, era manifesto que o resultado obtido era desproporcionado em relação à carga coactiva que comportava, com inconvenientes manifestamente desproporcionados em relação a vantagens que, porventura, apresentasse.

A doutrina do Acórdão TC n.º 195/2003 viria a ser reafirmada pela seguinte jurisprudência: Acórdãos TC n.º 159/2005 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 29 de Março; Acórdão TC n.º 644/2005 [Relatora: MARIA DOS PRAZERES BELEZA], de 16 de Novembro; Acórdão TC n.º 134/2007 [Relator: MOURA RAMOS], de 27 de Fevereiro; Acórdão TC n.º 26/2007 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 17 de Janeiro (ao não julgarem inconstitucional a norma do artigo 41º, n.º 2, 1ª parte, do Estatuto das Pensões de Sobrevivência, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 142/73, de 31 de Março, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 191-B/79, de 25 de Junho, na interpretação segundo a qual a titularidade de pensão de sobrevivência em caso de união de facto depende de o companheiro do falecido estar nas condições do artigo 2020º do Código Civil, isto é, de ter direito a obter alimentos da herança, por não os poder obter das pessoas referidas no artigo 2009º, n.º 1, alíneas a) a d), do mesmo Código), Acórdão TC n.º 233/2005 [Relatora: MARIA DOS PRAZERES BELEZA], de 3 de Maio; Acórdão TC n.º 707/2005 [Relator: VÍTOR GOMES], de 14 de Fevereiro; Acórdão TC n.º 651/2009 [Relatora: MARIA LÚCIA AMARAL], de 15 de Dezembro (ao não julgarem inconstitucionais as normas do artigo 8º do Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de Outubro, e do artigo 3º do Decreto Regulamentar n.º 1/94, de 18 de Janeiro, na parte em que faziam depender a atribuição do direito ao subsídio por morte do beneficiário da segurança social a quem com ele convivia em união de facto da obtenção de sentença judicial que lhe reconheça o direito a alimentos da herança do falecido nos termos do n.º 1 do artigo 2020º do Código Civil ou, no caso de não ser reconhecido tal direito, com fundamento na inexistência ou insuficiência de bens da herança, do reconhecimento judicial da qualidade de titular daquela prestação, obtido mediante acção declarativa proposta contra a instituição de segurança social competente para a atribuição da mesma prestação). O Acórdão TC n.º 515/2011 [Relator: JOÃO CURA MARIANO], de 30 de Outubro, decidiu: *“não julgar inconstitucionais as normas constantes dos artigos 7.º, n.º 1, alínea a), 8.º, n.º 1, e 9.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de Outubro, e dos artigos 2020.º, n.º 1, e 2009.º, do Código Civil, na interpretação segundo a qual o direito à atribuição da pensão de sobrevivência, por morte do beneficiário do regime geral da segurança social, a quem tiver casado com o referido beneficiário há menos de um ano, mas com ele convivia em união de facto há mais de dois anos, depende de o interessado estar nas condições do artigo 2020.º do Código Civil, isto é, carecer de alimentos e não os poder obter nem da herança deixada pelo beneficiário falecido, nem das pessoas legalmente vinculadas nos termos das alíneas a) a d) do artigo 2009.º do Código Civil”*.

Sobre esta problemática, na doutrina, veja-se, RITA LOBO XAVIER, “União de facto e pensões de sobrevivência. Anotação aos Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 195/03 e 88/04”, in *Jurisprudência constitucional* 3 (2004), págs. 16 e ss.

A Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto, veio alterar o artigo 3º da Lei 7/2001, no sentido de atribuir ao unido de facto a mesma protecção social na eventualidade de morte do beneficiário de que beneficia o cônjuge. Rapidamente surgiu uma nova controvérsia, agora sobre a aplicação temporal desta norma. Vide, sobre a questão, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “De novo sobre o regime da união de facto e aplicação da lei no tempo”, *CDPiv.* 42 (2013), págs. 27 e ss, em apoio do AUJ 3/2013, de 15 de Março, que veio considerar aplicável o novo regime das prestações sociais em caso de óbito de um dos elementos da união

o Tribunal Constitucional decidiu não julgar inconstitucional a norma do *artigo 496.º, n.º 2, do Código Civil*, na medida em que não admitia que a pessoa que vive em união de facto com uma vítima de acidente de viação, do qual resultasse a morte dessa vítima, tinha o direito a receber uma indemnização por danos não patrimoniais⁴².

Desde 1999, um dos aspectos mais relevantes em termos de protecção dos unidos de facto tem sido o do destino a dar à casa de morada, quer em caso de ruptura⁴³,

de facto beneficiário de sistema de Segurança Social também às situações em que o óbito do beneficiário ocorreu antes da entrada em vigor do novo regime.

⁴² O Acórdão TC n.º 86/2007 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 6 de Fevereiro, a montante, lembrou que a *ratio decidendi* do juízo de inconstitucionalidade do Acórdão TC n.º 275/2002 se encontrava na violação do artigo 36.º, n.º 1, da Constituição conjugado com o princípio da proporcionalidade. O Tribunal considerou que o confronto entre a justificação da delimitação operada no artigo 496.º, n.º 2, e a dimensão normativa em questão no recurso em análise conduzia a resultados *diversos* dos alcançados naquele aresto, faltando, pois, identidade substancial, neste aspecto constitucionalmente relevante, entre as normas ou dimensões normativas em apreciação nos dois casos. Nas palavras do Tribunal: “*Não é, com efeito, possível detectar no presente caso qualquer falta grosseira ou evidente de adequação entre a dimensão normativa ora em apreço e as finalidades dessa delimitação, resultante do artigo 496.º, n.º 2 (note-se, aliás, e como se referiu, que o legislador goza, neste âmbito, de uma considerável margem de discricionariedade para ponderar os vários interesses envolvidos, e sem que se possa retirar da Constituição um certo e único regime constitucionalmente admissível, e que, na dúvida, sobre tal inadequação sempre seria de decidir no sentido da inexistência de inconstitucionalidade). É o que facilmente se conclui, desde logo, para a justificação consistente na necessidade de limitar as pretensões indemnizatórias, por razões de certeza, que se pode revelar procedente para lesões que se verificam com uma frequência diária, e sem qualquer relação prévia entre lesante e lesado (diversamente do que acontecia com a lesão provocada pelo homicídio no caso do Acórdão n.º 275/2002)*”. Sem tal limitação, os prejuízos não patrimoniais resultantes da morte poderiam ser invocados frequentemente, e “*por vezes por um número considerável de pessoas, com o resultado de o responsável ter que pagar quantia avultadíssima ou com o de a cada um dos prejudicados se dar uma importância tão diminuta que seria praticamente nula*” (nas palavras de Vaz Serra). O que é reforçado pela consideração da *expectativa do lesante* de se não ver assoberbado com um número não definido de pretensões indemnizatórias. Na verdade, afirmou-se, no caso decidido pelo Acórdão n.º 275/2002, que “*não merece certamente tutela o eventual interesse do homicida doloso em se eximir à compensação de todos os danos que provocou com o homicídio*”. Tal posição do lesante, se não merecia protecção, dada a “*gravidade extrema do ilícito*” e o *dolo* do lesante, no caso do Acórdão n.º 275/2002, não foi agora considerada irrelevante – sob pena de erro grosseiro de avaliação do legislador – no caso dos autos, em que estava em causa a infracção de *regras legais de circulação rodoviária* e de *deveres de cuidado*, com *negligência* do lesante, da qual veio a resultar o acidente que provocou a morte. E neste sentido salientou que a solução encontrada no Acórdão n.º 275/2002, “*diferente da, aqui, defendida, tem, confessadamente, a marca da gravidade extrema do ilícito*”, ou com quem considera questionável a extensão dessa solução “*às situações, mais frequentes, em que a pretensão indemnizatória se insere no quadro da responsabilidade civil por negligência ou pelo risco*”. E isto, entendeu o Tribunal, quer para quem não subscrevesse o juízo de inconstitucionalidade a que chegou o Acórdão n.º 275/2002, quer para quem adoptasse a posição que nele fez vencimento. Concluiu, pois, o Tribunal que “*a norma do artigo 496.º, n.º 2, do Código Civil, na parte em que exclui o direito a indemnização por danos não patrimoniais da pessoa que vivia em união de facto com a vítima mortal de acidente de viação resultante de culpa exclusiva de outrem, não viola nem o princípio da igualdade nem o artigo 36.º, n.º 1, da Constituição conjugado com o princípio da proporcionalidade, parâmetros constitucionais invocados pelo recorrente (já que nada mais se pode retirar, no sentido da inconstitucionalidade, da invocação da ‘concepção constitucional de família vertida no art.º 67.º, n.º 1 da Constituição’, que não tenha já sido considerado na fundamentação que antecede)*”. A Lei 23/2010, de 30 de Agosto, veio alterar o artigo 496.º do CC, que estabelece agora no n.º 2 que: “*Por morte da vítima, o direito à indemnização por danos não patrimoniais cabe, em conjunto, ao cônjuge não separado de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes; na falta destes, aos pais ou outros ascendentes; e, por último, aos irmãos ou sobrinhos que os representem*”, e no n.º 3: “*Se a vítima vivia em união de facto, o direito de indemnização previsto no número anterior cabe, em primeiro lugar, em conjunto, à pessoa que vivia com ela e aos filhos ou outros descendentes*”. Sobre a alteração, ver GUILHERME DE OLIVEIRA, “Notas sobre a Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto (Alteração à Lei das Uniões de Facto)”, *Lex Familiae* 14 (2010), pág. 148.

⁴³ O artigo 4.º, n.º 3, da Lei 135/99 estabelecia que, em caso de separação “*pode ser acordada entre os interessados a transmissão do arrendamento em termos idênticos aos previstos no n.º 1 do artigo 84.º do Regime do Arrendamento Urbano*”. E no n.º 4 lia-se que “*O disposto no artigo 1793.º do Código Civil e no n.º 2 do artigo 84.º do Regime do Arrendamento Urbano é aplicável à união de facto se o tribunal entender que tal é necessário, designadamente tendo em conta o interesse dos filhos do casal*”. Na redacção da Lei n.º 7/2001, o artigo 4.º, n.º 3 manteve a sua redacção. Mas o n.º 4 foi alterado no sentido de o disposto no artigo 1793.º do Código Civil

quer em caso de morte de um dos unidos. É a este particular regime que vamos agora dedicar a nossa atenção. Já o artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 135/99, estabelecia que em caso de morte do membro da união de facto proprietário da casa de morada do casal⁴⁴, o membro sobrevivente tinha um *direito real de habitação sobre a mesma pelo prazo de cinco anos e direito de preferência na sua venda ou arrendamento*. O disposto nesta norma, nos termos do n.º 2, podia ser afastado por *disposição testamentária em contrário*, e não se aplicava se ao falecido sobrevivessem *descendentes ou ascendentes* que com ele *vivessem há pelo menos um ano e pretendessem continuar a habitar a casa*.

A Lei n.º 7/2001 veio introduzir algumas alterações a este quadro legal⁴⁵. Manteve o direito real de habitação do membro sobrevivente, pelo prazo de cinco anos, mas este direito continuava a poder ser afastado por disposição testamentária em contrário e não se aplicava quando ao falecido sobrevivessem descendentes com menos de um ano de idade ou que com ele convivessem há mais de um ano e pretendessem habitar a casa, excluindo, pois, a tutela dos ascendentes. O direito de habitação conferido ao unido era considerado um direito *“de fraca protecção”*, na expressão de PEREIRA COELHO e GUILHERME OLIVEIRA⁴⁶, e apontava-se, como deficiência do regime, sobretudo, o facto de o unido sobrevivente não ter direito ao uso do recheio da casa (e que se encontrava previsto em atribuição preferencial ao cônjuge no artigo 2103.º-A CC).

O artigo 5.º da Lei 7/2011 foi alterado pela Lei 23/2010 e regula, hoje, a protecção do unido de facto sobrevivente relativamente à *casa de morada* em caso de morte do membro da união de facto proprietário da casa de morada de família e ao respectivo recheio. Aí se estabelece, para proteger mais eficazmente a continuidade do lar que viveu em união de facto⁴⁷, que o membro sobrevivente pode permanecer na casa, pelo prazo de cinco anos, como titular de um *direito real de habitação* e de um *direito de uso do recheio* ou, no caso de a união de facto ter começado há mais de cinco anos antes da morte, *por tempo igual ao da duração da união*⁴⁸. Excepcionalmente, e por motivos de

e no n.º 2 do artigo 84.º do Regime do Arrendamento Urbano ser aplicável à união de facto *“se o tribunal entender que tal é necessário, designadamente tendo em conta, consoante os casos, o interesse dos filhos ou do membro sobrevivente”*. A Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto, veio dar nova redacção ao artigo, e estabeleceu, de forma sistematicamente correcta, a equiparação entre a ruptura da união de facto e o divórcio no artigo 4.º *“O disposto nos artigos 1105.º e 1793.º do Código Civil é aplicável, com as necessárias adaptações, em caso de ruptura da união de facto”*. Desenvolveremos a questão da ruptura adiante.

⁴⁴ O Ac. STJ, de 12 de Maio de 2005 [Processo: 05B204], decidiu que: *“1. A expressão ‘proprietário da casa de morada de família’ utilizada no artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 135/99 não abrange os casos em que o membro da união de facto falecido era, no momento da sua morte, apenas herdeiro de uma herança indivisa em cujo acervo estava incluída a casa em que vivia com a sua companheira. 2. Por isso, o direito real de habitação por cinco anos e o direito de preferência na venda ou arrendamento da casa de morada do casal que aquele artigo 4.º, n.º 1, confere ao sobrevivente de uma união de facto não existem nas situações em que o companheiro pré-falecido era co-herdeiro, conjuntamente com sua mãe, de herança indivisa em que tal casa se integra”*.

⁴⁵ A Lei n.º 7/2001 restringiu o direito de preferência do unido à venda da habitação, corrigindo a lei anterior, pois não fazia sentido falar em direito de preferência no arrendamento da habitação se se concedia ao unido sobrevivente um direito real de habitação sobre a casa de morada de família. NUNO SALTER CID, *A comunhão de vida à margem do casamento: entre o facto e o Direito*, Coimbra, Almedina, 2005, pág. 646, interrogava-se, ainda, no âmbito da versão originária da Lei n.º 7/2001, sobre a justificação da atribuição de um direito de preferência na venda ou arrendamento da casa sem dependência de prazo.

⁴⁶ FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2008, pág. 84.

⁴⁷ GUILHERME DE OLIVEIRA, “Notas sobre a Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto (Alteração à Lei das Uniãos de Facto)”, *Lex Familiae* 14 (2010), pág. 145.

⁴⁸ Estes direitos caducam se o interessado não habitar a casa por mais de um ano, salvo se a falta de habitação for devida a motivo de força maior. O direito real de habitação previsto não é conferido ao membro sobrevivente se este tiver casa própria na área do respectivo concelho da casa da morada da família;

equidade, o tribunal pode *prorrogar* os prazos previstos, considerando, designadamente, os cuidados dispensados pelo membro sobrevivido à pessoa do falecido ou a familiares deste e a especial carência em que o membro sobrevivido se encontra, por qualquer causa. Esgotado o prazo em que beneficiou do direito de habitação, o membro sobrevivido tem o direito de permanecer no imóvel na qualidade de *arrendatário*, nas *condições gerais do mercado*, e tem direito a permanecer no local até à celebração do respectivo contrato, salvo se os proprietários satisfizerem os requisitos legalmente estabelecidos para a denúncia do contrato de arrendamento para habitação, pelos senhorios, com as devidas adaptações. Na falta de acordo sobre as condições do contrato, o tribunal pode fixá-las, ouvidos os interessados. Finalmente, o membro sobrevivido tem *direito de preferência* em caso de alienação do imóvel, durante o tempo em que o habitar a qualquer título.

Cabe uma nota prévia ao facto de, à morte do unido de facto proprietário da casa de morada, atribuir a lei um direito real de habitação da casa e de uso do recheio ao unido sobrevivido. Estamos perante dois direitos reais de *criação ex lege*, forma de constituição de direitos reais de gozo pouco comum no nosso ordenamento jurídico e que era considerada, pela doutrina, estranha ao regime do direito de uso e habitação⁴⁹. Os direitos reais de gozo *ex lege*, de que são exemplo mais elucidativo as servidões, são direitos potestativos – ou seja, o poder conferido ao respectivo titular tendente à produção de um efeito jurídico que se produz inelutavelmente na esfera jurídica de outrem, mediante uma declaração de vontade do titular, só de per si ou integrada por um acto de uma autoridade pública⁵⁰ – que podem ser constituídos em concreto por iniciativa do seu titular, através de contrato, de decisão judicial ou administrativa ou por usucapião⁵¹. O regime legal de protecção do unido sobrevivido não prevê, todavia, nesta fase qualquer intervenção judicial na constituição do direito real de habitação da casa de morada e de uso do recheio que seria importante por duas ordens de razões. Em primeiro lugar, quanto ao direito de habitação, para a segurança no tráfego jurídico, já que os direitos reais legais (*i.e.*, cuja constituição resulta directamente da lei) não estão sujeitos a registo como condição de eficácia perante terceiros, e, em segundo lugar, agora já relativamente não apenas à habitação da casa, mas também ao uso do recheio, para o controlo do surgimento, da titularidade e da duração desses direitos, protegendo deste modo o(s) herdeiro(s) (agora proprietário(s)), os terceiros adquirentes e o tráfico jurídico, na medida em que o encargo ficaria judicialmente concretizado e delimitado.

Uma segunda nota prende-se com a formulação legal relativamente ao direito de habitação da casa e de uso do recheio quando os membros da união de facto eram comproprietários da casa de morada comum. Nos termos do n.º 3 do artigo 5.º, “*se os*

no caso das áreas dos concelhos de Lisboa ou do Porto incluem-se os concelhos limítrofes. Cfr, n.ºs 5 e 6 do artigo 5.º, da Lei n.º 7/2001, na redacção actualmente em vigor. Sobre a aplicabilidade temporal destas normas, em face dos direitos adquiridos à luz da redacção anterior, vide o Ac. STJ, de 17 de Outubro de 2013 [Processo: 1267/10.1TBCBR.C1.S1].

⁴⁹ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Reais*, 5.ª edição, Coimbra, Editora, Coimbra, 1993, escrevia na pág. 481: “*nunca há constituição de direito de uso e habitação por lei. Pode haver usufrutos legais, mas não usos legais*”.

⁵⁰ MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica I*, Almedina, Coimbra, 1974 [1960], pág. 12.

⁵¹ Analogamente, nas atribuições preferenciais do cônjuge sobrevivido, a atribuição prevista na lei é de um direito potestativo (ao direito de uso e habitação), que vem a ser depois constituído em concreto na partilha.

*membros da união de facto eram comproprietários da casa de morada de família e do respectivo recheio, o sobrevivente tem os direitos previstos nos números anteriores, em exclusivo*⁵². Ora, o membro sobrevivente não tem nenhum direito de habitação da casa sobre a sua quota-parte da casa, nem nenhum direito de uso do recheio, que passe a exercer em exclusivo. A única leitura correcta do artigo 5.º, n.º 3, será aquela que partindo da qualidade do unido sobrevivente como comproprietário da casa e do recheio, entende a norma como vindo estabelecer e alargar os poderes do unido sobre a casa e sobre o recheio ainda enquanto faculdades compreendidas no seu direito de (com)propriedade. Nos termos do artigo 1406.º, n.º 1, CC, a qualquer dos comproprietários é lícito servir-se da coisa comum, “*contanto que a não empregue para fim diferente daquele a que a coisa se destine e não prive os outros consortes do uso a que igualmente têm direito*”. É aqui que o legislador vem intervir, determinando que *ainda que mero comproprietário da casa e do recheio, os poderes ou faculdade do unido sobrevivente se estendem agora à totalidade da coisa*⁵³. Mas, ressaltamos, afastamos a interpretação de que o legislador veio alargar os poderes do unido comproprietário sobre a sua quota-parte a todo o objecto, sob pena de se vir a permitir que este viesse a realizar sobre a coisa actos de fruição – que não cabem no âmbito dos poderes conferidos pelos direitos de uso e habitação – como, por exemplo, um arrendamento de parte da casa, sem necessidade do assentimento requerido pelo artigo 1424.º, n.º 2, CC. O que o legislador quis dizer – parece-nos ser esta a leitura mais adequada – foi que os poderes de uso que cabiam ao unido sobrevivente pela sua compropriedade são, agora, exercidos sobre todo o objecto, afastando, pois, a aplicação do artigo 1406.º CC.

O artigo 5.º da Lei n.º 7/2001 e a protecção concedida ao unido sobrevivente suscitam-nos, ainda, a montante, algumas interrogações sobre o seu regime e natureza, e a jusante, dúvidas sérias sobre a sua constitucionalidade. Começemos pelas primeiras.

Em primeiro lugar, podemos questionar-nos sobre a constituição, pelo *período mínimo de cinco anos*, de um direito real de habitação, em caso de morte do membro da união de facto proprietário da casa de morada da família, ou do direito de uso exclusivo, se os membros da união de facto eram comproprietários, sem outros requisitos especiais nem outras excepções além das estabelecidas no artigo 5.º, n.º 5 e 6⁵⁴. Haverá repercussões no direito de uso e habitação se o unido de facto, durante o prazo de duração desses direitos, iniciar uma outra união de facto ou contrair matrimónio? De uma análise literal do regime legal, não resultam dúvidas da resposta negativa à questão colocada. Relembremos que o direito de uso “*consiste na faculdade de se servir de certa coisa alheia e haver os respectivos frutos, na medida das necessidades, quer do titular, quer da família*”. E o artigo 1487.º do Código Civil determina que no conceito de família se compreendem o cônjuge, não separado judicialmente de pessoas e bens, os filhos solteiros, outros parentes a quem sejam devidos alimentos e as pessoas que, conviven-

⁵² Sublinhado nosso.

⁵³ GUILHERME DE OLIVEIRA, “Notas sobre a Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto (Alteração à Lei das Uniãoes de Facto)”, *Lex Familiae* 14 (2010), págs. 145 e 146: “*A lei anterior não estabelecia uma protecção para o caso de os membros da união de facto serem comproprietários do imóvel; deixava a solução para o regime geral da compropriedade. Deixava a solução para o regime geral da compropriedade, que autoriza qualquer dos consortes a usar a coisa comum, mas permite aos outros reclamar um uso semelhante. A lei nova reconhece um direito de uso exclusivo da coisa comum, durante certos prazos, para impedir que os outros comproprietários reclamem a possibilidade de um uso concorrente*”.

⁵⁴ No mesmo sentido, para a versão originária da Lei n.º 7/2001, NUNO SALTER CID, *A comunhão de vida à margem do casamento: entre o facto e o Direito*, Coimbra, Almedina, 2005, pág. 646.

do com o respectivo titular, se encontrem ao seu serviço ou ao serviço das pessoas designadas. Já no caso de o unido proprietário ter o uso exclusivo, os seus poderes são os do proprietário pleno.

A doutrina, todavia, tem dado uma resposta diferente à questão de saber se o unido sobrevivente mantém o seu direito enquanto morador usuário, no caso de iniciar uma nova união ou de contrair matrimónio. NUNO GOMES DA SILVA, ao analisar a questão a propósito da *protecção do cônjuge sobrevivente*, chamou à colação a doutrina italiana que relativamente a esta questão defende que por força do novo matrimónio, o *originário ambiente familiar não pode e de certo modo já não deve representar um valor ético e sentimental*. O autor acaba por defender a aplicação do abuso de direito: “*pode dizer-se que o fim da concessão do direito ao cônjuge sobrevivente é a manutenção do quadro de vida, do ambiente que existia à data da cessação da sociedade conjugal. Mais do que uma intenção meramente patrimonial, esta atribuição tem um fim ético-sentimental. Sendo assim, poderá afirmar-se que, certamente, a intromissão de um novo cônjuge vai contrariar a finalidade legal de protecção do cônjuge sobrevivente. A lei quer proteger o cônjuge sobrevivente, enquanto tal, e não quando passa a bínubo*”⁵⁵. Mais recentemente, também FRANÇA PITÃO⁵⁶ veio defender “*uma limitação do conceito*”, afastando a possibilidade de o novo unido ou um cônjuge posterior vir a habitar a casa de morada. Refere o autor que não foi certamente este tipo de situações que o legislador pretendeu proteger ao estender o âmbito de aplicabilidade do direito de habitação ao cônjuge sobrevivente. Nas palavras do autor: “*Parece-nos ter de proceder-se a uma interpretação limitativa da sua aplicação, por forma a abranger no âmbito da família, para os efeitos em análise, apenas as pessoas que se encontram enumeradas no artigo 1487.º à data da morte do companheiro sobrevivente, à excepção feita na parte final do referido preceito, ou seja, quanto às pessoas que estejam ao serviço do titular do direito ou das restantes pessoas ali enumeradas*”⁵⁷.

No Capítulo I, sublinhámos a importância da casa como espaço de vida, fornecendo o contexto mais apropriado para o recato e desenvolvimento *da família e da vida familiar* ao proporcionar um sentimento de pertença, enraizamento e continuidade. Assim sendo, pensamos ser a melhor doutrina aquela que considera que quando a casa deixa de funcionar para o unido sobrevivente como a continuação do seu ambiente familiar — porque esse ambiente agora mudou, em função da nova relação afectiva —, ou

⁵⁵ NUNO GOMES DA SILVA, “Posição sucessória do cônjuge sobrevivente”, em *Reforma do Código Civil*, Instituto da Conferência, Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 1981, pág. 75. O autor refere ainda como argumento, que considera de menor força, mas que a nós nos parece muito pertinente, o facto de esta interpretação parecer enquadrar-se no espírito geral da lei: “*Efectivamente (C. Civil, art. 2233.º) é contrária à lei a condição de que o herdeiro ou legatário celebre ou deixe de celebrar casamento. Mas, continua o n.º 2 do referido artigo — ‘É, todavia, válida a deixa de usufruto, uso, habitação, pensão ou outra prestação contínua ou periódica para produzir efeito enquanto durar o estado de solteiro ou viúvo do legatário’*”.

⁵⁶ O autor exemplifica com um serviçal ou um trabalhador doméstico, vinculado a uma dessas pessoas por contrato temporário, que entretanto cessou, havendo necessidade de contratar outro em sua substituição. Nesta hipótese, nada parece impedir que, no decurso do prazo do exercício do direito possa haver alteração do âmbito dos que vivem legitimamente com o usuário morador, até porque não se trata de uma pessoa ligada a este por vínculo parental e que habita a casa por via de uma relação de subordinação que pode cessar a qualquer momento (por cessação do contrato, reforma, por morte, etc.) e em que se justifica a sua substituição por outra que venha desempenhar iguais funções. Cfr. FRANÇA PITÃO, *União de facto e economia comum*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 211.

⁵⁷ Afiora o problema do “*domínio espacial objectivo do casamento*”, JORGE DUARTE PINHEIRO, “A tutela da exclusividade sexual entre os cônjuges na casa de morada da família”, FDUC, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, vol. I — *Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, págs. 270-272.

quando ela já não representa a continuação do quadro de vida existente ao tempo do união de facto, o direito atribuído pelo artigo 5.º da Lei n.º 7/2001, deve extinguir-se.

Por último, interroguemo-nos sobre a *natureza* deste direito de uso e habitação, que vários autores vêm classificando como um legado legal⁵⁸, ou seja, estaríamos perante uma afectação *mortis causa* de bens determinados, constituindo a lei o título de vocação sucessória. A figura do legado legítimo – em que a lei defere um bem determinado (coisa ou direito) por razões que se prendem com a tutela de interesses particulares que considera dignos de protecção e que justificam uma específica ordenação ou afectação dominial a favor de certas pessoas que se encontram numa determinada relação com o *de cuius* – não foi objecto, por parte do nosso legislador, de um tratamento jurídico unitário e integrado e tem suscitado na doutrina alguma discussão em torno da qualificação de certas situações tipificadas na lei. Se o Código Civil de 1966 consagrava, na sua versão originária, dois legados legítimos – no artigo 1499.º, d) do CC, que estabelecia para o senhorio o direito a “*suceder no domínio útil, na falta de herdeiro testamentário ou legítimo do enfiteuta, com exclusão do Estado*”⁵⁹, e no artigo 2146.º (usufruto do cônjuge sobrevivente), em que se previa que sendo a sucessão deferida aos irmãos ou seus descendentes, “*o cônjuge sobrevivente tem direito, como legatário legítimo, ao usufruto vitalício da herança*”⁶⁰ – actualmente, a doutrina debate a existência de legados legítimos na qualificação de várias afectações patrimoniais previstas no nosso ordenamento jurídico.

Desde logo, é apontada a existência de legados legítimos no Decreto-Lei n.º 253/78, de 26 de Agosto, que atribui aos estabelecimentos oficiais de assistência o *espólio dos internados*, desde que não reclamado pelos sucessores destes dentro de um ano a partir da abertura da sucessão⁶¹, bem no artigo 51.º, n.º 3, do CDADC, que determina que se a herança de um dos participantes na *obra de colaboração* dever ser devolvida ao Estado, o direito de autor sobre a obra passa a pertencer apenas aos restantes⁶².

⁵⁸ Assim, FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2008, pág. 84. No mesmo sentido, FRANÇA PITÃO, *Uniões de facto e economia comum*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 213, para quem “*o companheiro sobrevivente encabeçado neste direito de habitação é um legatário, pois sucede num bem certo e determinado – o direito de habitação a termo certo. É um legatário legal, forma de constituição pouco usual no nosso direito sucessório*”.

⁵⁹ A enfiteuse foi abolida pelo Decreto-Lei n.º 195-A/76, de 16 de Março e pelo Decreto-Lei n.º 233/76, de 2 de Abril, respectivamente para os prédios rústicos e urbanos, como vimos no capítulo anterior.

⁶⁰ Para uma breve comparação entre o regime actual da protecção possessória do cônjuge sobrevivente e o regime anterior, veja-se DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.ª edição (5.ª reimpressão), Almedina, Coimbra, 1997, págs. 600 e ss., e FRANÇA PITÃO, *A posição do cônjuge sobrevivente no actual direito sucessório português*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2005. Com um âmbito mais limitado, CAPELO DE SOUSA, “Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente”, in *O Direito das Sucessões: do direito romano ao direito actual*, Coimbra Editora, 2006, págs. 1309 e ss.

⁶¹ No entendimento de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Sucessões*, 5.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pág. 254, este é um legado legítimo. Para RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pág. 53, nota 87, essa caracterização é duvidosa, pois a redacção e o espírito do diploma em causa sugerem mais uma situação especial de prescrição do que uma devolução sucessória. A propósito, no Acórdão TRL, de 9 de Janeiro de 1984 [Processo 0001475] lê-se: “*A palavra ‘espólio’ inserta no artigo único do Decreto-Lei n. 253/78, de 26 de Agosto, refere-se, apenas, aos bens ou valores que estavam em poder do internado falecido em estabelecimento de Assistência Pública, nesse estabelecimento e no momento da sua morte, e não à totalidade dos seus bens. II – Assim, os estabelecimentos em causa não são herdeiros legítimos do internado falecido, pelo que não podem requerer inventário, mas apenas habilitarem-se ao seu espólio, nos termos gerais de direito*”.

⁶² JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Sucessões*, 5.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pág. 254, entende que não há aqui um legado legítimo, pois os outros participantes não adquirem o direito de autor sobre a obra de colaboração por via sucessória. Há, na opinião do autor: “*uma forma anómala de*

Objecto de debate é também a natureza da *transmissão do arrendamento por morte*, previsto, quer no artigo 1106.º do CC⁶³, quer no artigo 57.º da Lei 6/2006, de 1 de Fevereiro, por remissão dos artigos 26.º e 27.º do mesmo diploma⁶⁴. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES⁶⁵ considera a atribuição do direito de arrendamento de uma casa para habitação um legado legítimo, e JORGE DUARTE PINHEIRO⁶⁶ qualifica-o mesmo como um legado legitimário. Pelo contrário, OLIVEIRA ASCENSÃO⁶⁷, LUIS CARVALHO FERNANDES⁶⁸ e RITA LOBO XAVIER⁶⁹ partilham da posição contrária, pois a transmissão do arrendamento

extinção do direito, em vez de reverter para o Estado; e o crescimento automático (não sucessório) dos restantes titulares do quinhão deixado vago”.

⁶³ O artigo 1106.º, na sua redacção actual, introduzida pela Lei n.º 31/2012, de Agosto, dispõe que: “1 – O arrendamento para habitação não caduca por morte do arrendatário quando lhe sobreviva: a) Cônjuge com residência no locado; b) Pessoa que com ele vivesse em união de facto há mais de um ano; c) Pessoa que com ele vivesse em economia comum há mais de um ano. 2 – Nos casos previstos nas alíneas b) e c) do número anterior, a transmissão da posição de arrendatário depende de, à data da morte do arrendatário, o transmissário residir no locado há mais de um ano. 3 – Havendo várias pessoas com direito à transmissão, a posição do arrendatário transmite-se, em igualdade de circunstâncias, sucessivamente para o cônjuge sobrevivente ou pessoa que com o falecido vivesse em união de facto, para o parente ou afim mais próximo ou, de entre estes, para o mais velho ou para a mais velha de entre as restantes pessoas que com ele residissem em economia comum. 4 – O direito à transmissão previsto nos números anteriores não se verifica se, à data da morte do arrendatário, o titular desse direito tiver outra casa, própria ou arrendada, na área dos concelhos de Lisboa ou do Porto e seus limitrofes ou no respectivo concelho quanto ao resto do País. 5 – A morte do arrendatário nos seis meses anteriores à data da cessação do contrato dá ao transmissário o direito de permanecer no local por período não inferior a seis meses a contar do decesso”.

⁶⁴ O artigo 57.º da Lei n.º 6/2006, também na redacção da Lei n.º 31/2012, estabelece que: “1 – O arrendamento para habitação não caduca por morte do primitivo arrendatário quando lhe sobreviva: a) Cônjuge com residência no locado; b) Pessoa que com ele vivesse em união de facto há mais de dois anos, com residência no locado há mais de um ano; c) Ascendente em 1.º grau que com ele convivesse há mais de um ano; d) Filho ou enteado com menos de 1 ano de idade ou que com ele convivesse há mais de 1 ano e seja menor de idade ou, tendo idade inferior a 26 anos, frequente o 11.º ou o 12.º ano de escolaridade ou estabelecimento de ensino médio ou superior; e) Filho ou enteado, que com ele convivesse há mais de um ano, portador de deficiência com grau comprovado de incapacidade superior a 60 %. 2 – Nos casos do número anterior, a posição do arrendatário transmite-se, pela ordem das respectivas alíneas, às pessoas nele referidas, preferindo, em igualdade de condições, sucessivamente, o ascendente, filho ou enteado mais velho. 3 – O direito à transmissão previsto nos números anteriores não se verifica se, à data da morte do arrendatário, o titular desse direito tiver outra casa, própria ou arrendada, na área dos concelhos de Lisboa ou do Porto e seus limitrofes ou no respectivo concelho quanto ao resto do País. 4 – Sem prejuízo do disposto no número seguinte, quando ao arrendatário sobreviva mais de um ascendente, há transmissão por morte entre eles. 5 – Quando a posição do arrendatário se transmita para ascendente com idade inferior a 65 anos à data da morte do arrendatário, o contrato fica submetido ao NRAU, aplicando-se, na falta de acordo entre as partes, o disposto para os contratos com prazo certo, pelo período de 2 anos. 6 – Salvo no caso previsto na alínea e) do n.º 1, quando a posição do arrendatário se transmita para filho ou enteado nos termos da alínea d) do mesmo número, o contrato fica submetido ao NRAU na data em que aquele adquirir a maioridade ou, caso frequente o 11.º ou o 12.º ano de escolaridade ou cursos de ensino pós-secundário não superior ou de ensino superior, na data em que perfizer 26 anos, aplicando-se, na falta de acordo entre as partes, o disposto para os contratos com prazo certo, pelo período de 2 anos”.

⁶⁵ GALVÃO TELLES, *Direito das Sucessões: Noções fundamentais*, 6.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, pág. 83.

⁶⁶ JORGE DUARTE PINHEIRO, “A morte do arrendatário”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque I*, FDUL, 2010, pág. 925.

⁶⁷ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Sucessões*, 5.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, págs. 250-251.

⁶⁸ LUIS CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª edição, Quid Iuris, Lisboa, 2012, pág. 122.

⁶⁹ RITA LOBO XAVIER, “‘Concentração’ ou transmissão do direito ao arrendamento habitacional em caso de divórcio ou morte”, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS e PAULA COSTA E SILVA (eds.), *Estudos em honra ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2008, pág. 1037, parece seguir Oliveira Ascensão e considerar que não há um verdadeiro fenómeno sucessório, mas sim de uma transmissão *ipsa vis legis*: “Tratar-se-ia de uma aquisição mortis causa excluída das Sucessões: a aquisição ocorria por morte, mas não haveria um fenómeno sucessório. Neste sentido apontavam as circunstâncias de a lei prever uma ordem de beneficiários diferente dos designados para suceder em termos gerais, as exigências de que os beneficiários tivessem coabitado durante algum tempo com o falecido e o facto de não se aplicar o regime das indignidades sucessórias. Assim, o direito ao arrendamento não tinha de ser relacionado pelo cabeça de casal nem o seu valor

mento, dando-se embora por morte do arrendatário, segue um regime que se distancia em muito do regime sucessório. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA⁷⁰, por seu lado, considera-a uma figura próxima do legado legítimo, embora com regras e condições próprias para a identificação e ordenação dos sucessíveis.

Também nós somos da opinião de que o artigo 1106.º do CC e o artigo 57.º da Lei 6/2006 não configuram um legado legítimo. O argumento decisivo para a nossa tomada de posição prende-se com o facto de, nestas situações, o legislador, ao prever a transmissão do arrendamento por morte do arrendatário, não estar a afectar – em substituição do *de cuius* – um bem determinado do património daquele, bem de que o *de cuius* pudesse ele próprio dispor.

Relembremos que a sucessão hereditária vem definida no artigo 2024.º como o chamamento de uma ou mais pessoas à titularidade das relações jurídicas patrimoniais de uma pessoa falecida e a consequente devolução dos bens que a esta pertenciam. O conceito de sucessão é definido como a modificação meramente subjectiva numa relação jurídica. São as pessoas que se movem: o novo sujeito sub-entra na situação jurídica do anterior, mantendo-se idêntica essa mesma situação. Esta definição é apoiada pelo significado etimológico de sucessão. Com efeito, esta palavra vem do latim *successio*, que, por sua vez, deriva do verbo *succedere* (*sub+cedere*), o qual significa “*vir debaixo*”, “*entrar debaixo*”, “*penetrar*”, “*entrar*”. Entrado o vocábulo na linguagem jurídica, manteve ele, fundamentalmente, a sua significação etimológica: entrar, substituir, ocupar a posição do antecessor, suportando os encargos, os riscos e os deveres⁷¹.

Como nos ensinou INOCÊNCIO GALVÃO TELLES⁷², o legado é uma atribuição singular que pode concretizar-se em diversas modalidades: (i) o legatário recebe um direito que preexistia como tal no património do *de cuius*; (ii) recebe um direito novo formado à custa de preexistente direito do *de cuius*; (iii) o benefício do legatário está em se libertar de um débito; (iv) o legatário adquire um puro direito creditório constituído originariamente, tornando-se credor da herança ou de terceiro onerado (algum ou alguns dos herdeiros ou outros legatários).

Para a existência de um legado *ex lege* – ou seja, um legado (bem certo e determinado) que é deferido por via legal – é necessária uma afectação de bens feita pelo legislador, na falta de disposição do próprio *de cuius* ou em substituição dessa disposição⁷³. O título de vocação sucessória para este tipo de legados é a lei, que vem afectar um bem do património do *de cuius* a um terceiro, quer imperativamente (legado legitimário), quer na ausência de instituição expressa de sucessor (legado legítimo). Ora, não é isso que acontece na transmissão do direito ao arrendamento, pois, como sabemos, este não é uma posição jurídica que o *de cuius* possa autonomamente ceder a terceiros. Nos termos do artigo 1059.º, n.º 1, a posição contratual do locatário só é transmissível por morte dele, se assim tiver sido convencionado por escrito⁷⁴. O

contaria para efeitos de partilha sucessória”.

⁷⁰ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pág. 54.

⁷¹ EDUARDO DOS SANTOS, *Direito das Sucessões*, Vega, Lisboa, 1998, págs. 13-14.

⁷² INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Sucessões – Noções fundamentais*, 6.ª edição (reimp), Coimbra Editora, Coimbra, 1996, págs. 195-196.

⁷³ J. DIAS MARQUES, *Teoria Geral do direito civil*, vol. I, Coimbra Editora, 1958, pág. 266. Para estarmos perante um direito sucessório, necessário é que se defira a transmissão dos direitos de que o falecido era titular e de que poderia dispor.

⁷⁴ E a cessão da posição do locatário em vida está sujeita às regras gerais do artigo 424.º do CC

arrendamento, por força do artigo 2105.º, não constitui objecto de sucessão, não é uma relação jurídica patrimonial de que o *de cuius* pudesse dispor por morte e em que tivesse sido substituído pelo legislador.

Neste sentido, não podemos considerar que os artigos 1106.º do CC e 57.º da Lei 6/2006 consagrem um legado legítimo⁷⁵. Não estamos perante uma posição jurídica de que o legislador venha dispor em substituição do *de cuius*; o que se passa na verdade é que, perante a eventualidade da extinção de uma relação jurídica, por morte do arrendatário, o legislador determina a sua manutenção, agora na titularidade de outros conviventes merecedores de protecção. Acrescendo a isto, os argumentos já invocados pela doutrina, nomeadamente, o facto de a lista dos beneficiários não se enquadrar na linha sucessória legalmente estabelecida, parece-nos ser de afastar a ideia de sucessão e admitimos como correcta a terminologia utilizada pelo legislador: estamos verdadeiramente em face de uma *transmissão do arrendamento*, que sai fora do fenómeno sucessório⁷⁶, quer quanto ao seu funcionamento⁷⁷, quer quanto às suas regras de distribuição ou afectação.

Também se fala de legado legítimo a propósito das *atribuições preferenciais* do direito de habitação da casa de morada de família e do direito de uso do recheio reconhecidas ao cônjuge sobrevivente pelos artigos 2103.º-A a C do CC. Relembramos que o artigo 2103.º-A, n.º 1, estabelece que o cônjuge sobrevivente tem o direito a ser encaixado, no momento da partilha, no direito de habitação da casa de morada de família e no direito de uso do respectivo recheio, devendo tornas aos co-herdeiros se o valor recebido exceder o da sua parte sucessória e meação, se a houver.

NUNO GOMES DA SILVA⁷⁸ entende que estes direitos – diferentemente do que acontece no direito italiano – não constituem uma reserva hereditária, não constituem direitos legitimários do cônjuge, como testemunham a colocação sistemática das relativas disposições, na Secção II do capítulo relativo à partilha da herança, bem como os próprios termos em que está redigido o n.º 1 do artigo 2103.º-A. Esses direitos de uso e habitação são, assim, direitos de preferência a exercer no momento da partilha, pressupondo, por isso mesmo, que há uma partilha a fazer, ou seja, que não

(cfr. artigo 1059.º, n.º 2).

⁷⁵ Esta posição tem como consequência, em primeiro lugar, que os direitos em conflito deixam de ser o direito de propriedade do *de cuius* e o direito de habitação do unido sobrevivente, para passarem a ser o direito de propriedade do senhorio e o direito de habitação do unido sobrevivente. Em segundo lugar, não estando nós perante um legado legítimo, não são de aplicar a esta transmissão por morte do direito de arrendamento as regras da indignidade sucessória. Pense-se, por exemplo, na hipótese de a arrendatária ter morrido vítima de violência doméstica. Ainda assim, sempre se dirá que, nesta situação, o unido com direito à transmissão agirá em abuso de direito, excedendo manifestamente os limites impostos pelos bons costumes.

⁷⁶ Sobre a discussão relativa aos conceitos de sucessão e transmissão, veja-se a controvérsia em *Direito das Sucessões – Trabalhos Preparatórios do Código Civil*, Centro de Estudos de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 1972, págs. 142-150. Ignorando esta distinção, qualificando-as como tentativas de representação material do fenómeno jurídico, que em si é de natureza toda ideal ou espiritual, e na sua essência o mesmo, a substituição de um sujeito por outro, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Algumas considerações sobre o conceito jurídico de sucessão*, Separata da RFDUL, vol. XIX, Lisboa, 1965.

⁷⁷ Não estamos nem mesmo num sistema semelhante ao do direito romano – em que o legatário não era um sucessor: adquiria do *heres* e não do *de cuius* (cfr. ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO, *Direito privado romano V – direito das sucessões e doações*, Studia Iuridica 97, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, págs. 26 e 230 e ss) –, pois o arrendamento não faz parte da massa da herança, já que, como vimos, não é uma relação patrimonial transmissível pelo *de cuius*.

⁷⁸ NUNO GOMES DA SILVA, “Posição sucessória do cônjuge sobrevivente”, em *Reforma do Código Civil*, Instituto da Conferência, Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 1981, págs. 81-82.

houve expressa atribuição, pelo testador, desses direitos a terceiro. Na verdade, se por via testamentária forem deixados a outrem, que não o cônjuge, direitos de uso e de habitação de casa de morada de família (ou o próprio direito de propriedade da casa), não havendo lesão da quota legitimária do cônjuge, parece que este não poderá, por qualquer forma, impugnar esse legado. O cônjuge sobrevivente tem direito (legitimário) a uma certa quota de bens; e, se nesses bens, se encontrar a casa de morada da família e o respectivo recheio, o cônjuge, ao fazer-se a partilha da herança, tem preferência na sua atribuição. Mas se esses bens não chegarem a ser susceptíveis de partilha, por terem sido expresso objecto de legado, parece que o cônjuge nada pode fazer. Se é assim, poder-se-á dizer que, neste capítulo, a protecção do cônjuge é relativa. Funciona em pura sucessão legal, mas pode, no entanto, ser afastada, em termos de sucessão testamentária.

RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA⁷⁹ entende que o direito preferencial do cônjuge sobrevivente de habitação da casa de morada de família e de uso do recheio, constante do artigo 2103.º-A é em parte um legado legítimo. Em parte porque não há aí uma específica vocação sucessória susceptível de autónoma aceitação ou repúdio, nos termos gerais, mas tão-só um direito de preferência do cônjuge sobrevivente, quando meeiro ou herdeiro aceitante, à composição da partilha e que ele pode exercer ou não. Ademais, considera o autor, o valor do direito de habitação e de uso do recheio da casa vai integrar a quota do cônjuge sobrevivente, quer relativamente à parte sucessória quer à sua meação nos bens comuns do casal se a houver. O cônjuge sobrevivente continua herdeiro, mesmo que tenha de dar tornas no caso de tal valor exceder o que tem direito, havendo assim uma espécie de legado legal por conta de quota.

Quanto a nós, pensamos que os artigos 2103.º-A a C do CC não consagram a figura do legado legítimo, pois não está em causa uma atribuição patrimonial feita ao cônjuge sobrevivente, mas apenas um direito de preferência no preenchimento da quota. Neste sentido, parece-nos que a expressão da lei é correcta: estamos perante uma atribuição preferencial e nada mais.

Feito este excursão por várias normas e institutos do nosso direito, é altura de regressarmos à nossa questão: o direito de habitação da casa e de uso do recheio consagrado no artigo 5.º da Lei n.º 7/2002, quando a casa era propriedade do unido falecido, ou o direito de uso exclusivo a favor do unido sobrevivente quando a casa era compropriedade dos dois, têm a natureza de legado *ex lege*? Parece-nos que a resposta não pode deixar de ser positiva⁸⁰. Estamos perante bens propriedade do unido falecido (a habitação e o recheio, num caso, a quota, no outro), ou seja, bens que compõem a sua massa hereditária e de que ele poderia ter disposto em vida, não fora o caso de uma específica provisão legal o ter vindo, imperativamente, a proibir. Mas esta imposição

⁷⁹ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, págs. 53 e 54. Segue-o FRANÇA PITÃO, *A posição do cônjuge sobrevivente no actual direito sucessório português*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 52, embora resulte do escrito pelo autor que “estamos perante um caso de nomeação de legatário *ex vi legis* dado que o cônjuge sobrevivente é encabeçado em bens determinados”.

⁸⁰ Seguimos, pois, a opinião de LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª edição, Quid Iuris, Lisboa, 2012, pág. 90, que qualificou de legado legitimário o artigo 5.º, n.º 1 da Lei n.º 7/2001 (ao contrário do legado legítimo previsto no anterior artigo 4.º, n.º 2, da Lei 7/2001, que permitia ao testador fazer estipulações contrárias ao disposto no n.º 1 do preceito). A justificação deste legado está em “assegurar a estabilidade ou continuidade de habitação a quem, pelo jogo das regras comuns da sucessão legal, delas se veria inopinadamente privado pela morte do companheiro ou da companheira, proprietário da casa”.

legal surge como uma limitação ou restrição à transmissão de um direito existente e actual na esfera jurídica do *de cuius*. A atribuição do direito de uso e habitação não se afasta do esquema sucessório: o morador usuário entra na titularidade de um direito que fazia parte da esfera jurídica do *de cuius*, sub-entra, na medida do seu direito real limitado, no gozo dos bens em substituição do *de cuius*. O unido comproprietário sub-entra no direito de uso exclusivo, ou seja, no uso da quota que pertencia ao unido falecido, e que pertence agora à sua massa hereditária. O interesse do legitimário é satisfeito através da limitação da liberdade de disposição do *de cuius*. Esta sucessão é imperativa, não pode ser afastada pelo *de cuius*, tem lugar mesmo contra a sua vontade. Como escreveu GUILHERME DE OLIVEIRA⁸¹: “A lei nova considera que a protecção da casa de morada é o núcleo irredutível da protecção conferida ao membro sobrevivente da união de facto e, portanto, garante a protecção mesmo contra a vontade do falecido”.

A qualificação como legado legítimo do direito de uso e de habitação da casa de morada e do seu recheio não é uma mera questão de categorização teórica, desprovida de interesses práticos. Desde logo, enquanto sucessor, o unido sobrevivente está sujeito às regras da indignidade sucessória⁸². Mas não podemos esquecer a aplicação de normas como o artigo 2250.º sobre a indivisibilidade da vocação, o artigo 2263.º, sobre o legado de recheio de uma casa ou o artigo 2269.º sobre a extensão do legado.

Naturalmente, cabe registar que o legislador procura com este legado legítimo satisfazer “certas finalidades especiais que não justificariam o afastamento das regras normais da sucessão familiar”⁸³. O legado serve um interesse subjectivo, um interesse próprio do de certas pessoas designadas pela lei (legado legítimo)⁸⁴. Neste caso concreto, o legislador não abandonou a não qualificação do unido de facto como herdeiro, e que representa um aspecto cardinal na distinção entre casamento e união de facto. Mas procurou tutelar, pela atribuição *ex lege* de um legado ao unido sobrevivente, em termos que julgou adequados, interesses específicos.

A consideração do Direito das Sucessões pode colocar o fenómeno sucessório

⁸¹ GUILHERME DE OLIVEIRA, “Notas sobre a Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto (Alteração à Lei das Uniões de Facto)”, *Lex Familiae* 14 (2010), págs. 46 e 47.

⁸² Referimo-nos aos artigos 2034.º e 2166.º do CC, na medida em que forem aplicáveis. Estas normas têm sido objecto de críticas, recentemente, por não ser suficientemente abrangente o leque de causas que possam originar a indignidade sucessória ou a deserdação. Note-se, contudo, que o ordenamento jurídico não deixa estas situações sem resposta. Veja-se o notável acórdão do STJ, de 7 de Janeiro de 2010 [em que foi relator PIRES DA ROSA]: “1. O art. 2033º, nº 1 do CCivil estabelece um princípio geral de capacidade sucessória passiva, sendo que um sucessor é um beneficiário, é alguém que vê ingressar no seu património os bens de quem morreu. 2. Há, todavia, e no que à sucessão legal diz respeito, duas situações em que, na perspectiva relacional entre quem morre e quem lhe vai suceder, a lei não suporta de todo em todo a transmissão beneficente — que o autor da sucessão (ou os seus mais próximos) tenha sido vítima por parte do (original) sucessor de um atentado à vida, ou de um atentado grave ao seu património moral, através da utilização ínvia da máquina da justiça. 3. A regra é, portanto, a da capacidade (art. 2033, nº 1 do CCivil); no que à sucessão legal se reporta, as excepções são — e são apenas, taxativamente — as excepções previstas nas alíneas a) e b) do art. 2034º. 4. No mais, ficará no património da vítima a “punição civil” da perda da capacidade sucessória: na sucessão legítima dispendo livremente dos seus bens, usando o mecanismo da sucessão testamentária; na sucessão legítima, utilizando o mesmo mecanismo para deserdar o seu agressor, nas situações previstas no art. 2166º do CCivil. 5. Não pode todavia reconhecer-se capacidade sucessória a um pai que violou uma filha de 14 anos, a obrigou a abortar aos 15 anos, após cumprir a pena de prisão em que foi condenado persistiu na ofensa a sua filha (que nunca lhe perdoou) e se vem habilitar à herança desta sua filha por morte dela aos 29 anos, em acidente de viação — reconhecer-lhe essa capacidade seria manifestamente intolerável para os bons costumes e o fim económico e social do direito de lhe suceder e portanto ilegítimo, por abusivo, esse mesmo direito.

⁸³ A expressão é de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Sucessões*, 5.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pág. 352.

⁸⁴ Estamos a seguir F. M. PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, polic., Coimbra, 1992, págs. 104 e 105. O legado testamentário serve um interesse subjectivo próprio do *de cuius*.

numa relação mais ou menos estreita entre o direito de propriedade e o direito da família. Qualquer que seja o entendimento perfilhado, embora da nossa parte estejamos mais próximos da visão individualista, em que o direito sucessório é um corolário do princípio da autonomia da vontade e do direito de propriedade, com cedências a um modelo familiar e a um modelo socialista⁸⁵, sempre se nota que na regulação do regime da união de facto em análise, a restrição do direito de propriedade do *de cuius* se faz em nome da tutela “familiar” ou, diremos nós, da supervivência de efeitos da união de facto para além da sua dissolução por morte. Vejamos, agora, se o fez no respeito pelos valores e princípios constitucionais.

b) O princípio da igualdade

A imposição *ex lege* de um legado legitimário (a favor do unido sobrevivente) ao unido de facto falecido consubstancia uma restrição do seu direito de propriedade sobre o imóvel habitacional, sobre o seu recheio ou sobre a sua quota. Vimos acima que uma das dimensões protectivas do direito de propriedade tal como consagrado no artigo 62.º da CRP é, precisamente, o direito à transmissão da propriedade *inter vivos* ou *mortis causa*⁸⁶, entendida esta no sentido restrito de *não se ser impedido* de a transmitir, e não no sentido de uma liberdade geral de transmissão, que pode ser mais ou menos profundamente limitada pelo legislador infraconstitucional, nomeadamente, quanto à transmissão *mortis causa*⁸⁷.

⁸⁵ F. M. PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, polic., Coimbra, 1992, págs. 39 e ss; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Sucessões – Noções fundamentais*, 6.ª edição (reimp), Coimbra Editora, Coimbra, 1996, págs. 255 e ss; RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, págs. 99 e ss; CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 12-13.

⁸⁶ Para RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pág. 43 e págs. 122 e 123, o princípio não pode ser afastado pelo legislador ordinário, que poderá no entanto ter em conta a natureza transmissível ou não dos bens objecto de propriedade privada. O artigo 62.º implica a existência de uma propriedade privada ampla e a susceptibilidade de uma apropriação individual dos bens conducente à conservação da existência de cada homem e dos seres por quem se sente responsável, ao melhoramento das respectivas condições e ao desenvolvimento de tais personalidades, com a consequente transmissão por morte. O artigo 62.º, n.º 1, implica o reconhecimento do direito sucessório privado como instituição de direito objectivo e de uma sucessão privada, com proibição constitucional de um direito sucessório exclusivo do Estado, mesmo que assegurasse aos familiares necessitados do autor da herança um direito a alimentos.

No Direito Romano, não existiu uma sistematização do Direito das Sucessões. *Gaius* considerou a sucessão como um modo de adquirir a propriedade e isso influenciou as *Institutiones* de Justiniano, onde as sucessões são tratadas depois da usucapião e da doação. Esse entendimento manteve-se durante a Idade Média e chegou ao *Code*. O Código Napoleónico de 1804 divide-se em três livros: o primeiro dedicado às pessoas; outro, dedicado aos bens e o terceiro aos modos de adquirir a propriedade, neles se situando a sucessão *mortis causa*. Esta forma de encarar a sucessão foi aceite também pelo Código de Seabra. O legislador de 1966 adoptou a classificação germânica e autonomizou o Direito das Sucessões. A autonomia do Direito das Sucessões é fruto da doutrina jusnaturalista do século XVIII, tendo em Savigny o seu expoente máximo. A doutrina alemã viria a aceitá-lo plenamente e a ter consagração no BGB.

⁸⁷ Veja-se o artigo 2025.º, n.º 1 do Código Civil, que estabelece que não constituem objecto de sucessão as relações jurídicas que devam extinguir-se por morte do respectivo titular, em razão da sua natureza ou por força da lei. O n.º 2 permite ainda que se extingam à morte do titular, por vontade deste, os direitos renunciáveis. A este propósito, veja-se F. M. PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, polic., Coimbra, 1992, págs. 160-161; PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. VI, anot. ao artigo 2025, págs. 7-9; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Sucessões*, 5.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pág. 235 e ss; RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pág. 309 e ss. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, “A Constituição e os direitos de personalidade” in *Estudos sobre a Constituição*, coordenação de JORGE MIRANDA, 2.ª volume,

A liberdade de testar, que encarna o papel natural de transmissão, é a manifestação, por excelência, da autonomia privada na disposição dos seus bens. O *de cuius* tem não só direito à transmissão da sua propriedade, mas dentro dos limites da lei, o direito a conformar os termos em que essa transmissão se processará. É certo que o legislador, no exercício legítimo dos seus poderes de regulação, estabeleceu um regime imperativo de transmissão de bens, que não pode ser afastada pela vontade do seu autor (artigo 2027.º), a sucessão legitimária. A sucessão legitimária, nas palavras de CAPELO DE SOUSA, “é aquela que é deferida por lei, que não pode ser afastada pela vontade do *de cuius* e que respeita à porção de bens de que o autor da sucessão não pode dispor, por ser legalmente destinada aos herdeiros legitimários”⁸⁸. A porção de bens de que o testador não pode dispor, por ser legalmente destinada aos herdeiros legitimários (artigo 2156.º), chama-se legítima, ou quota indisponível. São herdeiros legitimários, e portanto obrigatórios⁸⁹ para o *de cuius*, o cônjuge, os descendentes e os ascendentes, pela ordem e segundo a regras estabelecidas para a sucessão legítima (artigos 2157.º e, por força desta norma, artigos 2133.º e ss). Significa que o cônjuge integra a primeira classe de sucessíveis, no caso de haver descendentes, ou a segunda no caso de estes não existirem (2133.º 1, a) e b) e n.º 2)⁹⁰. Fora deste quadro, onde não tem lugar o unido de

Livraria Petrony, Lisboa, 1976-1979, pág. 187, considera que o n.º 1 do artigo 62.º da Constituição impõe que “*todos os bens objecto da propriedade privada sejam transmissíveis sucessivamente, a não ser que a isso se oponha a natureza dos bens a transmitir ou a vontade do de cuius*”. Para o Direito Romano, veja-se ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO, *Direito privado romano V – Direito das sucessões e doações*, Studia Iuridica 97, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, págs. 11 e 12.

⁸⁸ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pág. 44. Sobre a afirmação da sucessão legitimária no direito romano, ver ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano V – Direito das Sucessões e Doações*, Studia Iuridica 97, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, págs. 306 e ss. Para um confronto sintético entre as orientações do direito romano e germânico em matéria sucessória, veja-se, ARMINDO RIBEIRO MENDES, “Considerações sobre a natureza jurídica da legítima no Código Civil de 1966”, *O Direito* 105 (1973), págs. 6 e ss.

⁸⁹ Apenas obrigatórios para o *de cuius*. Os herdeiros, ainda que legitimários, podem sempre aceitar ou recusar a herança. Cfr., por todos, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. VI, anot. ao artigo 2050, págs. 78 e 79, e RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pág. 139. Não era assim no Direito Romano: eram *heredes sui et necessarii* os filhos, as filhas, os netos e as netas (que o seu *pater* tivesse deixado de ser *heredes sui* durante a vida do avô, ou porque morrera ou por ter deixado de estar sujeito à sua *potestas* por outra razão, caso em que os netos e netas sucedem na herança no lugar do seu *pater*) e a mulher (*uxor in manu*) que estavam sujeitos à *patria potestas* e à *manus* do *paterfamilias* no momento da sua morte. Como diz Gaius em D. 38, 16, 14: “*In suis heredibus actio non est necessaria, quia statim ipso iure heredes existunt*” (tratando-se de *heredes sui* não é necessária a aceitação, porque imediatamente são herdeiros *ipso iure*). Como nos ensina ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano V – Direito das Sucessões e Doações*, Studia Iuridica 97, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, págs. 28, o regime jurídico dos herdeiros necessários reflecte as arcaicas concepções da família romana e da sucessão hereditária: os filhos descendentes sujeitos à *potestas* do chefe da família (*paterfamilias*) eram vistos, durante a vida deste, como proprietários do património familiar e, depois da morte, considerados seus continuadores necessários. A convivência sob a mesma *potestas* determinava uma latente comunhão jurídica que se manifestava depois da morte do *paterfamilias*.

⁹⁰ A partilha entre o cônjuge e os filhos faz-se *per capita*, mas a quota do cônjuge não pode, porém, ser inferior a uma quarta parte da herança (artigo 2139.º). No ensinamento de F. M. PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, polic., Coimbra, 1992, págs. 306, esta é mais uma expressão do privilégio que a Reforma de 77 concedeu à família conjugal sobre a família parental. A lei terá querido evitar que a quota hereditária do cônjuge fosse excessivamente pequena, justamente nos casos em que, por a família ser muito numerosa, lhe tivessem sido pedidos maiores sacrifícios; e terá acreditado que, normalmente, os filhos sempre virão a receber a totalidade dos bens à morte do segundo progenitor. No caso de o *de cuius* dispor de uma parte dos seus bens e a sucessão legítima se abrir apenas sobre a parte restante da herança, “e acordo com o *espírito* da disposição contida no n.º 1 do artigo 2139.º, ao cônjuge sobrevivente não pode nesse caso ser atribuído um quinhão inferior à quarta parte do valor dos bens de que o *de cuius* não dispôs *válida e eficazmente*, devendo, todavia, imputar-se nessa quarta parte os bens de que o *de cuius* tenha dis-

facto, o *de cuius* pode dispor livremente de todos os seus bens ou da sua quota disponível, através da sucessão contratual, nos restritos termos em que é admitida⁹¹, ou da sucessão testamentária⁹².

A sucessão legítima, seja a devolução sucessória aos herdeiros, seja aos legatários, como é o caso do membro sobrevivente da união de facto, representa sempre uma limitação do direito de propriedade, enquanto compressão dos poderes de livre disposição do seu titular. São, todavia, restrições que se justificam pela protecção do núcleo de familiares que, pressupõe-se, partilhavam entre si um conjunto de recursos e desenvolviam um espírito de entajuda.⁹³ À liberdade de acção do *de cuius*, na determinação autónoma sobre a disposição dos seus bens, sobrepõe-se a tutela da família nuclear, elencada pelo legislador no artigo 2057.º do CC: cônjuge, descendentes e ascendentes.

Que dizer, pois, desta extensão da sucessão legítima aos unidos de facto, pela constituição imperativa de um direito de habitação e de uso do recheio da casa de morada, ou pelo direito de uso exclusivo, no caso de a casa pertencer em compropriedade a ambos os membros da união de facto? A nossa análise desenvolver-se-á em dois momentos metódicos: começaremos por uma análise estrutural da solução oferecida pelo legislador e faremos, de seguida, uma análise quanto aos efeitos.

Estruturalmente, se procurarmos enquadrar a tutela conferida ao unido sobrevivente por referência ao cônjuge sobrevivente, verificamos que o legislador procurou adotar para a união de facto, quanto ao uso da casa de morada e do recheio uma solução “análoga” àquela prevista nos artigos 2103.º-A a C do CC, relativa às atribuições preferenciais na partilha. Todavia, há dissemelhanças em aspectos fundamentais que cumpre realçar. Em primeiro lugar, o cônjuge é herdeiro do *de cuius*, o que não acontece com o unido de facto. Ao cônjuge herdeiro é-lhe concedida uma atribuição preferencial por conta da sua meação no património conjugal e da sua quota hereditária. Ao unido é-lhe concedido um benefício, um direito de uso e de habitação constituído *ex novo*, um direito real de gozo que onera e restringe o direito de propriedade dos sucessores.

posto a favor do cônjuge e dividindo-se toda a massa restante, em partes iguais, entre os filhos”. Cfr. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. VI, anot. ao artigo 2139.º, pág. 232.

⁹¹ A sucessão contratual está regulada nos artigos 1700.º a 1707.º do Código Civil. O desfavor com que o legislador trata esta forma de sucessão, em virtude do seu carácter negocial irrevogável, levou à sua admissão apenas nos termos restritos das convenções antenupciais. F. M. PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, polic., Coimbra, 1992, págs. 337-338; RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, págs. 48 e ss.

⁹² A sucessão legítima, não a colocamos aqui expressamente, pois esta não é uma sucessão testamentária tácita, assente na vontade presumida do *de cuius*. Nas palavras de F. M. PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, polic., Coimbra, 1992, págs. 48 e ss: “*não havendo testamento, os bens do autor da sucessão transmitem-se aos seus familiares segundo a ordem da sucessão legítima do art. 2133.º, isto embora se mostre que era muito outra a sua vontade. Neste aspecto pode dizer-se que é a sucessão legítima que prevalece, uma ideia a favor da qual pode ainda invocar-se a doutrina do art. 2226.º*”. Veja-se o que dizemos adiante para os regimes de bens.

⁹³ Cfr. DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 1997 (reimpressão de 2012), pág. 29: “*A noção de que a propriedade é mais familiar do que pessoal, determinou a agregação do Direito das Sucessões ao Direito da Família. Com efeito, enquanto o proprietário é vivo, a sua família, ou pelo menos os familiares mais próximos, usufruem pacificamente os bens como se seus fossem. Por morte do seu titular, há uma simples repartição dos bens entre aqueles que já os usufruíam antes, entre os familiares mais próximos do ‘de cuius’*”. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pág. 123, ensina que da tutela do artigo 67.º resulta manifestamente uma constitucionizada sucessão familiar, até pela natural proximidade biológica e afectiva, pela normal entajuda e mesmo dependência familiar. Os termos dessa sucessão familiar é que já são sócio-juridicamente muito variáveis e compatíveis com uma limitação dos familiares sucessíveis.

Ao contrário do cônjuge que pode ver ser-lhe imposta, judicialmente, a pedido dos proprietários, a prestação de caução, o unido sobrevivivo não está sujeito a este ónus.

Se as diferenças são significativas ao nível estrutural, ao nível dos *efeitos* a solução é ainda mais gravosa. Exemplifiquemos:

- A, viúvo, a viver com o filho E, inicia uma união de facto com U, que vem coabitar com eles. A e U nunca casaram porque, assumidamente e de comum acordo, quiserem excluir qualquer comunicação patrimonial entre ambos. Se A morre, U fica titular de um direito de habitação sobre a casa e de um direito de uso sobre o recheio. E no âmbito dos seus poderes, pode expulsar E da casa onde moravam.
- A, solteiro, vive em união de facto com U, numa casa de que ambos são proprietários. O filho de A, E, vem viver com eles após a morte da sua mãe. Se A morre, U fica com a faculdade de usar, exclusivamente, a casa e, no âmbito dos seus poderes, pode colocar E fora de casa.

A solução seria diferente⁹⁴ para os dois casos se o unido de facto tivesse sido qualificado como herdeiro pelo legislador ordinário. Quer o unido quer o descendente, enquanto co-herdeiros, poderiam habitar a casa, nos termos do artigo 1406.º, n.º 1, CC. A solução legal é, pois, perversa. É que, tal como o legislador conformou o regime legal, teria sido preferível para o *de cuius* (e para os seus herdeiros) que o legislador tivesse consagrado o unido de facto como herdeiro. Significa isto que para o *de cuius*, em termos de disposição patrimonial, e de tutela dos seus descendentes, teria sido preferível casar. Ou seja, no que à afectação *post mortem* do seu património diz respeito, é prejudicado por ter exercido o seu *direito a não casar*. A vivência em união de facto desprotegeu, inevitavelmente, a sua família. Quer os seus descendentes, quer outros familiares que vivessem na casa, como um ascendente ou um sobrinho, ainda que instituídos herdeiros, sempre se veriam postergados do direito de habitação pelo prazo mínimo de cinco anos. Na prática, neste quadro que apresentamos, a protecção do unido sobrevivivo é superior àquela concedida ao cônjuge, o que representa uma inversão de intensidade de protecção por referência à *fundamentalidade* de cada uma destas relações no quadro constitucional.

Relembremos que a união de facto se funda no direito ao livre desenvolvimento da personalidade. O sujeito, na sua autoconformação vivencial, não quis assumir com o unido uma relação como o casamento, um estatuto próprio de direitos e deveres. Pelo contrário, podemos legitimamente aceitar que não querer que o unido seja herdeiro seja o único motivo para não casar. Pense-se no caso, cada vez mais corrente, de duas pessoas idosas, ambas viúvas ou divorciadas e com filhos dos anteriores casamentos, que querem viver juntas, numa velhice acompanhada, mas que não querem

⁹⁴ Segundo GUILHERME DE OLIVEIRA, “Notas sobre a Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto (Alteração à Lei das Uniões de Facto)”, *Lex Familiae* 14 (2010), pág. 146: “A lei encara mais nitidamente a necessidade de protecção do membro sobrevivivo da união de facto e dá-lhe prioridade relativamente aos descendentes, tal como os cônjuges têm privilégios relativamente aos filhos. Se os descendentes forem só do falecido, certamente ficarão a cargo do outro progenitor, ou do membro sobrevivivo da união de facto com quem viviam; se forem descendentes comuns, por maioria de razão devem seguir o seu progenitor que se torna titular do direito de habitação”. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, anot. ao artigo 67.º, pág. 693, IV, ainda que não analisando a opção legislativa de prevalência da relação matrimonial à relação de filiação, constata que ela tem conseguido o seu lugar, por exemplo, no arrendamento: “O legislador supõe que os filhos são comuns (o que é cada vez menos provável, nas famílias reconstruídas e nas uniões homossexuais), ou que os filhos do *de cuius* passarão a viver com o outro progenitor. Também não é garantido”.

comunicações patrimoniais, nem em vida, nem por morte, de modo a não afectarem a expectativa sucessória dos seus herdeiros, relativamente ao património que construíram com os anteriores cônjuges e progenitores respectivamente.

O legislador, ao obliterar a vontade do unido, está a restringir não só o seu direito de propriedade – na vertente de transmissão *mortis causa*, porque lhe impõe um legado legítimário, que ele não pode afastar – mas também a sua autonomia privada. A união de facto cabe na tutela constitucional da instituição familiar do artigo 67.º, embora o seu fundamento enquanto direito subjectivo não se encontre no artigo 36.º (direito a constituir família), mas no artigo 26.º como uma concretização do direito ao livre desenvolvimento da personalidade⁹⁵. Relembremos, nas palavras de SOUSA RIBEIRO⁹⁶, que a autodeterminação “*como direito ao ‘livre desenvolvimento da personalidade’ é indissociável do tratamento como igual daquele que faz opções e adopta formas de vida divergentes dos padrões dominantes. Digna de igual reconhecimento e respeito é a pessoa como ser único e diferenciado, portadora de necessidades, aspirações, desejos e atributos que a individualizam na circunstância histórica do seu viver*”.

O legislador tem um amplo poder de conformação das relações jurídicas familiares, e pode em cada momento interpretar, modificar, suspender ou revogar a lei anterior, mas a sua liberdade está limitada pelos outros valores e princípios constitucionais recolhidos na Constituição, nomeadamente pelo princípio da igualdade. É nossa convicção que, ao consagrar para o unido de facto uma protecção mais forte do que aquela prevista para o cônjuge sobrevivente, o legislador não cumpriu com o princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da Constituição. Esta afirmação supõe, todavia, desenvolvimentos.

O princípio da igualdade é um princípio estruturante do sistema constitucional português – ligado à ideia de justiça, à luta contra os privilégios e à dignidade da pessoa humana –, conjugando dialecticamente as dimensões liberais, democráticas e sociais inerentes ao conceito de Estado de direito democrático e social, tal como prescrito no artigo 2.º da CRP⁹⁷. Se no Estado liberal, o princípio da igualdade significava, sobretudo, igualdade na aplicação da lei⁹⁸, o legislador democrático do Estado social

⁹⁵ Relembremos com JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “Constitucionalização do direito civil”, *BFD* 74 (1998), págs. 736 e 737, que “*todas as disposições constitucionais, incluindo, naturalmente, as que relevam para a conformação das relações jurídico-civis, ocupam uma posição supra-ordenada no sistema, aí se inscrevendo como padrões de referência normativa a respeitar em todos os planos de actuação infraconstitucional. (...) A vinculação do legislador aos direitos, liberdades e garantias constitucionalmente reconhecidos significa que lhe está vedada a criação de normas jurídicas lesivas dessas posições subjectivas. Elas afirmam-se, a um tempo, como limites e directrizes à liberdade reguladora das entidades legiferantes: nas intervenções com um sentido de concretização ou de organização institucional, deve ser procurada a conformação que melhor corresponda a uma realização óptima dos valores que incorporam; as intervenções de cunho restritivo, por sua vez, devem, nos termos dos n.ºs 2 e 3 do art. 18.º, não exceder o necessário para salvaguarda de certos direitos e interesses constitucionalmente protegidos, nem afectar o conteúdo essencial dos preceitos constitucionais que os tutelam*”.

⁹⁶ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “A tutela de bens da personalidade na constituição e na jurisprudência constitucional portuguesas (algumas notas)”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho III*, organizados por FERNANDO ALVES CORREIA, JÓNATAS MACHADO e JOÃO LOUREIRO, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pág. 850.

⁹⁷ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2007, anot. ao artigo 13.º, pág. 336, I.

⁹⁸ JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pág. 102: “*O lema “todos são iguais perante a lei” traduzia uma reivindicação de igualdade que, no fundo, complementava ou, até, se identificava com a expressão mais simples do princípio da legalidade. Garantidas que estavam, pelo menos na visão do optimismo liberal oitocentista, a justiça e a liberdade imanentes à lei emanada da vontade geral representada pelo Parlamento, tudo o que havia a assegurar era, em primeiro lugar, que os restantes*

entende-o como igualdade material (por oposição a igualdade meramente formal) traduzida na exigência de *tratamento igual daquilo que é igual e tratamento desigual daquilo que é desigual*⁹⁹. Ao lado de uma dimensão liberal e democrática, o princípio da igualdade tem, pois, uma função social, que impõe, desde logo, a eliminação das desigualdades fácticas (económicas, sociais e culturais), de forma a atingir-se, como resultado, a *igualdade real entre os portugueses*, prevista no artigo 9.º, alínea d), da CRP. Acresce que, na categorização de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, o princípio da igualdade realiza-se como direito, liberdade e garantia de natureza *defensiva* assegurando aos cidadãos a devida protecção contra formas de actuação dos poderes públicos (ou dotada de poderes públicos) impositivas de tratamento desigual sem motivo justificado, de natureza *positiva*, pois pressupõe “*dimensões prestacionais*” em determinadas situações, mas também tem uma incontornável dimensão *correctiva*, através de medidas de acção afirmativa de modo a atenuar ou corrigir desigualdades reais no exercício de certos direitos ou na fruição de certos bens públicos¹⁰⁰.

A assunção da igualdade material, isto é, do tratar como *igual aquilo que é igual e tratar de forma desigual aquilo que é desigual*, levanta, desde logo, o problema do critério da diferenciação, em face da impossibilidade de encontrar critérios objectivos indiscutíveis que permitam resolver os *hard cases* de igualdade. Nas palavras de REIS

*órgãos do Estado, particularmente a Administração, se submetessem a tal lei (princípio da legalidade da administração) — não atentando contra os seus ditames e só actuando no seu quadro — e, para o que agora nos importa, que ela fosse aplicada a todos os seus destinatários por igual, sem olhar a quem, sem distinguir em função da posição social, de títulos ou de convicções. A lei é igual para todos, todos são iguais perante a lei”. Esta dimensão da igualdade não perdeu a sua razão de ser e continua a ser um mínimo que se impõe à observância de qualquer Estado de Direito enquanto exigência decorrente da igual dignidade de todos. Sobre o âmbito da lei como ordem jurídica, ver JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, anot. ao artigo 13.º, pág. 127, X.*

⁹⁹ JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pág. 104. Para JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional IV*, 5.ª edição, Coimbra Editora, 2012, pág. 268, na dicotomia “*igualdade jurídica-igualdade social*” ou “*igualdade perante a lei-igualdade social*”, a primeira toma-se como mera igualdade jurídico-formal ou como igualdade liberal, inspirada numa concepção jusracionalista, e a segunda como igualdade jurídico-material, ligada a uma atitude crítica sobre a ordem social e económica existente e à consciência da necessidade e da possibilidade de a modificar (seja qual for a orientação política que se adopte). As duas distinguem-se sobretudo em dois momentos ou planos: o da atribuição dos direitos em igualdade e o da fixação das incumbências do estado e da sociedade organizada perante as condições concretas das pessoas. Os direitos são os mesmos para todos; mas, como nem todos se acham em condições de igualdade para os exercer, é preciso que essas condições sejam criadas ou recriadas através da transformação da vida e das estruturas dentro das quais as pessoas se movem. Vide, ainda, NORBERTO BOBBIO, *Igualdad y libertad*, tradução de Pedro Aragón Rincón, Ed. Paidós, 1993, págs. 79 e ss.

¹⁰⁰ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2007, anot. ao artigo 13.º, pág. 337, I. Nas palavras de JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, págs. 104 e 105. “Assim sendo, em nome da justiça distributiva e da igualdade material, o legislador do Estado social pode, ou, até, deve, compensar as situações de desigualdade fáctica e repor ou criar as condições de uma verdadeira desigualdade. E pode fazê-lo mesmo que, para tanto, seja necessário introduzir factores dinâmicos de compensação ou equalização que, no imediato, se traduzem em tratamentos privilegiados — e não apenas diferenciados — em favor dos que, por força de discriminações sistematicamente sofridas ao longo dos tempos e dos preconceitos e inércias sociais, são vítimas, à partida, de desvantagens fácticas tão profundamente enraizadas que não lhes permitem a obtenção de resultados iguais apenas através da garantia de igualdade de oportunidades. JORGE MIRANDA, *Manual de direito Constitucional IV*, 5.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, págs. 274 e ss, caracteriza a constituição como um sistema complexo em que se deparam decorrências puras e simples da igualdade jurídica, preceitos de diferenciação em função de diferença de circunstâncias, imposições derivadas de igualdade social e discriminações positivas. Sobre a proibição do arbítrio, FERNANDO ALVES CORREIA, *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Almedina, Coimbra, 1997, págs. 421 e ss.

NOVAIS¹⁰¹, “determinar o que é igual ou desigual exige o recurso a selecção de características e escolha de termos de comparação não intersubjectivamente reconhecíveis de forma indiscutível e comprovável; por outro lado, determinar qual a justa medida de diferenciação ou da equiparação entre o que é, respectivamente, desigual ou igual, envolve valorações e avaliações essencialmente pessoais que nunca podem pretender uma adesão universal”. Como se diz no artigo 13.º, n.º 1, da Constituição: “todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”. É porque todos têm igual dignidade que devem ser tratados como iguais. Assim, e em primeiro lugar, só são admissíveis as diferenciações fundamentadas em critérios que não ponham em causa a igual consideração e respeito devidos a todas as pessoas. Todas as diferenciações “que se baseiem exclusivamente em atributos sobre os quais as pessoas não têm qualquer possibilidade de controlo ou em opções individuais sobre planos de vida e orientações que as pessoas são livres de formar, atentam contra a igual dignidade das pessoas e, enquanto tal, são ilegítimas à luz da Constituição de Estado de Direito”.

As decisões mais recentes do Tribunal Constitucional continuam a assinalar correctamente que o princípio da igualdade obriga a que se trate por igual o que for necessariamente igual e como diferente o que for essencialmente diferente, *não impedindo a diferenciação de tratamento*¹⁰², mas apenas as discriminações arbitrárias, irrazoáveis, ou seja, as distinções de tratamento que não tenham justificação e fundamento bastante¹⁰³. O ponto central da discussão em torno do princípio da igualdade reconduz-se, assim, à questão de saber se existe fundamento material bastante para diferenciações de tratamento jurídico¹⁰⁴.

Se o princípio da igualdade é um princípio de conteúdo pluridimensional, postula as exigências de obrigar a um tratamento igual das *situações de facto iguais* e a um tratamento desigual das *situações de facto desiguais*, proibindo, inversamente, o *tratamento desigual das situações iguais* e o *tratamento igual das situações desiguais*. Numa fórmula curta, a obrigação da igualdade de tratamento exige que “aquilo que é igual seja tratado igualmente, de acordo com o critério da sua igualdade, e aquilo que é desigual

¹⁰¹ JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, págs. 109-110.

¹⁰² Cfr. os Acórdãos TC n.º 186/90 (passagem à reserva de oficiais do exército), 187/90 (cálculo da indemnização) e 188/90 (tratamento diferenciado de credores), [Relator: ALVES CORREIA], de 6 de Junho, onde se afirma que “o princípio da igualdade, entendido como limite objectivo da discricionariedade legislativa, não veda à lei a realização de distinções. Proíbe-lhe, antes, a adopção de medidas que estabeleçam distinções discriminatórias, ou seja, desigualdades de tratamento materialmente infundadas, sem qualquer fundamento razoável (*vernünftiger Grund*) ou sem qualquer justificação objectiva e racional. Numa expressão sintética, o princípio da igualdade, enquanto princípio vinculativo da lei, traduz-se na ideia geral de proibição do arbítrio (*Willkürverbot*)”. No mesmo sentido, o Acórdão TC n.º 349/91 [Relator: ALVES CORREIA], de 3 de Julho (impehorabilidades), Acórdão TC n.º 409/99 [Relator: VÍTOR NUNES DE ALMEIDA], de 29 de Junho; e o Acórdão TC 509/2002 [Relator: NUNES DE ALMEIDA], de 18 de Dezembro (sobre o rendimento social de inserção).

¹⁰³ Cfr. Acórdão TC n.º 181/87 [Relator: MÁRIO AFONSO], de 20 de Maio (cálculo de pensão): “*tal proibição [de discriminação em função do sexo] não significa que não possa haver desigualdade de tratamento entre o homem e a mulher. O que ela traduz é que não se podem estabelecer diferenças de tratamento que sejam arbitrárias. É, todavia, perfeitamente admissível e, até, necessário estatuir normas que atendam às peculiaridades do sexo*”. Acórdão TC n.º 187/2001 [Relator: PAULO MOTA PINTO], 2 de Maio: “É sabido que o princípio da igualdade, tal como tem sido entendido na jurisprudência deste Tribunal, não proíbe ao legislador que faça distinções – proíbe apenas diferenciações de tratamento sem fundamento material bastante, sem uma *justificação razoável*, segundo critérios objectivos e relevantes”. Cfr. BERNARD WILLIAMS, “The Idea of Equality”, in *Problems of the Self*, CUP, 1973, pág. 231, sobre a fundamentação da diferenciação.

¹⁰⁴ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2007, anot. ao artigo 13.º, pág. 340-341, VI.

seja tratado desigualmente, segundo o critério da sua desigualdade¹⁰⁵. É neste sentido que o legislador ordinário está vinculado no âmbito da sua conformação legislativa. Nas palavras de JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS: toda a lei ordinária deve obedecer ao princípio da igualdade, “tanto nas suas precipitações imediatas de igualação e diferenciação como no seu conteúdo geral”¹⁰⁶.

O legislador nacional, ao estabelecer para os unidos de facto sobrevividos um regime de protecção de casa de morada estruturalmente semelhante àquele definido para o casamento, tratou de forma igual o que é substancialmente desigual e violou o princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da CRP¹⁰⁷. Casamento e união de facto são realidades vivenciais distintas; equipará-las após a morte, à custa da autonomia e do património do unido falecido, é um artifício que não se coaduna com a ordem de valores estabelecida pela nossa Constituição.

O legislador equiparou o que é, de facto, diferente. Mas fê-lo com um fundamento razoável? Podemos nós dizer que a igualdade de tratamento no caso concreto tem justificação e fundamento material bastante? É certo que apontámos acima que a união de facto, bem como o casamento, cabem no âmbito de protecção do artigo 67.º da CRP. Mas, salientámos na altura, o regime a definir pelo legislador sempre terá de considerar a *fundamentalidade* de cada uma destas relações. A submissão ao estatuto formal do casamento – que implica a sujeição dos cônjuges a um conjunto de direitos e deveres¹⁰⁸, ao estabelecimento de relações familiares com o cônjuge e os seus parentes, a um regime patrimonial do casamento, com o seu regime de bens, com o regime específico de administração dos bens e da responsabilidade por dívidas, à solidariedade pós-conjugal resultante da obrigação de alimentos, etc.- que está ausente da união de facto, por esta ser a expressão da liberdade autodeterminada dos unidos, quer aquando do estabelecimento da relação, quer durante o tempo em que esta durou, impede que se considere como materialmente fundada não só a igualação da protecção conferida ao unido de facto com aquela de que beneficia o cônjuge, mas, e sobretudo, a atribuição de uma posição ao unido de facto que, na prática, se vem a revelar *como mais vantajosa* do que aquela de que ele mesmo beneficiaria se fosse cônjuge.

¹⁰⁵ Acórdão TC n.º 186/90 [Relator: ALVES CORREIA], de 6 de Junho (passagem à reserva de oficiais do exército).

¹⁰⁶ JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, anot. ao artigo 13.º, pág. 124, VI.

¹⁰⁷ Cfr. o Acórdão TC n.º 425/87 [Relator: MONTEIRO DINIZ], de 4 de Novembro (denúncia do contrato de arrendamento): “O âmbito de protecção do princípio da igualdade abrange diversas dimensões: proibição do arbítrio, sendo inadmissíveis, quer a diferenciação de tratamento sem qualquer justificação razoável, de acordo com critérios de valor objectivos constitucionalmente relevantes, quer a identidade de tratamento para situações manifestamente desiguais”. Cfr., ainda, o Acórdão TC n.º 47/2010 [Relatora: MARIA LÚCIA AMARAL], de 3 de Fevereiro (benefícios fiscais): “só podem ser censuradas, com fundamento em lesão do princípio da igualdade, as escolhas de regime feitas pelo legislador ordinário naqueles casos em que se prove que delas resultam diferenças de tratamento entre as pessoas que não encontrem justificação em fundamentos razoáveis, perceptíveis ou inteligíveis, tendo em conta os fins constitucionais que, com a medida da diferença, se prosseguem”, seguido depois pelo Acórdão TC n.º 187/2013 [Relator: FERNANDES CADILHA], de 5 de Abril e pelo Acórdão TC n.º 413/2014 [Relator: CARLOS FERNANDES CADILHA], de 30 de Maio (normas do OE 2014).

¹⁰⁸ JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, anot. ao artigo 67.º, pág. 693, IV: A Constituição, no artigo 67.º, impõe ao Estado um conjunto de incumbências destinadas a proteger, pela positiva, a família e a vida familiar. A imposição constitucional de um dever de protecção da família – associada ao reconhecimento de que todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento (artigo 36.º, n.º 1) – tem, no entanto, pressuposta a imposição de desvantagens – ou de negação de vantagens – àqueles que optaram por constituir família ou contrair casamento.

Estamos perante violações por excesso de protecção, quando o Estado conceda a certa categoria de pessoas ou de situações uma protecção descabida, desproporcionada em face dos interesses constitucionalmente protegidos e que se traduza em verdadeiro privilégio em relação a outra ou outras categorias. Trata-se de um fenómeno aparentemente próximo da discriminação positiva, com a diferença de que esta é justificada, funda-se em fins assumidos pela Constituição e almeja alcançar uma igualdade de facto das pessoas (artigo 9.º, alínea d)), ao passo que o excesso de protecção, pelo contrário, agrava as desigualdades de direito e de facto e revela-se incoerente no plano global do sistema.¹⁰⁹ No caso de excesso, justifica-se falar em desproporcionalidade positiva; no caso de défice de protecção em desproporcionalidade negativa¹¹⁰.

A questão do controlo da actividade legislativa face à assunção de uma concepção material conduz inevitavelmente a um padrão de controlo da observância do princípio da igualdade em que o julgador é inevitavelmente remetido para juízos de valoração que incidem sobre os fundamentos ou os critérios que pretendem justificar, em caso de igualdade de tratamento, a equiparação produzida. Ora, desse ponto de vista, tendo sobretudo em conta o amplo espaço de conformação que deve ser reconhecido ao legislador democrático, a resposta mais comum vai no sentido de uma autocontenção judicial que, todavia, conhece várias gradações, que vão de uma visão minimalista do papel do juiz neste domínio – o juiz só pode invalidar as diferenciações arbitrárias, aquelas para as quais o legislador não pode apresentar qualquer fundamentação ou, pelo menos, qualquer fundamentação compatível com os critérios constitucionais e onde não haja um mínimo de coerência entre os objectivos prosseguidos e os resultados previsíveis ou verificados¹¹¹. A proibição do arbítrio constitui um limite externo da liberdade de conformação ou de decisão dos poderes públicos, servindo o princípio da igualdade como princípio negativo do controlo. Na verdade, a protecção do unido sobrevivo relativamente à casa de morada é uma política legislativa de bondade indiscutível. Mas, na aplicação em concreto do artigo 5.º, da Lei n.º 7/2001, em que os tribunais sejam chamados a decidir, deverão fazer uma concretização da norma de acordo com a Constituição – em particular, com o respeito pelo princípio da igualdade, que proíbe a igualação de situações de facto distintas entre si, tendo em consideração a liberdade de transmissão do *de cuius*, bem como o seu direito ao livre

¹⁰⁹ JORGE MIRANDA, *Manual de direito Constitucional IV*, 5.ª edição, Coimbra Editora, 2012, págs. 309 e 310.

¹¹⁰ Seguimos GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 273.

¹¹¹ Segundo JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, págs. 112 e ss, o princípio da igualdade identifica-se com o princípio do arbítrio –, que transforma redutoramente a igualdade em apelo virtuoso: o igual não deve ser arbitrariamente tratado como desigual, passando por modelações desta fórmula que, introduzindo uma maior densidade no controlo, todavia conferem ao legislador a mais ampla margem de conformação (o *essencialmente* igual não deve ser tratado desigualmente; o *essencialmente* igual não deve ser *arbitrariamente* tratado como desigual ou como *essencialmente* desigual). “*Aquele minimalismo ou autocontenção judicial extrema que resulta da identificação prática entre princípio da igualdade e proibição do arbítrio encontra, então, uma primeira correcção: há tipos de diferenciação tão repetidamente identificados com discriminações repudiáveis à luz dos princípios do Estado de Direito que se presumem, à partida, como arbitrários ou injustificados. (...) Se o legislador só puder alegar razões fundadas exclusivamente nesses factores suspeitos, a diferenciação é tida como constitucionalmente ilegítima; se, diferentemente, o legislador puder demonstrar que, apesar da associação à categoria suspeita, a diferenciação é essencialmente determinada por outras razões justificadas ou por necessidades de compensação ou promoção de uma igualdade real no próprio domínio dessa categoria, então aquela presunção é ilidida*”.

desenvolvimento da personalidade. A solução a chegar passará, então, pela análise da vontade hipotética ou concreta do *de cuius* relativamente àquela situação específica. Nos casos em que o unido de facto exclui da habitação, propriedade do falecido ou compropriedade de ambos, pessoas que com eles viviam, em manifesto desacordo com o que seria a vontade do *de cuius*, cabe averiguar da aplicabilidade ao caso concreto de institutos do direito privado como o abuso do direito ou os bons costumes.

Cabe ainda referir, se bem que agora já fora do âmbito da (in)constitucionalidade, o desvio intra-sistémico relativamente à forma exigida para a criação e delimitação da duração do direito real de habitação e de uso do recheio ou do direito de uso exclusivo a favor do unido sobrevivente. O legislador faz determinar a duração do direito por referência à duração da união de facto. O artigo 2.º-A da Lei n.º 7/2001, na redacção em vigor, determina como princípio geral, na falta de disposição legal ou regulamentar que exija prova documental específica, que a união de facto se prova por qualquer meio legalmente admissível¹¹². O n.º 4, desta mesma disposição, prevê que no caso de morte de um dos membros da união de facto, a prova se faça por *declaração emitida pela junta de freguesia atestando que o interessado residia há mais de dois anos com o falecido, à data do falecimento*, que deve ser acompanhada de *declaração do interessado, sob compromisso de honra, de que vivia em união de facto com o falecido há mais de dois anos, à mesma data, de certidão de cópia integral do registo de nascimento do interessado e de certidão do óbito do falecido*. Significa isto que a concreta duração da união de facto¹¹³, naquilo que excede dois anos, resulta da declaração do unido sobrevivente interessado, ainda que assinada sob compromisso de honra e sujeitas as falsas declarações a punição penal¹¹⁴.

O artigo 2050.º, n.º 1, do CC – segundo o qual o domínio e a posse dos bens da herança se adquirem pela aceitação¹¹⁵, independentemente da sua apreensão material

¹¹² Como sublinha TELMA CARVALHO, “A união de facto: a sua eficácia jurídica”, in FDUC, *Celebrações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, vol. I – Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pág. 237, o acordo na união de facto é um acordo íntimo, um acordo feito entre os dois unidos, não reconhecido administrativamente por nenhuma entidade estadual. GUILHERME DE OLIVEIRA, “Notas sobre a Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto (Alteração à Lei das Uniões de Facto)”, *Lex Familiae* 14 (2010), págs. 142 e 143, explica que: “No que diz respeito à prova da união de facto, ou se previa um Registo nas Conservatórias do Registo Civil – dando assim um estatuto ‘oficial’ à relação informal; ou se previa um regime de prova simples, adequada a cada caso. O regime adoptado afirma que a prova é livre, por qualquer meio; mas sugere-se a apresentação de um atestado da Junta de Freguesia”. Corresponde ao regime da Portaria 701/2006, de 13 de Julho, sobre o procedimento de inscrição na ADSE; a cominação de sanção penal reproduz o artigo 34.º do DL 135/99, de 22 de Abril (medidas de modernização administrativa).

¹¹³ Sobre a prova da união de facto, ver FRANÇA PITÃO, *Uniões de facto e economia comum*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 77, entende que a declaração da Junta de Freguesia “por si só, não faz prova de que os companheiros estejam em condições de beneficiar dos direitos atribuídos à união de facto, mas tão só comprova que adoptaram a mesma residência”.

¹¹⁴ GUILHERME DE OLIVEIRA, “Notas sobre a Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto (Alteração à Lei das Uniões de Facto)”, *Lex Familiae* 14 (2010), págs. 142 e 143: “O argumento de que a prova, nos termos referidos, é frágil e permite fraudes não parece suficiente para abandonar o regime. A verdade é que, não adoptando um ‘registo’ oficial da união de facto, as alternativas recaem: ou se exigia que a prova dos factos fosse feita nos tribunais, ou se aceitava a prova por qualquer meio, incluindo a declaração emitida pela Junta de Freguesia. A primeira hipótese significaria jurisdicionalizar todos os diferendos e todas as pretensões; a segunda hipótese – que foi adoptada – tem a consistência que resulta das incriminações penais, segundo as regras comuns que valem para muitas áreas da vida social”. Vide o artigo 256.º do CP, sobre falsificação ou contrafacção de documento.

¹¹⁵ Os herdeiros legítimos têm apenas uma expectativa jurídica, tutelada pelo direito (seja pelo regime da inoficiosidade, seja pelo regime da colação), de virem a receber à morte do *de cuius* a legítima que lhes é atribuída. Cfr. F. M. PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, polic., Coimbra, 1992, pág. 145; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Sucessões – Noções fundamentais*, 6.ª edição (reimp), Coimbra Editora, Coimbra, 1996, pág. 109; DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.ª edição (5.ª reimpressão), Almedina, Coimbra, 1997, pág. 546; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Sucessões*, 5.ª

– consagrou a doutrina da aquisição sucessória mediante aceitação (após a aceitação e por força dela), cujos efeitos retroagem à data da abertura da sucessão¹¹⁶. Com a aceitação da herança, dá-se, pois, a transmissão da propriedade para o(s) herdeiro(s)¹¹⁷. Significa isto que a constituição do direito real de uso e habitação do morador usuário, ou o exclusivo do unido sobrevivivo, é já constituído como restrição legal ao direito de propriedade do(s) herdeiro(s).

Admitindo a prova não jurisdicionalizada da existência e da duração da união de facto, e referindo a duração do direito dela a constituir, ou a expansão dos poderes de uso do comproprietário, à duração da união de facto, o legislador desviou-se, em muito, do regime geral da constituição e transmissão dos direitos reais, que são a sentença judicial, a usucapião ou o acordo das partes (na propriedade horizontal, o acto unilateral do proprietário que divide o prédio). Recordemos que, até 2008, a constituição de direitos reais sob forma negocial estava sujeita a escritura pública e só a partir dessa data passou a admitir-se a criação por documento particular certificado.

O princípio da segurança jurídica exige segurança na realização do direito, que as restrições legais sejam claras e precisas, ou seja, demanda a calculabilidade e previsibilidade dos sujeitos em relação aos actos que afectam os seus direitos. Sobretudo no campo da criação dos direitos reais, em que a ordenação dominial é forte nos seus efeitos, necessário se torna garantir aos indivíduos cujos direitos serão restringidos, segurança nas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos de terceiros¹¹⁸. Um acto legislativo que não contenha uma disciplina suficientemente concreta (densa, determinada) – no sentido de permitir a restrição do direito de propriedade do *de*

edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pág. 107; EDUARDO DOS SANTOS, *Direito das Sucessões*, Vega, Lisboa, 1998, págs. 187 e ss; RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pág. 141; CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 70-71.

MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 633, considera que a norma da Constituição que garante a propriedade, garante também a transmissão *mortis causa* dos bens. Ora, não faz sentido deixar de abranger simultaneamente nesta última garantia a posição do transmitente e a do transmissário e daí que, na opinião do autor, a mesma inclua, como posição jusfundamental subjectiva, tanto a liberdade do autor da herança de deixar os seus bens, como a liberdade de herdar dos seus herdeiros.

¹¹⁶ Retirando efeito prático ao confronto entre as doutrinas da aquisição sucessória *ipso iure* e da aquisição mediante a aceitação.

¹¹⁷ F. M. PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, polic., Coimbra, 1992, págs. 155 e ss; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Sucessões*, 5.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, págs. 436 e ss. Também no direito romano, a aquisição da herança por parte dos efeitos voluntários ocorria por efeito da *aditio*. Veja-se ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano V – Direito das Sucessões e Doações*, Studia Iuridica 97, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, págs. 70 e ss.

¹¹⁸ Acórdão TC n.º 273/04 [Relator: GIL GALVÃO], 20 de Abril (acção pauliana). Como se escreve no Acórdão TC n.º 215/00: “*de facto, a segurança de que o homem necessita para planear e reger toda a sua vida de forma responsável e com respeito pelos fins comunitários é um dos elementos constitutivos do Estado de Direito e que se deduz do artigo 2.º da Constituição*”. O princípio geral da segurança jurídica ínsito no princípio do Estado de Direito prevê que qualquer cidadão possa, de antemão, saber que aos actos que praticar ou negócios que realizar se ligam determinados efeitos, mas também que os actos que os outros pratiquem, incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas decorrentes de normas jurídicas em vigor, garantem fiabilidade, clareza e transparência.

A segurança jurídica postula o princípio da precisão ou determinabilidade dos actos normativos, ou seja, a conformação material e formal dos actos normativos em termos linguisticamente claros, compreensíveis e não contraditórios. Nesta perspectiva se fala de princípios jurídicos de normação jurídica concretizadores das exigências de *determinabilidade, clareza e fiabilidade da ordem jurídica* e, consequentemente, da segurança jurídica e do Estado de direito. Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 258, e, no mesmo sentido, JOSÉ CASALTA NABAIS, *O dever fundamental de pagar impostos*, Almedina, Coimbra, 1998 (3.ª reimpressão, de 2012), pág. 395.

cuius por uma duração que será em grande medida determinada pela declaração do seu beneficiário, o unido sobrevivo – não oferece uma medida jurídica capaz de proteger eficazmente as posições jurídicas dos cidadãos.¹¹⁹

Em síntese, somos da opinião de que o legislador, ao estabelecer para os unidos de facto sobrevividos um regime de protecção de casa de morada estruturalmente semelhante àquele definido para o casamento, tratou de forma igual o que é substancialmente desigual e violou o princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da CRP. Ao não considerar a *fundamentalidade* de cada uma destas relações e ao conferir ao unido de facto uma posição que, na prática, se vem a revelar *como mais vantajosa* do que aquela de que beneficiaria se fosse cônjuge, o legislador incorreu num *excesso de protecção*.

Numa correcta aplicação do artigo 5.º da Lei 7/2001, no sentido da constituição de um direito de uso e de habitação ao unido sobrevivo, ou a atribuição do uso exclusivo ao unido comproprietário, o intérprete está particularmente vinculado à compreensão que o artigo 62.º, lido conjuntamente com o artigo 26.º da CRP, lhe fornece, ou seja, aos seus programas e domínios normativos. A realidade da vida objecto de ordenação pelo artigo 5.º da Lei 7/2001 exigirá, pois, uma coordenação material entre a política de protecção que o legislador pretendeu implantar e o âmbito da realidade objecto de decisão, que o julgador formulará como a melhor expressão da razão prática.

¹¹⁹ Vide GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 258. Isto, sem prejuízo, como sublinha JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pág. 262, da possibilidade e até da necessidade de o legislador recorrer normalmente a cláusulas gerais e conceitos indeterminados. A determinabilidade das leis ganha particular acuidade no domínio das leis restritivas ou de leis autorizadas de restrição. Ver Acórdão TC n.º 458/93 [Relator: ARMINDO RIBEIRO MENDES], de 12 de Agosto (segredo de Estado): “O princípio da precisão ou determinabilidade das leis implica que o legislador elabore normas jurídicas claras, susceptíveis de interpretação que conduza a um sentido inequívoco, e que tenham a suficiente densidade, de forma a constituírem uma medida jurídica capaz de alicerçar posições juridicamente protegidas dos cidadãos” (sublinhado no original).

2. Partilha em caso de divórcio (artigo 9.º da Lei 61/2008)

No campo do Direito da Família e das Crianças, a neutralidade legislativa é impossível. A lei reflecte sempre ideologias, concepções de vida¹²⁰. Alinhada com as mais recentes tendências europeias na matéria¹²¹, a recente Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, veio alterar profundamente o regime jurídico do divórcio em Portugal, ao *colocar os afectos no centro da relação matrimonial*¹²², e ao determinar a dissolução do vínculo quando *os laços de rompem* e o casamento *deixa de ser fonte de realização e satisfação dos cônjuges*.

¹²⁰ Cfr. JORGE DUARTE PINHEIRO, “Ideologias e ilusões no regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. III, coordenação de JOSÉ LEBRE DE FREITAS ET AL., Almedina, Coimbra, 2011, pág. 475.

¹²¹ Cfr. os *Principles on Divorce and Maintenance between Former Spouses* segundo a Commission on European Family Law, disponíveis em <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-English.pdf>. Sobre a harmonização no Direito da Família, vide MARIA ROSARIA MARELLA, “The Non-Subversive Function of European Private Law: The Case of Harmonization of Family Law”, *European Law Journal* 12 (2006), págs. 78 e ss. Vide, ainda, MARY ANN GLENDON, *The Transformation of Family Law*, The University of Chicago Press, 1989, págs. 148 e ss.

¹²² Como resulta da exposição de motivos do Projecto de Lei n.º 509/X, “[I]berdade de escolha e igualdade de direitos e de deveres entre cônjuges, afectividade no centro da relação, plena comunhão de vida, cooperação e apoio mútuo na educação dos filhos, quando os houver, eis os fundamentos do casamento nas nossas sociedades”, numa modernidade que “assenta na ideia transformadora da capacidade de cada indivíduo e na procura da realização pessoal traduzidas, no plano do casamento, na valorização das relações afectivas em detrimento das imposições institucionais e na aposta no bem-estar individual como condição necessária para o bem-estar familiar”. O legislador convocou, para justificação do novo regime, os três grandes movimentos que foram ocorrendo no decurso do século XX e, mais particularmente, nos seus últimos quarenta anos: sentimentalização, individualização e secularização.

Para identificar o processo da *sentimentalização*, o legislador invocou a análise diacrónica das práticas da vida conjugal e familiar nas últimas décadas, para inevitavelmente concluir que os afectos estão no centro da relação conjugal e na relação pais-filhos. Assim, e não excluindo a existência de outras dimensões importantes da conjugalidade e da vida familiar, “como a dimensão contratual, a económica e a patrimonial, que obviamente também é necessário ter em consideração, é no entanto inequívoco ser a dimensão afectiva o núcleo fundador e central da vida conjugal”.

A *individualização* é entendida como a liberdade de assumir para si, aceitando também para os outros, “a escolha de modos próprios de encarar e viver a vida privada”. O legislador lembrou Durkheim e a gradual afirmação dos direitos dos indivíduos na esfera familiar como elemento central do que aquele considera ser a família conjugal moderna, em que “os indivíduos são mais importantes do que as coisas”, numa perspectiva de valorização do bem-estar individual e familiar em detrimento das lógicas patrimoniais. Mas o percurso dos processos de individualização ao longo do século XX vem ainda introduzir novos elementos: “A afirmação da igualdade entre homens e mulheres é outro sinal da individualização que se reflecte de forma directa no casamento e o transforma numa ligação entre iguais. Maior liberdade na vida privada, mais margem de manobra individual quanto à condução da vida conjugal e familiar, maior afirmação dos direitos individuais numa relação entre pares centrada fundamentalmente nas lógicas afectivas, são adquiridos da modernidade” (lembramos as palavras de DIOGO LEITE DE CAMPOS, “Dos contratos de relação às relações de associação”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. II, coordenação de JOSÉ LEBRE DE FREITAS ET AL., Almedina, Coimbra, 2011, pág. 220, para quem o divórcio faz “parte de uma zona do Direito da Família deixada aos interesses de cada um”).

Quanto à *secularização*, o legislador clarificou que o que estava em causa não era necessariamente o abandono das referências religiosas, mas antes uma retracção destas para esferas mais íntimas e assumindo dimensões menos consequenciais em outros aspectos da vida. Como escreveu GUILHERME DE OLIVEIRA, “Transformações do direito da família”, in FDUC, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, vol. I – Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pág. 765: “Tem-se tornado nítida a perda do valor do estado e da Igreja como instância legitimadora da comunhão de vida e nota-se uma crescente rejeição das tabelas de valores e dos ‘deveres conjugais’ predeterminados por qualquer entidade externa aos próprios conviventes. A ‘família auto-poiética’ pode receber estímulos do exterior mas todas as informações recebidas serão reelaboradas de acordo com as modalidades internas de comunicação”. Sobre o processo de secularização do casamento civil, veja-se JÓNATAS MACHADO, em “A (in)definição do casamento no estado constitucional – fundamentos meta-constitucionais e deliberação democrática”, em CDF/IGC, *Família, consciência, secularismo e religião*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, págs. 14 e ss.

Com a Reforma de 2008, consagrou-se no nosso ordenamento jurídico o sistema de *divórcio ruptura* (*Zerrüttungsprinzip; divorce-faillite, irretrieveable breakdown*), em que o fundamento do divórcio é a *falência da comunhão* conjugal, e em que, na dissolução do casamento, *se abstrai de qualquer declaração de culpa*, bem como das sanções patrimoniais acessórias aplicadas em função da determinação dessa culpa¹²³. Num modelo puro de divórcio-constatação da ruptura do casamento¹²⁴, o divórcio é permitido onde quer que se verifique uma ruptura do casamento,¹²⁵ admitindo a lei que o divórcio seja requerido por ambos os cônjuges ou só por um deles¹²⁶ sem

¹²³ Considerando que o instituto do divórcio se encontrava preso a atávicos conceitos moralizadores e castradores, de que a culpa, o seu estabelecimento e graduação em termos de responsabilização pela falência do vínculo conjugal, seria o mais evidente, ver FIDÉLIA PROENÇA DE CARVALHO, “O conceito de culpa no divórcio – crime e castigo”, in FDUC, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, vol. I – Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pág. 585. GUILHERME DE OLIVEIRA, “A nova lei do divórcio”, *Lex Familiae* 13 (2010), pág. 6, ensina que a abolição da culpa na dissolução do casamento se insere na tendência para desdramatizar o divórcio, “*ao evitar que os cônjuges procurem inventariar e provar o pior que aconteceu no seu casamento, causando ainda maiores danos a si próprios e aos filhos*”.

¹²⁴ No mesmo sentido, FIDÉLIA PROENÇA DE CARVALHO, “O conceito de culpa no divórcio – crime e castigo”, in FDUC, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 35 anos da Reforma de 1977, vol. I – Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pág. 587 – considera que é indissociável do conceito de divórcio-sanção uma certa ideia de justiça conjugal, traduzida numa apreciação do passado matrimonial dos cônjuges com reflexos no seu futuro.

Na categorização tradicional, encontramos quatro modelos possíveis de divórcio: o divórcio sanção; o divórcio remédio; o divórcio ruptura e o divórcio unilateral. No regime de *divórcio sanção*, o divórcio pressupõe um acto ou procedimento culposo de algum dos cônjuges, constituindo a sanção contra esse acto ou procedimento. O cônjuge vítima pede o divórcio contra o cônjuge culpado, direito esse que se extingue se houver perdão. Num sistema de *divórcio remédio*, o divórcio pressupõe uma situação de crise do matrimónio, um estado de vida conjugal intolerável, que o divórcio vem remediar, independentemente de a crise do matrimónio provir de culpa de algum dos cônjuges ou se dever a causas puramente objectivas, por caso fortuito (*lato sensu*). Em qualquer uma das situações, o divórcio não visa castigar o culpado mas apenas remediar ou prover à situação de crise objectivamente considerada. No entanto, pelo facto de ser um remédio, libertador de um cônjuge inocente, não impede a declaração de cônjuge culpado. O *divórcio constatação da ruptura* do casamento implica que a dissolução do casamento resulte da constatação do fracasso do projecto de vida assumido pelos cônjuges. Não se trata apenas, nem principalmente, do comportamento ou da condição pessoal do outro cônjuge, mas de uma situação que pode ser devida a qualquer dos cônjuges e até em maior medida ao cônjuge que requer o divórcio. O que importa é a existência de uma situação de ruptura da comunhão de vida, objectivamente considerada e que o divórcio deve pura e simplesmente constatar. Por último, no *divórcio unilateral*, admite-se a ruptura unilateral do casamento, por um simples acto de vontade de um dos cônjuges. Ainda que se trate sempre de um repúdio controlado e balizado por lei, este divórcio parte da assumpção de que o casamento só existe e só deve continuar, enquanto existir um mútuo *affectio maritalis*. Sobre esta matéria e a crítica aos diversos sistemas, ver PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família I*, 4.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, págs. 616 e ss.

¹²⁵ JORGE DUARTE PINHEIRO, “Ideologias e ilusões no regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. III, coordenação de JOSÉ LEBRE DE FREITAS ET AL., Almedina, Coimbra, 2011, pág. 479, considera que a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, reforçando a liberdade de desvinculação, mediante alteração ao regime dos pressupostos e dos efeitos do divórcio, deu mais um passo no sentido da ideologia do “*casamento enquanto restrição aos direitos fundamentais*”.

¹²⁶ Nos termos do artigo 1785.º, n.º 1, o divórcio pode ser requerido por qualquer dos cônjuges com o fundamento das alíneas a) (separação de facto) e d) (quaisquer factos que objectivamente indiciem ruptura definitiva do casamento) do artigo 1781.º. Com os fundamentos das alíneas b) e c) do mesmo artigo, só pode ser requerido pelo cônjuge que invoca a alteração das faculdades mentais ou a ausência do outro. Quando o cônjuge que pode pedir o divórcio estiver interdito, a acção pode ser intentada pelo seu representante legal, com autorização do conselho de família; quando o representante legal seja o outro cônjuge, a acção pode ser intentada, em nome do titular do direito de agir, por qualquer parente deste na linha recta ou até ao 3.º grau da linha colateral, se for igualmente autorizado pelo conselho de família (n.º 2). Nos termos do n.º 3 da mesma disposição, o direito ao divórcio não se transmite por morte, mas

qualquer condicionamento ou limitação, de prazo ou outros. A relação conjugal torna-se, nas palavras de GUILHERME DE OLIVEIRA¹²⁷, uma “*relação pura*”, “*baseada no compromisso permanente e na gratificação renovada, que contém em si o acordo prévio sobre a sua dissolução*”.

As alterações introduzidas pela Lei n.º 61/2008 ao regime jurídico do divórcio situaram-se ao nível das modalidades¹²⁸, das causas e dos efeitos do divórcio. No

a acção pode ser continuada pelos herdeiros do autor para efeitos patrimoniais, se o autor falecer na pendência da causa; para os mesmos efeitos, pode a acção prosseguir contra os herdeiros do réu.

¹²⁷ GUILHERME DE OLIVEIRA, “Transformações do direito da família”, in FDUC, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, vol. I – Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pág. 765. Trata-se de uma relação entre dois “*estranho íntimos*”, de “*construir ‘a menos estável de todas as relações possíveis’, que diariamente tem de julgar e escolher os seus passos*”. Como decidiu o Ac. STJ, de 9 de Fevereiro de 2012 [Processo: 819/09.7TMPRT.P1.S1], “*V – A família transforma-se num espaço privado, de exercício da liberdade própria de cada um dos seus membros, na prossecução da sua felicidade pessoal, livremente, entendida e obtida, deixando o casamento de assumir, progressivamente, um carácter institucional, maxime, sacramental, sobretudo na componente da afirmação jurídico-estadual da sua perpetuidade e indissolubilidade, para passar a constituir uma simples associação de duas pessoas, que buscam, através dela, uma e outra, a sua felicidade e realização pessoal, e em que a dissolução jurídica do vínculo matrimonial se verifica quando, independentemente da culpa de qualquer dos cônjuges, se haja já dissolvido de facto, por se haver perdido, definitivamente, e sem esperança de retorno, a possibilidade de vida em comum*”.

¹²⁸ Nos termos do artigo 1773.º 1, o divórcio pode ser por mútuo consentimento ou sem consentimento de um dos cônjuges. O divórcio por mútuo consentimento pode ser requerido por ambos os cônjuges, de comum acordo, na conservatória do registo civil, se o casal juntar os acordos complementares relativos ao exercício das responsabilidades parentais quando existam filhos menores e não tenha previamente havido regulação judicial (caso em que deve ser entregue certidão da sentença que os tiver regulado), à prestação de alimentos ao cônjuge que deles careça e ao destino da casa de morada de família, referidos no artigo 1775.º, n.º 1. Esta disposição refere ainda que devem acompanhar o requerimento de divórcio a certidão da escritura da convenção antenupcial, caso tenha sido celebrada, mas o sistema informático das Conservatórias já permite obter esta certidão na altura *in loco*. Quanto à relação especificada dos bens comuns, exigida pelo artigo 1775.º, n.º 1, alínea a) (a não ser que os cônjuges optem por proceder à partilha nos termos dos artigos 272.º-A a 272.º-C do Decreto-Lei n.º 324/2007, de 28 de Setembro, em que terão de apresentar o acordo sobre a partilha ou o pedido de elaboração do mesmo), esta relação de bens não é vinculativa. Já para o regime anterior, Ac. STJ, de 2 de Novembro de 2010 [726/08.0TBESP-D.P1.S1]: “*I – A relação especificada dos bens comuns do casal não importa o acordo dos cônjuges quanto à partilha dos respectivos bens, o que significa que se destina, tão-só, a protegê-los contra os riscos de, após o divórcio, virem a ser surpreendidos com a acusação da respectiva omissão. (...) III – Sendo a partilha dos bens do casal uma consequência da cessação das relações patrimoniais entre os cônjuges, a que, obviamente, só se procede, após esta cessação, por mútuo acordo, é, porém, nula quando realizada, na pendência do casamento e antes de findas as relações patrimoniais*”. No actual regime, o Ac. TRL, de 11 de Julho de 2013 [Processo: 3546/10.9TBVFX.L1-7], decidiu que: “*I. O pressuposto de decretamento do divórcio previsto no art.º 1775.º, n.º 1, al. a), do C. Civil é a apresentação do documento relação especificada dos bens comuns e não a existência de acordo quanto aos bens comuns, nada obstando a que dessa relação sejam omitidos bens, que dela conste a declaração de inexistência de acordo quanto a determinados bens ou, até, que cada um dos cônjuges apresente a sua relação especificada de bens comuns, uma vez que os litígios sobre a mesma serão ulteriormente dirimidos no processo próprio*”. Se os cônjuges não chegarem a consenso sobre os acordos complementares (note-se, em abono do carácter não vinculativo da relação de bens, que o legislador só se refere aos acordos), então o divórcio será requerido no Tribunal, no que foi uma inovação importante introduzida pela Lei 61/2008, pois esta situação não estava prevista no regime anterior (os cônjuges só tinham à sua disposição o casamento por mútuo consentimento administrativo ou o divórcio litigioso judicial). O divórcio sem consentimento de um dos cônjuges é requerido no tribunal por um dos cônjuges contra o outro, com algum dos fundamentos previstos no artigo 1781.º. Sobre a evolução das modalidades de divórcio em Portugal, veja-se HEINRICH HÖRSTER, “Evoluções legislativas no Direito da Família depois da Reforma de 1977”, in FDUC, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, vol. I – Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, págs. 66-69, e PATRÍCIA ROCHA, “Divórcio sem culpa”, in FDUC, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, vol. I – Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, págs. 561 e ss..

Outra inovação importante da Lei n.º 61/2008 prende-se com a *mediação familiar*. O artigo 1774.º veio estabelecer que antes do início do processo de divórcio, a conservatória do registo civil ou o tribunal devem informar os cônjuges sobre a existência e os objectivos dos serviços de mediação familiar. Sobre o objectivo da promoção da mediação familiar, veja-se GUILHERME DE OLIVEIRA, “A nova

que diz respeito especificamente às causas do divórcio, a causa de divórcio hoje é a ruptura do casamento, como está explanado no artigo 1781.º, quer na epígrafe do artigo, quer na cláusula geral da alínea d), onde se referem *quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento*. O artigo 1781.º estabelece ainda como fundamentos do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, a separação de facto por um ano consecutivo (*alínea a*)), a alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de um ano e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum (*alínea b*)), e a ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a um ano (*alínea c*)). Também nestes casos, a causa de divórcio é a ruptura da vida em comum, iniciada por alguma das circunstâncias aí referidas: a separação de facto, a ausência, a alteração das faculdades mentais¹²⁹. O legislador ao demarcar estas situações, nas alíneas a), b) e c), está a conferir-lhes um *regime específico*. De facto, *deve o julgador presumir que onde haja a separação de facto – por um ano consecutivo –, a alteração das faculdades mentais do outro cônjuge – quando dure há mais de um ano e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum – ou a ausência – sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a um ano – existe ruptura do casamento*¹³⁰. Em todas

lei do divórcio”, *Lex Familiae* 13 (2010), págs. 6 e 7. LAURA CARDIA VONÈCHE e SYLVIE CADOLLE, “Quand le conflit conjugal est un conflit parental”, em ANDREA BÜCHLER e MARKUS MÜLLER-CHEN (eds.), *Festschrift für Ingeborg Schwenzler zum 60. Geburtstag*, Stämpfli, Berna, 2011, pág. 336, sublinham que os pais em conflito não se afrontam para expiar o sofrimento conjugal, mas muitas vezes porque não têm a mesma visão do interessa da criança e do papel que o pai e a mãe devem desempenhar junto dela. A mediação visa ajudá-los a encontrar compromissos aceitáveis, o que já constitui uma forma meritória de co-parentalidade. É um equívoco recorrente pretender que a mediação familiar visa a reconciliação dos cônjuges. Isso muito raramente acontece. Como escreveu FELISA-MARÍA CORVO LÓPEZ, “La mediación como forma de solución del conflicto familiar”, em EUGENIO LLAMAS POMBO, *Nuevos conflictos delderecho de familia*, La Ley, Madrid, 2009, p. 272, a mediação estriba-se na criação de novos laços que permitam às pessoas em conflito regular as suas relações futuras, alcançando acordos satisfatórios para ambas as partes. Para um breve resumo da evolução da mediação familiar em Portugal, veja-se ROSSANA MARTINGO CRUZ, *Mediação familiar – Limites materiais dos acordos e o seu controlo pelas autoridades*, CDF-Coimbra Editora, Coimbra, 2011, págs. 59 e ss. Sobre a resolução alternativa de litígios e os seus riscos no Direito da Família, chama a atenção STEPHEN CRETNEY, *Principles of Family Law*, 8.ª edição, por J. M. MASSON, R. BAILEY-HARRIS, R. J. PROBERT, Sweet & Maxwell, Londres, 2008, pág. 7.

¹²⁹ Assim, já PEREIRA COELHO, “Divórcio e separação judicial de pessoas e bens”, em *Reforma do Código Civil*, Instituto da Conferência, Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 1981, pág. 34.

¹³⁰ Decidiu bem o Ac. STJ, de 9 de Fevereiro de 2012 [Processo: 819/09.7TMPRT.P1.S1]: “II – A demonstração da ruptura definitiva – presumida no caso das alíneas a), b) e c) do art. 1781.º do CC ao fim de um ano – implicará a prova da quebra grave dos deveres enunciados no art. 1672.º do CC e da convicção de irreversibilidade do rompimento da comunhão própria da vida conjugal. III – No contexto da causa de pedir enunciada na al. d) do art. 1781.º do CC – «quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento» – o tempo ou a duração desses factos releva como elemento de prova da cessação duradoura e irreversível da comunhão conjugal, podendo e devendo ser considerada pelo tribunal ao abrigo do disposto no art. 264.º, n.º 2, do CPC (factos instrumentais que resultem da instrução e discussão da causa). IV – Não obstante a afirmação pelo autor de que tinha deixado o lar conjugal em 29-04-2010 – o que tornaria inviável o pedido se a causa de pedir fosse a separação de facto, posto que a acção foi proposta em Novembro de 2010 –, certo é que o autor alegou, e provou, diversos factos susceptíveis de preencherem a previsão da al. d) do art. 1781.º do CC, sendo igualmente certo que aquando do julgamento da matéria de facto ocorrido em 11-06-2012 esses mesmos factos, reveladores da cessação da vida privada e social em comum, se mantinham”. Ac. TRP, de 14 de Fevereiro de 2013 [Processo: 999/11.1TMPRT.P1]: “A ruptura definitiva do casamento a que alude a alínea d) do art.º 1781.º do Código Civil pode ser demonstrada através da prova de quaisquer factos, incluindo os passíveis de integrar as previsões das alínea a) a c) do mesmo preceito sem a duração temporal nelas prevista, desde que sejam graves, reiterados e demonstrem que, objectiva e definitivamente, deixou de haver comunhão de vida entre os cônjuges”. Cfr., no mesmo sentido, o Ac. TRG, de 14 de Março de 2013 [Processo: 91/10.6TMBRG.G1].

O Ac. TRG, de 11 de Setembro de 2012 [Processo: 250/10.1TMBRG.G1], decidiu um caso em que “a separação deu-se a 17 de Setembro de 2009 e a acção foi proposta a 14 de Abril de 2010, pelo que não se

as outras situações, aquelas que cabem na alínea d) do artigo 1781.º, o requerente tem de *provar a existência de ruptura definitiva* do casamento, *rectius*, alegar e provar os factos que demonstrarão ao tribunal que aquele casamento em concreto, como projecto de vida, falhou *definitivamente*, que se romperam *objectivamente* os laços afectivos entre os cônjuges. Em suma, que aquele casamento, objectivamente, não é mais fonte de felicidade conjugal¹³¹. A prova poderá revelar-se exigente. Como ensinou GUILHERME DE OLIVEIRA, “*devem ser factos objectivos capazes de convencer o tribunal de que os laços matrimoniais se romperam e se romperam definitivamente*”, pois a utilização do artigo 1781.º, alínea d), “*não deve permitir a relevância de factos banais e esporádicos*”¹³², nem está

tinha ainda completado o prazo para a propositura da acção de divórcio com este fundamento e que não decorre da estrutura da acção. Assim sendo, não pode proceder a acção com este fundamento”. Todavia, os factos provados eram os seguintes: “C. Na altura do São João, em 2009, junto à churrasqueira da casa, o réu disse à autora, ‘cala-te, vai pró ****’. D. Em 17.09.2009 a Autora saiu de casa. E. A Autora não pretende reatar a vida em comum”. O Tribunal considerou que para a qualificação dos factos para efeitos da alínea d) do artigo 1681.º, era necessário considerar a expressão proferida pelo réu, a saída de casa por parte da autora e a sua intenção de não reatar a vida em comum. Considerou o Tribunal que: “A expressão ‘cala-te e vai pró ****’ é objectivamente injuriosa, enquanto revela um acto de desprezo por parte do réu relativamente à autora. E proferida pelo cônjuge dirigida ao outro mais ofensiva se torna, atenta a relação afectiva que os une ou deve unir. É uma expressão que revela um mau estar entre os dois cônjuges, que culmina na separação, isto é, na saída de casa por parte da ré, três meses depois, que se tornou definitiva. A ré já não deseja voltar para refazer a vida conjugal. Para ela, o projecto de vida em comum com o réu terminou, ruiu, faliu. Já não há razões para continuar a viver em comunhão de vida com alguém que a não torna feliz. Será que estes factos, conjugados entre si, levam-nos a constatar ou concluir que a relação conjugal se rompeu definitivamente? Estamos perante uma nova concepção de divórcio (divórcio ruptura), que pressupõe uma nova concepção de casamento, que deixou de ser visto como uma instituição perene, duradoura, quase perpétua, para se configurar num acordo de projecto de vida a realizar por duas pessoas com vista à sua realização pessoal, em que a relação afectiva é o fundamento desse projecto. Uma vez esgotada a afectividade, que fundamentou a comunhão de vida, deixa de haver razão para se manter o acordo. O legislador, ao consagrar o novo paradigma de divórcio, aderiu a esta nova concepção de casamento, mas distanciou-se da possibilidade de denúncia do mesmo por parte de um dos cônjuges, por circunstâncias meramente subjectivas. Daí que tenha exigido que o tribunal se pronuncie sobre os factos alegados e provados, numa perspectiva de ajuizar se desencadearam uma ruptura definitiva da vida conjugal. Se o casamento, como comunhão de vida, faliu, se desmoronou”.

¹³¹ Sobre o comprometimento da vida em comum, lembremos as palavras de PEREIRA COELHO, “Divórcio e separação judicial de pessoas e bens”, em *Reforma do Código Civil*, Instituto da Conferência, Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 1981, pág. 34, para o regime anterior: “Claro que em certo sentido a vida em comum nunca fica definitivamente comprometida: tudo depende da capacidade de sacrifício. Mas a ‘doutrina do limite do sacrifício’ formulada no direito das obrigações valerá igualmente neste domínio: a continuação da vida em comum não deve ser para o cônjuge ofendido um sacrifício exorbitante e, por isso mesmo, inexigível. A possibilidade de vida em comum fica comprometida se exceder o limite razoável do sacrifício”. Também refere a especial onerosidade (*exceptional hardship*) para o autor como critério de análise da ruptura, GUILHERME DE OLIVEIRA, “A nova lei do divórcio”, *Lex Familiae* 13 (2010), pág. 14. VIEIRA CURA qualifica o dever de consciência dos casados catolicamente de não pedirem o divórcio como um dever moral, decorrente da moral católica (e, portanto, de uma moral religiosa) e não da moral da consciência individual ou da moral social ou positiva, em “O dever de consciência dos casados catolicamente de não pedirem o divórcio nos tribunais civis”, em CDF/IGC, *Família, consciência, secularismo e religião*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, págs. 226-227.

¹³² O autor avança que a redacção da alínea d) poderia ser a seguinte: “d) *Quaisquer outros factos que, pela sua gravidade ou reiteração, mostrem a ruptura definitiva do casamento, independentemente da culpa dos cônjuges*” e explicando haver “uma razão importante, de natureza sistemática, que sugere a necessidade de uma aplicação exigente da alínea d)” que é a de ela dever “ser feita no seu contexto, isto é, em harmonia com as alíneas anteriores”. Acrescenta ainda o autor: “Uma atitude mais condescendente em relação às exigências de prova que a lei definiu para as três primeiras alíneas poderia dar a sugestão de que a alínea d), afinal, poderia servir como um caminho para o divórcio simplesmente a-pedido de um dos cônjuges, por razões subjectivas, ou, pelo menos, ficar a meio caminho entre um divórcio-ruptura, por causas objectivas, e um divórcio a-pedido”, acrescentando que a história das iniciativas legislativas em torno do divórcio, nos últimos anos, mostra que “o Parlamento não quis acolher um regime de divórcio a-pedido; pretendeu apenas reforçar o sistema de divórcio-ruptura, que se baseia em índices objectivos da falência irreversível do matrimónio”.

AMADEU COLAÇO, *Novo regime do divórcio*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2009, refere que o cônjuge que pretenda interpor uma acção com o fundamento expresso na alínea d) do art. 1781 “*terá de alegar*

consagrado na nossa legislação um divórcio a pedido¹³³.

Perante os factos que lhe são apresentados, o Tribunal deve identificar as razões da ruptura¹³⁴, avaliar o estado da relação matrimonial e decretar o divórcio se chegar

e provar a existência de uma situação objectiva e passível de constatação, que revele uma situação de ruptura definitiva do casamento (a sua falência ou fracasso). Aquele autor enuncia como elementos caracterizadores da “ruptura definitiva do casamento”, no âmbito desta alínea: 1 – tem de ser revelada por um ou mais factos; 2 – esses factos terão de ser outros que não os constantes das demais alíneas do referido artigo; 3 – tais factos terão de ser reveladores da ruptura do casamento; 4 – essa ruptura terá de mostrar-se definitiva (e não uma ruptura esporádica ou temporária); 5 – esta situação terá de consistir numa situação objectiva, passível de ser constatada, não resultando de um mero acto de vontade de um dos cônjuges; 6 – não depende da eventual culpa de qualquer dos cônjuges; não depende da verificação de qualquer prazo.

CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2009, diz-nos que fundamentalmente “a principal alteração legislativa reside na eliminação das causas subjectivas do divórcio, mantendo-se a apreciação do juiz do caso concreto para preencher os conceitos indeterminados referidos na lei, nomeadamente para a determinação do que seja a ‘ruptura definitiva do casamento’”. *De facto, podem aqui caber todos os factos que demonstrem tal ruptura, ou seja, será necessário formar o mesmo juízo que o tribunal fazia do comprometimento da vida em comum para efeitos do art. 1779º agora revogado*”.

Seguindo esta orientação e sublinhando que a simples alegação e prova de que o cônjuge deixou de sentir afecto não basta como fundamento para o consentimento de um dos cônjuges, RITA LOBO XAVIER, “Liberdade individual e responsabilidade no novo regime do divórcio”, LUÍS COUTO GONÇALVES ET AL., *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 502.

Neste sentido, o Ac. TRL, de 22 de Outubro de 2013 [Processo: 16/11.1TBHRT.L1-7]: “1. A ruptura definitiva do vínculo matrimonial, com fundamento do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, ao abrigo da alínea a) do art.º 1781.º do CC, deve ser consubstanciada em factos objectivos que, pela sua gravidade ou reiteração, impliquem, em conformidade com as regras da experiência comum, uma situação consolidada de rompimento da vida conjugal, sem qualquer propósito de restabelecimento por parte dos cônjuges, independentemente das respectivas culpas, não se bastando com factos banais ou esporádicos nem tão pouco com razões ou sentimentos de índole meramente subjectiva de qualquer dos consortes. 2. No entanto, importa adoptar um padrão de exigência nivelado, em termos de sistemática hermenêutica, com as situações previstas nas alíneas a) a c) do citado artigo 1781.º, afora as respectivas especificidades, de forma a prevenir os riscos de algum voluntarismo. 3. O abandono do lar conjugal, por parte do cônjuge demandado, sem que haja qualquer indício sério de reatamento da vida em comum constitui situação grave reveladora de ruptura definitiva do vínculo conjugal”.

¹³³ Decidiu o Acórdão TRL, de 23 de Novembro de 2011 [Processo: 88/10.6TMFUN.L1-2], que: “II – Para efeitos do preenchimento da previsão da alínea d) do art. 1781 do CC, da matéria de facto provada deverá resultar retratada uma determinada situação objectiva em que os factos, pela sua gravidade ou reiteração, mostrem a ruptura definitiva do casamento, não bastando que os factos traduzam um mero acto de vontade de um dos cônjuges, visto o divórcio ‘a-pedido’ por razões subjectivas, não haver sido acolhido nas novas disposições da lei sobre o divórcio”. No mesmo sentido, pode ler-se no Ac. TRP, de 22 de Abril de 2013 [Processo: 2610/10.9TMRPT.P1], que: “I- A verificação da gravidade e reiteração de factos demonstrativos de que objectivamente e com carácter definitivo deixou de haver comunhão de vida entre os cônjuges permite concluir pela ruptura definitiva do vínculo matrimonial independentemente do tempo durante o qual a mesma já se verifica”.

¹³⁴ A mudança de paradigma no regime do divórcio levanta a questão da relevância dos deveres dos cônjuges no casamento. É no quadro da família como o *locus* da afectividade que se justifica repensar o papel dos deveres dos cônjuges no actual sistema de divórcio, que pressupõe o casamento como um compromisso permanente e uma gratificação renovada. DIOGO LEITE DE CAMPOS, “Eu-tu: o amor e a família (e a comunidade) (eu-tu-eles)”, in FDUC, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, vol. I – Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pág. 41, ensina que “O dever na família assume radicalmente a característica do dar(-se). Cada um, sem renunciar a si mesmo, mais, sendo completamente e cada vez mais ‘amorosamente’ ele mesmo, vê em cada um dos outros o que precisa para ser completamente”. MARIANO ALONSO PÉREZ, “La familia y el Derecho de Familia”, in MARIANO YZQUIERDO TOLSADA e MATILDE CUENA CASAS (Coord.), *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. I, Editorial Aranzadi, Navarra, 2011, pág. 53, sublinha que o ser humano é, tanto como humano, ser familiar.

À pergunta: “ainda há deveres no casamento?”, a resposta há-de ser necessariamente positiva. GUILHERME DE OLIVEIRA constata que o pluralismo contemporâneo deixa os legisladores sem capacidade para escolher e impor um modelo de boas condutas universal. A consequência só pode ser a de as leis se retraírem, evitando pormenorizar os deveres conjugais, refugiando-se na adopção de cláusulas gerais que os cônjuges – que querem ser os seus próprios legisladores – hão-de concretizar segundo o seu projecto individualizado. Paradigmática é a disciplina do BGB, em que o § 1353: “(1) Die Ehe wird auf Lebenszeit geschlossen. Die Ehegatten sind einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet; sie tragen füreinander Verantwortung. (2) Ein Ehegatte ist nicht verpflichtet, dem Verlangen des anderen Ehegatten nach Herstellung der Gemeinschaft

à conclusão de que os laços conjugais se romperam definitivamente. Mais do que perguntar se um dos cônjuges não quer o divórcio, o Tribunal deve valorar se há um que o quer¹³⁵. O casamento faz-se a dois, e se um deles não quer continuar casado, este

Folge zu leisten, wenn sich das Verlangen als Mißbrauch seines Rechtes darstellt oder wenn die Ehe gescheitert ist". Esta cláusula geral vai ser concretizada pelos tribunais caso a caso.

Aparentemente, a tendência será a de restringir a imposição de deveres conjugais ao mero dever de decidir em conjunto os actos da vida conjugal comum; será, afinal, uma imposição procedimental, que deixa em aberto todas as escolhas substanciais, levando o pluralismo e a privatização da família conjugal até um extremo que nunca se atingiu. É neste sentido a proposta da *Commission for European Family Law. A Section 1353*, relativa à "Conjugal community", propõe que "(1) Marriage is entered into for life. The spouses have a mutual duty of conjugal community; they are responsible for each other. (2) A spouse is not obliged to comply with the demand of the other spouse to create the community if the demand shows itself as an abuse of his right or if the marriage has broken down".

Note-se, todavia, ainda com GUILHERME DE OLIVEIRA, "Transformações do direito da família", in FDUC, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, vol. I – Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pág. 770., que a concepção de *iure condendo* do Direito da Família e a sua posterior aplicação prática de *iure conditio* pressupõem, como ponto de partida, uma concórdia familiar e a aceitação comum dos princípios morais e éticos que levam tradicionalmente a sublinhar o conteúdo ético do direito da família (Sobre o conteúdo ético, JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, *Derecho de familia: El matrimonio y su economia*, Civitas, Navarra, 2011 [fac simile de 1963], págs. 19 e 20; sobre a importância da família como veículo de transmissão dos valores morais, e FRIEDRICH A. HAYEK, *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press, 1978, págs. 89-90). O Direito da Família é o ramo do ordenamento jurídico em que se verifica uma maior influência dos princípios morais e das convenções sociais geralmente aceites por uma comunidade política determinada, e por outro lado, a regulação jurídica do família e as pautas de conduta seguidas pela generalidade dos grupos familiares são, em geral, coincidentes. Cfr. CARLOS LASARTE, *Derecho de familia – Principios de derecho civil*, 11.ª edição, Marcial Pons, Madrid, 2012, pág. 9, sobre a relevância do Direito da Família nas situações de crise.

Mas a violação dos deveres conjugais dilui-se na ruptura do casamento. A causa do divórcio é o fracasso do casamento, para o qual terão contribuído, em maior ou menor medida, a violação dos deveres conjugais. A violação dos deveres conjugais, não como facto merecedor de sanção, mas só relevam, para os tribunais, enquanto elemento indiciador da ruptura da vida conjugal (neste sentido, vide RITA LOBO XAVIER, "Liberdade individual e responsabilidade no novo regime do divórcio", LUÍS COUTO GONÇALVES ET AL., *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 501. Considerou o Ac. TRL, de 22 Novembro de 2011 [Processo: 2659/09.4TBSXL.L1-1] que: "I – A prova de que a cônjuge mulher foi agredida pelo seu marido no seu local de trabalho é, por si só, bastante para que se decreta o divórcio entre ambos. II – Isto porque, o dever de respeito tem um carácter abrangente e significa a consideração que cada um dos cônjuges deve ter pelas liberdades individuais do outro, bem como pela sua integridade física e moral. III – A gravidade daquele acto, mesmo que não repetido, justifica a ruptura do casamento, se assim o quiser como quis, o cônjuge ofendido para preservar um direito fundamental como é o direito à sua integridade física, direito de personalidade que se sobrepõe ao instituto do casamento de natureza contratual".

¹³⁵ Com a Lei n.º 61/2008, tornou-se particularmente relevante o comportamento processual das partes. O comportamento processual é interpretativo do impacto dos factos invocados pelo cônjuge naquela concreta relação, *rectius*, na subsistência daquele determinado casamento. Elucidativa é a decisão do Ac. TRC, de 7 de Junho de 2011 [Processo: 394/10.0TMCBR.C1]: "Perante o descrito quadro factual e tendo presente o total alheamento/desinteresse manifestado pelo Réu no decurso e pelo desfecho dos autos [faltou à audiência conciliatória, não contestou a acção e não teve qualquer intervenção processual], afigura-se razoável afirmar como verificada factualidade suficiente integradora da 'cláusula geral' da alínea d) do art.º 1781º, do CC, podendo-se assim concluir pela ruptura manifesta do casamento, porquanto deixou inequivocamente de existir a comunhão de vida própria de um casamento. Na verdade, além de tudo apontar no sentido da efectiva violação dos deveres de coabitação, cooperação e assistência, antolha-se igualmente evidente que esse desrespeito dos deveres conjugais atingiu por forma indelével o vínculo conjugal (o casamento), não se podendo afirmar que ainda persista uma qualquer 'parcela' da plena comunhão de vida que constitui a sua razão de ser, impondo-se assim declarar, no plano do direito, o que desde há muito existe ou é real e que traduz ou revela a 'falência do casamento', a 'quebra' irremediável dos afectos, a evidente/óbvia ruptura da vida em comum, o que, de resto, não deixa também de se reflectir e projectar em alguns dos actos praticados por ambas as partes no sentido de 'desfazer' o que representava esse 'mundo comum', desde logo, mediante a venda da casa de morada da família e os actos (insuficientemente apurados) que incidiram sobre o respectivo recheio. Assim, quer em razão da actuação processual das partes [a A., apostada/empenhada em ver reconhecido e decretado o divórcio, o Réu mostrando total indiferença pelo curso e desfecho do processo], quer em vista da realidade apurada, e ressaltado o respeito sempre devido por entendimento contrário, cremos que nada justifica denegar a justiça reclamada pela A. através da presente acção, não se vendo alternativa ao decretamento do divórcio

é um indício forte de ruptura.

No que respeita aos *efeitos* do divórcio, a alteração primeira deveu-se ao facto de a ausência de declaração de culpa implicar a extinção das sanções patrimoniais acessórias daí decorrentes. O legislador actuou, pois, em vários níveis, nomeadamente em termos de partilha¹³⁶, de perda de benefícios¹³⁷, de reparação de danos¹³⁸ e de alimentos¹³⁹. Estabeleceu ainda um regime específico para o crédito compensatório ao

nos termos peticionados, inclusive, quanto à retroacção dos seus efeitos à data do termo da coabitação (art.º 1789º, n.º 2). Estão, pois, reunidos os pressupostos de facto e de direito para ser decretado o divórcio sem o consentimento do Réu/recorrido. No mesmo sentido, o Ac. TRL, de 15 de Maio de 2012 [Processo: 1017/09.5TMLS.L1-7], onde se pode ler: “I – O facto de o marido, em discussões com a esposa, relacionadas com dinheiro, chamar-lhe várias vezes ‘vaca de *** e gatuna’ e de também dizer-lhe repetidamente, no âmbito de tais discussões, ‘vai para a *** que te pariu, para quem te fez os ***’, constitui uma forma intolerável de violência doméstica a que os Tribunais não podem dar qualquer tipo de guarida, sob pena de grave violação do dever de respeito imposto aos cônjuges e da própria violação dos direitos inerentes ao ser humano. II. Estes factos não podem deixar de transparecer a quebra dos laços afectivos que devem unir um casal denunciando, assim, a própria ruptura do casamento. Por outro lado, em relação à A., a própria invocação processual destes factos, demonstram inequivocamente que essa ruptura é definitiva”. No Ac. TRE, de 17 de Janeiro de 2013 [Processo: 2062/11.6TBPTM.E], decidiu-se que: “No entanto, a separação em si mesma (mesmo no exemplo dado) pode constituir motivo para o divórcio e não deixa de ser um dos pressupostos do divórcio; basta que, decorrido um ano, um dos cônjuges não queira reatar a vida em comum (art.º 1782.º). E isto independentemente das razões que levaram ao afastamento; por muito boas que fossem, o certo é que a lei aceita que a ausência não tenha que ser permanente, queremos dizer, que a ausência não tenha que ser sempre tolerada por um dos cônjuges, obrigando-o a manter-se no estado de casado. Basta pensar, ainda com o mesmo exemplo, que as boas razões para a separação se perderam entretanto permanecendo só o facto objectivo de marido e mulher não estarem juntos. É suficiente, pois, a separação por um ano para que exista um dos elementos desta causa de divórcio. Em relação ao segundo elemento, temos um sinal claro de que essa vontade existe por parte da A. uma vez que ela pede o divórcio. Não é necessário que se prove autonomamente, isto é, como elemento da base instrutória, que uma dos membros do casal não quer continuar casado. O simples intentar da acção é sinal dessa vontade”.

¹³⁶ O artigo 1790.º estabelece na redacção actual que “em caso de divórcio, nenhum dos cônjuges pode na partilha receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos”. Esta norma, na sua redacção anterior, valia apenas para o cônjuge declarado único ou principal culpado. Sobre as mudanças na sociedade (como o número de divórcios, o novo casamento, a participação da mulher no local de trabalho) que afectam as consequências económicas do divórcio, ver J. THOMAS OLDHAM, “Changes in the Economic Consequences of Divorces, 1958-2008”, *Fam. L. Q.* 42 (2008-2009) págs. 420 e ss.

¹³⁷ Nos termos do artigo 1791.º, “cada cônjuge perde todos os benefícios recebidos ou que haja de receber do outro cônjuge ou de terceiro, em vista do casamento ou em consideração do estado de casado, quer a estipulação seja anterior quer posterior à celebração do casamento”. À semelhança do que dissemos para o artigo 1790.º, também esta norma se aplicava apenas ao cônjuge declarado único ou principal culpado. O n.º 2 permite, agora, que o autor da liberalidade determine que o benefício reverta para os filhos do casamento.

¹³⁸ A Reforma de 2008 deslocou os aspectos indemnizatórios do divórcio da acção de divórcio para uma acção autónoma e consequentemente dos tribunais de família para os tribunais comuns. É esta a norma do artigo 1792.º, n.º 1, ainda que o n.º 2 excepcione os casos em que o divórcio tem como causa a alteração das faculdades mentais do outro (com o fundamento da alínea b) do artigo 1781.º), em que, nesse caso, deve reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento; este pedido deve ser deduzido na própria acção de divórcio. Com esta medida, os cônjuges encontrar-se-ão no tribunal a discutir as questões indemnizatórias não como ex-cônjuges, mas como lesante e lesado. O legislador não tomou posição, por exemplo, quanto à questão de sabermos se, à luz da configuração actual do regime, a dissolução do casamento é um facto gerador da obrigação de indemnizar, ou se a violação de um dever conjugal, por exemplo o dever de fidelidade, é susceptível de ser indemnizável. Nas palavras de GUILHERME DE OLIVEIRA, “A nova lei do divórcio”, *Lex Familiae* 13 (2010), pág. 21, “serão os tribunais a dar corpo ao regime”. Sobre a tutela da confiança depositada no casamento enquanto projecto de vida em comum, vejam-se as pertinentes considerações de RITA LOBO XAVIER, “Liberdade individual e responsabilidade no novo regime do divórcio”, LUÍS COUTO GONÇALVES ET AL., *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 510 e ss.

¹³⁹ Os alimentos entre ex-cônjuges estão regulados nos artigos 2016.º e ss. A Reforma de 2008 veio alterar estas disposições quer quanto à titularidade dos alimentos, quer quanto ao montante dos mesmos. No que à titularidade diz respeito, estabelece o artigo 2016.º, 1, como princípio, que cada cônjuge deve prover à sua subsistência, depois do divórcio. O n.º 2 veio agora consagrar que qualquer dos cônjuges (e não apenas aquele que não foi declarado único ou principal culpado) tem direito a alimentos,

cônjuge que contribuiu de forma excessiva para os encargos da vida familiar¹⁴⁰.

independentemente do tipo de divórcio.

GUILHERME DE OLIVEIRA, “A nova lei do divórcio”, *Lex Familiae* 13 (2010), pág. 29, refere que “o princípio da auto-suficiência não quer afastar o que sobra da solidariedade familiar em situações de necessidade de um e de possibilidade do outro”. O direito a alimentos aproximou-se “da sua natureza mais pura – a intenção de socorro de quem tem necessidades que não consegue suprir ainda que este necessitado tenha sido, porventura, o responsável ou o mais responsável pela falência do casamento”. Cabe ao tribunal encontrar os casos em que “parece manifestamente iníquo obrigar um cônjuge a prestar uma solidariedade àquele que lhe pede alimentos”.

A questão da titularidade dos alimentos remete-nos para a ideia de solidariedade social entre os membros da família. A família interessa ao direito por razões de organização social e de tutela das pessoas necessitadas de protecção (em especial, os menores e os incapacitados), em que o Estado pode ter de se substituir se a família não existe ou é insuficiente (cfr. ROLF MADALENO, “A responsabilidade civil na conjugalidade e alimentos compensatórios”, págs. 486 e ss., em RODRIGO DA CUNHA PEREIRA (COORD.), *Família e responsabilidade*, IBDFAM-Magister, Porto Alegre, 2010). Como escreveu MARIA DE NAZARETH LOBATO GUIMARÃES, “Alimentos”, *Reforma do Código Civil*, Instituto da Conferência, Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Lisboa, 1981, pág. 174: “A história dos alimentos é a história, paralela, do adensar do Estado como realizador de conteúdos ético-sociais, e da evolução da organização familiar”.

Quanto ao montante dos alimentos, o artigo 2016.º-A estabelece no seu n.º 1 que “o tribunal tomar em conta a duração do casamento, a colaboração prestada à economia do casal, a idade e estado de saúde dos cônjuges, as suas qualificações profissionais e possibilidades de emprego, o tempo que terão de dedicar, eventualmente, à criação de filhos comuns, os seus rendimentos e proventos, um novo casamento ou união de facto e, de modo geral, todas as circunstâncias que influam sobre as necessidades do cônjuge que recebe os alimentos e as possibilidades do que os presta. 2 – O tribunal deve dar prevalência a qualquer obrigação de alimentos relativamente a um filho do cônjuge devedor sobre a obrigação emergente do divórcio em favor do ex-cônjuge. 3 – O cônjuge credor não tem o direito de exigir a manutenção do padrão de vida de que beneficiou na constância do matrimónio. 4 – O disposto nos números anteriores é aplicável ao caso de ter sido decretada a separação judicial de pessoas e bens”. O Ac. STJ, de 16 de Março de 2011 [Processo: 252-A/2002.L1.S1], decidiu que: “V – A obrigação alimentar genérica, na situação de dissolução ou de interrupção do vínculo conjugal, afere-se, tão-só, pelo que é indispensável ao sustento, habitação e vestuário, mas, também, suficiente para satisfazer as exigências de vida correspondentes à condição económica e social da família, de acordo com o seu padrão de vida normal, sujeita a um critério de dupla proporcionalidade, quer em função dos meios do que houver de prestá-los, quer da necessidade daquele que houver de recebê-los, com o limite fixado pela possibilidade de o alimentando prover à sua subsistência. VI – O factor decisivo para a concessão e a medida dos alimentos não resulta da eventual deterioração da situação económica e social do carecido, após o divórcio, porquanto este, sem embargo do direito a uma existência, economicamente, autónoma e condigna, não tem o direito adquirido de exigir a manutenção do nível de vida existente ao tempo em que a comunidade do casal se mantinha, nem a expectativa jurídica da garantia da auto-suficiência, durante e após a dissolução do casamento”. O Ac. TRG, de 12 de Setembro de 2013 precisou que: “II – Não basta genericamente alegar que não dispõe de rendimentos para assegurar a sua subsistência, e que precisa de prover ao seu sustento, pois isso é apanágio de qualquer cidadão, devendo a A. provar que está impossibilitada de angariar trabalho para garantir a sua subsistência”. O Ac. TRL, de 17 de Setembro de 2013 [Processo: 13588/13.7T28NT-1], tomou em conta que: “Face a ratio do novo regime de alimentos referente a cônjuges ou ex-cônjuges e aos critérios definidos no art.º 2016.º A do CC não pode a requerente solicitar alimentos ao requerido, sendo certo que se provou que a requerente não fez qualquer esforço para conseguir um emprego e está agora legalmente previsto que, ‘o cônjuge credor não tem o direito de exigir a manutenção do padrão de vida de que beneficiou na constância do casamento’ – n.º 3 do citado art.º. 2016.º A”. O Ac. TRL, de 18 de Dezembro de 2012 [Processo: 1314/09.0TVLSB.L1-1] considerou que: “Apesar do ex-cônjuge credor de alimentos não ter direito a exigir a manutenção do padrão de vida de que beneficiou na constância do matrimónio, é relevante para a fixação do montante a prestar e para o julgamento da oportunidade da cessação dessa obrigação alimentar, o facto de o beneficiário da prestação ter deixado de trabalhar por insistência do ex-cônjuge devedor”.

¹⁴⁰ No n.º 2 artigo 1676.º o legislador veio estabelecer que se a contribuição de um dos cônjuges para os encargos da vida familiar for consideravelmente superior ao previsto no n.º 1 dessa mesma norma (de harmonia com as possibilidades de cada um), porque renunciou de forma excessiva à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum, designadamente à sua vida profissional, com prejuízos patrimoniais importantes, esse cônjuge tem direito de exigir do outro a correspondente compensação”. Este crédito só é exigível no momento da partilha dos bens do casal (parece ser assim afastado a sua cobrança aquando da separação de meações) e na partilha, a não ser que vigore o regime da separação, caso em que deverá ser pedido em acção autónoma. Este regime veio colmatar muitas das insuficiências ou injustiças resultantes da regra da metade prevista no artigo 1730.º do CC, em vista da desigualdade das contribuições para os encargos da vida familiar. Sobre a problemática ver ADRIANO PAIVA, *A comunhão de adquiridos: das insuficiências do regime no quadro da regulação das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, págs. 333 e ss. Sobre as alterações introduzidas pela Lei 61/2008, veja-se GUILHERME DE OLIVEIRA, “A nova lei do divórcio”, *Lex Familiae* 13 (2010), págs. 19 e ss, e MARIA JOÃO VAZ TOMÉ, “Al-

gumas reflexões sobre a obrigação de compensação e a obrigação de alimentos entre ex-cônjuges”, em LUÍS COUTO GONÇALVES ET AL., *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 131 e ss, que sublinha que com este regime se visa “*proceder a uma redistribuição das perdas patrimonial que se verificam aquando da dissolução do casamento por divórcio, independentemente do regime de bens do casal*”. Sobre a igualdade no divórcio, vide MARTHA ALBERTSON FINEMAN, *The Illusion of Equality: The Rhetoric and Reality of Divorce Reform*, The University of Chicago Press, 1991.

Esta norma atende, sobretudo, à *vulnerabilidade das mulheres* que, segundo GILLIAN DOUGLAS, “Simple Quarrels? Autonomy vs. Vulnerability”, em REBECCA PROBERT e CHRIS BARTON (eds.), *Fifty Years in Family Law – Essays for Stephen Cretney*, Intersentia, 2012, pág. 218-219, tem uma dupla dimensão: as mulheres são as que estão numa situação económica mais difícil devido à estrutural desigualdade do mercado de trabalho e ao seu papel como cuidadoras e, por outro lado, devido à dinâmica emocional da relação com o outro cônjuge em virtude das escolhas e constrangimentos feitos ao longo da relação. Naturalmente que o casamento pressupõe a igualdade dos cônjuges. Todavia, à semelhança do que sucede com o princípio geral da igualdade, o princípio da igualdade entre os cônjuges é susceptível de ser compreendido em sentido positivo e em sentido negativo. No último sentido, o princípio impede que a lei privilegie ou discrimine um cônjuge face ao outro em razão do sexo. Na acepção positiva, impõe um tratamento justificadamente igual ou desigual dos cônjuges. Nesta última óptica, o princípio da igualdade dos cônjuges torna-se permeável à finalidade da igualdade real, admitindo assegurar-lá através do tratamento igual dos cônjuges em situações desiguais ou do tratamento desigual dos mesmos em situações iguais. Em concreto, o princípio da igualdade dos cônjuges assume uma dimensão positiva-material. Estas são as palavras de JORGE DUARTE PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal: os deveres conjugais sexuais*, Almedina, Coimbra, 2004, pág. 120. Sobre a consagração do princípio da igualdade dos cônjuges, veja-se MARIA LEONOR BELEZA, “Os efeitos do casamento”, em *Reforma do Código Civil*, Ordem dos Advogados, Instituto da Conferência, Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 1981, págs. 100 e ss; MARIA CLARA SOTTOMAYOR, “A situação das mulheres e das crianças 25 anos após a Reforma de 1977”, in FDUC, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, vol. I – Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, págs. 88 e ss e, na perspectiva patrimonial, JOANNA MILES, “Responsibility in Family Finance and Property Law”, in JO BRIDGEMAN, HEATHER KEATING e CRAIG LIND (eds), *Regulating Family Responsibilities*, Ashgate, 2008, págs. 91 e ss.. Para uma análise historicamente datada, veja-se ELIANA GERSÃO, “A igualdade jurídica dos cônjuges”, *RDES XIII* (1966), págs. 25 e ss.

No pagamento de uma compensação compensatória pelo divórcio, foi proferido pelo TEDH o Acórdão *Milhau c. França*, de 10 de Julho de 2014 (Queixa n.º 4944/11), e que destacamos por ter especial relevância para o tema que nos ocupa, a relação entre a propriedade e a personalidade. Estavam em causa os artigos 270.º do *Code*, que prevê que um dos cônjuges pague ao outro uma indemnização para compensar, na medida do possível, a disparidade que a ruptura do casamento provoca nas suas condições de vida. Nos termos do artigo 275.º aplicável ao caso concreto, cabia ao tribunal decidir se essa prestação seria paga em dinheiro ou através da transferência de bens materiais. O requerente, por o tribunal ter decretado que no caso concreto, a prestação se efectuará através da transferência para a sua ex-mulher da propriedade da *Ville de Valbonne*, de que era proprietário exclusivo, e independentemente de ter condições para pagar a prestação em dinheiro, veio invocar uma violação do seu direito de propriedade, nos termos do artigo 1.º do Protocolo 1 da CEDH. O Tribunal deu-lhe razão. Considerando que estávamos perante uma privação do direito de propriedade com base legal e com um objectivo legítimo (regular rapidamente os efeitos pecuniários do divórcio e evitar litígios), o Tribunal entendeu, todavia, que no caso concreto a cessação forçada da propriedade (em virtude de o cônjuge devedor perder a possibilidade de escolher a modalidade de prestação compensatória), “*sans avoir à tenir compte sur ce point de l’importance de son patrimoine ni de la volonté du débiteur de proposer d’autres biens à titre de versement*” não era uma medida proporcional. Em virtude de o requerente ser titular de um património substancial, teria podido pagar a prestação compensatória através do pagamento de uma soma de dinheiro.

O *Code* foi entretanto alterado, pela lei n.º 2004-439, de 26 de Maio de 2004, e a disposição relevante nesta matéria deixou de ser o artigo 275.º e passou a ser o artigo 274.º, onde se lê que: “*Le juge décide des modalités selon lesquelles s’exécute la prestation compensatoire en capital parmi les formes suivantes : 1.º Versement d’une somme d’argent, le prononcé du divorce pouvant être subordonné à la constitution des garanties prévues à l’article 277; 2.º Attribution de biens en propriété ou d’un droit temporaire ou viager d’usage, d’habitation ou d’usufruit, le jugement opérant cession forcée en faveur du créancier. Toutefois, l’accord de l’époux débiteur est exigé pour l’attribution en propriété de biens qu’il a reçus par succession ou donation*”.

O Conseil Constitutionnel foi chamado a pronunciar-se sobre a constitucionalidade do n.º 2, do artigo 274 (Decisão n.º 2011-151 QPC, de 13 de Julho de 2011), decidindo em sentido positivo, sob reserva, porém, de a cessão forçada da propriedade ser considerada uma medida subsidiária do pagamento da prestação em dinheiro, e, portanto, “*elle ne saurait être ordonnée par le juge que dans le cas où, au regard des circonstances de l’espèce, les modalités prévues au 1.º n’apparaissent pas suffisantes pour garantir le versement de cette prestation ; que, sous cette réserve, l’attribution forcée d’un bien à titre de prestation compensatoire ne méconnaît pas l’article 2 de la Déclaration de 1789*”.

As notas fundamentais da Reforma de 2008 são, pois, a eliminação da culpa e das sanções patrimoniais acessórias.

a) O problema

A nossa análise incidirá sobre um dos aspectos resultantes da Reforma do divórcio de 2008, e que se prende com a partilha dos bens do casal. Está em causa o artigo 1790.º, que, na sua formulação actual¹⁴¹, veio determinar que em caso de divórcio¹⁴², “nenhum dos cônjuges pode na partilha receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos”. Esta norma, nos termos do artigo 9.º da Lei 61/2008, aplica-se apenas a todos os processos instaurados a partir da entrada em vigor da Reforma¹⁴³. Significa assim que, mesmo nos casamentos celebrados antes da entrada em vigor da lei, *ainda que os nubentes tenham optado pelo regime da comunhão geral, ou por algum regime de comunhão para além dos adquiridos na constância do casamento a título oneroso, a partilha se fará sempre segundo o regime da comunhão de adquiridos*.

O princípio da liberdade de regime de bens está consagrado no artigo 1698.º, onde se estabelece que os nubentes podem fixar livremente, em convenção antenupcial, o regime de bens do casamento, quer escolhendo um dos regimes previstos no Código, quer estipulando o que a esse respeito lhes aprouver, dentro dos limites da lei¹⁴⁴. Os nubentes portugueses gozam, pois, de liberdade na escolha do seu regime de bens¹⁴⁵, podendo, inclusivamente, criar um regime novo ou combinar dum modo ou

¹⁴¹Na anterior redacção, dada pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, o artigo 1790.º estabelecia que o cônjuge declarado único ou principal culpado não pode na partilha receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos. Segundo PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pág. e 672, esta norma visava “que o único ou principal culpado do divórcio não beneficie dos bens que o outro cônjuge trouxe para o casamento ou depois lhe advieram por herança ou doação”. Já na Espanha romana, em caso de repúdio, o tribunal doméstico, composto de parentes dum e doutro cônjuge, procedia à análise meticulosa das circunstâncias em que o repúdio se dera, assinando à mulher, quando assim entendesse justo, a restituição total ou parcial dos bens com que entrara, ou, conferindo-lhe mesmo uma parte dos bens do marido. Cfr. PAULO MERÊA, *Evolução dos regimes matrimoniais*, vol. I, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1913, pág. 21.

¹⁴² Levanta-se a questão de saber se se aplica ao divórcio sem mútuo consentimento. RITA LOBO XAVIER, *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais: Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro*, Almedina, Coimbra, 2009: Sublinhe-se ainda que esta disposição está integrada na subsecção dos efeitos do divórcio, por isso, aparentemente seria de aplicar em todas as modalidades de divórcio, mesmo nos casos de divórcio por mútuo consentimento. A autora entende, contudo, que os ex-cônjuges podem partilhar os bens comuns, por acordo, seguindo o regime da comunhão geral convencional. A autora também admite que sejam os próprios nubentes a indicar, na convenção antenupcial, dois regimes de bens em alternativa, um para a divisão do património na hipótese de dissolução do casamento por morte e outro para o caso de dissolução por divórcio, ou mesmo a estabelecer outras sanções patrimoniais para o caso de o casamento ser dissolvido por divórcio, sem contudo se restringir, ilicitamente, o direito de cada um dos cônjuges a recorrer ao divórcio.

¹⁴³ O que, nos termos do artigo 10.º, viria a acontecer 30 dias após a sua publicação, ou seja, a 1 de Dezembro de 2008.

¹⁴⁴ Os limites da lei encontram-se, desde logo, nos artigos 1699.º, n.º 2 e 1720.º, que proíbem que no casamento celebrado por quem tenha filhos, ainda que maior ou emancipado, seja convencionalizado o regime da comunhão geral bem como a comunicabilidade dos bens referidos no artigo 1722.º CC e impõem a quem tenha mais de sessenta anos, ou a quem celebre um casamento urgente, o regime da separação de bens, respectivamente.

¹⁴⁵ Cfr., neste sentido, RITA LOBO XAVIER, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Almedina, Coimbra, 2000, pág. 497, para quem a liberdade contratual é assim a regra básica da determinação do segundo nível da disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges.

de outro os vários regimes-tipo. Para além da longa tradição que existe em Portugal, no sentido da liberdade para escolher ou criar um regime de bens¹⁴⁶, que já remonta às Ordenações Manuelinas, a doutrina aceita e fundamenta este princípio na tutela da autonomia privada das partes, que assim podem conformar livremente a satisfação dos seus interesses, com o limite, claro está, na necessidade da tutela da comunhão de vida entre os cônjuges¹⁴⁷. Não havendo nenhum interesse superior que o reclame, não há necessidade de coarctar a autonomia da vontade¹⁴⁸ quanto à escolha do regime de bens.

O regime da comunhão de adquiridos é o regime supletivo, nos termos do artigo 1717.^o¹⁴⁹, que se aplicará na falta de convenção antenupcial, ou no caso de caducidade, invalidade ou ineficácia. Como sabemos, é múltipla a função das normas supletivas. Abandonadas que estão hoje as teses voluntaristas, segundo as quais um determinado regime supletivo visa reconstituir a vontade hipotética das partes¹⁵⁰, é de aceitar que as regras supletivas introduzidas pelo legislador são normas que também exprimem ou incorporam uma certa concepção de justiça da comunidade jurídica¹⁵¹,

A liberdade de auto-regulamentação das relações patrimoniais dos cônjuges encontra os seus limites na necessidade de tutela da plena comunhão de vida na igualdade. Sobre a plena comunhão de vida como obrigação jurídica que conforma toda a vida patrimonial dos cônjuges, págs. 434 e ss. Como adverte DIOGO LEITE DE CAMPOS, “Dos contratos de relação às relações de associação”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. II, coordenação de JOSÉ LEBRE DE FREITAS ET AL., Almedina, Coimbra, 2011, pág. 221, as relações de associação são relações (jurídicas) estabelecidas entre pessoas enquanto tais que se empenharam pessoalmente, com o seu ser, as suas funções, as suas qualidades, na relação. Os aspectos patrimoniais são secundários.

¹⁴⁶ BRAGA DA CRUZ, *Regimes de bens do casamento*, Lisboa, 1957, pág. 31 e ss, PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família I*, 4.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pág. 479, e ADRIANO PAIVA, *A comunhão de adquiridos: das insuficiências do regime no quadro da regulação das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pág. 71.

¹⁴⁷ Vide RITA LOBO XAVIER, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Almedina, Coimbra, 2000, pág. 497, para quem a liberdade de auto-regulamentação das relações patrimoniais dos cônjuges encontra os seus limites na necessidade de tutela da plena comunhão de vida na igualdade. Sobre a plena comunhão de vida como obrigação jurídica que conforma toda a vida patrimonial dos cônjuges, págs. 434 e ss.

¹⁴⁸ PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família I*, 4.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pág. 479. Considerando que a opção por um certo regime de bens não poderá ter uma influência notória sobre a Família, quer para a fortalecer, quer para a enfraquecer, GUILHERME DE OLIVEIRA, “Observações sobre os regimes de bens”, *RLJ* 3877 (1999), pág. 109.

¹⁴⁹ De iure condendo a favor de um regime da separação de bens, DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.^a edição, Almedina, Coimbra, 1997 (reimpressão de 2012), págs. 413-414. KATHARINA BOELE-WOELKI ET AL., *Principles of European Family Law Regarding Property Relations Between Spouses*, Intersentia, 2013, propõe como regimes patrimoniais do matrimónio: o regime de participação nos adquiridos (um regime matrimonial segundo o qual durante a vigência do matrimónio os cônjuges são proprietários do seu património, que compreende os bens adquiridos e os bens reservados; no momento da dissolução, cada um deles participa nas aquisições realizadas durante o casamento), nos princípios 4:16 e ss, e a comunhão de adquiridos (com uma massa patrimonial comum e as massas patrimoniais próprias dos cônjuges).

¹⁵⁰ Quanto a nós parece-nos que é o que acontece no regime da colação (o legislador presume que a vontade do progenitor é equiparar os filhos). Cfr. CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, “Breves reflexões em temas de sucessão legítima”, *Ciência e Técnica Fiscal* 307-309 (1985), págs. 12 e ss. FRANÇOIS TERRÉ/ PHILIPPE SIMLER, *Droit Civil: Les régimes matrimoniaux*, 2.^a edição, Dalloz, Paris, 1994, pág. 153.

¹⁵¹ JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, (17.^a reimpressão), Almedina, Coimbra, 1982, págs. 97-98. Nesse sentido, ADRIANO PAIVA, *A comunhão de adquiridos: das insuficiências do regime no quadro da regulação das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pág. 130, para quem o regime supletivo é fixado de acordo com as maiores vantagens que socialmente possam advir de um determinado modelo de regime matrimonial. Já GÉRARD CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, 7.^a edição, PUF, Paris, 1995, pág. 181, defendeu que o regime supletivo resulta de uma opção histórica a favor de um determinado tipo de regime. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, 4.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, anot. ao artigo 67.^o,

ou seja, o legislador terá considerado, num determinado momento histórico, que o regime da comunhão de adquiridos era aquele mais justo para reger as relações entre os cônjuges¹⁵², no contexto em que a família está regulada por normas de organização – não por normas de conduta – que permitem e promovem valores ético-jurídicos e sociais¹⁵³. Mas terá sido considerado também a escolha legislativa mais eficaz, pois, como relembra ANTUNES VARELA¹⁵⁴, uma das razões para que, na generalidade dos casos, os casamentos se realizem sem convenção antenupcial é precisamente porque os nubentes não discordam do regime que a lei manda aplicar. Na verdade, ainda que não aderindo ao ponto de vista voluntarístico da supletividade, como bem aponta RITA LOBO XAVIER¹⁵⁵, “a aplicação do regime supletivo pode ser também encarada como resultado do exercício da autonomia privada. Na verdade, a estipulação de uma convenção matrimonial constitui uma resposta ao convite normativo feito aos cônjuges de escolher o próprio regime matrimonial. Mas estes podem usar a sua autonomia aceitando o regime supletivo. E assim, quer a adopção de um regime convencional, quer a adesão ao modelo legal, constituem respostas à exigência de que cada família tenha um regime próprio adequado à sua particular situação”, ou na expressão de RÉMY CABRILLAC¹⁵⁶, “a liberdade dos nubentes manifesta-se, em primeiro lugar, na escolha entre o regime supletivo e um convencional”.

Pela nossa parte, pensamos ser indiscutível que o regime da comunhão de

pág. 858, VI, são da opinião de que a Constituição não manifesta nem sugere nenhuma preferência por uma possível “*unidade económica da família*”, nada dizendo sobre o regime matrimonial de bens. Isso fica na dependência da discricionariedade legislativa, embora dentro de limites de razoabilidade e de proporcionalidade, conjugando a desejável autonomia patrimonial dos cônjuges com uma margem de liberdade de escolha dos mesmos. No mesmo sentido, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, anot. ao artigo 36.º, págs. 406-407.

¹⁵² Parece que, historicamente, terá sido assim, na escolha do regime supletivo para o Código de 1966. Vide GUILHERME DE OLIVEIRA, “Observações sobre os regimes de bens”, *RLJ* 3875 e 3876 (1998), págs. 39 e ss. Nesse sentido, RITA LOBO XAVIER, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Almedina, Coimbra, págs. 561 a 563. Para a autora, a “*questão da autonomia privada no campo do estatuto matrimonial dos cônjuges não se esgota na averiguação da liberdade que lhes deve ser concedida de auto-regulamentarem as suas relações patrimoniais por meio de convenções matrimoniais personalizadas; pois, os nubentes muitas vezes não chegam a utilizar a liberdade que a lei lhes confere de regular as suas relações patrimoniais por essa via*”. A escolha de um regime supletivo, “*deverá fundar-se nas mesmas razões que justificam o reconhecimento da autonomia privada dos nubentes no estabelecimento da disciplina das suas relações patrimoniais. A opção pelo regime supletivo deverá ser também orientada pelo mesmo escopo prosseguido pelo princípio da autonomia privada e que é, ao fim e ao cabo, pressuposto por toda a disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges: a tutela da plena comunhão de vida na igualdade. O nosso ponto de partida situa-se, assim, muito além da preocupação normalmente apontada ao legislador quando se trata de escolher o regime supletivo. Para nós, o legislador não deve limitar-se a ter uma preocupação de conformidade com realidade social, esforçando-se por descortinar o ‘tipo sociologicamente normal’ de casamento, em cada momento e em cada comunidade. A sua procura de regulação mais justa não deve perder de vista as características da relação matrimonial como ‘plena comunhão de vida na igualdade’.* O legislador deve regular as relações económicas entre os cônjuges “*de acordo com um ‘quadro ideal’*, considerado teoricamente mais justo, tendo eventualmente o objectivo de influenciar nesse sentido as relações patrimoniais dos cônjuges”. Cfr. ainda, ESPERANÇA PEREIRA MEALHA, *Acordos conjugais para partilha de bens comuns*, Almedina, Coimbra, 2003, págs. 24 e ss.

¹⁵³ DIOGO LEITE DE CAMPOS, “Dos contratos de relação às relações de associação”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. II, Coordenação de JOSÉ LEBRE DE FREITAS ET AL., Almedina, Coimbra, 2011, pág. 216.

¹⁵⁴ ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, 1.º vol., 4.ª edição, Livraria Petrony, Lisboa, 1996, pág. 448. PAULO LÓBO, *Direito Civil – Famílias*, 3.ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2010, pág. 322, também refere que o legislador escolhe “o regime matrimonial de bens que considera mais adequado no seu momento histórico, com a intenção de, malgrado a liberdade que confere aos nubentes, destiná-lo ao maior número de casais”.

¹⁵⁵ RITA LOBO XAVIER, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Almedina, Coimbra, pág. 561.

¹⁵⁶ RÉMY CABRILLAC, *Droit Civil: Les regimes matrimoniaux*, 4.ª edição, Montchrestien, Paris, 2002, pág. 91.

adquiridos corresponderá, na maioria das vezes, à vontade, pelo menos, tácita dos nubentes.

Se o regime de bens molda a comunhão conjugal na constância do casamento, não menos importante deveria ser o papel a desempenhar aquando da dissolução do casamento, por morte ou por divórcio. Nos termos do artigo 1689.º, nº 1: “*Cessando as relações patrimoniais entre os cônjuges, estes ou os seus herdeiros recebem os seus bens próprios e a sua meação no património comum, conferindo cada um deles o que dever a este património*”. Mas não é assim. Com a Reforma de 2008, e numa clara preferência pelo regime da comunhão de adquiridos – já RITA LOBO XAVIER¹⁵⁷ escrevia que este regime “*assegura uma equilibrada regulação da comunhão de vida patrimonial a que os cônjuges estão juridicamente obrigados. Este regime possibilita a constituição de uma massa patrimonial comum, especialmente afecta às necessidades da família, formada pelos bens que os cônjuges adquiriram na vigência do casamento, a título oneroso. A comunicação dos bens adquiridos é justificada pela convicção de que são eles o resultado de uma cooperação, de uma comunhão de esforços e sacrifícios. Está assim subjacente a este regime a consideração das implicações da plena comunhão de vida na ordem patrimonial: o dever de colaboração e de respeito pelo património do outro e a correspondente proibição da ocorrência de enriquecimentos injustificados de um dos cônjuges à custa do outro*” – veio o legislador consagrar ser esse o regime da partilha dos bens dos cônjuges em caso de divórcio¹⁵⁸.

Determina, efectivamente, o artigo 1790.º que, na partilha, nenhum dos cônjuges poderá receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos. Na relação existente entre o *ius cogens* e a capacidade autonormativa dos interessados prevalece naturalmente o sentido e o significado das normas do direito imperativo¹⁵⁹. É certo que, na sua formulação actual, o artigo 1790.º destoa do caminho de política familiar que o legislador seguiu. Na verdade, se na anterior redacção da norma se lia que “*o cônjuge declarado único ou principal culpado não pode na partilha receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos*”, com o fim sancionatório que se lhe conhece, num quadro de irrelevância do ilícito culposo conjugal, o legislador não deveria, como fez, substituir a expressão “*o cônjuge declarado único ou principal culpado não pode na partilha receber mais*” por “*nenhum dos cônjuges pode*” receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos.

Abolida a declaração de culpa na dissolução do casamento (que determinava o afastamento do regime convencionado na partilha resultante do divórcio, se isso o prejudicasse), deveria ter sido também abolida a sanção existente para o comportamento culposo causador do divórcio, o que, em termos práticos, significava manter

¹⁵⁷ RITA LOBO XAVIER, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Almedina, Coimbra, pág. 637.

¹⁵⁸ Ainda que a formulação da lei seja um pouco mais complexa, “*nenhum dos cônjuges pode na partilha receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos*”, mas isso resulta de a formulação anterior “*o cônjuge declarado único ou principal culpado*” ter sido substituída por “*nenhum dos cônjuges*” de forma a salientar que, agora, esta consequência patrimonial do divórcio (a alteração do regime de bens da partilha em relação ao regime convencionado aquando da celebração do casamento: a partilha segundo o regime da comunhão de adquiridos quando o casamento haja sido celebrado no regime da comunhão geral ou por algum regime de comunhão de bens para além dos adquiridos na constância do casamento a título oneroso) é independente da declaração de culpa, não é uma consequência acessória da declaração de cônjuge culpado ou principal culpado.

¹⁵⁹ CARLOS LASARTE, *Derecho de familia – Principios de derecho civil*, 11.ª edição, Marcial Pons, Madrid, 2012, pág. 7.

em pleno funcionamento a autonomia privada das partes, ou seja, significava que a partilha fosse feita segundo o regime convencionado pelas nubentes, seguindo, pois, o rumo normal das relações patrimoniais entre os cônjuges: que fosse o regime da partilha o regime convencionado aquando da celebração do casamento.

O legislador, todavia, decidiu seguir outro caminho: baniu a averiguação da culpa no divórcio mas manteve os efeitos patrimoniais anteriormente previstos, em relação a ambos os cônjuges, ainda que desprovidos, agora, de qualquer intuito sancionatório¹⁶⁰. Como explica GUILHERME DE OLIVEIRA¹⁶¹, “*Se o casamento terminar por morte, a partilha é feita segundo o regime convencionado pelos cônjuges, respeitando-se o plano inicial tanto quanto eles próprios conservaram o matrimónio. O plano matrimonial não subsiste com o divórcio; mas subsiste, no outro caso, até à morte. Esta diferenciação de acordo com o modo de dissolução do casamento não tem tradição em Portugal; mas, para além de ter as suas razões, é bem conhecida no direito alemão, onde, no momento da partilha por divórcio, cada cônjuge pode pedir o reembolso dos valores adquiridos para a comunhão (geral) por sucessão ou doação, com o intuito de evitar que um cônjuge venha a beneficiar de aquisições para que não contribuiu*”¹⁶².

A ideia hoje subjacente a tal imposição já não será a de sancionar o cônjuge culpado, mas, como se pode ler na “exposição de motivos” do projecto inicial, a de “evitar que o divórcio se torne um modo de adquirir bens, para além da justa partilha do que se adquiriu pelo esforço comum na constância do matrimónio”.

A doutrina reagiu com veemência a esta mudança legislativa¹⁶³. Desde logo, RITA LOBO XAVIER chama a atenção para o facto de esta mudança significar “*uma transformação quanto ao sistema do próprio regime de bens do casamento, em que a divisão dos bens*

¹⁶⁰ JORGE DUARTE PINHEIRO, “Ideologias e ilusões no regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. III, Coordenação de JOSÉ LEBRE DE FREITAS ET AL., Almedina, Coimbra, 2011, pág. 481, critica a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, porquanto não centrou a regulamentação jusfamiliar das consequências da dissolução do casamento na equidade, mostrando-se algo insensível à relevância da actuação culposa de um dos cônjuges e à repercussão do divórcio na condição económica das partes. O regime anterior, rígido e aleatório de efeitos de divórcio, centrado na culpa, foi substituído por outro regime rígido e aleatório, que, em geral, trata de forma idêntica os cônjuges, ainda que um deles tenha violado de modo sistemático e patente o princípio de boa fé, e despreza as legítimas expectativas da parte que mais tenha investido na relação conjugal. Sobre a comunhão de adquiridos como um sistema indiferente a uma partilha materialmente justa, em especial no que à regra da metade diz respeito, veja-se ADRIANO PAIVA, *A comunhão de adquiridos: das insuficiências do regime no quadro da regulação das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, págs. 314 e ss.

¹⁶¹ GUILHERME DE OLIVEIRA, “A nova lei do divórcio”, *Lex Familiae* 13 (2010), pág. 18. O autor considera, ainda, a protecção conferida pelo artigo 1790.º, na anterior redacção, era ilusória, devido aos requisitos de aplicação. No mesmo sentido, considerando que a dissolução do casamento por divórcio e a dissolução do casamento por morte não têm que ser orientadas pelos mesmos valores, PAULA TÁVORA VÍTOR e ROSA CÂNDIDO MARTINS, “Depois de a morte nos separar... — A protecção do cônjuge sobrevivente da perspectiva da responsabilidade”, FERNANDO ALVES CORREIA, JÓNATAS MACHADO e JOÃO LOUREIRO (org.) *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho I*, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 769.

¹⁶² Cfr. RITA LOBO XAVIER, *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais: Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro*, Almedina, Coimbra, 2009, pág., que aliás já não concordava com a alteração de tal princípio em função da declaração do cônjuge culpado prevista na versão anterior do artigo 1790.º. Escreveu a autora no seu *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Almedina, Coimbra, pág. 418, que: “*Já não podemos considerar o artigo 1790.º como uma boa solução. À luz dos princípios referidos, não se vê porque hão-de ser alteradas as regras do regime matrimonial aplicáveis à partilha*”.

¹⁶³ RITA LOBO XAVIER, *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais: Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro*, Almedina, Coimbra, 2009, pág. 33: “*O artigo 1790.º pode vir a prejudicar o cônjuge mais desfavorecido do ponto de vista patrimonial e que cumpriu escrupulosamente o seu compromisso conjugal*”.

*se faz segundo o regime de bens convencionado, quer se trate de divórcio, quer de dissolução por morte; e uma alteração do próprio regime da comunhão geral, que passa a agora a ter uma disciplina para a vigência do casamento e para a dissolução no caso de morte, e outra para a hipótese de dissolução por divórcio*¹⁶⁴.

Creemos, todavia, que a norma em causa cabe no campo de actuação do legislador, enquanto agente activo da conformação da família, enquanto instituição com garantia constitucional. Neste sentido, a medida legislativa – em que o legislador oblitera a vontade negocial das partes manifestada aquando da celebração do casamento –, que visa evitar que o casamento seja um meio de adquirir, *é constitucionalmente autorizada*.

Parece-nos, todavia, que o artigo 9.º da Lei n.º 61/2008, que determina que o regime “*não se aplica aos processos pendentes em tribunal*”, ou seja, aplicar-se-á, por força desta norma, a todos os processos instaurados depois de 1 de Dezembro de 2008, data da entrada em vigor da norma¹⁶⁵ é dificilmente compatível com a ordenação de valores estabelecida pela nossa Constituição. Vejamos.

b) O direito de propriedade

Na verdade, o artigo 9.º da Lei n.º 61/2008, ao determinar a aplicação do artigo 1790.º a todos os processos instaurados a partir do dia 1 de Dezembro de 2008, conduz à sua aplicabilidade aos cônjuges que tendo casado num regime de comunhão geral ou num regime de comunhão para além dos adquiridos na constância do casamento a título oneroso, eram, ao momento da entrada em vigor da Lei n.º 61/2008, *titulares de direitos actuais sobre o património comum*, onde estão incluídos, em princípio, todos ou alguns dos bens que os cônjuges levaram para o casamento ou que adquiriram ulteriormente a título gratuito. Impõem-se, agora, umas palavras sobre a natureza jurídica da comunhão.

Nas palavras de PEREIRA COELHO e de GUILHERME DE OLIVEIRA¹⁶⁶, “*os bens comuns constituem uma massa patrimonial a que, em vista da sua especial afectação, a lei concede*

¹⁶⁴ RITA LOBO XAVIER, *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais: Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro*, Almedina, Coimbra, 2009, pág. 34: “*Um bem integrado no património comum, durante toda a vida conjugal, pode ser excluído desse património no momento da partilha. Dir-se-á que era o que já acontecia por força do antigo artigo 1790.º. Mas, nesse caso, o objectivo era o de favorecer, ou de não prejudicar, o cônjuge que cumpriu o compromisso conjugal e não foi culpado no divórcio. Este cônjuge pode sair agora prejudicado, e não podia contar com este resultado no momento em que escolheu o regime de bens*”.

¹⁶⁵ Sobre a aplicação temporal desta norma, ver os Acórdãos TC n.º 153/2010 [Relator: JOÃO CURA MARIANO], de 25 de Maio, que “*Não julga inconstitucional o artigo 9.º da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, na dimensão em que proíbe a aplicação aos processos pendentes do disposto nos artigos 1906.º e 1907.º, por remissão do artigo 1912.º, n.º 1, todos do Código Civil, na redacção daquela Lei*”; o Acórdão TC n.º 407/2010 [Relatora: MARIA LÚCIA AMARAL], de 9 de Novembro, que julgou inconstitucional a norma de direito transitório contida no artigo 9.º da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, na parte em que impede a aplicação imediata do novo regime de exercício das responsabilidades parentais a progenitores de um menor que se encontrem em situações em que não tenham sido casados, nem vivam ou tenham vivido em condições análogas às dos cônjuges; e o Acórdão TC n.º 398/11 [Relator: JOÃO CURA MARIANO], de 22 de Setembro, que decidiu: “*Nestes termos decide-se: a) Não julgar inconstitucional o artigo 9.º, da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, na parte em que impede a aplicação imediata do novo regime de exercício das responsabilidades parentais a situações em que os progenitores do menor não tenham sido casados, nem vivam ou tenham vivido em condições análogas às dos cônjuges. b) e, consequentemente, julgar procedente o recurso interposto pelo Ministério Público, revogando-se o decidido no Acórdão n.º 407/2010 e determinando-se a reforma da sentença recorrida, em conformidade com o presente julgamento*”.

¹⁶⁶ *Curso de Direito da Família I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, págs. 506-507.

certo grau de autonomia, e que pertence aos dois cônjuges, mas em bloco, podendo dizer-se que os cônjuges são, os dois, titulares de um único direito sobre ela”. A teoria do património colectivo tem uma aceitação antiga no direito português, quer na doutrina¹⁶⁷, quer na jurisprudência¹⁶⁸: um património que pertence em comum a várias pessoas, mas sem se repartir entre elas por quotas ideais, como na compropriedade. Os vários titulares do património colectivo são sujeitos de um único direito, e de um direito uno, o qual não comporta uma divisão, nem mesmo ideal. Não tem, pois, cada um deles algum direito de que possa dispor ou que lhe seja permitido realizar através da divisão do património comum. Esta particular fisionomia do património colectivo radica no vínculo pessoal que liga entre si os membros da colectividade e que exige que o património colectivo subsista enquanto esse vínculo durar¹⁶⁹.

PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA sublinham, contudo, que manifestações legislativas recentes permitem colocar em dúvida o facto de os bens comuns constituírem uma comunhão sem quotas. Os autores questionam se não se poderá considerar a posição dos cônjuges em face do património comum – uma posição jurídica, que a lei tutela – como um verdadeiro direito¹⁷⁰. Independentemente, todavia,

¹⁶⁷ Sobre a natureza jurídica da comunhão, ver MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica I*, Almedina, Coimbra, 1974 [1960], pág. 226; PIRES DE LIMA e BRAGA DA CRUZ, *Direito da Família II*, 1943, p. 47; EDUARDO DOS SANTOS, *Direito da família*, Almedina, Coimbra, 1999, págs. 304 e ss.; ADRIANO PAIVA, *A comunhão de adquiridos: das insuficiências do regime no quadro da regulação das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, págs. 140 e ss.

¹⁶⁸ Veja-se, por exemplo, o Ac. TRC, de 8 de Novembro de 2011 [Processo: 133/10.5TBPNL. C1], onde se lê: “I – O património comum dos cônjuges constitui uma massa patrimonial a que, em vista da sua especial afectação, a lei concede certo grau de autonomia – embora limitada e incompleta – mas que pertence aos dois cônjuges, em bloco, sendo ambos titulares de um único direito sobre ela. II – Os bens comuns dos cônjuges constituem objecto não duma relação de compropriedade – mas duma propriedade colectiva ou de mão comum. III – Cada um dos cônjuges tem uma posição jurídica em face do património comum, posição que a lei tutela. Cada um dos cônjuges tem, segundo a expressão da própria lei, um direito à meação, um verdadeiro direito de quota, que exprime a medida de divisão e que virá a realizar-se no momento em que esta deva ter lugar”. No mesmo sentido, o Ac. TRL, de 21 de Março de 2013 [Processo: 1006/11.0T2SNT-D.L1-2]: 1. Na comunhão conjugal existe um património colectivo que constitui uma massa patrimonial que pertence aos dois cônjuges, em bloco, sendo ambos titulares de um único direito sobre ela. 2. O divórcio determina a cessação da generalidade das relações patrimoniais entre os cônjuges e implica a partilha dos bens do casal. 3. Não tendo havido partilha dos bens do casal, na sequência do divórcio, no processo de insolvência de um ex-cônjuge, apenas se poderá arrolar o direito deste a uma quota ideal do património colectivo do casal e, em princípio, apenas esse direito poderá ser liquidado no processo de insolvência. 4. Encontrando-se os dois direitos (do insolvente e do ex-cônjuge deste) sobre o único bem imóvel que constitui o património colectivo, sujeitos a vendas judiciais separadas – na insolvência e no processo executivo e em é executado o ex-cônjuge do insolvente – os prejuízos que necessariamente decorrerão, quer para os credores, para os terceiros interessados na aquisição do direito integrado na massa insolvente, quer também para o próprio ex-cônjuge do insolvente, devido à dificuldade da venda, ou a sua concretização por baixo valor, aconselham a venda desse único bem, na sua globalidade, no processo de insolvência, o que implicará a convalidação do direito do ex-cônjuge do insolvente, num direito sobre o preço pelo qual o bem venha a ser vendido, na parte que lhe corresponde.

¹⁶⁹ PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, págs. 506-507.

¹⁷⁰ *Curso de Direito da Família I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, págs. 509-510. “A razão de que aos cônjuges não é consentido dispor dessa posição não será decisiva, pois há direitos indisponíveis. Não poderá admitir-se, mesmo na comunhão conjugal, que cada um dos cônjuges tem o seu ‘direito à meação’ (como dizia a lei), um verdadeiro direito de quota – uma quota, é certo, não feita para circular, para ser objecto de troca, mas que exprime a medida da divisão e que virá a realizar-se no momento da divisão, já existindo, porém, actualmente como nomen iuris?” Os autores referem-se, nomeadamente: ao artigo 825.º CPC na redacção anterior ao Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro, que falava mesmo no “direito à meação” do cônjuge devedor, permitindo a penhora desse direito. A reforma de 95 veio substituir a expressão por “requerer a separação de bens”, formulação esta que foi mantida pelo artigo 740.º do NCPC; ao artigo 1685.º, n.º 1, do CC (disposições para depois da morte), que estabelece que “1. Cada um dos cônjuges tem a faculdade de dispor, para depois da morte, dos bens próprios e da sua meação nos bens comuns, sem prejuízo das restrições impostas por lei em favor dos herdeiros legítimos”; ao artigo 1767.º (fundamento da separação judicial de bens):

da posição a tomar sobre esse assunto, o que é importante reter para a nossa análise é que o direito sobre os bens comuns na constância do casamento é um *direito actual*. Os cônjuges casados em comunhão geral são, na constância do casamento, titulares de direitos actuais e presentes sobre bens comuns e não apenas titulares de um direito à meação enquanto mera expectativa que se irá concretizar no momento da partilha ou de bens futuros, a adquirir no momento da partilha. Elucidativo desse facto é, desde logo, o conjunto normativo que regula a administração dos bens comuns ou a responsabilidade por dívidas dos cônjuges¹⁷¹.

Por isso, quando o legislador manda aplicar o regime da comunhão de adquiridos na partilha subsequente à dissolução do casamento por divórcio, vem determinar que, na prática, pessoas casadas num regime de comunhão geral, ou num regime de comunhão de bens para além dos adquiridos na constância do casamento a título oneroso, vejam diminuir a sua massa patrimonial, apesar de ter sido outra a sua declaração de vontade aquando da celebração do casamento, e diversa a sua autoponderação de interesses durante a vida conjugal. Pense-se na seguinte situação: um casal de nubentes decidiu construir uma casa num terreno que pertencia a um deles. Depois de construírem, os dois, a casa, e sendo este o único bem com relevância patrimonial, decidiram casar no regime da comunhão geral. Se esse casal se divorciar, o cônjuge não proprietário do terreno está numa situação particularmente prejudicial em termos económicos, com um mero direito a uma compensação por benfeitoria realizada em bem alheio¹⁷². Isto, naturalmente, numa intervenção legislativa que não seria minimamente previsível e para a concretização de valores (o não locupletamento pelo casamento) que foram consagrados na Reforma de 2008. Para algum dos cônjuges, a sua massa patrimonial vai diminuir, apesar de o divórcio ser um acto lícito e abstrair de qualquer declaração de culpa. Em muitos casos, isso ocorrerá após um período mais ou menos longo de investimentos patrimoniais e comunicações financeiras dificilmente rastreáveis.

O legislador – como todas as entidades públicas – está vinculado pelas normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias, pelo que deve, na densificação legal do direito privado, cumprir e aplicar essas normas¹⁷³. Ao carácter jurídico-subjectivo

“Qualquer dos cônjuges pode requerer a simples separação judicial de bens quando estiver em perigo de perder o que é seu pela má administração do outro cônjuge”; ao *artigo 1730.º*, n.º 2 (sobre a participação dos cônjuges no património comum): “2. A regra da metade [no activo e no passivo da comunhão] não impede que cada um dos cônjuges faça em favor de terceiro doações ou deixas por conta da sua meação nos bens comuns, nos termos permitidos por lei”; o *artigo 141.º do CIRE* (Aplicabilidade das disposições relativas à reclamação e verificação de créditos): 1 – As disposições relativas à reclamação e verificação de créditos são igualmente aplicáveis: b) À reclamação e verificação do direito que tenha o cônjuge a separar da massa insolvente os seus bens próprios e a sua meação nos bens comuns. Cfr. também ESPERANÇA PEREIRA MEALHA, *Acordos conjugais para partilha de bens comuns*, Almedina, Coimbra, 2003, págs. 74-78, sobre a natureza do património comum após a dissolução da comunhão e a partilha dos bens comuns.

¹⁷¹ CRISTINA M. ARAÚJO DIAS, “Das compensações pelo pagamento de dívidas do casal (o caso especial da sua actualização)”, in MARIA BERENICE DIAS e JORGE DUARTE PINHEIRO (eds.), *Escritos de direito das famílias: uma perspectiva luso-brasileira*, Editora Magister, Porto Alegre, 2008, págs. 79-80.

¹⁷² Cfr., por todos, o Ac. STJ, de 27 de Janeiro de 1993 [Processo: 082914]. Neste sentido, JORGE DUARTE PINHEIRO, “Ideologias e ilusões no regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. III, Coordenação de JOSÉ LEBRE DE FREITAS ET AL., Almedina, Coimbra, 2011, pág. 482, chama particularmente a atenção para o facto de a escassa preocupação da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, com a tutela do investimento da confiança no projecto matrimonial se tornar particularmente visível no confronto entre a disciplina legal do divórcio e a da invalidade do casamento (mais precisamente, do casamento putativo).

¹⁷³ GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 1289.

dos direitos, liberdades e garantias é inerente uma *função de defesa*, o que implica a *proibição de restrição*, a não ser em determinadas condições, ou a criação de *disciplina normativa em contradição* com eles. Ao determinar que o artigo 1790.º do CC se aplica a todos os processos instaurados após a entrada em vigor da lei – relembramos a 1 de Dezembro de 2008 – o legislador vem possibilitar que cônjuges casados no regime da comunhão geral, ou num regime de comunhão superior aos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento, venham a defrontar-se, na partilha por divórcio, com uma imposição de partilha no regime da comunhão de adquiridos que, na prática, significa verem-se privados da propriedade efectivamente existente no seu património – são direitos actuais. Por efeito do regime legal, existe pois uma privação da propriedade, que não depende de nenhuma declaração de culpa, em concreto. Ponderemos as hipóteses de um dos cônjuges, casados em comunhão geral, ser a parte demandada na acção de divórcio ou pedir o divórcio porque o outro se ausentou sem notícias há mais de um ano. Existe, pois, uma privação da propriedade¹⁷⁴, contrária ao artigo 62.º da CRP. Como vimos acima, elemento essencial do direito de propriedade é o direito de *não ser privado dela*¹⁷⁵, a garantia de permanência a que

¹⁷⁴ Em substancial equívoco, RUTE TEIXEIRA PEDRO, “A partilha do património comum do casal em caso de divórcio – reflexões sobre a nova redacção do art. 1790.º do Código Civil”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. III, Coordenação de JOSÉ LEBRE DE FREITAS ET AL., Almedina, Coimbra, 2011, que a págs. 458 escreve: “Os cônjuges comportam-se ao longo das várias décadas de casamento como se todos os bens fossem comuns”. E na pág. 465: “a aplicação da nova regra do art. 1790.º a casamentos vigentes pode redundar em termos práticos numa redução da participação de um dos cônjuges no património comum, em desrespeito do art. 1730.º, por reduzir o âmbito do património comum a ser considerado para efeitos de partilha”. Ora, o património já é comum na constância do casamento, porque foi esse o regime de bens determinado entre os cônjuges. A autora esquece que os bens são comuns já na constância do casamento, eles já existem, com actualidade, no património dos cônjuges.

Consequentemente, a autora, na pág. 466, tentando encontrar o objecto de protecção constitucional, refere que não descortina “qualquer razão de ordem pública que deva prevalecer nestes casos”. Na verdade esta dificuldade resulta da não correcta identificação do direito fundamental afectado por esta disposição. “Consubstanciará a restrição à autonomia privada dos cônjuges uma restrição ao direito à liberdade (art. 27.º da CRP) ou ao desenvolvimento da personalidade (art. 26.º CRP), em que só incluir-se a vertente da autodeterminação? Por outro lado, pode entender-se que a sua protecção é mediatizada pelo direito fundamental de propriedade consagrado no art. 62.º da CRP. Na verdade, atendendo a que a opção pela comunhão de bens e a sua vigência importa a efectiva comunicação dos bens que os cônjuges tinham ao tempo do casamento e que foram adquiridos ao longo da vida de casado, uma desconsideração por essa comunicação poderia mesmo consubstanciar um ataque a esse direito de propriedade”. A autora até segue um raciocínio correcto na caracterização do direito de propriedade e na delimitação das suas restrições. Todavia, o substancial equívoco em que corre, descrito acima, leva-a a situar o regime da restrospectividade no plano da protecção das expectativas dos cônjuges”. Questiona a autora se esta “retroactividade” ou retrospectividade pode ser qualificada como intolerável, por afectar de forma inadmissível os direitos e expectativas legitimamente fundadas dos cidadãos, violando o princípio da confiança? Desenvolve o seu raciocínio nesta base, a autora vem a concluir pela desconformidade da norma com a Constituição.

¹⁷⁵ MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 990, considera que podem combinar-se na mesma norma aspectos que relevam da determinação de conteúdo da propriedade e aspectos que deverão ser considerados como restritivos. Assim, a norma que altera o regime de um direito privado patrimonial pode afectar posições jurídicas constituídas ao abrigo do regime anterior. Nessa medida, tal norma deverá ser caracterizada como uma norma restritiva do direito fundamental de propriedade. A mesma norma incidirá também, com toda a probabilidade, sobre posições jurídicas que venham a ser constituídas ao abrigo do novo regime, bem como sobre o exercício futuro das posições jurídicas anteriormente constituídas. Assim, as medidas legislativas que dispõem sobre o uso ou o poder de disposição dos bens objecto de propriedade incluem-se nas normas respeitantes à determinação do conteúdo e limites da propriedade, quanto às posições jurídicas ainda não constituídas ou o exercício futuro das posições jurídicas anteriores, devendo, no entanto, ser consideradas restrições no que diz respeito à afectação imediata das posições jurídicas constituídas ao abrigo do regime anterior. Acrescenta o autor que as normas que de acordo com o critério material atrás enunciado seriam sempre normas relativas à determinação do conteúdo da propriedade (isto é, normas respeitantes aos poderes e deveres do proprietário no confronto com outros privados e na relação com

é pacificamente reconhecido carácter análogo aos direitos, liberdades e garantias. A Constituição confere aos particulares garantia e consistência ao direito de propriedade e a outros direitos patrimoniais dos particulares, como vimos no capítulo anterior, não permitindo que a sua ablação ocorra a não ser por motivos de utilidade pública, nos termos da lei e mediante justa indemnização¹⁷⁶.

Em síntese, o artigo 9.º da Lei n.º 61/2008, ao mandar aplicar o artigo 1790.º a todos os divórcios instaurados após 1 de Dezembro de 2008 – com o efeito prático de os cônjuges que casaram num regime de comunhão geral ou de comunhão para além dos adquiridos a título oneroso na constância do casamento virem a ser privados de direitos actuais que tinham sobre determinados bens, por mero efeito do seu exercício do direito ao divórcio e independentemente de qualquer declaração de culpa na ruptura do casamento – é materialmente inconstitucional¹⁷⁷, por violação do artigo 62.º da CRP.

Cabe agora considerar a sugestão de RITA LOBO XAVIER¹⁷⁸ no sentido de limitar o âmbito de aplicação do artigo 9.º da Lei 61/2008. Defende a autora que “*esta estatuição não poderá afectar os bens que entraram no património comum até à entrada em vigor da lei: só pode aplicar-se àqueles que casaram segundo este regime depois da sua entrada em vigor, e, quanto aos cônjuges que casaram anteriormente em tal regime, quando muito, só poderá excluir do património comum a partilhar os bens que nele ingressaram após a entrada do início da vigência da lei*”. Em certa medida, esta proposta parece responder às dificuldades de conformidade substancial do artigo 9.º com a nossa Constituição.

Pensamos, no entanto, que a posição da autora peca por defeito. De facto, o que está em causa não é só a propriedade ou a titularidade de direitos sobre os bens dos cônjuges. O artigo 9.º da lei n.º 61/2008, ao aplicar o artigo 1790.º a todos os processos instaurados após a sua entrada em vigor, veio atingir a auto-regulamentação dos cônjuges, no que à sua ordenação dominial diz respeito, estabelecida aquando da celebração do casamento. Os efeitos do artigo 9.º resultam numa manifesta obliteração da vontade manifestada e do modo como os nubentes projectaram e organizaram a sua vida em comum. Havendo declaração de culpa, esta justificava por si só o desvio imposto ao princípio autonomia da vontade. Cessando essa declaração no nosso ordenamento jurídico, não há motivos que fundamentem ou justifiquem esse desvio ao respeito pela vontade cristalizada pelas partes aquando da celebração do casamento. A questão remete-nos, pois, para o princípio da segurança jurídica.

o objecto da propriedade) podem ainda ser caracterizadas, de acordo com um critério temporal, como restritivas do direito fundamental de propriedade.

¹⁷⁶ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, anot. ao artigo 62.º, pág. 805, X e JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, anot. ao artigo 62.º, pág. 629.º, VIII.

¹⁷⁷ Entendemos não ser de colocar aqui a questão da inconstitucionalidade orgânica do artigo 1790.º do CC. É controverso se o artigo 17.º estende aos direitos análogos, além do regime material, o regime orgânico-formal dos direitos, liberdades e garantias, designadamente no que respeita à reserva de competência da Assembleia da República. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 187, não vê razões para afastar a aplicação da globalidade do regime, ainda que na medida do possível e portanto, com as necessárias adaptações. Assim, quanto à reserva parlamentar da alínea b) do n.º 1 do artigo 165.º, não considera absurdo (nem novidade) que um preceito constante de um decreto-lei, como é o caso do Código Civil, não possa ser modificado ou revogado por outro decreto-lei, tanto mais que o primeiro será naturalmente anterior à Constituição e terá provindo, por isso, de um outro poder, com uma esfera de competência diferente.

¹⁷⁸ RITA LOBO XAVIER, *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais: Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro*, Almedina, Coimbra, 2009, pág. 35.

c) O princípio da segurança jurídica e da proibição do excesso

São constitutivos do Estado de Direito, os princípios da *segurança jurídica* e da *confiança*¹⁷⁹. Seguindo os ensinamentos de REIS NOVAIS¹⁸⁰, o da segurança jurídica “projecta exigências genéricas ao Estado, como a *previsibilidade e calculabilidade* da actuação estatal, de *clareza e densidade* normativa das regras jurídicas e de *publicidade e transparência* dos actos dos poderes públicos, designadamente os susceptíveis de afectarem negativamente os particulares, mas também exigências específicas de *observância dos seus direitos, expectativas e interesses legítimos e dignos de protecção*. O indivíduo tem o direito de poder confiar em que aos seus actos ou decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixados pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico¹⁸¹, pelo que a refracção mais importante do princípio da segurança jurídica relativamente a actos normativos é a *proibição de normas retroactivas restritivas de direitos ou interesses juridicamente protegidos*¹⁸².

É certo que artigo 1790.º do CC, lido em conjunção com o artigo 9.º da Lei 61/2008, que determina a sua aplicação aos processos instaurados a partir da sua entrada em vigor, não é uma norma retroactiva¹⁸³. Estamos, antes, perante um caso

¹⁷⁹ Constituem um só princípio para JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pág. 261. Sobre a predictabilidade e o princípio do Estado de Direito, veja-se, por exemplo, BRIAN Z. TAMANAHA, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, CUP, 2004, págs. 87 e ss.

¹⁸⁰ JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pág. 261. Para JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, anot. ao artigo 9.º, pág. 102, IX, a segurança jurídica só em Estado de Direito alcança a máxima realização até hoje reconhecida, em conjugação com a justiça; só o Estado de Direito oferece um quadro institucional rigoroso, no qual se manifestem, em simultâneo, certeza, compreensibilidade, razoabilidade, determinabilidade, estabilidade e previsibilidade.

¹⁸¹ GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 257. Sobre a teoria da não retroactividade da lei, vide JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Almedina, Coimbra, 2008 [1987], págs. 231 e ss.

¹⁸² Cfr. artigo 18.º, n.º 3 da CRP.

¹⁸³ Retroactividade consiste basicamente numa ficção: (i) decretar a validade e vigência de uma norma a partir de um marco temporal (data) anterior à data da sua entrada em vigor; (ii) pode consistir em ligar os efeitos de uma norma jurídica a situações de facto existentes antes da sua entrada em vigor. Neste segundo caso, alude-se a conexão retroactiva quanto a efeitos jurídicos. Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 262.

A questão da retroactividade de restrições a direitos fundamentais no âmbito da legislação sobre protecção do ambiente e planeamento do território foi objecto de desenvolvida ponderação no Acórdão n.º 329/99, em que se questionava a constitucionalidade das normas do artigo 1.º, n.ºs 1, 2 e 3, do Decreto-Lei n.º 351/93, de 7 de Outubro, que sujeitavam as licenças de loteamento, de obras de urbanização e de construção emitidas anteriormente à data da entrada em vigor de plano regional de ordenamento do território a confirmação da sua compatibilidade com as regras de uso, ocupação e transformação do solo constantes desses planos e Acórdão TC n.º 517/99 [Relator: MESSIAS BENTO], de 22 de Setembro (objecto do pedido é constituído pelas normas que se contêm nos artigos 1º, n.ºs 1, 2 e 3, e 3º do Decreto-Lei n.º 351/93, de 7 de Outubro, *mas* (salvo quanto à do n.º 2 do artigo 1º, cuja constitucionalidade é questionada considerando mesmo a sua aplicação para o futuro) *tão-só na parte ou na medida* em que elas afectam as *licenças e aprovações* (de loteamento, de obras de urbanização ou de construção) já concedidas à data da sua entrada em vigor): só segue o Acórdão 329/99. Fora do domínio penal, em que a retroactividade *in peius* é constitucionalmente inadmissível (cfr. artigo 29.º, n.ºs 1, 3 e 4, da CRP); do domínio fiscal, em que ninguém pode ser obrigado a pagar impostos que tenham natureza retroactiva (cfr. artigo 103.º, n.º 3, CRP) e, bem assim, do domínio das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, em que a lei não pode ser retroactiva (cf. artigo 18.º, n.º 3, CRP), o TC tem sempre entendido que uma lei retroactiva não é, em si mesma, inconstitucional (cf. Acórdão n.º 95/92). Fora dos domínios apontados, uma lei retroactiva só

de *retroactividade inautêntica*, aquela em uma norma jurídica incida sobre situações ou relações jurídicas já existentes embora a nova disciplina jurídica pretenda ter efeitos para o futuro¹⁸⁴. Uma lei, pretendendo vigorar para o futuro (eficácia *ex nunc*), acaba por afectar situações, direitos ou relações jurídicas desenvolvidas no passado mas ainda existentes, o que é comum nas normas que regulam de forma inovadora relações jurídicas contratuais tendencialmente duradouras. São casos em que a nova regulação jurídica não pretende substituir *ex tunc* a disciplina normativa existente, mas acaba por atingir situações, posições jurídicas e garantias geradas no passado e relativamente às quais os cidadãos têm a legítima expectativa de não serem perturbados pelos novos preceitos jurídicos. Quer dizer: há certos efeitos jurídicos da lei nova vinculados a pressupostos ou relações iniciadas no passado¹⁸⁵.

Relevante é, porém, que também na chamada “*retroactividade inautêntica*” os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança, que integram o princípio do Estado de direito, impõem limites que o legislador tem de respeitar, considerando-se ofendida a protecção da confiança, sempre que a lei desvaloriza a posição do indivíduo de modo com que este não deva contar, que não tinha, portanto, de tomar em consideração, ao dispor da sua vida. Para determinação desses limites constitucionais haveria que ponderar a confiança do indivíduo na manutenção de um certo regime jurídico, por um lado, e a importância do interesse visado pelo legislador para o bem comum, por outro lado¹⁸⁶.

será inconstitucional, se violar princípios ou disposições constitucionais autónomos. Será o que sucede quando a lei afecta, de forma “*inadmissível, arbitrária ou demasiadamente onerosa*”, direitos ou expectativas legitimamente fundadas dos cidadãos. Num tal caso, com efeito, a lei viola aquele mínimo de certeza e de segurança que as pessoas devem poder depositar na ordem jurídica de um Estado de Direito. A este impõe-se, de facto, que organize a “*protecção da confiança na previsibilidade do direito, como forma de orientação de vida*”. Por conseguinte, apenas uma retroactividade intolerável, que afecte de forma inadmissível e arbitrária os direitos e expectativas legitimamente fundadas dos cidadãos, viola o princípio da confiança, ínsito na ideia de Estado de Direito democrático. Vide, por todos, Ac. TC n.º 360/04 [Relator: MÁRIO TORRES], de 19 de Maio (áreas protegidas na Reserva Nacional de Áreas Protegidas).

¹⁸⁴ GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 262.

¹⁸⁵ Seguimos GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 262. Como decidiu o Acórdão TC n.º 287/90 [Relator: SOUSA BRITO], de 30 de Outubro (restricção do direito de recurso): “*Embora não haja retroactividade que afecte um direito, estamos perante um daqueles casos em que a lei se aplica para o futuro a situações de facto e relações jurídicas presentes não terminadas. Como esta delimitação tem o Tribunal Constitucional Federal alemão falado de ‘retroactividade inautêntica, retrospectiva’, não obstante tivesse esclarecido no início desta jurisprudência, que então ‘não se levanta o problema da retroactividade’ (BVerfGE 11, 139, 146)*”. No Acórdão TC n.º 232/91 [Relator: MESSIAS BENTO], de 23 de Maio (actualização de pensões), o Tribunal referiu que uma “*norma retrospectiva, ou seja, uma norma que prevê consequências jurídicas para o futuro para situações que se constituíram antes da sua entrada em vigor, mas que se mantêm nessa data*” tem que ser examinada “*à luz do referido princípio da protecção da confiança, no qual vai implicada uma ideia de segurança, de certeza e de previsibilidade da ordem jurídica*”. De forma elucidativa, o Acórdão TC n.º 365/91 [Relator: VÍTOR NUNES DE ALMEIDA], de 7 de Agosto (diploma em causa definia o regime de privatização da PETROGAL, S.A.), veio afirmar que: “*O princípio da confiança garante inequivocamente um mínimo de certeza e segurança das pessoas quanto aos direitos e expectativas legitimamente criadas no desenvolvimento das relações jurídico-privadas, podendo afirmar-se que, com base em tal princípio, não é consentida pela Lei Fundamental uma norma tal que, pela sua natureza, afecte de forma inadmissível, intolerável, arbitrária ou desproporcionadamente onerosa aqueles mínimos de segurança e certeza que as pessoas, a comunidade e o direito têm de respeitar. Contudo, terá de entender-se que a violação do princípio não se verifica sempre que a confiança do cidadão na manutenção de uma dada situação jurídica se revele materialmente infundada ou de tal forma enfraquecida que a sua cedência, quanto a outros valores, não signifique sacrifício inoportuno*”.

¹⁸⁶ Acórdão TC n.º 287/90 [Relator: SOUSA BRITO], de 30 de Outubro, e Acórdão TC n.º 232/91 [Relator: MESSIAS BENTO], de 23 de Maio (actualização de pensões): Pois bem: uma *norma retrospectiva* só deve ser havida por constitucionalmente ilegítima, quando a confiança do cidadão na manutenção da situação jurídica com base na qual tomou as suas decisões for violada de forma intolerável, opressiva ou demasiado acentuada. Num tal caso, com efeito, a confiança na situação jurídica pré-existente haverá de

É entendimento pacífico do Tribunal Constitucional que, afectando uma norma *expectativas legitimamente fundadas dos cidadãos*, cabe averiguar em que medida essa afectação deve ser considerada inadmissível, arbitrária ou demasiadamente onerosa. É jurisprudência antiga¹⁸⁷ a que considera que a ideia geral de inadmissibilidade poderá ser aferida, nomeadamente, por dois critérios: a afectação de expectativas, em sentido desfavorável, será inadmissível, quando constitua uma mutação da ordem jurídica com que, *razoavelmente*, os destinatários das normas dela constantes *não possam contar*, e ainda, quando a alteração legislativa *não for ditada pela necessidade de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos* que devam considerar-se prevaletentes (deve recorrer-se, aqui, ao princípio da proporcionalidade, explicitamente consagrado, a propósito dos direitos, liberdades e garantias, no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição, desde a 1.ª revisão). Pelo primeiro critério, a afectação de expectativas será extraordinariamente onerosa. Pelo segundo, que deve acrescer ao primeiro, essa onerosidade torna-se excessiva, inadmissível ou intolerável, porque injustificada ou arbitrária.

Para julgar da existência de excesso na “*onerosidade*”, isto é, na frustração forçada de expectativas, é necessário averiguar se o interesse geral que presidia à mudança do regime legal deve prevalecer sobre o interesse individual sacrificado, na hipótese reforçado pelo interesse na previsibilidade de vida jurídica, também necessariamente sacrificado pela mudança. Na falta de tal interesse do legislador ou da sua suficiente relevância segundo a Constituição, deve considerar-se arbitrário o sacrifício e excessiva a frustração de expectativas. Não há, com efeito, um direito à não-frustração de expectativas jurídicas ou a manutenção do regime legal em relações jurídicas duradouras ou relativamente a factos complexos já parcialmente realizados.

Ao legislador não está vedado alterar o regime do casamento, do arrendamento, do funcionalismo público ou das pensões, por exemplo, ou a lei por que se regem processos pendentes. Cabe saber se se justifica ou não na hipótese da parte dos sujeitos de direito ou dos agentes, um «investimento na confiança» na manutenção do regime legal — para usar uma expressão da jurisprudência constitucional alemã atrás referida. Valem aqui, por maioria de razão, as considerações que a jurisprudência deste Tribunal, atrás referida, tem feito ao negar uma proibição genérica de retroactividade. Tal é particularmente claro quando o sacrifício das expectativas anteriores resulta de uma imprevisível alteração das circunstâncias: como na doutrina privatística da base negocial, não há então lugar à manutenção das expectativas. Assim, por exemplo, medidas legislativas de política económica conjuntural poderão ser alteradas, com frustração de expectativas, se a conjuntura económica mudar ou se, mesmo sem essa mudança, mudar a orientação geral da política económica em consequência de mudança de governo, constitucionalmente previsível. Nada dispensa a ponderação na hipótese do interesse público na alteração da lei em confronto com as expectativas sacrificadas”.

Há que reconhecer aqui uma margem de discricionariedade do legislador, respeitada pela Constituição. Mas deve acentuar-se que a tradição legislativa anterior não era

prevaler sobre a medida legislativa que veio agravar a posição do cidadão. E isso porque, tendo tal confiança, nesse caso, maior ‘peso’ ou ‘relevo’ constitucional do que o interesse público subjacente à alteração legislativa em causa, é justo que o conflito se resolva daquela maneira”. Acórdão TC n.º 360/04 [Relator: MÁRIO TORRES], de 19 de Maio (áreas protegidas na Reserva Nacional de Áreas Protegidas): “apenas uma retroactividade intolerável, que afecte de forma inadmissível e arbitrária os direitos e expectativas legitimamente fundadas dos cidadãos, viola o princípio da confiança, insito na ideia de Estado de Direito democrático”.

¹⁸⁷ Acórdão TC n.º 287/90 [Relator: SOUSA BRITO], de 30 de Outubro.

arbitrária e visava proteger interesses que não deixam de ser constitucionalmente relevantes”¹⁸⁸.

O artigo 9.º da Lei 61/2008, ao estabelecer que a partilha dos bens comuns nos divórcios instaurados após a sua entrada em vigor deve seguir o regime da comunhão de adquiridos está a afectar a posição dos cônjuges que autodeterminaram as suas relações e comunicações patrimoniais através da estipulação negocial do regime de bens do casamento, e que viveram um casamento de acordo com essa auto-regulamentação inicial¹⁸⁹.

Em geral, aponta-se para uma *menor intensidade normativa do princípio* nas hipóteses de retroactividade inautêntica (também chamada retrospectividade) do que nos casos de verdadeira retroactividade, e o juízo de inconstitucionalidade dependerá essencialmente de uma ponderação de bens ou interesses em confronto¹⁹⁰. Sublinha REIS NOVAIS¹⁹¹ que no direito da família não há praticamente quaisquer hipóteses de alteração legislativa sem que, com isso, de alguma forma se afectem situações ou posições constituídas no passado e que permanecem à entrada em vigor da nova lei, pelo que o autor conclui que “*em todas as situações difíceis que aqui venham a ser consideradas não é possível chegar a resultados constitucionalmente adequados sem ter em conta uma ponderação entre o peso do interesse público prosseguido pelo legislador e a força de resistência das expectativas dos particulares*”.

O interesse público prosseguido pelo legislador tem de superar o peso das expectativas dos particulares na continuidade de um dado quadro dado legislativo e, na correspondente ponderação a que há que proceder, têm de ser tidas em conta, de um lado, a legitimidade, solidez e relevância dessas expectativas e, com um sentido oposto, a importância ou premência de realização do interesse público prosseguido pelo legislador. Em caso de dúvida tenderá a prevalecer a opinião do legislador, dado que a avaliação judicial do peso do interesse público não pode ignorar a ampla margem de conformação que lhe deve ser reconhecida num Estado de Direito democrático¹⁹².

¹⁸⁸ Acórdão TC n.º 287/90 [Relator: SOUSA BRITO], de 30 de Outubro.

¹⁸⁹ Acórdão TC n.º 187/13 [Relator: CARLOS FERNANDES CADILHA], de 5 de Abril (OE para 2012): “*lesão da confiança pressupõe, num primeiro momento, que, ao editar a norma contestada, o legislador ordinário haja intervindo em sentido contrário às legítimas expectativas que os particulares depositavam na continuidade da ordem jurídica, na sua duração estável e na previsibilidade da sua mutação*”.

¹⁹⁰ Assim também JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, págs. 265 e ss.

¹⁹¹ JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pág. 266. Cfr. Acórdão TC n.º 862/2013 [Relator: LINO RODRIGUES RIBEIRO], de 19 de Dezembro (alterações ao Estatuto da Aposentação).

¹⁹² Seguimos JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, págs. 268 e 269. Cfr. no mesmo sentido GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, págs. 262-263.

Acórdão n.º 862/2013, a aplicação do princípio da confiança «*implica sempre uma ponderação de interesses contrapostos: de um lado, as expectativas dos particulares na continuidade do quadro legislativo vigente; do outro, as razões de interesse público que justificam a não continuidade das soluções legislativas. Os particulares têm interesse na estabilidade da ordem jurídica e das situações jurídicas constituídas, a fim de organizarem os seus planos de vida e de evitar o mais possível a frustração das suas expectativas fundadas; mas a esse interesse contrapõe-se o interesse público na transformação da ordem jurídica e na sua adaptação às novas ideias de ordenação social. Como os dois grupos de interesses e valores são reconhecidos na Constituição em condições de igualdade, impõe-se em relação a eles o necessário exercício de confronto e ponderação para concluir, com base no peso variável de cada um, qual o que deve prevalecer. O método do juízo de avaliação e ponderação dos interesses relacionados com a protecção da confiança é igual ao que se segue quando se julga sobre a proporcionalidade ou adequação substancial de uma medida restritiva de direitos. Mesmo que se conclua pela premência do interesse público na mudança e adaptação do quadro legislativo vigente, ainda assim é necessário aferir, à luz de parâmetros materiais e axiológicos, se a medida do sacrifício é «inad-*

O interesse público visado com a medida, como já repetimos, é instituir um princípio, no âmbito do regime do divórcio, segundo o qual o casamento não é um meio de adquirir. O peso das expectativas dos particulares, por outro lado, dependerá, em primeiro lugar, da duração do casamento, *rectius*, da antiguidade da convenção antenupcial. Mas será sempre forte, por não se vislumbrar aos cônjuges nenhuma razão objectiva ponderosa o suficiente para a alteração dos efeitos da sua vontade validamente manifestada. Na verdade, o princípio da imutabilidade do regime de bens, consagrado no artigo 1714.º, n.º 1, do CC, consubstancia-se na não permissão de, depois da celebração do casamento, ser revogada ou modificada a convenção antenupcial que o estabeleceu, nem alterar o regime de bens legalmente fixado, a não ser nos casos previstos na lei¹⁹³. Se antes de 1 de Dezembro de 2008, a modificação imperativa do regime de bens acordado se devia à violação grave e culposa dos deveres conjugais por parte de um dos cônjuges e se justificava como sanção para esse comportamento — era pois percepcionável pelos cônjuges que esse efeito jurídico fosse atribuído aos seus actos, repete-se, graves e culposos —, a solução compreende-se mal, todavia, num

missível, arbitrária e demasiado onerosa».

O Acórdão TC n.º 862/2013 [Relator: LINO RODRIGUES RIBEIRO] de 19 de Dezembro de 2013 decidiu que a metodologia a seguir na aplicação deste critério implica sempre uma *ponderação de interesses* contrapostos: de um lado, as expectativas dos particulares na continuidade do quadro legislativo vigente; do outro, as razões de interesse público que justificam a não continuidade das soluções legislativas. Os particulares têm interesse na *estabilidade* da ordem jurídica e das situações jurídicas constituídas, a fim de organizarem os seus planos de vida e de evitar o mais possível a frustração das suas *expectativas* fundadas; mas a esse interesse contrapõe-se o *interesse público* na transformação da ordem jurídica e na sua *adaptação* às novas ideias de ordenação social. Caso os dois grupos de interesses e valores são reconhecidos na Constituição em condições de igualdade, impõe-se em relação a eles o necessário exercício de confronto e ponderação para concluir, com base no peso variável de cada um, qual o que deve prevalecer. O método do juízo de avaliação e ponderação dos interesses relacionados com a protecção da confiança é igual ao que se segue quando se julga sobre a *proporcionalidade* ou adequação substancial de uma medida restritiva de direitos. Mesmo que se conclua pela premência do interesse público na mudança e adaptação do quadro legislativo vigente, ainda assim é necessário aferir, à luz de parâmetros materiais e axiológicos, se a medida do sacrifício é *«inadmissível, arbitrária e demasiado onerosa»* (cfr. Acórdão n.º 287/90).

Nas palavras do Acórdão TC n.º 572/2014 [Relator: LINO RODRIGUES RIBEIRO], de 30 de Julho (Orçamento de Estado para 2014): *“se está perante uma situação de confiança constitucionalmente tutelada tão-só nos casos em que se verifiquem cumulativamente três pressupostos: i) que as expectativas de estabilidade do regime jurídico em causa tenham sido induzidas ou alimentadas por comportamentos dos poderes públicos; ii) que tais expectativas sejam legítimas, fundadas em boas razões, a avaliar no quadro axiológico jurídico-constitucional; iii) por último, que o cidadão tenha orientado a sua vida e feito opções decisivas, precisamente, com base em expectativas de manutenção de um determinado regime jurídico”*.

Igualmente no Acórdão TC n.º 413/2014 [Relator: CARLOS FERNANDES CADILHA], de 30 de Maio (normas do OE 2014): No que respeita ao princípio da protecção da confiança, corolário do princípio do Estado de direito democrático, e que constitui o lado subjectivo da garantia de estabilidade e segurança jurídica, este Tribunal tem uma jurisprudência constante e reiterada (cfr., em especial, a formulação do Acórdão n.º 128/2009, reiterada em numerosas decisões posteriores). A aplicação do princípio da confiança deve partir de uma definição rigorosa dos requisitos cumulativos a que deve obedecer a situação de confiança, para ser digna de tutela: em primeiro lugar, as expectativas de estabilidade do regime jurídico em causa devem ter sido induzidas ou alimentadas por comportamentos dos poderes públicos; elas devem, igualmente, ser legítimas, ou seja, fundadas em boas razões, a avaliar no quadro axiológico jurídico-constitucional; por fim, o cidadão deve ter orientado a sua vida e feito opções, precisamente, com base em expectativas de manutenção do quadro jurídico. Dados por verificados esses requisitos, há que proceder a um balanceamento ou ponderação entre os interesses particulares desfavoravelmente afectados pela alteração do quadro normativo que os regula e o interesse público que justifica essa alteração. Com efeito, para que a situação de confiança seja constitucionalmente protegida, é ainda necessário que não ocorram razões de interesse público que justifiquem, em ponderação, a não continuidade do comportamento que gerou a situação de expectativa.

¹⁹³ Sobre a rigidez da solução portuguesa, ver JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família contemporâneo*, 3.ª edição, AAFDL, Lisboa, 2010, pág. 584.

sistema de ruptura objectiva do casamento, em que o divórcio pode ser decretado, por exemplo, quando haja ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a um ano. Acresce que estão em causa, do lado dos particulares, expectativas relacionadas com a salvaguarda de direitos fundamentais, que o próprio legislador está constitucionalmente vinculado a observar¹⁹⁴, pelo que a sua margem de conformação é substancialmente reduzida.

Ainda que aceitássemos, na norma em análise, a prevalência da realização do interesse público sobre as expectativas dos particulares, seria necessário verificar se a afectação correspondente observou as diferentes exigências do princípio da proibição do excesso, desde a aptidão, à indispensabilidade, proporcionalidade e razoabilidade. Aqui, uma disposição transitória que salvaguardasse as posições patrimoniais vindas do passado revelava-se como impreterivelmente exigida¹⁹⁵.

Em nossa opinião, o fim do legislador ao instituir uma regra como a do artigo 1790.º, evitar que o divórcio seja um meio de adquirir, podia ser alcançado por via menos agressiva da confiança e dos interesses dos particulares – por exemplo através da previsão de uma disposição transitória que salvaguardasse os casamentos celebrados antes da entrada em vigor da lei. Como ensina REIS NOVAIS, “*tudo aquilo que, em agressividade, vai para além desse mínimo apto a alcançar os fins legislativos deve ser considerado inconstitucional por constituir uma afectação gratuita, desnecessária ou arbitrária da confiança que os particulares depositavam na ordem jurídica vigente*”¹⁹⁶. A não observância da indispensabilidade na afectação das expectativas dos particulares sempre determinaria a inconstitucionalidade do artigo 9.º da Lei n.º 61/2008, por força da aplicação combinada dos princípios da proibição do excesso e da protecção da confiança¹⁹⁷.

O princípio da protecção da confiança, que vai implicado na ideia de Estado de Direito, entendido aquele princípio como garantia de um direito dos cidadãos à segurança jurídica – da segurança que assenta no facto de os cidadãos poderem confiar na ordem jurídica para, nos limites dela, ordenarem e programarem as suas vidas.

¹⁹⁴ Seguimos JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, págs. 268 e 269.

¹⁹⁵ JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pág. 268. FERNANDO ALVES CORREIA, *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Almedina, Coimbra, 1997, págs. 441 e ss, sobre a proibição do excesso.

¹⁹⁶ JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pág. 268. Há, aí, uma óbvia associação ao princípio da proibição do excesso – igualmente presente no controlo de constitucionalidade baseado nos outros princípios já analisados e que, de resto, nada tem de surpreendente pois não se pode esquecer que se trata de subprincípios do mesmo princípio geral, o princípio de Estado de Direito –, mas a autonomia do princípio da protecção da confiança é bem patente no juízo de ponderação que precede a eventual comparação e avaliação de alternativas disponíveis ao legislador, bem como no facto de as exigências de proibição do excesso serem aqui aplicáveis por simples facto da existência de expectativas dos particulares dignas de protecção, independentemente de se referirem ou não a direitos, liberdades ou garantias. Cfr. no mesmo sentido, GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, págs. 262-263.

¹⁹⁷ JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, págs. 268 e 269. Na jurisprudência, destacamos o Acórdão TC n.º 215/2000 [Relator: VÍTOR NUNES DE ALMEIDA], 5 de Abril (terceiros para efeitos de registo): *O princípio geral da segurança jurídica insito no princípio do Estado de Direito prevê que qualquer cidadão possa, de antemão, saber que aos actos que praticar ou negócios que realizar se ligam determinados efeitos, incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas decorrentes de normas jurídicas em vigor, por forma que cada um tenha plena consciência das consequências da sua actividade (ou da sua omissão) na comunidade. Este princípio está intimamente relacionado com o princípio da confiança na medida em que o registo, enquanto constitui publicidade do seu conteúdo, torna este digno de crédito, isto é, as pessoas, em geral, têm de poder confiar nos factos constantes do registo”*.

Em síntese, o artigo 9.º da Lei 61/2008, ao determinar a aplicação do artigo 1790.º, na formulação resultante da Reforma de 2008, a todos os processos instaurados a partir da sua entrada em vigor da Reforma – com o efeito de nos casamentos celebrados antes da entrada em vigor da lei, *ainda que* os nubentes tenham optado pelo regime da comunhão geral, ou por algum regime de comunhão para além dos adquiridos na constância do casamento a título oneroso, *a partilha se fará sempre segundo o regime da comunhão de adquiridos* – é materialmente inconstitucional por violação do artigo 62.º da CRP. Uma interpretação restritiva da norma, no sentido de só afectar os bens que entraram no património comum após à entrada em vigor da lei, não afasta essa desconformidade, pois sempre afectaria as expectativas dos particulares nos efeitos da sua vontade legitimamente cristalizada aquando da celebração do casamento – causando a inconstitucionalidade do artigo 9.º da Lei n.º 61/2008, por força da aplicação combinada dos princípios da proibição do excesso e da protecção da confiança.

3. A atribuição da casa de morada de família (artigo 1793.º CC)

No momento da dissolução do casamento, por morte ou por divórcio, uma das questões mais prementes é normalmente a do destino a dar à casa de morada de família¹⁹⁸, desde logo porque ela constitui um elemento simbólico da família que se está a desmembrar. O artigo 1793.º, na redacção actual¹⁹⁹, determina que o tribunal²⁰⁰ pode *dar de arrendamento* a qualquer dos cônjuges, a seu pedido, a casa de morada de família, quer esta seja comum quer própria do outro²⁰¹, considerando, nomeadamente,

¹⁹⁸ Constata LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, Almedina, 1990, pág. 305, que a casa de morada de família é, para uma grande parte das famílias portuguesas, o único bem com algum significado económico de que dispõem. Vide RITA LOBO XAVIER, “‘Concentração’ ou transmissão do direito ao arrendamento habitacional em caso de divórcio ou morte”, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS e PAULA COSTA e SILVA (eds.), *Estudos em honra ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2008, pág. 1016, sobre o modo como os direitos à habitação e à protecção da residência familiar correm o risco de ser afectados pela extinção ou modificação da relação familiar ou parafamiliar que lhe estão associadas (em caso de divórcio, separação de pessoas e bens, separação de facto, morte, ausência, dissolução da união de facto).

¹⁹⁹ O artigo 1793.º, na redacção actual, surgiu com a Reforma de 1977. A protecção nele desenhada não tem precedentes no nosso ordenamento jurídico, nem mesmo indirectos. A redacção actual desta norma foi-lhe dada pela Lei 61/2008, que acrescentou o n.º 3, determinando que o “*regime fixado, quer por homologação do acordo dos cônjuges, quer por decisão do tribunal, pode ser alterado nos termos gerais da jurisdição voluntária*”. Para uma análise mais profunda, NUNO DE SALTER CID, *A protecção da casa de morada de família no Direito Português*, Almedina, Coimbra, 1996, págs. 102 e ss.

²⁰⁰ LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil II*, 4.ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2007, pág. 390, relembra que segundo a construção de Castro Mendes, e com a qual o autor concorda, ao cônjuge requerente cabe um direito potestativo misto, de exercício necessariamente judicial, de cuja actuação resulta a constituição do arrendamento. Não há, propriamente, uma obrigação de contratar da outra parte, mas sim uma situação de sujeição.

²⁰¹ Sobre o âmbito de aplicação da norma, NUNO DE SALTER CID, *A protecção da casa de morada de família no Direito Português*, Almedina, Coimbra, 1996, págs. 322-323. Para este autor, o artigo 1793.º abrange as hipóteses de a casa ser bem próprio de um dos cônjuges ou bem comum do casal (ou a de serem ambos únicos proprietários desta) – ou as de ser apenas um, ou serem ambos, titulares de um direito no uso do qual se processava a utilização da casa para morada de família, e cujo regime permita a constituição de um arrendamento, nomeadamente o direito de usufruto e de superfície. Não contempla o autor a hipótese de a casa ser objecto de direito de habitação ou ser emprestada. Todavia, não choca ao autor a ideia de que o tribunal, quando ambos os cônjuges ou ex-cônjuges são titulares do direito à habitação, ou são ambos comodatários, possa integrar a lacuna, atribuindo a um só o direito que era de ambos, desde que a tal não se oponha o título constitutivo do direito de habitação ou o contrato de comodato. PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coim-

as necessidades de cada um dos cônjuges e o interesse dos filhos do casal.

O artigo 1793.º, que se aplica na falta de acordo entre as partes²⁰², concretiza-se através de um processo de jurisdição voluntária, regulado actualmente no artigo 900.º do CPC. O pedido é deduzido por apenso à acção de divórcio, indicando o cônjuge os factos com base nos quais entende que deve ser-lhe atribuído o direito²⁰³. Se o tribunal considerar de atender ao pedido do cônjuge, deve, então, dar-lhe de arrendamento a cada de morada. Este arrendamento fica sujeito às regras gerais do arrendamento para habitação, mas o tribunal pode, ouvidos os cônjuges, definir condições específicas para este contrato, nomeadamente as relativas à sua duração²⁰⁴ e ao montante da renda²⁰⁵. O Tribunal pode, igualmente, “fazer caducar o arrendamento, a requerimento do senhorio, quando circunstâncias supervenientes o justifiquem”. A lei usa a expressão caducar, mas, cremos ser pacífico que para além da modificação da situação específica que motivou o arrendamento (nomeadamente o interesse dos filhos ou do cônjuge), e que pode levar à caducidade do contrato²⁰⁶, o ex-cônjuge senhorio mantém a possibilidade de

bra, 2008, pág. 674, nota 134, mostram algumas dúvidas quanto a esta última solução, pois o empréstimo da casa, embora feito aos dois, pode tê-lo sido, ainda que o contrato não seja explícito a este respeito, em atenção à pessoa do cônjuge ou do ex-cônjuge não requerente.

²⁰² Este acordo é obrigatório no requerimento do divórcio por mútuo consentimento nas Conservatórias do Registo Civil, nos termos do artigo 1775.º, n.º 1, alínea d)). O artigo 1778.º-A do CC determina que o requerimento de divórcio é apresentado no tribunal, se os cônjuges não o acompanharem de algum dos acordos previstos no n.º 1 do artigo 1775.º. Recebido o requerimento, o juiz aprecia os acordos que os cônjuges tiverem apresentado, convidando-os a alterá-los se esses acordos não acautelarem os interesses de alguns deles ou dos filhos. O juiz pode determinar para o efeito a prática de actos e a produção de prova eventualmente necessária. Pode igualmente fazê-lo para a fixação das consequências do divórcio, como se de um divórcio sem consentimento se tratasse, devendo não só promover mas também tomar em conta o acordo dos cônjuges. Como se explica no artigo 994.º do CPC: “1 – O requerimento para a separação judicial de pessoas e bens ou para o divórcio por mútuo consentimento é assinado por ambos os cônjuges ou pelos seus procuradores e instruído com os seguintes documentos: f) Acordo sobre o destino da casa de morada da família. 2 – Caso outra coisa não resulte dos documentos apresentados, entende-se que os acordos se destinam tanto ao período da pendência do processo como ao período posterior”.

²⁰³ O juiz convoca os interessados ou ex-cônjuges para uma tentativa de conciliação a que se aplica, com as necessárias adaptações, o preceituado nos n.ºs 1, 5 e 6 do artigo 931.º, sendo, porém, o prazo de oposição o previsto no artigo 293.º CPC.

²⁰⁴ PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, pág. 676, entendem que a lei não limita a liberdade de decisão do tribunal, que poderá, por exemplo, determinar que o contrato durará até que o mais novo dos filhos do casal atinja a maioridade. Sobre esta questão, note-se, com o Ac. TRC, de 31 de Maio de 2005 [Processo: 1247/05] que: “I – O artº 1793º, nº 1, do Código Civil, ao referir como um dos factores de atribuição da casa de morada de família o interesse dos filhos do casal, diz respeito aos filhos menores, por serem estes que, normalmente, estão na dependência dos pais, necessitando da protecção e apoio destes. II – A circunstância, no entanto, de o filho atingir a maioridade, só por si, não é motivo de resolução do arrendamento da casa de morada de família, nos termos do disposto no nº 2 daquele normativo, se ele continua a viver com a mãe (ou o pai), em favor de quem o arrendamento fora constituído, já que a maioridade pode não significar autonomia, podendo o filho continuar na dependência económica dos pais e, portanto, a necessitar de viver com eles”.

²⁰⁵ O facto de o tribunal dar de arrendamento a um dos cônjuges a cada de morada de família e o montante da renda devem ser tomados em conta na fixação da prestação de alimentos que eventualmente seja pedida.

²⁰⁶ PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pág. 677, são da opinião de que o arrendamento da casa de morada de família, constituído nos termos do art. 1793.º, 1, pode todavia ser resolvido pelo tribunal, a requerimento do senhorio, quando circunstâncias supervenientes o justifiquem (1793.º, n.º 2, 2.ª parte). Neste sentido, o Ac. TRL, de 11 de Julho de 2013 [Processo: 9779/12.6YYLSB.L1-2], aplicando as regras da resolução do arrendamento por falta de pagamento das rendas: “O acordo de atribuição do uso da casa de morada de família, que foi estabelecido no âmbito da acção de divórcio e ali homologado por decisão judicial, consubstancia um contrato de arrendamento. O senhorio pode socorrer-se dos meios previstos nos art. 1084.º, n.º 1 do C. Civil e 9.º, n.º 7 e 15.º, n.º 1 da Nova Lei do Arrendamento Urbano (NLAU), aprovada pela Lei n.º 6/2006 de 27-02, para fazer cessar esse

resolução do contrato por incumprimento dos deveres da contraparte, pelo menos quanto a algumas das situações previstas no artigo 1083.º do CC.

Várias controvérsias doutrinárias se têm levantado a propósito da atribuição da casa de morada de família após a dissolução do casamento por divórcio. A primeira delas tem a ver com a ponderação a fazer pelo julgador²⁰⁷. Os factores a ter em conta na decisão do tribunal são, segundo o artigo 1793.º, *as necessidades de cada um dos cônjuges e o interesse dos filhos do casal*, ao passo que no artigo 1105.º, n.º 2, que regula a transmissão do arrendamento em caso de divórcio, o legislador manda que o juiz tenha em conta *“a necessidade de cada um, os interesses dos filhos ou outros factores relevantes”*. Uma segunda questão prende-se com a delimitação dos filhos a cujo interesse se referem as normas acima mencionadas. O âmbito normativo inclui apenas os filhos comuns e os filhos do cônjuge proprietário²⁰⁸, ou também os filhos do outro cônjuge?

Mas a objecção mais profunda ao artigo 1793.º vem de autores, como DIOGO LEITE CAMPOS²⁰⁹, consideram que permitindo ao tribunal *“expropriar”* sem indemnização o uso da casa ao cônjuge a quem é imposto o arrendamento, o artigo 1793.º poderia julgar-se ferido de inconstitucionalidade: *“Portanto, a sua atribuição depois do divórcio tem particular importância. É, normalmente, objecto de acesa disputa entre os cônjuges, antes do divórcio e depois deste. Parece, assim, chocante, que ela possa ser atribuída mesmo ao cônjuge que dela não é proprietário, como o permite o artigo 1793.º. Trata-se de um caso de expropriação forçada, do uso da casa, que se deve considerar inconstitucional”*²¹⁰, pelo que só em casos

contrato. Sobre a denúncia, vide, por todos, JORGE DUARTE PINHEIRO, “O direito do arrendatário face ao casamento e ao divórcio”, *Estudos em homenagem no centenário do nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha*, Almedina, 2012, págs. 488-489.

²⁰⁷ No Ac. TRP, de 22 de Junho de 2012 [3023/09.0TBPVZ-B.P1]: *“I – Na atribuição da casa de morada de família, os critérios essenciais a considerar são as necessidades de cada um dos cônjuges e o interesse dos filhos. II – Não é de atribuir a casa de morada de família à requerente quando se trata de bem próprio do requerido, dispõe de outro apartamento que é bem comum do casal, o qual fica próximo daquela e oferece todas as condições de habitabilidade para si e as filhas que consigo residem”*. Quanto à transmissão do arrendamento, decidiu o Ac. TRP, de 19 de Dezembro de 2012 [10731/10.1TBVNG.P1] que: *“I – Na atribuição do arrendamento da casa de morada de família, os critérios essenciais a considerar são as necessidades de cada um dos cônjuges e o interesse dos filhos quando menores. II – Na mesma atribuição é avaliada a necessidade de cada um deles, deferindo-se àquele que mais precisar dela. III – Só quando as suas necessidades forem sensivelmente iguais é que haverá lugar à convocação de outros factores, tidos por secundários. (...)”*. Bem andou o Ac. TRP, de 22 de Novembro de 1994 [Processo: 9520683], ao decidir que: *“I – A atribuição do direito ao arrendamento na sequência da acção de divórcio não pode ser outro senão o de que o direito ao arrendamento da casa de morada de família deve ser atribuído ao cônjuge ou ex-cônjuge que mais precisa dele. O objectivo da lei não é o de castigar o culpado ou premiar o inocente, como não é o de manter na casa de morada de família o cônjuge que aí tenha permanecido após a separação, mas o de proteger aquele que mais seria atingido pelo divórcio quanto à estabilidade da habitação familiar, designadamente aquele a quem tivessem sido confiados os filhos. II – A necessidade da casa parece ser o factor principal a atender”*.

²⁰⁸ Não é de excluir que os filhos do cônjuge proprietário fiquem a residir com o outro cônjuge. Pense-se numa situação de aplicação do artigo 1907.º, sobre a confiança a terceira pessoa. FRANÇA PITÃO, *União de facto e economia comum*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 200, num entendimento alargado do âmbito da norma, admite a consideração do interesse dos filhos comuns do casamento heterossexual, mas também dos próprios de qualquer dos ex-cônjuges

²⁰⁹ LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, Almedina, 1990, pág. 305. No mesmo sentido, FRANÇA PITÃO, *União de facto e economia comum*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 201: *“Não podemos concordar com a aplicação pura e simples deste regime, sobretudo porque a nova lei deixou de ter em atenção apenas o interesse dos filhos menores do casal, fazendo revelar também o interesse dos filhos de um deles e até o interesse dos membros da união”*. A controversa questão do destino da casa de morada de família pode colocar-se a médio prazo, *“quando esses filhos atinjam a maioridade ou tenham completado a sua formação profissional. Será de manter o regime estabelecido sendo a casa de propriedade exclusiva do ex-companheiro que não a habita?”*.

²¹⁰ DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.ª edição (5.ª reimpressão), Almedina, Coimbra, 1997, pág. 307.

excepcionais, na opinião do autor, deverá o tribunal entregar a casa de morada de família ao cônjuge que não seja o seu proprietário²¹¹. É certo que esta posição não é incontroversa na doutrina. PEREIRA COELHO e GUILHERME OLIVEIRA²¹² e NUNO SALTER CID²¹³, pelo contrário, consideram que a lei terá sacrificado o direito de propriedade, constitucionalmente protegido pelo artigo 62.º da CRP, ao interesse da família, igualmente objecto de protecção constitucional (no artigo 67.º). Nas palavras deste último autor: “*A justificação destas soluções da lei, algo anómalas, passa certamente pela consideração da relevância constitucional atribuída à família e à respectiva protecção (cometida ao Estado), que seguramente abrange a sua desagregação pelo divórcio*”.

Para podermos tomar uma posição sobre esta(s) questão(ões), cabe, em primeiro lugar verificar se a norma resultante do artigo 1793.º CC afecta uma posição do proprietário constitucionalmente garantida, ou seja, se estamos perante uma diminuição da dimensão garantística do direito de propriedade.

a) O problema

Parece-nos incontroverso que do artigo 1793.º resulta uma restrição do direito de propriedade, garantida, *prima facie*, no artigo 62.º da CRP, entendida como norma jusfundamental permissiva do *livre uso, aproveitamento e fruição dos bens*²¹⁴. A imposição de um arrendamento forçado impõe, indubitavelmente, ao proprietário uma limitação na sua titularidade, uma interferência com a sua *potestas uti domini* que, já vimos supra, cabe no âmbito de protecção do artigo 62.º.

É certo que poderíamos aduzir argumentos que atenuassem a gravidade da interferência, desde logo, o facto de o arrendamento ser um acto de fruição do bem, e portanto, ainda que o proprietário, por força da constituição forçada do arrendamento, não possa retirar utilidades directas da coisa através do seu uso, não fica, em resultado da aplicação do artigo 1793.º, privado das utilidades indirectas proporcionadas pela casa, através do recebimento da renda. Este argumento não procede, porém, porque posterga, irremediavelmente, a relação entre o direito de propriedade do titular e o desenvolvimento da sua personalidade.

O artigo 1793.º não obriga o proprietário, apenas, a um arrendamento forçado — violando seu o direito de dispor do bem, impondo uma afectação a que o proprietário se opôs, ou nas condições em que se opôs —, mas um arrendamento forçado a uma pessoa com quem o proprietário já não tem uma relação familiar, porque a que tinha se dissolveu por divórcio.

²¹¹ E sempre deverá levar em consideração que a eventual prestação de alimentos a um dos cônjuges deve levar em conta a titularidade a casa de morada de família. Em termos de esses alimentos serem substancialmente reduzidos em atenção a essa titularidade. DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.ª edição (5.ª reimpressão), Almedina, Coimbra, 1997, págs. 307-308.

²¹² Cfr. PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, pág. 674, nota 134.

²¹³ NUNO DE SALTER CID, *A protecção da casa de morada de família no Direito Português*, Almedina, Coimbra, 1996, pág. 342.

²¹⁴ Relembramos GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, anot. ao artigo 62.º, pág. 804, VIII, JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O direito de propriedade na jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Lisboa, 2009, pág. 12, ANTÓNIO SOUSA FRANCO e GUILHERME D'OLIVEIRA MARTINS, *A Constituição económica portuguesa*, Almedina, Coimbra, 1993, págs. 171, bem como os Acórdãos TC n.º 328/94 [Relator: BRAVO SERRA], de 13 de Abril, n.º 148/05 [Relator: VÍTOR GOMES], de 16 de Março, e n.º 345/09 [Relator: VÍTOR GOMES], de 8 de Julho.

Estamos, precisamente, naquele núcleo da propriedade irredutivelmente ligado à pessoa do seu titular. Na verdade, o legislador – ao impor um arrendamento a um proprietário que não o deseja, e que esse arrendamento seja celebrado precisamente com uma pessoa cuja ruptura da vida em comum com o proprietário acabou de ser constatada – atinge de forma inexorável a concretização e o desenvolvimento do seu projecto de vida. Que esse caminho de vida tenha sido imposto ou escolhido, não é relevante. O que é determinante é que o proprietário da antiga casa de morada de família não quer manter o seu bem na disponibilidade de alguém, *i.e.*, não quer manter uma vinculação negocial, com quem não vai seguir no caminho da vida, porque acabou precisamente de se desvincular dessa pessoa, afectivamente, ou, pelo menos, do compromisso formal que haviam assumido de partilhar uma plena comunhão de vida. O artigo 1793.º coarcta, pois, ao ex-cônjuge, a liberdade de acção decorrente do direito de propriedade, já que este, ou não daria a casa em arrendamento, ou, a dá-la em arrendamento, não a cederia àquele “*velho desconhecido*” com quem vem de sofrer o fracasso da vida conjugal²¹⁵.

A afectação da propriedade ao ex-cônjuge apresenta, pois, nesta situação um forte impacto no desenvolvimento da personalidade do proprietário, porque o arrendamento imposto pelo juiz vai manter em relação duas pessoas que, voluntariamente ou não – quanto ao proprietário, dependendo de ter sido ele a pedir o divórcio –, viram dissolvida a relação pessoal e familiar que as unia²¹⁶. Somos, pois, da opinião de que o arrendamento forçado da casa de família a ex-cônjuge consubstancia uma restrição ao direito de propriedade tutelado pelo artigo 62.º da CRP²¹⁷.

²¹⁵ MARIA LÚCIA AMARAL, *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pág. 546: “A CRP defende e protege a propriedade privada porque a encara como um espaço de autonomia pessoal, isto é, como um instrumento necessário para a realização de projectos de vida livremente traçados, responsabilmente cumpridos, e que não podem nem devem ser interrompidos ou impossibilitados por opressivas ingerências externas – venham elas do Estado, venham elas da sociedade”. Ver, ainda, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*, vol. II (*A construção dogmática*), Almedina, Coimbra, 2006, pág. 677, sobre o papel da autonomia na liberdade de disposição dos bens.

²¹⁶ JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pág. 249: “o sentido de ‘afectação desvantajosa’ ou de ‘prejuízo na liberdade’ é objectivamente apurável através da existência de livre arbítrio, liberdade de escolha ou de autonomia, de possibilidade de determinar e controlar as condições de prossecução dos próprios fins”.

²¹⁷ Cabe, neste ponto, um esclarecimento prévio. O artigo 1793.º não é uma norma de ordenação ou de condicionamento do direito de propriedade, mas consubstancia, efectivamente, uma restrição. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 208-209, relembra-nos que a intervenção legislativa em matéria dos direitos fundamentais não implica, na maior parte dos casos, uma restrição do conteúdo desses direitos. O autor refere-se, precisamente, às normas ordenadoras, aquelas que se limitam a introduzir e acomodar os direitos na vida jurídica. São leis que viam organizar e disciplinar e adaptar os direitos à vida real, e que, com essa finalidade poderão, pois, estabelecer imposições que acabam por constituir condicionamentos ao exercício dos direitos, mas que não são verdadeiras leis restritivas, dado que não afectam o conteúdo do direito – é neste caso que se pode falar de leis condicionadoras.

O poder do legislador para regular (ordenar e eventualmente condicionar) os direitos, ainda segundo este autor, “*não engloba, em si, um poder de disposição. O reconhecimento desta função ao legislador não o coloca numa situação de preponderância em face da Constituição: o seu poder é vinculado pelo próprio direito cujo exercício visa regular e, em princípio, não lhe cabe definir, nem lhe é possível afectar ou modificar o conteúdo do direito fundamental, sob pena de se inverter a ordem constitucional das coisas*”. Note-se, todavia, que esta norma legislativa, além de estar sujeita aos controlo dos limites (isto é, do respeito pelo conteúdo do direito) sofre ainda, quanto à ordenação escolhida, a fiscalização da sua conformidade com a intenção que justifica e funda o poder respectivo de efectivar o direito, isto é, de o transpor para a realidade – a fiscalização teleológica, que, no entanto, em face da autonomia legislativa, não permite um reexame judicial, mas tão só um controle externo de constitucionalidade, isto é, um controle de limites externos e de erro manifesto, segundo um critério de evidência. No mesmo sentido, JOSÉ CASALTA NABAIS, “Os direitos fundamentais

É certo que o direito de propriedade não é um direito absoluto, mas antes um direito a ser moldado pelo legislador, “*nos termos da constituição*”, entendida esta locução não apenas em sentido negativo, como uma autorização ao legislador para restringir, mas conferindo-lhe também uma integração positiva do sentido: que tome em consideração a relação dos bens com o desenvolvimento da personalidade do titular, enquanto meio adequado e necessário para a realização e concretização da sua individualidade, para a promoção das suas *diferenças* e *autonomia*. A propriedade é, repetimos, um meio nuclear de afirmação da personalidade do seu titular, da modelação do seu projecto de vida, enfim, do seu caminho vivencial, e, em termos relacionais, constitui uma manifestação e expressão de decisões valorativas radicalmente pessoais e livres, merecedoras de tutela e oponíveis à comunidade e aos poderes públicos, em geral.

O legislador é o órgão especialmente vocacionado, no quadro dos diferentes órgãos de soberania, para a “*criação*” e a “*dinamização*” da ordem jurídica, e democraticamente legitimado para tanto, é ao legislador que fica, por isso, confiada, em primeira linha, a tarefa ou o encargo de, em cada momento histórico, “*ler*”, traduzir e verter no correspondente ordenamento aquilo que nesse momento são as decorrências, implicações ou exigências dos princípios “*abertos*” da Constituição (tal como, justamente, o princípio da “*dignidade da pessoa humana*”)²¹⁸.

Se a garantia constitucional da propriedade é uma garantia sob reserva de lei²¹⁹, o legislador não é, no entanto, livre de conferir qualquer conteúdo à norma restritiva do direito. É necessário que esta norma restritiva tenha, na perspectiva global da Constituição, um sentido que seja conforme com o quadro valorativo estabelecido²²⁰. No domínio dos direitos, liberdades e garantias, a vinculação do legislador pela Constituição é absoluta²²¹.

na jurisprudência do Tribunal Constitucional” *BFD* LXV (1989), págs. 18 e ss. Em sentido diverso, JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pág. 172 e ss.

²¹⁸ Cfr. Acórdão TC n.º 105/90 [Relator: BRAVO SERRA], de 29 de Março.

²¹⁹ JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, págs. 180-181, sobre normas de desenvolvimento de direitos fundamentais. Diz-nos o autor: “*Há situações em que o próprio conteúdo do direito fundamental é criado ou substancialmente determinado pela lei, em que o direito fundamental tem por objecto a própria emissão da lei ou só se realiza através de lei ou concomitantemente na lei*”, exemplificando com o direito a contrair casamento e o direito à propriedade privada. “*Em todos estes casos, a lei de desenvolvimento dos direitos fundamentais em questão — esteja ela prevista na Constituição (como no caso da lei que deve regular os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução do art. 36.º, n.º 2) ou surja, associada à natureza juridicamente produzida do conceito, por força de um reenvio implícito para complexos normativos ordinários existentes ou a criar (como no caso do direito à propriedade do art. 62.º, n.º 1) — visa dar ou, pelo menos, densificar o conteúdo do direito fundamental, ou seja, pretende consubstancializar o próprio direito*”. O autor designa este tipo de intervenção por materialização ou densificação de direitos fundamentais, já que, aqui, o legislador vai mais além do que dar forma, do que conformar o direito em questão: ele tem aqui, por força da remissão ou da recepção constitucional, expressa ou implícita, uma função que, pelo menos parcialmente, é constitutiva do próprio direito.

²²⁰ JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, anot. ao artigo 18.º pág. 154, VI

²²¹ Segundo JORGE MIRANDA, *Manual de direito Constitucional IV*, 5.ª edição, Coimbra Editora, 2012, pág. 315, são destinatários das normas respeitantes aos direitos, liberdades e garantias todos os órgãos do poder, vinculação que se torna patente em dois planos ou momentos: (i) Em relação a cada norma constitucional e a cada lei ou outro acto do Estado que com esse preceito venha a ser confrontado e que lhe deve ser conforme (art. 3.º, 2, da Constituição); (ii) Em relação ao conjunto dos preceitos constitucionais e ao conjunto dos actos jurídico-públicos, os quais devem tender a criar condições objectivas capazes de permitir aos cidadãos usufruírem efectivamente dos seus direitos no âmbito do Estado de Direito de-

Quando haja de reconhecer-se e admitir-se como legítimo, na comunidade jurídica, um “pluralismo” mundividencial ou de concepções — sem dúvida cumprirá ao legislador (ao legislador democrático) optar e decidir”²²², mas sempre dentro dos limites constitucionalmente estabelecidos.

b) A restrição em favor da família

Tendo como assente que a norma resultante do artigo 1793.º resulta numa restrição ao direito de propriedade do ex-cônjuge, cabe agora apreciar da legitimidade dessa restrição. É certo que o direito de propriedade não é, como dissemos, um direito absoluto; antes pelo contrário, está sujeito a reserva de lei, no sentido de ser ao legislador que cabe conformar o respectivo regime e conformar os limites da garantia. As intervenções de cunho restritivo²²³, todavia, nos termos do artigo 18.º, n.º 2 e 3, não devem exceder o necessário para salvaguarda de outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos, nem afectar o conteúdo essencial dos preceitos constitucionais que os tutelam. A Constituição impõe ao legislador um dever de respeito pelos direitos fundamentais, e no nosso caso, pelo direito de propriedade, abstendo-se de ofender, de restringir ou limitar o direito para além dos casos em que tal seja necessário para salvaguarda de outros direitos ou valores constitucionais e sempre no respeito por princípios de proporcionalidade²²⁴.

A pergunta que se segue é, pois, a seguinte: o artigo 1793.º visa proteger a família, tal como ela é constitucionalmente garantida nos artigos 36 e 67.º da CRP²²⁵?

mocrático. Em qualquer caso e em qualquer circunstância, qualquer ato de poder público deve tomá-las como fundamento e como referencial; e deve tender a conferir-lhes (e aos princípios que lhes subjazem) a máxima eficácia possível. Vide, ainda, o Acórdão TC n.º 617/07 [Relatora: MARIA LÚCIA AMARAL], de 19 de Dezembro (sobre as normas contidas no n.º 2 do artigo 1682º e na alínea b) do n.º 2 do artigo 1696º do Código Civil.

²²² CASS R. SUNSTEIN, “Incommensurability and Kinds of Valuation: Some Applications in Law”, in RUTH CHANG, *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*, Harvard University Press, pág. 246, sublinha que a prática institucional desvia-se muitas vezes das aspirações institucionais. Daí que muitos pedidos de reforma das instituições sociais sejam argumentos para a revisão dos tipos de avaliação prevalente nessas instituições.

²²³ JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pág. 193: “as restrições em sentido estrito têm uma vocação normativa geral e abstracta, o que significa que o prejuízo da liberdade produzido se identifica com uma alteração da própria norma jusfundamental — isto é, verifica-se uma redução, amputação ou eliminação do conteúdo objectivo do direito fundamental constituído, reconhecido, conformado ou delimitado por essa norma, restringindo-se o seu âmbito de protecção”.

²²⁴ VIEIRA DE ANDRADE, “A protecção de direito fundado em patente no âmbito do procedimento de autorização da comercialização de medicamentos”, *RLJ* 3953 (2008), pág. 72.

²²⁵ No mesmo sentido, veja-se o recente Acórdão TC n.º 127/13 [Relator: VÍTOR GOMES], de 27 de Fevereiro: “A limitação dos poderes de uso da coisa tem, na norma em causa, outra base constitucional que claramente se reflecte na inserção sistemática do preceito no capítulo do Código referente ao divórcio e separação judicial de pessoas e bens e na própria literalidade da previsão da norma”. Considerou o Tribunal que se trata “de uma medida introduzida pelo legislador para protecção da família, enquanto elemento fundamental da sociedade (artigo 67.º da CRP). Emerge da relação conjugal e da constituição do bem como ‘casa de morada de família’, qualidade em que o sujeito que vê a sua esfera jurídica afectada voluntariamente ingressou e situação para que contribuiu, e que tem como beneficiários o outro cônjuge e os filhos”. Neste sentido, nos tribunais civis, vide o Ac. STJ, de 16 de Dezembro de 1999 [Processo: 99A998]: “I — O divórcio não extingue completamente os deveres de solidariedade entre os cônjuges. II — A atribuição do direito ao arrendamento da casa que foi morada de família a um ex-cônjuge quando a casa era propriedade do outro não briga com o direito de propriedade — além de o não retirar, destina-se a proteger a família, que tem também direito à protecção da sociedade e do Estado, o que justifica a compressão do

A resposta é necessariamente positiva quando haja filhos ou outros familiares do cônjuge proprietário a residir na casa. Nessa situação, a constituição da relação de arrendamento contra a vontade do proprietário é, inelutavelmente, uma restrição que serve os interesses, constitucionalmente protegidos, da família. Na situação em que haja filhos ou outros familiares do proprietário ou comproprietário²²⁶, e estes fiquem a morar na casa, a norma é legítima e a restrição ao direito de propriedade é constitucionalmente justificável²²⁷: o objectivo prosseguido é legítimo e a medida é adequada a esse fim²²⁸.

Mas cabe ainda perguntar: quando não existam filhos ou estes não fiquem a morar na casa, justifica-se, constitucionalmente, a atribuição da casa de morada de família ao ex-cônjuge, contra a vontade do proprietário?

Relembramos que os termos da protecção da família, imposta pelo artigo 67.º da Constituição, são conformados pelo legislador ordinário²²⁹. Nas suas determinações normativas, o legislador vai paulatinamente valorando as relações e os institutos do Direito da Família. Nas palavras de NUNO DE SALTER CID²³⁰: “A lei, a par da sua função

direito de propriedade, diminuição que é compensada pelo recebimento da respectiva renda. III – Tal atribuição não é o resultado de um ajuste de contas desencadeado pela crise do divórcio a resolver com base na culpa do infractor mas de uma necessidade provocada pela separação definitiva dos cônjuges, que a lei procura resolver com os olhos postos na instituição familiar e, daí, que o primeiro factor a considerar para o efeito seja o da actual necessidade de cada um dos cônjuges e, se for caso disso, a posição que cada um fica a ocupar em face do agregado familiar. IV – Na fixação da renda não há que atender exclusivamente ao valor do mercado mas às necessidades e o interesse que levaram à atribuição da casa de morada de família”.

²²⁶ Cfr. o Ac. TRC de 13 de Junho de 2000 [Processo: 1094/2000]: “I – Quer a casa seja um bem próprio de um dos cônjuges, quer seja um bem comum ou de outrem (arrendada), qualquer um dos cônjuges ou ex-cônjuges tem o direito de solicitar ao Tribunal que lhe atribua o direito à habitação de casa que foi a morada de família, quando ainda unida. II – Resultando da matéria dada como provada que o cônjuge marido saiu de casa para se unir com outra mulher de quem tem um filho, abandonando a esposa e filho, contribuindo dessa forma para a rotura da família, e que, por outro lado, é esta última que tem à sua guarda o filho de ambos e vive com dificuldades económicas, é de justiça material que lhe seja atribuída a casa que fora morada de família a título de arrendamento, apesar de ser um bem próprio do marido. III – O Tribunal pode, desde que haja condições supervenientes que o justifiquem, fazer caducar o arrendamento, a requerimento do senhorio”.

²²⁷ Ainda há família nuclear fundada na parentalidade. Sobre a evolução histórica da família parental e da família nuclear, ver GIOVANNI BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, 2.ª edição, UTET, 2002, págs. 4 e 5. Sobre a ética do cuidado, ver NURIA BELLOSO MARTÍN, “El cuidado ¿valor ético o jurídico? Unas reflexiones a partir del principio de dignidade”, em TÂNIA DA SILVA PEREIRA e GUILHERME DE OLIVEIRA (eds.) *Cuidado e Vulnerabilidade*, Editora Atlas, São Paulo, 2009, págs. 331 e ss. Sobre a tensão entre responsabilidade moral e jurídica, vide CRAIG LIND, “Conclusion: Regulating for Responsibility in an Age of Complex Families”, em *Responsibility, Law and the Family*, JO BRIDGEMAN, HEATHER KEATING e CRAIG LIND, Ashgate, 2008, págs. 270 e ss. Sobre a família responsável (no que agora analisamos, pelo cuidado dos seus), e a importância do Direito da Família para ordenar e re-ordenar o equilíbrio da responsabilidade, cfr. ALICE DIDUCK, “Family Law and Family Responsibility”, em *Responsibility, Law and the Family*, JO BRIDGEMAN, HEATHER KEATING e CRAIG LIND, Ashgate, 2008, págs. 255 e ss.

²²⁸ Cfr. D. BENJAMIM BARROS, “Legal questions for the psychology of home”, in Symposium: A psychological perspective on Property Law, in *Tul. L. Rev.* 83 (2008-2009), págs. 648 e ss, advogando que a casa deve ficar com a criança. Recolhemos, pois, com muitas reservas a jurisprudência do Ac. TRL, de 9 de Dezembro de 2008 [Processo: 10341/2008-6]: “II – A guarda dos filhos não impõe, sem mais e automaticamente, a atribuição do uso da casa de morada de família a favor do cônjuge que detenha tal guarda; não obstante reconhecer-se o peso sensível do interesse dos filhos na resolução deste conflito, este não se assume como definitivo, nem sequer como prioritário, estando antes em igualdade com outras circunstâncias atendíveis, nomeadamente as necessidades de cada um dos cônjuges”.

²²⁹ Assinala GOMES CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1982, pág. 232, que “mesmo numa constituição, como a portuguesa, onde abundam imposições se estabelecem sérias restrições à actividade legiferante, ao legislador se ‘reserva’ um espaço de actuação, manifestamente irredutível a uma simples discricionariedade de escolha, exclusivamente localizada no lado dos resultados jurídicos das normas constitucionais”.

²³⁰ NUNO DE SALTER CID, *A protecção da casa de morada de família no Direito Português*, Almedina,

ordenadora, possui igualmente uma importante e inegável ‘força sugestiva’, não só reflectindo, mas também induzindo um modo de ser e de estar em sociedade e em família”. Como escreveu ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO²³¹, o Direito da Família e o das Sucessões são “o esteio que sustenta valores consolidados da vida social, ao mesmo tempo que abrem as portas às modificações que as exigências dos novos tempos reclamam”. É ao legislador que cabe manter a necessária conexão entre Direito e realidade social²³².

O conceito constitucional de família é um conceito aberto, que admite não só diversas conformações legislativas, mas também diversas concepções políticas, éticas ou sociais, sendo confiada ao legislador ordinário a tarefa de, em cada momento histórico, apreender e verter no ordenamento aquilo que nesse momento corresponda às concepções dominantes nesta matéria. Na Reforma de 2008, o legislador veio deliberadamente assumir o casamento como uma fonte de felicidade conjugal e como laço que deveria subsistir apenas e enquanto os dois cônjuges quisessem. Frustrado o projecto conjugal, cada um dos cônjuges tem direito a seguir livremente a sua vida, sem declarações de culpa nem sanções acessórias associadas a essa declaração.

A interpretação da Constituição é concretização, ensinou GADAMER. Para que a concretização possa ocorrer têm de se verificar pelo menos duas condições: em primeiro lugar, o intérprete só pode compreender o conteúdo da norma numa situação histórica concreta, na qual ele se encontra. O intérprete entende a norma com a sua pré-compreensão e é esse seu anteprojecto ou hipótese da leitura da Constituição que deve vir, depois, a ser objecto de confirmação, correcção ou revisão; em segundo lugar, o intérprete deve relacionar a norma com um problema concreto – nesse sentido, não existe interpretação constitucional independentemente do problema concreto²³³. Poderá o ex-cônjuge caber no âmbito normativo do artigo 67.º, enquanto família?

A Reforma de 2008 tinha um objectivo de política social muito preciso²³⁴: conformar a família conjugal como uma relação baseada na felicidade conjugal, na comunhão de afectos entre os cônjuges, e na liberdade individual de fazer constatar a ruptura da relação, de extinguir um laço que se fragilizou definitivamente. Liberto da censura da culpa (sem declaração de cônjuge culpado nem sujeição a sanções acessórias ligadas à culpa) e das esteias do institucionalismo conjugal (como resulta desde logo da cessação da afinidade, e a consequente quebra dos laços familiares do ex-cônjuge com os parentes do outro), o indivíduo torna-se responsável pela condução da sua vida, responsável por seguir o caminho no sentido de construção da sua felicidade. Esta nova concepção influirá, e muito, na delimitação e no modo como devemos encarar a relação jurídica entre os ex-cônjuges.

Coimbra, 1996, pág. 1.

²³¹ ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, “A Reforma de 1977 do Código Civil de 1966. Um olhar vinte e cinco anos depois”, in Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, vol. I – Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra Editora, Coimbra, pág. 40.

²³² Cfr. VITTORIO ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell’Italia repubblicana*, CEDAM, Pádova, 1995, págs. 245 e ss, sobre a descrição constitucional e a prescrição legislativa.

²³³ JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “Como ler a Constituição – Algumas coordenadas”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, vol. III, organizado por JORGE MIRANDA ET AL., Almedina, Coimbra, págs. 514-515.

²³⁴ Como salienta GOMES CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1982, pág. 237: “a tarefa legislativa é, em grande medida, uma actividade inicial e autónoma de fixação de fins dentro dos quadros materiais da constituição – é qualificação de interesses públicos primários”.

O legislador explicitou esta directriz, por exemplo, no regime dos alimentos, ao determinar que cada um dos cônjuges tem o dever de prover à sua auto-subsistência²³⁵. Embora a doutrina considere que a Reforma de 2008 não visa extinguir com a solidariedade pós-conjugal²³⁶, a verdade é que a considerarmos que esta subsiste, temos de a considerar a um nível muito ténue. Para além de o cônjuge credor não ter direito à manutenção do padrão de vida de que beneficiou na constância do matrimónio, o tribunal deve dar prevalência a qualquer obrigação de alimentos relativamente a um filho do cônjuge devedor sobre a obrigação emergente do divórcio a favor do ex-cônjuge.

Do mesmo modo, a liberdade de fazer constatar a ruptura da relação e de extinguir o laço do casamento tem agora reflexos na afinidade, ou seja, a relação (familiar) do cônjuge com os parentes do outro, que também cessa com o divórcio²³⁷. Se até 2008, após a dissolução do casamento por divórcio, o cônjuge passava a ex-cônjuge, mas permaneciam as relações familiares de cada um deles com os parentes do outro, depois da Reforma de 2008 extinguem-se ambas as relações, a conjugal e a de afinidade.

Somos, pois, argumentos que nos conduzem à opinião de que os ex-cônjuges não mantêm uma relação entre si que possa ser qualificada como familiar, para efeitos

²³⁵ MARIA DE NAZARETH LOBATO GUIMARÃES, Alimentos, *Reforma do Código Civil*, Instituto da Conferência, Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados, 1981, págs. 210 e 211, considera particularmente interessante, do ponto de vista da exacta compreensão da obrigação alimentar, a obrigação de alimentos em caso de ruptura, pois, faltando o vínculo, parece implicar a mais ou menos duradoura existência da comunidade. A autora conclui que o dever de alimentos não se funda numa abstracta solidariedade, provinda de uma relação familiar. Tem causas, que derivam principalmente da situação de comunidade, enquanto troca de contribuições. Por isso, também, os alimentos residuais, mesmo para além do vínculo, não representam uma fictícia prorrogação deste, antes um somatório de motivações concretas, que a autora enumera: tentativa de reparação de danos da ruptura; pagamento de serviços não pagáveis; indemnização de contribuições indefiníveis, como os ajustes que cada elemento do casal teve que fazer para viver em comum; e também, é óbvio, traduzir perduração de algum facto, quando for caso disso. Este dever seria excluído no caso de culpa predominante ou exclusiva do peticionário, salvo se, exactamente por não ser pura liberalidade, a equidade impusesse que se prestasse.

No mesmo sentido, MARIA JOÃO TOMÉ, “A esquecida conexão patrimonial entre o direito da família e o direito de previdência social”, in FDUC, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, vol. I – Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pág. 534, para quem a política social tem sido dominada por dois conceitos de família interrelacionados. Por um lado, o da forma natural da família, da família nuclear e, por outro, aquele da família privada enquanto unidade reservada da intervenção do Estado, mas merecedora de tutela por parte deste. A família privada é a instituição social incumbida da educação dos filhos e do cuidado dos dependentes. Na divisão social do trabalho entre as diversas instituições públicas e privadas, o ónus da família recai sobre a família privada e não sobre o Estado. Face ao novo regime, ver MARIA JOÃO VAZ TOMÉ, “Algumas reflexões sobre a obrigação de compensação e a obrigação de alimentos entre ex-cônjuges”, em LUÍS COUTO GONÇALVES ET AL., *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 446 e ss.

Sobre o fundamento da obrigação alimentar e o papel dos poderes públicos, ANA LAURA CABEZUELO ARENAS e MARGARITA CASTILLA BARES, “La obligación de alimentos como obligación familiar básica”, in MARIANO YZQUIERDO TOLSADA e MATILDE CUENA CASAS (Coord.), *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. I, Editorial Aranzadi, Navarra, 2011, págs. 195-200.

²³⁶ PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pág. 693, haviam escrito a propósito da obrigação de alimentos: “O aumento da frequência dos divórcios e a tendência para as núpcias sucessivas, frutos do individualismo da cultura do ocidente, podem vir a tornar cada vez mais difícil esperar que as leis concretizem uma ideia de solidariedade pós-conjugal”. Sobre a necessidade como fundamento exclusivo da obrigação de alimentos face ao regime actual, MARIA JOÃO VAZ TOMÉ, “Algumas reflexões sobre a obrigação de compensação e a obrigação de alimentos entre ex-cônjuges”, em LUÍS COUTO GONÇALVES ET AL., *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 454.

²³⁷ Cfr. artigo 1585.º CC.

de protecção do artigo 67.º da CRP.

Assim sendo, a atribuição da casa de morada de família a ex-cônjuge, quando não haja filhos²³⁸, ou quando os filhos não fiquem a residir na casa, é uma restrição ao direito de propriedade que não nos parece constitucionalmente justificada por outros “direitos ou interesses legalmente protegidos”.

A questão foi recentemente analisada pelo Tribunal Constitucional²³⁹, mas quanto a nós o Tribunal não retirou as consequências devidas das alterações atrás enunciadas.

O Acórdão TC n.º 127/2013, começa por apontar que:

“De acordo com o regime legal em que o segmento normativo agora questionado se insere e da qual não pode ser isolado para compreensão da questão que neste recurso é colocada, esta específica vinculação da propriedade só existe por causa da família e poderá deixar de subsistir quando circunstâncias supervenientes o justificarem”.

O Tribunal segue pois, sem questionar, a doutrina e a jurisprudência dominantes na matéria, ao considerar que a restrição do artigo 1793.º do CC aos poderes do proprietário é justificada pela *família*, enquanto valor constitucional²⁴⁰.

O Tribunal continua depois, afirmando que:

“trata-se de norma conformadora do estatuto jurídico de um bem (aquele em que a família estabeleceu o centro da vida familiar) por ter sido afectado pelos cônjuges a uma determinada finalidade que se entende exigir protecção especial, no contexto da relação familiar e por causa dela, mesmo depois da dissolução do vínculo. Não se trata de um sacrifício imposto ao titular em nome de uma genérica hipoteca social da propriedade, mas de manter uma situação emergente dos efeitos do casamento e que vai para além dele. Aliás, os direitos de cada um dos cônjuges sobre o bem em que o casal estabelece o centro da vida familiar sofrem compressão noutros aspectos, designadamente, na alienação ou oneração (artigo 1682.º-A do CCv), na disposição do direito ao arrendamento (1682.º-B do CCv)”.

O Tribunal, ao chamar à decisão e a equiparar as compressões resultantes dos artigos 1682.º do CC, que são ilegitimidades conjugais, na constância do casamento,

²³⁸ Sobre a questão da residência alternada, vide MASHA ANTOKOLSKAIA, “Shared residence from a comparative perspective: a Solomon’s Judgment New-Style?”, in ANDREA BÜCHLER e MARKUS MÜLLER-CHEN (eds.), *Festschrift für Ingeborg Schwenzler zum 60. Geburtstag*, Stämpfli, Berna, 2011, págs. 70-72, que contextualiza a evolução das respostas legais à residência alternada na mudança de paradigma dos papéis do homem e da mulher na família e na nova paternidade. O envolvimento dos pais mudou não apenas quantitativamente mas também qualitativamente. As relações dos pais com os seus filhos são mais profundas, mais afectuosas e mais íntimas. LAURA CARDIA VONÈCHE e SYLVIE CADOLLE, “Quand le conflit conjugal est un conflit parental”, em ANDREA BÜCHLER e MARKUS MÜLLER-CHEN (eds.), *Festschrift für Ingeborg Schwenzler zum 60. Geburtstag*, Stämpfli, Berna, 2011, pág. 326, define que o bom divórcio, segundo o interesse da criança, é aquele que os pais continuam em comunicação e favorecem os contactos da criança com o outro progenitor.

²³⁹ Acórdão TC n.º 127/13 [Relator: VÍTOR GOMES], de 27 de Fevereiro: Na verdade, é da essência do vínculo conjugal – só desse modo de constituição da família aqui cuidamos – afectar a situação pessoal e patrimonial dos cônjuges, gerando direitos e deveres que podem perdurar para além da sua dissolução, designadamente em matéria de alimentos, que é o efeito mais próximo daquele que agora analisamos.

²⁴⁰ Sobre o “positivismo jurisprudencial”, que se autocompraz com padrões alcançados, numa mera repetição de fórmulas e correntes, PAULO MOTA PINTO, “Reflexões sobre jurisdição constitucional e direitos fundamentais nos 30 anos da Constituição da República Portuguesa”, *Themis* (edição especial 30 Anos da Constituição Portuguesa 1976-2006), pág. 215.

com o artigo 1773.º, que trata da atribuição da casa de morada em arrendamento ao cônjuge não proprietário, *equiparou o que não é equiparável*: o estatuto patrimonial dos bens *na constância do casamento* e o seu estatuto *após a sua dissolução por divórcio*. E no mesmo equívoco incorre quando conclui que:

“É uma norma de vinculação da propriedade, mas enquanto incidente sobre um bem em especial e de um tipo de proprietário e beneficiário: a casa de morada de família e o ex-cônjuge relativamente ao outro. Cabe, atendendo à imposição constitucional de protecção da família, nos poderes de determinação legislativa do conteúdo da propriedade ‘nos termos da Constituição’”.

Considerar a constituição de um arrendamento forçado a favor do ex-cônjuge como uma resposta à imposição constitucional de protecção da família é não relevar a forma como o legislador, em 2008, conformou a comunhão conjugal e a sua dissolução por divórcio. É certo que a actividade interpretativa-aplicativa de normas constitucionais exige uma dimensão teórico-descritiva e prático-normativa, pelo que a metódica constitucional toma os textos como ponto de partida da construção de normas jurídicas, mas vai para além deles, na medida em que a interpretação dos textos constitucionais é uma mediação-atribuição de sentido²⁴¹. Não é possível, por inexistentes, estruturar operadores de concretização que nos conduzam a uma densificação do artigo 67.º da CRP como abrangendo o ex-cônjuge no conceito normativo de família.

Somos, pois, da opinião que o artigo 1793.º consubstancia uma restrição não justificada ao direito do ex-cônjuge proprietário. Não havendo filhos, e portanto não subsistindo uma relação familiar fundada na parentalidade, ou outros familiares, que residissem e continuem a residir na casa, parece-nos que a norma que permite ao tribunal atribuir a casa de morada de família ao ex-cônjuge requer um *aggiornamento* e, na falta de revogação expressa, deve ser desaplicada pelos tribunais²⁴².

²⁴¹ GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 1118.

²⁴² É neste sentido que vão, aliás, os nossos países vizinhos. O artigo 1793.º, introduzido no nosso Código Civil pela Reforma de 1977, foi inspirado no artigo 285.º, 1, do *Code*.

Na versão em vigor desde 1 de Janeiro de 1976 a 24 de Julho de 1987 (redacção introduzida pela Lei n.º 75-617, de 11 de Julho de 1975), lia-se no artigo 285.º do *Code*: “*Si le local servant de logement à la famille appartient en propre ou personnellement à l’un des époux, le juge peut le concéder à bail à l’autre conjoint: 1º Lorsque la garde d’un ou plusieurs enfants a été confiée à celui-ci; 2º Lorsque le divorce a été prononcé à la demande de l’époux propriétaire, pour rupture de la vie commune. Dans le cas prévu au 1º ci-dessus, le juge fixe la durée du bail et peut le renouveler jusqu’à la majorité du plus jeune des enfants. Dans le cas prévu au 2º, le bail ne peut être concédé pour une durée excédant neuf années, mais peut être prolongé par une nouvelle décision. Il prend fin, de plein droit, en cas de remariage de celui à qui il a été concédé. Il y est mis fin si celui-ci vit en état de concubinage notoire. Dans tous les cas, le juge peut résilier le bail si des circonstances nouvelles le justifient*”.

O artigo 285.º, 1, do *Code*, foi alterado pela Lei 87-570, de 22 de Julho de 1987, e desde 24 de Julho até 1 de Janeiro de 2005, apresentava a seguinte formulação: “*Si le local servant de logement à la famille appartient en propre ou personnellement à l’un des époux, le juge peut le concéder à bail à l’autre conjoint: 1º Lorsque l’autorité parentale est exercée par celui-ci sur un ou plusieurs enfants ou, en cas d’exercice en commun de l’autorité parentale, lorsqu’un ou plusieurs enfants ont leur résidence habituelle dans ce logement; 2º Lorsque le divorce a été prononcé à la demande de l’époux propriétaire, pour rupture de la vie commune. Dans le cas prévu au 1º ci-dessus, le juge fixe la durée du bail et peut le renouveler jusqu’à la majorité du plus jeune des enfants. Dans le cas prévu au 2º, le bail ne peut être concédé pour une durée excédant neuf années, mais peut être prolongé par une nouvelle décision. Il prend fin, de plein droit, en cas de remariage de celui à qui il a été concédé. Il y est mis fin si celui-ci vit en état de concubinage notoire. Dans tous les cas, le juge peut résilier le bail si des circonstances nouvelles le justifient*”.

Desde 1 de Janeiro de 2005, após a alteração introduzida pela Lei n.º 2004-439 de 26 de Maio de 2004, “*Si le local servant de logement à la famille appartient en propre ou personnellement à l’un des époux, le juge peut le concéder à bail au conjoint qui exerce seul ou en commun l’autorité parentale sur un ou plusieurs de*

Mesmo para quem entendesse que o artigo 1793.º se trata de uma restrição justificada e que ainda existe um resquício de família²⁴³, enquadrável no âmbito nor-

leurs enfants lorsque ceux-ci résident habituellement dans ce logement et que leur intérêt le commande. Le juge fixe la durée du bail et peut le renouveler jusqu'à la majorité du plus jeune des enfants. Le juge peut résilier le bail si des circonstances nouvelles le justifient.

Em Itália, o artigo 155-querter do *Codice*, na redacção dada pela Lei n.º 54, de 8 de Fevereiro de 2006, trata da atribuição da casa de morada nos seguintes termos: “*Il godimento della casa familiare è attribuito tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli. Dell'assegnazione il giudice tiene conto nella regolazione dei rapporti economici tra i genitori, considerato l'eventuale titolo di proprietà. Il diritto al godimento della casa familiare viene meno nel caso che l'assegnatario non abiti o cessi di abitare stabilmente nella casa familiare o conviva more uxorio o contragga nuovo matrimonio.*”

O artigo 96.º do Código Civil Espanhol, na redacção da Lei n.º 30/1981, de 7 de Julho, por sua vez, determina que “*En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente. No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.*” A recente alteração ao Livro Segundo do Código Civil da Catalunha, em 2010, também associa a atribuição da casa à custódia dos filhos. Veja-se, JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE, “*El uso de la vivienda familiar en el Libro Segundo sobre la persona y la familia del Código Civil de Cataluña y su tratamiento jurisprudencial*”, *El nuevo derecho de la persona y de la familia*, R. BARRADA, M. GARRIDO, S. NASSARE, Bosch, Barcelona, 2011, págs. 429-451.

Para uma tendência da atribuição da casa de morada de família ao cônjuge que fique com as crianças a cargo, em Inglaterra, *Bromley's Family Law*, 10.ª edição, por NIGEL LOWE e GILLIAN DOUGLAS, OUP, 2007, pág. 204.

²⁴³ Continuamos a referir a restrição do direito de propriedade à protecção da família e não a referi-la a um pretensão direito de habitação do ex-cônjuge. Como JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, anot. ao artigo 65.º, págs. 669-670, III, bem acentuam, o direito à habitação tem, fundamentalmente, como sujeito passivo o Estado em sentido amplo e não, ao menos em princípio, os proprietários ou senhorios. O direito à habitação “*não se move, à partida, no círculo das relações entre particulares, antes tem como alvo o Estado, no sentido de que cabe a este a responsabilidade política de planear, adoptar e executar providências tendentes a criar as condições necessárias para todos poderem ter habitação condigna.*” Por isso, os destinatários do direito a habitação são o Estado, as regiões autónomas e as autarquias locais e não, ao menos em princípios, os proprietários de habitações ou os senhorios.

JOSÉ CASALTA NABAIS, *O dever fundamental de pagar impostos*, Almedina, Coimbra, 1998 (3.ª reimpressão, de 2012), págs. 66-67, nota 140, ensina-nos que os deveres de direitos fundamentais recaem predominantemente ou exclusivamente sobre o Estado, consoante se trate de direitos, liberdades ou garantias ou de deveres de direitos sociais. Relativamente a estes últimos, os deveres do estado são o dever de concretização legal dos direitos sociais, o dever de não retroceder no respeitante àquele nível de concretização legal já sedimentado na consciência comunitária e o dever de prestar nos termos da concretização constitucional (se e na medida em que a houver) e da concretização legal respectiva. Na opinião do autor, os particulares não são sujeitos passivos de direitos sociais, não podendo a lei impor-lhes a realização dos mesmos como se desencadeassem uma *Drittwirkung*. “*Por isso, quando a lei obriga os particulares à realização de prestações sociais, como de algum modo sucede entre nós com as tradicionais leis do arrendamento urbano para a habitação por força da conjugação do congelamento das rendas com a inflação verificada nas últimas décadas, ela está a infringir a Constituição: é que, a realização do direito social à habitação implica para o estado, e não para os particulares, a título de propriedade, de arrendamento ou de qualquer outro, de uma habitação para cada família a custos adequadamente suportáveis pelos respectivos agregados familiares, atendendo aos respectivos rendimentos e encargos. Numa outra perspectiva, isto quer dizer que os direitos sociais, numa sociedade que pretende manter-se aberta devem ser realizados através do estado fiscal (através do sistema de impostos), e não por via do estado dirigista como foi a solução concretizada nas célebres leis do inquilinato.*”

Para JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pág. 104: “*da consagração constitucional deste direito fundamental resultam, não apenas obrigações objectivas de realização juridicamente vinculativa para o Estado*” mas também “*uma situação de vantagem individual que é juridicamente protegida e que deverá sê-lo tão mais intensamente quanto maior for a situação de carência material em que se encontra o particular.*”

Vide, ainda PINTO FURTADO, “*Valor e eficiência do direito à habitação à luz da análise económica do direito*”, *O Direito* 124 (1992), págs. 536 e ss.

Na jurisprudência do Tribunal Constitucional, destacamos o Acórdão TC n.º 101/92 [Relator: MONTEIRO DINIZ], de 17 de Março (sobre o Decreto-Lei n.º 328/81, na nova redacção atribuída ao n.º 1 do artigo 1111.º do Código Civil, que havia restringido a transmissão do arrendamento por morte

mativo do artigo 67.º da CRP, sempre se dirá que a medida legislativa não seria proporcional²⁴⁴. Vejamos.

c) Princípio da proporcionalidade

A ideia de proporcionalidade *lato sensu* representa, hoje, uma importante limitação ao exercício do poder público, servindo a garantia dos direitos e liberdades individuais²⁴⁵.

do arrendatário ao cônjuge do primitivo arrendatário e aos parentes ou afins deste, na linha recta): “Neste sentido, constitui um verdadeiro e próprio ‘direito social’, implicando enquanto tal determinadas obrigações positivas do Estado (n.os 2, 3 e 4 do artigo 65.º) que conferem àquele a natureza de direito positivo que justifica e legitima a pretensão do cidadão a determinadas prestações (...) Ao contrário, a chamada dimensão negativa do direito à habitação, traduz-se num mero dever de abstenção do Estado e de terceiros em ordem a não praticarem actos que possam prejudicar a efectiva realização daquele direito. Ora, no plano desta vertente do direito à habitação não pode aceitar-se como constitucionalmente exigível que a realização daquele direito esteja dependente de limitações intoleráveis e desproporcionadas de direitos de terceiros (que não o Estado), direitos esses, porventura também constitucionalmente consagrados, como sucede, aliás, com o direito de propriedade privada, elencado no título constitucional correspondente aos direitos económicos, sociais e culturais”; o Acórdão TC n.º 130/92 [Relator: ALVES CORREIA], de 1 de Abril (caducidade do contrato de arrendamento por morte do locatário): “‘direito à habitação’, ou seja, o direito a ter uma morada condigna, como direito fundamental de natureza social, situado no Capítulo II (direitos e deveres sociais) do Título III (direitos e deveres económicos, sociais e culturais) da Constituição, é um direito a prestações. Ele implica determinadas acções ou prestações do Estado, as quais, como já foi salientado, são indicadas nos n.ºs 2 a 4 do artigo 65.º da Constituição. (...) O direito à habitação tem, assim, o Estado — e, igualmente, as regiões autónomas e os municípios — como único sujeito passivo — e nunca, ao menos em princípio, os proprietários de habitações ou os senhorios. Além disso, ele só surge depois de uma interposição do legislador, destinada a concretizar o seu conteúdo, o que significa que o cidadão só poderá exigir o seu cumprimento, nas condições e nos termos definidos pela lei”; e o Acórdão TC n.º 633/95 [Relator: TAVARES DA COSTA], de 8 de Novembro (resolução do contrato de arrendamento, nos termos do n.º 1 do artigo 64.º do RAU): “Como se ponderou já neste Tribunal, não pode aceitar-se como constitucionalmente exigível que a realização do direito à habitação esteja dependente de limitações intoleráveis e desproporcionadas dos direitos de terceiros, porventura também constitucionalmente consagrados, como é o direito de propriedade privada”. Vide, ainda o Acórdão TC n.º 402/01 [Relator: TAVARES DA COSTA], de 26 de Setembro (denúncia para habitação), o Acórdão TC 570/01 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 12 de Dezembro (resolução do contrato de arrendamento nos termos do artigo 64.º RAU, e o Acórdão TC 590/2004 [Relator: ARTUR MAURÍCIO], de 6 de Outubro (crédito bonificado para habitação).

Vide, ainda, o Ac. STJ, de 11 de Dezembro de 2001 [01A3852]: “I. A norma do art.º 1793º do C. Civil — atribuição de casa de morada de família — não viola o art.º 65º da Constituição da República. II. São critérios essenciais para tal atribuição as necessidades de cada um dos cônjuges e o interesse dos filhos do casal”.

²⁴⁴ Abertura jurisprudencial para esta solução encontra-se no Acórdão TC n.º 127/13 [Relator: VÍTOR GOMES], de 27 de Fevereiro: “9. Lembre-se, finalmente, que o que está em apreciação, embora deva ser interpretado no conjunto do preceito, é norma a do n.º 1 do artigo 1793.º do Código Civil, em si mesmo, porque foi assim constituída em objecto do presente recurso. Não se exclui que outros princípios constitucionais, designadamente os decorrentes do princípio da proporcionalidade, devam intervir no escrutínio da conformidade à Constituição de específicos sentidos normativos com que o preceito seja aplicado. Mas não caberia na competência deste Tribunal — nem isso, aliás, lhe é pedido, atendo-se o recorrente a uma rigorosa formulação normativa da questão — determinar se, nas concretas circunstâncias, ocorrem os pressupostos capazes de justificar a solução. E, ainda que fosse possível configurar normativamente uma questão que permitisse absorver para o controlo de constitucionalidade tal realidade, não pode o Tribunal proceder oficiosamente a essa definição, apenas podendo pronunciar-se sobre a questão de constitucionalidade da norma tal como o recorrente a identificou”.

²⁴⁵ Na jurisprudência, o Tribunal Constitucional tem reconhecido e aplicado, em várias decisões, o princípio da proporcionalidade. Veja-se o Acórdão TC n.º 634/93 [Relator: LUÍS NUNES DE ALMEIDA] (inconstitucionalidade do artigo 132º do Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 33.252, de 20 de Novembro de 1943, na parte em que estabelece a punição como desertor daquele que, sendo tripulante de um navio e sem motivo justificado, o deixe partir para o mar sem embarcar, quando tal tripulante não desempenhe funções directamente relacionadas com a manutenção, segurança e equipagem do mesmo navio), de 4 de Novembro; o Acórdão TC n.º 274/98 [Relator: ARMINDO RIBEIRO MENDES], de 9 de Março (não inconstitucionalidade de norma que pune o não acatamento de ordem de demolição); o Acórdão TC n.º 451/95 [Relator: GUILHERME DA FONSECA], de 6 de Julho (inconstitucionalidade de norma que estabelece a impenhorabilidade total de bens anteriormente penhorados pelas repartições de finanças em execuções fiscais); Acórdão TC n.º 758/95 [Relator: LUÍS NUNES

Consagrada no artigo 18.º, n.º 2, da CRP, no que às restrições a direitos, liberdades e garantias diz respeito, a exigência de proporcionalidade, enquanto princípio geral de limitação do poder público, pode ancorar-se no princípio geral do Estado de Direito e impõe os limites resultantes da avaliação da relação entre os fins e as medidas públicas, devendo o Estado (legislador ou administrador) adequar a sua acção aos fins pretendidos, não tomando medidas desnecessárias ou excessivamente restritivas.

São subprincípios constitutivos do princípio da proporcionalidade o princípio da conformidade ou adequação de meios, o princípio da exigibilidade ou da necessidade (*Erforderlichkeit*) e o princípio da proporcionalidade em sentido restrito (*Verhältnismässigkeit*): entendido como princípio da justa medida²⁴⁶.

O primeiro destes princípios requer que a medida adoptada para a realização do interesse público a proteger – no âmbito problemático em que nos movemos, a família – deva ser apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes²⁴⁷. A exigência de conformação pressupõe que o acto do poder público seja apto para e conforme aos fins justificativos da sua adopção (*Zielkonformität Zwecktauglichkeit*).

Pressuposta a legitimidade do fim consignado na norma, a idoneidade traduz-se na existência de um meio adequado à sua prossecução. Perante um bem juridicamente protegido, a família, a intervenção ou a providência a adoptar pelo órgão competente teria de estar em correspondência com ele. A liberdade de conformação do legislador, recorde-se, é muito ampla neste campo e deve ser tomada em consideração ao estabelecer a relação de adequação meio-fim.

Todavia, ainda que entendêssemos que o legislador ao escolher um arrendamento forçado a favor do ex-cônjuge estaria a usar do meio adequado para a satisfação das suas necessidades, o princípio da exigibilidade ou da necessidade impõe que o cidadão cujo direito esteja a ser restringido tenha *direito à menor desvantagem possível*. Destaca-se como elemento operativo a ideia de exigibilidade material, pois o meio deve ser o mais poupado possível quanto à limitação dos direitos fundamentais. A necessidade do meio significa que é aquele, entre todos os que poderiam ser escolhidos *in abstracto*, que melhor satisfaz em concreto, com menos custos, a realização do fim; e, assim, é essa providência, essa decisão que deve ser tomada. Como decidiu o Tribunal Constitucional²⁴⁸: “*essas medidas restritivas têm de ser exigidas para alcançar os fins em vista, por o legislador não dispor de outros meios menos restritivos para alcançar o mesmo desiderato*”. Esta exigência coloca outra dificuldade à solução encontrada pelo legislador. Na verdade se o (legítimo) objectivo a alcançar fosse a protecção da família (por ainda

DE ALMEIDA], de 20 de Dezembro (inconstitucionalidade de norma que impede a participação pessoal, na assembleia geral dos bancos, e em certas condições, de accionistas que não disponham de 1/300 da soma dos votos possíveis); Acórdão TC n.º 1182/96 [Relator: SOUSA BRITO], de 20 de Novembro (inconstitucionalidade de normas sobre custas nos tribunais tributários); Acórdãos TC n.º 176/00 [Relator: BRAVO SERRA], de 22 de Março e Acórdão TC n.º 202/00 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 4 de Abril (sobre a perda dos instrumentos do crime); o Acórdão TC n.º 484/00 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 22 de Novembro (indeferimento tácito do pedido de legalização de obras).

²⁴⁶ SEGUIMOS GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 270. Em formulação semelhante, para JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional IV*, 5.ª edição, Coimbra Editora, 2012, pág. 308, o princípio da proporcionalidade decompõe-se nos três subprincípios da idoneidade ou adequação, da necessidade e da racionalidade ou proporcionalidade *stricto sensu*.

²⁴⁷ Cfr., por todos, o Acórdão TC n.º 1182/96 [Relator: SOUSA BRITO], de 20 de Novembro (inconstitucionalidade de normas sobre custas nos tribunais tributários).

²⁴⁸ Acórdão TC n.º 634/93 [Relator: LUÍS NUNES DE ALMEIDA], de 4 de Novembro.

enquadrarmos o ex-cônjuge nessa categoria), mesmo que considerássemos a constituição de um arrendamento forçado sobre a habitação do ex-cônjuge proprietário um meio adequado para o alcançar, não cremos que esta medida legislativa constitua aquela que satisfaça com menos custos a realização do fim., por contraposição, por exemplo, com o estabelecimento de uma pensão de alimentos, que visa, como resulta do artigo 2103.º CC, prover ao sustento, habitação e vestuário do alimentado.

Tratando-se, pois, de exigir que a intervenção, nos seus efeitos restritivos ou lesivos, se encontre numa relação “*calibrada*” – de justa medida – com os fins prosseguidos, é necessária uma ponderação, graduação e correspondência dos efeitos e das medidas possíveis²⁴⁹. Ora, havendo sempre sacrifício patrimonial do titular da propriedade a favor do ex-cônjuge, em termos pessoais é mais aceitável uma contribuição monetária do que o arrendamento forçado de um bem de que se é titular e a vinculação negocial a um ex-cônjuge. Ora, o meio adequado para acudir às necessidades habitacionais do ex-cônjuge há-de ser, assim, o da prestação de alimentos. Na verdade, instituída que seja uma prestação de alimentos, sempre o julgador ou as partes podem aí ponderar as necessidades do cônjuge requerente.

O legislador não adoptou a medida menos intrusiva com os mesmos efeitos na prossecução do fim visado. Ao não respeitar este requisito, mesmo admitindo-se que o objectivo do preceito é legítimo, o que não aceitamos, sempre a norma resultante do artigo 1793.º consubstanciará uma restrição excessiva do direito de propriedade do ex-cônjuge que se opõe à constituição da relação de arrendamento.

d) A aplicação do artigo 1793.º aos unidos de facto

O artigo 4.º da Lei n.º 7/2001 manda aplicar o artigo 1793.º às situações de ruptura da união de facto, ou seja, veio estabelecer o mesmo tratamento legal dos ex-unidos e dos ex-cônjuges no que à atribuição da casa de família diz respeito.

A aplicação à união de facto dos artigos 1793.º CC e 1005.º CC²⁵⁰ corresponde a anterior jurisprudência do Tribunal Constitucional²⁵¹. O acórdão TC n.º 359/91²⁵² declarou a inconstitucionalidade do Assento do STJ de 23 de Abril de 1987, segundo o qual as normas dos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 1110.º do CC²⁵³ – que prescreviam que, em

²⁴⁹ Acórdão TC n.º 187/01 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 2 de Maio (reserva a farmacêuticos da propriedade das farmácias).

²⁵⁰ Na versão original do artigo 4.º (casa de morada de família e residência comum) lia-se: “3 – Em caso de separação, pode ser acordada entre os interessados a transmissão do arrendamento em termos idênticos aos previstos no n.º 1 do artigo 84.º do Regime do Arrendamento Urbano. 4 – O disposto no artigo 1793.º do Código Civil e no n.º 2 do artigo 84.º do Regime do Arrendamento Urbano é aplicável à união de facto se o tribunal entender que tal é necessário, designadamente tendo em conta, consoante os casos, o interesse dos filhos ou do membro sobrevivente”.

²⁵¹ Sobre o debate na doutrina e a irradiação da proibição constitucional de discriminação entre filhos nascidos dentro e fora do casamento no regime da união de facto, ver NUNO SALTER CID, *A comunhão de vida à margem do casamento: entre o facto e o Direito*, Coimbra, Almedina, 2005, págs. 512 e ss.

²⁵² O acórdão TC n.º 359/91 [Relator: MONTEIRO DINIZ], de 9 de Julho.

²⁵³ Era a seguinte a formulação do Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de Novembro, desta norma (que teve como antecedente imediato a disposição contida no artigo 45.º da Lei n.º 2030, de 22 de Junho de 1948): “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”. Esta norma foi revogada pelo Decreto-Lei n.º 321-B/90, de 15

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, na falta deste, por decisão judicial, ao cônjuge ou ex-cônjuge não arrendatário – não eram aplicáveis às uniões de facto, mesmo que destas houvesse filhos menores. O Tribunal desenvolveu a sua argumentação em torno do artigo 36.º, n.º 4, da Constituição e aplicou o princípio da não discriminação entre filhos nascidos dentro e fora do casamento. Nas palavras do Acórdão:

“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”.

Em consequência, o Tribunal decidiu:

“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”.

Pouco tempo depois, o Acórdão TC n.º 1221/96²⁵⁴ julgou inconstitucional, por violação do disposto no n.º 4 do artigo 36.º da Constituição da República, a norma do artigo 1793.º na interpretação segundo a qual o regime nela previsto não é aplicável às situações de cessação da união de facto, se constituída esta *more uxorio*, havendo filhos nascidos dessa união. O Tribunal considerou de manter a linha jurisprudencial seguida pelo Acórdão TC n.º 359/91, pois: *“é evidente a correlação entre as situações contempladas nos n.ºs. 2 e 3 do artigo 1110º e no n.º 1 do artigo 1793º: visam aquelas, além do mais, a destinação da casa de morada da família quando os cônjuges vivem em casa arrendada; cuida a última da destinação da casa de morada da família pertença em comum ou própria de um dos cônjuges”*, sublinhando que *“num caso e noutro, o interesse dos filhos do casal é erigido como critério de ponderação: nesta perspectiva torna-se evidente a similitude entre a situação decorrente da atribuição da casa de morada da família estabelecida em imóvel pertencente a um dos membros do casal e a casa de morada da família constituída em prédio arrendado por um dos*

de Outubro e a solução material passou a estar consagrada no artigo 84.º RAU. Com o NRAU (Lei n.º 6/2006, de 27 de Fevereiro), como sabemos, o regime do arrendamento foi reintegrado no Código Civil e a questão passou a ser tratada pelo artigo 1105.º do CC (comunicabilidade e transmissão em vida para o cônjuge): *“1 – Incidindo o arrendamento sobre casa de morada de família, o seu destino é, em caso de divórcio ou de separação judicial de pessoas e bens, decidido por acordo dos cônjuges, podendo estes optar pela transmissão ou pela concentração a favor de um deles. 2 – Na falta de acordo, cabe ao tribunal decidir, tendo em conta a necessidade de cada um, os interesses dos filhos e outros factores relevantes. 3 – A transferência ou a concentração acordadas e homologadas pelo juiz ou pelo conservador do registo civil ou a decisão judicial a elas relativa são notificadas oficiosamente ao senhorio”.*

²⁵⁴ Acórdão TC n.º 1221/96 [Relator: TAVARES DA COSTA], de 4 de Dezembro.

membros desse casal”.

Em todos os casos decididos até agora pelo Tribunal Constitucional, com excepção do recente Acórdão 127/13, existiam filhos menores nascidos da relação e subsistia, portanto, uma relação familiar. A Lei n.º 7/2001, porém, como já antes dela a Lei n.º 135/99, não só confirmaram a jurisprudência de extensão dos efeitos da ruptura do casamento à união de facto, como a ampliaram, admitindo que as mencionadas disposições legais se apliquem à união de facto mesmo que desta não haja filhos menores²⁵⁵.

Como vimos na parte introdutória deste capítulo, a união de facto enquanto relação parafamiliar goza da protecção institucional do artigo 67.º, cabendo ao legislador a conformação concreta da medida dessa protecção, que será sempre de acordo com a *fundamentalidade* que lhe seja reconhecida. A abertura constitucional a uma tutela directa das uniões de facto não significa que, por força do princípio da igualdade, deva haver um mesmo tratamento legal para pessoas que vivem em união de facto²⁵⁶, mas a diferença, e a medida dessa diferença, cabem ao legislador determinar. Nas palavras do Acórdão TC n.º 651/09²⁵⁷, tendo como pano de fundo as uniões de facto heterossexuais, a *família* que, nos termos do artigo 67.º da Constituição merece a protecção do Estado, “*não é só aquela que se funda no matrimónio; é também aquela outra que pressupõe uma comunidade auto-regulada de afectos, vivida estável e duradouramente à margem da pluralidade de direitos e deveres que, nos termos da lei civil, unem os cônjuges por força da celebração do casamento*”.

Todavia, se o ex-cônjuge, após o divórcio, não cabe no âmbito de protecção do artigo 67.º da CRP, *a fortiori*, tal entendimento deve ser defendido para o ex-unido de facto, ainda com mais intensidade²⁵⁸: os unidos no âmbito da sua autodeterminação pessoal, decidiram assentar a sua relação numa união de facto, rejeitando o vínculo formal do casamento e o estatuto que o legislador lhe associa²⁵⁹. A Constituição marca os limites do legislador que se constitui neste sentido, como intérprete, e ao mesmo tempo, instaura os critérios formais e materiais que podem ser seguidos pelo operador jurídico como intérprete, tanto na Constituição como desde a Constituição²⁶⁰. Ainda que o conceito de família que a Constituição acolhe como “*elemento fundamental da sociedade*” seja um conceito aberto e plural, adaptável às necessidades e realidades sociais²⁶¹, não nos parece que aí se possa incluir o ex-unido de facto.

Se a situação das pessoas unidas pelo matrimónio não é idêntica à partida àque-

²⁵⁵ O Ac. TRL, de 17 de Fevereiro de 1994 [Processo: 0064116], havia decidido que o artigo 84.º só seria aplicável à união de facto quando desta houvesse filhos menores. No sentido correcto, PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pág. 83.

²⁵⁶ JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, anot. ao artigo 36.º, pág. 402, VI.

²⁵⁷ Acórdão TC n.º 651/2009 [Relatora: MARIA LÚCIA AMARAL], de 15 de Dezembro.

²⁵⁸ Parece-nos que no mesmo sentido, JORGE DUARTE PINHEIRO, “O direito do arrendatário face ao casamento e ao divórcio”, *Estudos em homenagem no centenário do nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha*, Almedina, 2012, pág. 494.

²⁵⁹ Relembremos as palavras de MARIA LÚCIA AMARAL, *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pág. 547: “O ‘valor’ que orienta o n.º 1 do art. 62 é — pelo menos ‘em parte’ — o da garantia de um espaço de autonomia pessoal”.

²⁶⁰ Cfr. TERESA FREIXES SANJUÁN, “Una aproximación al método de interpretación constitucional”, *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol 4* (1993), págs. 39-40.

²⁶¹ Acórdão TC n.º 359/09 [Relator: PAMPLONA DE OLIVEIRA], de 9 de Julho.

la em que se encontram as pessoas que vivam em união de facto, também não o deverá ser após a ruptura. Retomando as palavras do Acórdão TC n.º 57/95²⁶²: “*Havendo liberdade de contrair casamento (artigo 36.º, n.º 1, da Constituição), não seria razoável impor às pessoas que, consciente e voluntariamente, não quiseram unir-se matrimonialmente, o regime jurídico pensado para as famílias fundadas no casamento, que até elas poderão achar inconveniente*”.

Reiteramos, pois, o nosso juízo de que a atribuição da casa de morada de família a um ex-unido, quando não haja filhos, ou quando os filhos não fiquem a residir na casa, é uma restrição ao direito de propriedade do seu titular não constitucionalmente justificada por outros *direitos ou interesses legalmente protegidos*.

Notas conclusivas

A Constituição assegura a unidade do ordenamento em sentido material, instituindo-se como portadora de determinados valores materiais, que não são mera retórica, mas pelo contrário, a base de todo o ordenamento jurídico e que, em consequência, devem presidir a toda a sua interpretação e aplicação²⁶³. Na medida em que consubstanciam uma ordem objectiva ou sistema de valores que resultam numa decisão constitucional, as normas de direitos fundamentais têm uma força conformadora, potencialmente expansiva a toda a ordem jurídica, que dirige ao poder político, à Administração, ao legislador e ao poder judicial impulsos e directivas de actuação²⁶⁴.

Defendemos no capítulo anterior que ao direito de propriedade, consagrado no artigo 62.º da CRP, e sempre que esteja presente uma dimensão pessoal relevante, deve ser-lhe atribuído um primado sobre os demais direitos ou interesses constitucionais que não sejam revestidos dessa normatividade qualificada.

Como escreveu VIEIRA DE ANDRADE²⁶⁵, pela sua qualidade de direito análogo aos direitos, liberdades e garantias formalmente reconhecidos, o direito de propriedade goza de um regime específico, cuja característica principal é a sua aplicabilidade directa. Da aplicabilidade directa, decorre a sua força jurídica suprema e efectiva, independente da respectiva previsão ou regulação legislativa. Essa força normativa efectiva manifesta-se na vinculação estrita e eficaz de todas as decisões e comportamentos de quaisquer entidades públicas e privadas com relevo jurídico.

Aos juízes compete a tarefa decisiva de garantir, em última instância, o respeito, a promoção e a protecção efectiva dos direitos, liberdades e garantias, desde logo pela própria lei, cuja conformidade com a Constituição podem e devem conhecer.

²⁶² Acórdão TC n.º 57/95 [Relator: ALVES CORREIA], de 16 de Fevereiro (estava em causa a lei de autorização dos diplomas reguladores do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (IRS) e do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (IRC) e legislação complementar).

²⁶³ Cfr. TERESA FREIXES SANJUÁN, “Una aproximación al método de interpretación constitucional”, *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* 4 (1993), pág. 40. Sobre a “*particulière capacité de résistance*” dos direitos fundamentais, veja-se RICCARDO GUASTINI, “Réflexions sur les garanties des droits constitutionnels et la théorie de l’interprétation”, *RDP* (1991), pág. 1080. Sobre a Constituição como um quadro de princípios que limitam a actividade do legislador, GIOVANNI BOGNETTI, “Relazione”, in *Annuario 2002*, ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, CEDAM, 2004, pág. 6.

²⁶⁴ JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pág. 80.

²⁶⁵ VIEIRA DE ANDRADE, “A protecção de direito fundado em patente no âmbito do procedimento de autorização da comercialização de medicamentos”, *RLJ* 3953 (2008), pág. 72.

Os preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis – têm um carácter jurídico-positivo, não meramente programático²⁶⁶ – e constituem medidas de decisão dos casos concretos²⁶⁷.

Cabe aos tribunais encontrarem, em cada caso concreto, uma solução²⁶⁸ que dê operatividade prática à função de protecção (objectiva) dos direitos, liberdades e garantias²⁶⁹. Como refere VIEIRA DE ANDRADE²⁷⁰, os tribunais, além de deverem respeitar a Constituição, têm uma especial responsabilidade que lhes advém da sua função própria de controlo ou fiscalização da constitucionalidade das normas e demais actos do Estado. Quando se fala de aplicabilidade imediata dos preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias, tem-se, por isso, em conta sobretudo o poder-dever dos juízes de, por um lado, positivamente, aplicarem os preceitos constitucionais respectivos e interpretarem em conformidade com eles o direito ordinário, e de, por outro lado, negativamente, não aplicarem ou interpretarem correctivamente as normas jurídicas que julguem inconstitucionais ou não totalmente conformes com a Constituição, ou então de invalidarem os actos que ofendam aqueles preceitos – isto é, tem-se em conta sobretudo a sua *justiciabilidade*.

Numa correcta aplicação do artigo 5.º da Lei 7/2001, no sentido da constituição de um direito de uso e de habitação ao unido sobrevivivo, ou a atribuição do uso exclusivo ao unido comproprietário, o intérprete está particularmente vinculado à compreensão que o artigo 62.º, lido conjuntamente com o artigo 26.º da CRP, lhe fornece, ou seja, aos seus programas e domínios normativos. Os direitos fundamentais têm um conteúdo jurídico-objectivo irradiando a toda a ordem jurídica, traduzindo um sistema de valores em que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana ocupam lugar central²⁷¹, que condiciona a interpretação das normas jurídicas aplicáveis ao caso. A realidade da vida objecto de ordenação pelo artigo 5.º da Lei 7/2001 requer uma coordenação material entre a política de protecção que o legislador pretendeu implantar e o âmbito da realidade objecto de decisão²⁷². O julgador deve, pois, permitir a entrada dessas valorações

²⁶⁶ VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 193 e ss.

²⁶⁷ A tarefa de interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso. Cfr. INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, *Interpretação constitucional*, Sergio Fabris Editor, Porto Alegre, 1997, pág. 44. Segundo KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, pág. 396, o texto jurídico não se pode interpretar senão colocando-o em relação com problemas jurídicos concretos posto que somente na sua aplicação aos casos e na concretização, que assim necessariamente se processa, é que se revela, completamente, o conteúdo significativo de uma norma e esta cumpre a sua função de regular situações concretas. Vide, ainda, JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “Constitucionalização do direito civil” *BFD*, 74 (1998), págs. 737-739, e LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 6.ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2004, págs. 189 e ss.

²⁶⁸ GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 1291. Como adverte CRISTINA QUEIRÓZ, *Interpretação constitucional e poder judicial*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pág. 47: “O princípio do Estado de direito impõe a conformidade máxima dos actos do poder público com a Constituição. A função do poder judicial é a de criar condições de ‘confiança’ e ‘certeza’ de que esses limites jurídicos não serão ultrapassados”.

²⁶⁹ GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 1291.

²⁷⁰ VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 227.

²⁷¹ JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, págs. 80 e ss.

²⁷² JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “Como ler a Constituição – Algumas coordenadas”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, vol. III, organizado por JORGE MIRANDA et al., Almedina, Coimbra, pág. 515.

através de institutos de direito privado, como sejam o abuso de direito ou os bons costumes. Se apesar da utilização desses institutos, a autonomia privada do *de cuius*, manifestada na escolha da união de facto para acomodar a sua relação afectiva, ou na disposição do seu património após a sua morte (porque não pôde eficazmente proteger descendentes ou outros familiares com pretensões legítimas a continuarem a viver na casa), ou o direito de propriedade dos sucessores se mostrarem excessivamente afrontados no caso concreto, e assim persistir uma contrariedade insanável com o quadro valorativo constitucional, o processo hermenêutico levará à prevalência da disposição constitucional, o que investe o juiz no dever de não aplicar a norma que a viola. É certo que não há uma única resposta correcta, mas não podemos abdicar da ideia regulativa que obriga o intérprete a apresentar a sua decisão como a melhor expressão da razão prática²⁷³.

O artigo 9.º da Lei n.º 61/2008 – ao mandar aplicar o artigo 1790.º a todos os divórcios instaurados após 1 de Dezembro de 2008 – com o efeito prático de os cônjuges que casaram num regime de comunhão geral ou de comunhão para além dos adquiridos a título oneroso na constância do casamento virem a ser privados de direitos actuais que tinham sobre determinados bens, por mero efeito do seu exercício do direito ao divórcio e independentemente de qualquer declaração de culpa na ruptura do casamento – é materialmente inconstitucional, por violação do artigo 62.º da CRP, e impõe ao juiz a sua desaplicação²⁷⁴. Na verdade, se a interpretação conforme os direitos, liberdades e garantias for insuficiente, cabe sempre na competência dos tribunais a desaplicação da lei (por inconstitucional) violadora dos direitos (subjectivos) ou dos bens constitucionalmente garantidos pelas normas consagradoras dos direitos fundamentais²⁷⁵, ou dito de outra forma, com JORGE REIS NOVAIS, o juiz desaplica porque senão corre o risco de uma intervenção restritiva²⁷⁶.

²⁷³ LUIS PRIETO SANCHÍS, “Notas sobre la interpretación constitucional”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 9 (1991), pág. 187. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “Como ler a Constituição – Algumas coordenadas”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, vol. III, organizado por JORGE MIRANDA et al., Almedina, Coimbra, pág. 516: “*Em íntima conexão com o princípio da unidade da Constituição está o princípio da concordância prática: na solução de um problema, dois bens protegidos pelas respectivas normas constitucionais de garantia devem ser coordenados um com o outro, de modo a que ambos venham a ter efectividade; nesta medida, o princípio da unidade da Constituição impõe uma tarefa de optimização: a ambos devem então ser traçados limites, para que os dois possam alcançar uma eficácia óptima. O traçado dos limites deve ser proporcionado, no caso concreto, não indo além do necessário para se alcançar a concordância entre os bens: a proporcionalidade exprime através dessa conexão uma relação entre duas grandezas variáveis, ou seja, a relação que melhor realiza aquela tarefa de optimização, mas não uma relação entre um fim e um ou mais meios variáveis*”.

²⁷⁴ Isso mesmo se estabelece no artigo 204.º da Constituição, segundo o qual “*nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados*”. Nas palavras de GUSTAVO TEPEDINO, “Contornos constitucionais da propriedade privada”, *Temas de Direito Civil*, Renovar, Rio de Janeiro, 1999, pág. 276: “*a eficácia do projecto constitucional pressupõe, de uma parte, que se compreenda a relação entre a Constituição e a legislação infraconstitucional como relação em que a primeira se apresenta como fundamento interpretativo da segunda*”.

²⁷⁵ LUIS PRIETO SANCHÍS, “Notas sobre la interpretación constitucional”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 9 (1991), pág. 177. Nas palavras de CRISTINA QUEIRÓZ, *Interpretação constitucional e poder judicial*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pág. 68: “*O juiz não manipula conceitos, donde deduz as soluções jurídicas sem se preocupar com as consequências práticas da sua acção. Encontra-se limitado pelo ‘sistema’ e pela ‘ordem jurídico-constitucional’*. E é nesse ‘hierarquia (material) difusa’ entre diferentes bens e valores jurídicos que reside o cerne da interpretação constitucional”.

²⁷⁶ Segundo JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pág. 194, numa intervenção restritiva em direito fundamental afecta-se negativamente o conteúdo da posição individual, que resulta da titularidade de um direito fundamental, permanecendo, todavia, em princípio, inalterada a norma de direito fundamental e o correspondente conteúdo objectivo do direito.

Por último, ao aplicar o artigo 1793.º num caso concreto, em que esteja em causa a atribuição da casa de morada de família a um ex-cônjuge, ou por força do artigo 4.º da Lei n.º 7/2001, quando estiver em causa a atribuição da casa a um ex-unido, o juiz deve fazer uma interpretação conforme à Constituição, e aplicá-la apenas quando exista uma justificação constitucional para a restrição do direito de propriedade do ex-cônjuge, ou seja, quando filhos ou outros parentes do titular fiquem a viver na casa²⁷⁷. Os juízes devem fazer uma aplicação do direito privado legalmente positivado em conformidade com os direitos fundamentais pela via da interpretação conforme a constituição²⁷⁸. As normas de direito civil que prevejam a situação *sub judice* não podem ser lidas isoladamente, como um complexo normativo separado e auto-suficiente, devendo antes ser pensadas em conjunto com as normas constitucionalizadoras dos direitos afectados pelo caso em apreço²⁷⁹. A interpretação conforme à Constituição tem uma primazia interpretativa perante os outros critérios de interpretação²⁸⁰, no sentido da *razão protegida*, utilizado por JOSEPH RAZ²⁸¹: *como as razões simples compreende uma ordem e actuação normativa, mas ao contrário delas, são razões de exclusão, ou seja, bloqueiam adicionalmente motivos concorrentes para actuações divergentes*. Trata-se, pois, de uma concretização de bens jurídicos constitucionalmente protegidos através de normas de decisão judiciais (captadas ou “*extrinsecadas*” por interpretação-integração pelo direito judicial)²⁸². Criando o juiz a norma do caso, à luz e por refracção dos valores

²⁷⁷ CRISTINA QUEIRÓZ, *Interpretação constitucional e poder judicial*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pág. 155: “É no poder judicial, na prática dos tribunais, que o direito desenvolve a sua função de garantia da paz social. Na passagem do Estado de direito ao Estado social de direito, com efeito, o juiz não se limita unicamente a uma exegese puramente formal dos textos jurídicos, antes deve justificar (:fundamentar) o significado da norma jurídica e pô-la em harmonia com a nova realidade social (...)”.

²⁷⁸ Sobre a interpretação da constituição e a interpretação conforme à Constituição, ver TERESA FREIXES SANJUÁN, “Una aproximación al método de interpretación constitucional”, *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* 4 (1993), pág. 38. Como sublinha a autora, em toda a análise jurídica é necessário, por um lado, remontar-se à Constituição como norma suprema e, por outro lado, verificar se existe ou não coincidência entre a Constituição e a norma jurídica em exame. Esta análise demonstra que o operador jurídico aplica correctamente a Constituição como norma suprema e como fundamentadora do resto do ordenamento. Sobre o princípio da conservação das normas que tem a sua expressão na presunção de constitucionalidade das normas, ver CRISTINA QUEIROZ, “O princípio da interpretação conforme a Constituição. Questões e perspectivas”, *RFDUP* 7 (2010), pág. 319.

²⁷⁹ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “Constitucionalização do direito civil” *BFD*, 74 (1998), págs. 737-739. MARIETTA AUER, “A interpretação em conformidade com o direito primário”, em PINTO MONTEIRO, JÖRG NEUNER, INGO SARLET, *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*, Almedina, Coimbra, 2007, págs. 46-47, a interpretação conforme à Constituição é utilizada quando a aplicação dos critérios tradicionais de interpretação deixa em aberto uma margem para possíveis variantes interpretativas.

Diante de várias possibilidades interpretativas de uma norma, algumas delas inconstitucionais, outras conducentes a um resultado constitucional, deve dar-se preferências às últimas. Ela conduz à exclusão de alternativas interpretativas inconstitucionais, quando para estas se pronunciam, segundo os critérios tradicionais, melhores razões do que para as alternativas conformes à Constituição. Entre estes critérios de interpretação não há, em princípio, primazia. Estes não-de ser combinados uns com os outros em regras rígidas de prioridade e ponderados uns com os outros em caso de conflito.

²⁸⁰ Cfr. MARIETTA AUER, “A interpretação em conformidade com o direito primário”, em PINTO MONTEIRO, JÖRG NEUNER, INGO SARLET, *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*, Almedina, Coimbra, 2007, págs. 46 e 47.

²⁸¹ JOSEPH RAZ, *The Authority of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1979, págs. 16 e ss.

²⁸² GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 1291. Relembremos com as palavras de JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “Como ler a Constituição – Algumas coordenadas”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, vol. III, organizado por JORGE MIRANDA et al., Almedina, Coimbra, pág. 516, que, segundo o princípio da correcção funcional (*funktioneller Richtigkeit*), o intérprete deve manter-se dentro do quadro das funções e das compe-

constitucionalmente consagrados, presta obediência ao critério de integração de lacunas fixado no artigo 10.º, n.º 3, do Código Civil, preceito que lhe manda resolver a situação, em último termo, “segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema”²⁸³.

tências constitucionalmente estabelecidas, não devendo pelo modo ou pelo resultado da sua interpretação modificar a repartição das funções do Estado.

²⁸³ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “Constitucionalização do direito civil” *BFD*, 74 (1998), págs. 737-739.

Capítulo IV

Propriedade e escolha da contraparte comercial

É lícito ao dono de um hotel, cristão, que acredita sinceramente que a prática de relações sexuais fora do casamento são pecaminosas, recusar um quarto com cama de casal a um casal do mesmo sexo? Esta era a questão a decidir no Acórdão *Bull and another v. Hall and another*¹. O caso era o seguinte.

Mr. Preddy e Mr. Hall, *civil partners*, fizeram, para as suas férias na Cornualha, uma reserva online de um quarto de casal no hotel (*bed and breakfast*) pertencente a Mr. and Mrs. Bull, cristãos devotos, que acreditam sinceramente que “a única relação sexual divinamente ordenada é aquela entre um homem e uma mulher dentro dos laços do matrimónio”. Na altura, em 2008, o formulário disponibilizado online pelo hotel estabelecia o seguinte: “por favor, note que, por termos o casamento em grande consideração, preferimos fornecer alojamento para casal [com cama de casal] apenas a casais heterossexuais — muito obrigado”². Quartos duplos ou quartos individuais seriam providenciados a qualquer pessoa ou casal, independentemente do seu estado civil ou da sua orientação sexual. Nem Mr. Preddy nem Mr. Hall se aperceberam da referida cláusula, porque a reserva foi feita por telefone e a dona do hotel, Mrs. Bull, não seguiu a sua prática habitual de perguntar se a reserva era para um homem e uma mulher. Quando Mr. Preddy e Mr. Hall chegaram ao hotel, foram recebidos pelo gerente que os informou de que apenas disponibilizavam quartos com camas de casal a hóspedes casados. Face à informação de que o casal vivia numa *civil partnership*, o gerente retorquiu que eram cristãos, não acreditavam em uniões civis, que o casamento era uma união entre um homem e uma mulher e, portanto, que não poderiam honrar a sua reserva. O casal homossexual encontrou alojamento noutra hotel.

Mr. Preddy e Mr. Hall sentiram-se discriminados e agiram judicialmente con-

¹ *Bull and another v. Hall and another*, de 27 de Novembro de 2013 [2013] UKSC 73.

² Deste modo os donos do hotel limitavam a sua oferta contratual ao público, não se colocando a questão de uma eventual situação de incumprimento.

tra os donos do hotel. Nesta situação concreta, estavam em conflito duas características protegidas (*protected characteristics*), a orientação sexual dos hóspedes e a liberdade de religião dos donos do hotel, no âmbito do exercício de dois direitos: a liberdade contratual de ambos (o direito a contratar do casal homossexual, o direito a não contratar dos donos do hotel) e o direito de propriedade dos hoteleiros³.

Mr. e Mrs. Bull desenvolveram a sua defesa com base nos seguintes argumentos: em primeiro lugar, alegaram que querem viver e agir de acordo com as suas crenças religiosas, incluindo a de que o casamento heterossexual monogâmico é a única forma de associação que legitima a prática de relações sexuais plenas; em segundo lugar, alegam que se tivessem de disponibilizar quartos de casal a não casados, teriam de encerrar o negócio, pois permitir a hóspedes solteiros partilharem um quarto de casal seria promover o pecado; e, por último, acrescentaram que não discriminaram Mr. Preddy e Mr. Hall por causa da sua orientação sexual, mas com base no facto de eles não serem casados um com o outro, pelo que teriam agido da mesma maneira perante um casal do sexo oposto, desde que não casado. Em suma, os donos do hotel alegaram que discriminam contra a prática sexual entre não casados, não contra a orientação sexual.

O *Supreme Court* não acolheu este argumento⁴. O Tribunal considerou que a

³ O direito nacional aplicável ao caso era, na altura dos factos, o *Equality Act (Sexual Orientation) Regulation*, de 2007. Os factos concretos subsumiam-se no artigo 4(1) que estabelecia a ilicitude de uma pessoa (“A”) no fornecimento ao público ou a uma secção do público de bens, utilidades (*facilities*) ou serviços, discriminar outra uma pessoa (“B”) que procura obter ou usar esses bens, facilidades ou serviços, recusando-se a fornecer a “B” bens, facilidades ou serviços. O *Equality Act (Sexual Orientation) Regulation*, de 2007, no seu artigo 4(2), determinava que o parágrafo (1) se aplicava em particular: (a) ao acesso e utilização de um lugar aberto ao público; (b) alojamento em hotel, *boarding house* ou estabelecimento similar; (c) serviços bancários ou de seguros; (d) serviços de entretenimento; (e) serviços de transporte e viagem; (f) prestação de serviços ou comércio. O diploma estabelecia duas excepções a esta norma, que, foi ressalvado, não se aplicavam ao caso: o artigo 6(1), que exceptionava do artigo 4 as situações em que o fornecedor recebe na sua casa e trata como membros da família crianças, pessoas idosas ou pessoas que requerem um especial grau de cuidado e atenção, e o artigo 14, que faz uma excepção específica e cuidadosamente delimitada da aplicação daquela norma às organizações religiosas (que não se aplicava a Mr. and Mrs. Bull, indivíduos singulares, embora com fortes crenças religiosas).

Esta legislação foi substituída pela *Equality Act 2010*, mas os princípios, conceitos e normas relevantes para este caso mantiveram-se no seu essencial. Segundo o artigo 3.º, n.º 1, que define a *discriminação directa*, uma pessoa (A) discrimina outra (B) se, devido à orientação sexual de B ou de qualquer outra pessoa que não A, trata B menos favoravelmente do que trata ou trataria outros (em casos em que não haja diferença substancial nas circunstâncias relevantes). O n.º 3, sobre a *discriminação indirecta*, estabelece que “uma pessoa (A) discrimina outra (B), se A aplica a B uma norma, critério ou prática, (a) que aplica ou aplicaria igualmente a pessoas que não têm a mesma orientação sexual de B; (b) que coloque as pessoas com a mesma orientação sexual de B numa situação desvantajosa comparada com algumas ou com todas as outras (em que não haja diferença substancial nas circunstâncias relevantes); (c) que ponha B numa situação desvantajosa comparada com algumas ou com todas as pessoas que não tenham a sua orientação sexual (em que não haja diferença substancial nas circunstâncias relevantes); e (d) que A não possa justificar razoavelmente por referência a outras características que não a orientação sexual de B”. A diferença entre a discriminação directa prevista no n.º 1 e a discriminação indirecta prevista no n.º 3 é crucial: ao passo que a última pode ser justificada, a primeira nunca é susceptível de o ser. O artigo 3.º, n.º 4, explicita que para efeitos dos n.º 1 e 3, daquela norma, o facto de uma das pessoas (seja B ou não) ser um *civil partner* enquanto a outra é casada não deve ser tratado como uma diferença substancial nas circunstâncias relevantes.

⁴ O Tribunal de 1.ª instância (o Bristol County Court) havia considerado que a situação em causa configurava um caso de discriminação directa contra Mr. Preddy e Mr. Hall e que as *Regulations* constituíam uma intervenção necessária e proporcional do Estado nos direitos de Mr. e Mrs. Bull. O *Court of Appeal*, em segunda instância, rejeitou unanimemente o recurso ([2012] EWCA Civ 83).

O *Supreme Court* aplicou o critério utilizado pela AG Sharpston, nas conclusões do Processo C- 73/08, *Nicolas Bressol e o. e Céline Chaverot e o. contra Gouvernement de la Communauté française*, apresenta-

não discriminação com base no casamento (proibida, na altura, apenas na esfera laboral pelo *Sex Discrimination Act* de 1975) é indissociável da discriminação com base na orientação sexual, quando apenas as pessoas de orientação heterossexual podem casar⁵. Notou, ainda, o Tribunal, que, tal como acontece com o casamento, os direitos e obrigações resultantes da *civil partnership* reconhecem e encorajaram relações estáveis, de compromisso e duradouras, que são do interesse público. Se os casais do mesmo sexo podem assumir um compromisso mútuo equivalente ao casamento, os fornecedores de bens, utilidades e serviços devem, pois, tratá-los da mesma maneira que tratam os casais casados. O Tribunal considerou que ao negarem uma cama de casal a Mr. Preddy e a Mr. Hall, que teriam providenciado a um casal heterossexual casado, Mr. e Mrs. Bull não os discriminaram apenas por eles não serem casados, mas também por não ser uma relação entre um homem e uma mulher, ou seja, aplicaram um critério indistinguível da orientação sexual⁶. O Tribunal considerou, igualmente, que as suas convicções religiosas não eram susceptíveis de os isentar de cumprir a lei no exercício do seu direito de propriedade e na gestão do seu hotel⁷.

Este caso é, em nossa opinião, muito interessante, porque a escolha da contraparte negocial veio precisamente colidir com a utilização e a afectação da propriedade como forma de realização e exteriorização de convicções religiosas profundas dos seus proprietários, dimensão que vigorosa e mente reflecte a ligação entre propriedade e personalidade, que temos vindo a considerar. Vejamos outro caso.

A 22 de Junho de 2010, o *Landgericht Frankfurt (Oder)*⁸ foi chamado a decidir se era lícito ao dono de um hotel negar alojamento a um membro de um determinado partido político, ou se essa conduta discriminatória constituía uma violação ilegal dos direitos de personalidade do membro do partido que faria incorrer o dono do hotel em responsabilidade nos termos do artigo 823.º do BGB⁹.

das em 25 de Junho de 2009: “Existe discriminação directa quando a categoria dos que beneficiam de uma determinada vantagem e a categoria dos que sofrem uma desvantagem correlativa coincide exactamente com as respectivas categorias de pessoas distinguidas unicamente através da aplicação de uma classificação proibida”. A SG, por sua vez, havia seguido o critério do AG Jacobs, no Processo C-79/99, *Julia Schnorbus contra Land Hessen*, nas conclusões proferidas em 7 de Dezembro de 2000: “A discriminação é directa quando a desigualdade de tratamento é fundada sobre um critério que é quer explicitamente o do sexo, quer necessariamente ligado a uma característica inseparável do sexo. É indirecta, quando um outro critério é aplicável, mas este afecta uma proporção claramente mais elevada de pessoas de um sexo que do outro”.

⁵ A *civil partnership*, considerou o Tribunal, embora com nome diferente, em muitos aspectos não se distingue do estatuto de casamento no direito do Reino Unido. Foi criada para que os casais do mesmo sexo pudessem assumir voluntariamente os mesmos deveres jurídicos e gozar dos mesmos direitos que os casais casados. Ainda segundo o tribunal, a *civil partnership*, tal como o casamento, é um estatuto, definido legalmente e que produz efeitos perante terceiros e perante o Estado. Cfr. *Civil Partnership Act 2004*, que entrou em vigor em 5 de Dezembro de 2005. O casamento entre pessoas do mesmo sexo foi, entretanto, aprovado em Inglaterra e no País de Gales pelo *Marriage (Same Sex Couples) Act de 2013*, que permitiu a celebração de casamentos homossexuais a partir de 24 de Março de 2014. Na Escócia, o já aprovado *Marriage and Civil Partnership Act de 2014* deverá entrar em vigor até ao final do ano.

⁶ Eles teriam, indubitavelmente, como a sua política de alojamento deixava claro, negado, por exemplo, uma cama de casal a um casal do mesmo sexo casado segundo uma lei estrangeira que o admita (e fá-lo-iam também se os casamentos do mesmo sexo fossem, à altura, admitidos no Reino Unido).

⁷ A decisão foi unânime, ainda que três dos juízes tenham considerado que a discriminação era directa e dois, por razões distintas, a tenham considerado indirecta. Todos estiveram de acordo, todavia, em que, se a discriminação fosse indirecta, não poderia ser justificada.

⁸ <http://openjur.de/u/282555.html>.

⁹ Nos termos do qual: “1. Quem, com dolo ou negligência, ofender ilicitamente a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou outro direito de outra pessoa fica obrigado a indemnizá-la pelos danos daí resultantes. 2. A mesma obrigação recai sobre a pessoa que violar uma lei que vise proteger outra pessoa. Se, segundo o conteúdo da lei,

O demandante era Udo Voigt, à altura líder do Partido Nacional Democrático da Alemanha (NPD), um partido radical da ala direita fascista¹⁰. Em Setembro de 2009, a mulher do demandante havia feito, através de uma agência de viagens, uma reserva de quatro dias no hotel Esplanade, em Bad Saarow, para ela e para o seu marido. Algum tempo antes da data marcada para a estadia, a gerência do hotel em informou-os, por carta, de que o demandante estava banido do hotel, e que a exclusão abrangia as reservas feitas através de terceiros ou sob um outro nome. Depois de o demandante ter pedido uma explicação, a gerência do hotel respondeu que as crenças políticas do demandante não se coadunavam com seu objectivo de garantir uma estadia agradável a todos os hóspedes¹¹.

O membro do NPD propôs uma acção judicial, reagindo contra a exclusão, alegando que esta constituía uma discriminação e violava, quer o seu direito de personalidade, quer o princípio geral da igualdade de tratamento, ambos constitucionalmente garantidos. O queixoso alegou, em primeiro lugar, que, em virtude destes princípios, as empresas abertas ao público em geral estavam proibidas de excluir clientes, e, em segundo lugar, que, na medida em que não pretendia expressar ideias políticas durante a sua estadia no hotel, as suas crenças políticas não justificavam a exclusão. O pedido de levantamento da exclusão foi feito com base nos artigos 903.º e 1104.º do BGB, relativos aos poderes do proprietário e às medidas preventivas contra interferências de terceiros, e o pedido de indemnização foi deduzido com base nos artigos 823.º e 826.º do mesmo Código.

O demandado, por seu lado, alegou em resposta que a exclusão do membro do Partido Nacional Democrático cabia no âmbito da sua liberdade contratual, também ela protegida pela GG, e que essa exclusão não afectava o direito geral do queixoso à sua liberdade pessoal, pois existiam muitos hotéis na região onde ele poderia obter alojamento similar. O demandado explicitou ainda que a exclusão não podia ser considerada arbitrária, antes se justificando com o objectivo de assegurar uma excelente experiência de férias para todos os hóspedes, que não teria lugar se um membro do PND estivesse hospedado no hotel. Por último, o demandado também alegou que o NPD, ainda que não ilegal, polarizava a sociedade alemã de tal forma que seria impossível para o hotel, ao alojar membros desse partido, manter uma imagem politicamente neutra. Considerando as sensibilidades dos seus clientes alvo, era importante para o hotel manter-se apolítico, e o queixoso, embora não condenado, tinha sido e ainda era objecto de várias investigações criminais, o que poderia afastar potenciais clientes.

Ao contrário do que aconteceu no caso que vimos anteriormente, aqui, a liberdade contratual do dono do hotel, na vertente da escolha do outro contraente, surge como necessária à defesa do valor patrimonial do hotel, ou seja à *preservação da própria coisa*. Em que medida o direito do proprietário de escolher a contraparte com quem quer celebrar um contrato estará limitado pelo direito de terceiros a não serem discriminados?

Para decidir, o Tribunal alemão ponderou a liberdade do dono do hotel, especialmente o direito do dono de excluir um cliente do seu estabelecimento, com o

for possível uma ofensa contra ela mesmo sem culpa, a obração de indemnização só existe em caso de culpa”.

¹⁰ Desde 1 de Julho de 2014, Ugo Voigt é membro do Parlamento Europeu.

¹¹ É também de ter em conta que uma associação de hotéis, a que o demandado pertencia, tinha pedido aos seus membros para não alojarem membros de partidos de extrema-direita, como o NPD.

direito de personalidade do cliente, ambos garantidos constitucionalmente¹². O *LG Frankfurt* sublinhou que, do facto de um estabelecimento estar aberto ao público não resulta automaticamente excluído ou limitado o direito do dono a impor proibições. O facto de o dono de um estabelecimento *oferecer* serviços ao público significa apenas que pretende fornecer serviços ao público, não o constitui na obrigação fornecer esses serviços a todos os concretos indivíduos. Ainda que essa obrigação de contratar exista nos serviços públicos essenciais, não existe um *dever directo* para o dono de um hotel de celebrar contratos com todos os potenciais clientes. O Tribunal também considerou que o proprietário, como princípio básico, tem a liberdade de dispor da sua propriedade como quiser (§§ 856, 858, 903, 1004 BGB) e o direito de negar o acesso à sua propriedade a um potencial cliente.

Todavia, considerou o o *LG Frankfurt* que o direito do dono do hotel na escolha da contraparte negocial pode ser limitado através de um *dever indirecto* de contratar decorrente do regime da responsabilidade civil. Assim, se a recusa de contratar constituísse um acto gerador de responsabilidade, nos termos dos artigos 823.º e ss. do BGB, poderia dizer-se que daqui resultava, indirectamente, uma obrigação de contratar. E, neste âmbito, se o Tribunal reconheceu que a liberdade pessoal radicada no direito da dignidade humana (artigo 1.º da GG) e no direito ao livre desenvolvimento pessoal (artigo 2.º da GG) gozava de garantia constitucional, considerou, no entanto, que a violação do direito de liberdade pessoal do membro do PND teria de ser ponderada com os direitos do dono do hotel, também protegidos pelo artigo 2.º da GG, nomeadamente a sua liberdade contratual.

Após ter sopesado os interesses conflituantes, o Tribunal reconheceu a exclusão como objectivamente justificada e rejeitou que tivesse existido um acto ilícito por parte do dono do hotel, ainda que da expulsão tenha resultado uma limitação aos direitos de Ugo Voigt. Segundo o *LG Frankfurt* a medida tomada – o banimento do hotel – não era incongruente com o objectivo perseguido pelo dono do hotel – assegurar o bem-estar de todos os hóspedes -, mas antes se mostrava adequada e proporcional¹³. Ainda que alguns dos hóspedes pudessem não se sentir afectados pela presença do queixoso, era concebível que outros se viessem a sentir incomodados. O *LG Frankfurt (Oder)* considerou, pois, não haver fundamento para a remoção da proibição, nem para compensação por eventual aviltamento pessoal do queixoso.

Estes dois casos são elucidativos da importância para o proprietário da escolha da sua contraparte negocial, quando esteja em causa o acesso ou a utilização do objecto. Se esta liberdade de escolha era largamente aceita nas relações negociais entre

¹² O Tribunal também não pôde deixar de verificar em que medida a decisão do dono do hotel de excluir o cliente com base nas suas crenças políticas violava o *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)*. A Lei Geral Antidiscriminação alemã foi aprovada em 14 de Agosto de 2006, tendo sofrido a última alteração pela Lei de 5 de Fevereiro de 2009, e proíbe a discriminação com base na raça e na origem étnica, no género, na religião ou crença, na deficiência, na idade ou na orientação sexual. Todavia, para além de não ser consensual na doutrina que a crença (*Weltanschauung*) abranja a opinião política, sempre a Parte 3 da AGG, e, em especial, o §19, relativa à protecção no acesso a bens e serviços, abrange apenas a discriminação baseada na raça ou origem étnica, no sexo, na religião, na deficiência, na idade ou na orientação sexual.

¹³ O tribunal não disse o que teria sido uma acção desproporcionada nem fez uma análise profunda da tensão óbvia entre o direito de não ser discriminado e por outro lado o direito da autonomia pessoal e da liberdade contratual. Cfr., neste sentido, JULE MULDER E ANDREA GIDEON, “Case Note – Judgment of the Landgericht Frankfurt (Oder) (Regional Court) of 22 June 2010: Hetelier’s Right to Ban Persons from Hotel Premises”, *German Law Journal* 11 (2010), págs. 1147 e ss.

particulares, com a evolução recente das políticas antidiscriminação, o seu âmbito de aplicação tem vindo a sofrer restrições acentuadas. Relevante, a nosso ver, é o modo como o direito de propriedade tem sido desconsiderado ou afastado do debate sobre o âmbito dessas restrições, que se tem desenrolado apenas em redor da liberdade contratual e do direito à igualdade. A proposta que vamos apresentar visa, em primeiro lugar, clarificar os termos em que o debate sobre a liberdade de escolha da contraparte negocial deve ter lugar e, em segundo lugar, sugerir uma diferente ponderação valorativa dos valores em presença.

a) Discriminação na escolha da contraparte negocial

A diversidade é a grande questão do nosso tempo¹⁴ – o nacionalismo, o sectarismo religioso, uma acentuada consciência de género, de raça, e de etnicidade, uma maior assertividade no que respeita à orientação sexual, são comuns aos países da nossa família civilizacional – e tem sido, desde há vários anos, uma preocupação relevante¹⁵ no nosso país, na actuação política e na produção legislativa¹⁶.

¹⁴ Os valores relacionados com a igualdade e a diversidade são frequentemente conflitantes e incomensuráveis. A vida de cada um de nós reflecte, necessariamente, o compromisso com muitos valores incomensuráveis, quer enquanto indivíduos, quer enquanto membros de grupos. O conflito de valores e a sua incomensurabilidade são filosoficamente defensáveis e, com alguma elaboração, permitem pretensões normativas resultantes do slogan “as diferenças devem ser celebradas”, sem todavia dispensarem práticas e políticas sociais que promovam relações mútuas. Cfr. R. SMITH, *Equality and Diversity: Value Incommensurability and the Politics of Recognition*, Policy Press, Bristol, 2011, pág. 1.

¹⁵ Sobre o papel do Estado e do mercado na regulação da discriminação na sociedade contemporânea, ver por todos, WILLIAM A. GALSTON, *The Practice of Liberal Pluralism*, CUP, 2004, págs. 119 e ss. Sobre a justificação económica da legislação anti-discriminação, ANDREAS ENGERT, “Allied by Surprise? The Economic Case For an Anti-Discrimination Statute”, *German Law Journal* 4 (2003), págs. 685 e ss., e com ampla bibliografia indicada sobre o tema. Segundo o autor, as razões para um comportamento discriminatório são as seguintes: (i) as pessoas discriminam um grupo porque não gostam dele; (ii) discriminam porque pensam que os membros do grupo, em geral, não são bons parceiros para um contrato; (iii) discriminam porque têm interesse em excluir o grupo da concorrência. Justifica-se, pois, também economicamente, uma política de antidiscriminação no Direito Privado, na medida em que a criação de iguais oportunidades mercado é susceptível de aumentar a eficiência económica (mesmo no caso de *statistical discrimination* – em que uma pessoa tem uma certa característica, propensão ou disposição que interessa, economicamente, à contraparte negocial, porque lhe pode causar um custo extra – e de que é exemplo paradigmático os prémios de seguros). Entende CASS R. SUNSTEIN, *Free Markets and Social Justice*, OUP, 1997, págs. 148 e ss., que, embora os discriminadores sejam fracos concorrentes, o mercado não parará a discriminação e a pressão concorrencial não levará à eliminação de práticas discriminatórias (quer porque são uma resposta racionalmente económica aos desejos de terceiros, quer porque às vezes implicam uma diminuição de investimento em capital humano). Os mercados são o problema, não a solução, e requerem por isso a intervenção de leis antidiscriminatórias.

¹⁶ Cfr, entre outros: I Plano de Acção para a Integração das Pessoas com Deficiências ou Incapacidade para os anos de 2006 a 2009 (Resolução do Conselho de Ministros n.º 120/2006, de 21 de Setembro); Programa Todos Diferentes, Todos Iguais (Programa TDTI) (Portaria n.º 111/2007, de 24 de Janeiro); o III Plano Nacional para a Igualdade – Cidadania e género (2007-2010) (Resolução do Conselho de Ministros n.º 82/2007, de XXXX); I Plano Nacional contra o Tráfico de Seres Humanos (2007-2010) (Resolução do Conselho de Ministros n.º 81/2007, de 22 de Junho); o Plano Nacional de Acção para Implementação da Resolução do Conselho de Segurança das Nações Unidas n.º 1325 (2000), adoptada em 31 de Outubro de 2000, sobre “mulheres, paz e segurança” (2009-2013) (Resolução do Conselho de Ministros n.º 71/2009, de 25 de Agosto); o Plano para a Integração dos Imigrantes (PII), Resolução do Conselho de Ministros n.º 74/2010, de 19 de Julho; o II Plano Nacional contra o Tráfico de Seres Humanos (2011-2013) Resolução do Conselho de Ministros n.º 94/2010, de 29 de Novembro; o IV Plano Nacional contra a Violência Doméstica (2011-2013), Resolução do Conselho de Ministros n.º 100/2010, de 17 de Dezembro; o IV Plano Nacional para a Igualdade – Género, Cidadania e não Discriminação, 2011-2013, Resolução do Conselho de Ministros n.º 5/2011, de 18 de Janeiro; III Plano Nacional de

Ao nível da União Europeia, durante muitos anos, a sua acção no campo da não discriminação centrava-se essencialmente no campo da nacionalidade e do género, abrangendo sobretudo aspectos relativos ao emprego e à ocupação¹⁷. O quadro normativo actualmente em vigor revela, todavia, como a União valoriza a equidade e a diversidade, incluindo a igualdade entre os seus valores estruturantes¹⁸. No Tratado da União Europeia destacamos, desde logo, o artigo 2.º do TUE, que estabelece, que a União se funda nos valores do “*respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres*”¹⁹. O artigo 3.º TUE elenca, no seu n.º 3, como objectivos da União o combate e às discriminações e a promoção da justiça e da protecção sociais e a igualdade entre homens e mulheres²⁰. O artigo 6.º, n.º 3, TUE, por sua vez, acolhendo a doutrina definida pelo Tribunal de Justiça, determina que: “*Do direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros*”²¹.

Prevenção e Combate ao Tráfico de Seres Humanos 2014-2017, Resolução do Conselho de Ministros n.º 101/2013, de 31 de Dezembro; o V Plano Nacional de Prevenção e Combate à Violência Doméstica e de Género 2014-2017 Resolução do Conselho de Ministros n.º 102/2013, de 31 de Dezembro; o V Plano Nacional para a Igualdade, Género, Cidadania e Não-discriminação 2014-2017 (Resolução do Conselho de Ministros n.º 103/2013, de 31 de Dezembro; Plano para a Integração dos Imigrantes (PII); a Estratégia Nacional para a Deficiência 2011-2013 (ENDEF) Resolução do Conselho de Ministros n.º 97/2010, de 14 de Dezembro.

O Direito Internacional também foi fundamental no desenvolvimento de um sistema abrangente de protecção contra a discriminação. Indicaremos adiante vários instrumentos relativos a características protegidas distintas.

¹⁷ Como refere DAGMAR SCHIEK, “Broadening the Scope and the Norms of EU Gender Equality Law: Towards a Multidimensional Conception of Equality Law”, *Maastricht J. Eur. & Comp. L.* 12 (2005), págs. 427e ss, até 2000, a legislação sobre igualdade era uma subsecção do direito social europeu.

¹⁸ Neste sentido, ERICA HOWARD, “EU Equality Law: Three Recent Developments”, *ELJ* 17 (2011), pág. 786. Veja-se, para uma visão institucional, BRUNO DE WITTE, “New Institutions for Promoting Equality in Europe: Legal Transfers, National Bricolage and European Governance”, *Am. J. Comp. L.* 60 (2012), págs. 49 e ss. Para uma análise comparatística, indispensável o artigo de GRÁINNE DE BÚRCA, “The Trajectories of European and American Antidiscrimination Law”, *Am. J. Comp. L.* 60 (2012), págs. 1 e ss.

¹⁹ Sublinhando que globalmente considerados os princípios enunciados correspondem aos elementos definidores da União Europeia, já enumerados na Declaração sobre a identidade europeia de 1973, MARCELO REBELO DE SOUSA, “Anotação ao artigo 2.º TUE”, em *Tratado de Lisboa, Anotado e Comentado*, coordenado por MANUEL LOPES PORTO e GONÇALO ANASTÁCIO, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 27. Segundo EMANUELA NAVARRETA, “Bilanciamento di interessi costituzionali e regole civilistiche”, *Riv. crit. dir. priv.* 16 (1998) págs. 626 e 627, a dignidade humana representa aqui a síntese do valor pessoa emersa da tradição histórica e positiva dos sistemas constitucionais europeus e identifica o núcleo de individualidade capaz de orientar a evolução jurídica, através da real conflituosidade dos direitos. Sobre a União como um Estado de Direito e respeito pelos direitos fundamentais e também pela minorias, LAURENT PECH, “A union founded on the rule of law: meaning and reality of the rule of law as constitutional principle of EU law”, *EuConst* 3 (2010), págs. 359-396.

²⁰ Como ensina MARCELO REBELO DE SOUSA, “Anotação ao artigo 3.º TUE”, em *Tratado de Lisboa, Anotado e Comentado*, coordenado por MANUEL LOPES PORTO e GONÇALO ANASTÁCIO, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 32, os objectivos da União projectam os seus valores e são desenvolvidos pelo TUE e pelo TFUE, através de políticas conformadoras. Nas palavras do autor: “*Se o traçado de valores define a identidade axiológica da Europa e da União, o elenco dos objectos delinea o modelo de densificação daquela identidade num determinado período histórico*”.

²¹ O Tratado de Maastricht de 1992, que criou a UE e rebaptizou a CEE em CE, consagrou como princípios gerais de direito da ordem jurídica comunitária os direitos enunciados na CEDH, bem como os direitos decorrentes das tradições constitucionais comuns aos EM, formalizando, *rectius*, constitucio-

Ao nível do TFUE, o artigo 10.º determina que, na definição e execução das suas políticas “a União tem por objectivo combater a discriminação em razão do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual”²², e o artigo 19.º, n.º 1, prevê o procedimento legislativo a adoptar para a tomada das medidas “necessárias para combater a discriminação em razão do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual”, bem como para adoptar os princípios de base das medidas de incentivo da União destinadas a contribuir para a realização desse objectivo²³.

No capítulo III da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia²⁴, de-

nalizando, uma orientação jurisprudencial do TJUE, que afirmava, embora sem explícita base jurídica do Tratado de Roma, que a CE, sendo uma “comunidade de direito”, não poderia deixar de estar vinculada pelos direitos fundamentais, pelo que a *CEDH e os princípios constitucionais comuns aos Estados-Membros* deveriam considerar-se como princípios gerais do direito comunitário europeu.

Como sublinham GOMES CANOTILHO e MARIANA CANOTILHO, em “Anotação ao artigo 6.º TUE”, em *Tratado de Lisboa, Anotado e Comentado*, coordenado por MANUEL LOPES PORTO e GONÇALO ANASTÁCIO, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 42, a consideração das tradições comuns aos Estados-Membros, “quer como fonte de direitos fundamentais, quer enquanto critério interpretativo dos direitos consagrados na Carta permite afastar uma abordagem rígida de ‘menos denominador comum’, permitindo a densificação das normas do padrão comunitário de jusfundamentalidade de forma a proporcionar um elevado nível de protecção dos direitos, adequado ao Direito da União e em harmonia com o direito constitucional dos EM”.

²² Este catálogo é só aparentemente fechado. Na verdade, esta disposição tem de ser lida de forma articulada com o artigo 21.º, n.º 1, da CDFUE. Neste sentido, DULCE LOPES, “Anotação ao artigo 10.º TFUE”, em *Tratado de Lisboa, Anotado e Comentado*, coordenado por MANUEL LOPES PORTO e GONÇALO ANASTÁCIO, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 229.

²³ Sobre a menor centralidade da luta contra as formas de discriminação baseadas em fundamentos diferentes da nacionalidade a que o Tratado dá relevância, ver RUI MOURA RAMOS, “Anotação aos artigos 18.º-23 do TFUE”, em *Tratado de Lisboa, Anotado e Comentado*, coordenado por MANUEL LOPES PORTO e GONÇALO ANASTÁCIO, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 259-260.

²⁴ Aprovada no Conselho Europeu de Nice em Dezembro de 2000, como proclamação política, a CDFUE só veio a ser dotada de força jurídica vinculativa com o Tratado de Lisboa. Veja-se VITAL MOREIRA, “Anotação à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia”, em *Tratado de Lisboa, Anotado e Comentado*, coordenado por MANUEL LOPES PORTO e GONÇALO ANASTÁCIO, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 1395 a 1398. Para uma análise do circunstancialismo que envolveu o nascimento da Carta, veja-se GRAINNE DE BURCA, “The Drafting of the European Union Charter of Fundamental Rights”, *E.L.Rev.* 26 (2001), págs. 126-138. A autora defende que o modo como a Carta foi redigida, se, por um lado, mostra a ambivalente e contraditória natureza do desenvolvimento constitucional da União Europeia, por outro, sublinha a natureza relativamente aberta e deliberativa do processo.

Sobre a “wertende Rechtsvergleichung”, JULIANNE KOKOTT e CHRISTOPH SOBotta, *The Charter of Fundamental Rights of the European Union after Lisbon*, Working Paper 06/2010, *Academy of European Law*, Instituto Universitário Europeu, Florença, pág. 2.

Para uma visão geral, VINCENZO ZENO-ZENCOVICH, “Le base costituzionali di un diritto privato europeo”, *Eur. dir. priv.* (2003), págs. 19 e ss, e GIACOMO DI FEDERICO (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights: From Declaration to Binding Instrument*, Springer, 2011.

Nas palavras de VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 44-45: “a Carta constitui um nível ‘constitucional’ de direitos fundamentais, aplicáveis nas relações jurídicas comunitárias no âmbito da União Europeia, servindo como parâmetro de validade e critério de interpretação e aplicação de todo o direito da União (‘interpretação conforme os direitos fundamentais’), designadamente do direito derivado, regulando, a par das atuações (normativas e concretas) dos órgãos das instituições europeias, as atuações estaduais de aplicação do direito europeu — os cidadãos portugueses, como os dos restantes Estados membros, são titulares dos direitos consagrados na Carta, que podem invocar também perante as autoridades nacionais, quando estas atuem no contexto das matérias comunitárias, sem necessidade de qualquer ato estadual de recepção, ou sequer de regulação se forem imediatamente exequíveis”.

Sublinhando que a Carta codificou um conjunto alargado de direitos, aos quais conferiu a visibilidade e o significado comumente atribuídos a um catálogo constitucional de direitos e liberdades, MARIA LUÍSA DUARTE, “União Europeia e protecção dos direitos fundamentais — uma justiça constitucional de base triangular”, em BFDUC, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pág. 315 e DANIEL DENMAN, “The Charter of Fundamental Rights”, *E.H.R.L.R.* 4 (2010), pág. 350. Sobre os direitos fundamentais federativos ou de clube, SUZANA TAVARES DA SILVA, *Os direitos fundamentais na arena global*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, págs. 22 e ss.

dicado à igualdade, destacamos o artigo 20.º, que afirma o princípio da igualdade perante a lei, e o artigo 21.º, n.º 1, que, numa lista não exaustiva, proíbe a discriminação “em razão, nomeadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual”²⁵.

Em termos de direito secundário, chegam-nos da União Europeia, incluídas no âmbito das directivas antidiscriminação²⁶, dois diplomas nucleares para o tema que nos ocupa: a Directiva 2000/43/CE (Directiva Anti-Racismo) e a Directiva 2004/113/CE (Directiva da Igualdade de Género), que “aplicam o princípio de igualdade de tratamento” *no acesso a bens e serviços e ao seu fornecimento*.

Estas directivas visam criar um quadro comum²⁷ a todos os Estados-Membros de proibição da discriminação com base em determinadas características protegidas e garantir, ao mesmo tempo, um nível mínimo de protecção harmonizada para os que foram vítimas de tratamento discriminatório. Para além da actuação do Estado, o objectivo é instituir um determinado padrão de comportamento entre os cidadãos, de modo a assegurar uma *sociedade civil inclusiva e diversa* mais do que exclusiva e específica²⁸.

Vide, ainda RUI MOURA RAMOS, “A Carta dos Direitos Fundamentais da união Europeia e a protecção dos Direitos Fundamentais, *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2001, págs. 161 e ss.

²⁵ Sobre as fontes de inspiração desta norma, ver ANA MARIA GUERRA MARTINS, “O Tratado de Lisboa reforça o princípio da igualdade e da não discriminação?”, JORGE MIRANDA (coord.), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque I*, Lisboa, Almedina, 2010, pág. 63.

²⁶ Para além da Directiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de Junho de 2000 (JO L 180, pág. 22), e da Directiva 2004/113/CE do Conselho, de 13 de Dezembro de 2004, que aplica o princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento (JO L 373, pág. 37), as directivas antidiscriminação incluem a Directiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de Novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional (JO L 303, pá. 16), e a Directiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Julho de 2006, relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à actividade profissional (JO L 204, pág. 23).

²⁷ Sublinhando que o direito privado europeu moderno se traduz, por um lado, na descoberta de uma unidade apenas temporariamente esquecida: aquela unidade íntima que, no continente, existiu até ao século XVIII, sob o domínio do *ius commune*; e por outro lado, na evidência no que respeita ao sistema da *common law*, senão de uma unidade, pelo menos de um parentesco que subsiste entre os dois sistemas, ALESSIO ZACCARIA, “Il diritto privato europeo nell’epoca del postmoderno” *Rivista di Diritto Civile* XLIII (1997), págs. 369 a 373. O STUDY GROUP ON SOCIAL JUSTICE IN EUROPEAN PRIVATE LAW, “Social Justice in European Contract Law: a Manifesto”, *ELJ* 10 (2004) pág. 656, considera que as questões que se colocam à harmonização do direito privado na Europa são semelhantes às que se colocaram na construção dos sistemas de direito privado do século XIX. Um sistema comum de direito privado significa uma aspiração a uma identidade europeia partilhada e marca o compromisso com uma união de povos, culturas e de valores cada vez mais apertada. No mesmo sentido, FRANCESCO GALGANO, “Le anime moderne del diritto privato romano”, in *Dogmi e dogmatica nel diritto*, CEDAM, Milão, págs. 49 e ss.

²⁸ DAGMAR SCHIEK, “Broadening the Scope and the Norms of EU Gender Equality Law: Towards a Multidimensional Conception of Equality Law”, *Maastricht J. Eur. & Comp. L.* 12 (2005), págs. 427-466.

O facto de as Directivas, aparentemente, pretenderem que o *princípio da igualdade*, há séculos um dos pilares das democracias Europeias, vincule também os cidadãos, não foi aceite pacificamente na doutrina. Vide, por todos, EDUARD PICKER, “Debate: Anti-discrimination as a Program of Private Law?”, *German Law Journal* 4 (2003), págs. 771-784, sobre o perigo de esta *promulgação (enacting) de moralidade* em zonas de auto determinação original poder, mais cedo ou mais tarde, transformar o Estado – fundado na liberdade individual – num *Estado virtuoso* supressivo da liberdade. Para este autor, quando o Estado requer virtudes públicas aos seus cidadãos, e portanto suspende a clássica separação entre direito e moral – e entre o Estado e a sociedade – como garante da liberdade individual, interfere directamente na esfera da liberdade pessoal dos indivíduos enquanto núcleo irredutível (*core domain*).

Estamos verdadeiramente perante um quadro regulatório multinível. Por facilidade de exposição, a nossa análise vai seguir o tratamento dado a cada uma das características protegidas.

1. O quadro regulatório multinível

a) *A discriminação racial (origem racial, cor, nacionalidade, origem étnica)*

A discriminação com base na religião, nacionalidade ou raça afecta a vítima de uma maneira fundamental: distorce a sua capacidade para sentir orgulho em pertencer a uma identificação de grupo com o que é um elemento importante nas suas vidas²⁹. O direito à igualdade e à protecção contra a discriminação racial constitui um direito universal, reconhecido pela Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 21 de Dezembro de 1965, que entrou em vigor na ordem jurídica portuguesa em 23 de Setembro de 1982³⁰. Para a Convenção, a expressão discriminação racial visa:

“qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência fundada *na raça, cor, ascendência ou origem nacional ou étnica* que tenha como objectivo ou como efeito destruir ou comprometer o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em condições de igualdade, dos direitos do homem e das liberdades fundamentais nos domínios político, económico, social e cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública”.

De acordo com as obrigações fundamentais enunciadas no artigo 2.º, o artigo 5.º determina que os Estados Partes se obrigam a proibir e a eliminar a discriminação racial, sob todas as suas formas, e a garantir o direito de cada um à igualdade perante a lei sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica, elencando uma lista não taxativa de vários direitos, dos quais destacamos, dentre os direitos económicos, sociais e culturais, o direito ao alojamento, o direito à saúde, aos cuidados médicos, à segurança social e aos serviços sociais, o direito à educação e à formação profissional, o direito de tomar parte, em condições de igualdade, nas actividades culturais; e ainda *o direito de acesso a todos os locais e serviços destinados a uso público, tais como meios de transporte, hotéis, restaurantes, cafés, espectáculos e parques.*

²⁹ Na opinião de JOSEPH RAZ, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1988, pág. 254. Sobre o especial relevo do racismo e da xenofobia no âmbito de um Estado democrático-social, ver PAOLO BONETTI, “Prime note sulla tutela costituzionale contro il razzismo e la xenofobia”, *Riv. trim. dir. pubbl.* 1 (1994), pág. 6 e ss. Para SANDRA FREDMAN, “Changing the Norm: Positive Duties in Equal Treatment Legislation”, *Maastricht J. Eur. & Comp. L.* 12 (2005), pág. 373, a igualdade tem quatro objectivos: deve quebrar o ciclo de desvantagem associado ao grupo, promover o respeito pela igual dignidade e valor de todos, acabando com o estigma, estereótipos, humilhação e violência por causa da pertença a um grupo; acomodação e afirmação positiva e celebração da identidade dentro da comunidade e, finalmente, facilitar uma participação plena na sociedade.

³⁰ Esta Convenção foi adoptada e aberta à assinatura e ratificação pela resolução 2106 (XX) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 21 de Dezembro de 1965, e entrou em vigor na ordem internacional a 4 de Janeiro de 1969 (cfr. artigo 19.º). Em Portugal, foi aprovada para adesão pela Lei n.º 7/82, de 29 de Abril, e a declaração de reconhecimento da competência do Comité, ao abrigo do artigo 14.º, n.º 2, da Convenção, ocorreu em Março de 2000.

A Convenção estabelece ainda que os Estados Partes assegurarão às pessoas sujeitas à sua jurisdição protecção e recurso efectivos aos tribunais nacionais e a outros organismos do Estado competentes, contra todos os actos de discriminação racial que, contrariando a Convenção, violem os seus direitos individuais e as suas liberdades fundamentais, assim como o direito de pedir a esses tribunais satisfação ou reparação, justa e adequada, por qualquer prejuízo de que sejam vítimas em razão de tal discriminação³¹.

i) A Lei 134/99, de 28 de Agosto

O primeiro diploma legislativo a ser especificamente aprovado, entre nós, em matéria de discriminação racial foi a Lei n.º 134/99, de 28 de Agosto, ainda com algumas disposições em vigor, e que tinha por objecto “prevenir e proibir a discriminação racial sob todas as suas formas”³² e “sancionar a prática de actos que se traduzam na violação de quaisquer direitos fundamentais, ou na recusa ou condicionamento do exercício de quaisquer direitos económicos, sociais ou culturais, por quaisquer pessoas, em razão da sua pertença a determinada raça, cor, nacionalidade ou origem étnica”³³. O âmbito de protecção desta lei era abrangente, vinculando todas as pessoas *singulares e colectivas, públicas ou privadas*, numa altura em que a vinculação das entidades privadas ainda não era uma questão premente no direito europeu.

A discriminação racial vinha definida no artigo 3.º como “qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência em função da raça, cor, ascendência, origem nacional ou étnica”, quer tivesse por objecto ou produzisse como resultado “a anulação ou restrição do reconhecimento, fruição ou exercício, em condições de igualdade, de direitos, liberdades e garantias ou de direitos económicos, sociais e culturais”. Densificando as acções ou omissões que, em razão da pertença de qualquer pessoa a determinada raça, cor, nacionalidade ou origem étnica, eram susceptíveis de violar o princípio da igualdade, o artigo 4.º fornecia um elenco, não taxativo, de práticas discriminatórias, de entre as quais destacamos: a recusa de fornecimento ou impedimento de fruição de bens ou serviços, por parte de qualquer pessoa singular ou colectiva (alínea c)); o impedimento ou limitação ao acesso e exercício normal de uma actividade económica por qualquer pessoa singular ou colectiva (alínea d)); a recusa ou condicionamento de venda, arrendamento ou subarrendamento de imóveis (alínea e)); a recusa de acesso a locais públicos ou abertos ao público (alínea f)); a recusa ou limitação de acesso aos cuidados de saúde prestados em estabelecimentos de saúde públicos ou privados (alínea g)); a recusa ou limitação de acesso a estabelecimento de ensino público ou privado (alínea h)); a adopção de acto em que, publicamente ou com intenção de ampla divulgação, pessoa singular ou colectiva emita uma declaração ou transmita uma informação em virtude da qual um grupo de pessoas seja ameaçado, insultado ou aviltado por motivos de discriminação racial (alínea m)).

³¹ Cfr. artigo 6.º.

³² Nos termos do artigo 3.º, o disposto na lei não prejudicava a vigência e aplicação das disposições de natureza legislativa, regulamentar ou administrativa, que beneficiassem certos grupos desfavorecidos com o objectivo de garantir o exercício, em condições de igualdade, dos direitos nele referidos (acção positiva), nem a vigência e aplicação das disposições que restringissem o reconhecimento de certos direitos a determinadas pessoas, com fundamento na Constituição, na lei ou em convenções internacionais regularmente ratificadas pelo Estado Português.

³³ Cfr. artigo 1.º.

A prática de um acto discriminatório levava à aplicação de uma coima³⁴ e, sempre que esta prática constituísse um dever, a aplicação da sanção e o pagamento da coima não dispensavam o infractor do seu cumprimento, se este ainda fosse possível³⁵.

Logo no ano seguinte viria a ser aprovada uma Directiva europeia na matéria, a Directiva Anti-Racismo, que teve a virtualidade de lançar na Europa o debate, aceso, sobre a vinculação dos particulares pelo princípio da não discriminação e a consequente restrição à autonomia privada. As posições tomadas a este propósito, sejam *pro* ou *contra*, são mais comprometidas e acesas do que é habitual. Em Portugal, o efeito horizontal da proibição de discriminação não constituía já uma novidade, em razão da especificidade já constante na Lei n.º 134/99.

ii) *A Directiva anti-racismo: A Directiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de Junho de 2000*

De facto, em Junho do ano 2000, o Conselho da União Europeia aprovou a Directiva 2000/43/CE³⁶, com o objectivo de estabelecer um quadro jurídico para o

³⁴ Lia-se no artigo 9.º, n.º 1 a 3, que: “A prática de qualquer acto discriminatório referido no capítulo II da presente lei por pessoa singular constitui contra-ordenação punível com coima graduada entre uma e cinco vezes o valor mais elevado do salário mínimo nacional mensal, sem prejuízo da eventual responsabilidade civil ou da aplicação de outra sanção que ao caso couber. Se o acto for praticado por uma pessoa colectiva de direito privado constitui contra-ordenação punível com coima graduada entre duas e dez vezes o valor mais elevado do salário mínimo nacional mensal, sem prejuízo da eventual responsabilidade civil ou da aplicação de outra sanção que ao caso couber. Em caso de reincidência, os limites mínimo e máximo são elevados para o dobro”. O artigo 10.º previa ainda a aplicação das penas acessórias de publicidade da decisão e da advertência ou censura públicas dos autores da prática discriminatória. A Lei 134/99, de 28 de Agosto, estabelecia no seu artigo 15.º que “Compete ao Governo, no âmbito da regulamentação da presente lei, tomar as medidas necessárias para a instituição da Comissão para a Igualdade e contra a Discriminação Racial e definir as entidades administrativas competentes para a aplicação das coimas pela prática dos actos discriminatórios referidos no capítulo II, no prazo de 120 dias após a sua entrada em vigor” (sublinhado nosso). O diploma de regulamentação, o Decreto-Lei n.º 111/2000, de 4 de Julho, viria a estabelecer, no seu artigo 4.º, n.º 1, que “sem prejuízo do disposto no artigo 10.º da Lei n.º 134/99, de 28 de Agosto, podem ainda ser determinadas as seguintes sanções acessórias, em função da gravidade da infracção e da culpa do agente: a) Perda de objectos pertencentes ao agente; b) Interdição do exercício de profissões ou actividades cujo exercício dependa de título público ou de autorização ou homologação de autoridade pública; c) Privação do direito a subsídio ou benefício outorgado por entidades ou serviços públicos; d) Proibição do direito de participar em feiras ou mercados; e) Proibição do direito de participar em arrematações ou concursos públicos que tenham por objecto a empreitada ou a concessão de obras públicas, o fornecimento de bens ou serviços públicos e a atribuição de licenças e alvarás; f) Encerramento de estabelecimento cujo funcionamento esteja sujeito a autorização ou licença de autoridade administrativa; g) Suspensão de autorizações, licenças e alvarás”. O n.º 2 da mesma norma limitava a duração das sanções previstas nas alíneas b) a g) ao máximo de dois anos, contados a partir da decisão condenatória definitiva. Como é patente, esta norma sofria de uma inconstitucionalidade orgânica, na medida em que extravasava do âmbito da autorização legislativa conferida pela Lei n.º 134/99, de 28 de Agosto. O que dissemos vale, *mutatis mutandis*, para o artigo 3.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 111/2000, que estabelecia a punibilidade da tentativa e da negligência. A questão veio, todavia, a ser ultrapassada, com a aprovação da Lei 18/2004, que analisaremos adiante.

³⁵ Cfr. artigo 12.º.

³⁶ DAGMAR SCHIEK, “Broadening the Scope and the Norms of EU Gender Equality Law: Towards a Multidimensional Conception of Equality Law”, *Maastricht J. Eur. & Comp. L.* 12 (2005), págs. 427 e ss, delimita, *rectius*, alarga o âmbito da Directiva à discriminação baseada na raça, cor, descendência, origem nacional ou étnica de acordo com o âmbito da CERD, que aparece citada nos considerandos da directiva. Sobre os conceitos amplos e assumidamente pouco técnicos da Directiva, veja-se LAURA CALAFÀ, “Le direttive antidiscriminatorie di ‘nuova generazione’: il recepimento italiano”, *Studium Iuris* 7-8 (2004), pág. 873.

DULCE LOPES e LUCINDA DIAS DA SILVA, “Xadrez policromo: a Directiva 2000/43/CE do Conselho e o princípio da não discriminação em razão da raça e da origem étnica”, em JÚLIO GOMES (coord.), *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2002, pág. 405, defendem que o conceito de origem étnica permite “balizar um espaço aberto, cujas tentativas de preenchimento

combate à discriminação baseada em motivos de origem racial³⁷ ou étnica³⁸, com vista a pôr em prática nos Estados-Membros o *princípio da igualdade de tratamento*³⁹, enquanto direito fundamental e universal, que nos é definido no artigo 2.º como “*a ausência de qualquer discriminação, directa ou indirecta, em razão da origem racial ou étnica*”.

Esta directiva inclui-se numa actuação política que⁴⁰, por forma a assegurar o

implicam a mobilização de múltiplos critérios de diversa natureza, tais como a origem nacional ou geográfica, a língua, as tradições culturais e o percurso histórico do grupo

Dois anos depois da Directiva, foi adoptada pela Comissão do Conselho da Europa a Recomendação n.º 7 sobre a legislação nacional no combate ao racismo e à discriminação. Sobre as semelhanças e as diferenças entre estes dois instrumentos, e sobre o modo como reforçam a pressão sobre os Estados no sentido de uma adequada e efectiva legislação, veja-se ERICA HOWARD, “Anti Race Discrimination Measures in Europe: An Attack on Two Fronts”, *ELJ* 11 (2005), págs. 468 e ss.

³⁷ A Directiva, no seu Considerando 6, expressamente afirma que, apesar da utilização do termo ‘origem racial’, não aceita a existência de raças humanas separadas.

³⁸ A *House of Lords*, na decisão *United Kingdom vs. Mandla v Dowell Lee and another*, de 24 de Março de 1983, [1983] 1 All ER 1062, considerou que um uso moderno do termo “étnico” deve ser construído com base numa contexto histórico e cultural amplo e mais abrangente do que “racial”, que tem um sentido biológico. Um grupo étnico tem uma história partilhada e uma tradição cultural própria, incluindo costumes e hábitos familiares e sociais, frequentemente, mas não necessariamente, associados com observância religiosa. O Tribunal considerou ainda como relevantes (i) uma origem geográfica comum ou a descendência de um grupo pequeno de ascendentes comuns; (ii) uma linguagem comum, que não tem de ser específica do grupo; (iii) uma literatura comum específica do grupo; (iv) uma religião comum diferente da dos grupos vizinhos ou da comunidade geral que os rodeia; (v) e a característica de ser uma minoria ou um grupo oprimido ou dominante numa comunidade maior. Este critério foi no caso *Commission for Racial Equality v Dutton*, de 27 de Julho de 1988, [1989] 1 All ER 306, para considerar que os ciganos constituem um grupo racial em virtude da sua história comum, origem geográfica, costumes distintos, linguagem derivada do romanês e cultura comum. Também com base neste critério, foi considerado que os rastafarianos não eram um grupo étnico autónomo, em *Crown Suppliers (PSA) Ltd v Dawkins* [1993] ICR 517.

O povo *Roma* – o conceito de “*Roma*” é frequentemente utilizado como termo genérico para grupos de pessoas com particularidades culturais mais ou menos semelhantes (como por exemplo os *Roma*, os *Sinti*, os *Ciganos*, os *Zingaros*, os *Kalé*, *Gens du voyage*), independentemente de serem sedentários ou não. V., a este respeito, a Comunicação da Comissão Europeia de 5 de Abril de 2011, “Um quadro europeu para as estratégias nacionais de integração dos [Roma] até 2020” [COM(2011) 173 final] e a Comunicação da Comissão Europeia de 21 de maio de 2012, “Estratégias nacionais de integração dos [Roma]: um primeiro passo para a aplicação do quadro da EU” [COM(2012) 226 final – é a maior minoria étnica, vivendo cerca de seis milhões na União Europeia. A União Europeia assinalou a necessidade de uma melhor integração dos Roma na Comunicação sobre a integração social e económica dos ciganos na Europa, de 14 de Abril de 2010 (COM/2010/0133 final). Em 2011, a Comissão lançou uma comunicação, de 5 de Abril, sobre Um quadro europeu para as estratégias nacionais de integração dos ciganos até 2020 (COM(2011) 173 final.

³⁹ Quando a Directiva 2000/43/CE foi aprovada, vigorava o artigo 6.º do TUE, na redacção pré-Lisboa. Cfr. Considerandos 2 e 3. Note-se, com DULCE LOPES e LUCINDA DIAS DA SILVA, “Xadrez policromo: a Directiva 2000/43/CE do Conselho e o princípio da não discriminação em razão da raça e da origem étnica”, em JÚLIO GOMES (coord.), *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2002, pág. 404, que o fenómeno da discriminação em razão da origem racial ou étnica convoca dimensões não subsumíveis à mera violação do princípio da proibição do arbítrio, uma vez que se refere a desigualdades qualificadas *i.e.* determinadas por motivos que, ao serem, de tal forma ético-juridicamente condenáveis, violam a própria dignidade que deve ser reconhecida a todo e a qualquer ser humano. ERICA HOWARD, “The Case for a Considered Hierarchy of Discrimination Grounds in EU Law”, *Maastricht J. Eur. & Comp. L.* 13 (2006), págs. 445 e ss, defende a existência de uma hierarquia de protecções contra a discriminação e a superioridade da discriminação com base na raça ou na origem étnica. A razão dessa hierarquia prende-se com o pragmatismo político e o *lobbying*, com o direito internacional e com as características substanciais do fundamento.

⁴⁰ DAGMAR SCHIEK, “Broadening the Scope and the Norms of EU Gender Equality Law: Towards a Multidimensional Conception of Equality Law”, *Maastricht J. Eur. & Comp. L.* 12 (2005), págs. 427 e ss, considera que os objectivos da protecção contra a discriminação são a individualização, que liberta os indivíduos de serem categorizados de forma degradante de acordo com uma sua característica, e a protecção de grupos desprotegidos. A protecção contra a discriminação étnica fundamenta-se na reconhecimento de identidades diferentes. Segundo uma abordagem, que também já se chamou de comunitarianismo

desenvolvimento de sociedades democráticas e tolerantes, que permitam a *participação* de todas as pessoas, independentemente da origem ou racial étnica, pretende ir além do *acesso ao emprego e ao trabalho independente*, abrangendo domínios como a *educação*, a *protecção social* – incluindo a *segurança social* e os *cuidados médicos* –, os *benefícios sociais* e o *acesso e fornecimento de bens e serviços*. O artigo 3.º é claro ao determinar que dentro dos limites das competências da Comunidade⁴¹, a directiva é aplicável, no que diz respeito tanto aos sectores público como privado, incluindo os organismos públicos: a) às condições de acesso ao emprego, ao trabalho independente ou à actividade profissional, incluindo os critérios de selecção e as condições de contratação, seja qual for o ramo

integracionista, o direito da igualdade deve respeitar, ou seja, reconhecer grupos que são decisivos para a identidade das pessoas. Saber se o interesse dos grupos deve prevalecer sobre o interesse dos indivíduos é, todavia, uma questão em aberto.

As medidas de acção positiva estão associadas a um conceito material de igualdade, e com a transformação social: eliminar formas de discriminação estruturais, para assegurar uma representação mais justa dos grupos em desvantagem nos locais de trabalho e nas instituições, e para promover a igualdade plena no acesso a bens e serviços. Cfr. COLM O' CINNEIDE, "Positive Action and the Limits of Existing Law", *Maastricht J. Eur. & Comp. L.* 13 (2006), págs. 351 e ss. GERARD QUINN e EILIONÓIR FLYNN, "Transatlantic Borrowings: The Past and Future of EU Non-Discrimination Law and Policy on the Ground of Disability", *Am. J. Comp. L.* 60 (2012), págs. 23 e ss, sublinham que os remédios antidiscriminação não são desenhados para trazer mudanças estruturais e muito menos para resolver as desvantagens que enfrentam as pessoas ou os grupos. Claro que os remédios podem ter, às vezes, efeitos estruturais – mas estes são mais um efeito colateral do que uma característica do desenho. No mesmo sentido, DANIELA CARUSO, "Limits of the Classic Method: Positive Action in the European Union after the New Equality Directives", *Harvard Int'l L. J.* 44 (2003), págs. 331 e ss.

JOHN GRAY, *Enlightenment's Wake: Politics and Culture at the Close of Modern Age*, Routledge, Londres, 2007, pág. 35, considera que a criação de *direitos de grupo* é a pior forma de legalismo. Para o autor, é na área do multiculturalismo que a política de tolerância é mais necessária, e as ideias de igualdade radical e discriminação positiva mais negativas. Uma das desvantagens das políticas de acção afirmativa é o facto de serem aplicadas com base na pertença a um grupo e implicam a colectivização de pelo menos alguns direitos. Nas modernas sociedades plurais Ocidentais, as políticas que resultam na criação de direitos de grupos estão necessariamente infectadas com arbitrariedade e a consequente desigualdade, já que os grupos seleccionados para privilégio são arbitrários e a determinação de quem pertence ao grupo é uma forma de *apartheid* invertido, em que os direitos e as oportunidades das pessoas são decididos pelo facto moralmente arbitrário das suas origens étnicas. Onde, na opinião do autor, o multiculturalismo e a tolerância divergem é no reconhecimento no ideal da tolerância que uma liberdade estável requer mais do que a subscrição de regras legais ou constitucionais – requer "*commonality in moral Outlook, across a decent range of issues, as well.*"

Para uma análise das dificuldades da teoria do reconhecimento da diversidade, CLIFFORD ORWIN, "Pluralismo sem relativismo", em JOÃO CARLOS ESPADA, MARC F. PLATTNER e ADAM WOLFSON (eds.), *Pluralismo sem relativismo*, ICS, Lisboa, 2003, págs. 127 e ss. Sobre a política de integração na União Europeia, veja-se KRISTIN HENRARD, "An E.U. Perspective on New versus Traditional Minorities: on Semi-inclusive Socio-Economic Integration and Expanding Visions of "European" Culture and Identity", *Colum. J. Eur. L.* 17 (2010-2011), págs. 57 e ss.

⁴¹ DULCE LOPES e LUCINDA DIAS DA SILVA, "Xadrez policromo: a Directiva 2000/43/CE do Conselho e o princípio da não discriminação em razão da raça e da origem étnica", em JÚLIO GOMES (coord.), *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2002, pág. 403, falam em "*base de descolagem normativa*". Por outro lado, a implementação da directiva não poderia constituir, em caso algum, motivo para uma redução do nível de protecção contra a discriminação já proporcionado nos Estados-Membros no domínio da discriminação baseada em motivos de origem racial ou étnica. O AG Miguel Poiães Maduro, nas suas Conclusões apresentadas no Processo C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contra Firma Feryn NV* em 12 de Março de 2008, defendeu que: "*Um padrão mínimo de protecção não é o mesmo que uma protecção mínima. As normas comunitárias de protecção contra a discriminação podem deixar aos Estados-Membros uma margem que lhes garanta uma protecção ainda maior, mas daí não se pode concluir que o nível de protecção garantido pelas normas comunitárias seja o mais baixo que se possa conceber*". Veja-se a análise de NORBERT REICH, "Kurzbrsprechung der Schlussanträge des Generalanwalts Poiães-Maduro vom 12.3.2008 in der Rechtssache C-54/07", *EuZW* 8 (2008), págs. 229 e ss, e FRANCESCA SAVINO, "Discriminazione razziale e criteri di selezione del personale", *Rivista italiana di diritto del lavoro* 28 (2009), págs. 243 e ss.

de actividade e a todos os níveis da hierarquia profissional, incluindo a promoção; b) ao acesso a todos os tipos e a todos os níveis de orientação profissional, formação profissional, formação profissional avançada e reconversão profissional, incluindo a experiência profissional prática; c) às condições de emprego e de trabalho⁴², incluindo o despedimento e a remuneração; d) à filiação ou envolvimento numa organização de trabalhadores ou patronal, ou em qualquer organização cujos membros exerçam uma profissão específica, incluindo as regalias concedidas por essas organizações; e) à protecção social, incluindo a segurança social e os cuidados de saúde; f) aos benefícios sociais; g) à educação⁴³; h) ao acesso e fornecimento de bens e prestação de serviços⁴⁴ postos à disposição do público, incluindo a habitação.

O âmbito de protecção da directiva abrange quer as pessoas individuais quer as pessoas colectivas⁴⁵, e proíbe quaisquer formas de discriminação directa ou indirecta baseada na origem racial ou étnica, nos domínios abrangidos pela presente directiva. O artigo 1.º, n.º 2, determina que existe discriminação directa “*sempre que, em razão da origem racial ou étnica, uma pessoa seja objecto de tratamento menos favorável que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável*”, ainda que seja uma

⁴² O artigo 4.º permite que os Estados-Membros possam prever que uma diferença de tratamento baseada numa característica relacionada com a origem racial ou étnica não constitua discriminação sempre que, em virtude da natureza das actividades profissionais específicas em causa ou do contexto da sua execução, essa característica constitua um requisito genuíno e determinante para o exercício da actividade profissional, na condição de o objectivo ser legítimo e o requisito proporcional.

⁴³ Sobre as políticas do uniforme, veja-se, por exemplo o caso *Watkins-Singh, R (on the application of) v Aberdare Girls' High School & Anor* [2008] EWHC 865 (Admin), de 29 de Julho, em que apesar de o regulamento da escola proibir o uso de *jilbab*, o Tribunal considerou não ser proporcional proibir o uso de uma *kara sikh bangle* (pulseira é usada pelo *sikhs* como um sinal visível da sua etnia, identidade e fé).

⁴⁴ No acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 12 de Maio de 2011, no Processo C-391/09, *Malgožata Runevič-Vardyn e Lukasz Paweł Wardyn contra Vilniaus miesto savivaldybės administracija e outros*, o Tribunal foi chamado a decidir se o artigo 2.º, n.º 2, alínea b), da Directiva 2000/43 se opõe a que as autoridades competentes de um Estado-Membro recusem – ao abrigo de uma legislação nacional que prevê que os apelidos e os nomes próprios de uma pessoa só possam ser transcritos nos actos de registo civil deste Estado numa forma que respeite as regras de grafia da língua oficial nacional – alterar a transcrição do apelido e do nome próprio de uma pessoa, de modo a que estes sejam transcritos utilizando exclusivamente os caracteres da língua nacional, sem utilizar sinais diacríticos, sinais de ligação ou outras alterações às letras do alfabeto latino, utilizados em outras línguas. O tribunal salientou que, “*atendendo ao objecto da Directiva 2000/43, à natureza dos direitos que esta tem por objectivo proteger e a que esta directiva é apenas a expressão, no domínio considerado, do princípio da igualdade, que é um dos princípios gerais do direito da União, reconhecido pelo artigo 21.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, o âmbito de aplicação da referida directiva não pode ser definido em termos restritivos. Daqui não decorre, porém, que se deva considerar que uma legislação nacional relativa à transcrição dos apelidos e dos nomes próprios nos actos de registo civil é abrangida pelo âmbito de aplicação da Directiva 2000/43. Embora seja verdade que o artigo 3.º, n.º 1, alínea h), da Directiva 2000/43 faz referência, em termos gerais, ao acesso a bens e serviços, bem como ao fornecimento de bens e à prestação de serviços postos à disposição do público, não se pode considerar, como alegou o advogado-geral no n.º 58 das suas conclusões, que essa legislação nacional é abrangida pelo conceito de ‘serviço’ na acepção desta disposição (paras. 43 a 45)*”.

⁴⁵ HEINRICH EWALD HÖRSTER, “A Directiva 2000/43/CE e os princípios do Direito Privado – esboço de algumas reflexões”, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, vol. II, A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pág. 160, considera que deste modo é permitida a desconsideração (*Durchgriff*) da personalidade jurídica da pessoa colectiva, agora em função da protecção das próprias pessoas que formam o seu substracto (e não em função da protecção dos credores da pessoa colectiva contra os abusos praticados, pelas pessoas que formam o seu substrato, quando estas invoquem ilegitimamente o princípio da separação dos patrimónios, em ordem a manter a responsabilidade da pessoa colectiva limitada ao seu património, mesmo sendo este insuficiente por causa imputáveis aos seus membros que as descapitalizaram). Sobre o tema em geral, ver MENEZES CORDEIRO, *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*, Almedina, Coimbra, 2000, págs. 101 e ss.

pessoa não identificável, como decidiu o TJUE,⁴⁶, ao passo que existe *discriminação indirecta* quando “*uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra coloque pessoas de uma dada origem racial ou étnica numa situação de desvantagem comparativamente com outras pessoas, a não ser que essa disposição, critério ou prática seja objectivamente justificada por um objectivo legítimo e que os meios utilizados para o alcançar sejam adequados e necessários*”⁴⁷.

⁴⁶ A discriminação directa estava em causa no Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 10 de Julho de 2008, no Processo C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contra Firma Feryn NV*. O *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding*, que é o organismo belga designado, em aplicação do artigo 13.º da Directiva 2000/43/CE, para promover a igualdade de tratamento, solicitou aos órgãos jurisdicionais belgas competentes em matéria laboral a declaração de que a *Feryn*, especializada na venda e na instalação de portões basculantes e de portões seccionados, aplicava uma política de contratação discriminatória. O *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding* baseou-se nas declarações públicas do director dessa empresa, segundo as quais, essencialmente, a sua empresa pretendia contratar instaladores, mas não podia empregar “*não autóctones*”, porque os seus clientes se mostravam reticentes em lhes dar acesso, durante a execução dos trabalhos, aos seus domicílios privados.

Por despacho de 26 de Junho de 2006, o *voorzitter van de arbeidsrechtbank te Brussel* (presidente do Tribunal do Trabalho de Bruxelas) indeferiu o pedido do *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding*, indicando, designadamente, que não existia nem prova nem presunção de que alguém se tivesse candidatado a um emprego e não tivesse sido contratado devido à sua origem étnica. O *arbeidshof te Brussel* (Tribunal do Trabalho de Segunda Instância de Bruxelas), tendo de julgar o recurso interposto pelo *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding*, decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça várias questões prejudiciais, nomeadamente, se existe discriminação directa na aceção do artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Directiva 2000/43/CE, quando uma entidade patronal, depois de ter apresentado uma oferta de emprego (destinada a chamar a atenção), declarar publicamente: “*Tenho de satisfazer as exigências dos meus clientes. Se [você me disser ‘quero determinado produto ou quero desta ou daquela maneira’, e se eu responder ‘não, não faço assim, vou mandar estas pessoas’, então você responder-me-á ‘não preciso do portão’. Assim, terei de fechar o meu negócio]. Eu tenho de satisfazer as exigências dos clientes. Esse problema não é meu. Não fui eu que criei o problema [na Bélgica]. Quero que a empresa funcione [bem] e que, no final do ano, consigamos [atingir] o nosso volume de negócios; e como é que o consigo? Fazendo a vontade aos clientes!*”, e, em segundo lugar, se para concluir pela existência de discriminação directa nas condições de acesso ao emprego, basta a constatação de que a entidade patronal emprega critérios de selecção directamente discriminatórios.

O Tribunal de Justiça decidiu (para. 25) que o facto de uma entidade patronal declarar publicamente que não empregará trabalhadores de certa origem étnica ou racial – o que, como é evidente, pode dissuadir seriamente certos candidatos de apresentarem a sua candidatura e, portanto, dificultar o seu acesso ao mercado de trabalho – constitui uma discriminação directa a nível da contratação, na aceção da Directiva 2000/43/CE. A existência de tal discriminação directa não pressupõe que seja identificável um queixoso que alegue ter sido vítima dessa discriminação. Como refere no para. 23, “*não se pode deduzir que a falta de queixoso identificável permite concluir pela não existência de qualquer discriminação directa, na aceção da Directiva 2000/43. Com efeito, esta visa, como recorda o seu oitavo considerando, ‘promover as condições para uma maior abrangência social do mercado de trabalho’. Com este fim, o artigo 3.º, n.º 1, alínea a), da referida directiva precisa que esta última é aplicável, designadamente, aos critérios de selecção e às condições de contratação*”. O Tribunal considerou que “*o objectivo de promover uma maior abrangência social do mercado de trabalho seria difícil de alcançar se o âmbito de aplicação da Directiva 2000/43 fosse limitado apenas aos casos em que um candidato a um emprego que não foi contratado considera ser vítima de discriminação directa e intenta uma acção contra a entidade patronal*”.

⁴⁷ Sobre a questão da discriminação indirecta, merecem destaque as Conclusões da Advogada-Geral JULIANE KOTOTT, apresentadas no Processo C-394/11, *Valeri Hariev Belov*, em 20 de Setembro de 2012. A pergunta feita ao Tribunal consistia no seguinte: o facto de os contadores de electricidade em partes da cidade predominantemente habitadas por um determinado grupo étnico serem instalados a uma altura consideravelmente superior em relação a outras áreas da cidade representa uma discriminação? O caso era o seguinte.

V. H. Belov vive na cidade búlgara de Montana, mais precisamente num dos dois distritos desta cidade que, de acordo com as informações constantes do pedido de decisão prejudicial, são conhecidos como “*distritos Roma*”, em virtude de a maioria da sua população ser constituída por pessoas da etnia Roma. O aprovisionamento de energia eléctrica no município de Montana é assegurado pela *ChEZ Elektro Bǎlgaria AD (CEB)* e a distribuição da electricidade pela *ChEZ Raspredelenie Bǎlgaria AD (CRB)*, sempre sob supervisão da Comissão Reguladora Estatal da Energia e da Água (a *DKEVR*). Toda a área urbana de Montana dispõe de contadores de electricidade, que são propriedade da *CRB*.

Nos anos de 1998 e de 1999, os contadores de electricidade nos dois distritos Roma “*Ogosta*” e “*Kosharnik*”, situados no município de Montana, e também em algumas outras cidades no país, foram

colocados em postes a uma altura de 7 metros. Fora destes distritos, os contadores eram colocados a uma altura de até 1,70 metros, geralmente nas residências dos consumidores ou nas fachadas dos edifícios ou nos muros de vedação. De forma a assegurar ainda aos consumidores uma verificação visual, pelo menos indirecta, dos contadores de electricidade colocados a 7 metros de altura, a CRB comprometeu-se, nas condições gerais do contrato, a disponibilizar, gratuitamente e dentro de três dias, um veículo especial com uma grua elevatória, que permitiria aos funcionários da CRB ler os contadores, em caso de requerimento escrito de um consumidor. Alternativamente, os consumidores poderiam ainda mandar instalar um contador de controlo de electricidade na sua residência, pelo qual deveriam pagar uma tarifa. Não existia qualquer outra possibilidade de verificação visual para os consumidores que residissem nestas partes da cidade.

No processo de reclamação apresentado junto da KZD, V. H. Belov alegou que a instalação de contadores de electricidade a uma altura de 7 metros o discriminava em razão da sua origem étnica. Em simultâneo, invocou ainda o facto de todas as pessoas de origem étnica Roma residentes nos dois distritos em causa estarem submetidos a uma discriminação em razão da sua origem étnica.

A AG qualificou o abastecimento de electricidade como prestação de serviços nos termos do artigo 3.º, n.º 1, alínea h), da Directiva 2000/43/CE, nas áreas em que é proibida uma discriminação em razão da origem racial ou étnica, e considerou que o contador de electricidade não consubstanciava uma prestação de serviços autónoma, mas sim uma parte da prestação de serviços global. Na medida em que o fornecimento de electricidade, como objecto principal do contrato de prestação de serviços, é realizado a troco de remuneração, é de partir do pressuposto de que os custos dos contadores de electricidade sejam incluídos no preço da electricidade e deste modo transferidos, pelo menos de forma indirecta, para os consumidores. Neste sentido, um contador de electricidade sem o respectivo abastecimento de electricidade não teria qualquer utilidade.

A AG considerou que não existiam quaisquer indícios da existência de uma discriminação directa em razão da origem étnica [artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Directiva 2000/43/CE]: não resultavam quaisquer indícios concretos que apontassem para o facto de se ter optado por esta variante particular de instalação de contadores de electricidade nos dois distritos Roma *em razão* da origem étnica dos habitantes destas partes da cidade ou que tal estivesse relacionado com uma circunstância indissociável da origem étnica. Pelo contrário, esta medida apenas afectava os consumidores destes distritos em virtude da sua qualidade de moradores dos distritos em causa. Na falta de indícios concretos, a prática que consiste em colocar contadores de electricidade a uma altura de 7 metros não pode, por conseguinte, ser considerada um comportamento “relacionado com a origem étnica” dos habitantes dos dois distritos Roma com o objectivo ou o efeito de violar a sua dignidade e de criar um ambiente humilhante. Neste sentido, também não se poderia pressupor a existência de um “assédio” na acepção do artigo 2.º, n.º 3, da Directiva 2000/43/CE.

Mas, estando assente que as duas partes da cidade em causa são habitadas predominantemente por pessoas que pertencem à população Roma, a prática que consistia em colocar contadores de electricidade a uma altura de 7 metros era, por princípio, “susceptível de afectar especificamente os membros deste grupo étnico e de os colocar numa situação de desvantagem, na medida em que torna praticamente impossíveis ou, pelo menos, excessivamente difíceis as verificações visuais nos contadores de electricidade pertinentes para as pessoas em questão”, verificando-se, pois, o primeiro indício de uma discriminação indirecta em razão da origem étnica, nos termos do artigo 2.º, n.º 2, alínea b), da Directiva 2000/43/CE.

As disposições, os critérios ou as práticas que indiciam discriminação indirecta são admissíveis quando sejam objectivamente justificados por um objectivo legítimo e os meios utilizados para o alcançar sejam adequados e necessários, ou seja, proporcionais. No caso sub judice, a AG considerou que a medida visava um objectivo legítimo, enquanto tinha por objectivo impedir fraudes e abusos, bem como contribuir para uma garantia da qualidade de um abastecimento de electricidade financeiramente sustentável no interesse de todos os consumidores.

Quanto ao carácter adequado da medida – uma medida é “adequada” na acção do artigo 2.º, n.º 2, alínea b), da Directiva 2000/43 quando é apropriada para atingir o objectivo legítimo pretendido, o que, no presente caso, significaria que a medida conseguisse efectivamente impedir a fraude e os abusos e contribuir ainda para garantir a qualidade do abastecimento energético – a AG considerou que se deveria considerar uma medida deste tipo desde logo adequada para atingir os seus objectivos legítimos caso esta contribua para uma redução evidente do número de interferências ilegais no abastecimento de electricidade. Competeria, em concreto, à KZD verificar se esta situação se verifica no presente caso.

Quanto à necessidade da medida – uma medida é necessária se o objectivo legítimo prosseguido não puder ser atingido através de uma medida menos gravosa e igualmente adequada -, a AG considerou duvidoso que a CEB e a CRB pudessem, a um custo economicamente razoável, recorrer a outras medidas igualmente adequadas com efeitos menos prejudiciais sobre a população das partes da cidade afectadas.

Por último, quanto à proporcionalidade em sentido estrito, a não afectação excessiva dos habitantes das partes da cidade em causa, a Advogada-Geral considerou “necessário conciliar, na medida do possível, o objectivo legítimo prosseguido com as exigências do princípio da igualdade de tratamento e achar o justo equilíbrio

Nos termos do n.º 3, o *assédio* é considerado discriminação sempre que ocorrer um comportamento indesejado relacionado com a origem racial ou étnica, com o objetivo ou o efeito de violar a dignidade da pessoa e de criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador⁴⁸. Também uma instrução no sentido de discriminar pessoas com base na origem racial ou étnica é considerada discriminação na acepção do n.º 1⁴⁹.

Nos termos do artigo 15.º, cabe aos Estados-Membros determinarem os regimes das sanções aplicáveis às violações das disposições nacionais adoptadas em execução da presente directiva e as medidas necessárias para assegurar a aplicação dessas disposições⁵⁰. As sanções, em que se pode incluir o pagamento de indemnizações à

entre os diferentes interesses em presença”.

⁴⁸ O Tribunal Regional de Sofia, na decisão de 21 de Julho de 2006, no caso *Yuliana Metodieva vs. Volen Siderov*, considerou haver assédio nas declarações, proferidas a 11 de Julho de 2004, pelo líder da coligação política Ataka numa sessão plenária da assembleia nacional ao dizer que “*por retirar aos búlgaros o direito de serem mestres no seu próprio país, deixando-os viver na miséria e com falta de serviços de medicina e cuidados de saúde, colocando-os sob o terror dos gangs ciganos que todos os dias atacam, saqueiam, molestam e perturbam a nação búlgara, e ninguém investiga os seus crimes porque é uma directiva de fora [não investigar os crimes desses grupos de minoritários]*”. A 22 de junho de 2005, a mesma pessoa falou numa pré-eleição da coligação dizendo que “*finalmente os búlgaros vão ter a sua própria representação no parlamento. O parlamento já não consiste em ciganos, turcos, estrangeiros, judeus... podemos declarar que a Bulgária não será uma colónia turca. Não é um país cigano. Não se vai tornar uma colónia judaica*”. O tribunal considerou que as declarações do líder político criaram um ambiente hostil e incentivavam a atitudes negativas perante as minorias na Bulgária. Também o mesmo Tribunal decidiu, em 2 de Março de 2005, que as declarações proferidas pelo líder da Confederação de Trabalho Podkrepa, numa conferência de imprensa 10 de Agosto de 2004, sobre a criminalidade dos ciganos, constituíam assédio.

⁴⁹ O Tribunal distrital finlandês de Vantaa, numa decisão de 9 de Novembro de 2005, julgou um caso em que gerente deu uma instrução geral aos seus empregados para manterem o olho em todos os ciganos que entrassem na loja e, naquele caso em particular, mandou estar especialmente atento a uma cigana. O tribunal considerou o gerente da loja culpado de discriminação e impôs-lhe uma multa de 300 Euros. O gerente e a empresa ainda foram condenados a pagar uma indemnização à mulher de 2.000 Euros por a terem acusado injustamente de furto. Igualmente, a Provedora Austríaca para o Igual Tratamento (*Anwältin für die Gleichbehandlung*) sancionou o dono de um restaurante de *fast food* em Viena, que havia dito a uma recém-contratada empregada que não deveria servir “pretos traficantes de droga”. Nesse dia, a empregada recusou atender três negros. Estando a cor da pele abrangida pelo conceito de pertença étnica, o patrão é responsável pelo comportamento discriminatório do empregado.

⁵⁰ O artigo 9.º estabelece que: “*Todas as entidades públicas que tomem conhecimento de disposições que se integrem na previsão do n.º 1 do artigo 3.º devem informar desse facto a Comissão para a Igualdade e contra a Discriminação Racial*”. O artigo 10.º, sobre contra-ordenações, determina que: “*1 – A prática de qualquer dos actos discriminatórios previstos no artigo 3.º por pessoa singular constitui contra-ordenação punível com coima graduada entre uma e cinco vezes o valor mais elevado do salário mínimo nacional mensal, sem prejuízo da eventual responsabilidade civil ou da aplicação de outra sanção que ao caso couber. 2 – A prática de qualquer dos actos discriminatórios previstos no artigo 3.º por pessoa colectiva de direito público ou privado constitui contra-ordenação punível com coima graduada entre duas e dez vezes o valor mais elevado do salário mínimo nacional mensal, sem prejuízo da responsabilidade civil ou da aplicação de outra sanção que ao caso couber. 3 – Em caso de reincidência, os limites mínimo e máximo são elevados para o dobro. 4 – A tentativa e a negligência são puníveis. 5 – Sempre que a contra-ordenação resulte da omissão de um dever, a aplicação da sanção e o pagamento da coima não dispensam o infractor do seu cumprimento, se este ainda for possível*”. O artigo 11.º estabelece ainda sanções acessórias para quem pratique um acto discriminatório: “*1 – Sem prejuízo do disposto no artigo 10.º da Lei n.º 134/99, de 28 de Agosto, podem ainda ser determinadas as seguintes sanções acessórias, em função da gravidade da infracção e da culpa do agente: a) Perda de objectos pertencentes ao agente; b) Interdição do exercício de actividades que dependa de título público ou de autorização ou homologação de autoridade pública; c) Privação do direito a subsídio ou benefício outorgado por entidades ou serviços públicos; d) Privação do direito de participar em feiras ou mercados; e) Privação do direito de participar em arrematações ou concursos públicos que tenham por objecto a empreitada ou a concessão de obras públicas, o fornecimento de bens e serviços públicos e a atribuição de licenças ou alvarás; f) Encerramento de estabelecimento cujo funcionamento esteja sujeito a autorização ou licença de autoridade administrativa; g) Suspensão de autorizações, licenças e alvarás. 2 – As sanções referidas nas alíneas b) a g) do número anterior têm a duração máxima de dois anos contados a partir da decisão condenatória definitiva*”.

vítima, devem ser eficazes, proporcionais e dissuasivas⁵¹.

A Directiva regula ainda uma série de questões complementares, nomeadamente no que respeita à defesa dos direitos das vítimas⁵², à intervenção de associações com interesses legítimos em processos judiciais ou administrativos, ao ónus da prova⁵³, à protecção contra actos de retaliação⁵⁴, e ainda impõe ao Estado deveres de informação bem como de promoção do diálogo social e da igualdade de tratamento⁵⁵.

⁵¹ No já referido Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 10 de Julho de 2008, no Processo C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contra Firma Feryn NV*, o Tribunal foi chamado a esclarecer, no essencial, quais as sanções que podem ser consideradas adequadas a uma discriminação ao nível da contratação cuja prova havia sido feita com base em declarações públicas da entidade patronal. O Tribunal respondeu que: “Quando necessário, e se isso parecer apropriado para a situação em causa no processo principal, tais sanções poderão consistir na constatação da discriminação pelo órgão jurisdicional ou pela autoridade administrativa competente, acompanhada do grau de publicidade adequado, cujo custo deve ser suportado pela parte demandada. Podem igualmente assumir a forma de intimação dirigida à entidade patronal, segundo as regras previstas no direito nacional, para pôr fim à prática discriminatória constatada, acompanhada, quando necessário, de uma sanção pecuniária compulsória. Além disso, podem consistir na concessão de uma indemnização ao organismo que instaurou o processo” (para. 39).

O Tribunal Distrital da Eslováquia (departamento de Malacky), na decisão *Roma v. Zapadoslovenská energetika*, de 27 de Março de 2006, condenou a empresa fornecedora de energia eléctrica a parar de enviar a correspondência com o endereço “Rua dos Ciganos” em vez do real “Rua Koziá”, apesar de o termo ser comumente utilizado, e a pedir desculpas publicamente.

⁵² Quanto à defesa dos direitos das vítimas de discriminação, vide o artigo 7.º da Directiva. Sobre os meios de defesa no direito europeu, em geral, veja-se GIUSEPPE VETTORI, “Giustizia e remedi nell diritto europeo dei contratti”, *Eur. dir. priv.* (2006), págs. 62 e ss.

⁵³ Cfr. o artigo 8.º da Directiva e o artigo 6.º da Lei n.º 18/2004. No já referido Acórdão TJUE, no Processo C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contra Firma Feryn NV*, o Tribunal foi chamado a determinar como deve ser aplicada a regra da inversão do ónus da prova, prevista no artigo 8.º, n.º 1, da Directiva 2000/43, a uma situação em que a existência de uma política de contratação discriminatória foi alegada com base em declarações públicas de uma entidade patronal sobre a sua política de contratação. O Tribunal considerou que permitem presumir a existência de uma política de contratação discriminatória as declarações pelas quais uma entidade patronal anuncia publicamente que, no âmbito da sua política de contratação, não empregará trabalhadores de determinada origem étnica ou racial. Por consequência, cabe a esta entidade patronal produzir a prova de que não foi violado o princípio da igualdade de tratamento, o que pode fazer, designadamente, demonstrando que a prática real de contratação da empresa não corresponde a essas declarações. Compete, pois, ao órgão jurisdicional nacional, por um lado, verificar se estão demonstrados os factos imputados a essa entidade patronal e, por outro, apreciar se são suficientes os elementos que esta fornece em apoio das suas afirmações segundo as quais não violou o princípio da igualdade de tratamento. DULCE LOPES e LUCINDA DIAS DA SILVA, “Xadrez policromo: a Directiva 2000/43/CE do Conselho e o princípio da não discriminação em razão da raça e da origem étnica”, em JÚLIO GOMES (coord.), *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2002, págs. 424 e ss, entendem que não se verifica uma verdadeira e completa inversão do ónus da prova na medida em que o demandante não fica desonerado de realizar qualquer prova relativamente à natureza discriminatória da conduta, mas apenas um aligeirar desse ónus, que terá por objecto apenas os indícios da discriminação (*fumus discriminationis*).

⁵⁴ Vide artigo 9.º da Directiva e o artigo 7.º da Lei n.º 18/2004.

⁵⁵ Cfr. artigos 10.º a 12.º e 13.º da Directiva e o artigo 8.º da Lei 18/2004.

iii) *A Lei 18/2004, de 11 de Maio*

A Directiva 2000/43/CE foi transposta⁵⁶, parcialmente⁵⁷, pela Lei 18/2004, de 11 de Maio, que aplicou o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica, e veio estabelecer um quadro jurídico para o combate à discriminação baseada em motivos de origem racial ou étnica. O diploma nacional em pouco se afastou do diploma europeu⁵⁸.

O artigo 2.º da Lei 18/2004, respeitante ao seu *âmbito de aplicação*, determina que esta se aplica, tanto no sector público como no privado: à *protecção social*, incluindo a *segurança social* e os *cuidados de saúde* (alínea a)); aos *benefícios sociais* (alínea b)); à *educação* (alínea c)); ao *acesso e fornecimento de bens e prestação de serviços postos à disposição do público*, incluindo a *habitação* (alínea d)).

No artigo 3.º define-se o princípio da *igualdade de tratamento* como “a ausência de qualquer discriminação, directa ou indirecta, em razão da origem racial ou étnica”. Consideram-se, nos termos do artigo 3.º, n.º 2, práticas discriminatórias as acções ou omissões que, em razão da pertença de qualquer pessoa a determinada *raça, cor, nacionalidade*⁵⁹ ou *origem étnica*, violem o princípio da igualdade, designadamente: a) a recusa de fornecimento ou impedimento de fruição de bens ou serviços (alínea a); o impedimento ou limitação ao acesso e exercício normal de uma actividade económica (alínea b)); a recusa ou condicionamento de venda, arrendamento ou subarrendamento de imóveis (alínea c)); a recusa de acesso a locais públicos ou abertos ao público (alínea d)); a

⁵⁶ A transposição da Directiva implicou, ainda que tal não tivesse sido expressamente ditado pelo legislador, a revogação de vários preceitos da Lei n.º 134/99. Referimo-nos, concretamente, aos artigos 2.º (âmbito), 3.º (discriminação racial- definições), 4.º n.º 1, alíneas c) a m) (práticas discriminatórias); artigos 9.º (regime sancionatório), 10.º (pena acessória) e 12.º (omissão de dever). HEINRICH EWALD HÖRSTER, “A Directiva 2000/43/CE e os princípios do Direito Privado – esboço de algumas reflexões”, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, vol. II, A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2006, págs. 173-179, escreveu sobre a desadequação das soluções da Directiva ao Direito Português, na medida em que, após a análise da evolução histórica, concluiu pela ausência de discriminação institucionalizada em Portugal. Para o autor, não haveria necessidade de transpor a Directiva (págs. 179-181).

⁵⁷ Algumas das normas da Directiva referem-se a matérias tratadas noutros diplomas. Por exemplo, as matérias constantes nas alíneas a) a d), do n.º 3, da Directiva, dizem respeito ao campo laboral. Cfr. os artigos 23.º e ss do Código do Trabalho. O artigo 24.º n.º 1, do Código do Trabalho, em especial, determina que: “O trabalhador ou candidato a emprego tem direito a igualdade de oportunidades e de tratamento no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção ou carreira profissionais e às condições de trabalho, não podendo ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão, nomeadamente, de ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, situação económica, instrução, origem ou condição social, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência, doença crónica, nacionalidade, origem étnica ou raça, território de origem, língua, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical, devendo o Estado promover a igualdade de acesso a tais direitos”, e o artigo 25.º, n.º 1, estabelece que “1 – O empregador não pode praticar qualquer discriminação, directa ou indirecta, em razão nomeadamente dos factores referidos no n.º 1 do artigo anterior”.

⁵⁸ Nos termos do artigo 4.º da Lei 18/2004, esta “consagra os níveis mínimos de protecção e não prejudica as disposições mais favoráveis estabelecidas noutra legislação, devendo prevalecer o regime que melhor garanta o princípio da igualdade de tratamento e da não discriminação”.

⁵⁹ Sobre a não discriminação em função da nacionalidade, vide ANA MARIA GUERRA MARTINS, *A Igualdade e a não discriminação dos nacionais de estados terceiros legalmente residentes na União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2010. Sobre a obrigação de não discriminação na concessão de nacionalidade, ver VITAL MOREIRA, “Cidadania para além do Estado (Cidadania da União Europeia depois do Tratado de Lisboa)”, em *Estudos em homenagem a António Barbosa de Melo*, FERNANDO ALVES CORREIA ET AL. (org.), Almedina, Coimbra, 2013, pág. 892.

recusa ou limitação de acesso aos cuidados de saúde prestados em estabelecimentos de saúde públicos ou privados (alínea e)); a recusa ou limitação de acesso a estabelecimento de educação ou ensino público ou privado (alínea f)); a constituição de turmas ou a adopção de outras medidas de organização interna nos estabelecimentos de educação ou ensino, públicos ou privados, segundo critérios de discriminação racial, salvo se tais critérios forem justificados pelos objectivos referidos no n.º 2 do artigo 3.º da Lei n.º 134/99, de 28 de Agosto (alínea g)); a adopção de prática ou medida, por parte de qualquer órgão, funcionário ou agente da administração directa ou indirecta do Estado, das Regiões Autónomas ou das autarquias locais, que condicione ou limite o exercício de qualquer direito (alínea h)); a adopção de acto em que, publicamente ou com intenção de ampla divulgação, pessoa singular ou colectiva emita uma declaração ou transmita uma informação em virtude da qual um grupo de pessoas seja ameaçado, insultado ou aviltado por motivos de discriminação racial (alínea i)).

O artigo 3.º, n.º 3, define que existe *discriminação directa* sempre que, em razão da origem racial ou étnica, uma pessoa seja objecto de tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável e *discriminação indirecta* sempre que disposição, critério ou prática, aparentemente neutro, coloque pessoas de uma dada origem racial ou étnica numa situação de desvantagem comparativamente com outras pessoas. De forma quase surpreendente, a alínea c) do n.º 3, do artigo 3.º, vem determinar que “*Não se considera discriminação o comportamento baseado num dos factores indicados nas alíneas anteriores, sempre que, em virtude da natureza das actividades em causa ou do contexto da sua execução, esse factor constitua um requisito justificável e determinante para o seu exercício, devendo o objectivo ser legítimo e o requisito proporcionado*”⁶⁰.

O assédio é considerado discriminação sempre que ocorrer um comportamento indesejado relacionado com a origem racial ou étnica, com o objectivo ou o efeito de afectar a dignidade da pessoa ou de criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador (artigo 3.º, n.º 4)⁶¹. O artigo 3.º, n.º 5, determina que uma instrução no sentido de discriminar pessoas com base na origem racial ou étnica é considerada discriminação na acepção do n.º 1.

A prática de qualquer acto discriminatório previsto no artigo 3.º constitui *contra-ordenação*, faz incorrer o infractor em *responsabilidade civil*, nos termos gerais, e, sempre que a contra-ordenação resulte da *omissão de um dever*, a aplicação da sanção

⁶⁰ O que veio a repetir-se na Directiva da igualdade de género e na correspondente transposição. Esta é uma solução que não está alinhada nem com a letra nem com o espírito da Directiva. De facto, uma das diferenças fundamentais entre a discriminação directa e a discriminação indirecta reside no facto de apenas a segunda ser susceptível de justificação. O legislador português veio, todavia, a permitir a *justificação* da discriminação directa (*rectius*, a não considerar discriminação) o comportamento que “*em virtude da natureza das actividades em causa ou do contexto da sua execução, esse factor constitua um requisito justificável e determinante para o seu exercício, devendo o objectivo ser legítimo e o requisito proporcionado*”. O artigo 4.º da Directiva é mais limitado, pois permite aos Estados-Membros que prevejam “*uma diferença de tratamento baseada numa característica relacionada com a origem racial ou étnica não constitui discriminação sempre que, em virtude da natureza das actividades profissionais específicas em causa ou do contexto da sua execução, essa característica constitua um requisito genuíno e determinante para o exercício da actividade profissional, na condição de o objectivo ser legítimo e o requisito proporcional*”.

⁶¹ O que também afasta a definição portuguesa da definição constante da Directiva, pois nesta última a expressão usada é “e” e não “ou”. É, pois, mais fácil preencher os requisitos para se qualificar uma situação como assédio. Esta opção do legislador é sancionada pelo artigo 6.º da Directiva, que permite aos Estados-Membros introduzirem disposições relativas à protecção do princípio da igualdade de tratamento mais favoráveis.

e o pagamento da coima não dispensam o infractor do seu *cumprimento*, se este ainda for possível. Podem ainda ser aplicadas as *sanções acessórias* constantes do artigo 11.º.

Nos termos do artigo 5.º, as associações que, de acordo com o respectivo estatuto, tenham por fim a defesa da não discriminação baseada em motivos de origem racial ou étnica têm legitimidade para intervir, em representação ou em apoio do interessado, e com a aprovação deste, nos respectivos processos jurisdicionais⁶².

Vejamos agora a discriminação com base no género.

b) A discriminação entre homens e mulheres

A proibição de discriminação contra as mulheres foi objecto da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres⁶³, de 18 de Dezembro de 1979, que entrou em vigor na ordem jurídica portuguesa em 3 de Setembro de 1981. No âmbito desta Convenção, a expressão “*discriminação contra as mulheres*” significa: “*qualquer distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo que tenha como efeito ou como objectivo comprometer ou destruir o reconhecimento, o gozo ou o exercício pelas mulheres, seja qual for o seu estado civil, com base na igualdade dos homens e das mulheres, dos direitos do homem e das liberdades fundamentais nos domínios político, económico, social, cultural e civil ou em qualquer outro domínio*”⁶⁴. Nos termos do artigo 2.º, os Estados Partes condenam a discriminação contra as mulheres sob todas as suas formas, acordam em prosseguir, por todos os meios apropriados e sem demora, uma política tendente a eliminar a discriminação contra as mulheres e, com este fim, comprometem-se, nomeadamente: inscrever na sua constituição nacional ou em qualquer outra lei apropriada o princípio da igualdade dos homens e das mulheres, se o mesmo não tiver já sido feito, e assegurar por via legislativa ou por outros meios apropriados a aplicação efectiva do mesmo princípio (alínea a); adoptar medidas legislativas e outras medidas apropriadas, incluindo a determinação de sanções em caso de necessidade, proibindo toda a discriminação contra as mulheres (alínea b)); tomar todas as medidas apropria-

⁶² DULCE LOPES e LUCINDA DIAS DA SILVA, “Xadrez policromo: a Directiva 2000/43/CE do Conselho e o princípio da não discriminação em razão da raça e da origem étnica”, em JÚLIO GOMES (coord.), *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2002, pág. 421, configuram processualmente esta possibilidade de intervenção como de representação judiciária voluntária activa.

⁶³ Esta Convenção foi adoptada e aberta à assinatura, ratificação e adesão pela resolução n.º 34/180 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 18 de Dezembro de 1979, e entrou em vigor na ordem internacional em 3 de Setembro de 1981 (cfr. artigo 27.º, n.º 1 da Convenção). Em Portugal, foi aprovada para ratificação pela Lei n.º 23/80, de 26 de Julho.

⁶⁴ RIKKI HOLMAAT e CHRISTA TOBLER, “CEDAW and the European Union’s Policy in the Field of Combating Gender Discrimination”, *Maastricht J. Eur. & Comp. L.* 12 (2005), págs. 399 e ss, notam que, por força da Convenção, não é o tratamento desigual, por si, que é condenado, mas, especificamente, o tratamento desigual de que resulte uma violação de direitos fundamentais das mulheres. É uma abordagem substantiva da discriminação, à semelhança da resultante do artigo 14.º da CEDH, em que o que interessa é o resultado de um certo comportamento e não o comportamento em si. Sublinham, em segundo lugar, que a CEDAW proíbe apenas a discriminação contra as mulheres e, portanto, parte de um conceito assimétrico de igualdade. Em terceiro lugar, acrescentam, o conceito de discriminação adoptado pela Convenção não visa a assimilação das mulheres dos standards dos homens mas vai antes no sentido do reconhecimento da diversidade, tal como resulta do facto de a Convenção ter usado a expressão “*com base na igualdade entre mulheres e homens*”, em vez de “*com base na igualdade com os homens*”. Para uma comparação entre a abordagem da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres e a da União Europeia, ver HELENA PEREIRA DE MELO e TERESA PIZARRO BELEZA, “Different Voices in Human Rights: CEDAW and European Union Gender Equality Law”, LUIS COUTO GONÇALVES ET AL. (org), *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 953 e ss.

das para eliminar a discriminação praticada contra as mulheres por uma pessoa, uma organização ou uma empresa qualquer (alínea e)).

O artigo 9.º da CRP aponta como tarefa fundamental do Estado “*promover a igualdade entre homens e mulheres*”. A proibição de discriminação com base no género veio a ser consagrada expressamente no artigo 13.º, n.º 2, apenas com a Lei Constitucional n.º 1/97.

No âmbito europeu⁶⁵, se a igualdade de género começou por ser uma questão acentuadamente económica (o artigo 119.º do Tratado de Roma ao estabelecer o princípio “*trabalho igual, salário igual*” visava a redução da concorrência desleal entre os Estados Membros), adquirindo depois um social social⁶⁶ – no Acórdão C-43/75, *Gabrielle Defrenne contra Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, de 8 de Abril de 1976 (Defrenne II), o TJUE reconheceu expressamente o princípio da igualdade de sexos no seu duplo objectivo económico e social como um princípio fundador da Comunidade Europeia⁶⁷ e o Tratado de Amesterdão veio a consagrar a promoção da igualdade entre homens e mulheres como uma das tarefas da Comunidade) -, hoje a protecção contra a discriminação baseada no género abarca todos os domínios da cidadania, de modo a corrigir padrões redistributivos existentes⁶⁸. Como sublinha HUGH

⁶⁵ No que respeita à igualdade de tratamento entre homens e mulheres, é especialmente relevante o artigo 8.º TFUE, onde se lê que “*Na realização de todas as suas acções, a União terá por objectivo eliminar as desigualdades e promover a igualdade entre homens e mulheres*”, legitimando, pois, a adopção de medidas que visam eliminar as desigualdades entre pessoas de sexo diferentes em todos os domínios de intervenção da União Europeia. Cfr. DULCE LOPES, “Anotação ao artigo 8.º TFUE”, em *Tratado de Lisboa, Anotado e Comentado*, coordenado por MANUEL LOPES PORTO e GONÇALO ANASTÁCIO, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 223.

⁶⁶ O artigo 157.º, n.º 1, do TFUE, determina que “*Os Estados-Membros assegurarão a aplicação do princípio da igualdade da remuneração entre trabalhadores masculinos e femininos, por trabalho igual ou de valor igual*”. Para uma exegese da norma, com referências doutrinárias e jurisprudenciais, ver JOANA NUNES VICENTE, Anotação ao artigo 157.º do TFUE”, em *Tratado de Lisboa, Anotado e Comentado*, coordenado por MANUEL LOPES PORTO e GONÇALO ANASTÁCIO, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 681 e ss. Actualmente, o Código do Trabalho estabelece nos artigos 31.º, n.º 1 e 2, lidos conjuntamente com o artigo 24.º, n.º 2, alínea c), a igualdade remuneratória entre trabalhadores de ambos os sexos. Para uma análise da evolução do princípio da não discriminação em razão do sexo, veja-se DULCE LOPES, “O princípio da não-discriminação em razão do sexo na ordem jurídica comunitária”, *Temas de Integração* 8 (1999), págs. 93 e ss, CATHERINE BARNARD, *EC Employment Law*, 3.ª edição, OUP; 2006, págs. 297-382, e MASSIMO ROCCELLA e TREVUZZIANO, *Diritto del Lavoro della Comunità Europea*, 5.ª edição, CEDAM, Pádova, 2009, págs. 271-323. Vide, ainda, FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, “Aspectos da interferência do direito social comunitário no direito laboral português, FDUP, *Estudos em comemoração dos cinco anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra Editora, 2001, págs. 27 e ss.

⁶⁷ Para uma evolução da jurisprudência do TJUE nesta matéria, veja-se a , *Compilation of case law on the equality of treatment between women and men and on non-discrimination in the European Union*, 3.ª edição, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, 2010.

⁶⁸ RUTH RUBIO-MARÍN, “A New European Parity-Democracy Sex Equality Model and Why It Won’t Fly in the United States”, *Am. J. Comp. L* 60 (2012), págs. 99 e ss, sugere a necessidade de um *modelo de paridade democrática*. Este modelo visa permitir que todos os homens e mulheres participarem de forma igual em todos os domínios da cidadania, agora redesenhada para abranger a reprodução social e, assim, trazendo para a discussão a participação de cada um dos sexos nos domínios do cuidado e da reprodução social.

Defendem alguns autores, que uma solução adequada exigirá uma mudança no design institucional (na expressão de CLAUS OFFE), que requer, mais do que “*affirmative remedies*”, “*transformative remedies*”, na distinção de NANCY FRASER, “From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a ‘Postsocialist’ Age”, in *Justice Interrupts*, págs. 23-26. JOAN C. WILLIAMS, *Reshaping the Work-Family Debate: Why Men and Class Matter*, HUP, 2010, págs. 109 e ss, propõe um projecto reconstrutivo por oposição a um feminismo assimilacionista. Claro que, como bem notou SANDRA FREDMAN, “Changing the Norm: Positive duties in Equal Treatment Legislation”, *Maastricht J. Eur. & Comp. L.* 12 (2005), pág. 370, a experiência mostra que a localização das estratégias proactivas na fronteira entre direito e política as torna altamente dependentes da vontade política. De destacar é o *dilema da diferença*, que, como bem assinalou MARTHA MINOW, *Making*

COLLINS, o fundamento da legislação antidiscriminatória neste campo não se encontra nos efeitos distributivos do emprego, que poderiam ser obtidos através do direito fiscal ou da segurança social. O problema é sobretudo de exclusão social ou de marginalização, que resulta da discriminação no emprego numa sociedade capitalista e de mercado. Nestas sociedades, a falta de emprego traz consigo uma exclusão de bens não materiais, incluindo a oportunidade de participar nos mecanismos oferecidos pela sociedade através dos quais “*people may establish meaning for their lives, the connections of community and a sense of self-respect*”, já que nessas sociedades “*work provides for most people the principal mechanisms for constructing meaning, community and status*”⁶⁹. É neste contexto que foi aprovada a Directiva Directiva 2004/113/CE, de 13 de Dezembro de 2004, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento⁷⁰.

i) A Directiva 2004/113/CE, de 13 de Dezembro de 2004

A Directiva 2004/113/CE retoma, no seu artigo 2.º, a definição já adoptada pela Directiva Anti-Racismo, de que *existe discriminação directa*, sempre que, em função do sexo, uma pessoa seja sujeita a tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável⁷¹; e *existe discriminação indirecta*: sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra coloque pessoas de um dado sexo numa situação de desvantagem comparativamente com pessoas de outro sexo, a não ser que essa disposição, critério ou prática se justifique objectivamente por um objectivo legítimo e que os meios utilizados para o alcançar sejam adequados e necessários. Igualmente, *existe assédio* sempre que ocorra um comportamento indesejado, relacionado com o sexo de uma dada pessoa, com o objectivo ou o efeito de violar a dignidade da pessoa e de criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou ofensivo. Especificamente o *assédio sexual* verifica-se sempre que ocorra um comportamento indesejado de carácter sexual, sob forma física, verbal ou não verbal, com o objectivo ou o efeito de violar a dignidade

All the Difference: Inclusion, Exclusion and American Law, CUP, 1990, págs. 19 e ss, apresenta o risco que se corre na adaptação às necessidades específicas das mulheres – especialmente as que têm a seu cargo crianças pequenas, por exemplo, adoptando medidas que permitam que conciliem família e trabalho – pois essas medidas podem acabar por reforçar esses papéis.

⁶⁹ HUGH COLLINS, “Discrimination, Equality and Social Inclusion”, *Mod. L. Rev.* 66 (2003), págs. 21 e ss. Segue-o RUTH RUBIO-MARÍN, “A New European Parity-Democracy Sex Equality Model and Why It Won’t Fly in the United States”, *Am. J. Comp. L.* 60 (2012), págs. 99 e ss. No mesmo sentido, DAGMAR SCHIEK, “Broadening the Scope and the Norms of EU Gender Equality Law: Towards a Multidimensional Conception of Equality Law”, *Maastricht J. Eur. & Comp. L.* 12 (2005), págs. 427 e ss., e FABRIZIO AMATO, “Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione. Riflessioni e prospettive per la realizzazione di una società multiétnica”, *Lav. e dir.* 17 (2003), pág. 140.

⁷⁰ Para uma resenha histórica, veja-se SOPHIA KOUKOULIS-SPILIOPOULIS, “The Amended Equal Treatment Directive (2002/73): An Expression of Constitutional Principles/Fundamental Rights”, *Maastricht J. Eur. & Comp. L.* 12 (2005), págs. 328 e ss. A *ratio legis* deste diploma está ligado à consideração da discriminação em função do sexo como um obstáculo à plena e bem-sucedida integração dos homens e das mulheres na vida económica e social. DAGMAR SCHIEK, “Broadening the Scope and the Norms of EU Gender Equality Law: Towards a Multidimensional Conception of Equality Law”, *Maastricht J. Eur. & Comp. L.* 12 (2005), págs. 427 e ss.

⁷¹ O Considerando 12 aponta, por exemplo, que as diferenças entre homens e mulheres na prestação de serviços de saúde, resultantes das diferenças físicas entre ambos, não se referem a situações equivalentes, pelo que não constituem discriminação. Podemos pensar ainda na prestação de serviços de treino desportivo ou serviços de estética.

da pessoa, em especial quando criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou ofensivo. A rejeição deste tipo de comportamentos ou a sua aceitação pelas pessoas em causa não podem ser utilizadas como fundamento de decisões que as afectem (cfr. artigo 3.º). Quaisquer instruções com vista à discriminação directa ou indirecta em função do sexo são consideradas discriminação na acepção da presente directiva (artigo 4.º).

O artigo 3.º, sobre o âmbito de aplicação da Directiva, determina que esta é aplicável a todas as pessoas que *forneçam bens e prestem serviços disponíveis ao público*, independentemente da pessoa em causa, tanto no *sector público* como no *privado*, nomeadamente organismos públicos, mas exclui os que sejam *oferecidos fora do quadro da vida privada e familiar e das transacções efectuadas nesse contexto*⁷². O n.º 2 esclarece, com grande relevância para a nossa análise, que a Directiva em nada prejudica a liberdade de cada indivíduo escolher o outro contraente, desde que essa escolha *não seja motivada pelo sexo* a que esse contraente pertence. Por outro lado, não se aplica ao conteúdo dos *meios de comunicação e de publicidade* nem ao sector da *educação*⁷³.

O n.º 5.º ressalva que a directiva *não exclui à partida diferenças de tratamento*, se o fornecimento de bens e a prestação de serviços exclusivamente ou prioritariamente aos membros de um dos sexos for justificado por um objectivo legítimo e os meios para atingir esse objectivo forem adequados e necessários⁷⁴. O n.º 2, do artigo 5.º, sobre os factores actuariais⁷⁵, cuja utilização na prestação de serviços de seguros e

⁷² A Directiva também não é aplicável a questões de emprego e profissão, nem às questões relativas ao trabalho não assalariado, na medida em que essas matérias são reguladas por outros actos legislativos autónomos.

⁷³ Estas amplas cláusulas de exclusão têm sido consideradas pela doutrina como susceptíveis de impedir qualquer mudança significativa nas estruturas discriminatórias. Veja-se TAMARA HERVEY, “Editorial: ‘Thirty-Years of EU Sex-Equality Law: Looking Backwards, Looking Forwards’”, *Maastricht J. Eur. & Comp. L.* 12 (2005), pág. 310, e ANNICK MASSELOT, “The State of Gender Equality in the European Law”, *ELJ* 13 (2007), págs. 153-154.

⁷⁴ O Considerando 16 sublinha que as diferenças de tratamento só podem ser aceites se forem justificadas por um objectivo legítimo. Pode considerar-se um objectivo legítimo, por exemplo, a protecção de vítimas de violência relacionada com o sexo (em casos como o estabelecimento de centros de acolhimento para pessoas do mesmo sexo), motivos de privacidade e decência (em casos como o fornecimento de alojamento por uma pessoa numa parte da sua própria casa), a promoção da igualdade dos sexos ou dos interesses de homens e mulheres (por exemplo, organizações voluntárias de pessoas do mesmo sexo), a liberdade de associação (por exemplo, clubes privados reservados a pessoas do mesmo sexo) e a organização de actividades desportivas (por exemplo, acontecimentos desportivos para pessoas do mesmo sexo). Qualquer limitação deve, no entanto, ser adequada e necessária de acordo com os critérios decorrentes da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Lembre-se, a este propósito, o Acórdão do Supremo Tribunal Irlandês, proferido em 3 de Novembro de 2009 [*Equality Authority v. Portmarnock Golf Club & ors and Cuddy & anor v. Equality Authority & ors* [2009] IESC 73]. O Portmarnock Golf Club, fundado em 1884, considerado em 2013 o melhor *golf course*, é um clube privado, que só admite homens como membros. As mulheres podem jogar golfe no clube, nos mesmos termos em que o podem os homens não membros. O *Equal Status Act* de 2000 admitia no artigo 9(1)(a) a existência de clubes de específicos grupos da comunidade desde que o seu objectivo principal fosse satisfazer ou responder a necessidades dos seus membros. Se o clube fosse considerado discriminatório sujeitava-se à suspensão do seu registo (segundo o *Registration of Clubs Act* de 1904), e deixaria de poder fornecer bebidas alcoólicas aos seus membros. O tribunal – partido de um conceito amplo de necessidade, que abrange não apenas as necessidades físicas mas também as psicológicas ou culturais, e portanto a prática de golfe – considerou, todavia, que o Portmarnock Golf Club se destinava a satisfazer necessidades específicas dos seus membros.

⁷⁵ Vide EUGENIA CARACCILO DI TORELLA, “The Principle of Gender Equality, the Goods and Services Directive and Insurance: A Conceptual Analysis”, *Maastricht J. Eur. & Comp. L.* 13 (2006), pág. 345, sobre a inconsistência da utilização de factores actuariais com o princípio da igualdade.

É prática comum os seguros serem oferecidos em termos diferentes para os homens e para as

outros serviços financeiros era generalizada, foi objecto de avaliação pelo TJUE⁷⁶, que determinou a sua invalidade com efeitos a 21 de Dezembro de 2012.

A Directiva regula ainda uma série de questões complementares, nomeadamente no que respeita à política de não discriminação dos Estados-Membros, a defesa dos direitos das vítimas, à intervenção de associações com interesses legítimos em processos judiciais ou administrativos⁷⁷, quanto ao ónus da prova, quanto à protecção contra actos de retaliação, e ainda impõe ao Estado deveres

mulheres. No *pooling of risk* definido pelos seguradores, consta normalmente o sexo do segurado: as mulheres pagam prémios mais altos porque o grupo das mulheres vive mais do que o grupo dos homens.

⁷⁶ Os Estados-Membros deveriam assegurar que, em todos os novos contratos celebrados, o mais tardar, depois de 21 de Dezembro de 2007, a consideração do sexo enquanto factor de cálculo dos prémios e das prestações para efeitos de seguros e outros serviços financeiros não resultasse, para os segurados, numa diferenciação dos prémios e prestações. Todavia, o n.º 2, do artigo 5.º, da Directiva, concedia aos Estados-Membros a faculdade de poderem decidir, antes dessa data, permitir diferenciações proporcionadas nos prémios e benefícios individuais sempre que a consideração do sexo fosse um factor determinante na avaliação de risco com base em dados actuariais e estatísticos relevantes e rigorosos. Os Estados-Membros em questão deveriam informar a Comissão e garantir que fossem recolhidos, publicados e regularmente actualizados dados rigorosos relevantes para a consideração do sexo como factor actuarial determinante. Esses Estados-Membros deveriam rever a sua decisão cinco anos depois de 21 de Dezembro de 2007, e enviar à Comissão os resultados dessa revisão.

Esta norma foi sujeita a apreciação judicial no Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 1 de Março de 2011, no Processo C-236/09, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL e outros contra Conseil des ministres*.

A *Cour constitutionnelle* belga havia submetido ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais: (1) O artigo 5.º, n.º 2, da Directiva 2004/113 [...] é compatível com o artigo 6.º, n.º 2, EU (a União respeita os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário. Esses direitos fundamentais estão consagrados na Carta que, desde 1 de Dezembro de 2009, tem o mesmo valor jurídico que os Tratados) e, mais especificamente, com o princípio da igualdade e da não discriminação garantido por esta disposição? Em caso de resposta negativa à primeira questão, o mesmo artigo 5.º, n.º 2, [d'est]a directiva também é incompatível com o artigo 6.º, n.º 2, UE, se a sua aplicação se limitar aos contratos de seguro de vida?

O TJUE considerou que na concretização progressiva dessa igualdade, é o legislador da União que, considerando a missão que o artigo 3.º, n.º 3, segundo parágrafo, TUE e o artigo 8.º TFUE confiaram à União, determina o momento da sua intervenção tendo em conta a evolução das condições económicas e sociais na União (para. 20). Por conseguinte, era legítimo ao legislador da União implementar o princípio da igualdade entre homens e mulheres, mais precisamente a aplicação da regra dos prémios e prestações unissexo, gradualmente e com períodos de transição adequados (para. 23), tal como fez no artigo 5.º, n.º 1. Todavia, considerou que existiria o risco de que a derrogação à igualdade de tratamento entre homens e mulheres prevista no artigo 5.º, n.º 2, da Directiva 2004/113 fosse indefinidamente permitida pelo direito da União. A disposição, que permitia aos Estados-Membros em causa manter sem limite temporal uma derrogação à regra dos prémios e das prestações unissexo, era contrária à concretização do objectivo de igualdade de tratamento entre homens e mulheres prosseguido pela Directiva 2004/113 e incompatível com os artigos 21.º e 23.º da Carta (para. 32). Por conseguinte, esta disposição deveria ser considerada inválida após um período de transição adequado (para. 33), que o Tribunal estabeleceu em 21 de Dezembro de 2012.

Para FELIPE TEMMING, “Case Note – Judgment of the European Court of Justice (Grand Chamber) of 1 March 2010: ECJ finally paves the way for unisex premiums and benefits in insurance and related financial service contracts”, *German Law Journal* 13 (2012), págs. 105 e ss., disponível em <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1410>, esta é uma decisão histórica e constitui um marco no combate à discriminação baseada no sexo. É um passo na constitucionalização do direito privado. Veja-se, ainda, GEERT DE BAERE e EVELINE GOESSENS, “Gender Differentiation in Assurance Contracts after the Judgment in Case C-236/09, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL v. Conseil des Ministres*”, *Colum. J. Eur. L.* 18 (2011-2012), págs. 339 e ss.

Vide, ainda, os *Principles of European Insurance Contract Law (PEICL)*, preparado pelo grupo RESTATEMENT OF EUROPEAN INSURANCE CONTRACT LAW, ed. JÜRGEN BASEDOW ET AL, Kluwer Law International, 2009.

⁷⁷ Vide artigo 8.º, n.º 3. Sobre os modelos de protecção, SANDRA FREDMAN, “Changing the Norm: Positive duties in Equal Treatment Legislation”, *Maastricht J. Eur. & Comp. L.* 12 (2005), págs. 369 e ss.

de informação bem como de promoção do diálogo social e da igualdade de tratamento.

ii) *A transposição da Directiva 2004/113/CE pela Lei 14/2008, de 12 de Março.*

A Lei 14/2008, de 12 de Março, definiu, no artigo 2.º, o seu âmbito de aplicação a todas as entidades públicas e privadas que forneçam bens e prestem serviços disponíveis ao público, a título gratuito ou oneroso. Exclui, todavia, os bens e serviços oferecidos no quadro da *vida privada e familiar*, bem como as *transacções efectuadas nesse contexto*, o conteúdo dos meios de comunicação e publicidade e o sector da educação.

O artigo 4.º proíbe a discriminação directa ou indirecta⁷⁸, assente em acções, omissões ou cláusulas contratuais no âmbito do acesso a bens e serviços e seu funcionamento. Considera discriminatórias, no n.º 2, designadamente as práticas ou cláusulas de que resulte: a recusa do fornecimento ou o impedimento da fruição de bens ou serviços (alínea a)); o fornecimento ou a fruição desfavoráveis de bens ou serviços (alínea b)); a recusa ou o condicionamento de compra, arrendamento ou subarrendamento de imóveis (alínea c)); a recusa ou o acesso desfavorável a cuidados de saúde prestados em estabelecimentos públicos ou privados (alínea d)). São também discriminatórias quaisquer instruções ou ordens com vista à discriminação directa ou indirecta⁷⁹.

O artigo 9.º determina as regras relativas ao ónus da prova, estabelecendo no seu n.º 1 que “*cabe a quem alega ter sido lesado por um acto de discriminação directa ou indirecta apresentar os factos constitutivos do mesmo, incumbindo à parte demandada provar que não houve violação do princípio da igualdade de tratamento*” e que “*em caso de retaliação, o lesado apenas tem de apresentar os factos constitutivos da forma de tratamento ou da consequência desfavorável bem como indicar qual a queixa ou o procedimento judicial que levou a cabo para exigir o cumprimento do princípio da igualdade, incumbindo à parte demandada provar que não existe nexo de causalidade entre uns e outros*”.

A prática de qualquer acto discriminatório, por acção ou omissão, confere ao lesado direito a uma indemnização, por danos patrimoniais e não patrimoniais, a título de responsabilidade civil extracontratual, nos termos gerais (artigo 10.º, n.º 1). Na fixação da indemnização, o tribunal deve atender ao grau de violação dos interesses em causa, ao poder económico dos autores do ilícito e às condições da pessoa alvo da prática discriminatória. Sem precluir o direito a indemnização, nos contratos que contenham cláusulas discriminatórias, o contraente lesado tem o direito à alteração do contrato de modo que os direitos e obrigações sejam equivalentes aos do sexo mais beneficiado⁸⁰. O infractor está ainda sujeito ao pagamento de uma coima e às sanções

⁷⁸ As noções de discriminação directa, indirecta, de assédio e de assédio sexual também correspondem às da Directiva, sendo que não releva a rejeição ou aceitação deste tipo de comportamentos pelas pessoas em causa enquanto fundamento de decisões que as afectem. Seguindo literalmente a Directiva, o legislador consagrou na Lei n.º 14/2008 uma noção diferente de assédio daquele que encontramos na Lei n.º 18/2004.

⁷⁹ Relativamente à gravidez, é proibido o pedido de informação relativamente à situação de gravidez de uma mulher demandante de bens e serviços, salvo por razões de protecção da sua saúde (artigo 6.º). Não constitui discriminação a aplicação de disposições mais favoráveis tendo em vista a protecção das mulheres em matéria de gravidez, puerpério e amamentação. Finalmente, o artigo 7.º determina que os custos relacionados com a gravidez e a maternidade não podem resultar numa diferenciação de prémios e prestações dos contratos de seguro e outros serviços financeiros. Sobre os factores actuariais, ver os artigos 6.º e 23.º, e o que escrevemos *supra*.

⁸⁰ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato – as cláusulas contratuais gerais e o princípio da*

acessórias previstas no artigo 13.º. O legislador estabeleceu ainda a possibilidade de publicação da pena (artigo 10.º)⁸¹. Sempre que a contra-ordenação resulte da omissão de um dever, a aplicação da sanção e o pagamento da coima não dispensam o infractor do seu cumprimento, se este ainda for possível (artigo 12.º, n.º 5).

O artigo 11.º reconhece às associações e organizações não governamentais cujo objecto estatutário se destine essencialmente à promoção dos valores da cidadania, da defesa dos direitos humanos, dos direitos das mulheres, da igualdade de género e da defesa dos direitos dos consumidores legitimidade processual para a defesa dos direitos e interesses individuais legalmente protegidos dos seus associados, bem como para a defesa dos valores protegidos pela lei, com duas restrições: em caso de assédio, só a pessoa assediada dispõe de legitimidade processual, e a defesa colectiva de direitos e interesses individuais legalmente protegidos não pode implicar limitação da autonomia individual dos associados.

b) A discriminação em razão da deficiência e do risco agravado de saúde

Portugal é signatário da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência⁸², aliás à semelhança da União Europeia⁸³, que entrou em vigor entre nós em 23 de Outubro de 1989.

O objecto da Convenção, tal como estabelecido no seu artigo 1.º, é “*promover, proteger e garantir o pleno e igual gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente*”, sendo consideradas pessoas com deficiências aquelas que “*têm incapacidades duradouras físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais, que em interação com várias barreiras podem impedir a sua plena e efectiva participação na sociedade em condições de igualdade com os outros*”. A discriminação com base na deficiência vem definida como “*qualquer distinção, exclusão ou restrição com base na deficiência que tenha como objectivo ou efeito impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade com os outros, de todos os direitos humanos e*

liberdade contratual, Almedina, Coimbra, 1999, pág. 14, sublinha a natureza instrumental do contrato e a sua multifuncionalidade, em vários níveis, intencionando “*uma problematização dos ajustamentos recíprocos que ela requer, explorando criticamente a possibilidade de realização simultânea, em suficiente medida, de todas as funções, sem esquecer a de prossecução da autonomia pessoal*”.

⁸¹ Sobre a publicação de sentenças enquanto medida atípica de tutela da personalidade humana, ver FILIPE ALBUQUERQUE MATOS, *Responsabilidade civil por ofensa ao bom crédito ou ao bom nome*, Almedina, Coimbra, 2011, págs. 625 e ss. JOSÉ DE FARIA COSTA, “Anotação ao artigo 189.º”, em FIGUEIREDO DIAS (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2012, págs. 995 e ss, a propósito do conhecimento público da sentença condenatória, entende que perpassa pela sua regulamentação “*uma ideia de reparação ou compensação pelo eco ou ressonância que a ofensa obtivera*”. O autor acrescenta que o ónus de ser a expensas do agente condenado é um “*surplus de oneração que só se compreende (...) se atribuímos àquele efeito externo uma ideia de reparação*”. Vide, ainda, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008, pág. 510.

⁸² A Convenção sobre os direitos das Pessoas com Deficiência foi adoptada em 13 de Dezembro de 2006, pela Resolução A/RES/61/106 e entrou em vigor na ordem jurídica internacional a 3 de Maio de 2008. Em Portugal, foi aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009, de 30 de Julho, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 71/2009, de 30 de Julho.

⁸³ A Decisão do Conselho de 26 de Novembro de 2009 (2010/48/CE) relativa à celebração, pela Comunidade Europeia, da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, decidiu aprovar, em nome da Comunidade, a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, com uma reserva relativa ao n.º 1 do seu artigo 27.º (sem prejuízo do direito decorrente da legislação comunitária, previsto no n.º 4 do artigo 3.º da Directiva 2000/78/CE do Conselho, de os seus Estados-Membros não aplicarem às forças armadas o princípio da igualdade de tratamento por motivos de deficiência).

liberdades fundamentais no campo político, económico, social, cultural, civil ou de qualquer outra natureza. Inclui todas as formas de discriminação, incluindo a negação de adaptações razoáveis”, ou seja qualquer “*modificação e ajustes necessários e apropriados que não imponham uma carga desproporcionada ou indevida, sempre que necessário num determinado caso, para garantir que as pessoas com incapacidades gozam ou exercem, em condições de igualdade com as demais, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais*”. Entre os princípios da Convenção contam-se⁸⁴: o respeito pela dignidade inerente, autonomia individual, incluindo a liberdade de fazerem as suas próprias escolhas, e independência das pessoas (alínea a); a não discriminação (alínea b)); a participação e inclusão plena e efectiva na sociedade (alínea c)); o respeito pela diferença e aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e humanidade (alínea d)); a igualdade de oportunidade (alínea e)); a acessibilidade (alínea f)); a igualdade entre homens e mulheres (alínea g); o respeito pelas capacidades de desenvolvimento das crianças com deficiência e respeito pelo direito das crianças (alínea h)⁸⁵.

A União Europeia trata da questão da deficiência em múltiplas dimensões⁸⁶, sendo a discriminação apenas uma delas⁸⁷. Em 2010⁸⁸, a Comissão Europeia adoptou a Comunicação sobre a “Estratégia Europeia para a Deficiência 2010-2020: Compromisso renovado a favor de uma Europa sem barreiras”. Entre as oito áreas de prioridade, encontra-se, precisamente a igualdade (combater a discriminação com base na deficiência e promover a igualdade de oportunidades)⁸⁹.

No direito nacional, a Lei n.º 46/2006, de 28 de Agosto, proibiu a discriminação em razão da deficiência e da existência de risco agravado de saúde. Nos termos do artigo 3.º, alínea c), são pessoas com risco agravado de saúde aquelas “*que sofrem de toda e qualquer patologia que determine uma alteração orgânica ou funcional irreversível, de longa duração, evolutiva, potencialmente incapacitante, sem perspectiva de remissão completa e*

⁸⁴ Sobre os princípios gerais da Convenção, veja-se o Comentário de JORGE MIRANDA, disponível em <http://www.inr.pt/content/1/1665/comentario-convencao-por-jorge-miranda>.

⁸⁵ Veja-se o Comentário de ARMANDO LEANDRO à CDPD, disponível em <http://www.inr.pt/content/1/1281/comentario-convencao-por-armando-leandro>.

⁸⁶ Por exemplo, no sector dos transportes, telecomunicações, emprego, ajudas de Estado (Regulamento (CE) 800/2008, da Comissão, de 6 de Agosto de 2008, que declara certas categorias de auxílios compatíveis com o mercado comum, em aplicação dos artigos 87.º e 88.º do Tratado [Regulamento geral de isenção por categoria]). Sobre as isenções categoriais no domínio das ajudas de Estado, cfr., por todos, JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, *As isenções categoriais no domínio das ajudas de Estado*, separata do BCE, Coimbra, 2002, e, mais recentemente, “O sentido da atribuição de auxílios de estado numa economia de mercado”, em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Aníbal de Almeida*, org. por ANTÓNIO AVELãs NUNES, LUÍS PEDRO CUNHA e INês OLIVEIRA MARTINS, Coimbra Editora, Coimbra, págs. 29 e ss.

⁸⁷ A Comissão explicitou o compromisso com a não discriminação em 2008, na Comunicação “Não-discriminação e Igualdade de Oportunidades: Um Compromisso Renovado” (SEC(2008) 2172), que estabelece o quadro para que a Comissão desenvolva várias actividades contra a discriminação. No momento em que escrevemos este texto, existe uma Proposta de Directiva do Conselho que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, independentemente da sua *religião, crença, deficiência, idade ou orientação sexual*, de 2 de Julho de 2008 (COM(2008) 426 final). Vide, ainda, a Directiva 2000/78/CE, de 27 de Novembro, para a igualdade no emprego e na educação, nomeadamente, no âmbito da deficiência.

⁸⁸ Comunicação sobre a “Estratégia Europeia para a Deficiência 2010-2020: Compromisso renovado a favor de uma Europa sem barreiras” (COM/2010/0636 final).

⁸⁹ Para uma visão geral, ver ANNA LAWSON e CAROLINE GOODING (eds.), *Disability Rights in Europe: From Theory to Practice*, Hart Publishing, 2005. Sobre as deficiências de um modelo baseado na igualdade de oportunidades, nomeadamente o facto de não se preocupar com os resultados, veja-se ERICA HOWARD, “The European Year of Equal Opportunities for All- 2007: Is the EU Moving Away from a Formal Idea of Equality?”, ELJ 14 2008, pág. 171.

que altere a qualidade de vida do portador a nível físico, mental, emocional, social e económico e seja causa potencial de invalidez precoce ou de significativa redução de esperança de vida⁹⁰.

Quanto ao seu objecto, o legislador recuperou a fórmula da lei 134/99, definindo-o como “prevenir e proibir a discriminação, directa ou indirecta⁹¹, em razão da deficiência, sob todas as suas formas, e sancionar a prática de actos que se traduzam na violação de quaisquer direitos fundamentais, ou na recusa ou condicionamento do exercício de quaisquer direitos económicos, sociais, culturais ou outros, por quaisquer pessoas, em razão de uma qualquer deficiência”, e vincula entidades públicas e privadas.

O artigo 4.º proíbe uma série de práticas discriminatórias – as acções ou omissões, dolosas ou negligentes, que em razão da deficiência ou do estado de saúde agravado, violem o princípio da igualdade -, das quais destacamos: a recusa de fornecimento ou o impedimento de fruição de bens ou serviços (alínea a)); o impedimento ou a limitação ao acesso e exercício normal de uma actividade económica (alínea b)); a recusa ou o condicionamento de venda, arrendamento ou subarrendamento de imóveis, bem como o acesso ao crédito bancário para compra de habitação, assim como a recusa ou penalização na celebração de contratos de seguros (alínea c)); a recusa ou o impedimento da utilização e divulgação da língua gestual (alínea d)); a recusa ou a limitação de acesso ao meio edificado ou a locais públicos ou abertos ao público (alínea e)); a recusa ou a limitação de acesso aos transportes públicos, quer sejam aéreos, terrestres ou marítimos (alínea f)); a recusa ou a limitação de acesso aos cuidados de saúde prestados em estabelecimentos de saúde públicos ou privados (alínea g)); a recusa ou a limitação de acesso a estabelecimentos de ensino, públicos ou privados, assim como a qualquer meio de compensação/apoio adequado às necessidades específicas dos alunos com deficiência (alínea h).

O regime sancionatório é na generalidade semelhante ao delineado pelas Leis n.º 18/2004 e 14/2008. A prática de acto discriminatório contra pessoa com deficiência ou com risco agravado de saúde confere-lhe o direito a uma indemnização, por danos patrimoniais e não patrimoniais, nos termos gerais. Na fixação da indemnização o tribunal deve atender ao grau de violação dos interesses em causa, ao poder económico dos autores das infracções e às condições económicas da pessoa alvo da prática discriminatória⁹². A prática de acto discriminatório pode ainda levar à aplicação de uma coima e das sanções acessórias previstas no artigo 10.º. O artigo 14.º ressalva igualmente que sempre que a contra-ordenação resulte da omissão de um dever, a aplicação da sanção e o pagamento da coima não dispensa o agente do seu cumprimento, se este ainda for possível.

⁹⁰ Sobre a teoria das capacidades no entendimento da pessoa com deficiência enquanto cidadão pleno e igual, cuja dignidade não resulta de uma dignidade idealizada, veja-se, MARTHA C. NUSSBAUM, *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*, The Belknap Press of HUP, 2006, págs. 155 e ss.

⁹¹ O artigo 3.º, n.º 2, a) «Discriminação directa» a que ocorre sempre que uma pessoa com deficiência seja objecto de um tratamento menos favorável que aquele que é, tenha sido ou venha a ser dado a outra pessoa em situação comparável”; b) «Discriminação indirecta» a que ocorre sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra seja susceptível de colocar pessoas com deficiência numa posição de desvantagem comparativamente com outras pessoas, a não ser que essa disposição, critério ou prática seja objectivamente justificado por um fim legítimo e que os meios utilizados para o alcançar sejam adequados e necessários”.

⁹² Quanto à publicação da sentença, as sentenças condenatórias proferidas em sede de responsabilidade civil são, após trânsito em julgado, obrigatoriamente publicadas, a expensas dos responsáveis, numa das publicações periódicas diárias de maior circulação no país, por extracto, do qual devem constar apenas os factos comprovativos da prática discriminatória em razão da deficiência, a identidade dos ofendidos (se estes consentirem até ao final da audiência de julgamento) e dos condenados e as indemnizações fixadas. A publicação tem lugar no prazo de cinco dias a contar da notificação judicial. Ver, sobre a publicação da sentença, o que escrevemos acima.

Quanto aos direitos processuais das pessoas com deficiência, as associações de pessoas portadoras de deficiência, bem como todas as outras organizações cujo escopo principal seja a representação, a defesa e a promoção dos direitos e interesses das pessoas com deficiência, ou a prestação de serviços às pessoas com deficiência e suas famílias, têm legitimidade para intervir, em representação ou em apoio do interessado e com a aprovação deste, nos respectivos processos jurisdicionais. Quando o requererem, gozam ainda do direito a acompanharem o processo contra-ordenacional pela prática de qualquer acto discriminatório e em caso de crime cometido contra pessoa com deficiência, e praticado em razão dessa deficiência, essas entidades referidas gozam do direito de se constituírem como assistentes nos respectivos processos-crime.

c) A discriminação em razão de outras características – o artigo 13.º e o artigo 26.º da CRP?

Vimos que as características protegidas *raça, cor, nacionalidade, origem étnica, sexo, deficiência e risco agravado de saúde* foram objecto de intervenções legislativas autónomas, que vieram proteger os indivíduos contra actos discriminatórios realizados por entidades privadas, no acesso a bens ou serviços.

Todavia, por uma razão de completude analítica, não podemos deixar de indagar em que medida os artigos 13.º e o artigo 26.º da CRP impõem aos particulares, no âmbito do fornecimento de bens e serviços, proibições de discriminação em razão de outras características protegidas. A questão requer, pois, uma análise mais detalhada.

i) O artigo 13.º da CRP

O artigo 13.º, sobre o princípio da igualdade, estabelece no seu n.º 2, que: “Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual”. Abrange este preceito uma série de características pessoais em que não há legislação antidiscriminatória aprovada, como, por exemplo, as convicções políticas ou ideológicas, a instrução, a situação económica ou a orientação sexual. O artigo 26.º, por sua vez, reconhece a todos o direito “à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação”⁹³.

Vimos no capítulo anterior que o princípio da igualdade é um princípio estruturante do ordenamento jurídico português, que tem o seu fundamento na igual dignidade social de todos os cidadãos. Nos ensinamentos de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, o sentido imediato da igualdade social consiste na proclamação da idêntica validade cívica de todos os cidadãos, independentemente da sua inserção

⁹³ Vide DAGMAR SCHIEK, “Broadening the Scope and the Norms of EU Gender Equality Law: Towards a Multidimensional Conception of Equality Law”, *Maastricht J. Eur. & Comp. L.* 12 (2005), págs. 427 e ss, sobre uma visão integrada da igualdade e uma tratamento a partir de ‘razões proibidas’, numa abordagem de soma. Considera o autor que esta última ressalta determinadas formas de discriminação como superiores às outras. As estratégias para regular *igualdades* em vez de regular a *igualdade* encerram em si o risco de algumas ficarem para trás e outras ganharem primazia. Também JOHN GRAY, *Enlightenment’s Wake: Politics and Culture at the Close of Modern Age*, Routledge, Londres, 2007, pág. 31, considera que há minorias favorecidas, e que obtêm um tratamento privilegiado, ao passo que outras ficam sujeitas a políticas de intervenção moral nos seus estilos de vida.

económica, social, cultural e política, proibindo desde logo formas de tratamento ou de consideração social discriminatórias⁹⁴. O princípio da igualdade é, pois, um princípio de disciplina das relações entre o cidadão e o Estado (ou equiparadas), mas igualmente uma regra de estatuto social dos cidadãos, um *princípio de conformação social* e de *qualificação da posição de cada cidadão na colectividade*. Ninguém o disse melhor do que BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS⁹⁵: “*temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades*”.

Partindo da cláusula de igualdade tal como desenhada por DWORKIN, enquanto direito “*to equal treatment and a treatment as an equal*”⁹⁶, o princípio de igualdade não garante a cada indivíduo o mesmo tratamento ou benefício que é concedido a outros, mas garante-lhe apenas que no processo de formação da vontade política e na concessão de benefícios ou imposição de sacrifício por parte do Estado ele será tratado com igual preocupação e respeito⁹⁷. O princípio da igualdade não garante a todos os

⁹⁴ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2007, anot. ao artigo 13.º, págs. 337-338, II. No mesmo sentido, JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional IV*, 5.ª edição, Coimbra Editora, 2012, pág. 268.

⁹⁵ BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2003, pág. 56.

⁹⁶ RONALD DWORKIN, *A Matter of Principle*, Clarendon Press, Oxford, 1986, pag. 301.

⁹⁷ O Ac. TC n.º 452/89 [Relator: RAUL MATEUS], de 28 de Junho, analisou a constitucionalidade das normas do artigo 81º da Parte III (Serviço Territorial) do Regulamento Geral do Serviço da Guarda Nacional Republicana (GNR), aprovado pela Portaria n.º 722/85, de 25/09. O artigo 81º (Nómadas) tinha a seguinte redacção: “1- Deve exercer-se especial vigilância sobre grupos e caravanas de pessoas que habitualmente se deslocam de terra em terra fazendo comércio, participando em feiras ou desenvolvendo quaisquer outras actividades próprias da vida itinerante, observando-os nos seus movimentos com o fim de prevenir e reprimir a prática de actos delituosos, designadamente sobre propriedades e lugares públicos onde se estabeleçam temporariamente. 2 – Havendo suspeitas ou queixas de que tais grupos e caravanas, além de se dedicarem a actividades lícitas, intimidam as populações ou praticam regularmente danos nas propriedades, as patrulhas devem, tomadas as devidas medidas de segurança, efectuar buscas e revistas nas caravanas em trânsito ou nos locais onde aqueles permanecem, tendo especialmente em vista a detecção de armas não licenciadas e a recuperação de objectos ou animais furtados, tomando sempre nota da identidade dos principais chefes dos grupos. 3 – Sempre que as caravanas ou grupos iniciem novo deslocamento e se conheça o seu destino, deve de tal facto ser dado conhecimento ao comandante do posto da área para onde se dirigem.”

A primeira questão a resolver era se o n.º 2 do artigo 81º violava ou não o disposto no artigo 34º, n.ºs 1, 2 e 3 da CRP. Já abordámos o assunto em cima, pelo que recordamos sumariamente que: “Nesse dispositivo não se fazem depender, porém, as buscas, não voluntariamente aceites, de prévia determinação de autoridade judicial, nem mesmo se proibem as buscas nocturnas, o que, desde logo, e a um primeiro juízo, leva a admitir, que, de alguma maneira, terá sido infringido o disposto no artigo 34º, n.ºs 1, 2 e 3, da CRP”. Decidiu o tribunal que: “os nómadas, seus titulares, não podem deixar de beneficiar então da garantia da inviolabilidade do domicílio, constitucionalmente consignada no artigo 34º, n.ºs 1, 2 e 3, da CRP. Assim sendo, a norma do n.º 2 do artigo 81º da Parte III do Regulamento da GNR, na medida em que, nessas situações de paragens e descanso, aí permite buscas, sem respeito pelos condicionalismos constitucionalmente exigidos, viola o disposto no artigo 34º da CRP”.

A segunda questão a analisar era se as normas dos n.ºs 1, 2 (esta no segmento ainda não considerado inconstitucional) e 3 do mesmo artigo 81º infringiam ou não o princípio da igualdade, constitucionalmente acolhido no artigo 13º da CRP. O anterior Regulamento para o Serviço Rural da GNR, aprovado pelo artigo 1º do Decreto n.º 6 950, de 26 de Setembro de 1920, havia definido a actuação daquele corpo policial, relativamente aos ciganos, nos seguintes termos:

“Artigo 182º: O pessoal da Guarda Nacional Republicana exercerá uma severa vigilância sobre os ciganos, observando-os constantemente nos seus movimentos com o fim de prevenirem e reprimirem os seus frequentes actos de pilhagem. § único. Para o efeito deste artigo e seguintes são considerados ciganos também os indivíduos que, quasi sempre sem domicílio certo, seguem, no todo ou em parte, o modo de viver dos ciganos e que, como estes ou com estes, se constituem em pequenas caravanas, acampando ao ar livre e percorrendo o país de povoação em povoação, de feira em feira, fazendo ou pretendendo fazer o negócio de solípedes e

vivendo alternada ou simultaneamente do negócio, da mendicância e da pilhagem”. Artigo 183º: *A vigilância a exercer incidirá principalmente sobre: a) Os animais que conduzem, especialmente quando houver notícias de roubos deste género; b) Estabelecimento, sem licença, nas propriedades públicas ou particulares que frequentemente devassam, desfrutando pastagens, frutos, lenhas, etc., e acendendo fogos que por vezes põem em risco as propriedades; c) Estacionamento, sem licença competente, em praças, subúrbios das povoações ou outros lugares públicos, a pretexto da falta de recursos para poupar hospedagem; d) Uso e porte de arma, cuja licença não lhes pode ser concedida. Artigo 184º: Nos mercados e feiras onde concorrem ciganos, serão estes objecto de especial atenção, devendo-se até não se desprezar o modo como realizam os seus negócios, a fim de se evitarem quanto possível os abusos e burlas por eles cometidos. Artigo 185º: Os ciganos, cuja identidade e sempre duvidosa, quando apanhados em transgressão ou contração, serão sempre detidos desde que não depositem em mãos de pessoa competente a importância da multa ou não apresentem fiadores idóneos”.*

No entanto, muitos anos depois – e numa altura em que já se discutia se elas ainda estariam plenamente em vigor – veio o Conselho da Revolução, através da Resolução nº 179/80 (*Diário da República*, I série, nº 127, de de 2 de Junho), declarar, com força obrigatória geral, e por infracção ao disposto no artigo 13º da CRP, a inconstitucionalidade de todas essas normas. Tal Resolução nº 179/80 foi precedida de parecer nesse sentido da Comissão Constitucional (Parecer nº 14/80), parecer esse em que se opinava que a especial vigilância policial sobre os ciganos, estatuída pelas referidas normas, constituía uma discriminação negativa, estabelecida em função da raça, e, por tal motivo, ofensiva do princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei.

No regime constante do *Regulamento da GNR de 1920*: a) a epígrafe comum aos artigos 182º a 185º era a de “ciganos”; b) no corpo do artigo 182º, cometia-se à GNR, em termos genéricos, o exercício de uma severa vigilância sobre os ciganos, errantes ou não; c) no § único do artigo 182º, e para efeitos de sujeição a severa vigilância, consideram-se ciganos os indivíduos de modo de viver equiparável ao dos ciganos; d) no artigo 183º, especificam-se os alvos preferenciais dessa vigilância; e) no artigo 184º, determina-se que, nos mercados e feiras, seja dada uma especial atenção aos ciganos; f) no artigo 185º prevê-se a detenção dos ciganos apanhados em transgressão e que não garantam o pagamento da multa correspondente. No regime aprovado pelo *Regulamento da GNR de 1985*: a) a epígrafe do artigo, 81º é a de “nómadas”; b) no nº 1 do artigo 81º, define-se genericamente o dever de especial vigilância, da GNR, sobre grupos e caravanas de pessoas que, para ganhar a vida, habitualmente se deslocam de terra em terra; c) no nº 2 (parte restante) do mesmo artigo, permite-se que, em situações de suspeita de delitualidade, se efectuem revistas e buscas nos segmentos não habitacionais dos grupos e caravanas de pessoas, e determina-se a identificação dos principais chefes; d) no nº 3 desse artigo 81º, impõem-se a comunicação dos deslocamentos desses grupos e caravanas ao comandante do posto da área para onde se dirigirem.

No Parecer nº 14/80 da Comissão Constitucional, relativo ao regime instituído pelo Regulamento da GNR de 1920, podia ler-se: *“Existirão elementos objectivos de diferenciação justificativos de uma discriminação negativa contra os ciganos? Haverá um fundamento material razoável que legitime a discricionariedade do legislador ordinário, pondo-o coberto de reparos críticos em sede do princípio da igualdade quando sujeita os ciganos a uma vigilância especial, os considera como autores de frequentes actos de pilhagem, de “invasores” da propriedade alheia, de indignos de receberem licença de uso e porte de arma, de suspeitos da pratica de abusos e burlas nos seus negócios, de portadores de identidade sempre duvidosa, de detidos obrigatórios sempre que ‘apanhados em transgressão ou contração’? Os ciganos integram numerosos grupos de povos nómadas, originários da Índia, que ‘apresentam, ainda hoje, características antropológicas e etnossociais que os distinguem dos meios humanos em que vivem, mantendo uma genuinidade étnica que têm conservado imutável’.* Constituem, assim, uma raça na perspectiva constitucional, por mais complexo e discutido que seja o conceito científico desta. Ora, esta circunstância ajuda-nos a responder as questões acima postas, uma vez que, no nº 2 do artigo 13º, o legislador constitucional elege a raça, entre outros, como factor insusceptível de prejudicar no exercício de determinado direito qualquer indivíduo perante os restantes. Trata-se de uma cláusula ou elemento de não discriminação, em virtude da qual os ciganos, pelo facto de o serem, não poderão deixar de usufruir dos direitos dos demais cidadãos que se encontrem em situações semelhantes as suas. São, assim, contrárias à Constituição, por desrespeito do princípio da igualdade, as normas que contêm um regime policial especial em relação aos ciganos.

O Tribunal considerou que: *“o que importa registar é que o artigo 81º da Parte III do Regulamento da GNR de 1985, ao sujeitar os nómadas a especial vigilância policial, não está a dirigir-se, unicamente, aos ciganos, mas também, e significativamente, aos não-ciganos: seja aqueles, embora em número restrito, que integram a subcategoria dos nómadas comerciantes, seja àqueles que, maioritariamente, preenchem quer a subcategoria os nómadas que participam em feiras na área das diversões, quer a subcategoria dos nómadas que desenvolvem outras actividades típicas da vida errante. Assim sendo, a diferenciação regulamentativa constante do artigo 81º -onde se determina que os nómadas, ao contrário da generalidade dos sedentários, sejam objecto de especial vigilância por parte da GNR – não tem por motivo a raça os vigiados, mas antes, e pura e simplesmente, a sua situação de errantes. Esta conclusão sai ainda reforçada pelo facto de não existir, na nossa ordem jurídica, norma que imponha a qualquer corpo policial o dever de especial vigilância sobre ciganos com residência permanente, os quais, hoje, já não serão, na nossa sociedade, em número*

tão limitado como há décadas atrás. De facto, se houvesse, o propósito de, a este nível, ao nível da vigilância policial, discriminar negativamente os ciganos, então, naturalmente, o legislador tanto disporia, nesse sentido, para os ciganos nómadas como para os ciganos sedentários (note-se, aliás, e a este propósito, que, nos termos do Regulamento da GNR de 1920, a severa vigilância policial, ali prevista para os ciganos, tanto se dirigia aos ciganos nómadas, como aos ciganos sedentários). Não é legítimo, assim, concluir que foi, por considerações de raça, que, nos n.ºs 1, 2 (parte sobranete) e 3 do artigo 81.º, se estabeleceu a apontada diferenciação de tratamento legislativo. Consequentemente, e com base em tal motivo — aliás um dos expressamente referidos no n.º 2 do artigo 13.º da CRP — se não pode ter por violentado o princípio constitucional da igualdade.

19. A diferenciação constante do artigo 81.º radica, pois, e como se pôs em destaque mais de uma vez, na situação de nomadismo dos indivíduos objecto da especial vigilância policial ali prevista. Desde logo tal proibição de diferenciação não vem referida no n.º 2 do artigo 13.º da CRP. Contudo, também é certo que os factores proibitivos de desigualdade não vêm enunciados no n.º 2 daquele artigo 13.º a título taxativo, mas antes a título meramente exemplificativo. Por isso, o que há que averiguar é se o nomadismo — apesar de título alheio à catalogação do n.º 2 do artigo 13.º da CRP — não se revelará, numa análise objectiva de toda a situação envolvente, como insusceptível de justificar a “desigualdade” normativa. (...) Reconduziram-se, por esta via, todas essas respostas normativas a uma comum causa de explicação. Isto, porém, e porque se trata apenas de uma justificação genérica e abstracta, não bastará para concluir que, no caso sub judice, não foi, de facto, ofendido o princípio da igualdade. Necessário será provar ainda, e especificamente, que a situação de nomadismo, porque, à semelhança de outras situações precedentemente descritas, e susceptível de favorecer a criminalidade, há-de merecer, e indiscutivelmente, da parte do legislador, a estipulação de particulares medidas policiais de ordem preventiva e correctiva. (...)

22. Relativamente a situação prevista no artigo 81.º, isto e, relativamente à situação de errância, observa-se, mesmo numa rápida análise sociológica, o claro “empilhamento” de três factores de criminalidade: 1) a mobilidade do domicílio dos nómadas; 2) o desconhecimento, nos locais de passagem, da sua identidade; 3) as frequentes crises de carência económica. Como assim, e de concluir então, e numa visualização objectiva do caso, que a situação de nomadismo, por si só, logo impõe como boa a diferenciação de tratamento legislativo constante das normas dos n.ºs 1, 2 (parte restante) e 3 do artigo 81.º. Aliás, e como já houve ocasião de pôr em relevo, também noutras situações, situações essas em que os interventores já não são nómadas, mas sim, e unicamente, sedentários, o legislador, por as haver qualificado como situações de pré-criminalidade, similarmente determinou que sobre elas incidisse, por parte da GNR, acrescida vigilância policial. Isto mais confirma ainda que o regime constante do artigo 81.º não é propriamente um regime gratuito e singular, mas antes um regime perfeitamente explicável numa análise, sem subjectividades, de toda a situação circundante, e que o legislador, embora com modulações, normativamente repetiu a propósito de outras situações semelhantes.

23. Em síntese final, as normas dos n.ºs 1, 2 (parte sobranete) e 3 do artigo 81.º em causa destinam-se a proteger, em termos de adequação e proporcionalidade, a sociedade das situações de perigosidade criminal que os nómadas por onde passam, e em maior ou menor grau, quase sempre suscitam; e, por isso mesmo, tal regime vem inscrever-se, ao cabo e ao resto, e dada a objectividade e razoabilidade das soluções achadas, num campo de diferenciações constitucionalmente válidas, pelo que não se regista aqui qualquer violação do princípio da igualdade.

Aliás, ainda que se não quisesse ser tão preemptório, sempre se teria então de reconhecer que, dentro da área de discricionariedade que naturalmente há-de ser concedida ao legislador ordinário na actuação normativa do princípio da igualdade, este, in casu, e atentas as especificidades do estilo de vida dos nómadas (por via da sensação de impunidade que a ausência de residência permanente e o desconhecimento da sua identidade lhes proporciona, particularmente propensos a “resolver” na área criminal as suas crises económicas), de modo algum ultrapassara a fronteira que iniludivelmente separa o campo da igualdade do campo da desigualdade”.

Merece destaque a declaração de voto de VITAL MOREIRA: “Agora, como antes, a razão de ser do estabelecimento de um regime de ‘vigilância especial’ policial radica, na ideia preconcebida (culturalmente ainda enraizada) de que os ciganos, sobretudo quando nómadas, são delinquentes potenciais, por atavismo ráxico ou idiosincrasia étnica. Ora, como se demonstrou no Parecer n.º 14/80 da antiga Comissão Constitucional (Pareceres, vol. 12) — que fundamentou a referida declaração de inconstitucionalidade das normas afins do Regulamento de 1920 —, a discriminação em função do modo de vida errante dos ciganos, enquanto tais, não tem um fundamento material razoável, já que assenta tão-só num juízo de suspeição dirigido a certos grupos de pessoas pelo facto de viverem segundo determinados usos e costumes que lhes são próprios — em termos de tradições étnicas e culturais — e que merecem ser havidos como legítimos numa sociedade aberta ao pluralismo de concepções e práticas de vida, em que aqueles usos e costumes, ainda que socialmente heterodoxos, não são todavia censuráveis como comportamentos ‘desviantes’ e muito menos podem ter-se por ilícitos ou, sequer, apenas como penalmente “tolerados”. (...) A discriminação em função da raça está expressamente proibida no artigo 13.º, n.º 2, da CRP. Mas, mesmo que se entendesse que o motivo da discriminação contra os ciganos não é propriamente a sua raça (visto não se abrangerem os ciganos sedentários), mas sim o seu modo de vida errante, conforme às suas tradições culturais, a verdade é que é unanimemente entendido que a enumeração dos motivos de não discriminação constantes do n.º 2 do art. 13.º da Constituição é meramente enunciativa. A este propósito, pode ler-se no Acórdão do TC n.º 203/86 (DR, II S, n.º 195, de 26/8/86): ‘Ao quadro do n.º 2 do art.º 13.º, dado o seu carácter simplesmente indicativo, terão por força de ser acrescentados (...) quaisquer outros motivos que, na perspectiva dos direitos considerados, se revelem, em análise objectiva da situação comparativa, irrazoáveis e arbitrários’”.

cidadãos o mesmo tratamento, mas antes um tratamento como igual⁹⁸.

As medidas de diferenciação serão legítimas quando se baseiem numa distinção objectiva de situações, tenham um fim legítimo e sejam proporcionais à satisfação do seu objectivo. A desigualdade tem de ser justificada materialmente⁹⁹. O tratamento desigual deve pautar-se por critérios de justiça, exigindo-se, desta forma, uma correspondência entre a solução desigualitária e o parâmetro de justiça que lhe empresta fundamento material.

ii) O artigo 26.º da CRP

O artigo 26.º, n.º 1, da CRP, com a epígrafe “*outros direitos pessoais*”¹⁰⁰, pro-

⁹⁸ Segundo JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pág. 109-110, esta garantia resulta, em última análise, da incidível ligação que, em Estado de Direito, existe entre o princípio da igualdade e a dignidade da pessoa humana. Sobre a base antropológica constitucionalmente estruturante do Estado de Direito, ver GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, págs. 248 e 249. Sobre a exigência do princípio da reciprocidade de uma igualdade onto-antropologicamente fundada, ver FARIA COSTA, “O princípio da igualdade, o direito penal e a constituição”, *RLJ* 3974 (2012), pág. 285.

⁹⁹ Veja-se, por todos, o Acórdão TC n.º 232/03 [Relator: RUI MOURA RAMOS], de 13 de Maio: “o princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da Constituição da República (...) proíbe diferenciações de tratamento, salvo quando estas, ao serem objectivamente justificadas por valores constitucionalmente relevantes, se revelam racional e razoavelmente fundadas. Tal proibição não alcança assim as discriminações positivas, em que a diferenciação de tratamento se deve ter por materialmente fundada ao compensar desigualdades de oportunidades. Mas deve considerar-se que inclui as chamadas ‘discriminações indirectas’, em que, e sempre que tal se revele justificável de um ponto de vista objectivo, uma determinada medida, aparentemente não discriminatória, afecte negativamente em maior medida, na prática, uma parte individualizável e distinta do universo dos destinatários a que vai dirigida”.

A suspeição deve ser activada, segundo JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pág. 114, nas discriminações tradicionalmente tidas como injustificadas (e de que o nosso artigo 13.º, n.º 2, dá conta), e sempre que a diferenciação de tratamento for dirigida ao reforço das posições, correntes ou concepções maioritárias, distorcendo, em favor dos que já dispõem de condições objectivas à partida mais favoráveis, as regras de uma competência livre entre ideias, grupos ou posições em concorrência (...) ou, como diz DWORKIN, sempre que a diferença negativa de tratamento resulta da especial vulnerabilidade de um grupo a preconceitos, hostilidade ou estereótipos e se projecta na conseqüente diminuição do seu *status* na comunidade política. Por outro lado, mesmo quando a diferenciação não caia dentro da categoria suspeita, ainda assim o controlo deve ir mais além do que um mero controlo do arbítrio, mormente quando se lida com restrições à liberdade. Ou seja, qualquer afectação por força de tratamento desigual não se deve bastar com a simples exclusão do arbítrio, mas deve, pelo menos, ser sujeita a um tipo de controlo tão rigoroso quanto o aplicável às restrições aos direitos fundamentais. Assim, a fundamentação exigida a qualquer diferenciação tem, no mínimo, de passar o teste da proibição do excesso, o que remete o julgador, em grande medida, para decisões fundadas em ponderação de interesses em confronto no caso concreto. O controlo constitucional da igualdade está sujeito a diferentes níveis de densidade consoante os interesses em jogo, a existência de categorias suspeitas, a gravidade da diferenciação ou o grau e intensidade de afectação de direitos fundamentais. MARIA DA GLÓRIA FERREIRA PINTO (DIAS GARCIA), “Princípio da Igualdade: Fórmula vazia ou fórmula ‘carregada’ de sentido?”, *Separata do BMJ* n.º 358, Lisboa, 1987, pág. 37, critica a tese que faz coincidir o princípio da igualdade com o princípio da proibição de discriminações materialmente desrazoáveis. Embora esta concepção do princípio da igualdade já contenha uma abertura a uma ideia material, estas teses afastam a norma ou a decisão jurídica arbitrárias, mas não a norma ou a decisão jurídica injustas.

Sobre o conceito objectivo de estatuto, aquele correspondente à pertença da pessoa a certa comunidade, grupo, associação, profissão ou posição na sociedade, ver PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 84.

¹⁰⁰ O artigo 26.º consagra vários direitos da mesma categoria dos direitos pessoais. Para JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “A tutela de bens da personalidade na constituição e na jurisprudência constitucional portuguesas (algumas notas)”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho III*, organizados por FERNANDO ALVES CORREIA, JÓNATAS MACHADO e JOÃO LOUREIRO, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pág. 848, o facto de estarem reunidos no mesmo preceito “*acentua a sua identidade de natureza e de função, porque igualmente integrantes, tal como o direito à vida e à integridade física consagrados nas disposições antecedentes, da esfera nuclear da personalidade*”.

clama que a todos é reconhecido o direito “à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação”¹⁰¹. Não sendo atribuída grande importância a esta norma pela doutrina — JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS¹⁰² consideram que este direito “é a expressão subjectivada do princípio da igualdade consagrado no artigo 13.º e nessa medida poderia defender-se que é tautológico” — ela parece, todavia, “impor um dever de legislar sempre que seja necessário tomar medidas para combater as formas de discriminação que a Constituição considera intoleráveis. Por outro lado, contribui para esclarecer e reforçar o sentido e alcance dos outros direitos pessoais”, ainda segundo os mesmos autores.

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA¹⁰³, reconhecendo que não é fácil o recorte jurídico e dogmático deste direito¹⁰⁴, encontram no direito à não discriminação uma dimensão subjectiva e uma dimensão objectiva. Na sua *dimensão subjectiva*, este direito terá conteúdo útil e autónomo como um direito especial de igualdade, dada a natureza de direito pessoal beneficiador do regime jurídico dos direitos, liberdades e garantias, e apresenta-se, ainda, como um direito subjectivo fundamentalmente reconduzível a um direito à prática de não discriminação¹⁰⁵. Na sua *dimensão objectiva*, apontará essencialmente para a efectivação e promoção da exigência de igualdade de tratamento, *id est*, da exigência de protecção com a prática de discriminação. Para estes autores, para além do enunciado ser uma norma autorizativa de medidas legais promotoras da igualdade, é também uma imposição constitucional consagradora do dever de protecção dos poderes públicos para assegurarem, na prática, a supressão ou a neutralização de actos ou comportamentos discriminatórios, ou seja de um típico direito de conteúdo positivo.

O dever de protecção contra actos de discriminação configura-se, em primeiro lugar, como um dever objectivo de protecção das entidades públicas contra formas de discriminação, e, em segundo lugar, como um direito subjectivo à emanação de medidas (sendo que a admissibilidade de um direito subjectivo concreto à legislação antidiscriminatória está sujeita aos requisitos restritivos da responsabilidade por omis-

¹⁰¹ A Constituição contém várias garantias contra discriminação em domínios específicos: cfr. artigo 35.º, n.º 3 (tratamento informático de dados pessoais); 46.º, n.º 4 e 160.º, n.º 1, alínea c) (proibição de organizações racistas); 59.º, n.º 1, alínea e) (direitos dos trabalhadores); 36.º, n.º 3 (discriminação de filhos nascidos fora do casamento); 55.º, n.º 2 (garantia de direitos dos trabalhadores no exercício da liberdade sindical); 69.º, n.º 1 (não discriminação das crianças); e 109.º (não discriminação em razão do sexo no acesso a cargos políticos).

¹⁰² JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, anot. ao artigo 26.º, pág. 294, IX

¹⁰³ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2007, anot. ao artigo 26.º, págs. 469-470, XII.

¹⁰⁴ O enunciado linguístico — direito à protecção legal — suscita, todavia, dificuldades hermenêuticas. Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2007, anot. ao artigo 26.º, pág. 470, XIII.

¹⁰⁵ O direito à protecção contra quaisquer formas de discriminação, segundo GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2007, anot. ao artigo 26.º, pág. 470, XII, perfila-se como direito subjectivo à não discriminação quando existe um tratamento discriminatório directo, assente sobretudo em quaisquer das características protegidas no artigo 13.º, n.º 2, mas também contra as discriminações indirectas, aquelas desigualdades de tratamento que embora não façam apelo a elementos considerados, de forma expressa pela Constituição como discriminatórios, acabam em muitos casos por encontrar fundamento nesses pressupostos. Impõe-se neste último caso um reforço da fundamentação ou das causas de justificação para a adopção de determinadas soluções. A justa medida ou proporcionalidade (necessidade, adequação, proporcionalidade) de um tratamento diferenciado carece de especial justificação. Na jurisprudência, veja-se o Acórdão TC n.º 247/2005 [Relatora: MARIA JOÃO ANTUNES], de 10 de Maio.

são e da subjectivação dos deveres de protecção de direitos, liberdades e garantias por parte do Estado em relação a terceiros)¹⁰⁶. Na síntese de JORGE REIS NOVAIS¹⁰⁷, “a Constituição cria, ela própria, uma área juridicamente delimitável de livre acesso dos particulares ao bem jurídico, mas o juízo de prognose sobre a oportunidade, os efeitos e a orientação das medidas legislativas a tomar são essencialmente da responsabilidade do poder político democraticamente legitimado”.

A pergunta que cabe fazer agora é a da adequação ou pertinência do que vimos de dizer como elemento regulatório das relações entre particulares. Estão os particulares vinculados pelo princípio da igualdade? Devem os particulares obediência ao princípio da não discriminação? Para quem considerar que a resposta há-de ser positiva, a legislação que referimos nos pontos anteriores tem um efeito meramente concretizador, e em alguns casos até limitador, da ordenação constitucional vinculativa. Para os defensores de uma resposta negativa, a limitação da liberdade da escolha da contraparte negocial não resulta directamente do quadro constitucional, mas antes de restrições impostas ao nível infraconstitucional. Esta diversidade de regimes e de ponderações justifica, por agora, uma breve análise ao problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre privados¹⁰⁸, questão intimamente ligada ao problema da constitucionalização do direito privado¹⁰⁹ e à complexidade e diferenciação dos direitos fundamentais.

iii) A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre privados

Como escreveu GOMES CANOTILHO¹¹⁰, “hoje, um dos temas mais nobres da dogmática jurídica diz respeito às imbricações complexas da irradiação dos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos (*Drittwirkung*) e do dever de protecção de direitos fundamentais por parte do poder público em relação a terceiros (*Schutzpflicht*) na ordem jurídico-privada dos contratos”. É esta a questão que vamos revisitare no ordenamento jurídico português, partindo da assunção que no debate valorativo a ter lugar, o direito de propriedade, que apresente uma ligação à personalidade, tem necessariamente uma palavra a dizer.

Concordamos com CANARIS¹¹¹, quando refere que a influência da Constituição

¹⁰⁶ VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 140, sobre os deveres de protecção ao nível da intervenção legislativa: “Uma das limitações substanciais à protecção estadual de direitos fundamentais é justamente imposta pelos direitos dos outros, em particular pelos seus direitos e liberdades fundamentais: assim, quando a protecção dos direitos de uma pessoa possa pôr em causa a esfera jurídica de terceiros, exige-se que essa protecção seja medida por uma ponderação dos bens ou valores em presença e que respeite o princípio da proporcionalidade, nos termos gerais válidos para as situações de colisão ou de conflito. E limitações e imposições semelhantes hão-de valer quando estejam em causa valores comunitários relevantes (incluindo também a liberdade geral) que ao Estado cumpre assegurar”.

¹⁰⁷ JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pág. 135.

¹⁰⁸ É a questão da aplicabilidade (validade e eficácia) dos preceitos fundamentais relativos aos direitos, liberdades e garantias nas relações entre particulares. Esta questão foi baptizada por IPSEN e exportada sob a veste do problema da *Drittwirkung* (eficácia externa ou efeitos em relação a terceiros) dos direitos fundamentais. Entre nós, VIEIRA DE ANDRADE critica a designação de “eficácia horizontal”, por existirem relações de poder (verticais, *hoc sensu*) entre particulares, e considera adequado falar-se no problema da “validade nas relações entre particulares”. É a sugestão deste autor que seguiremos.

¹⁰⁹ Sobre o tema, vide o que diremos no capítulo seguinte.

¹¹⁰ GOMES CANOTILHO, “Dogmática de direitos fundamentais e direito privado”, em INGO WOLFGANG SARLET (ed.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003, pág. 400.

¹¹¹ CLAUS-WILHELM CANARIS, “A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na

pode ser apreendida com algumas poucas figuras argumentativas, provavelmente utilizáveis na maioria dos ordenamentos jurídicos, o que lhes confere uma dimensão internacional. “*Mas o perfil da solução dos problemas de cunho material, concretos e individuais, continua sendo em larga escala uma questão a ser solvida no âmbito do respectivo direito nacional*”.

Na verdade, desde há muito¹¹² que se vêm desenhando as tradicionais posições monistas e dualistas¹¹³, e, mais recentemente, tributária destas últimas¹¹⁴, a teoria dos

Alemanha”, em INGO WOLFGANG SARLET (ed.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003, págs. 242-243.

¹¹²Veja-se já FEDERICO DE CASTRO, “El Derecho civil y la Constitución”, *Rev. der. priv.* 257 (1935), págs. 3 e ss.

¹¹³As posições monistas puras defendem a aplicabilidade directa dos preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais nas relações entre privados (NIPPERDEY e LEISNER) ao passo que as posições dualistas admitem uma relevância apenas indirecta ou a aplicabilidade mediata dos direitos fundamentais nas relações entre privados, mediante a intervenção do legislador do direito privado (DÜRIG). Como ensina VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 234 e ss., no espaço determinado por estas posições, surgiram soluções diferenciadas. SCHWABE distingue os direitos de liberdade dos direitos de igualdade (a ofensa dos primeiros seria sempre imputável ao Estado, na ofensa dos segundos, os poderes públicos só poderiam intervir em casos de discriminação grave). HESSE defende que não deve reconhecer-se a eficácia dos direitos em relação a particulares onde esse reconhecimento restrinja liberdade permitida pelo Direito Privado (admitindo, por exemplo, a liberdade de um testador deixar a quota disponível só aos filhos ou só às filhas).

As teorias, partindo de pressupostos distintos ou operando por vias diversas, chegavam ao mesmo resultado prático. Por um lado, as teorias dualistas admitiam *de facto* a influência das normas de valor dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, através das cláusulas gerais de direito privado, v.g. os bons costumes ou a ordem pública, embora essas cláusulas filtrassem, na sua concretização, o conteúdo das normas constitucionais, mantendo o “*espírito jusprivatístico*”. Por seu lado, as teorias da aplicação directa assumiam que esta não vale para todos os direitos fundamentais, mas que é necessária uma análise em concreto para ver se um específico direito fundamental vincula, e em que medida, o comportamento dos particulares.

De acordo com a primeira teoria, os direitos, liberdades e garantias e direitos de natureza análoga aplicam-se obrigatória e directamente no comércio jurídico entre entidades privadas (individuais ou colectivas). Teriam, pois, uma eficácia absoluta, podendo os indivíduos, sem qualquer necessidade de mediação concretizadora dos poderes públicos, fazer apelo aos direitos, liberdades e garantias. Para a teoria referida em segundo lugar, os direitos, liberdades e garantias teriam uma eficácia indirecta nas relações privadas, pois a sua vinculatividade exercer-se-ia *prima facie* sobre o legislador, que seria obrigado a conformar as referidas relações obedecendo aos princípios materiais positivados nas normas de direito, liberdades e garantias.

¹¹⁴Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 239 e ss. A teoria que faz apelo aos deveres de protecção estadual perante terceiros molda a sua construção segundo a ideia de que o Estado, além do dever de respeitar os direitos fundamentais, e de criar as condições necessárias para a sua efectivação, tem ainda o dever de os proteger contra quaisquer ameaças, incluindo as que resultam da actuação de outros particulares. Esse dever geral decorre do princípio do Estado de Direito e do correspondente monopólio estadual da autoridade e do uso da força legítima, vista que os particulares, salvo situações excepcionais, só podem evitar ou defender-se das agressões dos seus direitos por outros particulares se os poderes públicos proibirem, prevenirem e reprimirem tais ofensas.

Na expressão de CLAUS-WILHELM CANARIS, “A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha”, em INGO WOLFGANG SARLET (ed.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003, pág. 238: “*o Estado ou o ordenamento jurídico estão, em princípio, obrigados a proteger um cidadão contra o outro também nas relações entre si*”. Alguns autores retiram do monopólio estadual da autoridade a ideia de responsabilidade pública por qualquer agressão, por privados, dos direitos fundamentais de uma pessoa, afirmando que essa ofensa é sempre imputável ao Estado, pois que, ou foi permitida por uma lei, ou pela ausência de uma lei, quando não resultou da falta de prevenção ou de repressão do incumprimento da lei em vigor.

O dever de protecção aparece associado a um princípio de protecção suficiente, formulado negativamente como princípio de proibição do défice (*Untermassverbot*) que, ao contrário do princípio simétrico – princípio da proibição do excesso (*Übermassverbot*), é entendido pela maioria da doutrina como um princípio orientador – não tem de ser visto como uma protecção mínima, mas também não impõe

deveres de protecção. Estas posições têm sido discutidas em vários países¹¹⁵, e também

uma protecção máxima, seja na medida em que tem de respeitar o princípio da proporcionalidade quando atinja outros direitos e liberdades ou valores comunitários semelhantes, com relevo especial para a autonomia privada, seja na medida em que há-de respeitar a liberdade constitutiva do legislador, que pode e deve graduar a protecção conforme os valores ou bens jurídicos em causa, a intensidade da ameaça e a possibilidade de autodefesa do particular.

A ideia de liberdade e de responsabilidade individual pela ofensa de direitos fundamentais de outrém vale, quer no âmbito contratual (em que haverá uma autolimitação), quer nas relações extracontratuais (em que a ofensa é directamente imputável ao particular), de modo que o Estado só pode ser corresponsabilizado na medida em que haja incumprimento de um dever específico, seja de um dever específico de protecção do legislador, seja de um dever específico de cumprimento da lei pelo poder administrativo ou judicial.

¹¹⁵ Na Alemanha, a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, estabelece no art. 1.º, n.º 3, que “os direitos fundamentais que se seguem vinculam o legislador, o poder executivo e o poder judicial como direito imediatamente vigente”. Sobre a forma como o Tribunal do Reich antecipou a doutrina da eficácia jurídico-privada indirecta dos direitos fundamentais, cfr. JÖRG NEUNER “A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado alemão”, em PINTO MONTEIRO, JÖRG NEUNER, INGO SARLET, *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*, Almedina, Coimbra, 2007, págs. 217-219, e as referências que aí se encontram. A GG de 1949 com direitos fundamentais vinculativos (por oposição ao modelo da Constituição de Weimar de 1919, cujas normas eram tidas como meramente programáticas) e a célebre decisão alemã no caso Lüth, julgado em 1958, que assinala o significado jurídico objectivo dos direitos fundamentais e seu efeito irradiador no direito civil (os magistrados, ao interpretarem cláusulas gerais e ao concretizarem conceitos legais indeterminados, devem considerar, como directrizes, os direitos fundamentais consagrados na Constituição, sem que isso implique que o litígio perca a sua natureza de lide privada) permitiram a consolidação do valor dos *Grundrechte* (direitos constitucionais fundamentais) não são apenas *Abwehrrechte* (direitos defensivos perante o Estado) mas também como representando uma ordem de valores objectivos (*objektive Wertordnung*). Os direitos fundamentais ganham, assim, uma função horizontal, ou seja têm um efeito indirecto nos negócios privados (*mittelbare Drittwirkung*). Note-se, ainda, que a GG faculta aos particulares o recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) com fundamento em “*ter sido lesado por um poder público num dos seus direitos fundamentais*”, nos termos do artigo 93.º, IV da GG. É consensual que os tribunais cíveis devem ser considerados “*poder público*” nesse sentido, sendo, por conseguinte, possível recorrer ao Tribunal Constitucional Federal contra toda e qualquer sentença do tribunal cível de última instância, isto é, sobretudo do Supremo Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*).

No Brasil, a questão colocou-se, sobretudo, com a aprovação da Constituição Federal Brasileira de 1988, que enuncia entre os seus princípios e objectivos fundamentais a dignidade da pessoa humana, e no seu Título II sobre direitos e garantias fundamentais, apresenta um extenso e diferenciado rol de relações jurídicas expressamente apelidadas de fundamentais. O artigo 5.º, §1, estabelece que expressamente que “*as normas definidoras dos direitos e garantias têm aplicação imediata*”. Cfr., por todos, INGO SARLET, “A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro”, em PINTO MONTEIRO, JÖRG NEUNER, INGO SARLET, *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*, Almedina, Coimbra, 2007, págs. 111 e ss. A doutrina constitucionalista, fortemente influenciada pela doutrina portuguesa, espanhola e alemã, tem discutido o tema da eficácia directa ou indirecta dos direitos fundamentais. A doutrina do direito privado, fortemente influenciada por autores italianos como Pietro Perlingieri, desenvolveu um Direito Civil-Constitucional, construído a partir do princípio da interpretação conforme à constituição. Cfr. INGO SARLET, “A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro”, em PINTO MONTEIRO, JÖRG NEUNER, INGO SARLET, *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 113. Outros autores defendem abertamente a constitucionalização do direito civil, recorrendo directa e extensamente à Constituição para solucionar problemas típicos de direito civil. Esta tendência era especialmente forte antes da aprovação do actual Código Civil, de 2002, perante a vigência de um Código Civil antigo (de 1916) e de uma constituição desenvolvida e analítica (de 1988), a que se recorria amiúde para ultrapassar a desactualização do Código Civil.

A Constituição espanhola determina no seu artigo 9.º, n.º 1, que “*Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*”, e no artigo 53.º, n.º 1, 1.ª parte que “*Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos*”. Em Espanha, o debate sobre a eficácia dos direitos fundamentais entre privados desenvolve-se sobretudo na esfera do processo constitucional. O artigo 41.º, n.º 2, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional (na redacção que lhe foi dada pela Lei Orgânica 6/2007, de 24 de Maio), determina que “*El recurso de amparo constitucional protege, en los términos que esta ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo*

o institucional, así como de sus funcionarios o agentes". Sendo as condutas de particulares que violem direitos fundamentais julgadas pelos tribunais judiciais, estes terão, ao julgarem esses litígios, de aplicar os direitos fundamentais nas relações entre privados. O artigo 44.º, ao estabelecer um recurso de amparo contra violações causadas por órgãos judiciais (*Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial*), acentua a dificuldade da questão. Ainda que o debate doutrinal não tenha permitido chegar a um consenso sobre a matéria, existe acordo entre os operadores jurídicos, em primeiro lugar, de que os direitos fundamentais têm vigência social e, em segundo lugar que o reconhecimento dos direitos fundamentais tem consequências diferentes para os poderes públicos e para os privados. Cfr. JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS, "¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?", em INGO WOLFGANG SARLET (ed.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003, págs. 307 e ss., e JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS, "La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento Español", em PINTO MONTEIRO, JÖRG NEUNER, INGO SARLET, *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*, Almedina, Coimbra, 2007, págs. 183-184. Para uma visão geral do debate doutrinal, veja-se J. ALFARO AGUILA-REAL, "Autonomía privada e derechos fundamentales", *Anuario de Derecho Civil* 46 (1993), págs. 57 e ss.

No Reino Unido, o *Human Rights Act* de 1998 estabelece no seu artigo 6(1) que "*It is unlawful for a public authority to act in a way which is incompatible with a Convention right*". O n.º (3) esclarece que "*public authority includes: (a) a court or tribunal (...)*". É entendido entre a doutrina que estas duas normas tornam ilícita a conduta dos tribunais incompatível com os direitos reconhecidos pela CEDH, o que inclui as situações em que os tribunais exercem o seu poder decisório não só no campo do direito público mas também no campo do direito privado. O modo como é considerado o problema da eficácia horizontal dos direitos privados tem, pois, uma grande proximidade, com o âmbito dos deveres de protecção dos direitos fundamentais. Os casos emblemáticos que despotelaram a questão foram os casos *Campbell v MGN Ltd* [2004] UKHL 22 (6 de Maio de 2004), *Douglas & Anor v Northern And Shell Plc & Anor* [2000] EWCA Civ 353 (21 de Dezembro de 2000) e *Ghaidan v. Godin-Mendoza* [2004] UKHL 30 (21 de Junho de 2004).

No caso *Campbell v MGN Ltd* [2004] UKHL 22 (6 de Maio de 2004), estava em causa um artigo publicado por um jornal, em que se noticiava "*Naomi: I am a drug addict*" e se publicava uma fotografia da famosa modelo Naomi Campbell à saída de uma clínica de reabilitação. A modelo pediu uma compensação nos termos do Data Protection Act de 1998, e o Tribunal reconheceu que o conflito entre o direito de privacidade (divulgação ilícita de informação privada) e a liberdade de expressão, que remetem para os artigos 8.º e 10.º da CEDH, existe não só na relação entre o indivíduo e autoridades públicas, mas também nas relações entre particulares. Cfr. GAVIN PHILLIPSON'S "Transforming Breach of Confidence? Towards a Common Law Right of Privacy under the Human Rights Act", *MLR* 66 (2003), págs. 726 e ss (o Tribunal de Estrasburgo decidiria mais tarde que o artigo 8.º vincula particulares, no caso *Von Hannover c. Alemanha*). Em *Douglas & Anor v Northern And Shell Plc & Anor* [2000] EWCA Civ 353 (21 de Dezembro de 2000), decidiu-se sobre uma injunção pela qual Michael Douglas e Catherine Zeta-Jones pretendiam impedir a publicação de fotografias do seu casamento na revista *Hello!*. No caso *Ghaidan v. Godin-Mendoza* [2004] UKHL 30 (21 de Junho 2004), o requerente alegava que constituía discriminação com base na sua orientação sexual, e portanto contrária ao artigo 14.º, o preceito que determinava a transmissão do arrendamento por morte apenas a parceiro heterossexual (convocando o Parágrafo 1 (2) do *Rent Act* de 1977, o n.º 3 do Act 1998 e o artigo 14.º, n.º 3, da CEDH. Sobre este caso ver NICHOLAS BAMFORTH, "A constitutional basis for anti-discrimination protection?", *L.Q.R.* 119 (2003), págs. 215-221.

O caso *Re S (a child)*, [2004] UKHL 47 (28 de Outubro de 2004), pronunciou-se sobre uma ordem que proibisse a publicação pelos jornais da identificação de uma arguida acusada de homicídio, de modo a proteger o seu filho, de 8 anos, que não estava envolvido no processo criminal. Sobre o conceito de autoridade pública *versus* entidade privada, vide *YL v. Birmingham City Council & Ors* [2007] UKHL 27 (20 de Junho de 2007) [sobre este caso, ver STEPHANIE PALMER, "Public Functions and Private Services: A Gap in Human Rights Protection", *Int'l J. Const. L.* 6 (2008), págs. 585-604]; *Salford City Council v Mullen* [2010] EWCA Civ 336, de 30 de Março de 2010; *Manchester City Council v Pinnock* [2010] UKSC 45, de 3 de Novembro de 2010; *London Borough of Hounslow v Powell* [2011] UKSC 8, de 23 de Fevereiro de 2011; *Leeds City Council v Hall* ("Hall") and *Birmingham City Council v Frisby* ("Frisby"); *Parochial Church Council of the Parish of Aston Cantlow and Wilmcote with Billesley, Warwickshire v Wallbank & Anor* [2003] UKHL 37 (26 de Junho de 2003). Sobre a ocupação de um parque de caravanas para ciganos, vide *Smith (On Behalf of the Gypsy Council) v Buckland* [2007] EWCA Civ 1318 (12 de Dezembro de 2007).

Destaque merece ainda o *Wilson & Ors v. Secretary of State for Trade and Industry* [2003] UKHL 40 (10 de Julho de 2003), e que decidiu da compatibilidade do artigo 127 (3) do *Consumer Credit Act* de 1974 com o artigo 3.º, n.º 1, do *Human Rights Act 1998*, e artigos 6.º da CEDH (tutela judicial efectiva) e o artigo 1 do Protocolo 1 à Convenção (direito de propriedade). O caso era o seguinte. Em Janeiro de 1999, a Sra. Wilson havia assinado um contrato de mútuo dando o seu automóvel como garantia. O contrato não respeitava as exigências do n.º 61(1)(a) do *1974 Act* conjugado com a *Schedule 6* do *Consumer Credit (Agre-*

na União Europeia¹¹⁶, mas limitaremos a nossa análise especificamente às respostas

ements) Regulations de 1983 (que exigia que fosse mencionado o real valor do montante mutuado), pelo que só era eficaz contra o mutuário após uma determinação do tribunal. Todavia, para esta determinação ser emitida, era necessário, segundo a secção 127(3), que existisse um documento assinado pelo devedor, contendo todos os termos do acordo, o que não acontecia no caso concreto. Sendo o contrato de mútuo ineficaz, ineficaz era a garantia (secção 113). A Sra. Wilson poderia, pois, reter o dinheiro que havia sido objecto de mútuo e pedir a restituição do automóvel dado em garantia. O tribunal considerou que os artigos 65(1) e 127(3), ao limitarem a possibilidade de o credor fazer valer os seus direitos contratuais bem como a garantia dada, violavam os direitos do mutuante a um julgamento justo e ao gozo pacífico dos seus bens. Ver, ainda, *Wilson v First County Trust Ltd (No.2)* [2001] EWCA Civ 633.

Na doutrina, seleccionámos, DAVID PANNICK AND ANTHONY LESTER, “The Impact of the Human Rights Act on Private Law: the Knight’s Move”, *L.Q.R.* 116 (2000), págs. 380 e ss; NICHOLAS BAMFORTH, “A Constitutional Basis for Anti-Discrimination Protection?”, *L.Q.R.* 119 (2003), págs. 215 e ss; RICHARD BUXTON, “The Human Rights Act and Private Law”, *L.Q.R.* (116) 2000, págs. 48 e ss. (defendendo uma eficácia horizontal muito limitada); THOMAS RAPHAEL, “The Problem of Horizontal Effect”, *E.H.R.L.R.* 5 (2000), págs. 493 e ss; OLHA O. CHEREDNYCHENCO, “Fundamental Rights and Private Law: A Relationship of Subordination or Complementarity?”, *Utrecht Law Review* 3 (2007), págs. 14 e ss. De forma isolada, defendendo efeito horizontal pleno, ver WILLIAM WADE QC, “Horizons of Horizontality”, *L.Q.R.* 116 (2000), pág. 220; BASIL S. MARKESINIS, “Privacy, Freedom of Expression, and the Horizontal Effect of the Human Rights Bill: Lessons from Germany”, *L.Q.R.* 115 (1999), pág. 79, defende a eficácia directa, aduzindo vários argumentos; HUGH BEALE e NICOLA PITTAM, “The Impact of the Human Rights Act 1998 on English Tort and Contract Law”, em DANIEL FRIEDMAN e DAPHNE BARAK-EREZ, *Human Rights in Private Law*, Hart Publishing, 2011, págs. 131 e ss; RICHARD STONE, *The Modern Law of Contract*, 8.ª edição, Routledge-Cavendish, Londres- Nova-Iorque, 2009, pág. 507, sobre a discriminação como violação da ordem pública.

Sobre a análise das estruturas constitucionais mais ou menos facilitadoras da questão nos diversos países, veja-se MARK TUSHNET, “The Issue of State Action/Horizontal Effect in Comparative Constitutional Law”, *Int’l J. Const. L.* 1 (2003), págs. 84 e ss; SANDRA FREDMAN, “Breaking the Mold: Equality as a Proactive Duty”, *Am. J. Comp. L.* 60 (2012), págs. 265 e ss, e LUC B. TREMBLAY, “Promoting Equality and Combating Discrimination through Affirmative Action: The same Challenge? Questioning the Canadian Substantive Equality Paradigm”, *Am. J. Comp. L.* 60 (2012), págs. 181 e ss.

¹¹⁶ Em 2005, o Tribunal de Justiça reconheceu um novo princípio geral do Direito da União Europeia, o princípio da não discriminação em função da idade, no caso C-144/04, *Mangold v Helm*.

Em 26 de Junho de 2003, W. Mangold, então com 56 anos, celebrou um contrato com R. Helm, que exerce a profissão de advogado, tendo esse contrato começado a produzir efeitos a 1 de Julho de 2003. O contrato tinha uma duração determinada, com base no §14, n.º 3, da lei relativa ao trabalho a tempo parcial e aos contratos de duração determinada [doravante TzBfG] (...), que determinava, na sua primeira frase: “*A celebração de contratos de trabalho a termo não requer uma razão objectiva quando o trabalhador já tenha completado 58 anos de idade no início dessa relação laboral*”.

O Tribunal de Trabalho de Munique teve dúvidas quanto à compatibilidade do §14, n.º 3, primeira frase, da TzBfG com o direito comunitário – que entretanto fora modificado pela Primeira Lei relativa à modernização das prestações de serviços no mercado de trabalho, de 23 de Dezembro de 2002 (BGBl. 2002 I, pág. 14607, a seguir “Lei de 2002”), e passou a ter, a partir de 1 de Janeiro de 2003, a seguinte redacção: “*A celebração de contratos de trabalho a termo não requer uma razão objectiva quando o trabalhador já tenha completado 58 anos de idade no início dessa relação laboral. Não é possível celebrar um contrato de duração determinada quando com o mesmo empregador exista uma relação objectiva e estreita com um anterior contrato de trabalho de duração indeterminada. Deve considerar-se que existe essa relação objectiva estreita quando entre os dois contratos de trabalho medeia um intervalo de tempo inferior a seis meses. Até 31 de Dezembro de 2006, a idade de 58 anos indicada na primeira frase é substituída pela idade de 52 anos*” – e, suspendendo a instância, colocou ao Tribunal de Justiça, entre outras, as seguintes questões prejudiciais: “2) O artigo 6.º da Directiva 2000/78 [...] deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional que – como a que está em causa no presente litígio – permite a celebração de contratos de trabalho a termo com trabalhadores com 52 anos de idade, sem que se verifique uma razão objectiva – ao contrário do que estipula o princípio que exige essa razão objectiva? 3) No caso de resposta positiva a uma destas três questões: o juiz nacional é obrigado a não aplicar a norma de direito nacional contrária ao direito comunitário, aplicando-se então o princípio geral do direito interno segundo o qual a fixação de termo ao contrato de trabalho apenas é permitida quando se verifique uma razão objectiva?”.

O Tribunal começou por recordar que em conformidade com o seu artigo 1.º, a Directiva 2000/78 tinha por objecto estabelecer um quadro geral para lutar, em matéria de emprego e de trabalho, contra as discriminações baseadas num dos motivos a que se refere esse artigo, designadamente a idade e por constatar que o §14, n.º 3, da TzBfG, ao prever a possibilidade de os empregadores celebrarem sem restrições contratos a termo com trabalhadores que tenham atingido os 52 anos de idade, estabelecia uma diferença de tratamento directamente baseada na idade (paras. 56 e 57).

No que respeita, precisamente, às diferenças de tratamento em razão da idade, o artigo 6.º, n.º 1, da Directiva 2000/78 dispõe que os Estados-Membros podem prever que essas diferenças de tratamento “*não constituam discriminação se forem objectiva e razoavelmente justificadas, no quadro do direito nacional, por um objectivo legítimo, incluindo objectivos legítimos de política de emprego, do mercado de trabalho e de formação profissional, e desde que os meios para realizar esse objectivo sejam apropriados e necessários*”. Essas diferenças de tratamento podem incluir, designadamente, de acordo com o segundo parágrafo, alínea a), do mesmo número, “[o] estabelecimento de condições especiais de acesso ao emprego e à formação profissional, de emprego e de trabalho [...] para os jovens, os trabalhadores mais velhos e os que têm pessoas a cargo, a fim de favorecer a sua inserção profissional ou garantir a sua protecção», bem como, de acordo com as alíneas b) e c), a fixação de condições de idade em determinados casos especiais”.

O Tribunal começou por considerar que a legislação alemã em causa visava claramente favorecer a inserção profissional dos trabalhadores mais velhos desempregados, na medida em que estes deparam com grandes dificuldades para voltar a arranjar emprego e, em princípio, prosseguia um objectivo legítimo de interesse geral, que justificaria, “*objectiva e razoavelmente*”, como previsto no artigo 6.º, n.º 1, primeiro parágrafo, da Directiva 2000/78, o estabelecimento pelos Estados-Membros de uma diferença de tratamento em razão da idade.

No verificação sobre se os meios utilizados para realizar esse objectivo legítimo eram “*apropriados e necessários*”, ainda que reconhecendo que os Estados-Membros dispõem de um amplo poder de apreciação na escolha das medidas susceptíveis de realizar os seus objectivos em matéria de política social e de emprego, o Tribunal concluiu que “*a aplicação de uma legislação nacional como a que está em causa no processo principal conduz a uma situação em que, a todos os trabalhadores que atingiram a idade de 52 anos, sem distinção, quer tenham estado ou não em situação de desemprego antes da celebração do contrato e independentemente da duração do período em que eventualmente estiveram desempregados, podem ser validamente propostos contratos de trabalho a termo, susceptíveis de ser renovados indefinidamente, até à idade em que podem beneficiar de uma pensão de reforma. Esta importante categoria de trabalhadores, determinada apenas em função da idade, corre assim o risco de, durante uma parte substancial da sua carreira profissional, ser excluída do benefício da estabilidade de emprego, que constitui, no entanto, como resulta do acordo-quadro, um elemento da maior importância na protecção dos trabalhadores*” (para. 64). O TJUE considerou que “*na medida em que utiliza a idade do trabalhador em causa como único critério do recurso ao contrato de trabalho a termo, sem que tenha sido demonstrado que a simples fixação de um limite de idade, enquanto tal, independentemente de qualquer outra consideração ligada à estrutura do mercado de trabalho em causa e da situação pessoal do interessado, é objectivamente necessária à realização do objectivo de inserção profissional dos trabalhadores mais velhos em situação de desemprego, tal regulamentação excede o que é apropriado e necessário para alcançar o objectivo prosseguido. O respeito do princípio da proporcionalidade implica, com efeito, que todas as derrogações a um direito individual conciliem, dentro do possível, as exigências do princípio da igualdade de tratamento com as do objectivo prosseguido (v., neste sentido, acórdão de 19 de Março de 2002, Lommers, C-476/99, Colect., p. I-2891, n.º 39). Uma regulamentação nacional desse tipo não pode, portanto, ser justificada nos termos do artigo 6.º, n.º 1, da Directiva 2000/78*”.

Perante a circunstância de, à data da celebração do contrato, o prazo de transposição da Directiva 2000/78 ainda não ter expirado, o Tribunal lembrou que durante o prazo de transposição de uma directiva, os Estados-Membros devem abster-se de adoptar disposições susceptíveis de comprometer seriamente o resultado prescrito por essa directiva (como já decidira no Acórdão Inter-Environnement Wallonie, n.º 45), o que se se verificaria no caso concreto. Mas, mais importante, “*Em segundo lugar e principalmente, a própria Directiva 2000/78 não consagra o princípio da igualdade de tratamento em matéria de emprego e de trabalho. Com efeito, nos termos do seu artigo 1.º, esta directiva tem apenas por objecto ‘estabelecer um quadro geral para lutar contra a discriminação em razão da religião ou das convicções, de uma deficiência, da idade ou da orientação sexual’, encontrando o próprio princípio da proibição dessas formas de discriminação a sua origem, como resulta do primeiro e do quarto considerando da referida directiva, em diversos instrumentos internacionais e nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros. O princípio da não discriminação em razão da idade deve, assim, ser considerado um princípio geral de direito comunitário. (...) Consequentemente, o respeito do princípio geral da igualdade de tratamento, especialmente em razão da idade, não pode, enquanto tal, depender do termo do prazo concedido aos Estados-Membros para transporem uma directiva destinada a aplicar um quadro geral de luta contra as discriminações em razão da idade, designadamente no que respeita à organização das vias processuais adequadas, ao ónus da prova, à protecção contra as represálias, ao diálogo social, às acções positivas e a outras medidas específicas de transposição de uma directiva desta natureza.*” (paras. 74-76).

Apenas alguns dos Estados-membros reconheciam esta expressão do princípio geral da não discriminação nos seus ordenamentos jurídicos. Por outro lado, este princípio já estava expresso no poder específico da União de combater a discriminação em razão da idade (Artigo 19.º TFUE, antigo artigo 13.º), um poder que tinha sido exercido através de uma Directiva. JULIANNE KOKOTT e CHRISTOPH SOBotta, *The Charter of Fundamental Rights of the European Union after Lisbon*, Working Paper 06/2010, Academy of European Law, Instituto Universitário Europeu, Florença, pág. 3, consideram que esta decisão é já um efeito *antecipatório* da Carta.

No Caso C-555/07, *Kucukdeveci v Swedex GmbH & Co KG*, estava em causa saber se o §622, n.º 2, segundo parágrafo, do BGB, na parte em que previa que o tempo de trabalho prestado por um trabalhador antes dos 25 anos de idade não era contabilizado para calcular a duração do aviso prévio, constituía uma medida discriminatória baseada na idade, contrária ao direito da União. Sena Kükükdeveci era empregada da Swedex desde 4 de Junho de 1996, ou seja, desde os 18 anos. Quando foi despedida, o empregador calculou o prazo de aviso prévio como se a trabalhadora tivesse uma antiguidade de 3 anos, apesar de estar ao seu serviço há 10 anos. O Tribunal de Trabalho de Düsseldorf, considerando que do §622 do BGB resultava uma diferença de tratamento com base na idade e, embora não estivesse convencido do carácter inconstitucional da disposição, considerou, pelo contrário, que a sua conformidade com o direito da União (com o direito primário da União, como pareceria resultar do *Mangold*, ou à luz da Directiva 2000/78) era questionável, e submeteu ao Tribunal de Justiça duas questões prejudiciais, sendo a primeira a seguinte: “1) a) *Um regime jurídico nacional nos termos do qual os prazos de aviso prévio de despedimento que a entidade patronal tem de respeitar aumentam gradualmente em função da duração do emprego, mas que não contabiliza o tempo de trabalho prestado pelo trabalhador antes de este completar 25 anos de idade, viola a proibição comunitária da discriminação em razão da idade, nomeadamente o direito primário ou a Directiva 2007/78 [...]?* b) *A circunstância de uma entidade patronal só estar obrigada a respeitar um prazo de aviso prévio mínimo no despedimento de trabalhadores mais novos pode ser justificada pelo facto de se reconhecer à entidade patronal um interesse empresarial numa maior flexibilidade na gestão dos recursos humanos – susceptível de ser afectado por prazos de aviso prévio mais longos – e de não se reconhecer aos trabalhadores mais novos a protecção da estabilidade laboral e das relações jurídicas criadas em função dela (que é concedida aos trabalhadores mais velhos, através de prazos de aviso prévio mais longos), designadamente porque, em virtude da idade deles e/ou da existência de menores obrigações sociais, familiares e pessoais, se lhes exige uma maior flexibilidade e mobilidade profissional e pessoal?”*

O Tribunal começou por situar normativamente a sua resposta, lembrando que o Conselho da União Europeia, nos termos do artigo 13.º CE, adoptou a Directiva 2000/78, e que no acórdão *Mangold* havia considerado que a Directiva não consagrava, em si mesma, o princípio da igualdade de tratamento em matéria de emprego e de trabalho – princípio esse que encontra a sua origem em diversos instrumentos internacionais e nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros -, mas que tem unicamente por objecto estabelecer, nesses mesmos domínios, um quadro geral para lutar contra a discriminação baseada em diversos motivos, entre os quais figura a idade.

No acórdão *Mangold*, o Tribunal de Justiça havia reconhecido a existência de um princípio de não discriminação em razão da idade, que deve ser considerado um princípio geral do direito da União, e que a Directiva 2000/78 concretiza. Mas o TJUE, salientando que o artigo 6.º, n.º 1, TUE enuncia que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia tem o mesmo valor jurídico que os Tratados, convocou ainda o artigo 21.º, n.º 1, desta Carta, na parte em que estabelece que é proibida a discriminação em razão, designadamente, da idade.

Assim sendo, considerou o Tribunal ser “*com base no princípio geral do direito da União que proíbe as discriminações em razão da idade, como concretizado pela Directiva 2000/78, que há que analisar se o direito da União se opõe a uma legislação nacional como a que está em causa no processo principal*” (para. 27).

Num segundo momento, o Tribunal considerou que o §622, n.º 2, segundo parágrafo, do BGB consagrava um tratamento menos favorável aos trabalhadores que tinham sido recrutados pela entidade patronal antes dos 25 anos de idade. Esta legislação nacional criava, pois, uma diferença de tratamento entre pessoas com a mesma antiguidade, em razão da idade que tinham no momento em que foram admitidas na empresa. O artigo 6.º, n.º 1, primeiro parágrafo, da Directiva 2000/78 preceitua que uma diferença de tratamento com base na idade não constitui discriminação, se for objectiva e razoavelmente justificada, no quadro do direito nacional, por um objectivo legítimo, nomeadamente por objectivos legítimos de política de emprego, do mercado de trabalho e de formação profissional, e desde que os meios para realizar esse objectivo sejam apropriados e necessários. Depois de considerar que a norma em causa prosseguia um objectivo legítimo, coube ao TJUE verificar ainda se, segundo a própria redacção da referida disposição, os meios implementados para realizar esse objectivo legítimo eram “*apropriados e necessários*”, num quadro de amplo poder de apreciação dos Estados-Membros na escolha das medidas susceptíveis de realizar os seus objectivos em matéria de política social e de emprego.

Porquanto a legislação nacional em causa visava conceder ao empregador uma maior flexibilidade na gestão do pessoal, aligeirando as obrigações do referido empregador no que respeita ao despedimento dos jovens trabalhadores, aos quais é razoável exigir uma maior mobilidade pessoal ou profissional, o TJUE considerou que esta não era “*adequada para realizar esse objectivo, porquanto é aplicável a todos os trabalhadores que tenham sido recrutados antes dos 25 anos de idade, independentemente da idade que tenham no momento do seu despedimento*” (para. 40). A legislação em causa “*limita o aumento do prazo de aviso prévio do despedimento em função da antiguidade do trabalhador para todos os trabalhadores recrutados pela empresa antes dos 25 anos de idade, ainda que a antiguidade do interessado na empresa seja grande no momento do seu despedimento. Por conseguinte, não se pode considerar que a referida legislação é adequada para realizar o objectivo invocado*”. A “*legislação nacional em causa no processo principal é aplicável, como recorda o órgão jurisdicional de reenvio, aos*

jovens trabalhadores, de forma desigual, no sentido de que afecta os trabalhadores que ingressam cedo na vida activa, sem formação profissional ou após uma breve formação profissional, e não aqueles que começam a trabalhar mais tarde, após uma longa formação” (paras. 41 e 42).

O Tribunal concluiu “*que o direito da União, mais concretamente o princípio da não discriminação em razão da idade, como concretizado pela Directiva 2000/78, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação nacional, como a que está em causa no processo principal, que prevê que o tempo de trabalho prestado por um trabalhador antes dos 25 anos de idade não é tido em conta no cálculo do prazo de aviso prévio, em caso de despedimento*”.

Esta decisão foi, naturalmente, objecto de muitas críticas. JULIANNE KOKOTT e CHRISTOPH SOBOTTA, *The Charter of Fundamental Rights of the European Union after Lisbon*, Working Paper 06/2010, Academy of European Law, Instituto Universitário Europeu, Florença, pág. 14, criticam-na pelo facto de o artigo 51.º da CDFUE não estabelecer o efeito directo da proibição da discriminação com base na idade entre privados, e a Carta não deve ser vista como um meio para aumentar as competências da União, incluindo as do TJUE.

É certo que na ordem jurídica europeia já havia sido reconhecido efeito directo ao direito ao igual tratamento baseada no sexo e na nacionalidade, com fundamento em argumentos literais e teleológicos baseados no Tratado. No que respeita a *Mangold* e a *Kükükdeveci*, o TJUE reconheceu efeito directo a direitos fundamentais não escritos e criados pelo próprio tribunal. No sentido de que o TJUE foi para além da sua jurisprudência, (Ver, por exemplo, DAGMAR SCHIEK, “The ECJ Decision in Mangold: A Further Twist on Effects of Directives and Constitutional Relevance of Community Equality Legislation”, *Indus. L. J.* 35 (2009), págs. 338-339. STEVE PEERS, “Supremacy, Equality and Human Rights: Comment on Kükükdeveci”, *E.L. Rev.* 35 (2010), pág. 850, sintetiza as críticas feitas ao acórdão *Mangold* em três pontos: (1) o facto de ter reconhecido de um princípio geral de discriminação com base na idade; (2) a ligação insuficiente o princípio geral em questão e uma lei substantiva de direito europeu (embora esta questão tenha sido depois respondida no Caso C-427/06, *Birgit Bartsch v Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH*, no sentido da exigência de uma ligação suficiente); (3) e a aparente vontade do Tribunal em conferir efeito directo a um princípio geral de direito europeu, apesar de esse efeito não ser conferido, em geral, às directivas. Para uma análise crítica muito interessante sobre um princípio geral de não discriminação em razão da idade, vide, MARLENE SCHMIDT, “The Mangold Case before the European Court of Justice”, *German Law Journal* 7 (2006), págs. 505-524, disponível em <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=728>.

Para MIRJAM DE MOL, “Kükükdeveci: Mangold Revisited – Horizontal Direct Effect of a General Principle of EU Law”, *EuConst* 6 (2010), pág. 300, o ponto central resultante de *Mangold* e de *Kükükdeveci* é a obrigação de o juiz nacional de aplicar os princípios gerais do Direito Europeu como um fundamento autónomo de controlo judicial (por oposição à função dos princípios gerais como instrumento de interpretação da legislação), num litígio entre partes privadas e a correspondente obrigação de não aplicar legislação nacional que conflitue com o princípio geral. Esse controlo é possível apesar de haver legislação europeia específica; nesse caso, as disposições são aplicadas independentemente da sua fonte (a Directiva) e como parte de um princípio geral. Em termos práticos, a Directiva é usada como um instrumento de interpretação do princípio geral em vez de ser ao contrário. SARA PRECHAL, “Competence Creep and General Principles of Law”, *Review of European Administrative Law* 3 (2010), págs. 5-22, considera que os casos em questão mostram o potencial dos princípios fundamentais da União para perturbar o equilíbrio de poderes entre a União e os Estados Membros e entre o TJUE e o legislador europeu, o que pode levar a resultados constitucionalmente insustentáveis. A autora todavia considera que o TJUE teve uma postura ponderada nestas duas decisões, ambas com efeitos colaterais mínimos. Vide PAUL CRAIG, “The Legal Effect of Directives: Policy, Rules and Exceptions”, *E. L. Rev.* 34 (2009), págs. 375 e ss, sobre as condições para que os princípios gerais possam impor obrigações a particulares. O autor destaca que deve ser suficientemente certo, preciso e determinado (critérios para o efeito directo).

Sobre a questão da certeza jurídica na aplicação dos princípios fundamentais, resultante do Caso *Mangold*, vide ANTHONY ARNULL, “The Principle of Effective Judicial Protection in EU Law: An Unruly Horse?”, *E.L. Rev.* 36 (2011), págs. 68-69; MIRJAM DE MOL, “Kükükdeveci: Mangold Revisited – Horizontal Direct Effect of a General Principle of EU Law”, *EuConst* (European Constitutional Law Review) 6 (2010), pág. 307; THOMAS PAPADOPOULOS, “Criticising the horizontal direct effect of the EU general principle of equality”, *E.H.R.L.R.* 4 (2011), págs. 437 e ss, e PAUL CRAIG, “The Legal Effect of Directives: Policy, Rules and Exceptions”, *E.L. Rev.* 34 (2009), págs. 373 e ss. Sobre o efeito horizontal dos princípios fundamentais, cfr. as Conclusões da AG ELEANOR SHAPSTON, Processo C-427/06, *Birgit Bartsch contra Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH*, de 22 de Maio de 2008. Criticando a decisão *Mangold*, vide, Conclusões do AG L. A. GEELHOED, Processo C-13/05, *Sonia Chacón Navas contra Eures Colectividades SA*, de 16 de Março de 2006; Conclusões da AG ELEANOR SHAPSTON, Processo C-227/04 P, *Maria-Luise Lindorfer contra Conselho da União Europeia*, de 30 de Novembro de 2006; Conclusões do AG JÁN MAZÁK, Processo C-411/05, *Félix Palacios de la Villa contra Cortefiel Servicios SA*, de 15 de Fevereiro de 2007, Con-

que a doutrina portuguesa tem dado ao nosso, específico, artigo 18.º, n.º 1 da CRP, segundo o qual “*Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas*”¹¹⁷. Entre nós, encontramos posições próximas das teorias da eficácia imediata dos direitos fundamentais, ou da eficácia imediata nas relações entre privados em que um deles seja poderoso, mas também autores que seguem a aplicabilidade mediata dos direitos fundamentais e a

clusões do AG RUIZ-JARABO COLOMER, Processo C-267/06, *Tadao Maruko contra Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, de 6 de Setembro de 2007.

Vide, ainda, ANJA WIESBROCK, “Case Note – Case C-555/07, *Kücükdeveci v. Swedex*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 19 January 2010”, *German Law Journal* 11 (2010), págs. 539 e ss., disponível em <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1255>; LISA WADDINGTON, “Recent Developments and the non-discrimination Directives: *Mangold* and More”, *Maastricht J. Eur. & Comp. L.* 13 (2006), págs. 365 e ss.; ARMIN VON BOGDANDY, “Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say”, *Int’l J. Const. L.* 6 (2008) págs. 402 e ss.; ANDREA ERIKSSON, “European Court of Justice: Broadening the Scope of European Nondiscrimination Law”, *Int’l J. Const. L.* 7 (2009), págs. 731 e ss.; HERZOG e GERKEN, “Stop the European Court of Justice”, *EU Observer*, September 10, 2008. The article is also available at http://www.cep.eu/fileadmin/user_upload/Pressemappe/CEP_in_den_Medien/Herzog-EuGH-Webseite_eng.pdf.

A decisão do caso *Mangold* foi levada ao Tribunal Constitucional Federal Alemão (BVerfG, 2 BvR 2661/06, de 6 de Julho de 2010). O caso teve origem numa queixa contra uma decisão do Tribunal Federal do Trabalho, que aplicou a doutrina do Acórdão *Mangold* a um contrato a termo de um empregado com um fornecedor de peças para automóveis. O demandante alegou, em primeiro lugar, que o Acórdão *Mangold* era contrário ao sistema de competências da União, pois o ECJ tinha aplicado princípios que não faziam parte do Direito Comunitário. Assim, era *ultra vires* (violava a liberdade contratual do queixoso, protegida constitucionalmente pelos artigos 2.º, n.º 1 e 12.º, n.º 1 em conjugação com o art. 20.º, n.º 3 da GG. Em segundo lugar, alegou o requerente que a decisão do Tribunal federal do Trabalho violava as suas legítimas expectativas, já que o contrato em causa fora celebrado antes do Tribunal de Justiça ter decidido *Mangold*. Finalmente, alegou o requerente a violação do direito ao juiz natural (art. 101.º, n.º 2, GG), pois o Tribunal Federal do Trabalho não havia feito reenvio prejudicial ao Tribunal de Justiça para esclarecer se os parâmetros estabelecidos em *Mangold* se aplicavam também aos contratos celebrados antes da decisão. Para alguns autores, esta era a melhor oportunidade para aplicar os parâmetros desenvolvidos para estabelecer uma violação da identidade constitucional alemã pelo Direito Comunitário, tal como tinham sido estabelecidos na decisão do Tribunal Constitucional Federal na compatibilidade do Tratado de Lisboa com a Constituição alemã (BVerfG, 2 BvE 2/08, de 30 de Junho de 2009). O recurso, foi, todavia, considerado infundado. Cfr. MATTHIAS MAHLMANN, “*The Politics of Constitutional Identity and its Legal Frame—the Ultra Vires Decision of the German Federal Constitutional Court*”, *German Law Journal* 11 (2010), págs. 1407-1420, available at <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1304>.

Em português, especificamente sobre este tema, ALESSANDRA SILVEIRA, “Implicações nos litígios entre particulares da horizontalidade dos princípios gerais/direitos fundamentais protegidos pela União Europeia”, *CDP* 32 (2010), págs. 3 e ss.

¹¹⁷ As normas consagradoras de direitos, liberdades, e garantias podem, elas próprias, estabelecer a eficácia destes direitos na ordem jurídica privada. Consequentemente, aos particulares é facultado, nas suas relações com outros sujeitos privados, apelar imediatamente para as normas constitucionais que, de forma expressa, vinculam os actos de entes sujeitos aos direitos fundamentais (artigos 26.º, n.º 2, sobre obtenção e utilização de informações relativas às pessoas e às famílias, 34.º, n.º 1, sobre protecção do domicílio e da correspondência, 35.º, n.º 2, sobre dados pessoais, 36.º, 3 e 4, sobre direitos dos filhos e relativamente aos filhos, 38.º, sobre liberdade de imprensa, 40.º, n.º 3, sobre tempo de antena; 42.º, n.º 2, sobre criação cultural; 46.º, n.º 3, sobre liberdade de associação, 53.º, sobre segurança no emprego, 54.º, n.º 5, alínea b), sobre comissões de trabalhadores, 56.º, sobre direitos das associações sindicais, 57.º, n.º 3, sobre o direito à greve e 58.º, n.º 2, sobre o direito ao trabalho). Do lado oposto, existem casos em que a Constituição regula os direitos fundamentais de tal maneira que só podem valer perante o Estado (direito de asilo e de não extradição e expulsão (artigo 33.º) ou as garantias do *habeas corpus* e do processo criminal (artigos 31.º e 32.º) e daqueles outros que são desde logo pensados na sua eficácia perante sujeitos privados (o direito de resposta e de rectificação (artigo 37.º, n.º 4), o direito de intervenção dos jornalistas na orientação dos órgãos de informação artigo 38.º, n.º 2), o direito de associação no seu aspecto negativo (artigo 46.º, n.º 3), o direito à greve, na parte que respeita ao empregador (artigo 57.º) e porventura, diversos artigos relativamente aos quais se admite a acção popular (artigo 52.º, n.º 3). Sobre a especificidade do nosso artigo 18.º, vide JORGE MIRANDA, “O princípio da eficácia jurídica dos direitos fundamentais”, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha III*, JORGE MIRANDA ET AL., Almedina, Coimbra, 2010, pág. 493.

sua tributária teoria dos deveres de protecção. É certo que todas estas opiniões da doutrina jurídica são a refracção da resposta a questões teóricas estruturais, como o significado do instituto jurídico-constitucional dos direitos fundamentais e o do papel do legislador e dos tribunais, enquanto órgãos de fiscalização da constitucionalidade, no quadro da divisão de poderes. Vale a pena, cremos, um olhar mais atento a algumas das posições paradigmáticas.

GOMES CANOTILHO¹¹⁸ propõe uma metódica diferenciada na aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, que deve tomar em consideração a especificidade do direito privado, por um lado, e o significado dos direitos fundamentais na ordem jurídica global por outro, porquanto a ideia da eficácia imediata em relação a entidades privadas dos direitos fundamentais não pretende que os titulares dos direitos, colocados numa situação de igualdade nas relações verticais com o Estado (princípio da igualdade como princípio vinculativo dos actos dos poderes públicos), tenham, nas relações jurídicas civis, essa mesma situação de igualdade mediante o auxílio do Estado. Assim sendo, relembra o autor¹¹⁹ que autores como Nipperdey, Leisner e Lombardi salientam que a agressão aos direitos, liberdades e garantias, pode resultar não apenas dos poderes públicos mas também de poderes sociais ou privados (associações, empresas, igrejas, partidos). Trata-se, no fundo, de uma refracção da problemática geral do “domínio dos grupos”, da “representação de interesses organizados”, do corporativismo, dos complexos sociais de poder. Na verdade, os direitos, liberdades e garantias não protegem apenas os cidadãos contra os poderes públicos; as ordens jurídicas da liberdade de profissão e da liberdade de empresa, por exemplo, também podem ser perturbadas por forças ou domínios sociais (Bachof), pelo que a função de protecção objectiva dos direitos, liberdades e garantias não pode deixar de implicar a eficácia dos direitos no âmbito das relações privadas caracterizadas pela situação desigualitária das partes. Consequentemente, as leis e os tribunais devem estabelecer normas de conduta e de decisão que cumpram a função de protecção dos direitos, liberdades e garantias¹²⁰.

Também JORGE MIRANDA¹²¹ considera que este não é um problema de equacionamento simples. Todavia, “*não se compreenderiam uma sociedade e uma ordem*

¹¹⁸ GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 1289. Neste sentido, também BENEDITA MAC CRORIE, já em *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2005. No sentido da vinculatividade directa, JOSÉ JOÃO NUNES ABRANTES, *A vinculação das entidades privadas face aos direitos fundamentais*, AAFDL, 1990, págs. 87 e ss, e JORGE BACELAR GOUVEIA, mas apreciando o artigo 18.º *cum grano salis*, em *Manual de direito constitucional II*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2009, pág. 1125.

¹¹⁹ GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 1291.

¹²⁰ ANA PRATA, *A tutela constitucional da autonomia privada*, Almedina, Coimbra, 1982, pág. 142: “A oponibilidade interprivada do princípio da igualdade tem, contudo, o seu âmbito circunscrito às situações em que a validade da manifestação de vontade privada esteja dependente de fundamentação, ou àquelas em que, sendo discricionária, o seu autor tenha situado a sua motivação num fundamento contraditório com o princípio da igualdade”. MENEZES CORDEIRO, “Direito do ambiente, princípio da prevenção, direito à vida e à saúde”, *ROA* 56 (1996), págs. 684, sobre a derivação jurídico privada de regras a partir dos direitos fundamentais: “*Os direitos fundamentais não traduzem, apenas, posições contra o Estado; eles permitem estabelecer regras inter-pessoais, com os inerentes direitos subjectivos privados*”.

¹²¹ JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional IV*, 5.ª edição, Coimbra Editora, 2012, págs. 336 e 337, e JÓNATAS MACHADO, JÓNATAS MACHADO, *Liberdade de expressão*, Studia Iuridica 65, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, págs. 413 e ss, bem como em “A construção e utilização de locais para o culto: a perspectiva das confissões religiosas minoritárias”, separata da *Revista do Ministério Público* 69 (1997), págs. 119 e ss.

jurídica em que respeito da dignidade e da autonomia da pessoa fosse procurado apenas nas relações com o estado e deixasse de o ser nas relações das pessoas entre si". Não basta, pois, limitar o poder político – o *imperium* -, mas é preciso também limitar o *dominium* e assegurar o respeito das liberdades de cada pessoa pelas demais pessoas. A vinculação das entidades privadas depende de certos pressupostos – o reconhecimento da qualidade de valores superiores da ordem jurídica dos direitos, liberdades e garantias, mas igualmente, o reconhecimento da necessidade de um mínimo de separação entre Estado e sociedade civil, bem como da distinção entre Direito Público e Direito Privado e entre inconstitucionalidade da lei e invalidade do contrato -, que requerem não tanto uma adequação axiológica quanto uma adequação funcional na vinculação das entidades privadas, e visa cumprir certos objectivos – o equilíbrio, a concordância prática, se possível a realização simultânea dos direitos, liberdades e garantias, por um lado, e, por outro, da autonomia privada. O autor propõe a consideração de três tipos de situações e relações: relações dentro de grupos, associações, pessoas colectivas, entre os seus membros e os poderes instituídos; relações entre particulares e poderes sociais de facto; e relações entre particulares em igualdade. A aplicação das normas sobre direitos, liberdades e garantias por identidade de razão nas duas primeiras hipóteses e por analogia na terceira. O autor propõe ainda o tratamento diferenciado (quase tópico) dos vários direitos e situações e a consideração dos problemas em concreto como problemas de escolhas entre os vários bens pelos destinatários (activos e passivos) das normas e como problemas de colisão de direitos¹²².

VIEIRA DE ANDRADE¹²³ entende que só deverá aceitar-se a transposição directa dos direitos fundamentais, enquanto direitos subjectivos, para as relações entre particulares quando se trate de situações em que *as pessoas colectivas (ou, excepcionalmente, indivíduos) disponham de poder especial de carácter privado sobre (outros) indivíduos*. Em tais casos, estamos perante relações de poder – e não relações entre iguais – e justifica-se a protecção da liberdade dos homens comuns que estejam em posição de vulnerabilidade¹²⁴. O poder em causa não terá de ser necessariamente um poder jurídico, se for um poder de facto inequívoco e objectivamente determinável, como aquele que existe em *relações*

¹²² JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, anot. ao artigo 13.º, pág. 127, XI, e anotação ao artigo 18.º, pág. 157, XI, concretizam esta posição do seguinte modo: Quanto aos particulares, em consonância com a interpretação que os autores dão à regra da vinculação das entidades privadas pelos preceitos sobre direitos, liberdades e garantias, distinguem: (i) no interior de quaisquer pessoas colectivas de direito privado ou de quaisquer associações não personalizadas não pode haver diferenciações arbitrárias entre os seus membros; (ii) as regras específicas de igualdade e diferenciação constantes da Constituição impõem-se às relações entre particulares, nos actos e contratos que nelas directamente se subsumam; (iii) nas relações entre os particulares, nos restantes casos, prevalece a autonomia privada, salvo quando ocorram discriminações que, para lá da cláusula geral do artigo 13.º, n.º 2, da Constituição, atinjam a dignidade das pessoas ou comportem abusos de poder de facto.

¹²³ VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 245 e ss. Nesta linha, HEINRICH HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, Almedina, Coimbra, 1992, págs. 96 e 97, considera que os direitos vinculam as entidades privadas apenas de uma maneira especial, ou seja, quando elas estão numa situação de poder, ameaçadora da liberdade e igualdade jurídica. A aplicação imediata só se dá quando a lei privada não for suficiente, para dentro dos princípios e normas, já imbuídos pela ordem de valores da Constituição, encontrar uma solução adequada (a lei privada está em contradição com a Constituição, não contém princípios em conformidade com esta ou está lacunosa de todo). No mesmo sentido, VASCO PEREIRA DA SILVA, "A vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias", *RDES* 29 (1987), págs. 259 e ss, FILIPE ALBUQUERQUE MATOS, *Responsabilidade civil por ofensa ao bom crédito ou ao bom nome*, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 45 (nota 52).

¹²⁴ Cfr. o artigo 2.º, n.º 2 do Estatuto do Provedor de Justiça.

informais, por exemplo, numa situação de monopólio de facto, de cartelização ou de oligopólio, pelo menos de bens essenciais.

O autor reconhece que as situações de poder social são muitas e diferenciadas e o grau e a medida da aplicabilidade imediata dos direitos, liberdades e garantias têm necessariamente de variar conforme os tipos de situações e as circunstâncias que só em concreto podem em última análise ser determinadas¹²⁵. O problema da sujeição das entidades privadas poderosas aos direitos fundamentais apenas se põe na medida em que isso se justifique pela natureza da pessoa (normalmente) colectiva e pelo tipo de relação estabelecida, só valendo obviamente no âmbito dessa relação específica de poder¹²⁶. O critério da desigualdade ou do poder social é, sobretudo, um critério teleológico que em concreto permite estender por analogia e graduar a eficácia dos direitos e liberdades nas relações privadas. Ter-se-á, portanto, em consideração, tal como nas relações com entes públicos, se e até que ponto os valores ou interesses colectivos que estão na base das diferentes situações de poder exigem e justificam, no caso concreto, a limitação da liberdade¹²⁷. Os particulares poderão assim, de acordo com a natureza específica, a razão de ser, e a intensidade do poder exercido¹²⁸ (na fala

¹²⁵ VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Alameda, Coimbra, 2012, págs. 246 e ss. O autor elenca várias situações em que tal pode suceder. Desde logo, certas *relações de poder privado são semelhantes às relações especiais de poder típicas do direito administrativo*, como acontece, por exemplo, entre os poderes de direcção, regulamentação e disciplina para ordem e eficiência nas empresas ou em colectividades desportivas e os poderes correspondentes dos superiores hierárquicos que caracterizam as chamadas relações especiais de direito administrativo. Igualmente, em situações paralelas de restrição da liberdade, como, por exemplo, proibição de circular, de dar entrevistas sem autorização ou de exprimir certo tipo de ideias ou comentar certos factos, a aplicação de sanções disciplinares, ou, ainda, a obediência que os menores devem aos pais ou tutores.

Outra situação é aquela que resulta dos *grupos ou organizações que exercem poderes sobre os seus membros*, como os sindicatos e associações em geral, as ordens religiosas, as igrejas, especialmente nos poderes de exclusão ou sancionamento disciplinar.

Noutros casos, as entidades privadas dispõem de um *poder económico ou social susceptível de conformar aspectos relevantes da vida dos indivíduos não-membros* (por exemplo, as empresas monopolistas ou em situações de quase-monopólio de facto, designadamente as empresas que fornecem bens ou serviços essenciais, os grupos que disponham de influência (isto é, poder) nem zonas da vida social), chegando mesmo a dispor de poderes normativos (mais ou menos vastos), tolerados ou institucionalizados. É o caso das federações desportivas, relativamente ao desporto federado, bem como, em certa medida, o caso dos sindicatos e associações patronais em matéria de contratação colectiva (na medida em que sejam susceptíveis de extensão e em que o respectivo incumprimento configure uma contra-ordenação) ou dos acordos entre empresas sobre condições negociais, na medida em que não afectem as leis de defesa da concorrência. Um caso exemplar de violação de direitos fundamentais seria o das *closed-shops*, em que os empregadores se obrigam a não admitir e até, por vezes, a despedir trabalhadores não inscritos num certo sindicato (como era prática frequente na Grã Bretanha e várias vezes condenada no TEDH). Não será suficiente, em contrapartida, uma dependência psicológica subjectiva ou momentânea, embora esta possa tornar-se relevante por outra via (por exemplo, se determinar um vício da vontade na celebração de um negócio jurídico).

¹²⁶ Nesse sentido, no que respeita às pessoas colectivas, o artigo 12.º, n.º 2, da CRP poderia ser interpretado no sentido de que estão sujeitas aos deveres correspectivos aos direitos fundamentais que sejam compatíveis com a sua natureza.

¹²⁷ VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Alameda, Coimbra, 2012, pág. 247. Como afirma GUIDO CORSO, “I diritti sociali nella dottrina italiana”, *Riv. trim. dir. pubbl.* 31 (1981), págs. 755 e ss, o reconhecimento jurídico da autonomia de certas instituições (família, escola) implica a aceitação de certas estruturas, formas de coesão e tipos de relações incompatíveis com a liberdade e igualdade de tratamento dos respectivos membros.

¹²⁸ Entendida num contexto de intensidade variável, esta solução teria a vantagem, para o autor, de conferir um sentido útil ou, pelo menos, de corresponder mais fielmente à norma do nosso ordenamento constitucional, que determina a vinculação de entidades privadas, a par da vinculação das entidades públicas. Por outro lado, a objecção do judicialismo (um governo dos juizes, por estes ficarem com a possibilidade de dominar abusivamente a aplicação das normas de direito privado, substituindo-se ao

ou insuficiência da lei ou contra ela, se inconstitucional), invocar os direitos fundamentais que asseguram a sua liberdade, por um lado, e exigir, por outro, uma igualdade de tratamento em relação a outros indivíduos nas mesmas circunstâncias, arguindo a invalidade dos actos e negócios jurídicos que ofendam os princípios constitucionais ou reclamando a indemnização dos danos causados¹²⁹.

Nas relações entre iguais (as relações privadas típicas), os particulares não devem ser considerados sujeitos passivos dos direitos fundamentais, enquanto direitos subjectivos, com os deveres típicos correspondentes. Entende VIEIRA DE ANDRADE que essa não transposição da figura dos direitos subjectivos fundamentais para a relações de isonomia privada deve valer para todos os direitos, mesmo para os direitos mais intimamente ligados à dignidade humana¹³⁰. Isso não significa, porém, que os preceitos constitucionais relativos a esta matéria não se apliquem nas relações interprivadas ou que os particulares possam impunemente violar os direitos fundamentais dos outros indivíduos. Em primeiro lugar, os direitos fundamentais incluem faculdades de exigir ao estado a protecção dos bens jurídicos e da liberdade contra a violação por terceiros. Essa protecção jurídica, plasmada sobretudo na legislação penal e civil, é devida pelo Estado, pelo menos, no que toca ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, na medida em que exprime o princípio da dignidade da pessoa humana – um valor absoluto, que vincula o próprio titular dos direitos – e, a partir desse dever, que exprime a “*eficácia vertical*” das normas, vai projectar-se nas relações entre particulares: ficam por essa via proibidos todos os actos de pura e simples violação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Por outro lado, também o entendimento e a solução normativa da colisão de direitos fundamentais, dado que passam pela limitação recíproca e proporcionada dos direitos em presença, diminuem o espaço de ofensa possível e implicam uma protecção relativa dos direitos nas relações interindividuais, designadamente no plano da aplicação jurisdicional do direito privado e do direito penal.

SOUSA RIBEIRO¹³¹ apresenta uma proposta de aplicabilidade mediata, pressupon-

legislador [e, em certa medida, aos próprios particulares], com o fundamento [afinal, um pretexto] da aplicabilidade imediata dos preceitos constitucionais), que sempre se poderá fazer à aplicabilidade directa dos direitos fundamentais, é aqui limitada, às situações de poder (em regra, de pessoas colectivas), há-de ser entendida como uma vinculação gradativa, pelo que o juiz não pode deixar de ponderar os valores em jogo, tendo em conta o diferente peso dos direitos e da liberdade nas situações concretas. A isto se somará que, no nosso sistema, não deixa de caber em primeira linha ao legislador a regulação imperativa das relações privadas e a resolução dos problemas de colisão entre as liberdades e, em geral, entre os direitos dos particulares nelas envolvidos (VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 248 e 249). O autor considera, na pág. 287, que a concepção que naga a vinculação directa, mas admite o dever de protecção estadual contra privados, com intensidade variável, também comporta riscos semelhantes, na medida em que esse dever de protecção recai em última análise sobre o juiz, na falta ou mesmo através ou para além da lei.

¹²⁹ VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 247-248. Em todo o caso, a vinculação das entidades privadas poderosas pelos direitos fundamentais raramente se produzirá em termos semelhantes à vinculação dos poderes públicos (ou nunca, pois que, desde logo, estão excluídas as faculdades de exigir a protecção activa dos direitos e liberdades, que só podem ter como destinatário o Estado, detentor do monopólio da coacção). Na realidade, as entidades privadas são também, apesar de tudo, titulares de direitos, liberdades e garantias (ainda que, no caso das pessoas colectivas, em termos limitados) e essa circunstância que terá de ser levada em linha de conta, poderá sempre implicar uma ponderação dos direitos ou valores em conflito, ainda que venha a revelar-se mínima, por exemplo, quando se trate da titularidade – que, sublinha o autor, é, em regra, limitada, por se tratar de uma pessoa colectiva – de um direito tipicamente agressivo ou intrusivo.

¹³⁰ VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 250 e 251.

¹³¹ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “Constitucionalização do direito civil”, *BFD* 74 (1998), págs. 745 e

do uma intensidade diferenciada dos direitos. Dos artigos 2.º e 9.º, alínea b), o autor retira: “*reclama-se do Estado, no próprio domínio dos direitos, liberdades e garantias, uma intervenção nas relações jurídico-privadas, para, em protecção da parte mais fraca, estabelecer um regime limitativo da liberdade contratual do mais forte, em contenção de abusos e excessos. Desejavelmente, por via legislativa, pois só ela faculta um grau satisfatório de precisão e certeza na enunciação de previsões e estatuições. Não só quanto ao se da intervenção, mas também quanto à escolha, de entre o instrumentário diversificado que o direito privado oferece, do meio mais adequado para a concretizar, são as normas de direito ordinário que, em primeira linha, devem ser chamadas a operar. E, entre um mínimo de tutela constitucionalmente exigido e um máximo de ingerência constitucionalmente permitida, é deixado ao legislador um vasto campo de opções, no desempenho da sua competência própria*”.

Mais recentemente, PAULO MOTA PINTO defendeu que a aplicação, à actividade de entidades privadas, das normas que consagram direitos fundamentais deve ocorrer, em primeira linha, através de normas de direito privado, quer estas se limitem a reproduzir o teor das normas constitucionais, quer contenham conceitos indeterminados ou cláusulas gerais, a preencher e concretizar segundo os valores constitucionalmente consagrados, e, em particular, numa actividade de interpretação conforme aos direitos fundamentais. Estas normas são, pois, como que portas de entrada no domínio privado de valorações subjacentes aos direitos fundamentais, constituindo a forma precípua para a sua efectivação, impendendo, aliás, logo sobre o legislador ordinário o dever de prever mecanismos legais protectores dos direitos fundamentais. É, pois, da própria vinculação de todos os poderes do Estado, designadamente, do legislador e do julgador, que resulta uma obrigação de ‘interpretação conforme aos direitos fundamentais’ do direito ordinário, a qual já levará, normalmente, à congruência de resultados entre direito constitucional e direito privado¹³² – não desconhece a necessidade de apurar como se configura a relação entre os instrumentos dogmáticos dos direitos fundamentais e os do direito infraconstitucional, utilizados para a recepção das valorações daquele, o que requer que se averigüe o se e o porquê da contiguidade ou da divergência das figuras, dos passos da argumentação e dos resultados, entre a dogmática dos direitos fundamentais e a – muitas vezes menos desenvolvida – doutrina relativa a instrumentos privatísticos como os direitos de personalidade (ou a aplicação da cláusula geral dos bons costumes ou da ordem pública)¹³³.

ss. LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil I*, 6.ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012, págs. 38-41, aceita que o reconhecimento e tutela desses princípios, no domínio das relações de Direito Privado, estão assegurados pelos meios de protecção próprios deste ramo de direito, v.g., nulidade, por ser contra a ordem pública (artigo 280.º do CC), da convenção ou cláusula que viola um desses direitos e direito de indemnização por violação de um direito de personalidade (art. 70.º e ss. CC). Já se pronunciaram pela aplicabilidade mediata, FRANCISCO LUCAS PIRES, *Uma Constituição Para Portugal*, 1975, pág. 90; e ISABEL MOREIRA, *A solução dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais na Constituição Portuguesa*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 90.

¹³² PAULO MOTA PINTO, em “A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português”, in PINTO MONTEIRO, JÖRG NEUNER, INGO SARLET, *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*, Almedina, Coimbra, 2007, págs. 160 e ss, depois de mencionar vários acórdãos do TC, defende que a experiência portuguesa de utilização do controlo de normas pela jurisdição constitucional parece mostrar, de modo particularmente claro, que logo pela via da vinculação aos direitos fundamentais do “legislador de direito privado” e da jurisdição “se pode também conseguir resultados que em grande medida se aproximam daqueles gisados por uma solução de ‘eficácia imediata em relação a terceiros’ (‘unmittelbare Drittwirkung’) dos direitos fundamentais – isto é, por uma eficácia imediata e ‘horizontal’, nas relações entre particulares”.

¹³³ PAULO MOTA PINTO, “Autonomia privada e discriminação – Algumas notas”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, vol. II, Coimbra Editora, 2005, pág. 322.

Seja, porém, como for quanto a este ponto, poderão, ainda assim, existir casos em que o julgador não encontra norma aplicável adequada, ou cláusula geral ou conceito indeterminado ao qual recorrer, ou, ainda, em que deva afastar uma determinada norma ou interpretação – que é a única possível –, por contrária a direitos fundamentais. Tratar-se-á, normalmente, de casos excepcionais, em que, pensa o autor (na esteira de autores como CANARIS, STARCK, NEUNER), ao julgador que pretenda afastar-se de uma determinada norma de direito privado incumbe o ónus da argumentação – o ónus de fundamentar o exercício da faculdade de recusar a aplicação de normas que repute inconstitucionais ou de recorrer directamente às normas constitucionais, aplicando-as, sem mais, às relações de direito privado.

Para além deste ponto, julga o autor, porém, que uma aplicação não mediaticada¹³⁴ pelas normas de direito privado não será legitimada tanto pelas categorias de “*poderes sociais*” ou “*poderes privados*”, e correspondente posição de desigualdade, como pela consideração do sentido nuclear dos direitos fundamentais em questão: nesse núcleo, correspondente aos direitos humanos e que se prende com a dignidade da pessoa humana, tem de afirmar-se que são destinatários dos direitos fundamentais também os particulares, e na mesma medida das entidades públicas. Nesse núcleo essencial e matricial, é evidente que a qualificação do agente e da contraparte só pode ser irrelevante, bem como a pretensa actuação de outras faculdades ou direitos. Fora deste núcleo essencial, porém, o autor considera mais adequada à situação específica das partes nas relações de direito privado uma protecção, pelos entes públicos, de particulares perante outros particulares – que são igualmente titulares de direitos fundamentais – através do apelo à função de protecção dos direitos fundamentais (numa relação triangular lesante-Estado-vítima, portanto). À perspectiva da eficácia horizontal directa perante poderes sociais é, pois, para lá daquele núcleo essencial, preferível uma impositação com base na função dos direitos fundamentais enquanto imperativos de tutela. Consoante a situação de perigo ou de lesão do bem protegido em causa, a sua probabilidade e (se for o caso) previsível ilicitude, a espécie de bem em questão, etc., os deveres de protecção destes direitos – e igualmente dos direitos económicos e sociais – obrigarão, pois, as entidades públicas a intervir nas relações entre particulares, evitando-se a rigidificação¹³⁵ e a inflexibilidade da vida jurídico-privada que resultaria de uma verdadeira substituição do direito civil pelo direito constitucional, sem deixar, porém, de obter, com uma conciliação de interesses diferenciada na situação concreta, níveis de protecção adequada às exigências dos direitos fundamentais¹³⁶.

Neste mesmo sentido, REIS NOVAIS¹³⁷, relembra que “*o estado está obrigado, nomeadamente através da mediação do legislador ordinário, mas também, em caso de omissão deste, através da actuação autónoma do poder judicial e da Administração, a uma actuação normativa,*

¹³⁴ Também se pronunciou no sentido de aplicabilidade mediata dos direitos fundamentais, FILIPE ALBUQUERQUE MATOS, *Responsabilidade civil por ofensa ao bom crédito ou ao bom nome*, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 45 (nota 52).

¹³⁵ Assim, também MARIA LUIZA FEITOSA, *Paradigmas incluídos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pág. 317.

¹³⁶ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “Constitucionalização do direito civil”, *BFD* 74 (1998), pág. 745, considera que esta doutrina não é compatível com a força jurídica dos preceitos respeitantes aos direitos, liberdades e garantias, pois nas “*zonas por si cobertas, ela não admite padrões de conduta e critérios de solução de conflitos em contradição com o conteúdo normativo desses preceitos.*”

¹³⁷ JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pág. 88.

judicial ou fáctica tendente a garantir os bens e as actividades protegidas de direitos fundamentais também contra agressões não estatais, ou seja, contra intervenções de terceiros (particulares e entidades públicas estrangeiras, logo, terceiros na relação primária de direito fundamental que se estabelece entre cidadão e Estado) ou contra contingências naturais ou riscos sociais". Esta obrigação geral de protecção é uma consequência primária da atribuição ao Estado do monopólio da utilização da força que garante a existência da sociedade enquanto ordem de paz e fundamenta-se juridicamente na vinculação geral de todos os órgãos estatais pelos direitos fundamentais e na dimensão jurídico-objectiva autónoma de cada disposição de direito fundamental e nos deveres constitucionais explícitos ou implícitos que dela decorrem.

Se a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas traduz um novo horizonte hermenêutico, implicando uma nova leitura do sentido das normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais¹³⁸, a posição dos vários autores que visitámos tem naturalmente implicações no tema que nos levou a percorrer este caminho: a vinculação dos privados pelo princípio da igualdade, ou, dito de outro modo, saber em que medida se pode considerar, no âmbito de uma relação jurídico-privada negocial, existir um direito a ser tratado de forma igual.

¹³⁹ referem que o problema da eficácia do princípio da igualdade na relação entre particulares consiste em saber se, de princípio objectivo da ordem constitucional, ele pode ser transformado em princípio objectivo da ordem jurídica privada. A sugestão dos autores parte de dois pressupostos fundamentais: primeiro, na sua qualidade de princípio objectivo essencial da Lei Fundamental, o princípio da igualdade deve considerar-se como princípio informador de toda a ordem jurídica; segundo, a transposição do princípio da igualdade para o direito privado impõe algumas adaptações, de forma a não aniquilar a especificidade das relações jurídico-civis¹⁴⁰.

A vinculação do direito privado ao princípio da igualdade pode, talvez, consubstanciar-se, assim, em três dimensões. Em primeiro lugar, existe uma proibição de discriminações com base nas categorias subjectivas enumeradas no artigo 13.º, n.º 2 (salvo no caso de discriminações positivas, constitucionalmente previstas) ou de outras constitucionalmente proibidas (por exemplo, artigo 36.º, n.º 4), em qualquer acto ou negócio jurídico, funcionando, assim, o princípio da igualdade, neste aspecto, como limite externo da liberdade negocial, podendo determinar autonomamente a invalidade de actos ou negócios jurídicos (contratos, testamentos, estatutos de associações, etc), que o infrinjam ou fundamentar direitos à reparação de danos. Em segundo lugar, o princípio da igualdade impõe um dever de tratamento igual por parte dos indivíduos ou organizações que sejam titulares de posições de poder social (empresas, associações profissionais, igrejas, fundações, etc), vinculando, desde logo, os seus poderes normativos (regulamentos internos de associações, regulamentos de empresas, acordos colectivos, normas de auto-regulação privada, etc.). Em terceiro

¹³⁸ INGO WOLFGANG SARLET, "Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais", in INGO WOLFGANG SARLET, *A constituição concretizada*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2000, pág. 160.

¹³⁹ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2007, anot. ao artigo 13.º, págs. 346-348, XII.

¹⁴⁰ Sobre as características multidimensionais do princípio da igualdade, ver JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Direito Constitucional, Introdução Geral*, Princípios, 2007, e, ainda, TERESA FREIXES SANJUÁN e J. CARLOS REMOTTI CARBONELL, "Los valores e principios de la interpretación constitucional", *Revista española de Derecho Constitucional* 12 (1992), págs. 107 e ss.

lugar, propugnam pela aplicação geral do princípio da igualdade, mediante exigência de tratamento igual, nas relações com particulares que explorem serviços ou estabelecimentos abertos ao público (como por exemplo, táxis, farmácias, cinemas, escolas, restaurantes, etc.).

Em qualquer caso, a relevância do princípio da igualdade nas relações privadas, como expressão da “*constitucionalização do direito civil*”, se é certo que implica uma correspondente limitação da autonomia privada e da liberdade negocial, não pode, porém, ir ao ponto de aniquilar esses esteios básicos do direito civil e da liberdade individual¹⁴¹.

Para JORGE MIRANDA¹⁴², o princípio da igualdade não vincula apenas o Estado e as demais entidades públicas nas relações com os particulares. Estende-se às relações entre particulares, embora seja necessário com o princípio da autonomia da vontade, também ele consagrado constitucionalmente¹⁴³. Considera o autor que a vedação de privilégios e de discriminações do artigo 13.º, n.º 2, é também de aplicação imediata, sem necessidade de lei interposta.

O autor exemplifica, que perante bens sociais ou em actividades e locais privados de interesse público ou abertos ao público (sem dúvida, em escolas, hospitais, meios de transporte, hotéis, restaurantes, casas comerciais, etc., e, com ressalvas impostas pela protecção da juventude, da saúde ou do ambiente, em locais de diversão), ninguém pode ser desconsiderado por outros, nem ser tratado arbitrariamente ou afectado nos seus direitos e deveres por algum dos factores ali previstos ou por qualquer outra causa de discriminação. No interior de quaisquer pessoas colectivas ou grupos não personalizados, ninguém pode ser titular de mais ou menos direitos ou deveres devido à raça, ao sexo, à religião, às ideias políticas ou a qualquer outra razão¹⁴⁴. O autor ressalta ainda a diferenciação que resulta da natureza das coisas. Se se trata de uma associação de fiéis de certa religião, de antigos alunos de uma universidade ou de profissionais de certa área, obviamente só quem integre essa categoria – mas todos quantos a integrem – podem ser sócios. Pelo contrário, se não existem elementos objectivos da distinção, a liberdade de as associações prosseguirem livremente as suas actividades (artigo 46.º, n.º 2) cede perante o direito positivo de associação (artigo

¹⁴¹ Num sentido moral, MICHAEL OAKESHOTT, *On Human Conduct*, Clarendon Press, Oxford, 1991, págs. 36 e ss.

¹⁴² JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional IV*, 5.ª edição, Coimbra Editora, 2012, págs. 292 e ss.

¹⁴³ Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Da da boa fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1997, págs. 1275-1276.

¹⁴⁴ Segundo o autor, o mesmo vale relativamente a escolas ou empresas privadas, a condomínios ou a prédios com apartamentos arrendados. Pode admitir-se, em nome de um princípio de convivência entre as pessoas, a vedação do uso de símbolos partidários (como decidiu o Tribunal Constitucional Federal). O que não pode é admitir-se o símbolo de um só partido ou admitir-se o símbolo de outro. Os estatutos, os pactos sociais ou os actos constitutivos que disponham nesse sentido são inválidos. Já não parece, na opinião do autor, suscitar problemas que se prescreva algum tempo desde a filiação para ser elegível para cargos directivos. MARIA OLINDA GARCIA, *O arrendamento plural: quadro normativo e natureza jurídica*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pág. 181, a situação em que o senhorio autoriza um co-arrendatário a praticar determinados actos e nega idêntica autorização a outro co-arrendatário não é um domínio da relevância directa do princípio da igualdade. Na opinião da autora, o espaço ocupado pela liberdade contratual do locador não tem como correspectivo um domínio de restrição ou de compressão de direitos fundamentais do locatário. A autorização e a negação do pedido de autorização pertencem, em princípio ao domínio do arbítrio do locador e não são, portanto, sindicáveis na subjectividade da sua fundamentação. A resposta seria idêntica para as situações de arrendamento plural. Ainda que o contexto intersubjectivo em que estes sujeitos se encontram torne mais expectável que o locador os trate de modo igual, tal circunstância não constitui, por si só, uma limitação à liberdade do locador.

46.º, n.º 1)¹⁴⁵.

Por último, como ideia geral, a autonomia da vontade nas relações entre os particulares não pode legitimar a prática de actos que, por si ou pelos comportamentos que envolvem ou permitem, sejam violadores da dignidade da pessoa humana. Dignidade e igualdade são incindíveis, seja entre pessoas e o Estado, seja entre as pessoas como particulares¹⁴⁶.

VIEIRA DE ANDRADE, em consonância com a posição que descrevemos acima, entende que o princípio da igualdade não é aplicável nas relações privadas [entre entidades não poderosas] enquanto proibição de arbítrio ou imperativo de racionalidade de actuação¹⁴⁷. Em vez de se pretender impor rigidamente a cada indivíduo que, nas relações com os seus semelhantes, os trate com estrita igualdade, fundamentando sempre juridicamente os seus actos e não actuando senão com a certeza de poder justificar a sua atitude com um valor socialmente igual ou maior, deve tolerar-se um certo espaço de espontaneidade e até de arbitrariedade. Estender aos indivíduos a aplicação do princípio constitucional da igualdade afigura-se, ao autor, em princípio, “*impróprio, absurdo e insuportável*”. Contudo, o princípio da igualdade já terá de ser aplicado, mesmo entre iguais, enquanto proibição de discriminações que atinjam intoleravelmente a dignidade humana dos discriminados, máxime, que impliquem uma violação dos seus direitos de personalidade.

O princípio da igualdade de tratamento pode ser imposto por disposições legislativas restritivas da liberdade geral ou negocial. Assim, por força de imposições constitucionais ou de obrigações internacionais ou ainda quando, por força das circunstâncias concretas da sociedade, houver razões sociais fortes para restringir a liberdade dos indivíduos, não permitindo determinados tipos de discriminação, será legítima a imposição por via legislativa de deveres específicos de igualdade de tratamento, na medida em que essas razões o justifiquem. O legislador pode ainda impor obrigações específicas de igualdade de tratamento, por exemplo, como contrapartida da outorga de vantagens ou da concessão de licenças, em qualquer caso, desde que tal imposição se revele adequada, isto é, justificada e razoável¹⁴⁸. O que importa, pois, na opinião de VIEIRA DE ANDRADE, é que haja uma actuação racional, técnica e eticamente

¹⁴⁵ O autor dá o exemplo de, numa determinada localidade, haver somente uma ou um número limitado de associações de certo tipo (culturais, recreativas, desportivas, etc.), em que brigaria com o princípio da igualdade reservar o ingresso a ser natural da terra ou da região (embora talvez já não a aí residentes).

¹⁴⁶ JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional IV*, 5.ª edição, Coimbra Editora, 2012, pág. 295.

¹⁴⁷ Segundo VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 258 e ss, quando estejam em causa situações em que certas pessoas colectivas, grupos ou indivíduos detenham uma posição de domínio económico ou social, por gozarem, por exemplo, de uma situação de monopólio, não deve permitir-se que invoquem a liberdade negocial para escolher arbitrariamente a contraparte ou impor a exclusão de terceiros (por exemplo, a única piscina da vila aberta ao público não pode excluir certas categorias de pessoas, atendendo ao sexo, à raça, à língua, à condição social, etc), e também a uma grande empresa, com forte posição no mercado de trabalho, não é lícito recusar admitir um trabalhador apenas por razões religiosas, de raça, etc (ao contrário, por exemplo, deve admitir-se a livre escolha do pessoal que presta serviços domésticos). Aí poderá valer a primazia do dever de respeito pela igualdade sobre a liberdade.

¹⁴⁸ O autor exemplifica com o exercício de actividades destinadas ao serviço do público, como transportes de táxi, exploração de estabelecimentos comerciais, cafés, restaurantes, hotéis, casinos, etc., deve entender-se subordinado ao princípio da igualdade, mesmo fora de situações de monopólio, porque se trata de serviços de interesse directo das populações, que estão sujeitos a licenciamento e em que os particulares estão sujeitos à sua autonomia (e à sua intimidade) ao emitirem declarações gerais de vontade negocial e abrirem as portas ao público.

fundada, que não se discrimine por discriminar.

SOUSA RIBEIRO, questionando a relevância do princípio da igualdade nas relações negociais, assume uma posição de extrema reserva, pois o negócio jurídico, sendo um instrumento de autodeterminação, é, por natureza, um meio de exprimir preferências subjectivas, quer em relação aos bens, quer em relação às pessoas, aos outros com quem se deseja ou não contratar. Poder desenvolver livremente a sua personalidade é também “*poder manifestar simpatias e aversões, afectos e repulsas, nas disposições que se tomam e nas vinculações que negocialmente se assumem*”. Admitir que alguém possa impugnar um acto de alguém que aceita de outrem uma oferta contratual, tendo anteriormente rejeitado uma idêntica, a pretexto de uma pretensa violação do princípio da igualdade, seria atingir no seu cerne e praticamente expropriar a autodeterminação contratual nas suas facetas mais basilares de liberdade de celebração e de escolha da contraparte.

Mas também o autor ressalva que a solução a favor da liberdade deixa de justificar-se quando o seu exercício atenta intoleravelmente contra a dignidade humana do preterido. O facto de cada um, pelo simples facto de ser pessoa, ser devido igual consideração e respeito¹⁴⁹, implica que a ordem jurídica, incluindo a ordem jurídico-negocial, não possa acolher como lícitas e válidas discriminações que traduzem menosprezo por certos traços individualizadores da pessoa, pela sua identidade física e cultural, pela sua posição social, pelas opções de vida que realizou. Neste sentido, admite o autor que resultam directamente do princípio da igualdade proibições de conduta negocial discriminatória. Mesmo em hipóteses não cobertas, em rigor, pela cláusula geral dos bons costumes, essas práticas, quando assentam em factores, como os indicados no art. 13.º, n.º 2, forçosamente irrelevantes como critérios de decisão, podem conduzir, conforme as circunstâncias e o maior ou menor grau de ofensa para a dignidade humana, a nulidades negociais, à obrigação de indemnizar e, mesmo, em certos casos, à obrigação de contratar¹⁵⁰.

Também MENEZES CORDEIRO¹⁵¹ defende que a igualdade tem de ser “*transposta*” para o direito privado, podendo aí adquirir três entendimentos: como igualdade dogmática (que exprime a proibição de decisões arbitrárias, injustas ou irracionais), como igualdade de direitos ou como igualdade-imposição (que traduz a exigência de uma igualdade de facto).

Da análise descritiva que vimos fazendo, podemos retirar que, apesar das diversas posições tomadas e das distintas opções dogmáticas que as fundamentam, os

¹⁴⁹ Na opinião de STEVEN R. SMITH, *Equality and Diversity: Value Incommensurability and the Politics of Recognition*, Policy Press, Bristol, 2011, pág. 2, o respeito igual não resulta da abstracta kantiana atribuição universal de igual estatuto às pessoas como escolhedores, e ou que têm crenças ou identidades que lhes interessam, mas antes se funda na promoção da dinâmica relacional positiva que ocorre entre incommensuravelmente diferentemente situados outros vivendo numa comunidade liberal.

¹⁵⁰ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “Constitucionalização do direito civil”, *BFD* 74 (1998), pág. 753, entende que: “O princípio tem um campo de aplicação particularmente fértil no domínio das ofertas ao público e das prestações de serviço, em massa, sob condições prefixadas. Dada a emissão, nestes casos, de uma vontade negocial indiferenciadamente dirigida a todos os interessados, a exclusão arbitrária, por algum dos aludidos factores, de determinada pessoa, é especialmente chocante, pois a discriminação tem contornos iniludíveis (pelo que é especialmente sentida) e reveste-se de publicidade. Deve entender-se, pois, que essas actividades estão sempre submetidas a um regime de igual tratamento, mesmo quando este não é expressamente estabelecido, no quadro da sua concessão ou autorização. Já no âmbito da contratação individualizada e sujeita a negociações, a razão de ser do tratamento desigual permanece, em regra, oculta, no foro interno das motivações não explicitadas, pelo que, além do mais, as dificuldades probatórias são aqui praticamente insuperáveis”.

¹⁵¹ MENEZES CORDEIRO, “Accionistas: cessão de crédito e igual tratamento”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque I*, FDUL, 2010, págs. 146-147.

vários autores estudados estão de acordo quanto a alguns pontos que são essenciais para a nossa investigação¹⁵². Em primeiro lugar, salientamos o facto de ser consensual que, mesmo para admita que os direitos fundamentais têm aplicabilidade directa, o princípio da igualdade não pode ser aplicado no âmbito privado como é na esfera pública, pois tem de ser conformado em consideração da protecção da autonomia pessoal e da liberdade negocial. Em segundo lugar, que os estabelecimentos abertos ao público têm uma maior responsabilidade pelo respeito do princípio da igualdade, seja pelo facto de serem necessários ao público (admitindo-se uma posição mais ou menos dominante ou até de monopólio de facto), seja pelo facto de estarem sujeitos a licenciamento público. Por último, é também unânime entre os autores que a discriminação não pode atingir o núcleo irreduzível da dignidade do preterido.

Creemos, todavia, que o discurso da igualdade peca, em alguns pontos por defeito, noutros por excesso, por inadequação ao tratamento da questão da discriminação. Vejamos porquê.

¹⁵² Já advertia GOMES CANOTILHO, “Dogmática de direitos fundamentais e direito privado”, em INGO WOLFGANG SARLET, *Constituição, Direitos fundamentais e Direito Privado*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003, pág. 357, que em matéria de restrição de direitos, as dogmáticas desenvolvidas a nível do direito constitucional e de direito cível não podiam chegar a conclusões muito diferentes.

2. Noção de discriminação na escolha da contraparte negocial

Como resulta da secção anterior, a questão da proibição da discriminação no âmbito contratual tem sido tratada pela doutrina e pelo legislador (também ao nível europeu) no âmbito da eficácia do *princípio da igualdade entre os particulares*. Em nossa opinião, todavia, a eficácia do princípio da igualdade nas relações entre privados, seja imediata, seja através das cláusulas inderminadas, como os bons costumes ou a ordem pública¹⁵³, não é uma resposta adequada ao problema da discriminação negocial, nem para o seu enquadramento dogmático, nem para a sua fundamentação, quer ao nível dos efeitos.

i) O enquadramento dogmático

No plano dogmático, constatámos acima, e é pacificamente consensual na doutrina, mesmo para os defensores da aplicabilidade directa dos direitos fundamentais nas relações entre privados, que “o princípio constitucional da igualdade não pode sic et simpliciter ser transplantado no direito civil sem ser harmonizado e sem que se torne compatível com o inteiro sistema normativo, segundo a hierarquia de valores, e, portanto, com a funcionalização dos institutos civilísticos fundamentais constitucionalmente garantidos”¹⁵⁴.

No âmbito das previsões, deparamo-nos, desde logo, com várias dificuldades suscitadas pelo dever de igualdade de tratamento das várias, ou de todas, as contrapartes negociais. Se é verdade que a discriminação consiste frequentemente num tratamento diferente (e pior)¹⁵⁵ relativamente ao tratamento dado a outras contrapartes

¹⁵³ Cfr. GIULIO PASETTI, *Parità di trattamento e autonomia privata*, CEDAM, Pádova, 1970, págs. 13 e ss, sobre a não aplicabilidade directa do princípio, especificamente na pág. 43, e RODOLFO SACCO e GIORGIO DE NOVA, *Trattato di diritto civile: Il contratto* (vol. II), coordenado por RODOLFO SACCO, UTET, Turim, 1993, pág. 110.

¹⁵⁴ Parafraseamos PAULO MOTA PINTO, “Autonomia privada e discriminação – Algumas notas”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, vol. II, Coimbra Editora, 2005, pág. 321. No mesmo sentido, GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 1293, e JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “Constitucionalização do direito civil”, *BFD* 74 (1998), pág. 744, para quem “a aplicação das normas constitucionais tuteladoras de posições subjectivas levanta problemas de ajustamento e de concordância prática (...). As relações interprivadas revestem-se de outra complexidade, surgindo-nos aí, sob formas conflituais muito diversificadas, o entrechoque de vários aspectos da liberdade de um, ou das esferas de liberdade de dois sujeitos”.

Sobre a dificuldade do transplante, GIULIO PASETTI, *Parità di trattamento e autonomia privata*, CEDAM, Pádova, 1970, pág. 14. CLAUS-WILHELM CANARIS, “A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha”, em INGO WOLFGANG SARLET (ed.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003, pág. 235, critica as doutrinas da eficácia externa imediata por contradizem a autonomia do direito privado, desenvolvida organicamente no decorrer de muitos séculos. Vide, ainda, PIETRO PERLINGIERI, *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, trad. Maria Cristina De Cicco, Publicação/Produção Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pág. 49.

¹⁵⁵ DANIELE MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Giuffrè, Milão, 2007, pág. 159, entende que, quando o contraente propõe ou predispõe condições mais desvantajosas para a contraparte contratual, o acto discriminatório pode ser descrito como uma pena privada ilícita, pois o contraente obtém uma vantagem económica que não encontra justificação em nenhuma dano ou sacrifício que resulte da qualidade pessoal da contraparte, a que ele atribuiu relevância determinante para o seu consenso. Sobre as penas privadas, FRANCESCO GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol II, tomo I, 4.ª edição, CEDAM, Pádova, 2004, págs. 191 e ss (especialmente 194), e ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “A pena e o dano”, em

negociais, também podemos conceber como dicriminatória a situação em que perante uma proposta contratual, que só uma contraparte aceitou, lhe vem a ser concedido um tratamento pior do que o conteúdo da proposta originariamente dirigida ao público.

O conceito de discriminação adoptado pelo nosso legislador parece claro: existe discriminação directa em todas as situações em que uma pessoa seja sujeita a “*trattamento menos favorável que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável*”¹⁵⁶, e existe discriminação indirecta quando determinada pessoa seja colocada “*numa situação de desvantagem comparativamente com outras pessoas*”¹⁵⁷.

No prisma da igualdade de tratamento, a questão colocar-se-á necessariamente na comparação entre o tratamento reservado às diversas contrapartes contratuais do mesmo contraente, pois a diferença de tratamento exige sempre um *juízo relacional*. Este juízo relacional, todavia, *não é necessário em matéria de discriminação da contraparte negocial, na medida em que a recusa a contratar é uma noção não relacional*. É certo que A pode recusar negociar com B e negociar com C. Mas se recusa contratar com B e C, a discriminação não é excluída pela igualdade de tratamento, antes pelo contrário, subsiste em ambos os casos.

O que é significativo para a análise do comportamento de A é o facto de ele, de acordo com o complexo programa contratual¹⁵⁸, ter tratado B de modo diverso de que o trataria se este *não apresentasse uma determinada qualidade pessoal*, que terá sido determinante para o consenso, *rectius*, para a falta dele. Na verdade, a existência de discriminação basta-se com um *juízo hipotético*¹⁵⁹ do tratamento daquela pessoa se, por exemplo, outra fosse a sua raça ou origem étnica, o seu género, ou não sofresse de uma deficiência ou de um risco agravado de saúde¹⁶⁰.

A posição que fundamenta a proibição de discriminação no princípio da igualdade ignora que o bem protegido não é a igualdade entre as partes contratantes mas a *personalidade*, e a *dignidade*, de cada parte negocial¹⁶¹. É certo que esta dignidade tem

Estudos em homenagem a Miguel Galvão Telles II, organizados por JORGE MIRANDA ET AL. Almedina, Coimbra, 2012, págs. 658 e ss.

¹⁵⁶ Cfr. artigos 3.º, n.º 3, alínea a), da Lei n.º 18/2004, o artigo 3.º, alínea a), da Lei n.º 14/2008, e o artigo 3.º, alínea a), da Lei n.º 46/2006.

¹⁵⁷ Cfr. artigos 3.º, n.º 3, alínea b), da Lei n.º 18/2004, o artigo 3.º, alínea b), da Lei n.º 14/2008, e o artigo 3.º, alínea b), da Lei n.º 46/2006.

¹⁵⁸ Na expressão de MASSIMO BIANCA, *Diritto Civile IV: L'obbligazione*, Giuffrè, Milão, 1992, pág. 13.

¹⁵⁹ DANIELE MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Giuffrè, Milão, 2007, pág. 69.

¹⁶⁰ As previsões legislativas relativas ao confronto com o modo como uma outra contraparte seja ou tenha sido tratada explicam-se porque a declaração do contraente, sujeita à proibição de discriminação, é aquela dirigida ao público, que normalmente apresenta um carácter de generalidade e abstracção de fazer presumir que a declaração deva conduzir à conclusão do contrato (bem como a uma recusa de negociar ou de contratar) nas mesmas condições do convite ou da proposta e em que o contraente não terá nenhum interesse em encetar negociações diversas com as diferentes contrapartes. Cfr. DANIELE MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Giuffrè, Milão, 2007, pág. 70.

¹⁶¹ Neste sentido, DANIELE MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Giuffrè, Milão, 2007, pág. 23. Curiosamente, esta assumpção é claríssima no conceito de assédio, que, segundo o artigo 3.º, n.º 4, da Lei 18/2004, pode ser considerado discriminação sempre que ocorrer um comportamento indesejado relacionado com a origem racial ou étnica, como objectivo ou o efeito de afectar a dignidade da pessoa ou de criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador. A partícula alternativa dá um sentido à definição diferente daquele que encontramos no artigo 2.º, n.º 3, da Directiva, em que o legislador utilizou a partícula cumulativa, exigindo, pois, a verificação cumulativa dos dois requisitos “*comportamento indesejado*” e criação de um “*ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante e desestabilizador*”. A transposição do legislador é de manter, pois a Directiva não impedia o legislador português de introduzir disposições mais favoráveis (cfr. artigo 7.º, n.º 1 da Directiva). A Lei 14/2008, no seu artigo 3.º, na alínea c), viria a seguir a formulação europeia quanto à definição de assédio, e na alínea

uma dimensão da igualdade, que não pode de modo nenhum ser excluída. Fazendo apelo aos ensinamentos e aos argumentos de RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA¹⁶², sobre a autonomia da protecção jurídica da igualdade como bem essencial da personalidade humana, “a igualdade juscivilisticamente tutelada não é apenas uma finalidade ou um instrumento de realização do direito, mas também, nos seus aspectos essenciais, um elemento da própria noção de personalidade humana. Até porque ocupando a igualdade humana essencial o centro de gravidade da natureza humana não pode ser deslocada para o horizonte ou para a periferia da convivência social, sob pena de assim não se tutelar devidamente a própria personalidade humana, a qual rectamente concebida implica manifestamente a defesa de tal igualdade, como sua qualidade constitutiva, básica e profunda”¹⁶³.

No âmbito contratual, estamos, pois, perante uma discriminação em todos os casos em que a recusa a contratar por uma parte¹⁶⁴, ou as condições em que se dispõe a contratar, são determinadas por uma qualidade pessoal (em sentido amplo) da contraparte e, nesse sentido, consubstanciam um desrespeito ou uma diminuição da

d) veio a qualificar de assédio sexual “todas as situações em que ocorra um comportamento indesejado de carácter sexual, sob forma física, verbal ou não verbal, com o objectivo ou o efeito de violar a dignidade da pessoa, em especial quando criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou ofensivo”.

¹⁶² RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, 1995, pág. 289, nota 704. Cfr., ainda, JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “A tutela de bens da personalidade na constituição e na jurisprudência constitucional portuguesas (algumas notas)”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Joaquim Gomes Canotilho III*, organizados por FERNANDO ALVES CORREIA, JÓNATAS MACHADO e JOÃO LOUREIRO, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pág. 850, para quem, ao conceito de liberdade como “autodeterminação efectiva, em todos os domínios da existência, está ligado um critério de igualdade que acolhe, entre as suas dimensões essenciais, o direito à diferença”. Como nos diz ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “A revolução e o Direito”, *Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, págs. 154-155: “Há assim um mundo comum das pessoas. O que, sem mais, permite pensar que há também um intencional denominador comum, uma universalidade ou unidade-igualdade, entre elas, correlativa que terá de ser do carácter comum e unitário do mundo comungado. Unidade-igualdade das pessoas que terá vários graus de amplitude e consistência, consoante a extensão e a densidade do mundo de existência partilhado — desde a família, a classe, a sociedade histórico-concreta, etc., até à humanidade. (...) Condição formal decerto, mas no entanto pressuposto fundamental do reconhecimento ético que lhe deverá seguir-se e a que cada homem tem direito — o de ser reconhecido como tal, como homem-pessoa, por cada um dos outros homens e por todos os homens”.

¹⁶³ Nas palavras de JÓNATAS MACHADO, “A construção e utilização de locais para o culto: a perspectiva das confissões religiosas minoritárias”, separata da *Revista do Ministério Público* 69 (1997), pág. 120, “Na falta de um critério de verdade metafísica política e juridicamente e relevante, susceptível de garantir o assentimento universal de forma não coactiva, a igual dignidade e liberdade de todos os cidadãos é o único ponto de partida adequado para funcionar como Grundnorm (Kelsen) ou rule of recognition (Hart) materialmente conformadora do ordenamento jurídico”.

¹⁶⁴ Sujeitos activos da discriminação podem ser empresas, face a outras empresas (pense-se a discriminação de pequenas empresas de imigrantes) ou a consumidores, ou privados relativamente a outros privados, e pode mesmo ser um sujeito que pertença à mesma raça, etnia, nacionalidade ou território do preterido. O artigo 12.º, n.º 2, da CRP, determina que: “As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres compatíveis com a sua natureza”. Mas, como acentuam JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, anot. ao artigo 12.º, pág. 113, IV, da titularidade colectiva de direitos fundamentais, “não se segue que a sua aplicabilidade nesse domínio se vá operar exactamente nos mesmos termos e com a mesma amplitude com que decorre relativamente às pessoas singulares”. Para os autores, o n.º 2, do artigo 12.º, não surge como uma norma de síntese ou de pórtico, mas antes como norma que visa garantir (ou garantir reforçadamente) às pessoas colectivas presentes no ordenamento jurídico português um conjunto de direitos de carácter geral ou comum, com as devidas adaptações. No mesmo sentido, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2007, anot. ao artigo 12.º, págs. 330-331, IV, e VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 117 e ss. Sobre os deveres fundamentais das pessoas colectivas, JOSÉ CASALTA NABAIS, *O dever fundamental de pagar impostos*, Almedina, Coimbra, 1998 (3.ª reimpressão, de 2012), págs. 70-71. Interessante o artigo de PIER GIUSEPPE MONATERI, “La natura angelica della corporation”, *Riv. dir. civ.* XLIII (1997), págs. 121 e ss, especialmente na pág. 123, em que o autor explica o nascimento da expressão “corporação”, enquanto metáfora.

dignidade do outro¹⁶⁵. Quando o intuito discriminatório conduz o contraente à recusa, a qualidade pessoal da contraparte tem carácter determinante (ou incidente) em negativo, em via exclusiva, do consenso. Igualmente, quando o intuito discriminatório conduz o contraente a propor condições diversas e desvantajosas, a qualidade da contraparte tem carácter determinante em negativo, em exclusivo do consenso (ou incidente sobre o consenso) na medida em que o contrato teria sido concluído, mas em condições diferentes¹⁶⁶.

ii) O fundamento ou justificação

Um comportamento contratual discriminatório deve, pois, ser sancionado porquanto se apresenta como contrário à dignidade humana¹⁶⁷. As diferenciações de tratamento, no âmbito do direito privado, podem ser legítimas¹⁶⁸ quando tenham um fim legítimo segundo o ordenamento constitucional positivo; se revelem necessárias, adequadas e proporcionadas à satisfação do seu objectivo. Quer o fim, quer os critérios do tratamento desigual têm de estar em conformidade com a Constituição, caso contrário estaremos perante uma situação de discriminação intolerável.

O modelo que adoptamos não visa a criação de um mercado em que todas as contrapartes sejam tratadas de uma maneira igual, mas antes visa combater a limitação à liberdade de cada pessoa concreta e assim valorizar e tutelar a dignidade de cada contraparte negocial, a qual é irredutivelmente diferente de qualquer outra¹⁶⁹. A igualdade que visa o direito antidiscriminatório é a *igual liberdade de cada um do preconceito*¹⁷⁰, e

¹⁶⁵ Cfr. HEINRICH EWALD HÖRSTER, “A Directiva 2000/43/CE e os princípios do Direito Privado – esboço de algumas reflexões”, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, vol. II, A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2006, págs. 164-165, e PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 11, sobre o personalismo ético como exigindo a proscrição do racismo e de todas as discriminações. Para RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, 1995, pág. 112, a nível ético-filosófico, a ideia de humanidade (*humanitas*), enquanto repositório dos caracteres que qualquer homem tem em comum com outros homens e que desde logo lhe assegura a sua dignidade (*dignitas, Menschenwürde*), não prejudica, antes se incorpora, na noção de individualidade (*individualitas, Individualität*), que, em função de caracteres próprios, permite distinguir cada um dos homens e atribuir-lhes originalidade e irrepetibilidade.

¹⁶⁶ Seguimos DANIELE MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Giuffrè, Milão, 2007, pág. 71.

¹⁶⁷ Aqui não andamos longe do entendimento pacífico da doutrina. Nas palavras de PAULO MOTA PINTO, “Direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, *Portugal-Brasil Ano 2000*, *Studia Iuridica*, 40, *Colloquia 2*, Coimbra Editora, 1999, pág. 241: “no seu núcleo essencial, que visa proteger a dignidade humana, os direitos fundamentais têm como destinatários particulares, na mesma medida em que se dirigem a entidades públicas. (...) A dignidade humana, enquanto conteúdo essencial absoluto do direito, constitui, pois, uma garantia que deve valer directamente em face de entidades privadas”. Ver, ainda, PAULO MOTA PINTO, em “A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português”, in PINTO MONTEIRO, JÖRG NEUNER, INGO SARLET, *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 157.

¹⁶⁸ Como explicita PAULO MOTA PINTO, em “A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português”, in PINTO MONTEIRO, JÖRG NEUNER, INGO SARLET, *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 15, não é seguro que exista automaticamente identidade entre a ilicitude e a invalidade do negócio de direito privado e a contrariedade a direitos fundamentais.

¹⁶⁹ DANIELE MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Giuffrè, Milão, 2007, pág. 71.

¹⁷⁰ O preconceito consiste em fazer derivar de uma qualidade real da contraparte uma qualidade hipotética. Assiste-se, pois, a uma formação da vontade com base exclusiva num facto histórico não conhecido. Cfr. DANIELE MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Giuffrè, Milão, 2007, pág. 37. Sobre preconceito e tolerância, ver NORBERTO BOBBIO, *El tiempo de los derechos*, trad. espanhola de Rafael de Asís Roig, Editorial Sistema, Madrid, 1991, págs. 243 e ss. Ainda JOHN GRAY, *Enlightenments Wake: Politics and Culture at the Close of the Modern Age*, Routledge, 2007 [1995], pág. 41, salientando que são as liberda-

assim *a igualdade na liberdade*, mas não a igualdade no tratamento¹⁷¹.

Com a expressão “*igualdade de tratamento*”, utilizado pelas leis antidiscriminatórias, define-se, para o campo contratual, um preceito de não discriminação, que não proíbe tratar de modo diverso os outros¹⁷², mas proíbe um tratamento menos favorável com base num preconceito. Assim interpretada, a igualdade de tratamento recebida pela legislação europeia¹⁷³ apresenta, afinal, os mesmos traços já delineados pala doutrina nacional, que vinha desenvolvendo uma *fattispecie* centrada no fim da discriminação, e não numa qualquer desigualdade.

O trabalho de reconstrução do significado de proibição de discriminação no âmbito contratual deve, pois, ser conduzido considerando os princípios e as regras do direito dos contratos, e impõe, desde logo, que deva ser colocado no âmbito mais amplo da liberdade do contraente de se autodeterminar em função das qualidades pessoais da sua contraparte¹⁷⁴.

des e oportunidades que o preconceito ameaça que devemos proteger, mais do que a tentativa, fútil, de erradicar o próprio preconceito.

¹⁷¹ DANIELE MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Giuffrè, Milão, 2007, pág. 71.

¹⁷² Sobre a não existência de um direito individual à igualdade de tratamento, já PIETRO RESCIGNO, “Il principio della eguaglianza nel diritto privato (a proposito d’un libro tedesco)”, *Riv. trim. dir. proc. civ.* 13 (1959), págs. 1515 e ss (embora o autor o aceite no direito associativo, no direito do trabalho e no campo do dever a contratar).

¹⁷³ Não se diga que a Directiva 2000/43/CE, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica, e a Directiva 2004/13/CE, que aplica o princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento, são obstáculos ao nosso entendimento. Na verdade, a Directiva 2000/43/CE tem um âmbito alargado de aplicação, a entidades públicas e privadas, abrangendo áreas em que se aplica necessariamente o princípio da igualdade (por exemplo, nas medidas de acção positiva, previstas no artigo 5.º, as medidas para a defesa dos direitos, no artigo 7.º, ou as medidas de diálogo social, previstas no artigo 11.º). O mesmo pode ser dito relativamente à Directiva 2004/13/CE, apesar de, aparentemente esta ter um âmbito mais específico (cfr. artigos 3.º, 6.º, 8.º e 11.º). No mesmo sentido, a Lei n.º 18/2004 e a Lei n.º 46/2006, que têm por objectivo estabelecer um quadro jurídico para o combate à discriminação. A Lei n.º 14/2008, diz-nos no artigo 1.º, que tem por objecto “prevenir e proibir a discriminação, directa e indirecta, em função do sexo, no acesso a bens e serviços e seu fornecimento” e “sancionar a prática de actos que se traduzam na violação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres”. A CDFUE faz essa distinção entre o princípio da igualdade e a proibição de discriminação nos artigos 20.º, 21.º e 23.º.

Equiparando discriminação e violação do princípio da igualdade, NUNO PINTO DE OLIVEIRA e BENEDITA MAC CROIRE, “O princípio da igualdade no direito europeu dos contratos: as Directivas 2000/43/CE e 2004/113/CE”, *O Direito* 138 (2006), págs. 1094 e ss, e JORGE MORAIS DE CARVALHO, *Manual de direito do consumo*, Almedina, Coimbra, 2013, pág. 32.

¹⁷⁴ A importância das qualidades pessoais da contraparte negocial releva de preceitos como o artigo 264.º, n.º 1, que determina que “o procurador só pode fazer-se substituir por outrem se o representado o permitir ou se a faculdade de substituição resultar do conteúdo da procuração ou da relação jurídica que a determina”. Cfr. HEINRICH HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, Almedina, Coimbra, 1992, pág. 47, e LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil I*, 4.ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2007, págs. 262 e ss., sobre a representação como efectivação consequente da autonomia privada, e INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pág. 420 e ss, sobre os limites da autonomia na representação. Do mesmo modo, o artigo 1165.º, sobre o mandato, estabelece que o mandatário pode, na sua execução, “fazer-se substituir por outrem ou servir-se de auxiliares, nos mesmos termos em que o procurador o pode fazer”.

Onregime do erro quanto à pessoa do declaratório, que, por remissão do artigo 251.º do CC para o artigo 247.º do CC, determina a anulabilidade da declaração negocial “desde que o declaratório conhecesse ou não devesse ignorar a essencialidade, para o declarante, do elemento sobre que incidiu o erro”. Como podemos ler em HEINRICH HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, Almedina, Coimbra, 1992, págs. 572 e ss, o erro sobre a pessoa do declaratório (*error in persona*) incide ou sobre a identidade do declaratório ou sobre as suas qualidades pessoais que constituem o motivo determinante da declaração. O erro referente à identidade do declaratório apenas é causa de anulação quando o declarante queira contemplar precisamente uma determinada pessoa, mas esta não foi, ao contrário da convicção do declarante, o declaratório.

A liberdade de escolha da contraparte negocial constitui uma manifestação concreta da liberdade contratual. Mas essa escolha da contraparte negocial há-de estar limitada pela proibição de discriminação, que responde à exigência de protecção da dignidade de cada pessoa em concreto¹⁷⁵.

O artigo 3.º, n.º 2, da Directiva 2004/113/CE, refere expressamente que “a presente directiva em nada prejudica a liberdade de cada indivíduo escolher o outro contraente, desde que essa escolha não seja motivada pelo sexo a que esse contraente pertence”¹⁷⁶. Parece que podemos retirar desta norma, como orientador hermenêutico, que a discriminação só é proibida quando constituir *motivo* do negócio¹⁷⁷, por contraposição a *efeito* do

Qualidades pessoais no sentido do preceito são, por exemplo, as qualificações ou habilitações profissionais, a solvabilidade, qualidades de carácter ou eventualmente também a nacionalidade, o sexo e o estado civil, mas não o estado de menoridade [todo o sistema dos artigos 122.º a 129.º está destinado à protecção do menor, cujos interesses a lei pretende proteger. Se a menoridade fosse um elemento relevante para efeitos de um erro que tornasse o negócio anulável nos termos dos artigos 251.º e 247.º, poderia ladear-se o sistema de protecção resultante do artigo 125.º]. Vide, ainda, PAULO MOTA PINTO, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Almedina, Coimbra, 1995, págs. 347 e ss; LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil I, I*, 4.ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2007, pág. 213, e INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pág. 91.

¹⁷⁵ Na expressão de PAOLO BONETTI, “Prime note sulla tutela costituzionale contro il razzismo e la xenofobia”, *Riv. trim. dir. pubbl.* 1 (1994), pág. 12, a dignidade humana é o fim e o limite das liberdades constitucionalmente protegidas. Vide FABRIZIO AMATO, “Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione. Riflessioni e prospettive per la realizzazione di una società multiétnica”, *Lav. e dir.* 1 (2003), pág. 135, sobre a dignidade do homem como um verdadeiro pressuposto da relação social simétrica, fundada sobre o reconhecimento recíproco e sobre a possível reversibilidade das posições assumidas pelos sujeitos. Segundo DANIELE MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Giuffrè, Milão, 2007, págs. 31 e 42, o bem jurídico protegido pela proibição de discriminação é, desde logo, a possibilidade de o indivíduo afirmar a sua personalidade quer no campo dos interesses económicos, quer no campo das suas aspirações ideais (por exemplo, no contrato de associação), mas abrange também um bem-estar colectivo, que é prejudicado pela existência de uma discriminação.

¹⁷⁶ DANIELE MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Giuffrè, Milão, 2007, pág. 47, entende que a proibição de discriminação não opera na medida em que a escolha do contraente não se baseie (não se motive) no factor relevante de proibição abrange naturalmente todos os factores cobertos pela legislação antidiscriminação. JOACHIM WIEMANN, “Obligation to Contract and the German General Act on Equal Treatment (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*)”, *German Law Journal* 11 (2010), págs. 1131-1146, disponível em <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1288>, delimita a liberdade contratual à liberdade de celebrar um contrato sem discriminar. Vide, ainda, MARCO MANTELLO, “La tutela civile contro le discriminazioni”, *Riv. dir. civ.* 50 (2004), págs. 456-457.

¹⁷⁷ É muito controvertida a noção de causa e a sua inclusão entre os elementos essenciais do negócio jurídico (sobre a origem da causa, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 363 e ss; sobre a causa como índice do tipo, veja-se PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, Almedina, Coimbra, 1995, págs. 117 e ss). Não pretendendo tomar posição sobre essa questão, lembremos, todavia, os ensinamentos de ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Causa do negócio jurídico”, *Enciclopédia Verbo do Séc. XXI*, Editorial Verbo, Lisboa/São Paulo, vol. VI. No âmbito do controlo do exercício da autonomia privada, “a ordem jurídica deve impedir negócios que, à luz dos interesses ou da finalidade visada, não se afigurem merecedores da tutela do direito [ou impelir à celebração]. A causa seria, para uns, o conceito que permitiria aferir da justificação do negócio jurídico; segundo outros, porém, a ordem jurídica dispõe, para esse efeito, de conceitos mais adequados e seguros. A doutrina divide-se, assim, em causalista e anticausalista, consoante aceita ou não a relevância autónoma do conceito de causa”. Se os primeiros incluem a causa entre os elementos do negócio, os segundos consideram que o conceito é dispensável e inútil, devendo considerar-se substituído pelo requisito da idoneidade do objecto (e fim) do negócio jurídico (cfr. artigos 280.º e 281.º do CC), elemento essencial do negócio jurídico. O Código Civil não menciona a causa (ao contrário do que sucede com o *Code*, no seu artigo 1108.º, e com o *Codice*, no seu artigo 1325.º) como requisito de validade do contrato ou do negócio jurídico. Posição que, segundo PINTO MONTEIRO, “de algum modo vem na linha daquela que era já, segundo alguns autores, a do Código antigo (Código Civil de 1967), apesar de este regular o erro (de direito ou de facto) sobre a causa do contrato, nos artigos 657.º a 660.º (bem como nos artigos 1745.º e 1746.º, aqui a respeito dos testamentos), o qual conduziria, em certos termos, à invalidade do negócio. Actualmente, o Cód. Civil já nem a respeito do erro fala de causa, disciplinando no art. 252.º (erro sobre os motivos) a matéria que

outrora era tratada como erro sobre a causa do contrato”.

Quanto à noção de causa, apresentam-se-nos duas concepções (cfr. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*, 4.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, págs. 289 e ss.). Segundo a concepção subjectivista, correspondente à formulação clássica, haverá que distinguir, de entre os motivos ou fins que determinam as pessoas a celebrar um negócio, os motivos ou fins remotos (que são múltiplos, variáveis e atípicos) do motivo ou fim próprio próximo (que é objectivo, constante e típico). Este motivo ou fim próximo é que seria a causa do negócio, enquanto os fins remotos seriam os *simples motivos* ou *móbeis*. Para a concepção objectivista (concepção moderna e preponderante), a causa consiste na função económico-social própria de cada negócio. Neste sentido objectivo ou técnico (causa função), ela permite qualificar o negócio e apurar o seu regime (sobre a causa em abstracto e em concreto, FRANCESCO GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol II, tomo I, 4.^a edição, CEDAM, Pádova, 2004, págs. 228 e ss.). Ensinava J. DIAS MARQUES, *Teoria Geral do direito civil*, vol. II, Coimbra Editora, 1959, págs. 193 e ss, que os particulares só podem servir-se dos negócios jurídicos na medida em que, realizando embora os seus fins individuais, actuem como órgãos de realização da função social. O negócio jurídico só funciona, só é utilizável, enquanto se orienta para certas direcções, que são as funções sociais que o direito objectivamente se destina a servir e a realizar. No mesmo sentido F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generale del diritto civile*, 8.^a ed., Jovene, Nápoles, 1964 (na tradução de MANUEL DE ALARCÃO, *Teoria geral do direito civil*, Atlântida, Coimbra, 1967), pág. 140. Nas palavras de DIAS MARQUES: “O negócio jurídico não é protegido pelo direito ou realizado pelas partes como um fim em si mesmo, mas como um meio de realização de certas funções sociais que lhe servem de causa ou título justificativo. Quem doa, aliena, renuncia ou aceita não tende pura e simplesmente a despojar-se dum bem, a transmitir-lo, a adquirir-lo sem qualquer fim nem pretende tudo isto pela pura vontade de realizar um acto que seja um fim em si. Antes tende a alcançar uma das funções sociais por que se desenvolve a circulação ou a distribuição dos bens ou a prestação de serviços na vida de relação: obter uma contraprestação, trocar um bem por outro, dar crédito, beneficiar alguém, cumprir uma obrigação precedente, eliminar um litígio, etc.”. Como o autor escreveu, em *Teoria Geral do direito civil*, vol. II, Coimbra Editora, 1959, pág. 187, deve atender-se, todavia, não apenas à causa ou função em sentido objectivo mas também à consideração que cada sujeito faz daquela mesma causa ou função em sentido subjectivo é a projecção da causa no processo psicológico que na mente do sujeito se desenvolve até chegar à realização do negócio. Há que admitir uma atitude subjectiva consistente na projecção para ela da vontade privada, impelida pelo interesse da sua actuação no caso concreto. Esta atitude subjectiva vem a ser a intenção prática a que se dirige especificamente a vontade das partes. E, precisamente, porque as funções negociais são típicas e constantes, também esta intenção dirigida à função como seu fim toma o carácter de intenção típica. Por outro lado, como aqui se trata de inserir aquela função no processo de motivação do agente a sua consideração subjectiva constitui aquilo a que os autores por vezes chamam o motivo típico.

Do que tem vindo a dizer-se resulta, pois, que a função negocial se projecta no espírito do autor do negócio como intenção, vontade e motivo. De um lado, enquanto motivo, a projecção subjectiva da função é um momento integrante do processo volitivo, ou seja, a última das representações que afectam a vontade e a conduzem ao negócio – representações que, em sentido lato, se chamam motivos. Por isso, se nos limitássemos a considerar apenas o aspecto psicológico, não encontraríamos uma diferença qualitativa entre a vontade correspondente à causa subjectiva ou motivo típico e os motivos puramente individuais. Social e juridicamente, porém, existe entre um e outros uma diferença essencial, pois enquanto os simples motivos individuais não se revelam através do negócio, a causa transparece da sua própria estrutura. De outro lado, enquanto intenção e vontade, aquela projecção subjectiva é um querer normal e tipicamente dirigido à função prática e objectiva do acto”.

Ainda segundo J. DIAS MARQUES, *Teoria Geral do direito civil*, vol. II, Coimbra Editora, 1959, pág. 200, o motivo típico é “a própria causa função, enquanto integrada no processo volitivo do sujeito: a função prática do negócio é tida em vista por ele como uma das circunstâncias que o levam a querer o acto que pratica, e assim se transforma em um motivo de natureza típica”. No seu sentido mais restrito e próprio, “a causa subjectiva é só representação mental da função ou causa em sentido objectivo. Mas a nossa lei dá o nome de causa, inclusivamente, aos puros motivos individuais ou atípicos, isto é, a todas as circunstâncias cuja representação intelectual determina o sujeito a querer o acto”.

Na distinção de INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*, 4.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pág. 293, os motivos antecedentes são circunstâncias anteriores ao acto ou contemporâneas dele; o fim é uma circunstância futura, que está para além do acto e que este tornará possível. O fim também é um motivo porque actua sobre a vontade através da sua prefiguração na mente do indivíduo. Para este autor, o fim imediato é o motivo típico: alguém compra um prédio para se tornar proprietário. O fim mediato é aquele que se caracteriza por ser atípico. Segue-o LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil I,I*, 4.^a edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2007, pág. 375 e ss.

Já PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, em *Contratos atípicos*, Almedina, Coimbra, 1995, págs. 127, considera que os fins que determinam as partes a tomar a decisão de se vincularem são subjectivos: “O fim distingue-se também do motivo. Enquanto o fim se situa numa tensão entre o autor e a utilidade, o motivo não tem

próprio negócio. Em abono da nossa posição, veja-se que o artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 14/2008, considera práticas discriminatórias as acções ou omissões “em razão da pertença de qualquer pessoa a determinada raça, cor, nacionalidade ou origem étnica”; o artigo 1.º, da Lei n.º 14/2008, define o seu objecto como prevenir e proibir “a discriminação, directa e indirecta, em função do sexo”, e, igualmente no artigo 1.º, da Lei n.º 46/2006, o legislador se referiu a “discriminação, directa ou indirecta, em razão da deficiência”.

As locuções “em razão de” ou “em função de” exprimem, em nossa opinião, o carácter determinante de uma certa qualidade pessoal na tomada ou não da decisão negocial. Portanto, para que haja discriminação, não é necessário que o sujeito aja com o escopo específico de causar um prejuízo patrimonial ou de lesar a contraparte, mas basta que ele configure e queira reservar à contraparte contratual um tratamento prejudicial ou menos favorável do que o inicialmente proposto¹⁷⁸, tratamento esse resultante da consideração de uma qualidade pessoal discriminatória. É um motivo ilícito o que visa um resultado persecutório ou discriminatório¹⁷⁹.

propriamente o seu cerne na utilidade, mas sim no processo pessoal de tomada de decisão. O motivo não se situa no ‘para quê’, como o fim, mas no ‘porque’. O motivo é a causa impulsiva; o fim a causa final. (...) o motivo situa-se no nível da decisão, enquanto que o fim se coloca já no campo da acção”. Sobre como a sindicabilidade dos motivos no direito dos contratos é dificilmente realizável, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, Almedina, Coimbra, 1995, pág. 127.

Sobre o abandono da categoria da causa no Anteprojecto de Código Europeu dos Contratos e nos Princípios do UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais, ver FRANCISCO DE BRITO PEREIRA COELHO, *Contratos complexos e complexos contratuais*, 2008, polic., págs. 64 e ss.

Para uma perspectiva histórica, VASCO TABORDA FERREIRA, *Do conceito de causa dos actos jurídicos*, Lisboa, 1966, págs. 83 e ss, e LUIGI FERRI, *Autonomia privata*, Giuffrè, Milão, 1959, págs. 291 e ss.

¹⁷⁸ Cfr. DANIELE MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Giuffrè, Milão, 2007, pág. 161-163.

Na Holanda, a Comissão para a Igualdade de Tratamento, em 2007, considerou haver discriminação a um casal a quem foi recusada a celebração de um contrato de mútuo com hipoteca, com base no facto de a senhora ter apenas uma autorização temporária de residência. O facto de ela já viver há 5 anos nos Países Baixos, de previsivelmente vir a obter a autorização definitiva num futuro próximo e de estar empregada, fê-la sentir discriminada. A Comissão considerou a medida legítima mas não apropriada. O facto de se poder estar indefinidamente na Holanda com base numa licença temporária, levou a considerar que o risco era muito pequeno e não justificada a diferenciação.

Na Irlanda, numa decisão do *Equality Tribunal* (DEC-S2008-003), de 7 de Janeiro de 2008, no caso *Mr F v A Financial Institution*, a instituição financeira tinha pedido vários documentos adicionais, alegadamente para evitar fraudes e o branqueamento de capitais. O Tribunal considerou não haver discriminação neste caso.

Na Finlândia, na decisão 1920/66/2005 do Tribunal *Syrjintälautakunta*, foi considerada discriminatória a prática de uma companhia de seguros que consistia em, no momento do pagamento das despesas com tratamentos médicos, pedir a estrangeiros que fornecessem informação sobre o tempo de residência na Finlândia e a posse de um cartão Kela. Esta conduta colocava os estrangeiros numa posição desfavorável comparada com a dos cidadãos finlandeses e constituía discriminação indirecta. O tribunal considerou que os objectivos da companhia de seguros eram legítimos face à determinação dos riscos e responsabilidades, mas que os meios não eram apropriados nem necessários. A companhia podia obter a informação de que necessitava de uma maneira mais aceitável perguntando directamente no formulário de concurso se o requerente havia residido na Finlândia nos dois anos anteriores e se possuía um cartão Kela.

No Chipre, foi objecto de decisão pela Autoridade Anti-Discriminação (A/H 5/2004, A/K 50/2005), o comportamento das companhias de seguros que ou não aceitavam ou pediam prémios três vezes mais elevados aos cidadãos de origem não cipriota, nomeadamente aos gregos pânticos, do que a cipriotas com características similares, por os considerarem maus condutores, não fiáveis e em geral de alto risco.

¹⁷⁹ Vide FRANCESCO GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol II, tomo I, 4.ª edição, CEDAM, Pádova, 2004, pág. 233, e RODOLFO SACCO e GIORGIO DE NOVA, *Trattato di diritto civile: Il contratto* (vol. I), coordenado por RODOLFO SACCO, UTET, Turim, 1993, pág. 691. Sobre o tratamento desigual dado ao arrendatário, MARIA OLINDA GARCIA, *O arrendamento plural: quadro normativo e natureza jurídica*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, págs. 182 e 183.

Note-se, contudo, que não há intenção de discriminar – e portanto não há discriminação – se o contraente se recusa a contratar ou determina condições diferentes e piores porque a contraparte – qualquer que seja a sua raça, etnia, proveniência geográfica, religião, nacionalidade, sexo, ou outra característica – se revelou pouco fiável¹⁸⁰ por ocasião de contratos anteriores¹⁸¹.

O motivo discriminatório leva-nos inevitavelmente à questão da coordenação da escolha da contraparte negocial nos contratos *intuitu personae*, ou seja, na definição de GALGANO, os contratos em que “a identidade ou as qualidades de um contraente são determinantes do consenso do outro ou dos outros contraentes”. São contratos em que não está em causa o concluir ou não o contrato, mas antes o concluí-lo com aquela pessoa determinada ou com nenhuma outra¹⁸².

De facto, não pode aceitar-se como discriminatórios todos os casos em que uma qualidade da contraparte – relevante como factor de discriminação – tenha sido determinante do consenso ou da conduta da contraparte¹⁸³. Mas para que a proibição não se aplique, é necessário que a qualidade pessoal incida efectivamente *sobre a prestação*, ou seja, que estejamos em presença de um contrato em que a qualidade pessoal da contraparte contribua para identificar não a função do contrato, mas a prestação devida no contrato¹⁸⁴. Esta questão é particularmente premente quando é a contraparte a alienar bens ou serviços, mas, permite-nos sublinhar que, uma vez assente que a qualidade pessoal da contraparte recai sobre a prestação, a proibição de discriminação não opera (pense-se na contratação de uma ama de origem russa, para que a criança aprenda a língua, na escolha de um determinado jurista como árbitro para um litígio, bem como na recusa da contratação de uma *babysitter* judia, se o serviço for para ser prestado apenas aos fins-de-semana).

¹⁸⁰ Note-se, com DANIELE MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Giuffrè, Milão, 2007, págs. 172-173, que o essencial é que sejam assumidas como relevantes as qualidades reais da contraparte. O autor refere, como exemplo negativo, o caso do bar de Pádova que cobrava preços e serviço à mesa acrescidos de 100% a sujeitos extracomunitários, considerado pelo dono um sistema para afastar uma clientela não idónea “porque tinha tido más experiências com cidadãos extracomunitários por questões de droga”, da Cass Pen. 21 Dezembro 1995.

O decisão do Tribunal Sueco *Hovrätten Västra Sverige*, no caso T 2049-07, em 29 de Janeiro de 2008, considerou discriminação duas mulheres muçulmanas terem sido expulsas de uma piscina por se recusarem a vestir manga curta, já que não havia razões de segurança que justificassem a diferenciação.

Mas, na Irlanda, o Equality Tribunal (DEC-S2007-056), na decisão *O. v The Crescent Bar*, em 2007, considerou não ser discriminatória a recusa da entrada a um *traveller* num bar, por este ser turbulento e conflituoso quando bebe.

¹⁸¹ Uma das práticas utilizadas pelos empresários de certos estabelecimentos abertos ao público é a determinação de um consumo mínimo obrigatório de valor exorbitante. O contraente, quando determina o preço, não faz mais do que pré-individualizar uma qualidade extrínseca do bem ou serviço que coloca à disposição do público. A Portaria n.º 215/2011, de 31 de Maio – que estabelece os requisitos específicos relativos a instalações, funcionamento e regime de classificação aplicáveis aos estabelecimentos de restauração ou bebidas, incluindo aos integrados em empreendimentos turísticos e às secções acessórias de restauração ou de bebidas instaladas em estabelecimentos comerciais com outra actividade – determina que a entidade titular da exploração deve afixar, em local destacado, junto à entrada do estabelecimento de restauração ou de bebidas entre outras a exigência de consumo ou despesa mínima obrigatória, quando existente, nos estabelecimentos com salas ou espaços destinados a dança ou espectáculo (artigo 4.º, n.º 1, alínea g). O n.º 2 do artigo 4.º estabelece que esta informação deve ser obrigatoriamente visível do exterior do estabelecimento.

¹⁸² No mesmo sentido, vide, por todos, DIOGO LEITE DE CAMPOS, “Tempo, pessoa e agragado na relação jurídica”, *ROA* 72 (2012), pág. 27.

¹⁸³ FRANCESCO GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol II, tomo I, 4.ª edição, CEDAM, Pádova, 2004, pág. 385, nota 70.

¹⁸⁴ DANIELE MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Giuffrè, Milão, 2007, págs. 166 e ss.

Também devemos distinguir o motivo discriminatório dos limites da oferta contratual¹⁸⁵, sejam os limites iminentes da oferta, seja os limites que resultam da própria declaração negocial. Os *limites iminentes* – ou tácitos ou naturais, na classificação de BAVIERA¹⁸⁶ – são aqueles que resultam dos pressupostos da própria oferta, por exemplo, a existência das mercadorias oferecidas, os lugares disponíveis no meio de transporte, num hotel ou num teatro, o horário numa agenda médica¹⁸⁷. Quanto aos *limites autonomamente determinados*, como a recusa de fornecimento de serviços a crianças e a menores, estas são formas de construção de uma clientela que, em nossa opinião, podem ser consideradas como lícitas¹⁸⁸.

¹⁸⁵ ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.ª edição, Almedina, Coimbra, 2009, pág. 236, nota 2, considera admissível, contudo, a limitação do âmbito da oferta ao público (exemplo, um restaurante de serviço exclusivo dos alunos de determinada escola, ou dos empregados de certa fábrica), que se afigura válida, desde que o critério não seja ilícito, ou contrário à moral ou aos bons costumes. Mas, a declaração estereotipada “reservado o direito de admissão”, ou equivalente, em rigor, não tem relevância e pode encobrir uma delimitação arbitrária da frequência.

¹⁸⁶ GIOVANNI BAVIERA, *L'offerta al pubblico: contributo alla teoria del negozio giuridico*, Società Editrice Libreria, Milão, 1907, pág. 82.

¹⁸⁷ Sobre a oferta ao público, entende JORGE MORAIS DE CARVALHO, *Manual de direito do consumo*, Almedina, Coimbra, 2013, pág. 33, que se se tratar de coisas genérica, a prestação é exigível enquanto não se extinguirem todos os bens integrados no género acordado. A cláusula de limitação ao *stock* existente deve ser analisada em função do contexto e da sua compatibilidade, em concreto, com o princípio da boa-fé. Note-se que não excluimos, neste contexto, a limitação dos bens ou serviços oferecidos ao público sejam limitados, quer pela disponibilidade dos bens, quer pela organização do contraente, como concretização de uma escolha ilícita do oferente na medida em que seja inspirada por um propósito discriminatório. No mesmo sentido, JORGE MORAIS DE CARVALHO, *Manual de direito do consumo*, Almedina, Coimbra, 2013, pág. 32.

¹⁸⁸ O artigo 48.º do Decreto-lei n.º 39/2008, de 7 de Março, que estabelece o Regime Jurídico dos Empreendimentos Turísticos (RJET), estabelece, no seu n.º 1, que é livre o acesso aos empreendimentos turísticos, salvo o disposto nos números seguintes. Nos termos do n.º 3, do mesmo artigo: “A entidade exploradora ou o responsável pelo empreendimento turístico podem recusar o acesso ao mesmo, a quem perturbe o seu funcionamento normal”. A redacção anterior apresentava uma formulação ligeiramente diferente: “este livre acesso, não prejudica, desde que devidamente publicitados, a possibilidade de afectação total ou parcial dos empreendimentos turísticos à utilização exclusiva por associados ou beneficiários das entidades proprietárias ou da entidade exploradora (alínea a) ou a reserva temporária de parte ou da totalidade do empreendimento turístico (alínea b)”. O n.º 2 permite recusar o acesso ou permanência nos empreendimentos turísticos a quem perturbar o seu funcionamento normal. O n.º 4, por seu lado, permite que a entidade exploradora do empreendimento turístico reserve para os utentes nele alojados e seus acompanhantes o acesso e a utilização dos serviços, equipamentos e instalações do empreendimento. As normas de funcionamento e de acesso ao empreendimento devem ser devidamente publicitadas pela entidade exploradora (n.º 5). A determinação do acesso pelo público é, sublinhe-se, diferente da delimitação da oferta contratual ao público.

A Portaria 215/2011, de 31 de Maio, estabelece os requisitos específicos relativos a instalações, funcionamento e regime de classificação aplicáveis aos estabelecimentos de restauração ou bebidas, incluindo aos integrados em empreendimentos turísticos e às secções acessórias de restauração ou de bebidas instaladas em estabelecimentos comerciais com outra actividade. No artigo 1.º pode ler-se: “1- São estabelecimentos de bebidas os estabelecimentos destinados a prestar, mediante remuneração, serviços de bebidas e cafetaria no próprio estabelecimento ou fora dele. 2 – São estabelecimentos de restauração os estabelecimentos destinados a prestar, mediante remuneração, serviços de alimentação e de bebidas no próprio estabelecimento ou fora dele, incluindo outros locais de prestação daqueles serviços através da actividade de catering e a oferta de serviços de banquetes ou outras, desde que habitualmente efectuados, entendendo-se como tal a execução de, pelo menos, 10 eventos anuais”.

O artigo 12.º sobre regras de acesso aos estabelecimentos determina que “1 – É livre o acesso aos estabelecimentos de restauração ou de bebidas, salvo o disposto nos números seguintes. 2 – Pode ser recusado o acesso ou permanência nos estabelecimentos a quem perturbe o seu funcionamento normal, designadamente por se recusar a cumprir as normas de funcionamento impostas por disposições legais ou privativas do estabelecimento, desde que essas restrições sejam devidamente publicitadas. 3 – Desde que devidamente publicitado, os estabelecimentos de restauração ou de bebidas podem: Ser afectos, total ou parcialmente, à utilização exclusiva por associados, beneficiários ou clientes das entidades proprietária ou exploradora; b) Ser objecto de reserva temporária de parte ou da totalidade dos estabelecimentos”. Relevante é ainda o artigo 14.º (Informações): que determina no seu n.º 1 que a entidade titular da exploração deve afixar, em local destacado, junto à entrada do estabelecimento de restauração ou de

Retomando a nossa premissa fundamental, devem ser consideradas ilícitas, no âmbito das relações negociais privadas, todas aquelas diferenças de tratamento – que, em virtude de uma característica pessoal da contraparte, determinaram a não vinculação negocial da contraparte ou determinaram-na em termos diversos do inicialmente previsto num convite a contratar ou numa oferta ao público – atinjam a dignidade pessoal de uma das partes.

É no âmbito da defesa da sua dignidade – *do seu direito a não ser discriminado*, isto é, que uma sua qualidade pessoal seja determinante na escolha negocial da outra parte – que o sujeito encontra a tutela concedida pela proibição de discriminação e a contraparte encontra os limites da sua liberdade de actuação.

O artigo 70.º, n.º 1, do CC, afirma a protecção dos indivíduos “*contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral*”. Neste sentido, como bem definiu PEDRO PAIS DE VASCONCELOS¹⁸⁹, a tutela subjectiva da personalidade é “*o direito subjectivo absoluto que cada um tem de defender a sua dignidade como pessoa*”.

O bem jurídico objecto desta tutela geral é a personalidade humana, nas palavras de CAPELO DE SOUSA¹⁹⁰, “*os bens inerentes à própria materialidade e espiritualidade de cada homem*”. Na lição do autor, a lei tutela cada homem em si mesmo, concretizado na sua específica realidade física e na sua particular realidade moral, o que, incluindo a sua humanidade (*humanitas*), abrange também a sua individualidade (*individualitas*), nomeadamente o seu direito à diferença e à concepção e actuação motal próprias, pelo menos, até onde não colidam com quaisquer tipos, ou sejam, conjuntos de factos integrantes de cada previsão normativa (*Tatbestände*), de ilicitude legitimamente reconhecidos na nossa comunidade de personalidades iguais, diversas e complementares. O bem da personalidade humana juscivilmente tutelado, como o autor o define, é “*o real e o potencial físico e espiritual de cada homem em concreto, ou seja, o conjunto autónomo, unificado, dinâmico e evolutivo dos bens integrantes da sua materialidade física e do seu espírito reflexivo, sócio-ambientalmente integrados*”¹⁹¹.

O artigo 70.º afirma uma tutela geral da personalidade¹⁹², vertida numa cláusula-

bebidas as seguintes indicações: “*b) Qualquer restrição de acesso ou permanência no estabelecimento decorrente de imposição legal ou normas de funcionamento do próprio estabelecimento, designadamente relativas à admissão de menores e fumadores*”, devendo esta informação ser obrigatoriamente visível do exterior do estabelecimento (artigo 1.º, alínea g)).

Note-se, todavia, que na Irlanda, o Equality Tribunal (DEC-S2008-001), na decisão de 7 de Janeiro de 2008, referente ao caso *K. v Fox’s Bar*, Galway, considerou que “*recusar a entrada com base no vestuário pode consubstanciar uma discriminação*”.

¹⁸⁹ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *O direito de personalidade*, Almedina, Coimbra, 2006, págs. 53 e ss.

¹⁹⁰ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, 1995, pág. 106.

¹⁹¹ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, 1995, págs. 115-117. O artigo 70.º do Código Civil ao dizer que protege a personalidade física ou moral dos indivíduos remete-nos para a ontologia do homem, quanto à concretização desta nomenclatura e, por conseguinte, postula o facto de cada homem constituir um ser eminentemente dinâmico, protegendo-se por isso mesmo também o direito ao desenvolvimento da própria personalidade (com a sua inerente adaptabilidade ambiental e sócio-económica) e sufragando-se a ideia de que tanto a essência como a existência do homem, enquanto determinantes da sua personalidade, merecem protecção legal. Na definição de LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil I*, 6.ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012, pág. 223, os direitos de personalidade “*são direitos que constituem atributo da própria pessoa e que têm por objecto bens da sua personalidade física, moral e jurídica, enquanto emanações ou manifestações da personalidade, em geral*”.

¹⁹² Vide HEINRICH HUBMANN e RUDOLF REINHARDT, “Das problema des allgemeinen Persönlichkeitsrechts”, *AcP* 153 (1954), págs. 548 e ss, e HANS ERICH BRANDNER, “Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in der Entwicklung durch die Rechtsprechung”, *JZ* 1983, págs. 689 e ss. LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria*

la geral, que se concretizará em todos os direitos de personalidade já reconhecidos no ordenamento jurídico, mas também em todos aqueles que venham a ser exigidos para a realização de uma tutela plena, em face da ineficácia ou insuficiência dos direitos já protegidos¹⁹³. Os direitos especiais de personalidade¹⁹⁴ referem-se a um certo bem de personalidade, a um modo de ser particular da pessoa, que, pelo menos em abstracto, dela pode ser destacado¹⁹⁵.

Geral do Direito Civil I, 6.ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012, pág. 233, considera o direito geral de personalidade como um princípio geral do sistema, que domina e orienta a categoria dos direitos de personalidade. Para a personalidade como valor, PIETRO PERLINGIERI, *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, trad. Maria Cristina De Cicco, Publicação/Produção Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pág. 155.

¹⁹³ LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil I*, 6.ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012, pág. 234, reserva ao artigo 70.º a função de afirmar o princípio da tutela plena da personalidade do Homem e de excluir um regime de tipicidade dos direitos de personalidade. Segundo FILIPE ALBUQUERQUE MATOS, *Responsabilidade civil por ofensa ao bom crédito ou ao bom nome*, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 96, “a tónica essencial para a caracterização dos direitos de personalidade tem o seu principal fundamento na necessidade de defender as manifestações essenciais da dignidade da pessoa humana, perante as agressões de terceiros, afirmando-se então aqueles direitos como importantes instrumentos de afirmação de tais exigências axiológicas”.

¹⁹⁴ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *O direito de personalidade*, Almedina, Coimbra, 2006, págs. 53 e ss. O autor entende que a tutela geral da personalidade corresponde sem dificuldade a um direito geral de personalidade, desde que se entenda o direito de personalidade como direito subjectivo (pág. 64). O direito subjectivo de personalidade tem uma unidade que decorre da unidade da pessoa e do seu titular. Não há, segundo o autor, “lugar para uma separação, nem ontológica, nem pragmaticamente”. Na opinião do autor (pág. 67), os chamados “direitos especiais de personalidade” não são direitos subjectivos autónomos, são poderes que integram o direito subjectivo de personalidade. O direito de personalidade “*integra no seu conteúdo um número, em princípio não limitado de poderes, que constituem a sua estrutura. Estes poderes são aqueles que forem necessários, ou mesmo apenas convenientes, ou simplesmente úteis, para que o fim do direito de personalidade seja realizado com êxito. Todos estes poderes se agregam num conjunto coerente, unificado pelo fim comum de defesa da dignidade do seu titular*”.

¹⁹⁵ LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil I*, 6.ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012, págs. 233 e ss, dá nota da arrumação feita por CASTRO MENDES, num quadro sistemático que os agrupou segundo determinado critério. Assim, o autor agrupou-os nos termos seguintes: a) direitos referentes a elementos internos, inerentes ao próprio titular, e que compreendem os direitos ao próprio corpo, à vida, à liberdade, à saúde e à educação; b) direitos referentes a elementos externos, que se prendem com a posição do homem na sociedade, e que compreendem os direitos à honra, à intimidade da vida privada, ao ambiente, ao trabalho e à imagem; direitos referentes a elementos instrumentais, conexos com os bens da personalidade, que compreendem o direito à habitação; direitos referentes a elementos periféricos, que são realidades próximas dos bens da personalidade, que integram o direito a cartas missivas.

LEITE DE CAMPOS, *Lições de direitos da personalidade*, 2.ª edição, Coimbra, 1992, segue uma via analítica. O autor analisa o direito à vida e o direito a morrer, e os direitos à integridade física e psíquica, à imagem e ao nome. Noutra plano, e como direitos de projecção da personalidade física (que o autor identifica como zona periférica dos direitos de personalidade), qualifica o direito à igualdade e à diferença, os direitos à família e na família, o direito à privacidade, o direito à autonomia privada (no sentido de direito a não estar subordinado a outro ser humano), os direitos ao trabalho, ao médio de existência e à propriedade e os direitos à liberdade e ao bom nome e à reputação.

CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, 1995, distingue o complexo somático-psíquico e a dimensão relacional “eu”-mundo. No primeiro abrange o direito à vida humana, ao corpo (compreendendo os elementos somático, psique-saúde), ao espírito (que abrange os sentimentos, a inteligência e a vontade) e à capacidade criadora e às suas criações. Na segunda dimensão, cabem os direitos à identidade, liberdade, igualdade, existência e segurança, honra, reserva do ser particular e da vida privada e desenvolvimento da personalidade.

OLIVEIRA ASCENSÃO, em “A reserva da intimidade da vida privada”, *RFDUL XLIII* (2002), págs. 11-12, adopta uma sistematização tripartida, em que, aproveitando a distinção entre direitos, garantias e liberdades, distingue entre direitos à personalidade, à conservação da personalidade e à realização da personalidade. Os direitos à personalidade respeitam ao seu património básico, neles se incluindo o direito à vida, à integridade física, à honra, à imagem e ao nome. Os direitos à conservação da personalidade traduzem as garantias, assegurando a posição da pessoa contra intromissões exteriores, e abrangem os direitos à inviolabilidade do domicílio, à confidencialidade das cartas missivas e à reserva da intimidade

vimos atrás que também as pessoas colectivas podem ser vítimas de discriminação¹⁹⁶. Ainda que falte o radical axiológico da dignidade da pessoa humana, não é inconcebível que se reconheça que o direito de pessoa colectiva a não ser discriminada encontre tutela no pelo regime dos direitos de personalidade. É certo que o artigo 70.º refere que a lei “*protege os indivíduos*”, o que suscitou a questão de saber se as pessoas colectivas são ou não titulares de direitos de personalidade. A doutrina, que podemos considerar dominante¹⁹⁷, tem respondido, ainda que com justificações ou fundamentações diversas¹⁹⁸, em sentido afirmativo pelo que também não encontramos aqui um obstáculo

da vida privada. Finalmente, os direitos à realização da personalidade situam-se no plano das liberdades e traduzem a tendência do Homem para o aperfeiçoamento, daí o carácter dinâmico dos direitos de personalidade. Compreendem-se nesta categoria as liberdades de criação cultural, de participação social, de reunião, associação e manifestação.

Partindo da distinção de Castro Mendes, LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil I*, 6.ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012, pág. 236, divide-os em primeiro lugar entre os bens da própria personalidade (bens da personalidade stricto sensu) e os bens instrumentais. No primeiro grupo, o autor agrupa os direitos relativos à personalidade física, à personalidade moral e à personalidade jurídica. Os direitos relativos a bens da personalidade propriamente ditos e, dentro destes, os respeitantes à personalidade física do homem, abrangem o direito à vida, o direito à integridade física e o direito ao próprio corpo. No que respeita aos bens da personalidade moral, integram-se o direito à honra, que envolve o respeito pelo bom nome e reputação da pessoa; o direito à liberdade, que abarca as várias modalidades da liberdade individual, desde o direito de liberdade de expressão e informação, à liberdade de consciência, culto e religião, à liberdade de criação cultural, à liberdade de deslocação e de emigração, à liberdade de reunião e de manifestação, à liberdade de associação e à liberdade de ensinar e aprender; o direito à intimidade da vida privada, que envolve o direito à reserva sobre a vida privada e familiar, o direito à inviolabilidade do domicílio e ao sigilo da correspondência; o direito à imagem; e o direito a escritos confidenciais. No referente à personalidade jurídica, inserem-se os direitos à personalidade e capacidade jurídicas, o direito à identidade e o direito à nacionalidade. São direitos da personalidade incidentes sobre bens afins da personalidade e que se designam por instrumentais o direito à saúde, o direito à segurança social, o direito ao trabalho, o direito à educação e à cultura, o direito à habitação e, finalmente, o direito ao ambiente de vida humana, sadio e ecologicamente equilibrado.

¹⁹⁶ O Considerando 16 da Directiva 2000/43/CE refere que “*importa proteger todas as pessoas singulares contra as discriminações baseadas na origem racial ou étnica*”, mas que os “*Estados-Membros deverão igualmente prever, sempre que adequado e de acordo com as suas tradições e práticas nacionais a protecção de pessoas colectivas quando estas sofram discriminação com base na origem racial ou étnica dos seus membros*”.

¹⁹⁷ Que merece a oposição de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral do Direito Civil I*, Lisboa, 1996, págs. 263 e 264

¹⁹⁸ Para PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *O direito de personalidade*, Almedina, Coimbra, 2006, pág. 123, a aplicação do regime jurídico do direito de personalidade a pessoas colectivas nunca pode ser feito por via directa, mas antes e tão só por analogia, isto é, quando a semelhança das situações o justifique, e sempre com a adaptação do regime ao caso concreto e com a consciência de que o sentido jurídico é completamente diferente nos verdadeiros direitos de personalidade, de que são titulares pessoas humanas (singulares), e direitos subjectivos análogos na titularidade de pessoas colectivas. O autor considera que os direitos de personalidade estão indissolúvelmente ligados à dignidade humana e são, por isso, inseparáveis da personalidade singular, isto é, das pessoas humanas. O seu alargamento às pessoas colectivas é um equívoco positivista que nasce da errada equiparação e confusão entre as pessoas singulares e as pessoas colectivas num macro-conceito geral-abstracto de personalidade jurídica.

LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil I*, 6.ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012, pág. 222, escreveu que, num plano formal, esta categoria de direitos faz algum sentido quanto às pessoas colectivas, embora num plano ajustado à sua natureza e sem o sentido transcendental que ela reveste em relação às pessoas singulares.

RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, 1995, págs. 596-597 e ss e 600, entende que há, seguramente, que reconhecer às pessoas colectivas alguns dos direitos especiais de personalidade que se ajustem à particular natureza e às específicas características de cada uma de tais pessoas jurídicas, ao círculo das suas actividades, às suas relações e aos seus interesses dignos de tutela jurídica. Para o autor, “*é inofismável que o direito geral de personalidade previsto no artigo 70.º n.º 1, do Código Civil está, no todo e no conjunto da complexa e da expansiva dinâmica dos bens da personalidade humana por ele protegidos, indissolúvelmente ligado às pessoas singulares, ao seu ser e ao seu dever. Por isso mesmo, é de afastar que tal direito, quo tale, possa valer para as pessoas colectivas. Mas o autor acaba por admitir uma ‘segunda escolha’*,”

à nossa abordagem.

iii) Efeitos

Se o princípio da igualdade de tratamento não é adequado ao nível da previsão das situações de discriminação, nem ao nível da sua fundamentação, também se mostra desadequado ao nível dos efeitos.

Em primeiro lugar – mesmo para quem entenda que as exigências de igualdade formal entre as partes devem ser garantidas não só pelo legislador mas também pela contraparte negocial -, quanto às exigências de igualdade material, o princípio da igualdade de tratamento entre as contrapartes é inadequado. O instrumento para a remoção da desigualdade entre as partes não seria a igualdade de tratamento, mas antes a satisfação das necessidades e de todos os interesses da contraparte, o que requereria, inexoravelmente, um tratamento diferenciado para cada uma delas. Seguindo esta linha, *ad absurdum*, o que o ordenamento exigiria ao contraente seria uma tarefa que ultrapassaria em muito os deveres de cooperação entre as partes¹⁹⁹ e que se revelaria incompatível com as regras de mercado, em que é suposto que o contraente aja prosseguindo os seus interesses próprios²⁰⁰, não os dos outros.

um direito geral de personalidade das pessoas colectivas para significar que a elas não pertencem apenas os direitos especiais de personalidade expressamente previstos na lei mas também os conteúdos devidamente adaptados do direito geral de personalidade das pessoas singulares, não inseparáveis destas e que se mostrem necessários ou convenientes à prossecução dos fins das pessoas colectivas”.

Também FILIPE ALBUQUERQUE MATOS, *Responsabilidade civil por ofensa ao bom crédito ou ao bom nome*, Almedina, Coimbra, 2011, págs. 372 e ss, concebendo o direito geral de personalidade como verdadeiro *Rahmenrech*, admite a assunção pelas pessoas colectivas de certas objectivações ou concretizações do direito geral de personalidade, atentas as peculiaridades próprias impostas pelo princípio da especialidade de fim. Sobre o direito ao bom nome e ao crédito, enquanto direito reputado como fundamental para as pessoas colectivas, ver, em especial, págs. 373 e ss.

MARIA MANUEL VELOSO, “Danos não patrimoniais a sociedade comercial?”, *CDP* 18 (2007), págs. 29 e ss., em anotação ao Acórdão do TRC de 20.4.2004, enuncia como argumentos contrários à compensação dos danos não patrimoniais a incapacidade de sofrimento (ao que a autora deduz que a opção pelo termo dano não patrimonial revela que se quiseram incluir consequências estranhas a uma imputação subjectiva do foro ético-afectivo), a não titularidade de direitos de personalidade, a dificuldade na identificação do bem ou interesse lesado, o tipo de pessoa colectiva, a confusão ou duplicação (subjectiva) dos danos, entre outros. Todavia, a autora aceita a compensação cuja ideia motriz radica “na agressão a atributos específicos da personalidade moral da pessoa colectiva que não sejam radicalmente incompatíveis com a sua estrutura e que, por outro lado, sejam funcionais à tutela de valores imputados a sujeitos meta-individuais”. ALDO GIULLIANI, “La tutela aquiliana della reputazione economica”, *Contratto e Imprensa* 1 (1985), págs. 87-88.

¹⁹⁹ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato – as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1999, pág. 107, sublinha que no domínio contratual, a liberdade material não é, em regra, susceptível de uma directa garantia positiva: a intervenção não parifica posições de desigualdade, somente impede algumas das vantagens que a parte mais forte delas poderia oportunisticamente retirar. Vide, ainda, DANIELE MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Giuffrè, Milão, 2007, págs. 77 e 78, e GIULIO PASETTI, *Parità di trattamento e autonomia privata*, CEDAM, Pádova, 1970, pág. 6.

²⁰⁰ Segundo JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato – as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1999, págs. 40 e 41, “Quando se exerce pela autonomia privada, a autodeterminação, além de um valor em si, é uma forma de gestão de interesses: são estes, na apreciação subjectiva que deles faz o seu titular, que orientam o sentido se uma decisão individual a que é reconhecida eficácia pela ordem jurídica. O mundo real da contratação é o domínio do cálculo e do pensamento estratégico, da procura egoísta de vantagens por sujeitos que se movem num ambiente circunstancial carregado de representações e de significações. Esse dado é normativamente assumido pela ideia de autodeterminação: o que se requer ao agente não é a aspepsia de um ‘véu de ignorância’, mas, pelo contrário, a plena consciência da sua posição e interesses e a capacidade de os afirmar e defender no

Em segundo lugar, o princípio geral da igualdade não se mostra adequado a fornecer aos particulares orientações inequívocas quanto às suas obrigações, desde logo porque as várias concepções de igualdade – formal, material, social – podem conduzir a respostas distintas.

A proibição de discriminações não significa, pois, uma exigência de igualdade absoluta em todas as situações, nem proíbe diferenciações de tratamento²⁰¹. É de rejeitar que a proibição de discriminação da contraparte negocial esteja relacionada ou seja o resultado de uma regra geral que vete as diferenças de tratamento. O objectivo da proibição de discriminação não é, sublinhemos, a remoção de uma desigualdade de facto ou material, mas, pelo contrário, *o reconhecimento, num plano de efectividade, da igual dignidade de todas as pessoas, independentemente das suas qualidades pessoais*²⁰².

A deslocação da questão da proibição da discriminação da escolha da contraparte negocial para o âmbito infraconstitucional, para além do rigor analítico, tem ainda vantagens quanto aos efeitos da solução oferecida. Na verdade o seu âmbito de aplicação é mais amplo que aquele do artigo 13.º, n.º 2, da CRP: podem considerar-se como violadoras da dignidade, ou conceber-se a tutela do direito a não ser discriminado por decisões negociais determinadas por características que não aquelas que constem no elenco do artigo 13.º²⁰³. Pense-se, por exemplo, na idade, no peso ou na

meio social. Não há, nem pode haver (pois seria contraditória com esta ideia de autodeterminação), qualquer garantia de equidade de uma escolha objectivamente racional”. DIAS MARQUES, *Teoria Geral do direito civil*, vol. II, Coimbra Editora, 1958, pág. 25, compete à ordem jurídica uma função, de carácter dinâmico, que consiste em prover a uma adequada cooperação económica dos seus membros. É neste sentido que podemos acompanhar MARIA LUIZA FEITOSA, *Paradigmas inclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pág. 452, na expressão “disciplinar a autonomia privada é, no fundo, regular o contrato”. Sobre a dificuldade que esta satisfação egoística de interesses representa para a análise da justiça contratual, cfr. FABRIZIO VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2004, pág. 33.

²⁰¹ É certo que os profissionais normalmente se dirigem ao público e tendem a negociar igualmente com todos os consumidores (desde logo pela obrigatoriedade de indicação dos preços dos bens e serviços colocados à disposição do consumidor no mercado, nos termos do Decreto-Lei n.º 138/90, de 26 de Abril, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 162/99, de 13 de Maio). Esta paridade espontânea constituirá, segundo alguns autores, o *proprium* da categoria. Cfr. DANIELE MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Giuffrè, Milão, 2007, pág. 84. Mas podemos facilmente configurar excepções a esta paridade espontânea, por exemplo, onde haja condições de contratação subdivididas por categorias de clientes, ou quando haja lugar a uma negociação com aditamentos ou modificações do texto standard aos clientes habituais. Pense-se por exemplo em lugares turísticos, como Veneza, em que o comerciante vende a um preço mais alto aos estrangeiros de passagem e um preço menor aos clientes habituais. O Tribunal de Pádova considerou que era legítima a aplicação de preços não majorados para o consumo à mesa só aos clientes habituais (disponível em <http://www.stranieriitalia.it/briguglio/immigrazione-e-asilo/2005/ottobre/ord-trib-pd-discrim.pdf>)

²⁰² DANIELE MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Giuffrè, Milão, 2007, pág. 44. Chama a atenção NICHOLAS MARK SMITH, *Basic Equality and Discrimination: Reconciling Theory and Law*, Ashgate, Farnham, 2011, pág. 124, que a dignidade dos seres humanos, enquanto tais, não pode ser danificada ou violada, mas apenas ignorada ou negada. A dignidade não é uma qualidade ou uma substância que possa ser diminuída, mas um facto, social ou institucional. LAURA FABIANO, “‘Le parole come pietre’ nel diritto antidiscriminatorio comunitario”, *Diritto pubblico comparato ed europeo* 2008, pág. 2057.

²⁰³ Já assim, RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, 1995, págs. 290 e ss, para quem, todos os indivíduos, no seu inter-relacionamento mútuo detêm recíprocos direitos e deveres de respeito por igual da dignidade de cada homem. Na pág. 292, nota 715, o autor explicita que não prevalece então o princípio da autonomia privada, mesmo que não tenham lugar as discriminações expressas no artigo 13.º, n.º 2 da CRP, havendo ilicitude, por força do direito fundamental geral da igualdade, quando for atingida a dignidade das pessoas ou houver lugar a abuso de poderes de facto em detrimento de uma certa pessoa.

disforia de género²⁰⁴. Mas, como acentuaremos adiante, também é um conceito mais abrangente do que aquele proposto pelas Directivas antidiscriminação. É que se estas são regulações do mercado, actuando no âmbito da oferta ao público, não excluimos a possibilidade de ocorrência – e o sancionamento – de comportamentos discriminatórios nos negócios realizados na esfera privada. Vejamos.

Na verdade, as Directivas antidiscriminação têm como âmbito normativo a oferta, *rectius*, a disposição ao público²⁰⁵, ou seja, não se aplicam ao contrato individualizado, quer na fase que precede quer na fase posterior à celebração do contrato concluído após uma proposta, um convite a contratar ou à manifestação individualizada de interesse²⁰⁶. A grande opção de fundo do direito antidiscriminatório foi a de limitar a aplicação da proibição de discriminação aos contratos que surjam da declaração ao público, ainda que tácita, como acontece com a maior parte das técnicas para colocar à disposição bens e serviços²⁰⁷. O artigo 2.º, alínea d), da Lei n.º 18/2004, determina que a lei é aplicável “*ao acesso e fornecimento de bens e prestação de serviços postos à disposição do público, incluindo a habitação*”, ou o artigo 2.º da Lei n.º 14/2008, que estabelece o seu âmbito de aplicação “*às entidades públicas e privadas que forneçam bens e prestem serviços disponíveis ao público a título gratuito ou oneroso*”²⁰⁸.

²⁰⁴ O idadismo é um problema premente no direito laboral, mas pode não ser subestimado noutras domínios (pense-se, por exemplo, na prestação de cuidados de saúde). O peso é um factor discriminatório que não pode ser negligenciável, se nos recordarmos, por exemplo, daquelas companhias aéreas que pretendiam fixar tarifas diferenciadas consoante o peso dos passageiros. Por último, autonomizamos a disforia de género, porque, em nossa opinião, esta não cabe no âmbito da protecção contra a discriminação baseada no sexo.

²⁰⁵ JORGE MORAIS DE CARVALHO, *Manual de direito do consumo*, Almedina, Coimbra, 2013, pág. 33: Igualmente característico da proposta ao público é a utilização de um meio que permita o contacto com o público. São muitos os meios susceptíveis de difundir uma declaração, podendo tratar-se de um suporte electrónico (informático ou não) ou físico e podendo ou não os bens e serviços encontrar-se fisicamente presentes (*sic!*). Técnicas de comunicação à distância, como os anúncios inseridos na imprensa, na televisão ou na internet ou o envio de catálogos, a exposição de bens em montras ou em prateleiras de estabelecimentos comerciais.

²⁰⁶ Faz sentido que assim seja, porque na verdade o que está em causa é o princípio da igualdade na participação no mercado. Cfr. DAGMAR SCHIEK, “Broadening the Scope and the Norms of EU Gender Equality Law: Towards a Multidimensional Conception of Equality Law”, *Maastricht J. Eur. & Comp. L.* 12 (2005), págs. 427 e ss.

²⁰⁷ DANIELE MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Giuffrè, Milão, 2007, págs. 16 e ss. O direito italiano é mais explícito, pois determina que a oferta ao público vale como proposta, a não ser que o contrário resulte das circunstâncias ou dos usos (cfr. o artigo 1336 do *Codice (Offerta al pubblico)*: *L’offerta al pubblico, quando contiene gli estremi essenziali del contratto alla cui conclusione è diretta, vale come proposta, salvo che risulti diversamente dalle circostanze o dagli usi. La revoca dell’offerta, se è fatta nella stessa forma dell’offerta o in forma equipollente, è efficace anche in confronto di chi non ne ha avuto notizia*). Sobre o problema da oferta ao público no direito italiano, e as ressalvas permitidas, veja-se GIORGIO CIAN, “L’offerta al pubblico e l’art. 3 del D. Legisl. 31 maggio 1998, n. 114, in materia di vendite al dettaglio”, *Riv. dir. civ.* 47 (2001), págs. 313 e ss, e ALFREDO GALASSO, “Errore sulla persona, personalità della prestazione e intuitus personae”, *Riv. tri. dir. proc. civ.* 27 (1973), págs. 1331 e ss; MASSIMO BIANCA, *Diritto civile III: il contratto*, Giuffrè, Milão, pág. 250 e ss..

²⁰⁸ A proibição da recusa de contratar opera não apenas com referência à alienação mas também à aquisição de bens e serviços. Pense-se por exemplo na recusa de um comerciante de automóveis usados em adquirir um automóvel de um estrangeiro que se propõe comprar um carro novo. O artigo 1.º do regime das cláusulas contratuais gerais, “que proponentes ou destinatários” se “limitem, respectivamente, a subscrever ou aceitar”. DANIELE MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Giuffrè, Milão, 2007, pág. 140. Como bem sublinha ROBERTO CALVO, “La tutela del consumatore alla luce del principio della eguaglianza sostanziale”, *Riv. trim. dir. proc. civ.* 58 (2004), pág. 871, o perigo de abuso da liberdade contratual não depende da circunstância de o agente actuar na veste de empresário ou de consumidor final. Esta questão é ainda mais evidente no âmbito de aplicação das directivas: quer no fornecimento quer na aquisição o que está em causa é a pessoa e a liberdade económica do indivíduo e o funcionamento do mercado.

As leis antidiscriminatórias introduziram, pois, um limite textual ao seu âmbito de aplicação, referente à liberdade do contraente que se dirige ao público, quer no que diz respeito à negociação e celebração do contrato, quer no que diz respeito à sua execução. Cabe neste momento fazer um breve esclarecimento quanto à noção de “disponíveis ao público”.

Diz-se proposta negocial a declaração pela qual uma pessoa manifesta a outrem a sua intenção de celebrar determinado negócio, destinada a integrar o correspondente conteúdo, se vier a concretizar-se²⁰⁹. A proposta pode ser dirigida a uma pessoa determinada com quem o proponente intenta vir a celebrar o negócio ou pode ser dirigida a uma generalidade de pessoas e então existe uma oferta ao público. Nos ensinamentos de GALVÃO TELLES²¹⁰, a proposta quanto ao conteúdo tem de ser completa, no sentido de definir e abranger todos os elementos específicos do futuro contrato, de sorte que para a formação do acordo bastará um sim, um aceite do destinatário, a mera adesão à proposta²¹¹ que em si já contém a substância do contrato, dependente apenas da aceitação. A proposta (no sentido técnico-jurídico da palavra) deve possuir os elementos e os requisitos de validade necessários para poder inserir-se no contrato, tal como foi emitida, sem necessidade de ulteriores modificações ou aperfeiçoamentos. A mera adesão à proposta, que em si já encerra a substância do contrato e possui como invólucro o formalismo adequado, basta para a conclusão do contrato²¹².

É ainda necessário, para que estejamos perante uma verdadeira proposta contratual, o propósito de fazer um contrato, como algo de vinculativo²¹³. Não basta que

²⁰⁹ Cfr. LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil I, I*, 4.ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2007, pág. 92. Sobre a oferta ao público no direito romano e no direito intermédio, ver GIOVANNI BAVIERA, *L'offerta al pubblico: contributo alla teoria del negozio giuridico*, Società Editrice Libreria, Milão, 1907, págs. 7 e ss.

²¹⁰ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pág. 247. Sobre proposta contratual e convite a contratar, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 400 e ss, e MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português I*, tomo I, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 1995, pág. 557.

²¹¹ A natureza jurídica da proposta negocial, ou seja, saber se esta corresponde a um negócio jurídico unilateral, não é pacífica na doutrina. Em sentido afirmativo, GIOVANNI BAVIERA, *L'offerta al pubblico: contributo alla teoria del negozio giuridico*, Società Editrice Libreria, Milão, 1907, pág. 66 e Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, tomo I, pág. 562-563. Em sentido negativo, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pág. 246 e LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil I, I*, 4.ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2007, pág. 93. Este autor, contudo, não nega que à proposta negocial seja aplicável o regime do negócio jurídico em matérias como as relativas à capacidade, à legitimidade, ao objecto, à vontade, etc.

²¹² HEINRICH HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, Almedina, Coimbra, 1992, pág. 457, ressalva certos pormenores laterais e não essenciais (por exemplo, o tamanho ou o número de embalagens para certa quantidade de mercadorias) possam ser deixados à consideração da outra parte.

Note-se que a lei contém critérios supletivos para a determinação do preço, quando este não resulte do contrato (cfr. artigos 883.º e 1211.º), pelo que podemos considerar uma proposta completa mesmo não contendo este elemento. JORGE MORAIS DE CARVALHO, *Manual de direito do consumo*, Almedina, Coimbra, 2013, pág. 28, sublinha que da lei ou dos usos podem resultar critérios de determinação dos elementos do contrato que não tenham sido especificamente regulados pelas partes nas suas declarações contratuais, constituindo ponto essencial o de o proponente inserir na proposta todas as cláusulas que tenha considerado necessárias para a existência de um acordo.

Tendo-se tornado eficaz nos termos dos artigos 224.ª a 226.ª, a proposta fica à espera de ser aceite ou não. Para este efeito ela é irrevogável, durante certo tempo, necessário para que se possa dar a sua aceitação. O momento da conclusão do contrato é o da eficácia da declaração de aceitação ou, sendo esta dispensada, a altura da respectiva conduta exterior. HEINRICH HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, Almedina, Coimbra, 1992, pág. 466

²¹³ Sobre a seriedade da proposta contratual, ver GIOVANNI BAVIERA, *L'offerta al pubblico: contributo alla teoria del negozio giuridico*, Società Editrice Libreria, Milão, 1907, págs. 76 e ss. O autor defende que

se revele somente a disposição de contratar, em termos a definir. Nestes últimos casos, provocam-se propostas.

A proposta distinguir-se-á, pois, do *convite a contratar*. Estamos perante uma *invitatio ad offerendum* quando a declaração não contenha todos os elementos essenciais do contrato a concluir ou não revele a vontade de o declarante se vincular perante a mera aceitação do declaratório. Seguindo HEINRICH HÖRSTER, o convite a contratar sinaliza apenas o interesse ou a disponibilidade para entrar em negociações com vista à posterior conclusão de um contrato, ou seja, o convite a contratar constitui um incentivo para que alguém dirija uma proposta contratual a quem convida, cabendo depois a este o papel de aceitar a proposta ou não²¹⁴.

o que distingue verdadeiramente a oferta contratual do convite a contratar é a *intenção de se obrigar*, que existe na primeira e falta no segundo. RODOLFO SACCO e GIORGIO DE NOVA, *Trattato di diritto civile: Il contratto* (vol. II), coordenado por RODOLFO SACCO, UTET, Turim, 1993, pág. 220, entendem que a completude dos elementos essenciais é elemento necessário mas não suficiente para identificar a oferta.

²¹⁴ O convite a contratar não vem regulado na lei, isto é, nos artigos 224.º a 226.º e 228.º a 235.º, pela simples razão de este se dedicar somente à declaração negocial, uma vez que falta a vontade do autor do convite de se vincular juridicamente, a vontade ou consciência da declaração. A qualificação de determinado comportamento dirigido ao público como proposta contratual ou como mero convite a contratar só em cada caso concreto pode ser levado a cabo. O que o intérprete tem de averiguar é se naquela situação concreta – de acordo com usos e as regras do tráfico jurídico – apenas se pode falar de um convite a contratar ou se o o público interessado devia considerar a atitude observada pelo anunciante como verdadeira proposta contratual. No convite contratual, o anunciante está à espera de propostas e reserva para si a inteira liberdade (artigo 405.º, n.º 1) para não aceitar as mesmas, por exemplo, por suspeitar da solvabilidade do proponente ou para poder escolher entre vários interessados. Cfr. HEINRICH HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, Almedina, Coimbra, 1992, pág. 456.

São meros convites a contratar: uma placa com a expressão “vende-se” colocada numa casa (cfr. FRANCESCO GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol II, tomo I, 4.ª edição, CEDAM, Pádova, 2004, págs. 214 e ss); uma mensagem publicitária (FRANCESCO GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol II, tomo I, 4.ª edição, CEDAM, Pádova, 2004, págs. 214 e ss); o pedido de uma mesa num restaurante (HEINRICH HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, Almedina, Coimbra, 1992, pág. 456); ANTUNES VARELA, *Direito das Obrigações*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 1991, págs. 249, nota 4; anúncios em jornais (HEINRICH HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, Almedina, Coimbra, 1992, pág. 456); o envio de catálogos (HEINRICH HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, Almedina, Coimbra, 1992, pág. 456); o convite do leiloeiro em hasta pública (HEINRICH HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, Almedina, Coimbra, 1992, pág. 456).

São propostas contratuais: o pedido para reservar um quarto num hotel (HEINRICH HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, Almedina, Coimbra, 1992, pág. 456); as vendas automáticas (FRANCESCO GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol II, tomo I, 4.ª edição, CEDAM, Pádova, 2004, pág. 216, e HEINRICH HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, Almedina, Coimbra, 1992, pág. 457. Para este autor, o pôr à disposição de quaisquer pessoas indeterminadas [as incertas personas] certas mercadorias ou serviços para elas fazerem uso imediato da mercadoria ou dos serviços, é uma proposta contratual. Sirvam como exemplos os automáticos em que se oferecem bebidas ou comidas, as cabinas telefónicas os parques de estacionamento automatizados ou as bilheteiras mecanizadas. Nestes casos, a proposta é aceite e o contrato concluído, por declaração tácita, quando o utilizador introduz o dinheiro no respectivo recipiente, obtendo acesso à mercadoria ou ao serviço.

Mas são duvidosos: o *self service*, nomeadamente as exposições de mercadorias em supermercados ou em restaurantes self-service. Considera HEINRICH HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, Almedina, Coimbra, 1992, pág. 457, que não são propostas contratuais, mas sim convites para contratar, muito embora haja acesso directo dos clientes às mercadorias. Contra, FRANCESCO GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol II, tomo I, 4.ª edição, CEDAM, Pádova, 2004, pág. 216 e RODOLFO SACCO e GIORGIO DE NOVA, *Trattato di diritto civile: Il contratto* (vol. II), coordenado por RODOLFO SACCO, UTET, Turim, 1993, pág. 221. Na doutrina portuguesa, JORGE MORAIS DE CARVALHO, *Manual de direito do consumo*, Almedina, Coimbra, 2013, pág. 34, considera existirem propostas negociais num sistema de auto-serviço, que se caracterizam por caber a quem pretende adquirir o bem a operação material da sua recolha (ou da sua utilização) no estabelecimento comercial do profissional, procedendo ao pagamento do preço no mesmo local mas em momento posterior ao da recolha. É o caso da maioria dos postos de abastecimento de combustível, dos supermercados e de alguns estabelecimentos comerciais, em especial situados nas grandes superfícies comerciais. Quanto ao momento em que se considera celebrado o contrato será o do

O contrato é funcional para o mercado enquanto for um instrumento inclusivo, que permita indistintamente o acesso a uma maior número possível de pessoas, no pressuposto que o acesso é o aberto possível, independente das qualidades pessoais do agente²¹⁵. O que o direito antidiscriminatório europeu visa é prevenir a exclusão, ou

último acto relevante para a aceitação da proposta nestes contratos. HEINRICH HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, Almedina, Coimbra, 1992, pág. 457, considera, de igual modo que as paragens dos veículos ao serviço dos transportes públicos nos respectivos lugares, para os utentes entrarem e comprarem o seu bilhete, não pode serem qualificadas, sem mais, como proposta contratual (salvo se o serviço estiver automatizado de tal maneira que se trata de uma oferta as *incertas personas*). Novamente diferente é a situação em caso de bilhetes pré-comprados, onde a paragem serve para possibilitar o cumprimento de um contrato, já anteriormente concluído).

Quanto às mercadorias à venda pelos lojistas, FRANCESCO GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol II, tomo I, 4.^a edição, CEDAM, Pádova, 2004, págs. 214 e ss: é uma *invitatio ad offerendum*. Cada lojista reserva para si a faculdade de escolher a quem vender (de escolher a sua clientela) e quanto vender, considerando todos os que entram no negócio como proponentes, aos quais se reserva o direito de responder com uma aceitação ou uma recusa. No mesmo sentido, HEINRICH HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, Almedina, Coimbra, 1992, pág. 457, e ANTUNES VARELA, *Direito das Obrigações*, 7.^a edição, Almedina, Coimbra, 1991, págs. 249, nota 4. JORGE MORAIS DE CARVALHO, *Manual de direito do consumo*, Almedina, Coimbra, 2013, pág. 33, entende que a qualificação da declaração exteriormente manifestada pela exposição de bens em montras ou prateleiras deve ser feita em cada caso. No entanto, assinala que, se contiver todos os elementos necessários para poder ser qualificada como proposta, bastando a aceitação para a celebração do contrato, a declaração deve ser qualificada como proposta ao público. Pensamos, com LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil I,I*, 4.^a edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2007, pág. 93; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Parte Geral, vol. I, tomo I, 3.^a edição, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 558; e PAULO MOTA PINTO, *Declaração tácita e comportamento concludente*, Almedina, Coimbra, 1995, pág. 476; que esta é a melhor doutrina. É o que sucede na generalidade dos casos de exposição de bens em estabelecimentos comerciais, sendo aliás orientação da lei, ao impor a indicação do preço no comércio a retalho (artigo 1.º, n.º 1 do DL 138/90).

No que respeita a serviços, JORGE MORAIS DE CARVALHO, *Manual de direito do consumo*, Almedina, Coimbra, 2013, pág. 34: a circunstância de o profissional ter um estabelecimento aberto ao público indicia a existência de uma proposta contratual, com o objectivo de celebração dos contratos que resultarem do contexto. O sapateiro que desenvolve a sua actividade numa loja aberta ao público emite, salvo protesto, uma proposta ao público para a reparação de sapatos, o mesmo sucedendo com o engraxador à porta de uma qualquer estação de comboios. Esta conclusão aplica-se igualmente ao médico que coloca uma placa à porta de um consultório privado aberto ao público (sobre o não cumprimento do contrato médico, vide EDUARDO DANTAS, “O inadimplemento do contrato de serviços médicos”, MARIA OLINDA GARCIA, *Estudos sobre o incumprimento do contrato*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, págs. 51 e ss). A declaração contém todos os elementos necessários para a celebração de um contrato de prestação de serviços médicos, bastando a aceitação do paciente, embora se deva entender que a proposta é emitida sob condição resolutiva tácita de indisponibilidade do médico no horário definido no acto de aceitação. Na prática, é comum definir-se logo no momento da celebração do contrato qual será o momento do cumprimento da obrigação por parte do médico, que consiste na realização da consulta.

Para o direito inglês, com exemplos, CATHERINE ELLIOT e FRANCES QUINN, *Contract Law*, 7.^a edição, Pearson, 2009, págs. 13 e ss, e CHRIS TURNER, *Contract Law*, 2.^a edição, Hodder Education, 2007, págs. 6 e ss.

²¹⁵ Sobre a discriminação do consumidor perante o profissional, nomeadamente a questão do boicote, ver, FRANCESCO GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol II, tomo I, 4.^a edição, CEDAM, Pádova, 2004, pág. 361 e DANIELE MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Giuffrè, Milão, 2007, págs. 176 e ss. sobre a tutela ressarcitória da empresa. Veja-se FILIPE ALBUQUERQUE MATOS, *Responsabilidade civil por ofensa ao bom crédito ou ao bom nome*, Almedina, Coimbra, 2011, págs. 116 e ss., sobre a caracterização do crédito enquanto bem jurídico tutelado no âmbito do artigo 484.º. Segundo o autor, impõe-se uma particular ligação da ideia de prestígio ao universo dos negócios e da actividade empresarial. O prestígio tem como ponto de referência as relações entabuladas entre quem desenvolve uma actividade económica e os respectivos fornecedores, credores, clientes e outros terceiros. O autor defende que o legislador terá querido reportar-se basicamente à capacidade e à vontade do indivíduo para cumprir os seus compromissos obrigacionais. Considerar-se-ão integrados no “crédito de outrem”, todos aqueles atributos susceptíveis de definirem o perfil ou a posição sócio-económica, ou por vezes, até mais especificamente, a projecção assumida no mundo dos negócios (projecção negocial), por determinada pessoa, ou empresa. Revela-se então fundamental para a caracterização do crédito, levar em linha de conta a capacidade de iniciativa económico-negocial, basicamente consubstanciada na aptidão para tomar decisões económicas, fazer projecções, e granjear contactos negociais com os demais parceiros, assim como a seriedade e a correcção negocial.

a limitação, de cada pessoa aceder às trocas de mercado, por ser atribuída relevância, exclusivamente, a uma qualidade pessoal sua, que não recaia sobre a prestação²¹⁶.

Neste sentido é irrelevante, para a determinação da aplicação da legislação antidiscriminação, estarmos perante uma proposta contratual ou um mero convite a contratar. Em ambos os casos, estamos perante bens ou serviços à *disposição do público*. As ofertas ao público ou os convites, como as mensagens publicitárias, podem ser dirigidos a categorias de sujeitos determinadas ou determináveis por força da sua qualidade pessoal. O que é importante sublinhar é que o critério para seleccionar entre os destinatários da declaração não pode ser discriminatório. As leis antidiscriminatórias aplicam-se nos locais abertos ao público, à exposição numa vitrina ou em bancas de venda, nos contratos de self-service ou em venda automática, no comércio electrónico, aos serviços turísticos, aos meios de transporte, aos contratos que surgem numa televenda, aos gritos dos vendedores ambulantes acompanhados da colocação à disposição das mercadorias ou à simples disposição dos produtos, com o preço, no mercado²¹⁷.

Para além da natureza inclusiva do contrato, o requisito da oferta ao público tem a ver com a questão da difusão social²¹⁸. As directivas antidiscriminação e a legislação que as transpõem não se interessam pelo episódio singular²¹⁹, o qual não comporta nenhuma relevância negativa em termos de interesse público, mas interessam-se, pelo contrário, pelos episódios de discriminação singulares quando eles são potencialmente difusos: só quando o fenómeno é difuso a contraparte contratual se encontra realmente em dificuldade de satisfazer o seu próprio interesse e é constringida a custos extra para procurar para si bens ou serviços.

Ou seja, o âmbito de protecção da legislação antidiscriminação não abrange todas as situações em que a contraparte negocial discrimine; não abrange, desde logo, as situações em que, na contratação individualizada²²⁰, existam comportamentos discriminatórios ofensivos da dignidade humana — ou seja, que a contraparte não tome uma decisão negocial, ou tome em termos diferentes dos inicialmente previstos, em função de uma qualidade pessoal do preterido²²¹.

²¹⁶ Vide NATALINO IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, 1998, págs. 78 e ss. Sobre o acesso ao mercado, PIERO SCHLESINGER, “Mercato, diritto privato, valori”, *Riv. dir. civ.* 50 (2004), pág. 327.

²¹⁷ Tribunal de Bolonha, 22 de Fevereiro de 2001, uma agência imobiliária criou no seu site uma página de segundo nível só para extracomunitários, na qual não havia nenhum imóvel disponível. Já em 2000, o Tribunal de Milão, numa decisão de 30 de Março (Foro it. I, 2000, I, c. 2040) havia sancionado uma agência imobiliária que contactada por um cidadão extracomunitário lhe respondera que é difícil concluir um contrato com estrangeiro, porque os proprietários não “querem locar a extracomunitários. Para criticismo à decisão, veja-se GIULIANO SCARSELLI, “Appunti sulla discriminazione razziale e la sua tutela giurisdizionale”, *Riv. dir. civ.* 47 (2001), pág. 824, nota 28.

²¹⁸ O pressuposto da difusão social significa que a discriminação deve respeitar a mais do que um contraente, sujeito activo da conduta. Mas não significa que a discriminação deve respeitar a mais de uma contraparte contratual, sujeito passivo, nem que a qualidade pessoal deva ser passiva. Pelo contrário, a qualidade pessoal relevante como factor de discriminação pode ser originalíssima e no limite respeitar apenas a uma pessoa. Como esclarece o autor, se A não vende a B porque este é do FC Porto, estamos perante uma bizarrria, mas se os 4 donos do café não o fazem temos um problema de discriminação, porque sofre uma lesão na sua personalidade e é obrigado a ir tomar café a outra aldeia, com custos sem qualquer justificação económica.

²¹⁹ DANIELE MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Giuffrè, Milão, 2007, pág. 40.

²²⁰ Sobre os custos da renúncia a dirigir-se ao público, veja-se DANIELE MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Giuffrè, Milão, 2007, págs. 216 e ss.

²²¹ Segundo JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato — as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1999, págs. 58 e ss, quando dois sujeitos entram em

O quadro normativo descrito, e o caminho que seguimos, mostram-nos, assim, que existem duas vias regulatórias para a determinação do regime dos actos discriminatórios. O primeiro passo é, pois, verificar se estamos perante uma característica protegida por uma regulamentação específica, regulada autonomamente pelo legislador nacional, para determinar a aplicação dos efeitos específicos aí previstos (referimo-nos, concretamente à inversão do ónus da prova, à relevância de elementos estatísticos e à possibilidade de participação das associações na defesa dos interesses do discriminado), bem como a aplicação de sanções (a prática de qualquer acto discriminatório constitui *contra-ordenação*, e pode levar à aplicação de uma sanção acessória). O infractor incorre em responsabilidade civil, nos termos gerais²²², e se a discriminação resultar da omissão de um dever, o infractor está obrigado ao seu cumprimento, se este ainda for possível.

Fora do âmbito das leis antidiscriminatórias não funcionam os remédios específicos. A oferta ao público discriminatória não é nula, mas deve entender-se que se dirige indistintamente ao público, com a consequência que pode ser aceita por qualquer pessoa²²³. A violação de um direito de personalidade, o direito a não ser discriminado, pode convocar a tutela específica prevista nos artigos 878.º a 880.º do CPC, que instituíram um processo especial para a tutela da personalidade, pelo qual podem ser decretadas providências concretamente adequadas a evitar a consumação de qualquer ameaça ilícita e directa à personalidade física ou moral de ser humano ou a atenuar, ou a fazer cessar, os efeitos de ofensa já cometida. Tendo havido a lesão de direitos absolutos, quando intencional e casualmente provocadora de danos, surgirá a obrigação de indemnizar, nos termos gerais da responsabilidade extracontratual. Quanto ao contrato, tendo sido recusada a sua celebração²²⁴ ou, celebrado o contrato,

relação para se vincularem através de um contrato, reconhecem-se mutuamente numa posição paritária, como titulares de esferas de competência igualmente dignas de respeito. O que se verifica é “a interdependência de dois poderes, só exercitáveis, de forma positiva, em atendimento e cooperação. ‘Liberdade não do outro, mas através dele!’”, ‘liberdade através de sociabilidade’, não apenas no sentido genérico de que ‘não é o “promeneur solitaire”, mas o homem *social* – o homem coexistente e convivente com os outros – que é o fundamento das relações jurídicas civis’, mas no sentido preciso de que a eficácia da actuação de um depende da actuação consonante do outro. O sujeito do contrato é apenas ‘parte’ de uma relação que pressupõe a intervenção constitutiva de um outro, resultando a produção dos efeitos de uma determinação em comum da liberdade positiva de ambos. A bilateralidade estrutura-se segundo um modelo de participação, de necessária interpenetração de duas esferas de liberdade. A regulamentação de interesses por meio do contrato “é composição *paritária*, afirmação de dois poderes com igual competência decisória”. Neste sentido, CARLO CASTRONOVO, “Autonomia privada e costituzione europea”, *Eur. dir. priv.* 1 (2005), pág. 39.

²²² A recusa de acesso a bens e serviços é uma noção mais ampla do que a recusa a contratar, porque inclui ainda a recusa a cumprir o contrato (depois da sua celebração). A disciplina antidiscriminatória é ainda uma disciplina do incumprimento. Se existir um ilícito discriminatório, podem, pois, concorrer a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual.

²²³ Também podem ser celebrados pactos discriminatórios, que vinculem duas ou mais pessoas a adoptar, perante terceiros, comportamentos discriminatórios (por exemplo, um pacto que vincule quem se dirija ao público a recusar contratar ou a concluir contratos discriminatórios). O pacto discriminatório pode assumir variadas formas: pode ser um entendimento entre operadores económicos tendo por objecto o seu comportamento no mercado e aí valem as regras da concorrência e das práticas restritivas do comércio. Ou então, constar de um regulamento de condomínio, que DANIELE MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Giuffrè, Milão, 2007, pág. 315 e ss, considera contra os bons costumes. Sobre a apreciação da constitucionalidade de um regulamento de condomínio, vide VIEIRA DE ANDRADE, “A fiscalização da constitucionalidade das ‘normas privadas’ pelo Tribunal Constitucional”, *RLJ* 3921 (2001), pág. 362, nota 18.

²²⁴ Sobre a frase preliminar do contrato, vide FILIPE ALBUQUERQUE MATOS, “A fase preliminar do contrato”, FDUC, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Coim-

o ofertante se recuse ao seu cumprimento, valerão as regras gerais²²⁵.

bra Editora, Coimbra, 2006, págs. 309 e ss.

²²⁵ A dúvida permanece quanto à questão de saber se existe, fora do âmbito abrangido pela legislação antidiscriminatória, um dever de contratar. Nas palavras de WILHELM CANARIS, “A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha”, em INGO WOLFGANG SARLET (ed.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003, pág. 231., “a liberdade de recusar a celebração de um contrato constitui, por assim dizer, o núcleo da liberdade de contratar e goza, de qualquer modo de uma dignidade hierárquica superior à da liberdade de determinação do teor do contrato” (no mesmo sentido, HEINRICH HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, Almedina, Coimbra, 1992, pág. 101), e a imposição de um dever de contratar é uma questão muito controversa na doutrina. A intervenção do Estado no direito contratual, com vista à protecção dos mais fracos, visa corrigir o princípio formal da igualdade jurídica. Cfr. HEINRICH HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, Almedina, Coimbra, 1992, págs. 55-56. O direito é, assim, chamado a exercer uma função correctora e de equilíbrio dos interesses dos vários sectores da sociedade, para o que limita, em maior ou menor grau de intensidade, o poder jurídico do sujeito, mas sem desconsiderá-lo, já que ele é, em última análise, o substrato político-jurídico do sistema neo-liberal em vigor nas sociedades democráticas e desenvolvidas no mundo contemporâneo que se caracterizam precisamente pela conjugação da liberdade individual com a justiça social e a racionalidade económica. FRANCISCO AMARAL NETO, “A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional”, in FDUC (eds.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ferrer-Correia*, Coimbra Editora, Coimbra, 1989, págs. 41-42. São transformações que não incidem na estrutura do direito privado, mas apenas na função que ele desempenha no mundo moderno. MICHELE GIORGIANNI, “Il diritto privato ed i suoi attuali confini”, *Riv. tri. dir. proc. civ.* XV (1961), pág. 412. Mais recentemente, TERESA NEGREIROS, *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, Renovar, Rio de Janeiro, 1998, pág. 217; CASS R. SUNSTEIN, *Free Markets and Social Justice*, OUP, 1997, págs. 60 e 61. Como nos diz JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato – as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1999, págs. 45 e 46, situações de poder e de correlativa inferioridade, de acordo com a ideia de liberdade e autodeterminação, podem ser situações juridicamente relevantes, a ponderar na definição da área da autonomia privada. A partir de determinado limite, ou em certas formas de vulnerabilidade, não pode mais afirmar-se que a parte mais fraca goze, em relação a certo tipo de actos, de autodeterminação, no sentido de capacidade para uma autónoma defesa dos interesses próprios. A constatação da falta de autodeterminação de uma das partes funciona, segundo o autor, como a *ratio decidendi* da exclusão da autonomia privada. Um ponto que é raramente considerado no criticismo de uma lei que alegadamente destrói a liberdade é o facto constitucional que aqueles que estão sujeitos a discriminação também têm um direito constitucional da liberdade contratual na mesma medida que aqueles que gostam de invocar a sua liberdade contratual para os discriminar. Devido à discriminação a liberdade dos sujeitos discriminados é limitada. Assim visto, uma lei que visa restaurar este direito (contratar livre de discriminação) não apenas viola a liberdade individual (prevenindo alguém de fazer uma escolha contratual discriminatória) mas ao mesmo tempo restaura-a. Vide, ainda, VIKTOR WINKLER, “The Planned German Anti-Discrimination Act: Legal Vandalism? A Response to Karl-Heinz Ladeur”, *German Law Journal* 3 (2002), disponível em <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=158>.

A legislação antidiscriminação veio regular nesta matéria que a aplicação de sanções não obsta à celebração do contrato, quando haja o dever de o celebrar. A liberdade de contratar sofre excepções que resultam quer da autolimitação das partes (por celebração do contrato-promessa, pacto de preferência, cláusula compromissória e o compromisso arbitral, mandato sem representação) ou de heterolimitação legal. Neste último campo, a doutrina refere o dever de contratar das empresas fornecedoras de serviços públicos essenciais (cfr. ANTUNES VARELA, *Direito das Obrigações*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 1991, págs. 245 e ss; M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 8.ª edição Almedina, Coimbra, págs. 207 e ss. Quanto aos serviços públicos essenciais, EDUARDO DOS SANTOS JÚNIOR, *Direito das Obrigações I*, 2.ª edição, AAFDL, 2012, págs. 27 e ss.); o dever de contratar resultante de deveres funcionais; a constituição de seguro de responsabilidade civil (No caso dos contratos de seguro obrigatório, os seguradores não podem, quando a sua actividade abrange o respectivo ramo, recusar a celebração de um contrato. O segurado, por seu lado, está numa situação mais flexível: pode escolher entre os vários seguradores. Cfr. HEINRICH HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, Almedina, Coimbra, 1992, pág. 63), e os contratos impostos ou ditados (vide, ANTUNES VARELA, *Direito das Obrigações*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 1991, págs. 245 e ss; M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 8.ª edição Almedina, Coimbra, págs. 207 e ss. HEINRICH HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, Almedina, Coimbra, 1992, págs. 62-63, aduz como exemplos de um dever jurídico de contratar: o mercado respeitante a certos serviços básicos, onde a contratação não pode ser recusada a quem se apresente de acordo com as regras estabelecidas para a utilização daqueles serviços e, ainda, o acesso a certos estabelecimentos culturais (bibliotecas, museus, monumentos, teatros, etc), de acordo com os regulamentos de utilização). A pergunta que se mantém é a de saber se existirá a

obrigação de contratar quanto ao fornecimento de bens ou serviços colocados à disposição do público.

Esta pergunta abrange duas situações, que são, quanto a nós, valorativamente paralelas. Em primeiro lugar, quando entendamos que existe um mero convite a contratar, coloca-se a questão de saber se o empresário pode ou não recusar a aceitação da proposta ou oferta contratual que lhe é dirigida pelo eventual cliente ou utente. Pelo contrário, existe um verdadeiro incumprimento do contrato já celebrado quando o empresário emitiu uma verdadeira proposta contratual que a contraparte aceitou. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.^a edição, Almedina, Coimbra, 2009, pág. 236, nota 2, chama a atenção que sob uma aparente recusa de contratar, exista, realmente um incumprimento do contrato. “Assim sucede quando está em causa uma daquelas actividades que representam uma proposta constante de contrato, aberta, em princípio, a qualquer pessoa. Por exemplo, num supermercado, que tem os produtos expostos e os preços fixados, ou num restaurante, existe uma oferta a que só falta a aceitação. E esta pode ser meso tácita, como, no caso do restaurante, o cliente que se senta a uma mesa e encomenda a refeição. Em tais situações, a recusa de servir o cliente analisa-se, portanto, no incumprimento de um contrato já celebrado e não, propriamente, em recusa de contratar. JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato – as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1999, pág. 72: na vinculação contratual, faz sentido a imagem da ‘fusão de vontades’, como dando origem a um *contractus* que já não está na disponibilidade individual de cada um dos declarantes. A vontade exteriorizada na proposta, tendo encontrado a resposta afirmativa que requerera deixa de pertencer ao próprio, torna-se uma componente de um acordo que, por provir de ambos os contraentes, só por ambos pode ser desfeito. A restrição da liberdade contratual, a respeito de tais hipóteses, tem sido sustentada, ora com base na situação de monopólio de facto (no direito italiano, existe regulação específica nos artigos 2597.º e o 2932.º do *Codice*. Cfr., por todos, FRANCESCO GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol II, tomo I, 4.^a edição, CEDAM, Pádova, 2004, págs. 180 e ss.) que imporia, por considerações de razoabilidade, a obrigação de contratar, ora acentuando-se o carácter vital dos bens ou serviços (*Daseinvorsorge*), ora mediante a aplicação dos princípios do abuso do direito. Neste sentido, LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil I, I*, 4.^a edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2007, pág. 389. Em sentido contrário, Contra ANTUNES VARELA, *Direito das Obrigações*, 7.^a edição, Almedina, Coimbra, 1991, pág. 250, considerando duvidoso que se possa sufragar o preceito que condena o abuso do direito, visto que a liberdade de contratar [na posição do autor, a liberdade de aceitar ou recusar uma proposta negocial] não constitui, em bom rigor, um direito subjectivo, cujo exercício seja capaz de constituir o respectivo titular em responsabilidade civil perante terceiros. HEINRICH HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, Almedina, Coimbra, 1992, pág. 63, considera que nas situações em que sob a aparência de liberdade contratual uma proposta contratual é recusada com fundamentos ou fins inconstitucionais ou violadores da ordem pública ou lesivos dos bons costumes (por exemplo, com base em racismo ou fundamentalismo religioso), o contrato proposto deve ser aceite pela outra parte, não podendo a sua conclusão ser negada com tais fundamentos. JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Direito das obrigações I*, Almedina, Coimbra, 198X, pág. 178, restringiu a ilicitude para a recusa de contracção apenas para aquelas empresas que são criadas ou mantidas pelo Estado ou pelas autarquias para a satisfação de interesses de importância vital. Nas palavras do autor, “a mais não obrigará, aliás, um princípio de estado social ou de igualdade de tratamento”. Pensamos de ser de sufragar a posição de ALMEIDA COSTA (M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.^a edição, Almedina, Coimbra, 2009, págs. 235 e ss): Nos poucos casos em que a disposição de bens ao público consubstancia um mero convite a contratar, e não uma proposta negocial, “o dever de contratar existe ‘pelo menos, quando se trate de uma situação de monopólio de direito ou de facto e de bens ou serviços de importância vital para os particulares’. A determinação destes terá de fazer-se de acordo com as concepções dominantes e actuais. Assim, ‘também o teatro, o cinema, a hospedaria podem ser de importância vital para os particulares, como meios de distracção, de cultura ou de alimentação ou alimentação. O critério será sempre o de a conduta, dadas as circunstâncias do caso concreto, se apresentar intoleravelmente ofensiva do sentido ético-jurídico. Deste modo, podem até conceber-se situações em que baste que se esteja diante de bens ou serviços de importância vital, mesmo não se verificando uma situação monopolista. Conclui-se, pois, que a recusa de contratar, em determinadas hipóteses, é susceptível de configurar-se como abuso de direito”. O dever de contratar é, na verdade, uma sujeição? O dever jurídico é nos ensinamentos de MANUEL DE ANDRADE, a necessidade de adoptar o comportamento prescrito pela norma que atribui o direito subjectivo à contraparte (MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica I*, Almedina, Coimbra, 1964, pág. 12, e NUNO PINTO OLIVEIRA, *Direito das Obrigações I*, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 12). Aquele sobre quem recai o dever jurídico tem a faculdade fáctica de não cumprir (sujeitando-se embora a sanções). RELEMBRA Cfr. HEINRICH HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, Almedina, Coimbra, 1992, págs. 62-63, que “o dever jurídico de contratar não leva, para a parte obrigada a contratar, à existência de uma sujeição, característica dos direitos potestativos, pela simples razão de ela poder vir a violar a sua obrigação ao não cumprir, ou seja, ao não concluir o contrato que lhe é exigido (além da razão que consiste, nas situações em causa, na ausência de uma relação jurídica pré-existente como pressuposto de direitos daquele tipo)”. Tratando-se de uma obrigação convencional de contratar, nomeadamente que resulte de um contrato-promessa, existe, em

A prática discriminatória afecta negativamente, usando as palavras de FARIA COSTA, “aquilo que de mais profundo, denso e radical o homem tem: a relação com o outro, ou, se se quiser, a manifestação da ‘minha’ liberdade vivida com a liberdade do outro”²²⁶. A extensão ou delimitação da proibição de discriminação no âmbito contratual – sendo certo que a análise da posição de superioridade de quem discrimina ou pode discriminar (ou seja, a relação das posições de poder das partes) é inseparável da análise dos factores de ordem económico-institucional²²⁷ – requer uma compreensão suficientemente diferenciadora dos termos do confronto²²⁸ entre, desde logo, o direito a não ser discriminado enquanto direito de personalidade, a autonomia privada de ambos os sujeitos em confronto e outros direitos que devam ser convocados para o diálogo. A nossa

princípio, a possibilidade de “obter sentença que produza os efeitos da declaração negocial do faltoso” (art. 830.º, n.º 1). Discutido se mostra o alargamento deste regime de execução específica aos restantes casos em que se verifique o dever de contratar. Cremos de subscrever os ensinamentos de ALMEIDA COSTA, “Não se vê, com efeito, que a regra do art. 830.º constitua um princípio excepcional no quadro jurídico vigente. Corresponde ao sistema da nossa lei, que atribui à restauração natural prevalência sobre a indemnização por equivalente (art. 566.º, n.º 1). Aceita-se, deste modo, que uma execução específica idêntica à prevista no art. 830.º seja susceptível de abranger outras situações. Até por maioria de razão, nas referidas hipóteses de existência do dever de contratar, parece justificada a mesma restauração natural. Efectivamente, não se esqueça que estão em causa considerações de ordem pública.

Uma última nota para relembrar, com JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato - as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1999, pág. 54, que em veste negativa, como recusa da celebração de um contrato não querido, ela [a autonomia] é ‘determinação solitária’ (Alleinbestimmung). Sobre o problema da recusa a contratar, vide, ainda PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo II*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, págs. 1345 e ss.

²²⁶ FARIA COSTA, *O Círculo e a circunferência: em redor do direito penal da comunicação*, Lisboa, FLAD, págs. 39-40. Vide JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, anot. ao artigo 1.º, III, para quem: “Cada pessoa tem, contudo, de ser compreendida em relação com os demais. A dignidade de cada pessoa pressupõe a de todos os outros”.

²²⁷ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato – as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1999, págs. 12 e 13, relembra o critério hermenêutico sugerido por Teubner, ao apontar três diferentes planos de construção do sistema contrato: o plano da interacção entre as partes; o plano da instituição, em que, a nível intermédio, estão em causa conexões institucionais, designadamente com o mercado, e o plano da sociedade, em que são tematizadas as exigências que o sistema social, no seu conjunto, ou alguns sistemas parciais (com relevo para o ordenamento jurídico) colocam ao contrato. A diferenciação tripartida não ignora que as linhas de separação não apresentam a nitidez que ela poderá inculcar. Como nos diz SOUSA RIBEIRO, “cada um daqueles planos indica apenas uma prevalente direcção de sentido, que não exclui, antes requer, uma integração reflexiva de outras dimensões funcionais e dos seus princípios conformadores”. Como sintetiza o autor, “Sendo a liberdade contratual o princípio rector da ordem dos contratos, o desafio que se lhe coloca é o de dar satisfação às exigências normativas próprias de cada um daqueles planos contratuais, a saber, servir de instrumento à auto-realização pessoal dos contraentes – na específica forma em que ela é possível no âmbito do contrato – e juridificar convenientemente as relações de troca e de cooperação no mercado, respeitando ao mesmo tempo, em medida suficiente, os outros valores próprios do ordenamento”. Salienta JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS, “¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?”, em INGO WOLFGANG SARLET (edição), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003, pág. 301, que o fenómeno do poder como uma expressão de uma situação de desigualdade é indissociável das relações humanas, é inerente a toda a organização social.

²²⁸ Sobre a necessidade de balanceamento, PAOLO BONETTI, “Prime note sulla tutela costituzionale contro il razzismo e la xenofobia”, *Riv. trim. dir. pubbl.* 1 (1994), pág. 68. MARIA LUIZA FEITOSA, *Paradigmas inclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pág. 326: “diante do caso concreto, as premissas axiológicas terão de ser compatibilizadas e ponderadas no sentido da satisfação do principal objecto valorado, em função de justificativas múltiplas que se coadunam ou se excluem, muito embora o interesse social (ampliado) deva ser encarado como um juízo predominante, um valor maior a não merecer preterição. A exegese do direito dos contratos permite, hoje, identificar algumas linhas de princípios em interacção: liberdade contratual, consensualismo, boa fé objectiva, força vinculativa, função social, proibição de abusos, dentre outros. Estes, por sua vez, se desdobram numa série de outros postulados importantes, inseridos no espaço de intersecção entre o público e o privado, com preponderância para o conjunto de enunciados que melhor se adapte à situação em concreto”.

análise cinge-se ao papel a desempenhar pelo direito de propriedade neste domínio, enquanto factor de ponderação ou balanceamento.

A análise a que procedemos sobre o fenómeno discriminatório permite-nos abordar o problema das suas previsões, justificações e efeitos, no direito privado²²⁹, que continua, ainda hoje, a desempenhar o seu papel de declaração dos princípios básicos da justiça e da ordenação social numa sociedade de mercado²³⁰. A questão que nos ocupa não é, pois, apurar se as normas constitucionais, que reconhecem direitos fundamentais, têm, também, eficácia imediata no domínio das relações jurídico-privadas, impondo-se à vontade das partes nas suas convenções, pois, como pensamos ter demonstrado – numa situação em que o problema da eficácia em relação a entidades privadas dos direitos primeiramente referidos se volve nitidamente num específico problema de colisão entre direitos e princípios constitucionalmente consagrados, de

²²⁹ Demonstrámos acima que o recurso ao plano das normas e princípios constitucionais, não é só incorrecto, do ponto de vista técnico-jurídico, como se apresenta, no caso, desnecessário. Ressalve-se, todavia, que esse diálogo intraconstitucional, em nossa opinião, seria possível, já que estamos em face de direitos todos eles constitucionalmente protegidos. Se isso não é controverso relativamente ao direito de propriedade ou ao direito à não discriminação, subsistiam na doutrina algumas dúvidas quanto à protecção da autonomia privada e, especificamente, da liberdade contratual (cfr., por todos, ANA PRATA, *A tutela constitucional da autonomia privada*, Almedina, Coimbra, 1982, pág. 76, para quem “*não se pode hoje afirmar que exista uma relação entre o homem e a autonomia privada. Isto é, autonomia privada é a do sujeito jurídico económico privado e este não é confundível com a pessoa física, nem com as pessoas físicas que o conceito de pessoa colectiva pode envolver*”. A tutela constitucional da liberdade contratual decorreria do reconhecimento da iniciativa privada (artigo 61.º), em articulação com os preceitos constitucionais que tutelam a propriedade privada (artigos 62.º e 89.º) e com os que consagram o direito de livre escolha de profissão ou género de trabalho (artigo 47.º).

Como refere PAULO MOTA PINTO, “Direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, *Portugal-Brasil Ano 2000*, *Studia Iuridica*, 40, *Colloquia 2*, Coimbra Editora, 1999, págs. 214 e ss, “*o desenvolvimento individual na relação entre particulares exige o reconhecimento do querido vinculativamente como juridicamente obrigatório e a disponibilização das formas jurídicas necessárias para a concretização dessa eficácia. Reconhece-se, assim a existência de uma tutela constitucional, designadamente, da liberdade contratual*”, e ainda que: “*Pelo menos a partir da consagração do direito ao desenvolvimento da personalidade, tal tutela parece, todavia, ter adquirido uma clara conformação subjectivada, enquanto aspecto tutelado por aquele direito, e, mais especificamente, incluído na protecção de actividade decorrente da liberdade geral de acção*”.

JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “Constitucionalização do direito civil”, *BFD* 74 (1998), pág. 744, lembra que “*fora deste domínio de bens absolutamente infrangíveis, não pode perder-se de vista que a conclusão de contratos é também uma forma de exercício da liberdade, e liberdade constitucionalmente reconhecida, quer no quadro sectorizado de certas previsões específicas – as liberdades de associação, de iniciativa económica e de propriedade, por exemplo – quer, quanto mais não seja, no quadro da tutela global do direito ao desenvolvimento da personalidade*”.

NUNO PINTO DE OLIVEIRA, em *O direito geral de personalidade e a ‘solução do dissentimento’*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, págs. 133-135, considera, contudo, que a diferença de estrutura entre o direito geral de liberdade e o direito específico à liberdade contratual é incompatível com a tese que apresenta o direito específico à liberdade contratual como uma simples dimensão ou concretização do direito geral de liberdade.

RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, 1995, pág. 281, considera que no âmbito da tutela da dimensão relacional “eu”- mundo da personalidade humana, e especificamente da liberdade, o autor defende que através da liberdade negocial se salvaguarda “*o poder de autodeterminação de cada homem para, dentro dos limites da lei, livre e esclarecidamente, praticar, deixar de praticar ou fixa o conteúdo de actos, negócios ou contratos dotados de eficácia jurídica e que basicamente regulam a sua inserção na sociedade civil*”.

²³⁰ STUDY GROUP ON SOCIAL JUSTICE IN EUROPEAN PRIVATE LAW, “Social Justice in European Contract Law: a Manifesto”, *ELJ* 10 (2004) pág. 654. Nas palavras de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 364: “*Só abstractamente é possível separar, na solução concreta das questões suscitadas pelo contrato, o contributo da estipulação e o da lei. Mas não são só a lei e a estipulação que contribuem para a decisão: a concretização da disciplina jurídica no caso é tributária, entre outros factores de decisão, também da natureza das coisas, das cláusulas gerais e dos princípios, como a boa fé ou o ‘favor negotii’, dos padrões de justiça interna do contrato e do negócio e dos critérios concretos de equidade, dos usos e costumes do tráfego e do sentido imanente dos tipos*”.

que são titulares entidades privadas – a invocação do princípio da constitucionalidade dificilmente nos pode orientar na determinação dos limites permitidos e nos diálogos a encorajar.

Vejamos, pois, quais os termos do diálogo necessário para o balanceamento necessário à determinação da existência de um acto discriminatório, diálogo esse, que necessariamente convocará o direito a não ser discriminado, mas também a liberdade negocial, bem como o seu direito de propriedade, se no caso concreto estiver em causa.

b) Pessoa, contrato e propriedade: tríade fundamental?

A determinação de um acto como discriminatório pressupõe o diálogo dois valores fundamentais: a igualdade e a liberdade, sublinhamos, na sua dimensão valorativa, que não principiológica. O pluralismo fundacional ou estruturante²³¹, como ISAHIA BERLIN argumenta, é um ideal mais verdadeiro e mais humano. Mais verdadeiro, porque reconhece o facto de os objectivos humanos serem múltiplos, nem todos comensuráveis, e em perpétua emulação entre si. Os homens são agentes livres, e a decisão moral não pode ser feita segundo uma regra de cálculo²³², como se os valores tivessem sido graduados numa escala. É mais humano, porque não priva os homens de escolherem entre valores fundamentais; e fazem as escolhas que fazem porque a sua vida e o seu pensamento são determinados por categorias e conceitos morais essenciais que constituem, de todo o modo²³³.

As relações entre valores podem ser estruturadas de maneiras distintas de acordo com o seu conteúdo, mas cremos de rejeitar a ideia de uma prioridade definitiva de algum valor relativamente a outro²³⁴, independentemente das circunstâncias e

²³¹ Cfr. BERNARD WILLIAMS, *Moral Luck: Philosophical Papers 1973-1980*, CUP, 1982, págs. 72 e ss; JOHN KEKES, *The Morality of Pluralism*, Princeton University Press, 1993; MICHAEL STOCKER, *Plural and Conflicting Values*, Clarendon Press, Oxford, 1992; DAVID WIGGINS, *Needs, Values, Truth: Essays in the Philosophy of Value*, 3.ª edição, Clarendon Press, Oxford, 1998, págs. 236 e ss; CHRISTINE SWANTON, *Virtue Ethics: A Pluralistic View*, OUP, 2005, págs. 40 e ss; STEVEN R. SMITH, *Equality and Diversity: Value Incommensurability and the Politics of Recognition*, Policy Press, Bristol, 2011; C. J. MCKNIGHT, “Pluralism, Realism and Truth”, David Archard, *Philosophy and Pluralism*, CUP, 1996, págs. 87-99; HARRY BUNTING, “A Single True Morality? The Challenge of Relativism”, in DAVID ARCHARD (ed.), *Philosophy and Pluralism*, CUP, 1996, págs. 73-85; MICHAEL OAKESHOTT, “The Tower of Babel”, *Rationalism in Politics and Other Essays*, Methuen & Co Ltd, Londres, 1962, págs. 61 e ss, e RICHARD A. BRANDT, *A Theory of the Good and the Right*, Clarendon Press, Oxford, 1979, págs. 286 e ss.

²³² WILLIAM GALSTON, “O pluralismo de valores e a filosofia política contemporânea”, em JOÃO CARLOS ESPADA, MARC F. PLATTNER e ADAM WOLFSON (eds.), *Pluralismo sem relativismo*, ICS, Lisboa, 2003, pág. 31, defende que uma argumentação deliberativa pode fornecer razões para escolhas entre pretensões qualitativamente diferentes, mesmo quando não exista uma medida comum de valor. Podemos subscrever um enunciado de escolhas não algorítmicas, mas racionais, baseadas em considerações qualitativas.

²³³ ISAHIA BERLIN, *The Proper Study of Mankind*, editado por HENRY HARDY e ROGER HAUSHEER, na versão portuguesa, traduzida por TERESA CURVELO, *A busca do ideal: uma antologia de ensaios*, Editorial Bizâncio, Lisboa, 1998, págs. 294-295. Nas palavras de JORGE MIRANDA, “A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais”, em *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martin de Albuquerque I*, FDUL, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pág. 936: “O ‘homem situado’ no mundo plural, conflitual e em acelerada mutação do nosso tempo encontra-se muitas vezes dividido por interesses, solidariedades e desafios discrepantes; só na consciência da sua dignidade pessoal retoma unidade de vida e de destino”.

²³⁴ Pluralismo não é o mesmo que relativismo, a distinção entre o bem e o mal não é arbitrária e podemos definir um padrão básico de correcção moral fundamental para a vida dos indivíduos e para as sociedades, que corresponde em certa medida à concepção do conteúdo mínimo do direito natural de Hart. Cfr. WILLIAM GALSTON, “O pluralismo de valores e a filosofia política contemporânea”, em JOÃO

independentemente do valor cujo sacrifício seja exigido por qualquer regra estrita de prioridade²³⁵. No confronto entre liberdade e igualdade, há que aceitar que o espaço social requer que os particulares possam igualmente e legitimamente perseguir o que dá valor e sentido à sua existência e, nas palavras de CHARLES LARMORE, “a liberdade, que faz de nós os seres que somos, envolve momentos activos e passivos, compromisso e resposta”²³⁶.

Os valores, qualitativamente distintos, não podem ser hierarquizados: não existe um *summum bonum* que se possa racionalmente dizer ser prioritário para todos os indivíduos²³⁷ – esta é a questão da *incomensurabilidade* dos valores²³⁸ – ainda que esta multiplicidade de valores qualitativamente diferentes, excluindo formas de avaliação assentes em medidas cardinais, não obstaculize à distinção entre o bem e o mal²³⁹. A questão da incomensurabilidade dos valores não se confunde com a sua *incomparabilidade*: os valores podem ser comparáveis – numa escala ordinal – sem serem mensuráveis²⁴⁰. Uma sociedade caracterizada por um pluralismo ético é, todavia, dialógica e não exclui a representação de um referente comunitário, que tenha por base o princípio da inclusão²⁴¹.

CARLOS ESPADA, MARC F. PLATTNER e ADAM WOLFSON (eds.), *Pluralismo sem relativismo*, ICS, Lisboa, 2003, pág. 27, e MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “Relativismo, Valores, Direito”, *ROA* 68 (2008), págs. 159 e ss. Cfr. ainda ROBERT B. TALISSE, *Democracy and Moral Conflict*, CUP, 2009, págs. 13 e 14; BERNARD WILLIAMS, *Moral Luck: Philosophical Papers 1973-1980*, CUP, 1982, págs. 132 e ss.

²³⁵ WILLIAM GALSTON, “O pluralismo de valores e a filosofia política contemporânea”, em JOÃO CARLOS ESPADA, MARC F. PLATTNER e ADAM WOLFSON (eds.), *Pluralismo sem relativismo*, ICS, Lisboa, 2003, pág. 28.

²³⁶ CHARLES LARMORE, *The Autonomy of Morality*, CUP, 2008, pág. 8.

²³⁷ Isso não significa que seja disparatado um determinado indivíduo organizar a sua vida em torno de um único bem dominante, mas apenas que não há um motivo racional para se impor essa decisão ou torná-la extensiva a outras pessoas que vêem a sua vida de uma maneira diferente. Cfr. WILLIAM GALSTON, “O pluralismo de valores e a filosofia política contemporânea”, em JOÃO CARLOS ESPADA, MARC F. PLATTNER e ADAM WOLFSON (eds.), *Pluralismo sem relativismo*, ICS, Lisboa, 2003, pág. 28.

²³⁸ JOHN KEKES, *The Morality of Pluralism*, Princeton University Press, 1993, pág. 56: dois ou mais valores são incomensuráveis se não há um tipo de valores ou uma organização de valores em termos dos quais todos os outros possam ser avaliados segundo o grau de aproximação a esse valor. Sobre a incomensurabilidade, veja-se HOWARD SANKEY e PAUL HOYNINGEN-HUENE (eds.), *Incommensurability and Related Matters*, Kluwer, 2010; e CASS R. SUNSTEIN, *Free Markets and Social Justice*, OUP, 1997, págs. 69 e ss.

²³⁹ Todavia, segundo a posição de WILLIAM A. GALSTON, *The Practice of Liberal Pluralism*, CUP, 2004, pág. 21, o pluralismo ajuda a definir o leque de valores genericamente elegíveis, e em situações particulares, o leque de opções consistentes com esses valores.

²⁴⁰ LARMORE, *The Autonomy of Morality*, CUP, 2008, pág. 160.

²⁴¹ CHARLES LARMORE, *The Autonomy of Morality*, CUP, 2008, págs. 87 e 183, defende que no núcleo da posição liberal estão duas ideias: pluralismo e tolerância. JÜRGEN HABERMAS, “Intolerance and Discrimination”, *Int’l J. Const. L.* 1 (2003), págs. 2-12, distingue entre a mera tolerância de *outsiders*, que são todavia considerados inferiores e a tolerância baseada no reconhecimento mútuo e na aceitação mútua de mundividências divergentes. Esta última forma de tolerância permite às religiões e à democracia coexistirem num ambiente pluralista e abre o caminho para a reconciliação entre multiculturalismo e igualdade. A tolerância é um elemento nuclear de uma cultura política liberal. Nem todas as rejeições podem ser construídas como razoáveis. Por exemplo, se alguém rejeita pessoas com pele negra, não lhe devemos pedir tolerância para com pessoas de uma aparência diferente. Um racista não deve ser tolerante, deve superar esse racismo. Neste caso, como noutros, a resposta apropriada é uma crítica de pré-juízos e o combate à discriminação ou, por outras palavras, a luta por direitos iguais, e não mais tolerância. A norma da inclusão igual de todos os cidadãos deve ser universalmente reconhecida numa comunidade política antes de espararmos mutuamente tolerância uns dos outros.

O liberalismo sempre teve duas faces, na expressão de JOHN GRAY, *Two Faces of Liberalism*, Polity Press, Londres, 2000, págs. 5 e ss. e 105 e ss. Por um lado, a tolerância apresenta-se como o prosseguir uma forma ideal de vida. Do outro, há a procura de modos de paz entre diferentes modos de vida. Na primeira, as instituições liberais são vistas como aplicações de princípios universais. Na última, são vistos como formas de coexistência pacífica. Na primeira, o liberalismo é uma prescrição para um regime universal. Na segunda, é um projecto de coexistência que pode ser prosseguido em muitos regimes. As

Se os valores não são apenas heterogêneos, e aqueles a que nos dirigimos, a igualdade a liberdade²⁴², são também, desarmoniosos²⁴³, ao nível normativo, o pluralismo supõe que as limitações a impor aos direitos e liberdades de cada um terão de ser coordenadas com “o outro” radicalmente diferente²⁴⁴. É na interacção comunicativa

filosofias de JOHN LOCKE e IMMANUEL KANT são exemplo de um projecto liberal para um regime universal, enquanto os de THOMAS HOBBES e DAVID HUME expressam o liberalismo da coexistência pacífica. Mais recentemente, JOHN RAWLS, F. A. HAYEK, MICHAEL SANDEL (*deontological liberalism*) defenderam a primeira filosofia liberal, enquanto ISAIAH BERLIN (ISAIAH BERLIN, *Crooked Timber of Humanity: Chapters in the History of Ideas*, 1990, reprint 1959, Butler and Tanner Ltd, Londres, págs. 11 e ss.) e MICHAEL OAKESHOTT são exemplos do segundo. John Gray, que segue a primeira corrente, sugere o conceito de *modus vivendi* – tolerância liberal adaptada ao facto histórico do pluralismo – para expressar a crença de que há muitas formas aceitáveis de vida.

Segundo JOHN GRAY, *Enlightenments Wake: Politics and Culture at the Close of the Modern Age*, Routledge, 2007 [1995], pág. 28, a tolerância não é uma expressão de cepticismo, de dúvida da nossa capacidade para distinguir o bem do mal; pelo contrário, é prova da nossa confiança nessa capacidade. A tolerância é fundada em fortes convicções morais. Uma pessoa tolerante, ou uma sociedade tolerante, não duvidam de que sabem algo sobre o bom e a verdade e a sua tolerância expressa esse reconhecimento. A tolerância como ideal político não é, nunca, neutral relativamente ao bom. Já CHARLES LARMORE, *The Morals of Modernity*, CUP, 1996, págs. 125 e 132, considera que a característica essencial do liberalismo é a neutralidade. Sobre os princípios da neutralidade política, ver JOSEPH RAZ, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1988, págs. 112 e ss., e WILLIAM A. GALSTON, *The Practice of Liberal Pluralism*, CUP, 2004, pág. 4.

Vide ainda ALASDAIR MACINTYRE, *After Virtue: A Study in Moral Theory*, 3.ª edição, University of Notre Dame Press, Notre Dame, Indiana, 2007, pág. 192, sobre a tolerância como acto de coragem. Sobre a coragem, ver HEINZ KOHUT, “On Courage”, in PAUL H. ORNSTEIN, *The Search of the Self: Selected Writings of Heinz Kohut: 1950-1978*, Karnac, London, 2011, vol. III, págs. 129 e ss.

Sobre a tolerância como valor básico de uma ordem constitucional democrática e liberal, vide PAULO MOTA PINTO, “Notas sobre o ‘imperativo da tolerância’ e seus limites”, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Estudos em memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, págs. 750 e ss.

²⁴² Nesse sentido, referindo-se especificamente à liberdade e à igualdade, ISAIAH BERLIN, *The Crooked Timber of Humanity: Chapters in the History of Ideas*, 1990, Butler and Tanner Ltd, Londres, pág. 13.

²⁴³ Para JOHN KEKES, *The Morality of Pluralism*, Princeton University Press, 1993, pág. 62, os conflitos a nível pessoal são tipicamente concretos e particulares; os conflitos a nível social são mais abstractos e dizem respeito a tipos de valores. A nível individual, a resolução de conflitos depende da ordenação dos compromissos de cada um. A nível social, a resolução de conflitos requer a ordenação de convenções prevalentes. Um conjunto ordenado de compromissos é uma concepção de boa vida, enquanto um conjunto ordenado de convenções é uma tradição. Uma concepção de uma boa vida permite que cada um viva de acordo com os seus compromissos. A tradição visa criar um contexto e possibilidades convencionalmente definidas e limites dentro dos quais os indivíduos podem tentar viver de acordo com os seus compromissos.

Em termos de procedimento decisório, admitimos com BERNARD WILLIAMS, *Moral Luck: Philosophical Papers 1973-1980*, CUP, 1982, págs. 76 e ss, e MICHAEL STOCKER, *Plural and Conflicting Values*, Clarendon Press, Oxford, 1992, que se há uma pluralidade de valores, podemos racionalmente lamentar não termos escolhido algo que embora menos bom era diferente. Quer MARTHA NUSSBAUM, *The Fragility of Goodness: Luck and Ethics in Greek Tragedy and Philosophy*, edição revista, CUP, 2001, quer DAVID WIGGINS, *Needs, Values, Truth: Essays in the Philosophy of Value*, 3.ª edição, Clarendon Press, Oxford, 1998, págs. 40 e ss, entendem que o pluralismo pode explicar a *akrasia*, ou a fraqueza da vontade.

Colocando a pergunta se será sempre racional agir moralmente, RICHARD A. BRANDT, *A Theory of the Good and the Right*, Clarendon Press, Oxford, 1979, págs. 327 e ss. Veja-se ainda ROBERT B. LOUIDEN, *Morality and Moral Theory: A Reappraisal and Reaffirmation*, OUP, 1992, págs. 19 e ss, e JOSEPH RAZ, *Engaging Reason on the Theory of Value and Action*, OUP, 2002, págs. 22 e ss.

Vide JOHN KEKES, *The Morality of Pluralism*, Princeton University Press, 1993, pág. 8, sobre desintegração, descontinuidade e contibuidade substancial, resultantes do conflito.

²⁴⁴ Cfr. DAVID ARCHARD, “Introduction”, *Philosophy and pluralism*, CUP, 1996, pág. 1; ANNETTE BAIER, *Postures of the Mind: Essays on Mind and Morals*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1985, pág. 208; STEVEN R. SMITH, *Equality and Diversity: Value Incommensurability and the Politics of Recognition*, Policy Press, Bristol, 2011, pág. 60, para quem a habilidade cognitiva de imaginar a perspectiva do outro como outro é que possibilita os valores universais da escolha e da agência individual. CASS R. SUNSTEIN, *Free Markets and Social Justice*, OUP, 1997, pág. 29, defende que o respeito por diversas concepções de bem é indispensável. Mas seria um erro grave considerar que as preferências reveladas no domínio do mercado devem servir de base para as decisões governamentais. O fundamento da acção dos Governos para mudar normas,

com os outros, em comunidade, que o “*indivíduo pode adquirir consciência da sua profunda igualdade com os demais intervenientes nas relações intersubjectivas*”²⁴⁵.

A escolha entre valores implica uma estratégia que muitos autores encontram no apelo para a razão prática descrita por Aristóteles: a faculdade de julgamento que as pessoas sábias e virtuosas têm, que lhes permite ver a resposta correcta²⁴⁶. Naturalmente que, como BERLIN aceita, há situações onde não há escolhas razoáveis entre valores plurais, pois os bens como liberdade e igualdade conflituam a um nível fundamental²⁴⁷. Mais do que a identificação dos valores, que tornam a vida moralmente meritória, a primeira preocupação do pluralismo é com a relação que esses valores têm entre si; a identidade dos valores interessa aos pluralistas, enquanto pluralistas, apenas na medida em que isso for relevante para essas relações.

O pluralismo envolve não apenas a celebração das possibilidades humanas, mas também a necessidade de impor limites. Nem todas as possibilidades são razoáveis, as possibilidades razoáveis conflituam muitas vezes umas com as outras e nem todos os meios de tentar realizar possibilidades razoáveis e compatíveis são aceitáveis²⁴⁸. Os valores plurais estão normalmente tão interligados que a realização de um exclui, total ou parcialmente, a realização dos outros; nesse sentido, todos os valores são condicionais, ou seja, podem ser justificadamente derrotados por valores conflitantes, que tenham uma pretensão mais forte numa determinada situação²⁴⁹. A resolução de um conflito envolve não apenas saber o que fazer naquela particular situação mas também considerar como resolver o conflito optando por um valor, ou equilibrando um valor com o outro²⁵⁰.

significados e papéis prende-se com a “*expressive function of law*”, ou seja, a função do Direito na expressão de valores sociais e no encorajamento de orientar certas normas sociais em determinadas orientações.

²⁴⁵ Citamos FILIPE ALBUQUERQUE MATOS, *Responsabilidade civil por ofensa ao bom crédito ou ao bom nome*, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 13. Vide, ainda, DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de direitos da personalidade*, 2.ª edição, Coimbra, 1992, pág. 82.

²⁴⁶ As boas vidas incorporam a conjunção de dois elementos essenciais: as possibilidades disponíveis e a sua avaliação. A visão pluralista da individualidade é que ela envolve construir uma vida boa a partir das possibilidades plurais que se nos apresentam. Cfr. JOHN KEKES, *The Morality of Pluralism*, Princeton University Press, 1993, pág. 28. Vide ainda, RUTH CHANG, “Introduction”, em *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*, Harvard University Press, 1997, pág. 1 e ss, JOSEPH RAZ, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1988, págs. 332 e ss, J.D.G. EVANS, “Cultural Realism: The Ancient Philosophical Background”, in DAVID ARCHARD, *Philosophy and pluralism*, CUP, 1996, pág. 47; DAVID WIGGINS, *Needs, Values, Truth: Essays in the Philosophy of Value*, 3.ª edição, Clarendon Press, Oxford, 1998, págs. 230 e ss; JOHN GRAY, *After Social Democracy: Politics, Capitalism and the Common Life, Demos*, Londres, 1996, pág. 92; BERNARD WILLIAMS, “Morality and Emotions”, in *Problems of the Self*, CUP, 1973, págs. 207 e ss.

²⁴⁷ MICHAEL STOCKER, *Plural and Conflicting Values*, Clarendon Press, Oxford, 1992, pág. 2, considerando que a pluralidade e o conflito são absolutamente lugares comuns e geralmente características não problemáticas da nossa escolha e acção de todos os dias. Vide, ainda, JAMES GRIFFIN, “Incommensurability: What’s the Problem?”, em RUTH CHANG (ed.), *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*, HUP, 1997, pág. 38.

²⁴⁸ JOHN KEKES, *The Morality of Pluralism*, Princeton University Press, 1993, pág. 41.

²⁴⁹ Cfr STEVEN R. SMITH, *Equality and Diversity: Value Incommensurability and the Politics of Recognition*, Policy Press, Bristol, 2011, págs. 31 e ss.

²⁵⁰ A grande maioria dos conflitos ocorre entre partes que estarão muitas vezes unidas pelos valores que partilham do que separadas por aqueles que as dividem. A estratégia para resolver os conflitos será transformá-los de conflitos de valores em conflitos sobre os meios de resolver conflitos. Cfr. MICHAEL OAKESHOTT, “Political Education”, *Rationalism in Politics and Other Essays*, Methuen & Co Ltd, Londres, 1962 págs. 112 e ss. São raros os conflitos que ocorrem entre pessoas que não partilham o mesmo sistema de valores. Nas palavras de JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional IV*, 5.ª edição, Coimbra Editora, 2012, pág. 64, “a consciência jurídica é sempre uma consciência formada segundo certos valores e sem um consenso básico acerca das relações ente a pessoa e o Estado não existe princípio de legitimidade), mas podem acontecer. Ainda

Necessário é que a questão moral, entendida como efectivo respeito à dignidade da vida de cada homem, ocupe o seu lugar no centro do debate a ter lugar quer na doutrina, quer nos tribunais²⁵¹. Na expressão de BOBBIO²⁵², o único nexos social e politicamente relevante entre liberdade e igualdade é o de a liberdade ser considerada no sentido de todos os membros de um determinado grupo social, serem ou deverem ser iguais, de serem “*igualmente livres*” ou “*iguais na liberdade*”.

Cabe fazer uma advertência. Como bem escreveu JORGE MIRANDA²⁵³, “*Para o Estado social de Direito, a liberdade possível – e, portanto necessária – do presente não pode ser sacrificada em troca de quaisquer metas, por justas que sejam, a alcançar no futuro. Há que criar condições de liberdade – de liberdade de facto, e não só jurídica; mas a sua criação e a sua difusão somente têm sentido em regime de liberdade*”.

Porque a liberdade (tal como a igualdade) é indivisível, a diminuição da liberdade – civil ou política – de alguns (ainda que socialmente minoritários), para outros (ainda quando socialmente majoritários) a cederem a novos direitos, redundaria em redução da liberdade de todos. O resultado almejado há-de ser uma *liberdade igual para todos*, construída através da correcção das desigualdades e não através de uma igualdade sem liberdade, sujeita às balizas materiais e procedimentais da Constituição²⁵⁴. A consideração conjunta e permanente da personalidade do homem e da sua socialidade reclama uma situação de real liberdade e igualdade dos contraentes, num quadro de real e efectiva autodeterminação recíproca²⁵⁵. A operatividade de uma proibição de discriminação deve considerar-se, hoje, plenamente justificada. O aspecto crítico que deve sublinhar-se é o que resulta da imposição pelo Estado aos contraentes privados de contribuírem para a realização de uma medida de tutela dos direitos fundamentais²⁵⁶.

*que nos movamos por sistemas de valores diversos, nós somos todos seres humanos e portanto iremos valorar, se formos razoáveis, valores primários que devem ser reconhecidos em todos os sistemas de valores. Normalmente, haverá valores partilhados a que podemos recorrer para aplacar pelo menos alguns conflitos. A razão para que o conflito persista prende-se com o facto de apesar de o valor de um sistema tradicional de valores e o de uma concepção de uma boa vida ser normalmente maior do que o de um determinado valor, isto não é sempre assim. Os valores não são apenas instrumentos para boas vidas, mas também seus elementos constitutivos. E alguns valores são constituintes indispensáveis. Podemos razoavelmente julgar que se o nosso sistema de valores permitisse a violação de um valor assim tão indispensável, o sistema não seria merecedor da nossa fidelidade”. Cfr. WILLIAM GALSTON, “O pluralismo de valores e a filosofia política contemporânea”, em JOÃO CARLOS ESPADA, MARC F. PLATTNER e ADAM WOLFSON (eds.), *Pluralismo sem relativismo*, ICS, Lisboa, 2003, págs. 44-45.*

²⁵¹ PIETRO PERLINGIERI, *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, trad. Maria Cristina De Cicco, Publicação/Produção Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pág. 23. WILLIAM A. GLASTON, *Liberal Purposes: Goods, Virtues and Diversity in the Liberal State*, CUP, 1991, pág. 8. Em defesa do liberalismo cívico, STEPHEN MACEDO, “Pluralismo de valores contra liberalismo?”, em JOÃO CARLOS ESPADA, MARC F. PLATTNER e ADAM WOLFSON (eds.), *Pluralismo sem relativismo*, ICS, Lisboa, 2003, págs. 66 e ss; TERRY O’KEEFFE, “Religion and Pluralism”, DAVID ARCHARD (ed.), in *Philosophy and Pluralism*, CUP, 1996, págs. 61 e ss.

²⁵² NORBERTO BOBBIO, *Igualdade e Liberdade*, tradução de Pedro Aragón Rincón, Edição Paidós, 1993, pág. 56.

²⁵³ Para JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional IV*, 5.ª edição, Coimbra Editora, 2012, pág. 42.

²⁵⁴ Para JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional IV*, 5.ª edição, Coimbra Editora, 2012, pág. 42.

²⁵⁵ HEINRICH HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, Almedina, Coimbra, 1992, págs. 56-57: *Por outro lado, limitações e restrições que ultrapassam o estritamente indispensável, além de criarem novos desequilíbrios de sinal contrário, constituem não uma protecção aos mais fracos ou uma defesa de interesses públicos mas são, isso sim, medidas de tutela sobre os particulares, certificados de menoridade permanente passados por um poder público intervencionista a quem não é julgado capaz de defender os seus interesses. Evidentemente, a protecção do mais fraco a nível contratual não pode ir tão longe que desestime a sua vontade para a auto-ajuda, paralisando a sua iniciativa ao mantê-lo na situação de tutelado”.*

²⁵⁶ Entendemos com DANIELE MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Giuffrè, Milão, 2007, pág. 45, que a justificação política da proibição de discriminação requer que o Estado saiba garantir no interior da sociedade as condições materiais para que o diverso não seja percebido como perigoso e seja pelo contrário espontaneamente aceite (*rectius*: para que o grau de difusão social da recusa instintiva

A recusa da oferta contratual ou do cumprimento do contrato, vimos, pode constituir um acto discriminatório. Mas, como nos diz RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA²⁵⁷, “a radical humanidade existente em cada homem leva a nossa ordem jurídica a reconhecer que todos e cada um de nós temos uma personalidade física e moral igualmente tutelada na sua essência, na sua particularidade e nas suas direcções próprias, a todos declarando o poder de a assumir e de a desenvolver, garantido-lhe eficácia, em caso de ofenda ou ameaça de ofensa”.

A interdependência é uma característica fundamental da vida humana²⁵⁸. Como ensina LEITE DE CAMPOS²⁵⁹, a pessoa, para ser, edifica uma comunidade de próximos e, negando-se, reencontra nos outros, na universalidade da pessoa. Sendo constantemente para os outros, o ser humano transforma-se no ser com os outros. “Reconhecendo profundamente nos outros o eu, um igual, e reconhecendo cada vez mais a profunda dignidade e valor do seu eu. Nasce assim uma comunidade interpessoal de objectiva solidariedade, entendida como co-responsabilidade”²⁶⁰. Sublinha o autor que “Reconhecendo em todos os outros iguais ao eu, há que respeitar como se respeita o eu, a quem há que dar para o eu receber”.

A tutela da identidade familiar, racial, linguística, política, religiosa e cultural (que cabe na dimensão relacional “eu”-mundo da personalidade humana) não se trata da tutela de elementos secundários da natureza humana, que em nada alteram a igual dignidade da natureza humana e que fundam a individualidade de cada homem. É precisamente o tratamento *igualitário* e *paritário* dessas diversidades humanas, que impede a pretensão de hegemonia de uma dessas diversidades sobre outras e garante a todos o direito à afirmação da sua identidade própria e paritária, numa comunidade de pessoas iguais e complementares, na sua unidade essencial e nas suas diversidades individualizantes”²⁶¹.

A pessoa — essa “*raiz de independência*” e essa “*raiz de liberdade*”, na expressão adoptada por ORLANDO DE CARVALHO²⁶², é aquela que quer contratar, mas que se vê recusada por causa de uma sua característica pessoal, mas é também aquele que no uso da sua liberdade quer poder escolher aqueles que lhe serão “*negocialmente próximos*” ou que quer reservar a privacidade “*naquilo que é seu*”. Vejamos melhor os termos do confronto relativos à liberdade contratual e à propriedade.

do diverso seja oportunamente contido).

²⁵⁷ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, 1995, pág. 181.

²⁵⁸ ORLANDO DE CARVALHO, *Os direitos do homem no direito civil português*, Coimbra, 1972, pág. 15: “é esse direito civil, enquanto o direito dos homens comuns em comum, que parece ser a pátria dos direitos do homem tout court (...) inconcebível é também um direito civil sem cives, isto é, sem homens cuja energia moral — a que compete a cada homem como homem — é fonte e a razão de efeitos jurídicos autênticos”.

²⁵⁹ DIOGO LEITE DE CAMPOS, “Eu-tu: o amor e a família (e a comunidade) (eu-tu-eles)”, in FDUC, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, vol. I — Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra Editora, Coimbra, págs. 45-46.

²⁶⁰ Sobre o princípio da socialidade e da igualdade, ver GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 350 e ss. Para MARIA CELINA BODIN DE MORAES, “O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo”, em INGO WOLFGANG SARLET (ed.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2003, pág. 140, o princípio constitucional da solidariedade identifica-se, desse modo, com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolve como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados.

²⁶¹ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, 1995, pág. 249. Sobre inclusividade, GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 386 e 387.

²⁶² ORLANDO DE CARVALHO, *Os direitos do homem no direito civil português*, Coimbra, pág. 17. Vide, ainda, PAULO MOTA PINTO, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Almedina, Coimbra, 1995, págs. 419 e ss.

1. A liberdade contratual

O direito reconhece a vontade como factor de eficácia jurídica nos limites e na forma estabelecida pelo sistema jurídico. A faculdade que o indivíduo tem de actuar de acordo com a sua vontade chama-se liberdade²⁶³. Como refere CAPELO DE SOUSA²⁶⁴, o poder de autodeterminação é protegido “*em duas vertentes já clássicas: por um lado, de um prisma de tutela da chamada liberdade negativa, que proíbe que qualquer um possa ser constrangido por outrem a praticar ou a deixar de praticar qualquer facto, mesmo que seja para a satisfação de um direito alheio* (‘*nemo potest precise coagi ad factum*’); *por outro lado, agora numa perspectiva não menos importante de defesa da liberdade positiva, permite a cada um praticar ou deixar de praticar qualquer facto que não seja proibido ou prejudicado por superiores direitos ou interesses jurídicos de outrem, pela boa fé, pelos bons costumes, pelos princípios da ordem pública e pelo próprio fim social ou económico do exercício da liberdade*”.

O princípio da autonomia da vontade²⁶⁵ é, pois, expressão de um princípio mais

²⁶³ FRANCISCO AMARAL NETO, “A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional”, in FDUC (ed.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ferrer-Correia*, Coimbra Editora, Coimbra, 1989, pág. 12.

²⁶⁴ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, Coimbra Editora, 2003, pág. 59. LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil I*, 6.ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012, págs. 95-96, refere a propósito da funcionalização do direito subjectivo que esta se torna mais relevante “*quando são os próprios fins determinantes da sua atribuição que se apresentam sob nova compreensão, ao serem vistos, não no plano puramente egoísta, para que a concepção tradicional apontaria, mas com uma finalidade social, que estreita a arbitrariedade de cada um e alarga o campo onde o exercício do direito já é abuso. É como se o direito tendesse a ser cada vez mais (poder) funcional e cada vez menos (direito) subjectivo, mas agora pela consideração de interesses gerais da colectividade ou, quando menos, de certos grupos nela demarcados*”.

²⁶⁵ Sobre as condições históricas e culturais em que surgiu e se desenvolveu o princípio da autonomia privada, veja-se FRANCISCO AMARAL NETO, “A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional”, in FDUC (eds.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ferrer-Correia*, Coimbra Editora, Coimbra, 1989, págs. 19 e ss. Para este autor, o dogma da vontade nasce também do direito de propriedade. O desenvolvimento do intercâmbio comercial na Idade Média levou à jurisdicização das relações de troca, isto é, a um sistema jurídico que permitisse a livre circulação dos bens e dos sujeitos, na dinâmica própria do sistema. A generalização das trocas configura uma nova força, um novo poder, que se destaca do direito de propriedade, e que é, precisamente o poder da vontade que se realiza na liberdade de troca e na liberdade de actuação no mercado, correspondente ao que hoje denominamos de liberdade de iniciativa económica. A autonomia da vontade traduz o poder de disposição directamente ligado ao direito de propriedade, dentro do sistema de mercado da circulação dos bens por meio da troca, e de que o instrumento jurídico próprio é o negócio jurídico. Essa autonomia significa, consequentemente, que o sujeito é livre de contratar, escolher com quem contratar e estabelecer o conteúdo do contrato. A autonomia privada teria, assim, como fundamento prático, a propriedade privada, e como função, a livre circulação de bens. Sobre a ligação intrínseca entre o conceito de autonomia privada e a propriedade, veja-se ANA PRATA, *A tutela constitucional da autonomia privada*, Almedina, Coimbra, 1982, págs. 7 e ss. É no momento da implantação do modo de produção capitalista que o conceito de autonomia privada ganha um conteúdo autónomo e operativo; “é esse conteúdo que vai investir a própria noção de negócio jurídico. Este deixa de ser visto na perspectiva de instrumento de troca de bens – na perspectiva da sua função – para ser acentuado o seu carácter de realização da liberdade económica. O negócio é a afirmação da liberdade da pessoa, o negócio é o efeito jurídico da liberdade livre”. A real inovação introduzida pelo *Code* não foi tanto a de permitir à classe burguesa o acesso à propriedade, como a de investir plenamente os bens no fenómeno de produção e da troca. O seleccionar do poder jurídico da vontade livre como característica diferenciadora do negócio jurídico – isto é, o trazer para o primeiro plano a autonomia privada – é uma operação historicamente marcada: a passagem do feudalismo ao capitalismo. Cfr. ainda JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato – as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1999, págs. 23 e ss, sobre como a afirmação da dependência funcional do contrato e da liberdade contratual da propriedade e do *ius disponendi* nesta contida, que

amplo, o princípio da liberdade, segundo o qual é lícito tudo o que não é proibido²⁶⁶. A liberdade jurídica e, portanto a possibilidade de a pessoa actuar com transcendência jurídica²⁶⁷.

A esfera de liberdade de que o agente dispõe no âmbito do direito privado chama-se autonomia, direito de se reger pelas suas próprias normas. Autonomia privada é o poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas. Na definição de SOUSA RIBEIRO, “é um processo de ordenação que faculta a livre constituição e modelação de relações jurídicas pelos sujeitos que nelas participam”²⁶⁸. A autonomia privada constitui-se como uma esfera de actuação jurídica do sujeito, mais propriamente um espaço de actuação que lhe é concedido pelo ordenamento estatal, que permite, assim, aos particulares, a auto-regulamentação da sua actividade jurídica²⁶⁹.

Quanto à sua natureza, a autonomia privada é, pois, um poder jurídico que se

hoje pode ser vista como uma depreciação, ideologicamente marcada, do significado ético-personalista da autodeterminação, era, curiosamente, assumida com toda a tranquilidade pelos juristas coevos das primeiras codificações liberais, tendo nelas uma expressão evidente.

Entende que a autonomia privada está ligada actualmente à propriedade, MARIA CRISTINA BLANCO TARREGA, *Autonomia privada e princípios contratuais no Código Civil*, RCS Editora, São Paulo, 2007, pág. 88.

²⁶⁶ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato – as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1999, págs. 21 e ss, distingue com precisão autonomia privada de autodeterminação. Esta última é um conceito pré-jurídico que assinala “o poder de cada indivíduo gerir autonomamente a sua esfera de interesses, orientando a sua vida de acordo com as suas preferências”. Este é necessariamente um conceito de valor, “ligado, consequencialmente, ao reconhecimento do valor absoluto da pessoa humana, como um fim em si” e “uma forma de expressão da sua dignidade e individualidade próprias”. O autor ensina que a autodeterminação reclama a autonomia privada como seu princípio operativo no que se refere à configuração jurídica de relações intersubjectivas, porque só assim se pode realizar, nesse campo específico, o valor que lhe é próprio. A conexão entre os dois conceitos não é de natureza constitutiva, mas instrumental: a autonomia privada relaciona-se com a autodeterminação como um meio para o seu fim (um dos seus fins). Como nos disse ORLANDO DE CARVALHO, “A teoria geral da relação jurídica- seu sentido e limites”, publicado na compilação coordenada por FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, MARIA RAQUEL GUIMARÃES e MARIA REGINA REDINHA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª edição, Coimbra Editora, 2012, págs. 29-31, “a zona civilística só pode entender-se com verosimilhança sócio-histórica a partir do poder de autodeterminação do indivíduo”.

No Direito Público, vigora o princípio da competência, ou da legalidade, em função do qual só é lícito o que é permitido. Cfr. HEINRICH HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, Almedina, Coimbra, 1992, pág. 33; LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil I*, 6.ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012, pág. 94, e RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, Coimbra Editora, 2003, pág. 22.

²⁶⁷ Cfr. FRANCISCO AMARAL NETO, “A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional”, in FDUC (ed.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ferrer-Correia*, Coimbra Editora, Coimbra, 1989, pág. 12, e ANA PRATA, *A tutela constitucional da autonomia privada*, Almedina, Coimbra, 1982, pág. 13. Para JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato – as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1999, págs. 48-50, o conceito de autonomia privada deixa de fora a liberdade de nada fazer, e omitir qualquer conduta a que possa ser atribuído um significado negocial, que não cabem no conceito a liberdade de exercício dos poderes concretamente contidos nas posições activas de que se é titular, e, em especial, nos direitos subjectivos. A autonomia privada implica sempre um poder jurisdicção, um poder de criação, modificação ou extinção de relações jurídicas, seja por um acto unilateral (a liberdade de testar), seja por um acto bilateral, em que participa(m) outro(s) sujeito(s), também titular(es) de interesses envolvidos (a liberdade contratual; a liberdade de associação). Neste mesmo sentido, ROSE MELO VENCELAU MEIRELES, *Autonomia privada e dignidade humana*, Renovar, Rio de Janeiro, 2009, págs. 64 e ss.

²⁶⁸ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato – as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1999, pág. 21.

²⁶⁹ FRANCISCO AMARAL NETO, “A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional”, in FDUC (ed.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ferrer-Correia*, Coimbra Editora, Coimbra, 1989, pág. 13; JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato – as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1999, págs. 21 e 22; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pág. 18.

traduz na possibilidade de o sujeito actuar para o fim de modificar situações jurídicas subjectivas, próprias ou de outrem. Segundo CAPELO DE SOUSA²⁷⁰, o princípio da autonomia privada traduz-se no estabelecimento, conformação e extinção, autónomos, das relações jurídicas privadas por parte dos homens segundo a sua vontade individual, dentro dos limites estabelecidos pela ordem jurídica. Fundamento ou pressuposto da autonomia privada é, em termos imediatos, a liberdade como valor jurídico e, mediadamente, a concepção de que o indivíduo é a base do edifício social e jurídico e de que a sua vontade, livremente manifestada, é instrumento de realização de justiça²⁷¹.

A autonomia é um princípio fundamental do direito civil, enquanto espaço positivo de realização pessoal. *A autonomia* – quer no aspecto de liberdade de exercer ou não os poderes ou faculdades de que se é titular, quer no aspecto, mais completo, da possibilidade de conformar e compor, conjuntamente com outrem ou por acto unilateral, os interesses próprios, *é uma ideia fundamental do direito civil*²⁷². Esta autonomia, este poder de autodeterminação nas relações com outras pessoas, supõe necessariamente a *igualdade ou paridade* de situação jurídica dos sujeitos.

Autonomia e igualdade são princípios que oferecem os traços fundamentais do sistema do direito civil, na medida em que modelam o conteúdo do direito vigente, penetrando e cimentando os seus elementos normativos. São princípio que para além do seu significado lógico-didáctico têm o valor de fundamentos impregnadores do sentido e da função das normas que os acolhem e desenvolvem. Ao longo de todo o direito civil se manifestam duas ideias caracterizadoras do seu sentido actual: a autonomia e a igualdade²⁷³. No Direito Civil predomina uma via paritária ou autónoma

²⁷⁰ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, Coimbra Editora, 2003, pág. 59.

²⁷¹ FRANCISCO AMARAL NETO, “A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional” in FDUC (ed.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ferrer-Correia*, Coimbra Editora, Coimbra, 1989, pág. 17. M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.ª edição Almedina, Coimbra, 2009, pág. 114, nota 1, a respeito do problema de o julgador dever procurar o ponto de equilíbrio para o caso concreto, entre a autonomia privada e as exigências da justiça. FABRIZIO VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2004, pág. 258, sobre a justiça e a adequação do conteúdo contratual.

²⁷² Seguimos de perto, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª edição por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, Coimbra Editora, 2005, págs. 58-60. Outra ideia caracterizadora do sentido do direito civil, além da autonomia, é a de que este se encontra directamente ao serviço da plena realização da pessoa na sua vida com as outras pessoas. É fundamentalmente a vida das pessoas que o direito – todo o direito – visa facilitar ou melhorar, uma convivência com outras pessoas humanas – *é essa a zona central da vida em sociedade e é ela o campo próprio de incidência do direito civil*, que visa precisamente assegurar a autonomia e a realização da personalidade no plano das relações com as outras pessoas. Quer dizer: o direito civil (de cives) situa-se no núcleo mais íntimo e fundamental da sociedade; disciplina as relações sociais de pessoa para pessoa, que constituem o cerne e o conteúdo necessário da vida na sociedade e ao serviço de cuja possibilidade e desenvolvimento está toda a organização social. Regulando as relações de pessoa a pessoa, reconhecendo a autonomia desta, disciplinando, assim, as formas de vida que são o núcleo íntimo e a razão de ser da organização social, bem podemos dizer que o direito civil regula a vida quotidiana do homem comum. Vide, ainda, PAULO MOTA PINTO “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, *Portugal-Brasil Ano 2000*, Studia Iuridica, 40, Colloquia 2, Coimbra Editora, 1999, págs. 149 e ss. HENRIQUE SEIXAS MEIRELES, *Marx e o Direito Civil (para a crítica histórica do “paradigma civilístico”)*, Separata do BFD, Coimbra, 1990, pág. 299: “O direito civil – que, claramente, no séc. XIX, é mais um ‘direito dos bens [do património] do que um direito das pessoas’ (H. Perreau) – tem, assim, por ‘objecto’ representar a esfera de circulação e descrever a ‘fenomenologia’ daquela relação de troca (da compra e venda da força de trabalho), através da ideologia do sujeito”.

²⁷³ As pessoas, singulares ou colectivas, agindo em veste privada, estão em situação de igualdade nas relações jurídicas civis. O Código de Seabra, no seu artigo 7.º estabelecia que “A lei civil é igual para todos, e não faz distinção de pessoas, nem de sexo, salvo nos casos que forem especialmente declarados”. Igualmente considera a igualdade dos homens perante a lei um princípio fundamental do direito civil, LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil I*, 6.ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa,

(com composição espontânea de interesses) e, inerentemente, com o poder de autodeterminação que nela se postula, enquanto poder de autogestão (de cada indivíduo) da sua esfera de interesses, sob a sanção do ordenamento jurídico em vigor. Nessa medida, as pessoas desempenham um papel jurisdicivo, produtor de efeitos jurídicos²⁷⁴. A autonomia privada corresponde à ordenação espontânea (não autoritária) dos interesses das pessoas, consideradas como iguais, na sua vida de convivência – ordenação autoformulada que é a zona reservada do direito privado. A ordem jurídica privada reconhece a todos, a todos os homens, o direito de estabelecer livremente as suas relações jurídicas²⁷⁵, como eles entenderem por bem, de acordo com os seus interesses, preferências, inclinações, convicções religiosas ou morais, apetências sociais ou económicas. Deste modo, o Direito Privado respeita os interesses individuais e as diferenças (ou desigualdades) naturais entre os homens e a multiplicidade dos seus modos de querer, sentir e agir, correspondendo assim ao princípio da organização individualista da sociedade civil. É, neste contexto, elucidativa a afirmação “*stat pro ratione voluntas*”²⁷⁶.

A questão institucional da autonomia privada, todavia, exige um complexo de valorações que atenda, em primeira linha, à típica possibilidade de realização pessoal dos sujeitos envolvidos. Se a pessoa é “*pressuposto do Direito Civil, porque pressuposto do poder de autodeterminação, que é o fundamento da composição espontânea de interesses ou auto-composição de conflitos, instrumento básico da regulamentação civilística ou dos homens comuns em comum*”, não prescinde da regulamentação *iure imperii*, não só porque o Estado é que presta vigor à autocomposição, mas também porque lhe incumbe a delimitação

2012, pág. 85. Como refere HEINRICH HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, Almedina, Coimbra, 1992, pág. 53, “o direito privado respeita os interesses individuais e as desigualdades naturais dos homens e garante a capacidade de agir originária do indivíduo, não integrado em estruturas de dominação e obediência. O direito privado encontra-se assim ao serviço da auto-realização dos homens, salvaguardando a multiplicidade e diversidade de agir dos mesmos, ao permitir-lhes a possibilidade de conformação autónoma das suas relações jurídicas na sua convivência com os outros.”

Segundo RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, Coimbra Editora, 2003, págs. 50-54, “a igualdade é uma qualidade da própria essência humanae enquanto elemento fundamental, estrutural, da personalidade físico-moral referida no art. 70.º do CC, é tutelada por este artigo. O autor entende ainda que o princípio da igualdade implica que sejam ilícitas quaisquer discriminações ou favorecimentos arbitrários ou sem fundamento material bastante, praticados por entes públicos ou privados v.g., em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social. A proibição de discriminação nas relações interprivadas funciona como limite externo da liberdade negocial ou da actividade extracontratual, determinando a invalidade dos actos ou negócios jurídicos que infrinjam tal proibição, a reparabilidade dos danos ocasionados ou outras providências adequadas nos termos do artigo 70.º do Código Civil. Ver ainda ORLANDO DE CARVALHO, “A teoria geral da relação jurídica – seu sentido e limites”, publicado na compilação coordenada por FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, MARIA RAQUEL GUIMARÃES e MARIA REGINA REIDINHA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª edição, Coimbra Editora, 2012, pág. 71, nota 88.

²⁷⁴ Ver J. DIAS MARQUES, *Teoria Geral do direito civil*, vol. I, Coimbra Editora, 1958, pág. 26, ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil I, A Teoria Geral da Relação Jurídica, Seu Sentido e Limites*, Coimbra, Centelha, 1981, págs. 26 e ss.

²⁷⁵ Como nos ensina JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato – as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1999, pág. 45, o conceito de autonomia privada contenta-se com uma actividade de auto-regulação de interesses privados, com uma manifestação de vontade que utilize o negócio jurídico como operador. Cfr., neste sentido, LORENZO CIARONI, “Autonomia privada e principio di non discriminazione”, *Giur. It.* 158 (2006), pág. 1820; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pág. 18.

²⁷⁶ HEINRICH EWALD HÖRSTER, “A Directiva 2000/43/CE e os princípios do Direito Privado – esboço de algumas reflexões”, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, vol. II, *A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pág. 166.

das fronteiras da composição espontânea ou paritária, que são aquelas em que é útil e possível o poder de previdência que inere, em regra, ao *homo civilis*²⁷⁷.

O problema da autonomia privada na sua existência é, pois, um problema de limites²⁷⁸. O poder jurídico traduzido na possibilidade do sujeito agir com a intenção de criar, modificar ou extinguir situações jurídicas próprias ou de outrem não é, porém, originário. Deriva do ordenamento jurídico estatal, que o reconhece, e exerce-se nos limites que esse fixa, limites crescentes pelo aumento das funções estatais em virtude da passagem do Estado de direito para o estado intervencionista e estatal²⁷⁹.

A autonomia privada significa, assim, que o ordenamento jurídico deixa um espaço livre ao exercício do poder jurídico dos particulares, espaço esse que é a esfera de actuação com eficácia jurídica. Reconhece-se, portanto, que, tratando-se de relações jurídicas de direito privado, são os particulares que melhor conhecem os seus interesses e a melhor forma de regulá-los juridicamente²⁸⁰.

O princípio da autonomia privada tem vindo a ser corrigido com base em critérios materiais²⁸¹, portanto, visando uma situação de igualdade material, atendendo a situações típicas ou tipificáveis, que são caracterizadas pela existência de uma parte mais fraca. Neste sentido, a correcção exprime uma preocupação social do legislador e leva a excepções ao princípio da igualdade jurídica formal²⁸². Como sublinha SOUSA RIBEIRO, a decisão de atribuir competência jurisdicção, como faculdade normativamente constituída e normativamente actuante, tem que ser tomada considerando também as determinantes de poder, e sua distribuição, no plano empírico de uma problematizada capacidade de autodeterminação: onde esta esteja tipicamente excluída devem ser accionados mecanismos de tutela directa dos interesses particulares que a auto-regulação não contemplaria²⁸³.

²⁷⁷ ORLANDO DE CARVALHO, “Para uma teoria da pessoa humana”, publicado na compilação coordenada por FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, MARIA RAQUEL GUIMARÃES E MARIA REGINA REDINHA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª edição, Coimbra Editora, 2012, pág. 261.

²⁷⁸ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, Almedina, Coimbra, 1995, págs. 320 e ss.

²⁷⁹ FRANCISCO AMARAL NETO, “A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional” in FDUC (ed.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ferrer-Correia*, Coimbra Editora, Coimbra, 1989, pág. 15.

²⁸⁰ FRANCISCO AMARAL NETO, “A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional” in FDUC (eds.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ferrer-Correia*, Coimbra Editora, Coimbra, 1989, pág. 18.

²⁸¹ Vide MICHELE GIORGIANNI, “Il diritto privato ed i suoi attuali confini”, *Riv. trim. dir. proc. civ.* XV (1961), pág. 420: “quella rivatolazione dell’ autonomia privata costituisce semplicemente una manifestazione di allineamento alla comune reazione contro il positivismo normativistico”, LUIGI MENGONI, “Autonomia privata e costituzione”, *Banca Borsa e titoli di credito* 60 (1997), págs. 1 e ss, e em resposta ANTONIO LISERRE, “Costituzione e autonomia contrattuale” *Jus* 1 (2008), págs. 83 e ss.

O mercado, ao lado da ciência tecnológica, são na sociedade contemporânea as forças que colocam em causa a pessoa humana, que está no coração do processo da civilização ocidental: Bernard Edelman, *La personne en danger*, PUF, Paris, 1999.

²⁸² HEINRICH EWALD HÖRSTER, “A Directiva 2000/43/CE e os princípios do Direito Privado – esboço de algumas reflexões”, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, vol. II, *A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil*, FDUC, Coimbra Editora, 2006, pág. 168. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pág. 22.

²⁸³ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato – as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1999, pág. 105. Como refere ORLANDO DE CARVALHO, “Para uma teoria da pessoa humana”, publicado na compilação coordenada por FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, MARIA RAQUEL GUIMARÃES E MARIA REGINA REDINHA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª edição, Coimbra Editora, 2012, pág. 263, o poder de autodeterminação não se confunde com a autonomia da vontade porque a defesa daquela repousa, em grande parte, na negação desta autonomia, exigindo, ao invés, uma composição

A autonomia privada tem a sua manifestação mais expressiva nos negócios jurídicos bilaterais, ou contratos, enquanto liberdade contratual. O artigo 405.º consagra explicitamente apenas a liberdade de modelação, liberdade de fixação ou liberdade de estipulação do conteúdo contratual (a ‘*Gestaltungsfreiheit*’ dos autores alemães)²⁸⁴. Da norma citada emerge, também, o reconhecimento da liberdade de celebração ou conclusão dos contratos (a ‘*Abschlussfreiheit*’ da literatura germânica). A liberdade de celebração dos contratos consiste na faculdade de livremente realizar contratos ou recusar a sua celebração. Segundo tal princípio, a ninguém podem ser impostos contratos contra a sua vontade ou podem ser aplicadas sanções por força de uma recusa de contratar nem a ninguém pode ser imposta a abstenção de contratar²⁸⁵. Também especificamente neste âmbito se gerou uma tendência social do direito privado²⁸⁶. Quando não estão cumpridos os pressupostos mínimos de uma real autodeterminação, o ordenamento introduz regulações heterónomas, eliminando, em maior ou menor medida, a competência privada²⁸⁷. Esta tendência social aspira à realização de uma ordenação

autoritária. Para JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional IV*, 5.ª edição, Coimbra Editora, 2012, págs. 292 e ss, é certo que, no âmbito da lei, as partes num contrato gozam da faculdade de fixar livremente o seu conteúdo, de celebrar contratos diferentes dos previstos no Código Civil ou de incluir neles as cláusulas que lhes aprouverem (art. 405 CC). Contudo, sempre que se verifiquem desigualdades de facto, torna-se necessária a intervenção do legislador para a protecção dos contraentes mais fracos contra abusos de poder. Segundo TIZIANA CHIUSI, “A dimensão abrangente do Direito Privado romano”, em PINTO MONTEIRO, JÖRG NEUNER, INGO SARLET, *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 31, esta perspectiva “conduz a que da ‘oposição’ da autonomia privada – a protecção dos vulneráveis – construi-se uma unidade funcional: a protecção dos vulneráveis ocorre para garantir a autonomia privada, haja vista que esta pressupõe a liberdade e decisão”.

No direito romano, o *Senatusconsultum Velleianum*, do ano 58 d.C, proibiu às mulheres a prática de actos de intercessio a favor de qualquer homem, ou seja, proibiu que elas se desresponsabilizassem, e de qualquer forma, pelas dívidas contraídas por um homem”, cuja finalidade era protegê-las contra o risco em que ficavam, pois, no Direito Romano, os intercedentes demandavam-se quase sempre em primeiro lugar. Vide SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano (Ius Romanum) I*, 4.ª edição, Dislivro, Coimbra, 1984, págs 236-237. Sobre a recepção da doutrina contida neste senatusconsulto no direito português, e as alterações sofridas com as reformas pombalinas, vide RUI MARCOS, *A legislação pombalina: Alguns aspectos fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2006, págs. 219 e ss.

²⁸⁴ A liberdade de modelação do conteúdo contratual consiste na faculdade conferida aos contraentes de fixarem livremente o conteúdo dos contratos, celebrando contratos do tipo previsto no Código Civil, com ou sem aditamentos, ou estipulando contratos de conteúdo diverso dos que a lei disciplina. A liberdade de fixação ou modelação do conteúdo dos contratos conhece também algumas restrições, logo aludidas no artigo 405.º (“dentro dos limites da lei”). O direito civil visa assegurar, pelo menos contra as suas negações extremas, uma justiça efectiva e substancial nas relações entre as partes, bem como os valores ou interesses da colectividade, tais como os bons costumes, a ordem pública, a celeridade, a facilidade, a segurança do comércio jurídico. Para realizar estes objectivos são consagradas limitações à liberdade de fixação do conteúdo contratual. Cfr. ANTUNES VARELA, *Direito das Obrigações*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 1991, págs. 240 e ss.

²⁸⁵ RICHARD STONE, *The Modern Law of Contract*, 8.ª edição, Routledge-Cavendish, Londres/Nova-Iorque, 2009, pág. 8, sobre liberdade contratual.

²⁸⁶ HEINRICH HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, Almedina, Coimbra, 1992, págs. 56-57.

²⁸⁷ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato – as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1999, pág. 108. Sobre a relação entre autonomia e heteronomia, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, Almedina, Coimbra, 1995, págs. 363 e ss; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, págs. 20 e ss; GIULIO PASETTI, *Parità di trattamento e autonomia privata*, CEDAM, Pádova, 1970, pág. 43, refere-se ao facto de o princípio constitucional da igualdade surgir no campo privatístico como programa de eliminação das desigualdades de facto: “no reequilíbrio das disparidades de facto a autonomia privada reencontra a sua razão de ser, porque não faria sentido que o ordenamento abandonasse aos indivíduos a composição dos conflitos de interesses, quando esta houvesse de se estabelecer pela imposição de uma das partes em vez de o ser pelo acordo das partes”. Segue-o ANA PRATA, *A tutela constitucional da autonomia privada*, Almedina, Coimbra, 1982, pág. 108. Sobre a “materialização” do direito dos contratos, sublinhamos o apontamento de NUNO PINTO OLIVEIRA, *Direito*

jurídica objectivamente justa nas relações entre os contratantes – de uma justiça efectiva que supere e torne inócua a desigualdade factual das partes e a diversidade do seu poder real de negociar. Nas palavras de SOUSA RIBEIRO²⁸⁸, “quando se analisa a relação do contrato com o mercado, está, pois, em jogo, uma certa constituição económica que estabelece os pressupostos estruturais desse e regula o seu modo de funcionamento”.

O contrato e a realização através do contrato pressupõe o reconhecimento do outro como igual, numa “comunidade interpessoal de objectiva solidariedade, entendida como solidariedade”²⁸⁹.

das Obrigações I, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 28.

²⁸⁸ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato – as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1999, pág. 12.

²⁸⁹ Nas palavras de DIOGO LEITE DE CAMPOS, “A relação da pessoa consigo mesma”, FDUC, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Coimbra Editora, Coimbra, pág. 142.

2. O direito de propriedade

Os direitos reais são *iura excludendi omni alia*. Quer se afirme o direito real²⁹⁰

²⁹⁰ Como sabemos, o Direito Romano não forneceu nenhuma definição daquilo em que consiste o direito de propriedade, e podemos afirmar, com alguma segurança, que os juristas clássicos nunca tentaram alcançar essa definição (FRITZ SCHULZ, *Classical Roman Law*, Clarendon Press, Oxford, 1951, pág. 338; PIETRO BONFANTE, *La proprietà, Corso di diritto romano* (recolhido e publicado por Enrico Camaschella), Mattei & C., ed., 1914-1915, pág. 209). No período republicano, em que o *dominium* e a *proprietas* ainda não eram termos técnicos, a propriedade descrevia-se pelo seu conteúdo. O domínio incluíria o *ius utendi*, o poder de usar a coisa, o *ius fruendi*, o poder de recolher os frutos da coisa e o *ius abutendi*, o poder de disposição, de consumo ou de destruição da coisa (Cfr. ALVARO D'ORS, *Derecho privado romano*, Eunsa, Pamplona, 9.ª edição, pág. 193; ANDREW STEPHENSON, *A History of Roman Law*, Little, Brown and Co., Boston, 1912, pág. 382). Ainda que não ilimitado, o *dominium* conferiria o mais amplo poder, e nesse sentido, o mais absoluto, conferido pela lei a uma pessoa. Era um poder indefinido quanto à sua extensão, ilimitado quanto à sua duração e irrestrito quanto à sua disposição. O dono, o *dominus*, detinha o objecto com exclusão de todas as outras pessoas, poderia usá-lo de acordo com a sua vontade, poderia recolher todos os benefícios que resultassem da coisa, e poderia dispô-la em vida ou por morte de acordo com a sua vontade (ANDREW STEPHENSON, *ibidem*; and HENRY JOHN ROBY, *Roman Private Law*, CUIP, pág. 1902). É certo que a propriedade clássica não implicava um poder absoluto sobre uma coisa, mas ainda assim este é o poder mais amplo que uma pessoa pode exercer sobre uma coisa. O poder sobre os imóveis era limitada pelas regras da vizinhança e pelo direito público, os poderes do dono sobre o escravo viriam a ser limitados pelas constituições imperiais. Mas é evidente que no direito clássico os limites da propriedade eram muito curtos, de acordo com o princípio de que a liberdade deveria ser tão ilimitada quanto possível e que à acção e iniciativa individual deveria ser concedida a maior amplitude possível. O *dominium* referia-se inicialmente ao direito de propriedade protegido pelo *jus civile* e era chamado domínio quiritário. O pretor, no uso dos seus poderes de protecção da *bona fide possessio*, viria posteriormente a protegê-la, ainda que não estivessem cumpridos todos os requisitos do *ius civile*. Surgiu assim o *dominium bonitarium*. Estes direitos vieram a confundir-se mais tarde (ANDREW STEPHENSON, *A History of Roman Law*, pág. 382; e R. W. LEAGUE, *Roman Private Law*, Macmillan and Co., Limited, 1909, pág. 165; VITTORIO SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, vol. I, Roma, Attilio Sampaolesi Ed., 1928, pp 243 ff; MAX KASER, *Das Römisches Privatrecht*, Beck, München, 1971, pág. 402; JUAN IGLESIAS, *Derecho romano*, (com JUAN IGLESIAS-REDONDO), 12.ª edição, Editorial Ariel, Madrid, 1999, págs. 159 e ss).

Só com o renascimento do direito romano, que teve lugar a partir do século XII, por força da obra dos Glosadores e dos Comentadores surgiria uma nova sistematização. A Glosa de Acúrsio manteria que “*dominus dicitur qui rei vindicationem habet*”, mas BARTOLO viria a concretizar que “[*d*]ominium absolute dictum est plena proprietas cum alienandi potestate” (*Operae omnia*, Venezia, 1615, vol. V, 4, ad l. 178 §1 D. 41, 2 – Comment to L.17 §1, Dig. De adquirenda vel amittenda possessione, XLI), *apud* VITTORIO SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, vol. I, Roma, Attilio Sampaolesi Ed., 1928) e BALDUS que “[*d*]ominium absolute dictum est plena proprietas cum alienandi potestate” (Comment to l. 3§1, *Cod. De secundis nuptiis*, V, 9, *apud*, VITTORIO SCIALOJA, *ibidem*). Estas definições foram seguidas, com variações ligeiras por ALCIATO ([*d*]ominium est ius perfecte disponendi), por DUARENO “[*d*]ominium sic definimus: ius de re aliqua corporali plene ac libere disponendi extra quam si quid lege prohibeatur”; por CUIJÁCIO ([*v*]ulgo dominium definitur hoc modo: ius de re corporali perfecte disponendi aut vindicanti nisi quod lex aut conventio prohibetur); and NÓODT “[*e*]st dominium ius pro arbitrata de re disponendi praeter quam si quid vi aut iure prohibeatur” (*apud* VITTORIO SCIALOJA, *ibidem*, pág. 265).

GRÓCIO, considerado o primeiro cultor dos direitos modernos, desenvolveu uma concepção de direitos e sobretudo de direito de propriedade bastante inovadora. Ao expor o seu fundamento para a propriedade, o autor desenhou um processo com duas fases para definir a fonte e a natureza da propriedade. Em primeiro lugar, o autor entende que deve ter lugar alguma actividade do indivíduo que o coloque numa especial relação com o objecto e, em segundo lugar, deve surgir algum tipo de reconhecimento social desta relação. Ou seja, se o conceito de propriedade começa com o uso ou a ocupação de algum bem, esta não é condição suficiente para que surja uma relação real (“*God gave to mankind in general, dominion over all creatures of the earth, from the first creation of the world (...) every man seized to his own use or consumption whatever he met with; a general exercise of a right, which supplied the place of private property*”). Cfr. HUGO GROTIUS, *The Rights of War and Peace*, traduzido por A. C. Campbell, Walter Dunne, London, 1901, Livro Segundo, capítulo II, pág. 86). Vide, ainda, ADAM MOSSOFF, “What is Property? Putting the Pieces Back Together”, *Ariz. L. Rev.* 45 (2003), pág. 380, e FRANZ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter Besonderer Berücksichtigung der Deutschen Entwicklung*, traduzido por António M. Hespanha, Fund. Calouste Gulbenkian, Lisboa, págs. 328 e ss; ANTONIO GAMBARO “La proprietà nel Common Law Anglo-Americano”, in ALBINA

CANDIAN, ANTONIO GAMBARO e BARBARA POZZO (eds.), *Property-Propriété-Eigentum*, CEDAM, 1992, págs. 102 e ss.

Os indivíduos permitem o reconhecimento de direitos reais como uma forma de próprias e pacíficas relações sociais. “[a]t the same time, we learn how things passed from being held in common to a state of property. It was not by the act of the mind alone that this change took place. For men in that case could never know, what others intended to appropriate to their own use, so as to exclude the claim of every other pretender to the same; and many too might desire to possess the same thing. Property therefore must have been established either by express agreement, as by division, as by tacit content, as by occupancy. For as soon as it was found inconvenient to hold things in common, before any division of lands has been established, it is natural to suppose it must have been generally agreed, that whatever any one had occupied should be accounted his own” (HUGO GROTIUS, *ibidem*, Livro Segundo, Capítulo II, pág. 89). Antes deste acordo, as pessoas já usavam as coisas e este Direito de uso não requereria nenhum reconhecimento ou consentimento por parte dos outros, para ser um título válido. JOHN SELDEN afirmava que: “*dominion as a right of using, enjoying, alienating, and free disposing, is either common to all men as possessors without distinction, or private and peculiarly lonely to some; that is to say, distributed and set apart ... in such a manner that others are excluded, or at least in some sort barred from a libertie of use and enjoyment*” (Vide JOHN SELDEN, *Of the Dominion or Ownership of the Sea*, pág. 16, e ADAM MOSSOFF, “What is Property? Putting the Pieces Back Together”, *Ariz. L. Rev.* 45 (2003), pág. 396). Para GRÓCIO, o consentimento era determinante para saber que uso deveria transformado num direito exclusivo, que perdurasse no tempo. Nesse sentido, GRÓCIO, em representação da Companhia das Índias Orientais Holandesas rejeitava o poder exclusivo reclamado pelos portugueses nos séculos XVI e XVII sobre os oceanos em que circulavam os seus barcos, bem como sobre as ilhas em que negociavam Há uma razão natural que torna o mar incapaz de ser objecto de propriedade: porque a ocupação não pode subsistir a não ser sobre coisas que possam ser confinadas a certos limites permanentes (cfr. *idem*, Livro Segundo, Capítulo III, pág. 90, e ADAM MOSSOFF, “What is Property? Putting the Pieces Back Together”, *Ariz. L. Rev.* 45 (2003), pág. 384).

SAMUEL PUFENDORF, *Of the Law of Nature and Nations: Eight Books*, Livro IV, Capítulo IV, XIV, págs. 376-377, também acredita que a propriedade se fundamenta num acto individual de posse sobre a coisa e num acordo entre os indivíduos para reconhecerem e respeitarem estes direitos em sociedade: “[s]uch is the force of property or dominion, that the proprietor alone has power to dispose of his own goods; and all others are bound to abstain from them”. *Idem*, Livro IV, Capítulo VIII, I, pág. 405. De forma a superar a dificuldade central de GRÓCIO e de PUFENDORF — o pressuposto do consentimento como um predicado dos direitos reais — LOCKE irá apenas enfatizar a importância e o significado da exclusão no objectivo moral do domínio. Deste modo, LOCKE removerá este segundo passo, o do consentimento, que era requerido pelos seus antecessores. O resultado será uma teoria da propriedade que se funda nos actos de aquisição e de trabalho como alicerces do conceito de propriedade. No estado da natureza, os indivíduos partilham um direito comum para usar as coisas existentes. LOCKE retirará um direito de propriedade exclusivo de um direito inclusivo direito de uso das coisas, usando o argumento do trabalho. Vide, JEREMY WALDRON, *The Right to Private Property*, Clarendon Press, Oxford, 1998, págs. 137 e ss, e LAWRENCE C. BECKER, *Property Rights. Philosophical Foundations*, Routledge, 1977, págs. 32 e ss.

Pelos finais do século XIX, influenciado pela filosofia kantiana (cfr. *Metafísica dos Costumes*, Princípios Metafísicos do Direito, XI), WINSCHIED (em consequência das críticas de Bruns, como nos ensina OLIVEIRA ASCENÇÃO, *Direito Civil: Reais*, 5.ª edição, Coimbra Editora, 1993, pág. 598, nota 1) vem defender que todas as relações jurídicas são relações entre pessoas e não entre pessoas e coisas (BERNHARD WINSCHIED, *Diritto delle Pandette*, (traduzido Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa), UTET, 1902, vol I, parte I, § 38, pág. 173). Uma nova definição de direito real emergirá desta perspectiva sobre a estrutura e alteridade da relação jurídica. Em França, após uma sólida e longa tradição de considerar os direitos reais como direitos sobre coisas (Toullier, Pothier, Duranton, Demolombe, Aubry and Rau, como podemos ver em H. MICHAS, *Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle*, A. Pedone Ed., Paris, 1900, págs. 35 e ss., 51 e ss., 68 e ss), CAPITANT virá distinguir os direitos reais dos direitos de crédito, sendo os últimos uma relação jurídica entre um devedor e um credor (HENRI CAPITANT, *Introduction à l'étude du Droit Civil*, 4.ª edição, A. Pedone ed., Paris, 1925, pág. 118, nota 2: “*Quelques auteurs, donnant à cette remarque une importance exagérée, ont proposé d'abandonner la définition traditionnelle et de dire: un droit réel est un rapport juridique établi entre une personne comme sujet actif et toutes les autres comme sujets passifs. A notre avis, cette définition est mauvaise et doit être rejetée. D'abord l'obligation purement négative à laquelle elle fait allusion n'est pas un vrai lien juridique, comme l'obligation née du droit de créance: c'est l'expression pure et simple de ce principe que nous ne devons empiéter sur la liberté d'autrui. (...) De plus, il ne nous paraît pas possible de définir le droit réel sans parler de l'objet sur lequel il porte, car c'est, là l'idée essentielle*”. O autor antecipa que: “[l]e droit réel suppose bien, si l'on veut, un rapport entre personnes, en ce sens que tout individu est obligé de respecter le pouvoir que j'exerce sur la chose”. Este raciocínio havia sido desenvolvido por MARCEL PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, vol. 1, Librairie générale de droit & de jurisprudence, Paris, 1911, (que consultámos na 5.ª edição, mas a 1.ª é de 1896) para. 2159 e ss.: “[u]n rapport d'ordre juridique ne peut pas exister entre une personne et une chose: ce serait un non-sens. Par définition, tout droit est un rapport entre les personnes. C'est la vérité élémentaire sur laquelle est fondée

como um poder directo e imediato sobre uma coisa (*ius in re*), na senda da clássica doutrina realista, quer se coloque no núcleo do direito real a obrigação passiva universal (o poder de exclusão como condição sine qua non da propriedade), como o fazem os pessoalistas, ou sigamos uma doutrina ecléctica, como tem sido preponderante na moderna doutrina²⁹¹ – considerando hierarquicamente uma das duas faces do direito

toute la science du droit, et cet axiome est inébranlable, e, mais tarde, em MARCEL PLANIOL e GEORGES RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, Les biens*, III, LGDJ, 1926, pág. 45: ‘*droit réel: celui qui impose à toute personne l’obligation de respecter le pouvoir juridique que la loi confère à une personne déterminée de retirer de biens extérieurs tout ou partie des avantages que confère leur possession, ou, si on le préfère, celui qui, donnant à une personne un pouvoir juridique direct et immédiat sur une chose, est par cela même susceptible d’être exercé, non pas seulement contre telle personne déterminée, mais envers et contre tous*’. Para este autor falar de relações jurídicas entre uma pessoa e uma coisa seria um *nonsense*; as relações jurídicas existem apenas entre pessoas. Os direitos reais não seriam mais do que direitos pessoais afectados a uma obrigação passiva universal. O direito de propriedade passa a ser concebido como uma relação entre o dono e todas as pessoas do mundo.

A noção de direito real desintegra-se, assim, da noção de coisa. H. MICHAS, *Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle*, A. Pedone Ed., Paris, 1900, pág. 258, na sua *thèse pour le doctorat* iria analisar ex professo a questão e concluir que: *un droit réel est un rapport juridique existant entre une ou plusieurs personnes, en nombre limité, et les autres membres de la société, rapport qui consiste dans l’obligation imposée à ces derniers de s’abstenir d’un ou de plusieurs actes économiquement avantageux, à propos d’une chose individuellement déterminée, et cette obligation peut être imposée par le sujet actif, en vertu d’un pouvoir, à lui reconnu par la loi, et qui constitue son ‘droit’. Il résulte de là que les droits réels ont au fond une nature obligatoire, tout aussi bien que les droits de créance, et que la différence essentielle entre ces deux catégories de relations juridiques réside dans le caractère universel ou particulier du sujet passif*.

Os direitos reais distinguem-se, pois, dos direitos de crédito na medida em que estabelecem uma obrigação passiva universal: ou seja, uma obrigação de todas as pessoas de se absterem de actos que interfiram com o controlo dos proprietário sobre os seus bens. Esta concepção foi dominante na primeira metade do século XX. Considere-se ainda a tentativa de transformar os direitos de crédito em direitos reais. SALEILLES tentou classificar todos os direitos como direitos reais. Um direito de crédito não é um direito contra uma pessoa, mas antes um direito contra uma coisa – o património dessa pessoa. Um direito de crédito é um direito real indeterminado. Cfr. S. GINOSSAR, “Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel”, *Rev. trim. dir. civ.* 61 (1962), págs. 573 e ss. (também S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance: Elaboration d’un système des droits patrimoniaux*, LGDJ, Paris, 1960); e ainda F. HAGE-CHAHINE, “Essai d’une nouvelle classification des droits privés”, *Rev. trim. dr. civ.* (1982).pág. 705. Vide, para uma análise histórica, CHRISTIAN LARROUMET, *Droit civil*, 2, Les Biens, 3.^a edição, Economica, Paris, 1997. No sentido oposto, DEMOGUE, *Notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911, pág. 440, vem reduzir o direito real a um direito de crédito.

A partir dos meados do século XX, predominam as teorias eclécticas. Veja-se, por todos, LOUIS RIGAUD, “A propos d’une renaissance du ‘jus ad rem’ et d’un essai de classification nouvelle des droits patrimoniaux”, *Revue Internationale de Droit Comparé* 15 (1963), págs. 557 e ss (Este autor já tinha reclamado por uma abordagem ecléctica em “La théorie du droit réel et de l’obligation et la ‘Science Juridique pure’”, *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence* 45 (1925), págs. 423-439. Os direitos reais passaram a ser definidos como direitos sobre coisas oponíveis erga omnes.

²⁹¹ A teoria ecléctica considera que há nos direitos reais dois lados ou faces: o lado interno, que se traduz no poder directo e imediato sobre a coisa, e o lado externo, que se traduz na obrigação passiva universal. ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, 4.^a edição, Coimbra Editora, 2012, pág. 12, define o direito real como “o poder directo e imediato sobre uma coisa que a ordem jurídica atribui a uma pessoa para satisfazer interesses jurídico-privados nos termos e limites legalmente fixados”, todavia, nas págs. 52 e 53, distingue entre o lado interno (ou instrumental) como um poder que incide imediatamente sobre uma coisa e o lado externo (que o autor considera essencial) da tutela absoluta, que se dirige contra a generalidade das pessoas que podem interferir com o exercício desse poder.

LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, 6.^a edição, Quid Iuris, Lisboa, 2009, pág. 50, define o direito real como o “poder jurídico absoluto, atribuído a uma pessoa determinada para a realização de interesses jurídico-privados, mediante o aproveitamento imediato de utilidades de uma coisa corpórea”, mas considera a absolutidade, traduzida na oponibilidade erga omnes uma característica dos direitos reais.

CARLOS MOTA PINTO, *Lições de Direitos Reais*, (recolhidas por ÁLVARO MOREIRA e CARLOS FRAGA segundo as prelecções ao 4.^o ano jurídico 1970-1971), polic., págs. 38 e 39, distingue entre um lado interno e o lado externo dos direitos reais. O autor parte da concepção personalista, pois só esta atende à nota fundamental do direito real que é a garantia, ou seja a defesa contra as violações do direito. O autor começa por destacar “o poder de exigir de todos os outros indivíduos uma atitude de respeito pela utilização da

coisas em certos termos por parte do sujeito passivo”. Esta ideia impõe a necessidade de delimitar a esfera de acção a respeitar, ou seja, os poderes cujo exercício não pode ser perturbado. Os poderes, ou termos de utilização que devem ser respeitados, correspondem ao conteúdo concreto do direito real em causa.

Na opinião de RUI PINTO DUARTE, *Curso de Direitos Reais*, 3.ª edição, Principia, Lisboa, pág. 19, os chamados lado interno e lado externo do direito real são incindíveis: os poderes sobre a coisa (lado interno) só têm a chamada natureza real na medida em que a sua oponibilidade a terceiros (lado externo) também seja protegida pelo Direito.

JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Direitos Reais e Direito Registral Imobiliário*, 4.ª edição, Quid Iuris, Lisboa, 2009, págs. 108 e 109: o direito real é uma relação jurídica “que atribui certa medida de soberania” sobre uma coisa, na medida em que “se alguém tem um poder de actuação autónoma sobre essa coisa, isso significa que pode actuar sobre ela, no âmbito do seu direito, de modo exclusivo”. A exclusividade (ou a reserva de actuação) será, pois na opinião do autor, um corolário do reconhecimento daquele poder.

OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Reais*, 5.ª edição, Coimbra Editora, 1993, pág. 619, define o direito real como o direito absoluto inerente a uma coisa e funcionalmente dirigido a afectar vantagens intrínsecas desta ao titular.

MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais*, Lex, Lisboa, 1993, pág. 255, define o direito real como “o produto da permissão normativa centrada na coisa corpórea, no âmbito privado, do seu destinatário”, ou seja, como a afectação jurídico-privada de uma coisa corpórea aos fins de pessoas individualmente consideradas”. Para o autor, a afectação da coisa é jurídica, não material. Assim sendo, podem surgir direitos reais cujo conteúdo pressuponha prestações, por essa afectação da coisa ser juridicamente conseguida por meio de uma actividade de outrem. Por isso, conclui o autor que a absolutidade nunca é característica dos direitos reais (pág. 316). Esta afirmação contudo não pode deixar de ser lida no contexto do pensamento do autor. Para Menezes Cordeiro, todos os direitos devem ter uma oponibilidade absoluta. As excepções serão ditadas, entre outras, por necessidades de proteger a boa fé das pessoas e resultarão, efectivamente, da diferença de natureza do objecto que leva à publicidade dos direitos reais. Não derivam, sublinha o autor, “de uma pretensa oponibilidade estrutural dos direitos reais, por oposição à mera oponibilidade relativa dos créditos”.

ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das Coisas*, polic., Coimbra, 1977, pág. 139, aceita a ideia de que o direito real é, aceitando-se um lado, “o que impõe a qualquer pessoa a obrigação de respeitar o poder jurídico que a lei confere a uma pessoa determinada de extrair de bens exteriores todas ou parte das vantagens que permite a sua posse” ou acentuando-se outro lado “o que, atribuindo a uma pessoa um poder jurídico directo e imediato sobre uma coisa, é, por isso mesmo, susceptível de ser exercido, não apenas contra pessoa determinada, mas contra todos e em confronto de todos”. O autor atende ao lado interno do direito real (ao *licere*, o conteúdo) e ao lado externo (a *protectio*, a sanção), o lado essencial e o lado instrumental. Como acentua o autor, “o que o direito prossegue é sempre o poder sobre um determinado bem, não sendo possível separar-se a protecção jurídica dessa fruição empírica que a determina e condiciona, assim como esta fruição empírica, que move a protecção do Direito, só é fruição de direito por aquela mesma protecção. O elemento do poder, o elemento empírico, é tão caracterizador como o elemento da protecção, como o elemento jurídico, não devendo sequer esquecer-se que o elemento empírico é que é o elemento causante e conformante dos próprios termos da *protectio* do Direito – que há uma primazia funcional do conteúdo sobre a sanção, na medida em que para esse empírico conteúdo é que a sanção tecnicamente se criou e se talhou”. O autor segue BARBERO quando perspectiva o *licere* como elemento essencial do direito das coisas, por oposição ao elemento funcional que é a sanção da ordem jurídica (págs. 136 e 137).

MANUEL HENRIQUE MESQUITA, *Ónus reais e obrigações reais*, Almedina, Coimbra, 1990, págs. 54 e ss: o *ius in re* é definido, no plano estrutural, como relação jurídica que confere ao respectivo titular o direito de exigir de todas as outras pessoas um comportamento negativo ou de abstenção (obrigação passiva universal). Mas, considera o autor, o núcleo de qualquer relação real é, pelo menos no plano dos efeitos prático-económicos que visa produzir, “o domínio ou soberania de uma pessoa sobre uma coisa”. Nas ilustrativas palavras do autor: [N]a expressão vulgar ‘isto é meu’ (res mea est) está compreendida, pelo menos no plano fenomenológico, toda a essência do domínio” (cfr. OLIVER WENDELL HOLMES, “The path of the Law”, *Harv.L.Rev.* 10 (1996/1997) pág. 477: “O Direito não pode pedir melhor justificação que os profundos instintos do homem”). Os direitos reais visam, no plano funcional, delimitar o poder de cada um sobre as coisas ou, por outras palavras, atribuir aos respectivos titulares a plena soberania (caso da propriedade) ou determinada soberania (caso dos direitos reais limitados) sobre uma coisa, o que fazem através de “uma relação jurídica estabelecida, *recta via*, entre o sujeito do direito e o objecto sobre que este incide”. Trata-se de uma relação a que o autor chama pertinencial, ordenadora ou atributiva. As normas pertencentes ao direito das coisas são normas com uma função ordenadora, que, nos limites dos poderes compreendidos em cada direito real, atribuem a coisa directa e imediatamente ao respectivo titular – isto é, colocam-na, de modo exclusivo, à sua ordem ou disposição, subordinam-se ao seu poder. Na atribuição de determinada soberania sobre uma coisa vai, necessariamente, incluído um duplo sentido: por um lado, a subordinação

real ⁻²⁹², em todas as perspectivas se lida com o poder que o direito real confere ao seu titular de excluir do gozo da coisa terceiros²⁹³, a menos que a lei heteronomamente o imponha ou que o seu titular o autorize.

A concepção de direito real que subscrevemos é aquela que coloca a coisa, *rectius*, o poder sobre a coisa, no núcleo do conceito jurídico de propriedade e a exclusão representa apenas o passo final na completa descrição da propriedade tal como ela opera no sistema jurídico. No entanto, sublinhamos que o direito de exclusão é um elemento particular da propriedade, na medida em que o seu titular vive entre indivíduos no seio de uma organização social e política. A exclusão é um corolário lógico do poder directo e imediato sobre a coisa²⁹⁴.

É certo que a personalidade compreende todas as características que nos fazem humanos, mas também não prescinde das peculiaridades que definem a nossa individualidade, representando ao mesmo tempo a nossa “*commonness and distinctiveness*”. A pessoalidade e a comunidade são ontologicamente interdependentes: o homem é um ser com os outros, na expressão de CASTANHEIRA NEVES²⁹⁵.

Note-se, usando a imagem de PENNER, que o direito real é um portão, não é um muro²⁹⁶. O direito de propriedade permite fazer um uso da coisa num contexto

(*Zuordnung*) dessa coisa ao domínio do titular do direito, por tal forma que a vontade deste é reconhecida como decisiva a respeito do objecto em causa (sentido ou aspecto positivo da soberania); por outro lado, e implicitamente, a exclusão de terceiros relativamente à mesma esfera de soberania (sentido ou aspecto negativo da soberania). Consequentemente, para o autor, “[O] fundamento do dever geral de abstenção (ou da obrigação passiva universal, na terminologia dos autores personalistas) é, assim, a própria relação de domínio ou soberania, da qual directamente decorre, tendo por conteúdo ‘uma abstenção de intervir na disponibilidade que a lei confere relativamente a um objecto’ e por escopo, defender o direito à atribuição de uma coisa, ‘a reserva que a lei faz a alguém dessa coisa’. Precisamente porque se traduzem numa posição de domínio ou soberania sobre determinada coisa, os direitos reais não podem deixar de considerar-se absolutos ou eficazes *erga omnes* (allwirksame)”.

²⁹² Alguns autores consideram que no núcleo dos direitos reais existe um poder sobre uma coisa, e que a oponibilidade a terceiros é apenas um corolário desse poder (cfr. BERNARD MORENO QUESADA (ed.), *Curso de Derecho Civil*, III, Tiran Lo Blanch, Valência, 1999, pág. 31, e MANUEL ALBALADEJO, *Derecho Civil*, III, 8.ª edição., Bosch ed., Barcelona, 1994, págs. 19 e ss), outros consideram que no núcleo da propriedade está a oponibilidade *erga omnes* e que o poder exclusivo sobre a coisa é uma mera consequência de facto desse poder jurídico.

²⁹³ Sobre o carácter assimétrico do direito real e o equívoco desenho Hohfeldiano das relações jurídicas, veja-se DAVID LAMETTI, “The Concept of Property: Relations through Objects of Social Wealth”, *U. Toronto L. J.* 53 (2003), pág. 343.

²⁹⁴ RUDOLPH SOHM, *The Institutes, A Textbook of the History and System of Roman Private Law*, pág. 308. A fundamentalidade da ideia de exclusão era já conhecida de autores como BLACKSTONE (relembre-se a sua célebre descrição “that sole and despotic dominion which one man claims and exercises over the external things of the world, in total exclusion of the right of any other individual in the universe”), JEREMY BENTHAM, “Idea of a Complete Law”, in *Of Laws in General*, Hart, 1970, págs. 156 e 177, ou FELIX COHEN, “Dialogue on Private Property”, (1954) 9 *Rutgers L. Rev.* 9 (1954), pág. 374 e ss, e “Transcendental Nonsense and the Functional Approach”, (1935) 35 *Colum. L. Rev.* 35 (1935), págs. 809, mas foi recentemente retomada por uma nova geração de juristas na tradição anglo-saxónica como J. W. HARRIS, *Property and Justice*, Clarendon Press, 1996, que distingue entre ‘*ownership spectrum*’ e ‘*trespassory rules*’ e J. PENNER, *The Idea of Property in Law*, OUP, 1997.

²⁹⁵ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Curso de Introdução ao Estudo do Direito* (lições polic.), Coimbra, 1971-1972, págs. 117 e ss. Cfr. MANUEL GOMES DA SILVA, “Esboço de uma concepção personalista do Direito”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa XVII* (1964), pág. 202: “Individualidade e existência são, na verdade, duas noções conexas, tal como são as de universalidade e essência”. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 70: a expectativa fundamental actual “continua a ser a da construção da felicidade das pessoas a partir da liberdade individual, axioma de confiança que, ao contrário do que alguns pretendem fazer crer, não é de modo nenhum incompatível com a *solidariedade cívica* e com uma *ética de responsabilidade comunitária*, que o Estado de algum modo, ainda que não em exclusividade, naturalmente organiza”.

²⁹⁶ J. PENNER, “The ‘Bundle of Rights’ Picture of Property”, *UCLA L. Rev.* 43 (1996), pág. 744.

social, através da exclusão selectiva de outros²⁹⁷. Na perspectiva que defendemos, o direito real é uma relação com as coisas, mas é também uma relação através das coisas. A relação como os outros é, neste âmbito, uma relação mediada pela coisa. Assim, se a propriedade envolve uma relação jurídica que se estabelece entre o titular do direito e o objecto, por extensão ou necessária implicação, abrange também a relação que se estabelece com terceiros relativamente a esse objecto²⁹⁸.

Nas palavras de HENRIQUE MESQUITA²⁹⁹, o objecto do direito real constitui, na medida dos poderes que sobre esse objecto podem ser exercidos, uma esfera reservada ao respectivo titular. O dever de protecção de qualquer *ius in re*, visa criar uma situação de total separação ou afastamento relativamente aos outros. O direito real proporciona ao respectivo titular uma esfera ou área reservada e afasta ou exclui dessa área, através do dever geral de abstenção, todas as outras pessoas. A ordem jurídica como que diz ao titular do *ius in re* que a coisa é colocada à sua disposição ou lhe fica directamente afectada, no todo ou em parte, e, do mesmo passo, como consequência disso, adstringe os demais sujeitos a não interferir em tal relação de afectação, a manterem-se afastados dela.

Mas o próprio *agere licere* do direito real³⁰⁰ constitui ele próprio factor constitutivo e potenciador de privacidade³⁰¹. Entre os elementos de uma taxinomia dos interesses da privacidade, a intrusão é constantemente considerada um desses elementos, enquanto a solidão do indivíduo pressupõe proteger a sua esfera privada, seja ela física (como a sua casa) ou virtual.

Nas palavras de ZYGMUNT BAUMAN³⁰², “*one’s privacy is the realm that is meant to be*

²⁹⁷ J. PENNER, “The ‘Bundle of Rights’ Picture of Property”, *UCLA L. Rev.* 43 (1996), pág. 742, e DAVID LAMETTI, “The Concept of Property: Relations through Objects of Social Wealth”, *U. Toronto L.J.* 53 (2003), pág. 344.

²⁹⁸ JOSEPH WILLIAM SINGER, “Sovereignty and Property”, (1991) 86 *Nw. U.L. Rev.* 41, e DAVID LAMETTI, “The Concept of Property: Relations through Objects of Social Wealth”, *U. Toronto L.J.* 53 (2003), pág. 338.

²⁹⁹ MANUEL HENRIQUE MESQUITA, *Ónus reais e obrigações reais*, Almedina, Coimbra, 1990, pág. 61. Na pág. 71, o autor sublinha que o fundamento do poder directo e imediato é a relação de domínio ou soberania, revestindo a natureza de um poder autónomo ou independente, isto é, de um poder que tem a sua fonte ou matiz na própria relação de soberania e que, por conseguinte, não pressupõe a cooperação de quem quer que seja, não depende de ninguém.

³⁰⁰ J. DIAS MARQUES, *Teoria Geral do direito civil*, vol. I, Coimbra Editora, 1958, págs. 291: chama-se exercício dum direito à realização do fim que a ordem jurídica tem em vista com a sua atribuição ao respectivo titular. Neste sentido amplo, o exercício abrange quer a simples subsistência do estado de afectação dum bem ao respectivo fim, quer a prática de actos destinados à sua conservação e defesa. Num sentido mais restrito da palavra fala-se de exercício dum direito para designar apenas a efectiva satisfação do interesse que por este meio se protege. Tem-se aqui em vista, portanto, apenas o gozo efectivo do respectivo bem.

³⁰¹ Os exactos contornos do que significa privacidade e a diferença do conceito nos vários países ou sistemas jurídicos não cabem na análise objecto deste trabalho. Para desenvolvimentos veja-se PATRICK O’CALLAGHAN, *Refining Privacy in Tort Law*, Springer, Berlim/Heidelberg, 2013. Naturalmente que esta ideia material de privacidade, metaforizada na expressão “*a man’s house is his castle*”, não oblitera a ideia da privacidade como valor autónomo e mais amplo. Cfr. por exemplo, STEFANO SCOGGIO, *Transforming Privacy – A Transpersonal Philosophy of Rights*, Praeger, 1998, pág. 1. Sobre as funções da privacidade na criação do contexto necessário para actividades essenciais do homem, PAULO MOTA PINTO, “O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, *BFD* 69 (1993), pág. 509. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 58 e ss, rejeita a separação entre esfera íntima, privada e pública, considerando que a intimidade e a privacidade são gradativas, numa posição distinta de RITA AMARAL CABRAL. Vide JUDITH JARVIS THOMSON, “The Right to Privacy”, *Philosophy & Public Affairs* 4 (1975), págs. 295 e ss, sobre a privacidade como um “*cluster of rights*”.

³⁰² ZYGMUNT BAUMAN, “Privacy, Secrecy, Intimacy, Human Bonds, Utopia – and Other Collateral Casualties of Liquid Modernity”, in HARRY BLATTERER, PAULINE JOHNSON e MARIA M. MARKUS (eds.), *Modern Privacy: Shifting Boundaries, New Forms*, Palgrave Macmillan, 2010, pág. 11.

one's kingdom, the territory of one's undivided sovereignty, inside which one has the power to decide 'what and who I am', and from which one may launch and relaunch the campaigns to have and keep her/his decision recognized and respected".

A posição da propriedade face à personalidade é de grau muito diferenciado e pode ser mais ou menos intensa. Mas afecta a forma de agir de cada um, do agir humano no meio social, exprime a sua personalidade própria e não pode ser ignorada por uma análise que se queira completa e tome em consideração a sua vivência multi-dimensional. A ligação da propriedade à personalidade, quando ela exista e na medida em que exista, requer um círculo específico de protecção da privacidade do seu titular³⁰³ que lhe confira a possibilidade de concretização necessária. Tal significa que na ponderação a fazer, enquanto determinação da licitude – isto é, dos limites – concreta da posição decisional, o factor propriedade tem de ser genuinamente protegido e promovido, sob pena da erosão de valores que, ao contrário do que se tem sustentado, não serão meramente patrimoniais, mas antes uma refração, senão uma projecção da personalidade do seu titular, que o coloca numa relação com o mundo, e no círculo do respeito pela individualidade do outro, numa atitude de solidariedade social inegavelmente exigível, mas que ao mesmo tempo, que maximiza e reforça a sua própria individualidade, aquilo que o torna, também a ele diferente no círculo social em que vive e actua. Na síntese de MICHAEL OAKESHOTT³⁰⁴, ao agente é-lhe reconhecido uma compreensão de si próprio em termos dos seus quereres e dos seus poderes e uma compreensão do mundo em que habita.

Ao proprietário deve-lhe igualmente ser reconhecido o poder de autodeterminação quanto ao acesso aos seus bens, dentro dos limites da lei e numa extensão variável, graduada de acordo com a mais ou menos íntima relação concreta entre propriedade e personalidade³⁰⁵.

No recanto da privacidade, é-nos permitido acolher todas as diferenciações que, expressas na vontade contratual, sejam elas próprias também, para o seu titular, o resultado de um uso da propriedade que promova ou sustente a sua própria individualidade, a manifestação das suas idiossincrasias, das suas crenças, do seu *modus vivendi*, ou seja, da sua mundividência. As relações sociais têm um efeito profundo no que os indivíduos pensam de si próprios, e no que eles pensam dos outros que são definidos como diferentes³⁰⁶.

³⁰³ Como refere KARL-HEINZ LADEUR, "The German Proposal of an "Anti-Discrimination"-Law: Anticonstitutional and Anti-Common Sense. A Response to Nicola Vennemann", *German Law Journal* 3 (2002), disponível em <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=152>, ninguém é a favor da discriminação. Todavia, numa sociedade liberal, há uma racionalidade jurídica que é diferente da moralidade e que não pode ser ignorada sem provocar sérios problemas doutrinários e práticos.

³⁰⁴ MICHAEL OAKESHOTT, *On Human Conduct*, Clarendon Press, Oxford, 1991, pág. 32.

³⁰⁵ FRIEDRICH A. HAYEK, *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press, 1978, págs. 139 e ss, sobre a necessidade de o indivíduo assegurar para si uma esfera privada.

³⁰⁶ STEVEN R. SMITH, *Equality and Diversity: Value Incommensurability and the Politics of Recognition*, Policy Press, Bristol, 2011, pág. 14. JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, "A tutela de bens da personalidade na constituição e na jurisprudência constitucional portuguesas (algumas notas)", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho III*, organizados por FERNANDO ALVES CORREIA, JÓNATAS MACHADO e JOÃO LOUREIRO, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pág. 842: "os direitos de personalidade, na compreensão que o Código Civil nos transmite, se têm por objecto o 'ser' da pessoa, encaram-no, ainda, em boa medida, como um ente 'centrado em si próprio', um ser isolado que há que defender dos outros, e não um ser que também se realiza com os outros, através das relações que entretetece com os outros. O ambiente social é representado como o meio potencialmente agressor e não também como o meio em que a pessoa exercita os seus atributos e persegue os seus fins, numa palavra, se realiza como pessoa. O universo constitucional dos direitos, liberdades e garantias pessoais, mais rico e

A nossa sugestão não é desprovida de qualquer apoio ou fundamentação legal. Vejamos como o legislador europeu veio distinguir claramente as relações comerciais e profissionais do âmbito da vida privada e familiar: no âmbito da Directiva Anti-Racismo, lê-se no Considerando 4: “*É igualmente importante respeitar a protecção da vida privada e familiar e as transacções efectuadas nesse contexto*”; no âmbito da Directiva sobre a igualdade de género, o artigo 3.º, n.º 1, exclui do seu âmbito de aplicação os “*serviços que sejam oferecidos fora do quadro da vida privada e familiar e das transacções efectuadas nesse contexto*” – transposto pelo artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Lei n.º 14/2008. Note-se ainda que esta directiva não exclui as diferenças de tratamento, se o fornecimento de bens e a prestação de serviços exclusivamente ou prioritariamente aos membros de um dos sexos for justificado por um objectivo legítimo e os meios para atingir esse objectivo forem adequados e necessários”; e o Considerando 16 refere, entre outros, os “*motivos de privacidade e decência*” (exemplificando com o fornecimento de alojamento por uma pessoa numa parte da sua própria casa).

Na Proposta de Directiva do Conselho que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, independentemente da sua *religião, crença, deficiência, idade* ou *orientação sexual*, as exclusões são ainda mais evidentes, o que demonstra algum amadurecimento político-legislativo. Desde logo, no que diz respeito ao acesso a bens e serviços, só são abrangidas as actividades profissionais ou comerciais. Por outras palavras, as transacções entre particulares agindo a título privado não ficam abrangidas: arrendar um quarto numa residência privada não recebe o mesmo tratamento do que arrendar quartos no âmbito de um hotel. Só estão abrangidos os domínios em que o caso em apreço faça parte da esfera de competências da União.

No Considerando 16, pode ler-se: “*Todas as pessoas gozam de liberdade contratual, nomeadamente da liberdade de escolher o outro contraente numa transacção. A presente directiva não deve aplicar-se às transacções pecuniárias efectuadas por particulares para quem essas transacções não constituam actividade profissional ou comercial*”, e no 17: “*Ao mesmo tempo que se proíbe a discriminação, é importante respeitar outros direitos e liberdades fundamentais, designadamente a protecção da vida privada e familiar e das transacções efectuadas neste contexto, bem como salvaguardar a liberdade de religião e associativa*”³⁰⁷. O mercado acomoda diferenças e respeita-as³⁰⁸.

Perante este quadro normativo, levantam-se duas questões. Em primeiro lugar, cabe perguntar se o legislador português terá querido e se poderia ter ido mais longe do que o legislador europeu³⁰⁹. Parece-nos que a resposta será negativa, em face do

multifacetado, complementa esta visão algo redutora, dando-nos conta de formas protegidas de actuação da pessoa na esfera social, e não apenas de esferas pessoais a manter incólumes dos outros. Não se protege apenas o indivíduo *dos outros*, mas também o indivíduo *com os outros*, as esferas de relacionamento interpessoal onde se constrói e afirma a personalidade de cada um. Na representação constitucional, o titular de direitos pessoais aparece-nos integrado relacional e comunitariamente”.

³⁰⁷ Segundo FRIEDRICH A. HAYEK, *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press, 1978, pág. 6, a liberdade não é apenas um valor particular, mas é a fonte e condição da maioria dos valores morais. O que uma sociedade livre oferece aos seus indivíduos é muito mais do que o que ele seria capaz se apenas ele fosse livre

³⁰⁸ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “O papel do jurista do nosso tempo”, *Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pág. 215: “*A dimensão pessoa postula o valor da dignidade da pessoa humana e exige o respeito incondicional da sua dignidade. Dignidade da pessoa a considerar em si e por si, que o mesmo é dizer a respeitar para além e independentemente dos contextos integrantes e das situações sociais em que ela concretamente se insira*”.

³⁰⁹ O artigo §19(1) da AGG alemã estabelece a ilicitude de qualquer discriminação com base na

debate doutrinário existente na nossa ordem jurídica sobre a vinculação das entidades privadas pelos direitos fundamentais, e a resistência apresentada a uma posição de aplicação plena, que desvalorize o valor próprio da autonomia privada. O legislador nacional estava limitado pela própria ponderação constitucional que surge como valorativamente ordenadora das opções infraconstitucionais a tomar³¹⁰. Acresce ainda que também a funcionalização do contrato, resultante de tal opção contrariaria frontalmente a ordem de valores constitucionalmente instituída³¹¹.

Na discriminação com base em características que não estejam abrangidas pelo âmbito de protecção das directivas, mas que ainda assim representem uma violação da dignidade humana por a contraparte se ter recusado a contratar ou o ter feito em condições diferentes daquelas iniciais que originaram o convite a contratar ou a proposta negocial, existirá espaço para esta ponderação da reserva? Cremos que a metódica do balanceamento não poderá deixar de ser unitária.

A pessoa que é o titular do direito está ela própria numa situação carente de protecção se, ao não puder escolher a sua contraparte negocial, *rectius*, ao lhe ser imposta uma determinada contraparte, ficar colocada ela própria numa situação de sujei-

raça ou na origem étnica, no sexo, na religião, na deficiência, na idade ou na orientação sexual, aquando da celebração, execução ou extinção de um contrato, nas transacções em massa, sempre que a qualidade pessoal seja pouco relevante relativamente ao objecto da prestação e ainda nos contratos de seguro. O §20 estabelece que as diferenças de tratamento com base na religião, deficiência, idade, orientação sexual ou sexo não consubstanciam uma violação da proibição de discriminação se se basearem em razões objectivas. O legislador alemão exemplificou com os casos em que a diferença de tratamento serve para evitar ameaças; para prevenir um dano ou outro propósito similar; se destina à protecção da privacidade ou da segurança pessoal; confere especiais vantagens mas não há interesse em forçar o tratamento igual; se baseia na religião da pessoa e se justifica com o exercício da sua liberdade de religião ou com o direito de autodeterminação das comunidades religiosas, os serviços afiliados e ainda as organizações que se juntaram para a prática de uma religião ou crença, de acordo com o respectivo *ethos*. Nos termos do § 19(2) da AGG é ilícita qualquer discriminação com base na raça ou na origem étnica, na celebração, execução ou extinção de um contrato. O §19 (3) da AGG estabelece que na celebração de um contrato de arrendamento de imóvel para habitação uma diferença de tratamento não é discriminatória se tiver por objectivo o estabelecimento ou a manutenção de estruturas sócio-económicas sociais ou culturais equilibradas. O §19 (5) determina que a proibição de discriminação não se aplica quando o negócio pressuponha uma situação de proximidade ou de confiança com as partes ou os seus familiares. Nomeadamente, que diz respeito ao arrendamento, quando as partes ou os seus familiares usam casas situadas no mesmo local O arrendamento de habitação, para uso não temporário, não constitui um negócio nos termos do n.º 1 da subsecção 1 quando o arrendatário não arrende mais de 50 habitações no total. Relembremos, a propósito, BENJAMIM BARROS, “Home as a Legal Concept”, 46 *Santa Clara L.Rev* 46 (2005), pág. 284, para quem um senhorio empresário não se deve preocupar com quem está a arrendar o apartamento, desde que pague a renda e o conserve adequadamente.

A Secção 7 da Lei Holandesa Antidiscriminação, de 2 de Março de 1994, com as alterações de 9 de Setembro de 2004, determina que a proibição de discriminação na prestação de bens ou serviços não se aplica a requisitos que possam ser impostos razoavelmente em virtude da natureza privada das circunstâncias a que a relação jurídica se refere.

Em França, a lei n.º 2008-496, de 27 de Maio de 2008 (actualizada pela Lei n.º 2004-173, de 21 de Fevereiro de 2014), proíbe a discriminação com base na pertença, real ou suposta, a uma etnia ou raça, com base na sua religião, nas convicções, idade, deficiência, orientação ou identidade sexual, sexo ou lugar de residência. Vide, ainda o General Equality Act de 2010 estabelece na sua Parte 4 sobre *premises*.

³¹⁰ Cfr. RONALD DWORKIN, *Law's Empire*, Belknap Press of Harvard University Press, Londres, 1986, pág. 176, sobre o princípio jurisdicional de integridade política, que passa por tornar um conjunto de leis moralmente coerente.

³¹¹ Vide JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato – as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1999, pág. 1, contra uma “uma posição funcionalista, no sentido da vinculação do exercício dos poderes subjectivos de conformação a objectivos e interesses estranhos à pessoa do seu titular. Esta posição resolve os problemas de compatibilização das exigências funcionais das dimensões individual e colectiva do contrato eliminando do campo de valoração, pura e simplesmente, as finalidades específicas daquele primeiro plano”.

ção – agressão do seu ser individual – à convivência com modos de ser que rejeita ou exclui. Também do ponto de vista comunitário, é dificilmente explicável porque é que há-de ser aquele concreto proprietário, e não outro, a receber o encargo de permitir o acesso de determinada contraparte negocial ao seu bem³¹².

Ao sujeito há-de ser-lhe reconhecido um mínimo de domínio no processo integrativo da sua vontade. Para que a autodeterminação persista “*é necessário que o acto de escolha faça ainda sentido, como expressão da personalidade do agente: um homem só é livre de fazer algo se este é um objecto possível de uma escolha razoável*”³¹³.

Na via de acção seguida pelo agente, é necessária que se encontre ainda uma expressão da sua *autonomia decisória* – que é a sua, a autonomia daquela pessoa concreta histórico-socialmente considerada. A autodeterminação só subsiste quando ao sujeito é garantida a possibilidade de realizar “*fins importantes sob sacrifícios exigíveis*”³¹⁴. O princípio a ter em conta é, como escreveu GIULIANO SCARSELLI, que “*nem em nome da liberdade se pode legitimar qualquer comportamento discriminatório, nem em nome da proibição de discriminação se pode suprimir toda a forma de liberdade privada e negocial*”³¹⁵.

Sublinhamos, pois, a necessidade de balanceamento dos vários direitos fundamentais nas questões de discriminação: o direito à não discriminação, autonomia privada e, acrescentamos nós, direito de propriedade. Na leitura tradicional, o confronto tem sido sempre encarado como envolvendo o direito à igualdade e a liberdade contratual. Em nome de um princípio de materialização desta última, que não rejeitamos, justificava-se a sua restrição ou limitação. Se este modelo se mostra adequado quando está em causa o conteúdo do contrato e as diferentes posições fácticas das contrapartes contratuais³¹⁶, já o mesmo não acontece quando o objecto da análise é a escolha da contraparte negocial. Na verdade, quanto à escolha da contraparte negocial, ou quanto às limitações a essa escolha, são bem prementes as exigências correlativas das suas partes: uma delas quer negociar, a outra não quer. A preponderância valorativa das pretensões é, pois, absolutamente simétrica, por estarem em causas duas facetas igualitárias do princípio da liberdade contratual: o direito a contratar, de um lado, o direito a não contratar, do outro³¹⁷.

³¹² JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “A tutela de bens da personalidade na constituição e na jurisprudência constitucional portuguesas (algumas notas)”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho III*, organizados por FERNANDO ALVES CORREIA, JÓNATAS MACHADO e JOÃO LOUREIRO, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pág. 837, cada pessoa, pelo simples facto de o ser, goza do poder de exigir de todos os outros formas de actuação que salvaguardem a intangibilidade das situações existenciais em que a sua personalidade se exprime.

³¹³ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato – as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1999, pág. 43.

³¹⁴ Defende MICHAEL J. SANDEL, *Liberalism and the Limits of Justice*, 2.ª edição, CUP, 1998, pág. 16, cada pessoa possui uma inviolabilidade (fundada na justiça, para o autor, o valor superior), que o bem-estar da sociedade como um todo não pode ultrapassar. ANTUNES VARELA, *Direito das Obrigações*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 1991, pág. 242: sobre a liberdade de escolha do outro contraente, “*casa um de nós tem ainda a faculdade de eleger livremente a pessoa com quem pretende fechar o contrato – caso ela também esteja disposta a negociar conosco. Qualquer destas liberdades há-de respeitar os limites traçados na lei, quer quanto à capacidade negocial, à forma excepcionalmente prescrita para certos actos, à defesa da moral pública e os bons costumes, ou à imposição de certos tipos ou modelos contratuais*”.

³¹⁵ GIULIANO SCARSELLI, “Appunti sulla discriminazione razziale e la sua tutela giurisdizionale”, *Riv. dir. civ.* 47 (2001), pág. 813.

³¹⁶ Vide FRANCESCO BUSNELLI em UMBERTO BRESCIA, LUCIANO BRUSCUGLIA e FRANCESCO BUSNELLI, *Diritto Privato I*, UTET, 2003, pág. 172, sobre a justiça contratual e o valor da locução: “*qui dit contractuell dit justé*”.

³¹⁷ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “O papel do jurista do nosso tempo”, *Digesta: Escritos acerca do*

E face a estas duas pretensões, legítimas e valorativas niveladas, o intérprete terá de procurar uma fundamentação material para alcançar uma solução prática sobre a validade ou invalidade da pretensão a contratar, vale dizer, sobre a licitude ou ilicitude da recusa a negociar. A vocação de outras materialidades fundamentantes não pode prescindir da colação do direito a não ser discriminado, assim como do direito de propriedade, *rectius*, da *reserva, do impedir o acesso a si próprio*³¹⁸, que ele garante, em presença.

Não podemos afirmar que alcançaríamos outra solução no caso *Bull and another v. Hall and another*, com que abrimos este capítulo³¹⁹. Mas, na análise ponderativa, o julgador³²⁰ deve sempre ter em consideração a incomensurabilidade dos valores e a sua igual dignidade regulatória, que podem levar, por exemplo, a que, o direito de propriedade, e o que no caso concreto expressa e concretiza para a pessoa do seu titular, possa ter um tão relevante valor ético-jurídico que se sobreponha no caso concreto a direitos subjectivos especialmente previstos na lei, mas que apresentem, naquele caso concreto, um valor axiológico menor.

A ordenação de valores distintos e conflituantes não está pré-estabelecida nem é um elemento pré-definido na análise do caso concreto; apresenta-se ela própria como plural na coerência a alcançar na tarefa de concordância prática dos vários princípios e interesses relevantes para a solução justa do caso concreto ou na supra-infra ordenação da eficácia normativa concreta de cada um deles. Nenhum desses valores pode ser desprezado na sua eficácia conformadora imediata, nem nenhum deles pode ser absolutizado, na solução a alcançar.

A determinação da extensão e do conteúdo da propriedade, o seu contexto situacional, dependerá naturalmente de interesses sociais exteriores ao titular³²¹, mas

Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pág. 216: “se a igualdade se pode dizer a condição social da liberdade, a liberdade é uma possibilidade pessoal que só será universal se todos nela se reconhecerem iguais ou se nenhum for já privilegiado já diminuído nessa possibilidade. Só que a liberdade significa sobretudo o assumir-se o homem a si próprio, no originário de si mesmo e no irrecusável da sua responsabilidade, vindo a manifestar-se, portanto, em termos de uma auto-realização responsável. Enquanto que a igualdade exprime antes de mais a não dependência do arbítrio de outrem – nisto reside o que diremos o aspecto libertador da igualdade –, que o mesmo é afirmar a possibilidade de impor uma geral reciprocidade, e assim a exigência de que quaisquer diferenças concretas não-de ser justificadas perante os outros por referência ao mesmo fundamento que justificará as diferenças dos outros – e é agora o aspecto simultaneamente desprivilegiante e diferenciador da igualdade”.

³¹⁸ Usamos a expressão de PAULO MOTA PINTO, “O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, BFD 69 (1993), pág. 508. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Téoria Geral do Direito Civil*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 60: “É difícil, senão mesmo impossível estabelecer padrões previamente definidos e precisamente delimitados de níveis de privacidade. (...) É a sempre presente dialéctica entre o *eu* e os *outros*, entre o interesse pessoal e o bem comum, entre o subjectivo e o objectivo, entre direito subjectivo e direito objectivo. É inevitável o casuísmo, porque as pessoas e as circunstâncias não são iguais”.

³¹⁹ Sublinhe-se que neste caso concreto, os quartos disponíveis para os hóspedes não eram na parte do edifício em que os donos do *bed & breakfast* habitavam.

³²⁰ LAURA CALAFÀ, “Le direttive antidiscriminatorie di ‘nuova generazione’: il recepimento italiano”, *Studium iuris*, 7-8 (2004), pág. 875, defende que o impacto da legislação antidiscriminação será determinado pela jurisprudência. Cfr. JOSÉ MANUEL AROSO LINHARES, *Entre a reescrita pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença ou a prova como um exercício de “passagem” nos limites da juridicidade*, *Studia Iuridica* 59, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pág. 859, sobre a possibilidade de uma *praxis* e de uma razão prática sustentada numa validade normativamente vinculante (e na tradução dogmático-institucionalmente plausível dos seus fundamentos e critérios) e à luz de uma opção inequivocamente jurisprudencialista assumir a possibilidade (-responsabilidade) de, nas palavras últimas da narrativa probatória descobrir-experimentar um juízo normativo-juridicamente fundamentado.

³²¹ GUSTAVO TEPEDINO, “Contornos constitucionais da propriedade privada”, *Temas de Direito Civil*, Renovar, Rio de Janeiro, 1999, pág. 280. Cfr. o STUDY GROUP ON SOCIAL JUSTICE IN EUROPEAN PRIVATE LAW, “Social Justice in European Contract Law: a Manifesto”, *ELJ* 10 (2004) pág. 656: sobre a necessidade de

também acomodará no seu âmbito o pluralismo que se concretiza nas “*mais diversas preferências ou reservas humanas, simpatias ou antipatias, especialmente o desejo por proximidade ou distância, por socialidade ou solidão*”³²² e na predisposição para *partilhar ou não a sua esfera de existência*³²³. A estrutura normativa – que susbtancie uma correcta análise, justificação e criticismo – do julgamento há-de tomar em consideração estes três factores – um *ordered pluralism*³²⁴ – de modo a estabelecer entre eles a relação dialógica adequada à solução desejável: aquela que assegure o máximo efeito a todos eles. Como sublinha PEDRO PAIS DE VASCONCELOS³²⁵ “*é preciso ter sempre bem presente que a finalidade e função destes regimes [de protecção] é a de assegurar a paridade e nunca a de criar privilégios que a pervertam. Por isto, nunca deve deixar de ser admitida a possibilidade de, na ‘applicatio’, denunciar e contrariar os abusos que dos regimes de protecção eventualmente venham a ser feitos*”.

Só com julgamentos compreensivos o suficiente para entenderem o agir humano como afectando uma pluralidade de esferas complexivamente relacionadas mas internamente distintas e autónomas, e entre as quais não se pode criar uma hierarquia unidimensional, se poderá prevenir que um especial regime de protecção seja aplicado em contrário da sua razão de ser: potenciar a liberdade de todos e de cada um³²⁶. A sua coordenação, o adjudicar das sobreposições e disputas inevitáveis entre *elas*, requer, inexoravelmente, uma limitação mútua da sua acção performativa³²⁷.

conciliar o peso atribuído à autonomia privada expresso no princípio da liberdade contratual e os princípios da solidariedade social, em que qualquer sistema terá sempre de expressar um conjunto de valores, coerente e fundamental para a moralidade política de cada país.

³²² EDUARD PICKER, “Debate: Anti-discrimination as a Program of Private Law?”, *German Law Journal* 4 (2003), págs. 771-784.

³²³ Para o modo como o direito surge para homens que comungam o mundo uns com os outros e que o comungam através dos outros, CASTANHEIRA NEVES, “Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito”, *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço II*, RUI MOURA RAMOS ET AL. (org.), Almedina, Coimbra, 2002, págs. 842 e ss.

³²⁴ Na expressão de MICHEL ROSENFELD, “Rethinking Constitutional Ordering”, *Int’l J. Const. L.* 6 (2008), pág. 417.

³²⁵ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 23. Vide, ainda GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Relazione*, in *Annuario 2002*, ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, CEDAM, 2004, pág. 89, sobre a antítese entre o garantismo e a intervenção estatal.

³²⁶ Seguindo MANUEL GOMES DA SILVA, “Esboço de uma concepção personalista do Direito”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa XVIII* (1964), pág. 93, “*Na base de toda a ordem jurídica encontra-se, portanto, a pessoa, como ente individual dotado de razão e liberdade e destinado a um fim transcendente, fixo e necessário, cuja realização ao direito compete assegurar. A máxima omne jus hominum causa introductum est (...) [d]eve antes entender-se no sentido de que tudo quanto existe no direito se destina ao homem concreto e vivo e de tudo quanto negar esta verdade não será direito (...)*”

³²⁷ Naturalmente, no que dissemos, vai salvaguardado um mínimo ético de uma convivência civilizada ou a efectiva confrontação de falhas de mercado. Como refere RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, 1995, págs. 516-517, a noção de “*personalidade física ou moral*” juscivilisticamente tutelada, terá de consubstanciar, embora na complexidade da sua estrutura, a ideia de um correspectivo bem jurídico a tutelar, não revestindo tal natureza os sentimentos negativos do homem, como o ódio ou o racismo. Cfr., ainda, EDUARD PICKER, “Debate: Anti-discrimination as a Program of Private Law?”, *German Law Journal* 4 (2003), págs. 771 e ss. Noutro plano, lembremos com HEINRICH HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, Almedina, Coimbra, 1992, pág. 80, que o direito privado desempenha uma dupla função: por um lado, estimula o “*poder de adquirir*” (*Erwerbsschutz*) e, por outro lado, protege o “*possuir justificado*” (*Bestandsschutz*).

Notas Conclusivas

Neste capítulo, procurámos demonstrar como a eficácia do princípio da igualdade entre os particulares é inadequado, no plano do enquadramento dogmático, da fundamentação e dos efeitos para tratar o problema da discriminação na escolha da contraparte negocial. No âmbito contratual, estamos perante uma discriminação em todos os casos em que a recusa a contratar por uma parte, ou as condições em que se dispõe a contratar, são determinadas por uma qualidade pessoal (em sentido amplo) da contraparte e, nesse sentido, consubstanciam um desrespeito ou uma diminuição da dignidade do outro. É no âmbito da defesa da sua dignidade – do seu direito a não ser discriminado, isto é, que uma sua qualidade pessoal seja determinante na escolha negocial da outra parte – que o sujeito encontra a tutela concedida pela proibição de discriminação e a contraparte encontra os limites da sua liberdade de actuação.

Na exacta determinação da natureza discriminatória da escolha da contraparte é necessário colocar em diálogo vários direitos: o direito à não discriminação, a autonomia privada e, sugerimos, o direito de propriedade. Quanto à escolha da contraparte negocial, ou quanto às limitações a essa escolha, são bem prementes as exigências correlativas das duas partes: uma delas quer negociar, a outra não quer. A preponderância valorativa das pretensões é, pois, absolutamente simétrica, por estarem em causas duas facetas igualitárias do princípio da liberdade contratual: o direito a contratar, de um lado, o direito a não contratar, do outro. Perante estas duas pretensões, legítimas e valorativas niveladas, o intérprete terá de procurar uma fundamentação material para alcançar uma solução prática sobre a validade ou invalidade da pretensão a contratar, vale dizer, sobre a licitude ou ilicitude da recusa a negociar.

A vocação de outras materialidades fundamentantes não pode prescindir da colação do direito a não ser discriminado, assim como do direito de propriedade, enquanto direito que proporciona ao respectivo titular uma esfera ou área reservada e afasta ou exclui dessa área, através do dever geral de abstenção, todas as outras pessoas. A ordem jurídica confere ao titular do *ius in re* uma afectação imediata da coisa, do mesmo passo, como consequência disso, adstringe os demais sujeitos a não interferir em tal relação de afectação, a manterem-se afastados dela. Igualmente ao nível do *agere licere*, o direito real constitui ele próprio factor constitutivo e potenciador de privacidade.

A posição da propriedade face à personalidade é de grau muito diferenciado e pode ser mais ou menos intensa. Mas afecta a forma de agir de cada um, do agir humano no meio social, exprime a sua personalidade própria e não pode ser ignorada por uma análise que se queira completa e tome em consideração a sua vivência multidimensional. A ligação da propriedade à personalidade, quando ela exista e na medida em que exista, requer um círculo específico de protecção da privacidade do seu titular que lhe confira a possibilidade de concretização necessária. Tal significa que na ponderação a fazer, enquanto determinação da licitude – isto é, dos limites – concreta da posição decisional, o factor propriedade tem de ser genuinamente protegido e promovido, sob pena da erosão de valores que, ao contrário do que se tem sustentado,

não serão meramente patrimoniais, mas antes uma refacção, senão uma projecção da personalidade do seu titular, que o coloca numa relação com o mundo, e no círculo do respeito pela individualidade do outro, numa atitude de solidariedade social inegavelmente exigível, mas que ao mesmo tempo, que maximiza e reforça a sua própria individualidade, aquilo que o torna, também a ele diferente no círculo social em que vive e actua.

Este entendimento é sufragado por uma leitura valorativamente unitária da nossa Constituição e, em nossa opinião, está subjacente ao quadro regulatório antidiscriminação instituído pelas Directivas europeias.

Capítulo V

Propriedade *versus* personalidade: a colisão de direitos

Os direitos, correctamente entendidos, são inerentemente limitados e inerentemente conflitantes¹. A nossa análise, que tem versado sobre a relação entre propriedade e personalidade, não ficaria completa sem nos debruçarmos sobre as situações em que o direito de propriedade de um titular configura com o direito de personalidade de outrem. Falamos da *colisão de direitos*, ou seja, da limitação recíproca que o conteúdo e o objecto de um direito produzem no conteúdo e objecto do outro direito².

¹ ANDREI MARMOR, “On the limits of rights”, *Law and Philosophy* 16 (1997), pág. 1, distingue entre os limites imanentes e os newtonianos (aplicando a lei da inércia: um direito mantém-se em força até colidir com outro direito que conflitue com ele). Sobre a inércia enquanto característica dos direitos reais, ANDRÉ DIAS PEREIRA, “A característica da inércia dos direitos reais: brevíssima reflexão sobre o princípio da publicidade”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita II*, organizados por DIOGO LEITE DE CAMPOS, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, págs. 479 e ss. Vide KARL LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*, 2.ª edição, tradução de José Lamago, FCG, Lisboa, 1989 [1983], pág. 491, sobre os direitos, cujos limites não estão fixados de uma vez por todas, mas que em certa medida são “abertos” ou “móveis”.

² A colisão de direitos não se confunde, desde logo, com a *colisão aparente*, aquela em que havendo direitos incompatíveis, apenas um deles deva subsistir (por exemplo, na dupla venda). Neste caso, em rigor, não chega a existir conflito, pois não existe permissão normativa para um dos “direitos”. Também não existe colisão de direitos nos chamados *conflitos de sobreposição*, adoptando a terminologia de OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: reais*, 5.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, pág. 265, e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil V*, Almedina, Coimbra, 2011 [2005], pág. 386. Estes são aqueles que resultam da incidência sobre o mesmo objecto de vários direitos com titulares distintos, como acontece com a compropriedade, com a relação entre proprietários e titulares de direitos reais limitados ou na relação entre vários titulares de direitos reais de garantia, que encontram resolução nos seus regimes específicos e saem fora do âmbito de aplicação do artigo 335.º. Sobre os problemas de regime no arrendamento plural, OLINDA GARCIA, *O arrendamento plural: quadro normativo e natureza jurídica*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, págs. 121 e ss. Vide, sobre a delimitação do

O artigo 335.º do CC³ oferece-nos uma norma de solução de conflitos. Determina este preceito, no n.º 1, que “*havendo colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes*”. Se os direitos forem desiguais ou de espécie diferente, prevalece o que deva considerar-se superior. O âmbito de regulação da norma, vale dizer, o critério normativo para a composição dos interesses em presença, pressupõe a determinação do que são *direitos da mesma espécie e direitos de espécie diferente*. Dito de outra maneira, a equiparação ou a distinção há-de aferir-se pelo objecto da protecção do direito em causa.

A interrogação que preside à nossa análise prende-se, agora, com o critério que há-de dirimir o conflito entre a permissão normativa de um direito real e a permissão normativa de um direito de personalidade, assumindo, todavia, que determinar qual o direito que deve prevalecer, e em que medida, não é um puro exercício mecânico, antes supõe uma tarefa judicial complexa, que tome em consideração os factos do caso concreto.

Para quem, como nós, considere que os direitos de propriedade são instrumentos para o desenvolvimento da personalidade, que esta leitura não só resulta de *iure constituto* de vários aspectos da nossa regulamentação infraconstitucional, mas é também uma exigência do próprio programa constitucional, é de rejeitar uma interpretação do artigo 335.º CC que considere que os direitos reais e os direitos de personalidade são sempre direitos de espécie diferente, que o património e a personalidade se opõem ou até se excluem mutuamente. Pelo contrário, a propriedade é muitas vezes imbuída de pessoalidade, e esta consideração esbaterá, necessariamente o *chiaroscuro* da interpretação que subsuma este conflito, liminarmente, na

conflito de direitos, FILIPE ALBUQUERQUE MATOS, *Responsabilidade civil por ofensa ao bom crédito ou ao bom nome*, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 78, nota 97, ELSA VAZ DE SEQUEIRA, *Dos pressupostos da colisão de direitos no Direito Civil*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2004, pág. 115, e CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, págs. 515 e ss.

Na jurisprudência, o Ac. STJ, de 9 de Maio de 2006 [Processo 06A636] decidiu que : “1 - A figura da colisão de direitos prevista no art.º 335º do Código Civil pressupõe a existência em concreto de pelo menos duas situações jurídicas activas de que dois diferentes sujeitos jurídicos são titulares num dado momento. 2 - E deixa de poder aplicar-se quando o tribunal, ponderada a situação de facto comprovada, conclua que na realidade só um direito existe, radicado na esfera jurídica de um dos litigantes, em condições de ser exercido. 3 - Não pode invocar a figura da colisão de direitos para impedir a procedência do pedido de cessação da sua actividade uma empresa que está a explorar sem licença camarária um parque de sucata parcialmente integrado em área de Reserva Agrícola Nacional e em circunstâncias tais que ofende os direitos previstos nos art.ºs 66º, nº 1, da Constituição (ambiente e qualidade de vida) e 70º do Código Civil (personalidade física ou moral). 4 - Isto porque, nesse caso, a colisão entre tais direitos, patrocinados pelo MP para defesa de interesses difusos, e o pretense direito da empresa ao livre exercício da iniciativa económica privada, reconhecido no art.º 61º da Constituição, é meramente aparente, e não real”. No mesmo sentido, o Ac. STJ de 15 de Março de 2007 [Processo: 07B585], o Ac. STJ de 28 de Outubro de 2008 [08A3005] e o Ac. STJ, de 2 de Dezembro de 2013 (Processo: 110/2000.L1.S1).

³ No Código de Seabra, o artigo 14.º determinava que: “*Quem, exercendo o próprio direito, procura interesses, deve, em colisão e na falta de providência especial, ceder a quem pretende evitar prejuízos*”, e no artigo 15.º lia-se: “*Em concurso de direitos equaes ou da mesma espécie, devem os interessados ceder reciprocamente o necessário, para que esses direitos produzam o seu efeito, sem maior detrimento de uma que de outra parte*”. Vide, a propósito, JOSÉ DIAS FERREIRA, *Código Civil Portuguez Annotado*, 2.ª edição, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1894, anotação ao artigo 14.º e 15.º. Para compreensão da influência história nesta norma, vide FERDINAND MACKELDEY, *Compendium of Modern Civil Law*, Philip Ignatius Kaufman, 1845, págs. 185 e ss.

previsão do n.º 2 do artigo 335.º, sem atender à avaliação que se faça do contexto concreto em que se desenrola o conflito.

O conflito entre propriedade e personalidade, no aspecto que vimos de referir, não se confunde com aquele em que estão em causa conflitos – ainda entendidos como objecto de protecção - entre dois direitos reais, e que é o âmbito específico dos *conflitos de vizinhança*.

As relações de vizinhança são relações que se estabelecem entre prédios vizinhos⁴ e, nessa medida, o conflito de vizinhança exige uma regulação da utilização

⁴ É hoje pacífico que a vizinhança não exige a contiguidade dos prédios, mas antes compreende relações entre prédios mais ou menos distantes geograficamente, desde que possam interferir na esfera de domínio um do outro. É vizinho o prédio cuja utilização pode entrar em conflito com a esfera de utilização reservada a outro imóvel. A distância é, todavia, importante em zonas fronteiriças. Veja-se, a propósito, o Acórdão C-343/04, *Land Oberösterreich contra ČEZ*, de 18 de Maio de 2006, em que estava em causa a interpretação do artigo 16.º, n.º 1, da Convenção de Bruxelas, que estabelecia como tendo competência exclusiva, “em matéria de direitos reais sobre imóveis e arrendamentos de imóveis, os tribunais do estado contratante onde o imóvel se encontre situado” (hoje esta disciplina encontra-se no artigo 22.º do Regulamento Bruxelas I [Regulamento (CE) n.º 44/2001, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial]. No caso concreto, estava em causa a seguinte questão: O *Land Oberösterreich* é proprietário de vários prédios afectos à agricultura e a experiências relativas ao cultivo de plantas e nos quais funciona uma escola agrícola. Estes prédios estão situados a cerca de 60km da central nuclear de Temelin, que foi activada a título experimental em 9 de Outubro de 2000. Essa central é explorada pela ČEZ, uma empresa checa de fornecimento de energia, detida a 70% pelo Estado checo, num terreno de que aquela é proprietária.

Agindo na qualidade de proprietário dos referidos prédios e por considerar que a exploração de uma central nuclear não constitui uma forma de exercício do poder público, mas um acto de gestão de economia privada sujeito aos órgãos jurisdicionais civis, o *Land Oberösterreich* propôs em 31 de Julho de 2001 uma acção contra a ČEZ no *Landesgericht Linz*. Esta acção destinava-se, a título principal, a que a ČEZ fosse condenada a pôr termo, nos prédios do *Land Oberösterreich*, aos efeitos provocados pelas radiações ionizantes provenientes da central de Temelin, na medida em que excedessem os que seriam de esperar de uma central nuclear que funcionasse de acordo com o estado dos conhecimentos técnicos geralmente reconhecidos. A título subsidiário, o *Land* pedia que fosse ordenada a cessação dos riscos gerados por essas radiações, também na medida em que excedessem os que seriam de esperar de uma central nuclear que funcionasse de acordo com o estado actual dos conhecimentos técnicos geralmente reconhecidos.

Segundo o *Land Oberösterreich*, as radiações ionizantes emitidas pela central de Temelin constituíam uma emissão na acepção do §364, n.º 2, do Código Civil Austríaco (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*, doravante ABGB), que estabelece: “O proprietário de um prédio pode impedir os vizinhos de produzirem, a partir dos seus prédios, emissões de águas residuais, fumos, gases, calor, cheiros, ruídos, vibrações ou outras, na medida em que excedam os níveis habituais no local e prejudiquem a utilização normal do prédio. Os despejos directos para o prédio sem título especial são, em qualquer circunstância, proibidos”.

A ČEZ alegou a incompetência dos órgãos jurisdicionais austríacos afirmando que o artigo 16.º, n.º 1, alínea a), da Convenção de Bruxelas não era aplicável a uma acção destinada a impedir perturbações, pois uma acção dessa natureza tem, efectivamente, carácter indemnizatório e estava, portanto, abrangida pelo artigo 5.º, n.º 3, da convenção, que estabelecia que o réu com domicílio no território de um Estado contratante pode ser demandado num outro Estado contratante “em matéria extracontratual, perante o tribunal do lugar onde ocorreu o facto danoso”. A ČEZ considerava, além disso, que uma ordem de cessação proferida contra si por um tribunal austríaco infringe, ainda, em violação do direito internacional, a soberania territorial e jurisdicional da República Checa e não é exequível no território desta última.

Por decisão de 17 de Abril de 2002, o *Landesgericht Linz* declarou-se incompetente para conhecer do pedido do *Land Oberösterreich*. Esta decisão foi contrariada em sede de recurso pelo *Oberlandesgericht Linz*, que, por acórdão de 19 de Setembro de 2003, considerou que os órgãos jurisdicionais austríacos eram competentes para conhecer de tal litígio ao abrigo do artigo 16.º, n.º 1, alínea a), da

Convenção de Bruxelas. Em sede de recurso de revista, o *Oberster Gerichtshof* (Áustria) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

“A [expressão] ‘em matéria de direitos reais sobre imóveis’, constante do artigo 16.º, n.º 1, alínea a), da Convenção [de Bruxelas], deve ser interpretada no sentido de que abrange também os pedidos de providências cautelares relativas a prestações de facto negativo com as quais se pretenda proibir, nos termos do §364, n.º 2, do [ABGB], as emissões geradas num prédio (in casu: os efeitos decorrentes das radiações ionizantes provocadas por uma central nuclear situada na República Checa), situado num Estado vizinho – não membro da União Europeia – sobre um prédio cujo proprietário é o demandante?”

O Tribunal de Justiça começou por reafirmar que se deveria determinar de forma autónoma, em direito europeu, o sentido da expressão “*em matéria de direitos reais sobre imóveis*”, bem como que, na medida em que introduziam uma excepção às regras gerais de competência da Convenção de Bruxelas, as disposições do seu artigo 16.º, e nomeadamente o seu n.º 1, alínea a), não devem ser interpretadas em termos mais amplos do que os requeridos pelo seu objectivo. Seguidamente, o Tribunal lembrou que como resulta, quer do Relatório Jenard relativo à Convenção de Bruxelas, quer de jurisprudência consolidada do Tribunal de Justiça, *a razão essencial da competência exclusiva dos órgãos jurisdicionais do Estado contratante onde o imóvel está situado é a circunstância de o tribunal do local da situação ser o melhor colocado para julgar os litígios em matéria de direitos reais sobre imóveis e de arrendamento de imóveis*. Na verdade, os “*litígios relativos aos direitos reais sobre imóveis, estes devem, em geral, ser julgados à luz das normas do Estado em que o imóvel estiver situado, pois estas demandas originam, frequentemente, exames, investigações e peritagens que devem ser feitos ‘in loco’, de forma que a atribuição de uma competência exclusiva ao tribunal da situação do imóvel, que é o que está em melhores condições, tendo em conta a sua proximidade, de possuir um bom conhecimento das situações de facto, corresponde ao interesse duma boa administração da justiça*”.

O Tribunal de Justiça declarou, pois, que o artigo 16.º, n.º 1, alínea a), da Convenção de Bruxelas deveria ser interpretado no sentido de que a competência exclusiva dos tribunais do Estado contratante onde o imóvel está situado não abrange a totalidade das acções sobre direitos reais sobre imóveis, mas apenas aquelas que, ao mesmo tempo, se incluem no âmbito de aplicação da referida convenção e se destinam a determinar o alcance, a consistência, a propriedade, a posse de um bem imóvel ou a existência de outros direitos reais sobre esses bens e a garantir aos titulares desses direitos a protecção das prerrogativas ligadas ao seu título.

Consequentemente, uma acção de cessação de perturbações, eventualmente com a natureza de pedido de providência cautelar relativa a prestação de facto negativo, como a que estava em causa no processo principal, também não constituía um litígio que tivesse por objecto um direito real sobre um imóvel. O TJUE considerou ainda que o fundamento de tal providência residia na violação de um direito real imobiliário, mas que a natureza real e imobiliária desse direito tem, neste contexto, uma importância relativa. Como a ČEZ e a Comissão indicaram, essa natureza real e imobiliária do direito em causa não exercia uma influência determinante na configuração do litígio no processo principal, que não se colocaria em termos substancialmente diferentes se o direito cuja protecção contra as alegadas perturbações se pretende fosse de natureza diferente, como, por exemplo, o direito à integridade física ou um direito mobiliário.

Por último, sublinhou o Tribunal que as considerações de boa administração da justiça subjacentes ao artigo 16.º, n.º 1, alínea a), da Convenção de Bruxelas, tal como recordadas no n.º 29 do presente acórdão, não teriam aplicação perante uma acção de cessação de perturbações, eventualmente com natureza de pedido de providência cautelar relativa a prestação de facto negativo, e, logo, não se opõem a que essa acção fique fora do campo de aplicação da referida disposição. Por um lado, efectivamente, tratando-se, como no caso em apreço, de dois imóveis situados no território de dois Estados diferentes, não se pode considerar que uma acção como aquela que foi apresentada no órgão jurisdicional de reenvio devesse, em geral, ser decidida segundo as regras de um e não do outro Estado. O Tribunal considerou ser difícil considerar que o artigo 364.º, n.º 2, ABGB continuasse a ser de aplicação exclusiva quando o afastamento dos dois imóveis em causa tem precisamente por potencial efeito submetê-los a condições locais habituais diferentes.

Consequentemente, decidiu o Tribunal, “*há que responder à questão submetida que o artigo 16.º, n.º 1, alínea a), da Convenção de Bruxelas deve ser interpretado no sentido de que não é abrangida pelo campo de aplicação dessa disposição uma acção, tal como a intentada no processo principal com base no §364, n.º 2,*

dos bens para as situações em que o exercício das faculdades de gozo compreendidas nos dois direitos conflitue numa situação concreta. Esta ordenação é-nos fornecida pelo direito de vizinhança, enquanto conjunto de regras que determinam restrições ao exercício de direitos reais sobre prédios em benefício do titular de outro direito real, consistindo, pois, em restrições de direito privado⁵.

No dizer de MOTA PINTO⁶, as restrições de vizinhança são restrições derivadas da *necessidade de coexistência*. Visam regular os conflitos de interesses que surgem entre vizinhos, “*em consequência da solidariedade dos seus direitos, ou seja, em vista da impossibilidade de os direitos do proprietário serem exercidos plenamente sem afectação dos direitos de vizinhança*”.

As restrições de vizinhança são normas de ordenação de conflitos⁸, na medida em visam regular a situação de um direito real que conflitue com o direito real restringido, e podem⁹ implicar deveres de conteúdo negativo (seja de abstenção de certas condutas, *non facere*¹⁰, seja de tolerar o exercício de certas faculdades do vizinho sobre o seu prédio, *pati*)¹¹ ou positivo (como seja o de prevenção de perigos

da ABGB, destinada a impedir as perturbações que afectam ou podem afectar bens imóveis de que é proprietário o demandante, decorrentes de radiações ionizantes provocadas por uma central nuclear sita no território de um Estado vizinho daquele em que os bens estão situados”. Sobre esta decisão, ver SILVIA TURATTO, “Immissioni transfrontaliere e convenzione di Bruxelles: la Corte di giustizia esclude l’applicabilità del criterio esclusivo del forum rei sitae”, *Riv. trim. dir. proc. civ.* (2007), págs. 1337-1364. Sobre a *lex rei sitae*, relembramos A. FERRER CORREIA, “Conflitos de leis em matéria de direitos sobre coisas corpóreas”, *RLJ* 3717 (1984), págs. 302 e ss.

O nosso CC estabelece a regra *lex rei sitae* no artigo 46.º, n.º 1: “O regime da posse, propriedade e demais direitos reais é definido pela lei do Estado em cujo território as coisas se encontrem situadas”. Os nossos tribunais são também exclusivamente competentes, nos termos do artigo 63.º CPC, em matéria de arrendamento sobre imóveis situados em território português.

⁵ Sobre as regras de vizinhança como meios de justiça correctiva, CRAIG ROTHERHAM, *Proprietary Remedies in Context: A Study in the Judicial Redistribution of Property Rights*, Hart Publishing, 2002, págs. 35.

⁶ CARLOS MOTA PINTO, *Lições de Direitos Reais*, (recolhidas por ÁLVARO MOREIRA e CARLOS FRAGA segundo as preleções ao 4.º ano jurídico 1970-1971), polic., pág. 244.

⁷ Cfr. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, com a colaboração de MANUEL HENRIQUE MESQUITA, *Código Civil Anotado III*, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, anot. ao artigo 1305.º, pág. 95, 4. São chamadas, em suma, quando o exercício do direito de propriedade sobre imóveis implica a utilização do prédio do meu vizinho, ou, pelo menos, se repercuta na propriedade de terceiros.

⁸ Considera-as tecnicamente proibições de agir, JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Restrições de vizinhança (de interesse particular)*, 2.ª edição, Quid Iuris, Lisboa, 2009, pág. 44.

⁹ LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 186-187.

¹⁰ Veja-se, por exemplo, o artigo 1346.º sobre as emissões, o artigo 1347.º sobre as instalações prejudiciais. CARLA AMADO GOMES, em “Direito do arrendamento e vinculações jurídico-públicas. Uma aproximação”, *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão II*, org. por MENEZES CORDEIRO, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS e PAULA COSTA E SILVA, Almedina, 2008, pág. 1064, considera que nestas normas há uma refração do abuso de direito: o detentor do imóvel tem direito a gozar das suas qualidades, mas com respeito pelos direitos de terceiros e pelas restrições de natureza jurídico-pública.

¹¹ Veja-se o artigo 1349.º, sobre o direito de passagem momentânea, que estabelece: “1. Se, para reparar algum edifício ou construção, for indispensável levantar andaime, colocar objectos sobre prédio alheio, fazer passar por ele os materiais para a obra ou praticar outros actos análogos, é o dono do prédio obrigado a consentir nesses actos. 2. É igualmente permitido o acesso a prédio alheio a quem pretenda apoderar-se de coisas suas que acidentalmente nele se encontrem; o proprietário pode impedir o acesso, entregando a coisa ao seu dono. 3. Em qualquer dos casos previstos neste artigo, o proprietário tem direito a ser indemnizado do prejuízo sofrido”.

para o prédio vizinho ou os deveres de participar com o vizinho em actividades de interesse comum¹²).

Com uma notável antiguidade histórica¹³, as relações de vizinhança são tratadas de forma atomística no nosso ordenamento jurídica. Contra esta tendência, e uma tentativa de sistematização dogmática, OLIVEIRA ASCENSÃO¹⁴ ofereceu como princípio coordenador das várias restrições a ideia de “*equilíbrio imobiliário*” entre duas propriedades. O autor sugere que em cada tempo há um equilíbrio imobiliário reinante que o legislador toma como base da disciplina que estabelece, de forma a evitar rupturas desse equilíbrio. Nas palavras do autor: “*Há que extrair o princípio: cada vizinho pode agir livremente in suo, no respeito das normas específicas vigentes. Mas não o pode fazer à custa da condição natural preexistente do prédio vizinho. Se o fizer, terá de reconstruir*

A constitucionalidade desta norma, quando interpretada no sentido de permitir a quem pretende levantar construção nova levantar andaime, colocar objectos sobre prédio alheio, e fazer passar por ele os materiais para a obra, se tais actos forem indispensáveis para a construção, foi objecto de análise no Acórdão TC n.º 723/04 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 21 de Dezembro. O Tribunal pronunciou-se pela constitucionalidade da norma, nos seguintes termos: “*Confrontando a norma em apreço com a garantia constitucional do direito de propriedade, não pode deixar de concluir-se que aquela não é violada pela consagração do direito de passagem forçada momentânea, mesmo para os casos de levantamento de construção nova. Na verdade — e mesmo sem relevar autonomamente a ideia de uma “função social da propriedade”, que conduziria à mesma solução —, não pode deixar de entender-se que o direito de propriedade objecto de protecção constitucional não tem um conteúdo ilimitado. Antes tal direito tem de admitir a sua compatibilização com outros direitos, como o direito de propriedade sobre prédios vizinhos. Para além do direito de propriedade do recorrente, importa considerar, na verdade, o direito de propriedade do titular do direito de passagem e o seu aproveitamento construtivo — sendo que, para este efeito, se afigura inteiramente irrelevante que o direito a construir integre já (segundo uma concepção) o conteúdo daquele direito ou (noutra visão) esteja dependente da intervenção de uma autoridade pública. Considerando a indispensabilidade da passagem, da colocação de materiais ou actos análogos para a nova construção, a garantia constitucional do direito de propriedade não proíbe que se imponha ao proprietário a obrigação de consentir naqueles actos — ou, noutra perspectiva, que se lhe reconheça a faculdade de excluir o aproveitamento construtivo da propriedade do vizinho, impossibilitando-o. Trata-se, antes, de limitações razoáveis, submetidas a uma regra de necessidade para aqueles objectivos, e que têm como finalidade garantir igualmente o conteúdo de outro direito de idêntica natureza, e que, além disso, têm como contrapartida o direito do proprietário a ver ressarcidos os danos que, por virtude daqueles actos, possam vir a ser causados ao seu prédio. Nestas condições, não pode afirmar-se que a limitação ao direito de propriedade que resulta da obrigação de consentir no levantamento de andaime, na colocação ou na passagem de materiais para a obra, se indispensável a uma construção nova, viole o direito de propriedade constitucionalmente garantido”.*

¹²Veja-se, por exemplo o artigo 1352.º sobre as obras defensivas das águas: “*1. O dono do prédio onde existam obras defensivas para conter as águas, ou onde, pela variação do curso das águas, seja necessário construir novas obras, é obrigado a fazer os reparos precisos, ou a tolerar que os façam, sem prejuízo dele, os donos dos prédios que padeçam danos ou estejam expostos a danos iminentes. 2. O disposto no número anterior é aplicável, sempre que seja necessário despojar algum prédio de materiais cuja acumulação ou queda estorve o curso das águas com prejuízo ou risco de terceiro. 3. Todos os proprietários que participam do benefício das obras são obrigados a contribuir para as despesas delas, em proporção do seu interesse, sem prejuízo da responsabilidade que recaia sobre o autor dos danos”.*

¹³Vide, por todos, SANTOS JUSTO, “A propriedade no direito romano. Reflexos no direito português”, *BFD* 75 (1999), págs. 111 e ss.

¹⁴JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “A preservação do equilíbrio imobiliário como princípio orientador da relação de vizinhança”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita II*, organizados por DIOGO LEITE DE CAMPOS, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, págs. 205 e ss., e LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Lições de direitos reais*, 6.ª edição, Quid Iuris, Lisboa, 2009, pág. 217, sobre as relações de vizinhança como a defesa *objectiva* dos direitos reais. Sublinhando o carácter casuístico das normas que compõem o direito de vizinhança, JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Restrições de vizinhança (de interesse particular)*, 2.ª edição, Quid Iuris, Lisboa, 2009, pág. 70. No direito italiano, no qual o nosso CC se inspirou, vide, por todos, ANTONIO GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, Giuffrè, Milão, 1995, págs. 465 e ss.

a situação primitiva, independentemente de qualquer consideração de responsabilidade civil”.

O autor parte da ideia de *liberdade de actuação* de cada titular até ao limite da ruptura do equilíbrio imobiliário. Logo, porém, que se quebre este equilíbrio – por exemplo, por ter ruído o muro, se abrirem fendas no prédio vizinho, provocando o aluimento de terras - recai sobre o agente o dever de reconstituir o equilíbrio imobiliário¹⁵. Cada titular está vinculado, não só a *abster-se* de praticar actos que quebrem o equilíbrio imobiliário, como a *reparar* a falta do exercício normal do seu direito, quando pela omissão desse exercício o equilíbrio imobiliário possa da mesma forma vir a ser quebrado. Da natureza de pretensão real à reposição do equilíbrio, deriva que “*em caso de violação, passa a pertencer ao conteúdo do direito real ‘lesado’ esta pretensão à reconstituição*”¹⁶. A eventual obrigação integra-se no conteúdo do direito real, acompanhando este nas vicissitudes que sobrevierem, pelo que se o prédio for alienado, o título para reclamar a reconstituição é do proprietário actual, e não daquele que perdeu essa qualidade.

O direito de vizinhança regula relações entre prédios, resolvendo os conflitos que surgem dos diversos e colidentes poderes de utilização. O objecto da protecção é o prédio, não relevando a titularidade, nem as concretas circunstâncias históricas dos titulares específicos. Mas não há direitos reais desligados do seu titular, e a doutrina e a jurisprudência têm acusado esta dificuldade em distinguir o que é prejuízo para a utilização do imóvel do, diríamos, prejuízo causado aos seus concretos utilizadores. Daí que encontramos propostas de comunicação entre os dois âmbitos de protecção já em VAZ SERRA¹⁷, defendendo que “*à expressão ‘prejuízo substancial para o*

¹⁵ Já em *Direito Civil: reais*, 5.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, págs. 251-252, havia escrito OLIVEIRA ASCENSÃO que o que caracteriza o direito de vizinhança como tal é o dever reciprocamente estabelecido de respeitar o estado dos lugares. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “A preservação do equilíbrio imobiliário como princípio orientador da relação de vizinhança”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita II*, organizados por DIOGO LEITE DE CAMPOS, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pág. 222, “*As características específicas da obrigação de preservação do equilíbrio imobiliário decorrem da lógica específica das relações de vizinhança. Aqui, ocupa lugar primacial o prédio. Os actos das pessoas interessam enquanto estas surgem revestidas da qualidade de titulares de direitos reais*”.

¹⁶ “*A preservação do equilíbrio imobiliário, recorde-se, é determinada independentemente de toda a consideração de culpa. Se o interesse objectivo do vizinho se satisfaz com o equivalente, não há que sacrificar o outro titular impondo-lhe algo mais gravoso. Temos pois como primário o dever de o titular do prédio que está na origem do desequilíbrio reconstruir a situação imobiliária preexistente. Se não for possível, deve dar vida a uma situação substancialmente equivalente. Pode porém acontecer que também não se alcance uma situação substancialmente equivalente, portanto uma situação que valorativamente corresponda ao equilíbrio imobiliário precedente, por isso ser impossível ou ser também excessivamente oneroso. A solução não pode deixar de ser a do artigo 566/1 CC, aplicado por analogia*”. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “A preservação do equilíbrio imobiliário como princípio orientador da relação de vizinhança”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita II*, organizados por DIOGO LEITE DE CAMPOS, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pág. 228.

¹⁷ ADRIANO VAZ SERRA, “Anotação ao Ac. STJ de 6 de Maio de 1969”, *RLJ* 3429 (1970), pág. 371 e ss. Também MIGUEL MESQUITA, “A oposição às emissões nas relações de vizinhança”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita II*, organizados por DIOGO LEITE DE CAMPOS, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pág. 210, considera que a reacção contra as emissões pode assentar cumulativamente ou exclusivamente, nos direitos de personalidade. Em sentido contrário, considerando que o direito de vizinhança tem por fim assegurar a integridade económica dos diferentes direitos sobre diferentes coisas, ou seja a garantir o seu valor de troca, JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Restrições de vizinhança (de interesse particular)*, 2.ª edição, Quid Iuris, Lisboa, 2009, pág. 47, e TERESA VIOLANTE, “As emissões ilícitas no Código Civil português”, *Estudos em memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (org.), Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pág. 1141.

uso do imóvel' (art. 1346.º) pode dar-se uma interpretação que abranja as lesões dos direitos de personalidade dos habitantes do imóvel”, e em vários arestos dos nossos tribunais¹⁸.

¹⁸ Cfr. o Ac. TRC, de 16 de Março de 2010 [462/06.2TBTNV.C1]: “IV – Por isso, aceita-se que, no âmbito das relações de vizinhança, devem considerar-se ilícitos todos os actos que ofendam direitos de personalidade. V – Mas como os direitos de natureza económica, como o da livre iniciativa económica e da propriedade privada, também têm protecção constitucional – art.ºs 61.º e 62.º –, o que conflitua com os direitos de personalidade, em tais situações impõe-se o recurso ao instituto da colisão de direitos – art.º 335.º C. Civ. VI – A Constituição da República Portuguesa confere predomínio aos direitos, liberdades e garantias sobre os direitos económicos, sociais e culturais, o que conduz a reputar de prevalectes os direitos de personalidade, designadamente o direito ao repouso. VII – Todavia, o direito hierarquicamente inferior deve ser respeitado até onde for possível e a sua limitação só pode verificar-se na medida em que o imponha a tutela do direito de personalidade. VIII – O direito de oposição à emissão de ruídos subsiste mesmo que o seu nível sonoro seja inferior ao limite máximo legal – Dec. Lei n.º 292/00, de 14/11 –, sempre que haja ofensa de qualquer direito de personalidade de um terceiro”.

Vide, ainda, o Ac. STJ, de 16 de Março de 1995 [Processo: 085828], sobre o abuso do exercício do direito de tapagem: “Ao procederem a um nivelamento do seu terreno, alteando-o na parte como confina com o imóvel dos Autores em 1.50 metros, a em seguida construindo um muro com a altura total de 2.80 metros, sendo 1.50 metros amparo do aumento referido, de modo que a casa dos autores que, de início era separada do imóvel dos Réus por um muro de 1.50 metros passou a sê-lo por um muro que, no total mede 4.30 metros de altura, os Réus abusaram do seu direito de propriedade porque, de modo excessivo e manifesto afectaram a luminosidade e o calor que a casa dos Autores antes recebia do sol, obtendo um benefício para si, mas à custa da perda de comodidades e com sacrifício do bem estar dos Autores”. No mesmo sentido, o Ac. TRP, de 15 de Maio de 1998 [Processo: 9930638].

O Ac. STJ, de 28 de Outubro de 2008 [Processo: 08A3005], decidiu que: “10) Um muro de vedação pode ter como funções específicas garantir a privacidade, evitando o devassamento, o arremesso de objectos e a demarcação do prédio, mas terá de ser limitado pelos direitos dos vizinhos. 11) O direito à insolação – no sentido de exposição ao sol – integra-se no direito à saúde, na vertente de direito de personalidade, na estrita medida em que a exposição solar, com ponderada moderação, tem efeitos terapêuticos físicos e psicológicos. 12) Ocorre colisão de direitos sempre que, na configuração casuística, ou no seu exercício, dois ou mais direitos subjectivos são incompatíveis entre si, devendo então prevalecer o que tutela um interesse superior, como é o caso dos direitos de personalidade. 13) Para apreciação da prevalência deve, contudo, analisar-se a situação em concreto tendo em conta a intensidade do exercício do direito e a sua antiguidade, já que tem de considerar-se a posição que foi alterada pela situação conflituante”. Esta decisão afasta a ideia de abuso de direito - considerando que: “O aterro – para eventual nivelamento – traduz-se no exercício de um direito do proprietário de configuração física e geodésica do seu terreno para melhor aproveitamento das suas características. E tal só seria ilegítimo se demonstrado que a operação foi feita sem qualquer motivo justificado, alegação e prova que cumpririam ao demandante, a apelar para o excesso manifesto dos limites impostos pela boa fé ou pelo fim do direito. Conjugados o altear o terreno e a implantação do muro surge a retirada da plena insolação do prédio do recorrente” – e situa o critério de decisão no conflito de direitos entre o direito de tapagem, de um lado, e o direito à insolação, por outro lado. Assim, decidiu o Tribunal que “o direito à insolação do recorrente prevalece sobre o direito de tapagem dos recorridos, por ali estar em causa o direito à saúde e, em concreto, se verificar a anterioridade, já que resulta da matéria de facto apenas uma projecção de sombra sobre parte do jardim do recorrente durante todo o dia (não se esclarecendo sobre que parte e qual a área sombreada) e sobre a piscina ao fim do dia no verão e a partir do meio da tarde no Inverno. (...) A possibilidade de baixar o muro na sua parte da rede, ou mantendo a altura, deixando-a, nessa parte, não compacta, por forma a permitir a passagem dos raios solares é a solução que se nos afigura equilibrada e razoável para conciliar os direitos em conflito. Conciliação que se busca numa óptica de, no caso concreto, não maximizar um direito em detrimento do outro, já que também é função dos Tribunais, garantir que seja mantida, numa relação de vizinhança, a paz e a harmonia – que não crispação- e evitar que se potenciem e eternizem os conflitos”. Este acórdão mereceu o comentário concordante (ainda que com fundamentação algo diversa) de PEDRO DE ALBUQUERQUE, em “Direito à insolação – direito de tapagem – conflito de direitos, ou o direito ao ambiente e à qualidade de vida – Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28 de Outubro de 2008, ROA 69 (2009).

Para um caso em que o Tribunal considerou prevalecer o direito de tapagem, vide o Ac. STJ, de 29 de Outubro de 2013 [364/03.4TBVRM.G1.S1]: “No caso presente a altura do muro não pode considerar-se excessiva se, junto à casa dos autores, que é a parte em causa, não ultrapassa os 2,5 m, tendo em atenção que se destina a garantir a privacidade e a segurança, fins insusceptíveis de serem atingidos com um muro mais baixo. É de afastar, por consequência, o abuso do direito invocado pelos autores. Porém, subsiste a possibilidade do

Também não cabem no âmbito problemático da nossa investigação os casos em que - estando em causa um prejuízo na utilização do bem, ou a violação de um direito de personalidade intimamente ligada à utilização de um específico bem - a titularidade real não é, todavia, determinante ao nível da ofensa e não o será também ao nível da tutela jurídica, pelo que será de prevalecer a protecção decorrente dos direitos da personalidade. Estamos a pensar em casos relevantes na nossa jurisprudência como os que resultam da *construção e utilização de auto-estradas*, das *obras no metro* e dos *aerogeradores*, de onde resultam normalmente danos para os imóveis bem como efeitos no repouso, descanso e saúde dos seus proprietários.

O Tribunal da Relação de Guimarães¹⁹, chamado a decidir um caso que opunha os donos de uma quinta à Brisa-Auto-estradas de Portugal, que se queixavam de diversos danos decorrentes da sombra, ruídos e vibrações resultantes da construção de um lanço de auto-estrada num terreno confinante, o Tribunal considerou que:

“porque o direito à integridade física, à saúde, ao repouso e ao sono prevalece, nos termos do art. 335º n.º 2 do CC., sobre o direito à existência e utilização de auto-estrada, (...) que impõe a consideração de disfunções, exterioridades ou externalidades de carácter negativo, nos termos expressos, sobre os Autores, que deverão, por isso, ser minoradas e/ou compensadas (...), em termos de garantia da efectividade de direitos”.

A utilização argumentativa do artigo 335.º não é correcta neste caso. Na realidade, não estamos perante dois direitos - *rectius*, o âmbito de protecção -em conflito (não existe, de facto, um direito à existência e utilização e auto-estrada), nem o Tribunal foi chamado a estabelecer os termos da prevalência. Neste caso, verificava-se uma ofensa ilícita dos direitos de personalidade dos donos da quinta, que caberia compensar, independentemente da averiguação da existência, fictícia, de um conflito de direitos.

A questão não é muito diferente no acórdão recentemente proferido pelo STJ, em 2010²⁰, num caso que opôs um conjunto de moradores a duas empresas,

direito da ré ter de ceder, se colidir com direitos dos donos do prédio vizinho, conforme resulta do disposto no artigo 335º do CC. Está em causa o direito à insolação, eventualmente em colisão com o direito de tapagem, pois o muro priva de sol a zona do prédio dos autores junto ao alçado lateral esquerdo e a zona do rés-do-chão da parede sul da sua casa. No entanto, tal como se julgou no citado acórdão de 3/11/05, tendo o muro as dimensões mínimas para desempenhar utilmente a função a que se destina - garantir a privacidade e a segurança - terá o direito dos autores à insolação que ceder, tanto mais sendo certo que a ordenada demolição da parte do muro relativa à faixa de terreno que ladeia a piscina pelo lado nascente e sul e prossegue para poente já elimina, praticamente, a situação de colisão de direitos nessa zona”.

¹⁹ Ac. TRG, de 3 de Maio de 2007 [Processo: 709/07-1]. No Acórdão proferido pelo TEDH em *Deés c. Hungria*, de 9 de Novembro de 2010 (Queixa n.º 2345/06), estava em causa o barulho, as vibrações, a poluição e o odor causados pelo tráfico junto da casa do requerente, que tornaram a sua casa praticamente inabitável. As medidas tomadas pelas entidades húngaras foram sempre insuficientes ou inadequadas. O TEDH, apesar de reconhecer a dificuldade na manutenção de infra-estruturas, que implica medidas onerosas em termos de tempo e de recursos necessários. Mas, pelo facto de as medidas tomadas terem sido sempre insuficientes, o Tribunal considerou haver um incómodo sério e directo que afectava a estrada em que o requerente vivia e o impedia de gozar da sua casa.

²⁰ Ac. STJ, de 19 de Outubro de 2010 [Processo: 565/1999.L1.S1]. Relembremos ainda o clássico Ac. STJ, de 28 de Abril de 1977 [Processo: 066606], em que o Tribunal havia decidido: “Assente nas instâncias que o ‘Metropolitano de Lisboa’ agiu com culpa, ao ter construído o túnel de circulação muito a

a Metropolitano de Lisboa e a Metrexpo, respectivamente dona da obra e empreiteira, responsáveis pela realização das obras de expansão do Metro de Lisboa. Ainda que o Tribunal tenha chegado a uma solução materialmente correcta, ao conceder indemnização aos ofendidos, o Tribunal desenvolve uma fundamentação que não se pode considerar a mais adequada:

“IV - Tratar-se-á de averiguar se há dois direitos que se encontram em conflito ou colisão impondo uma harmonização ou concordância que, em termos práticos e em concreto conduzam a uma conciliação de exercibilidade em que saia respeitado o núcleo essencial de cada um desses direitos conflituantes.

V - Confrontando-se, de um lado, o direito ao repouso, de personalidade, absoluto, inviolável e inscrito no quadro dos direitos, liberdades e garantias, e, do outro, valores comunitários constitucionalmente protegidos (art. 266º CRP), designadamente a realização do interesse público na urgente realização de uma obra, invocado pelo Governo em despacho de Secretário de Estado, no prosseguimento do qual se violaram direitos fundamentais dos Autores, este último sai postergado pelo direito, também fundamental, que consagra a responsabilidade civil por actos violadores de direitos, liberdades e garantias levados a efeito pela Administração e seus agentes (art. 22º CRP).

VI - A Administração Pública, na prestação de serviços sociais e culturais, na satisfação de necessidades colectivas, tem necessidade de agredir a esfera jurídica dos particulares, ofendendo ou sacrificando os seus direitos e interesses, mas, no desenvolvimento dessas actividades, tem de agir com sujeição à Constituição e à lei, respeitando os direitos subjectivos e os interesses legítimos dos particulares.

Como resulta claro, o que estava em causa não era uma colisão de direitos – porque relevante não é direito ao exercício da actividade profissional ou da iniciativa privada por parte das empresas – mas antes de uma restrição de direitos de personalidade causada por actos de interesse público, e enquanto tal, sem mais, merecedora de compensação. A alusão ao critério normativo de solução de conflitos insito no artigo 335.º não se justifica desde logo porque não está em causa a determinação do âmbito de protecção dos direitos de personalidade dos moradores; o que está em causa é uma violação dos seus direitos de personalidade.

Da análise da argumentação vertida no acórdão, verifica-se que o Tribunal não ponderou, devidamente, o legítimo exercício dos direitos por parte das entidades empresariais, para os balancear com os direitos dos ofendidos, porque, efectivamente, o que estava em causa era o interesse público na extensão das obras do

superfície, e por forma a ofender o direito a saúde e ao repouso da locatária de um apartamento que ficou sujeito a vibração e a ruído altamente incomodo durante dezanove horas e meia de cada dia, o que a obrigou a habitar durante algum tempo em outra casa, lhe provocou o agravamento duma discopatia e lhe diminuiu a sua capacidade para o trabalho, deve fixar-se em 250000 escudos a indemnização a que tem direito a referida locatária”.

metro até ao início da Expo 98. Uma compatibilidade prática alcançada sob a égide do artigo 335.º, nunca seria de molde a revestir de licitude a actuação das empresas, nunca poderia retirar à situação em que foram colocados os moradores o carácter ofensivo da sua integridade física e moral, consubstanciados no direito ao repouso, sono e sossego e, sobretudo, não retiraria carácter excessivo ao sacrifício imposto aos particulares²¹.

Mais recentemente, o STJ²² decidiu um caso em que o barulho e outras emissões provenientes de um parque eólico afectavam a família de um cavaleiro tauro-máquico, que nela residia e desenvolvia a sua actividade profissional. Em termos necessariamente simplificados, mas suficientes para compreendermos o que estava em causa na decisão, sublinhamos da matéria de facto provada o seguinte: os autores, donos de uma quinta composta por duas moradias de habitação, picadeiro e estábulos, provaram que a instalação dos geradores provocou ansiedade e desgaste físico em toda a família e estavam permanente sujeitos a ruído dos aerogeradores, cujo nível aumenta numa zona particularmente ventosa. O barulho também se reflectiu nos animais da quinta, comprometendo o treino dos mesmos, as sombras das pás sobrevoavam toda a quinta e o valor de mercado da quinta passou a ser inferior pelo facto de terem sido instalados os aerogeradores. Relativamente aos aerogeradores, o Tribunal deu como provado:

“79º - O Parque Eólico ..., desde a sua entrada em funcionamento, já produziu 145.000 MWH de energia eléctrica (quesito 86º); 80º - A energia eléctrica produzida foi suficiente para abastecer o Concelho de ... durante vários meses (quesito 87º); 81º - A utilização de uma fonte de energia não poluente e renovável impediu

²¹ Como a final vem a ser reconhecido pelo Tribunal: *“VII - Os particulares não estão sujeitos ao dever de, em qualquer caso, em nome do interesse público, absorver ou suportar exclusivamente lesões dos seus direitos ou suportar sacrifícios que em nome do bem comum ou da sociedade, cabendo a esta, nos casos em que aqueles sacrifícios possam ser e tenham de ser impostos, compensá-los dos prejuízos causados - princípio da indemnização por expropriação (art. 22º-2)”*.

OTEDH, no seu Acórdão *Hatton and Others c. Reino Unido (GC)*, de 8 de Julho de 2003 (Queixa n.º 36022/97), analisou a implementação do regulamento de voos nocturnos no Aeroporto de Heathrow, de 1993. Para a justificar, o Governo alegou os interesses económicos das companhias aéreas, de outras empresas e dos seus clientes, mas também, e sobretudo, o interesse nacional, ainda que, de facto, a política adoptada infligisse em certa medida, os direitos das pessoas afectadas. O Tribunal sublinhou que nos termos do segundo parágrafo do artigo 8.º (*“Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros”*) o interesse nacional é um fundamento legítimo de restrição de direitos aí previstos. Assim sendo, a definição política de voos nocturnos cabia na margem de apreciação do Estado contratante, e, não considerando o TEDH que tivesse havido uma falha procedimental na preparação da regulamentação, não foi afirmada nenhuma violação do artigo 8.º da CEDH.

Nas decisões *Ashworth e Outros c. Reino Unido*, de 20 de Janeiro de 2004 (Queixa n.º 39561/98), e *Flamenbaum e Outros c. França*, de 13 de Dezembro de 2012 (Queixas n.º 3675/04 e 23264/04), os requerentes alegaram que por causa do barulho, os seus imóveis sofreram uma desvalorização patrimonial. Embora o Tribunal tenha aceite que em certas circunstâncias o valor dos imóveis pode ser afectado pelo tráfego aéreo, os requerentes não lograram fazer prova de que o valor das suas propriedades tenha sido afectado.

²² Ac. STJ, de 30 de Maio de 2013 [2209/08.0TBTVD.L1.S1].

ainda a emissão para a atmosfera de 54 000 toneladas de CO2 (quesito 88°); 82° - Num ano normal o Parque gera energia suficiente para a abastecer 22,5 % da energia eléctrica consumida no Concelho de ... (quesito 89°).

A acção foi proposta com base num pedido de responsabilidade civil por facto ilícito, resultando a ilicitude, nesta situação, da violação de direitos de personalidade, compreendendo o pedido além de indemnização pelos danos causados, a tomada de providências destinada a cessar a perturbação desses direitos. Como referiu o Tribunal:

“No caso emerge a lesão de bens imateriais, com protecção jurídica, seja a nível das Convenções Internacionais, seja a nível da Lei Fundamental e com tutela na lei ordinária.

Desde logo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem realça que toda a pessoa tem direito ao repouso (artigo 24°), acrescentando a Convenção Europeia dos Direitos do Homem que qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar (artigo 8°, n.º 1), explicitando-se que os ruídos sonoros ou outros que causem danos no domicílio e afectem o bem - estar físico do indivíduo atingem a sua vida privada”²³.

Relembrando que o Supremo Tribunal de Justiça tem considerado, pacificamente, que o direito ao repouso, à tranquilidade e ao sono, são aspectos do direito à integridade pessoal (artigo 25°, n.º 1, da CRP), que faz parte do elenco dos direitos fundamentais, do acervo de direitos, liberdades e garantias pessoais, e que são protegidos contra qualquer ofensa ilícita, não sendo precisa a culpa para se verificar uma ofensa, nem sendo necessária a intenção de prejudicar o ofendido, pois decisiva é a ofensa em si, o Tribunal passou à apreciação do caso sob o prisma da colisão de direitos, partindo da alegação da empresa titular do parque eólico de que *“a actividade por si desenvolvida prossegue objectivos de interesse público relevantes”*, sendo certo que, no caso em apreço, *“os direitos em colisão são desiguais ou de espécie diferente: um respeita a um direito de personalidade enquanto o outro respeita ao bom ambiente que serve uma comunidade”*.

O Tribunal veio a aplicar a ordenação do artigo 335.º, de certa forma incompreensivelmente, à colisão entre direitos de personalidade e o interesse público. Teria sido mais rigoroso desenvolver a argumentação com base no confronto entre o direito de propriedade da empresa instaladora dos aerogeradores e o direito de personalidade do dono da quinta. Na verdade, a prossecução de interesses públicos relevantes, à semelhança do que vimos para os casos da auto-estradas e das obras

²³ O acórdão cita a propósito a jurisprudência do TEDH no Acórdão *Moreno Gómez*, de 16 de Novembro de 2004, que analisaremos à frente e que se reporta a factos que não têm nenhuma semelhança, nem sequer superficial, com os factos que estavam em causa neste caso concreto. Mas, a propósito, podemos trazer à colação, especificamente quanto ao barulho e às luzes provenientes de aerogeradores, a Decisão *Fägerskiöld c. Suécia*, de 26 de Fevereiro de 2008 (Queixa n.º 37664/04), em que o Tribunal considerou a queixa inadmissível quer à luz do artigo 8.º da CEDH, quer a luz do artigo 1.º do Protocolo 1. Sobre a relação entre o TEDH e os nossos tribunais, ver JEAN-PAUL COSTA, “The Relationship between the European Court of Human Rights and the National Courts”, *E.H.R.L.R.* 3 (2013), págs. 264 e ss.

do metro, não surge aqui, conceptualmente, enquanto vector de ponderação como um direito da empresa dos aerogeradores a ser balanceado com os direitos de personalidade do titular da quinta.

Mas, a avaliarmos a perturbação nos direitos de personalidade à luz do interesse público, o julgamento também deveria ter sido diferente. Não é irrelevante a finalidade prosseguida pelo parque eólico – ainda que, repetimos, a licitude da sua actividade não seja de molde a colmatar o facto de o dono da quinta sofrer um sacrifício excessivo dos seus direitos e dever ser indemnizado por isso. O Tribunal parece reconhecê-lo:

“a ré/recorrente esgrime com a natureza e interesse público da sua actividade, invocando como imperativo de interesse público relevante o facto de a ré representar uma indústria geradora de energia limpa, não poluente e, nessa medida, defensora do ambiente. A ré, mesmo que se entenda que, no desenvolvimento dessa sua actividade, actua na realização do interesse público, tal actuação não pode deixar de se efectivar com sujeição à Constituição e à lei, respeitando os direitos subjectivos e os interesses legítimos dos particulares, o que se caracteriza pela necessidade permanente de conciliar as exigências do interesse público com as garantias dos particulares. Em suma, os particulares não estão sujeitos ao dever de, em qualquer caso, em nome do interesse público, suportar exclusivamente lesões dos seus direitos ou suportar sacrifícios em nome do bem comum, cabendo à sociedade, nos casos em que aqueles sacrifícios possam ser e tenham de ser impostos, compensá-los dos prejuízos causados, como acontece com as expropriações”.

Todavia, e num *volte face* surpreendente, o Tribunal de Justiça vem a decidir pela suspensão e remoção de todos os geradores²⁴.

²⁴ Note-se que mesmo não seguindo pelo caminho proposto – indemnização pelo excessivo sacrifício imposto a um particular em concreto para a prossecução do interesse público – a decisão do STJ surge ao arpejo daquele que tem sido o entendimento dominante nos nossos tribunais, e que analisaremos adiante. Na verdade, tendo-se dado como provado que: “93° - E possível programar os aerogeradores para, em determinadas condições de vento mais propícias a gerar níveis de ruído mais intensos, reduzirem ou suspenderem a sua actividade (quesito 112°). 94° - Programar os aerogeradores para ajustarem as respectivas pás para posições menos agressivas em termos aerodinâmicos (quesito 113°). 95° - Reforçar o isolamento acústico dos equipamentos, caso se trate de um ruído gerado pelo funcionamento das turbinas (quesito 114°). 96° - Ou suspender o funcionamento a determinadas horas/períodos do dia (quesito 115°)”, era possível chegar a uma concordância das duas permissões, à semelhança, aliás, do que havia feito o Tribunal da Relação. O STJ, pelo contrário, seguiu o seguinte raciocínio: “Tendo ficado demonstrado que o 1° autor vive e trabalha a tempo inteiro na Quinta e que a 2° autora é doméstica (ou seja, trabalha em casa), que a vida social da família é passada na Quinta e que os dois filhos menores estudam na Quinta, fora do horário escolar, isto significa que a exposição ao ruído acontece não só durante a noite mas também durante o dia, causando problemas de sono à noite, mas constituindo um perturbado viver durante todo o dia, causando os ruídos e sombras intermitentes, em consequência da actividade dos aerogeradores, um desgaste físico e psíquico também durante o dia na pessoa dos autores. Por essa razão, não tendo a ré procedido às alterações que se impunham para minimizar os ruídos, é inaceitável a decisão de só determinar a suspensão dos aerogeradores desde o entardecer ao amanhecer. O efeito prático do acórdão recorrido, tal como está, não é cessar a actuação violadora dos direitos que reconhece aos Recorrentes. Apenas lhes confere um período de paragem de funcionamento dos aerogeradores durante a noite. Ou seja, reconhece

Estando ou não em causa uma entidade pública²⁵, é indiscutível o direito a

a impossibilidade de coexistência dos direitos mas ignora as consequências, não obstante a violação dos direitos de personalidade dos réus ser total sempre que se verifica o funcionamento dos aerogeradores, tal como decorre do nexo de causalidade entre os danos sofridos e o funcionamento dos aerogeradores, seja diurno, ao entardecer ou nocturno, quer estejam os quatro aerogeradores a funcionar, como refere o acórdão recorrido, quer estejam apenas três aerogeradores a funcionar. Na verdade, não estando provado que o ruído seja menor de dia do que durante a noite, se os aerogeradores não estiverem desligados, é evidente que a violação dos direitos de personalidade também se verifica no período diurno, causando ansiedade e desgaste físico e psíquico em toda a família. Por esta razão, em clara prevalência dos direitos de personalidade, deve ser ordenada a suspensão/remoção de todos os aerogeradores, ora em questão”.

²⁵ Merece a nossa atenção a figura da indemnização pelo sacrifício, autonomizada pelo artigo 16.º do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro (com as alterações introduzidas pela Lei n.º 31/2008, de 17 de Julho), onde se lê: “O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público indemnizam os particulares, a quem, por razões de interesse público, imponham encargos ou causem danos especiais e anormais devendo, para o cálculo da indemnização, atender-se, designadamente, ao grau de afectação do conteúdo substancial do direito ou interesse violado ou sacrificado”. Esta indemnização tem pressuposta a ideia de que a entidade pública actuou lícitamente. Um dos deveres materiais do dever de indemnizar é, precisamente, a legitimidade do interesse público que é invocado, e que, como tal, se torna susceptível de controlo judicial. Vide, CARLOS FERNANDES CADILHA, *Regime da Responsabilidade Extracontratual do Estado e das demais Entidades Públicas Anotado*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pág. 365.

Para FERNANDO ALVES CORREIA, “A indemnização pelo sacrifício: contributo para o esclarecimento do seu sentido e alcance”, *RLJ* 3966 (2011), pág. 148, a indemnização pelo sacrifício é um instituto congregador de todos os casos de indemnização de danos ou encargos especiais e anormais, resultantes de actos de poder público lícitos, praticados por razões de interesse público. A figura abrange os casos de responsabilidade civil extracontratual da Administração pública por actos lícitos (actos administrativos legais ou actos materiais lícitos), bem como os actos impositivos de sacrifícios especiais de coisas ou direitos de terceiro, decorrentes de uma actuação da Administração, em estado de necessidade e por motivo imperioso de interesse público. Para este autor, a indemnização pelo sacrifício, porque assente numa actividade pública lícita, tem o seu fundamento quer no princípio do Estado de Direito, quer no princípio da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos, que é uma expressão do princípio da igualdade, plasmado no artigo 13.º, n.º 1, da CRP. A pessoa ou pessoas que suportam, por razões de interesse público, encargos ou danos especiais (singulares) e anormais (graves) contribuiriam em maior medida do que os restantes cidadãos para o interesse público, no caso de não ressarcimento daqueles danos ou encargos, pelo que haveria uma violação do princípio da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos se os danos ou encargos por eles suportados não fossem indemnizados.

A indemnização pelo sacrifício é perspectivada por FERNANDO ALVES CORREIA, como uma concretização de um direito fundamental à reparação dos danos, cujo carácter não absoluto resulta do facto de se reconhecer ao legislador um certo espaço de discricionariedade na densificação dos respectivos pressupostos, de modo a evitar um alargamento excessivo das pretensões indemnizatórias dos cidadãos perante o Estado e demais entidades públicas. O autor aduz ainda como argumento a necessidade de articular a tutela primária dos cidadãos, através de uma acção administrativa especial, destinada a eliminar os actos de autoridade indevidamente praticados e a condenar a Administração à prática de actos da mesma natureza ilegalmente omitidos, com todas as consequências nos planos legal e de facto, com a tutela secundária, a realizar mediante uma acção administrativa comum, dirigida à eliminação dos danos causados aos direitos dos cidadãos pelas referidas intervenções legais, quando a mesma não seja possível através dos meios de tutela primária. GOMES CANOTILHO, *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, Almedina, Coimbra, 1974, pág. 221, referindo-se aos danos ou encargos especiais e graves fala a este propósito de “*elementos-travão*” de uma total socialização de prejuízos. De facto, o artigo 16.º do Regime da Responsabilidade Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas considera como merecedores de indemnização “os encargos ou danos especiais e anormais”, que nos termos do artigo 2.º são, respectivamente, “*aqueles que incindam sobre uma pessoa ou um grupo, sem afectarem a generalidade das pessoas*” e “*aqueles que ultrapassando os custos próprios da vida em sociedade, mereçam, pela sua gravidade, a tutela do direito*”. FERNANDO ALVES CORREIA sublinha que esta noção constitui uma síntese de duas grandes teorias jurisprudenciais e doutrinárias respei-

compensação pelos danos sofridos. Mas o Tribunal, em resultado da deficiente escolha dos factores a ponderar — recorde-se os direitos de personalidade e o interesse público —, abstraiu na fundamentação da tutela específica da propriedade e da livre iniciativa económica da empresa titular dos aerogeradores.

A situação de colisão de direitos que constitui o objecto da nossa análise, neste último capítulo, é aquela em que o “*poder utilizar*” de uma coisa entra em colisão com o “*poder ser*” do outro. Referimo-nos aos casos em que a utilização de uma coisa, no

tantes à demarcação entre a expropriação e a vinculação social da propriedade do solo: a teoria do sacrifício especial (*Sonderopfertheorie*) e a teoria da generalidade (*Schweretheorie*), pela congregação de elementos formais e materiais na definição daquele conceito. Para o autor, em “A indemnização pelo sacrifício: contributo para o esclarecimento do seu sentido e alcance”, *RLJ* 3966 (2011), págs. 152 e ss., e “TCAS, Acórdão de 18 de Outubro de 2012, Proc. n.º 01597/06 (A expropriação de sacrifício: finalmente, a sua consagração jurisprudencial)”, *RLJ* 3977 (2012), págs. 139-140, os danos anormais e especiais de natureza patrimonial decorrentes de actos lícitos incluídos na função administrativa são aqueles “*que não resultam de qualquer intencionalidade ablativa da Administração, antes são uma consequência indesejada, incidental e não intencional da actividade lícita da Administração*”. Os actos ablativos de direitos patrimoniais privados, na opinião do autor, “*delimitam negativamente o domínio da responsabilidade civil da Administração, uma vez que neles a produção do dano e a correspondente indemnização formam um momento constitutivo da própria actividade pública em causa e, por isso, um pressuposto da respectiva legitimidade*”.

VIEIRA DE ANDRADE, “A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D: Estado de direito, Estado fiscal, Estado social”, *RLJ* 3969 (2011), págs. 354 e ss, por outro lado, considera de distinguir a indemnização pelo sacrifício da responsabilidade por acto lícito. A indemnização pelo sacrifício “*resulta da circunstância de um acto do poder público, de carácter geral, ocasionar, indirectamente, prejuízos especiais e anormais, que devem ser compensados para garantir a reposição da igualdade dos particulares na contribuição para os encargos públicos*”. O autor sublinha que se trata de “*um instituto especialmente vocacionado para a compensação e prejuízos decorrentes de medidas de cunho normativo — ‘regulating’ na terminologia anglo-saxónica -, medidas que visam um fim público de interesse geral, mas das quais resultam situações concretas que, de forma indirecta, envolvem, para determinadas pessoas ou grupos, prejuízos colaterais, patrimoniais ou pessoais, juridicamente relevantes*”. Pelo contrário, a responsabilidade por actos lícitos resulta da adopção de uma medida administrativa lícita que acarreta “*directa e intencionalmente a lesão ou a ablação — ‘taking’, na terminologia anglo-saxónica -, de posições jurídicas subjectivas, lesão justificada, que tem de ser reparada pela comunidade através da indemnização dos danos patrimoniais ou pessoais provocados pela medida*”. A indemnização pelo sacrifício tem uma função compensadora de prejuízos, que se mede em função da intensidade do sacrifício ou prejuízo, tendo em conta a sua especialidade ou anormalidade. Na opinião do autor, “*o que está aqui em causa é, exclusivamente, a garantia do princípio da igualdade na contribuição para os encargos públicos perante as actuações gerais do poder público, obrigando a uma neutralização dos efeitos indirectos das medidas gerais que revelem um sacrifício especial e anormal da esfera patrimonial de membros da comunidade em prol do interesse público*”. A indemnização será fixada, neste contexto, no montante adequado à compensação da desvantagem especial e anormal que foi gerada pela medida geral adoptada no exercício dos poderes públicos. Não tem lugar uma reparação integral dos danos, mas apenas uma compensação equitativa. A responsabilidade por acto lícito, pelo contrário, “*resulta da adopção de uma medida fundada no poder público, que é lícita ou justificada pelo princípio da proporcionalidade, mas que visa, ou da qual resulta, directamente, a lesão de posições jurídico-substantivas*”. Existindo uma posição jurídica subjectiva do particular lesada por incidência directa do acto do poder público e que pode justificar a reparação na medida da reconstituição dos danos, incluindo o dano da confiança, este mecanismo é, todavia, limitado, porque se trata de uma actuação legítima no interesse geral — operando apenas quando a medida origine um prejuízo especial e anormal, em nome do princípio da igualdade perante os encargos públicos.

JOSÉ CASALTA NABAIS, *O dever fundamental de pagar impostos*, Almedina, Coimbra, 1998 (3.ª reimpressão, de 2012), págs. 142 e 143, sublinha que o princípio da igualdade releva no domínio dos deveres fundamentais enquanto igualdade de tratamento, em que eles se consubstanciam, seja num genérico direito fundamental de igualdade na repartição dos encargos públicos implicados na existência e funcionamento da comunidade estadual, seja em específicos direitos de igualdade relativos a certos deveres.

âmbito permitido pelo regime concreto da propriedade aplicável, afecta terceiros nos seus direitos de personalidade, sobretudo no direito à tranquilidade, no direito ao repouso e no direito ao sono²⁶. O direito ao sono, ao repouso e à tranquilidade são constituintes do direito à integridade física e a um ambiente de vida humano, em último termo, do direito à saúde. O direito de vizinhança revela-se insuficiente para tutelar estes interesses²⁷, sendo necessário recorrer à tutela própria dos direitos de personalidade que, como a jurisprudência tem pacificamente entendido²⁸, não deve atender a um tipo de pessoa médio, ao cidadão normal e comum, mas a cada pessoa em concreto. O *poder-utilizar* do imóvel deve respeitar os outros, e o *poder-ser* do outro, com tudo o que este tem de fraqueza ou contingência.

Convocado o critério normativo do artigo 335.º, n.º 2, como regulador do conflito, e obliterando que o *poder utilizar* do direito real pode em variadas circunstâncias ser constitutivo do *poder-ser* do seu titular, a tendência seria a de dar prevalência ao direito de personalidade em conflito sobre o direito real. Não tem sido, todavia, o caminho da jurisprudência. Justifica-se, agora, uma análise do percurso que os nossos tribunais foram fazendo no que a esta questão diz respeito.

1. O tratamento jurisprudencial da colisão entre o direito de propriedade e um direito de personalidade

a) *Antes da Constituição de 1976*

No acórdão do STJ, de 6 de Maio de 1969, numa decisão que se tornou paradigmática, tratou-se a seguinte situação: o Dr. Puga vivia num prédio onde tinha instalado a sua clínica, em que exercia, havia vinte anos, a actividade de médico oftalmologista. Aí tinha, normalmente, internados vários doentes, quase todos do foro oftalmológico e por virtude de intervenções cirúrgicas por ele efectuadas. Em muitos casos, os doentes tinham de permanecer, durante cerca de vinte dias, imobilizados e com os olhos completamente vendados, carecendo de condições de

²⁶ São três os artigos da CRP que nos importam para esta questão: o artigo 25.º, n.º 1, que estabelece a inviolabilidade da integridade física e moral das pessoas; o artigo 64.º, nos termos do qual todos têm direito à protecção da saúde; e o artigo 66.º, n.º 1, que dispõe o direito de todos a um ambiente de vida humano sadio e ecologicamente equilibrado. Os dois últimos são direitos sociais, mas de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias, pelo que se aplica o seu regime (artigo 17.º da CRP).

²⁷ Já o acórdão do STJ, de 15 de Outubro de 1985, in *BMJ*, n.º 350, 1985, págs. 301 e ss, decidiu que “ao propor uma acção em que se pedia a condenação da ré na destruição de uma pocilga situada numa sua propriedade que ocasionava um cheiro pestilento e nauseabundo e um barulho ensurdecedor na casa do autor, situada a curta distância, este visava defender não só o seu direito de propriedade, mas também os seus direitos de personalidade”.

²⁸ Cfr. o acórdão da Relação de Lisboa, de 19 de Fevereiro de 1987, in *CJI*, pág. 141: “os ensaios de uma orquestra, quando perturbadores do direito à tranquilidade dos vizinhos violam o direito à saúde e à integridade física e moral das pessoas, como um direito eminentemente pessoal. Nestes casos o julgador, ao aplicar a lei, não deve atender a um tipo humano médio, ao conceito de cidadão normal e comum, mas à especial sensibilidade do lesado, tal como é na realidade”. Esta doutrina foi seguida pelo acórdão da Relação do Porto, de 6 de Fevereiro de 1990, in *CJI*, pág. 92.

tranquilidade e de repouso que incluíam a ausência de ruídos incómodos. O Dr. Puga desenvolvia intensa actividade médica que o ocupava desde as primeiras horas da manhã até adiantada hora da noite, intervinha em muitas operações cirúrgicas e tinha de consagrar algum tempo ao estudo. Junto do referido prédio, uns vizinhos tinham um quintal, onde galináceos cantavam e cacarejavam de dia e de noite e de cujos ruídos resultava para os doentes um enervamento e fadiga prejudiciais ao seu processo de cura. O Tribunal considerou, nesta altura, que possuir aves domésticas nos quintais das suas residências estava dentro dos poderes de gozo que a lei confere aos respectivos proprietários, pelo que estes não podiam ser obrigados a retirar daí os galináceos. Elucidativo é o sumário do acórdão, onde se pode ler, em síntese:

“I. Na falta de disposição legal que proíba aos habitantes de uma localidade o possuírem aves domésticas nos quintais das suas residências, o possuí-las nessas condições esta dentro dos poderes de gozo da coisa que a lei (artigo 2170 do Código Civil de 1867) confere ao respectivo proprietário ou arrendatário. II. Os ruídos normalmente provocados pelo cantar ou cacarejar dessas aves não podem considerar-se lesivos do direito a integridade física dos moradores das casas vizinhas, mesmo quando estes sejam doentes do foro oftalmológico internados numa clínica da especialidade por virtude de intervenções cirúrgicas a que tenham sido submetidos, e carecidos de condições de tranquilidade e de repouso”.

O Supremo Tribunal de Justiça observou, em primeiro lugar, seguindo um postulado lógico-normativo, que não existia disposição legal que proibisse aos habitantes da cidade de Santarém o possuírem aves domésticas nos quintais das suas residências, pelo que *“possuí-las nessas condições está dentro dos poderes de gozo da coisa que a lei confere ao respectivo proprietário ou arrendatário”*. Seguidamente, o Tribunal considerou que não existia colisão *“entre o direito de usufruição dos recorridos e o direito invocado à integridade física: o que há é colisão entre os direitos de usufruição dos recorridos e do recorrente”*. Na verdade, segundo o Tribunal, e seguindo as normas positivadas como juízos de predicação normativa generalizante: *“O mais que os ruídos podem necessariamente causar é que o recorrente não possa usufruir do prédio com a latitude que deseja ou que tenha alguma dificuldade na sua usufruição completa. Portanto, estamos em presença de um conflito e vizinhança, isto é, de um conflito nas relações entre donos ou possuidores de prédios vizinhos por motivo da respectiva usufruição”*. O tribunal reafirmou ainda que *“cremos poder afirmar-se com toda a segurança que é anormal as pessoas não suportarem o cantar do galo, ainda que nocturno ou matutino, ou o cacarejar das galinhas, por forma a causar-lhe perturbações na saúde”*. Em consequência, o Tribunal considerou não haver nenhuma violação das disposições legais invocadas e declarou improcedente o pedido do Dr. Puga.

Este acórdão mereceu anotação de VAZ SERRA²⁹, em sentido desfavorável, que bem qualificou o caso em análise não como uma *“questão de delimitação dos poderes de usufruição material dos prédios, mas um conflito entre o direito de propriedade do dono de um dos prédios e o direito à saúde e integridade física de outrem. Tratava-se, pois, de um caso de conflito entre um direito de natureza patrimonial (direito à livre utilização de um prédio) e um direito de carácter pessoal ou da personalidade de outrem”*. E assim sendo, *“parece evidente*

²⁹ ADRIANO VAZ SERRA, “Anotação ao Ac. STJ de 6 de Maio de 1969”, RLJ 3429 (1970), págs. 371 e ss.

que o direito à saúde ou o direito à integridade física deve considerar-se superior ao direito de ter animais ruidosos num quintal”.

O autor lançou grande parte das coordenadas que viriam a guiar a jurisprudência e a doutrina no futuro. A citação é longa, mas justifica-se pela importância dos ensinamentos: “Quando o proprietário de um prédio, mediante emissão, lesa os direitos de personalidade de outrem, procede tão ilegitimamente como se não fosse proprietário desse prédio: a lesão não deriva do exercício do seu direito de propriedade, mas da prática de actos violadores dos direitos da personalidade de outrem, actos que são tão inadmissíveis como seriam se praticados por qualquer outra pessoa”. Sobre o princípio da prevenção ou da prioridade, escreveu o autor “não pode ter carácter absoluto e o próprio Código italiano (art. 844.º, que se lhe refere, limita-se a dispor que o juiz pode tê-lo em atenção. Seria violento que o facto de o vizinho ter já animais ruidosos no seu prédio pudesse sujeitar os doentes da clínica a suportar os ruídos, isto é, que um serviço de interesse geral tivesse de deixar de funcionar ou de funcionar em condições deficientes só porque um vizinho já tinha no seu quintal animais ruidosos quando a clínica começou a exercer a sua actividade. Quando muito, poderia admitir-se que o dono do prédio vizinho, tendo de deixado de manter animais no seu quintal, deveria ser indemnizado do dano correspondente”. Sobre o contexto concreto em que se desenrola o conflito, podemos ler: “Embora alguns habitantes de uma cidade tenham galináceos nos seus quintais (ou até nas suas casas), isso não deve considerar-se permitido quando os animais possam causar danos aos vizinhos, já que o ter animais ruidosos numa cidade com prejuízo de outrem não pode ser havido como normal, pois quem vive numa cidade deve sujeitar-se aos hábitos da generalidade das pessoas aí residentes e que os outros podem esperar que sejam respeitados”. Quanto à especial sensibilidade do lesado, “a ela parece dever atender-se, ao menos em casos como o do acórdão, em que se trata do conflito entre um interesse grave e acaso vital e um interesse muito secundário”.

Neste quadro doutrinário, e após a aprovação da Constituição de 1976, estava aberto o caminho para uma recompreensão da relação entre propriedade e personalidade e para a consequente inversão na jurisprudência dos nossos tribunais³⁰.

b) A inversão decisória em conformidade com o novo programa constitucional

No contexto da Constituição de 1976, as decisões judiciais, indexadas a contextos-tipo de decisão, apreenderam uma escolha de previsões de acordo com os consequentes (efeitos jurídicos e sanções) das normas³¹.

A jurisprudência vem entendendo que a defesa do repouso, da tranquilidade física e psíquica, da saúde, é hoje um dado adquirido, no âmbito de um novo conceito: o direito à qualidade de vida. O direito à vida implica, como forma de concretização, o direito à qualidade de vida. Este direito, que apresenta uma vertente indi-

³⁰ Ainda em 1974, o acórdão do STJ, de 5 de Março, BMJ, n.º 235, 1974, págs. 199 e ss., decidiu que não era de ordenar uma providência contra uma sociedade com fins recreativos, “desde que estes só possam ser satisfeitos integralmente com a realização de bailes, em andar arrendado, durante algumas horas de vários sábados, excluídos os da Quaresma e dos três meses de Verão, uma vez que a falta de repouso dos ocupantes dos andares contíguo e inferior constitui incómodo menor em relação ao que derivaria da proibição de tais bailes”.

³¹ JOSÉ ANTÓNIO VELOSO, “Concurso e conflito de normas”, *Direito e Justiça* 27 (2003), pág. 208.

vidual e uma vertente colectiva (com expressões a nível do ambiente e da ecologia), veio dar guarida conjunta a todos esses aspectos. Num mundo caracterizado por um ritmo de vida em progressão geométrica à medida da evolução tecnológica, por uma urbanização crescente e uma diminuição acentuada da ruralização, por uma perda contínua da relação com a natureza (por força dos dois factores anteriores), por um aumento desesperado do desequilíbrio psicológico do homem provocado por tudo isso, há que encontrar formas alternativas, até onde for possível, daquilo que a urbanização e a evolução tecnológica fizeram perder. O conceito de “*qualidade de vida*” é a expressão válida dessa alternativa. E uma das suas mais óbvias expressões passa exactamente por tudo aquilo que, eliminando o stress, permite ao ser humano compensar o desgaste diário das sociedades modernas: o repouso, a saúde, os tempos livres, o descanso semanal. A qualidade de vida é “um resultado, uma consequência derivada da interacção de múltiplos factores no mecanismo e funcionamento das sociedades humanas e que se traduz primordialmente numa situação de bem-estar físico, mental, social e cultural, no plano individual, e em relações de solidariedade e fraternidade no plano colectivo”³².

³² São as palavras de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2007, anot. ao artigo 66.º, I, pág. 347. No TEDH, a perturbação contra estas interferências cabe no âmbito de protecção do artigo 8.º da CEDH, que estabelece no seu n.º 1 que: “Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência”. Como podemos ler no Acórdão *Moreno Gómez c. Espanha*, de 16 de Novembro de 2004 (Queixa n.º 4143/02), para. 53: “*A home will usually be the place, the physically defined area, where private and family life develops. The individual has a right to respect for his home, meaning not just the right to the actual physical area, but also to the quiet enjoyment of that area. Breaches of the right to respect of the home are not confined to concrete or physical breaches, such as unauthorised entry into a person’s home, but also include those that are not concrete or physical, such as noise, emissions, smells or other forms of interference. A serious breach may result in the breach of a person’s right to respect for his home if it prevents him from enjoying the amenities of his home*”.

Na opinião de JILL MARSHALL, *Personal Freedom through Human Rights Law: Autonomy, Identity, and Integrity under the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, pág. 85, o direito à autonomia pessoal contido no artigo 8.º da CEDH é profundamente contextual e deve ser concebido como uma qualidade que surge através da interdependência pessoal. O imóvel é, pois, concebido como o contexto do desenvolvimento das capacidades dos requerentes.

O TEDH condenou os Estados contratantes por violação das regras nacionais em vários casos. No já citado caso *Moreno Gómez c. Espanha*, o requerente vivia num apartamento num bairro residencial de Valência. Desde 1974, que a autoridade municipal vinha concedendo licenças a bares, pubs e discotecas junto à sua casa, tornando impossível às pessoas que viviam na área dormir. O Tribunal considerou que neste caso, em que a autoridade pública não agiu de modo a parar a perturbação causada por terceiros – havendo barulho à noite e para além dos limites permitidos -, durante vários, anos, houve uma violação dos direitos protegidos pela CEDH. Do mesmo modo, no Acórdão *Oluic c. Croácia*, de 20 de Maio de 2010 (Queixa n.º 61260/08), estava em causa o facto de a autoridade pública não ter protegido a requerente do barulho excessivo de um bar localizado numa parte da casa em que ela habitava. No caso *Mileva e outros c. Bulgária*, de 25 de Fevereiro de 2011 (Queixas n.º 43449/02 e 21475/04), estava em causa o funcionamento de um clube informático, sem licença de utilização. Sobre o dever do Estado nestas situações, ver ALASTAIR MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart Publishing, 2004, págs. 184-186, e PADRIAC KENNA, “Housing Rights: Positive Duties and Enforceable Rights at the European Court of Human Rights”, *E.H.R.L.R.* 2 (2008), págs. 193 e ss.

Ver, a decisão *Ruano Morcuende c. Espanha*, de 6 de Setembro de 2005 (Queixa n.º 75287/01), sobre o barulho de um transformador eléctrico; e ainda: *Borysiewicz c. Polónia*, de 1 de Julho 2008 (Queixa n.º 71146/01), sobre a instalação de uma alfaiataria; *Leon and Agnieszka Kania c. Polónia*, de 21 de Julho de 2009 (Queixa n.º 12605/03) (mecânico); Decisão *Galev. c. Bulgária*, de 29 de Setem-

A decisão jurídica concreta “só é possível com fundamentos em critério normativos que, embora porventura referidos através da norma, transcendem na sua intenção e projecção normativas a própria norma, oferecendo-se aquela sempre como uma nova síntese de juridicidade, uma nova assimilação jurídico-judicativa da realidade”³³. Os anos seguintes foram, pois marcados por uma rígida aplicação do critério da prevalência enunciado no artigo 335.º, n.º 2. Os direitos reais e os direitos de personalidade são direitos de espécie diferente e estes últimos, na sua superioridade valorativa, devem prevalecer sobre os primeiros. Perante um conflito entre um direito de natureza patrimonial (direito à exploração de uma actividade comercial ou industrial incómoda ou à livre utilização de um prédio) e um direito de carácter pessoal ou direito de personalidade de outrem – insusceptíveis de concordância prática -, o conflito deve ser decidido a favor do direito de personalidade³⁴. Assim vem acontecendo, desde há longa data, nos nossos tribunais³⁵. Ainda que em termos pontuais algumas decisões recorressem

bro de 2009 (Queixa n.º 18324/04), (inadmissibilidade da queixa contra a instalação de uma clínica dentária).

³³ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “O papel do jurista do nosso tempo”, *Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pág. 49.

³⁴ Neste sentido VAZ SERRA, “Anotação ao Acórdão do STJ de 6.5.1969”, RLJ, 103, n.º 3429, pág. 374. Segundo RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pág. 547, “o direito ao sossego, ao ambiente e à qualidade de vida deve considerar-se superior ao direito de exploração de actividade comercial ou industrial ruidosa ou incómoda”.

³⁵ Veja-se, sem quereremos ser exaustivos, o Ac. TRL, de 29 de Junho de 1977, in CJ II, págs. 918 e ss. (confirmado pelo acórdão do STJ, de 4 de Julho de 1978, BMJ, n.º 279, 1978, págs. 124 e ss.) que decidiu sobre o funcionamento de um colégio, no 1.º andar de um prédio urbano: “sendo o repouso de um indivíduo indispensável à saúde e, portanto, à sua vida e existência normal, deve cessar ou suspender-se uma obra ou qualquer outra causa adequada à sua continuada lesão”; o Ac. TRE, de 21 de Julho de 1977, in CJ II, págs. 1225 e ss.: “é juridicamente mais importante o direito do cidadão ao sossego e descanso do que o direito de outro cidadão a explorar uma actividade comercial ou industrial ruidosa ou incómoda. Por isso, quem, em prédio de habitação, monte um estabelecimento em que normalmente haja produção de ruídos ou cheiros susceptíveis de incomodarem os habitantes daquele, tem a obrigação de efectuar obras por forma a evitar tais incómodos, e torna-se responsável pelos prejuízos que a não efectivação dessas obras possa acarretar aos referidos habitantes. Simultaneamente, não poderá exercer a sua actividade durante os períodos normalmente destinados ao descanso das pessoas”; o Ac. STJ, de 13 de Março de 1986 [Processo: 073196]: “não disfruta de ambiente repouso, calmo e tranquilo, quem se encontra sujeito a barulhos produzidos na casa dos vizinhos, que habitam no pavimento imediatamente superior do mesmo prédio, proveniente do bater de portas, do arrastamento de móveis, do funcionamento de aparelho de rádio e de televisão, o que a tem levado a socorrer-se de clínicos que a medicam e recomendam a melhorar as condições ambientais, tendo sido forçada a pedir frequentemente a pessoas amigas que lhe facultem pernoitar em sua casa, por não poder suportar os ruídos que a atingem na sua habitação. (...) À demandante, que tem o seu assento residencial no rés-do-chão do prédio referido, assiste o direito de ocupar o espaço habitacional com tranquilidade de espírito, de desenvolver ali os seus afazeres quotidianos, de gozar os momentos de lazer e de passar as horas destinadas ao repouso e ao sono sossegadamente e sem ruídos importunos vindos do exterior”; o Acórdão TRL, de 19 de Fevereiro de 1987, CJ I, págs. 141 e ss, decidiu que quando alguém, seja a que hora for, emite ruídos que pela sua frequência ou intensidade, ou ambas as coisas, ultrapassem a normalidade, incomodando os vizinhos, está a agredir o direito destes à tranquilidade, o direito de ao menos em sua casa gozarem de algum repouso, em suma, o seu direito à integridade física e moral, à saúde. E com tanto maior gravidade o fará, se entre os vizinhos se encontrarem pessoas sofrendo de doenças que, pela sua natureza, as tornem mais sensíveis aos ruídos, fazendo degradar ainda mais, por via disso, o seu estado de saúde; o Ac. TRC, de 6 de Fevereiro de 1990, in CJ I, págs. 93 e ss., “é ilícita a conduta do proprietário de um estabelecimento que colocou um motor numa abertura, tipo janela, que abriu na parede da casa voltada para o lado da casa de residência dos autores, perturbando o ruído do funcionamento desse motor a saúde e o repouso destes”; Ac. TRL, de 24 de Novembro de 1994 [Processo: 0092592], em sede de providência cautelar decidiu que: “o direito ao repouso e o direito à saúde, integrando-se nos

a uma diferente ponderação de interesses quer na qualificação do conflito, quer na medida dessa qualificação, a linha jurisprudencial desenvolveu-se através da aplicação do artigo 335.º, n.º 2, e da consequente prevalência do direito de personalidade

direitos de personalidade, cabem na tutela geral preventiva de que estes gozam. Para sua defesa, é idónea a proibição de exercício, em prédio vizinho à habitação dos lesados, da actividade de tiro aos pratos. O Ac. STJ, de 22 de Outubro de 1998 [Processo: 97B1024], decidiu definitivamente a acção: “Os direitos de integridade moral e física de quem reside em determinada zona prevalecem sobre o direito ao lazer e ao tempo livre de quem, na mesma zona, atira aos pratos”; Ac. TRL, de 24 de Abril de 1997, in CJ II, pág. 126 e ss., apreciando a colocação de uma conduta de exaustor e evacuação de fumos, decidiu que esta violava “grave e seriamente o direito ao bem estar, limpeza, higiene e sossego que o cidadão normal exige e de que necessita, no seu lar, como compensação ao ‘stress’ e à poluição que não pode evitar, no exterior, na cidade ou no local de trabalho. Trata-se, objectivamente, de um prejuízo substancial, que não tem tanto a ver com perda de natureza patrimonial, mas sim com perda de ‘qualidade de vida’ como hoje se usa, isto é, com prejuízos de ordem não patrimonial, directamente ligados à vivência das pessoas, à sua saúde, equilíbrio emocional, bem estar, repouso, sossego, etc., que não constituem luxos, nem direitos menores, nos tempos que correm, sobretudo dos meios urbanos densamente povoados. Já dissemos que a utilização da conduta pela Ré, que se poderá considerar normal ou até necessária, não pode afectar e violar os direitos dos AA. nos termos dados como provados. Para poder funcionar terá de respeitar os direitos de terceiros de modo a não lhes causar prejuízos substanciais. O cumprimento das normas técnicas para a montagem e a laboração sendo pressuposto necessário, pode não ser suficiente e não é quando viola, como ‘in casu’ direitos de terceiros”; Ac. TRP, de 16 de Outubro de 1997 [Processo: 9651144]: “II - O direito à integridade física, à saúde, ao repouso e ao sono, gozando da plenitude do regime dos direitos, liberdades e garantias, são de espécie e valor superior ao direito de propriedade espelhado no direito ao exercício de uma actividade comercial”; Ac. STJ, de 19 de Fevereiro de 1998, CJ I, págs. 92 e ss: “O direito ao repouso, tranquilidade e segurança dos condóminos são direitos que se forem violados possibilitam aos seus titulares o recurso a juízo para obterem tutela e protecção, seja para conseguir a cessação de violações ilícitas, seja para impor ao infractor a reparação mediante o pagamento de uma indemnização”; o Ac. TRL, de 14 de Outubro de 1999, in CJ IV, págs. 125 e ss.: “Provocando a laboração numa lavandaria cheiros que afectam a salubridade do andar superior, onde reside o autor, e perturbam o descanso deste, verifica-se uma ofensa ao direito a um ambiente sadio, que justifica a suspensão daquela actividade até que sejam realizadas as obras que permitam a laboração da lavandaria sem perda da qualidade de habitação do autor”; Ac. TRP, de 4 de Fevereiro de 1999 [Processo: 9930093]: “II - O direito à integridade física, à saúde, ao repouso e ao sono, gozando da plenitude do regime dos direitos, liberdades e garantias, são de espécie e valor superior ao direito de propriedade espelhado no direito ao exercício de uma actividade comercial”; Ac. TRP, de 20 de Fevereiro de 2003 [Processo 0330337]: “Ocorrendo conflito de direitos, entre os de propriedade e personalidade (saúde, sossego e sono) dos autores e o exercício da actividade de ama, ainda que autorizado pela Segurança Social, na fracção da ré, que é destinada a habitação, os direitos dos autores, designadamente os de personalidade, têm de ser valorados em detrimento das da ré”; Ac. TRP, de 5 de Maio de 2003 [Processo: 0351643] “I - Os direitos de personalidade são direitos absolutos, prevalecendo, por serem de espécie dominante, sobre os demais direitos, em caso de conflito, nomeadamente sobre o direito de propriedade e o direito ao exercício de uma actividade comercial. II - O direito ao repouso, ao descanso e ao sono pode ser ofendido ainda que o estabelecimento esteja licenciado pela autoridade administrativa competente. A ofensa dos direitos do Autor, a verificar-se, não se exclui pela mera circunstância de a actividade da ré estar autorizada administrativamente. III - Existe abuso de direito quando este se exerce em termos clamorosamente ofensivos da justiça ou, quando, com esse exercício, se ofende clamorosamente o sentimento jurídico dominante. IV - Nos litígios em que se pondera a colisão de direitos e se ajuíza no sentido da prevalência dos direitos de personalidade sobre outros considerados inferiores, nomeadamente o direito de propriedade ou o direito ao exercício de uma actividade industrial ou comercial, a decisão não deve ser radical; o direito inferior deve ser respeitado até onde for possível, apenas devendo ser limitado na exacta proporção em que isso é exigível pela tutela razoável do conjunto principal de interesses”; Ac. TRG, de 24 de Março de 2004 [Processo: 377/04-1]: “I – A doutrina consignada no art.º 496.º, n.º 1 do CC também é aplicável, embora apenas em princípio, às medidas a que alude o art.º 70º do CC. II – Quando o titular do direito de personalidade apenas é incomodado e aborrecido com ruídos e pó provenientes de prédio vizinho, sem ser posto em causa o seu direito ao descanso, saúde e sossego, justifica-se que os seus interesses cedam perante os direitos de terceiro à propriedade privada, à iniciativa económico-empresarial e ao trabalho”. Outros podem ler-se em ELSA VAZ DE SEQUEIRA, *Dos pressupostos da colisão de direitos no Direito Civil*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2004, págs. 263 e ss

sobre, e contra, o direito patrimonial³⁶.

c) O momento contemporâneo

Paulatinamente, começou a surgir nos nossos tribunais uma nova linha de compreensão problemático-normativa na aplicação concreta do artigo 335.º, quer na graduação dos direitos em conflito³⁷, quer na solução a dar à colisão, privilegiando-se a procura de uma concordância prática em substituição da prevalência absoluta de um direito sobre o outro³⁸. Sublinhe-se, na jurisprudência do STJ:

*“A prevalência dos direitos de personalidade sobre os outros direitos, mesmo os absolutos, indiscutível em abstracto, deve contudo ser afirmada pelos tribunais com base na ponderação concreta da situação ajuizada, sopesando devidamente os factos, por forma a que, havendo colisão de direitos, todos eles possam na medida do possível produzir igualmente os seus efeitos”*³⁹,

e ainda:

“Mesmo que num dos pratos da balança o direito em presença seja um direito de personalidade, integrado na previsão geral do art.º 70º do Código Civil, a definição

³⁶ Destacamos o Ac. TRL, de 20 de Fevereiro de 1992 [0033966]: *“II - Em caso de conflito entre direito de personalidade e direito de propriedade a prevalência de um sobre o outro depende da relatividade concreta dos respectivos interesses e dos factos provados”*. Em sentido que consideramos isolado na jurisprudência, decidiu este acórdão que, numa ponderação concreta, o direito ao trabalho e à iniciativa económica privada prevalecia sobre o direito à saúde, ao ambiente e à boa qualidade de vida.

³⁷ Ac. STJ, de 17 de Outubro de 2010 [Processo: 02B2255]: *“Havendo, como há, colisão de direitos, para dirimir o conflito (...) há que indagar e aferir no caso concreto qual o axiologicamente superior. E, neste aspecto, os valores de personalidade vitais sobrepõem-se aos patrimoniais, posta a questão em abstracto, pois em concreto há que ponderar e avaliar o circunstancialismo factual juridicamente relevante em que se processou a subjectivação dos direitos”*.

³⁸ Ac. STJ, de 13 de Março de 1997 [Processo: 96B557]: *“1) Na colisão entre os direitos de personalidade dos Autores (direito ao repouso, à tranquilidade e ao sono) e o direito da Ré ao exercício de actividade que produza ruído, prevalece a dos Autores. 2) A prevalência dos direitos dos Autores determina que estes tem direito a que o tribunal conceda, como concedeu, a pretensão de a Ré suspender a sua actividade de funcionamento da discoteca, durante a noite, a partir das 24 horas”*; Ac. TRP, de 5 de Maio de 2003 [Processo: 0351643]: *“IV - Nos litígios em que se pondera a colisão de direitos e se ajuíza no sentido da prevalência dos direitos de personalidade sobre outros considerados inferiores, nomeadamente o direito de propriedade ou o direito ao exercício de uma actividade industrial ou comercial, a decisão não deve ser radical; o direito inferior deve ser respeitado até onde for possível, apenas devendo ser limitado na exacta proporção em que isso é exigível pela tutela razoável do conjunto principal de interesses”*; Ac. TRP, de 3 de Maio de 2005 [Processo: 0326079]: *“I - O direito ao repouso, ao descanso e ao sono pode ser ofendido mesmo no caso de o ruído se conter dentro dos limites legalmente fixados, havendo que ter em conta o tipo de vida e a sensibilidade das pessoas que estão sujeitas ao ruído produzido por actividades de outros. II - A solução para o conflito de direitos deve ser hoje analisada numa perspectiva mais evolucionista da sociedade, mais dinâmica na procura de soluções actuais que permitam a harmonização do exercício dos direitos e não propriamente a eliminação de um direito em detrimento de outro”*; Ac. TRP, de 12 de Novembro de 2008 [Processo: 0856156]: *“I - Nos litígios em que se pondera a colisão de direito e se ajuíza no sentido de prevalência dos direitos de personalidade sobre outros considerados inferiores, nomeadamente o direito de propriedade ou o direito ao exercício de uma actividade comercial ou industrial, o Tribunal avaliará em concreto a solução mais razoável e proporcional à coexistência dos direitos em conflito. II - O sacrifício de um deles apenas deverá ocorrer numa situação limite, respeitando-se o direito inferior até onde for possível”*.

³⁹ Ac. STJ, de 27 de Abril de 2004 [Processo: 04A192].

*da superioridade de um direito em relação ao outro a que alude o seu art.º 335º tem de fazer-se em concreto, apreciando casuisticamente a situação provada e sopesando os interesses protegidos pelos direitos em confronto, e procurando, na medida do possível, não anular praticamente nenhum deles*⁴⁰.

Ou, mais recentemente, na jurisprudência da Relação do Porto⁴¹:

“I - A apriorística prevalência em abstracto dos direitos de personalidade sobre outros direitos deve ser relativizada, na ponderação casuística da situação de conflito que entre eles se tenha gerado, de molde a que todos produzam, na medida do possível, igualmente os seus efeitos.

II - Este princípio de concordância prática, no sentido do melhor equilíbrio possível entre os direitos em colisão, deverá concretizar-se por apelo a critérios atinentes não só à natureza dos direitos colidentes como também à forma e à intensidade com que o exercício de cada um deles afecta o gozo dos outros”.

A experiência jurisdicional postula uma certa normatividade que só no histórico-concreto litígio em causa se concretiza, e que por isso se oferece também sempre concretamente indeterminada, nunca deixando assim de exigir igualmente uma “constituente ‘concretização’ normativa”. Requer, pois, a exigência de uma mediação normativa-constitutiva, mas igualmente de um mediador. A mediação do juiz terá de ser sempre compreendida como acto normativamente constitutivo – o acto que converte uma normatividade intenciona (*com a sua potencial indeterminação*), numa “normativa determinação concreta, e em que aquela verdadeiramente logra a sua manifestação”. A mediação jurisdicional deverá considerar-se “como normativa mediação objectiva entre a normatividade postulada e a normatividade concreta; e como mediação subjectiva entre as partes ou os sujeitos da controvérsia, em termos agora de um ‘terceiro imparcial’ que releve o mérito das razões que cada um deles invoque para a concreta resolução do problema normativo (audiatur et altera pars)”.

O *modus operandi* do acto mediador, do acto normativamente constitutivo, tem a natureza de um juízo prático-prudencial. A relação prático-social problemática tem de ser considerada segundo as distintas perspectivas que o contexto admite, no contexto da referente normatividade e do seu sentido de validade”. O resultado há-de ser um juízo prático-normativamente fundamentado⁴² sobre “a validade ou invalidez (sobre os termos concretos da validade ou sobre os termos concretos da invalidez) dessa situação ou relação”. Trata-se de um juízo a que corresponde uma racionalidade de índole problemático-dialéctica e prático-argumentativa, mas a que não é alheio um

⁴⁰ Ac. STJ, de 20 de Abril de 2004 [Processo: 03A4440].

⁴¹ Ac. TRP, de 8 de Maio de 2014 [Processo: 169/07.3TBRSD.P2].

⁴² A argumentação caracteriza-se como o exercício de mobilização de razões intersubjectivamente significativas, contextualmente pertinentes e intencionalmente relevantes, susceptíveis de fundamentar a resolução, em termos entimematicamente adequados, de uma certa controvérsia jurídica. Cfr. PINTO BRONZE, “A metodonomologia (para além da argumentação), *Ars Iudicandi, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pág. 349.

momento decisório⁴³.

A leitura do artigo 335.º que tem resultado da nossa jurisprudência mais recente parece, à primeira vista, não se enquadrar no contexto da normatividade instituída⁴⁴, ao aplicar a prescrição “*devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes*”, a “*direitos desiguais ou de espécie diferente*”⁴⁵.

Uma análise desta questão não prescinde da seguinte consideração prévia: a decisão jurídica concreta não segue um esquema lógico de processo subsuntivo, mas tem *no conteúdo significativo-conceitual da norma positiva* apenas o seu fundamento e o seu ponto de partida. O *prius* metódico encontra-se no caso concreto da vida sobre cuja validade jurídica haverá de pronunciar-se. A concreta decisão do julgador é um autónomo juízo normativo (uma decisão e avaliação normativas) que tem o seu ponto de partida num caso concreto, tomado na sua unidade material de relevância, e que encontra o seu fundamento num princípio jurídico-normativo, quer este já tenha encontrado expressão numa norma ou não⁴⁶.

O critério de resolução de conflitos a retirar do artigo 335.º há-se ser sempre jurídico-problematicamente construído em função de critérios axiológicos que prediquem materialmente a situação histórico-socialmente real. Nas palavras de CASTANHEIRA NEVES, “*compreendida a norma na perspectiva de um problema normativo que nela encontrou uma certa solução, interpretá-la juridicamente será repensar jurídico-normativamente o problema pressuposto (refundamentando normativamente a solução proposta), e não de modo algum mera reconstituição cognitiva de um pensamento apenas na sua intencionalidade psicológica ou lógica, volitiva ou racional, de um pensamento-objecto e como que causa sui ou que se esgotasse no seu conteúdo significativo*”⁴⁷.

A norma é, pois, transcendida, quer pelos princípios normativos, quer pela situação concreta que se apresenta como situação-objecto, e “*será apenas ao repensar, num segundo momento, o problema normativo ao nível do caso concreto decidendo, e em referência à contextura real deste, que a ‘hipótese’ normativa do preceito virá a ser juridicamente confirmada, desenvolvida ou corrigida, para nos servir então com um sentido jurídico simultaneamente determinado, válido e eficaz. A ‘interpretação’ jurídica não é mais um fim de si*

⁴³ “*Já que nunca deixam de concorrer nele ‘juízos de valor’ e concretas opções estimativas que, embora porventura justificáveis (e exige-se sempre que o sejam) com argumentos ‘mais fortes’ perante outros argumentos ‘mais fracos’, nem por isso podem impor-se em termos de uma preferência absoluta ou de toda exclusiva de outras opções possíveis. Trata-se, pois e exactamente, de um juízo decisório*”. Cfr. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “Fontes do Direito”, *Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, 2.º volume, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pág. 31.

⁴⁴ Sobre a função positiva do texto, vide MANUEL DE ANDRADE, *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*, Arménio Amado, Coimbra, 1987, pág. 65.

⁴⁵ Veja-se MIGUEL GALVÃO TELLES, “Espaços marítimos, delimitação e colisão de direitos”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando Marques Guedes*, FDUL, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, é da opinião de que o artigo 335.º deve ser interpretado restritivamente, por ser duvidoso que a “*espécie diferente*” de direitos justifique uma solução necessária de sistemática prevalência de um deles”.

⁴⁶ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “O papel do jurista do nosso tempo”, *Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, págs. 47 e ss.

⁴⁷ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “O papel do jurista do nosso tempo”, *Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pág. 48.

mesma, mas momento normativa e metodologicamente subordinado, ao serviço da aplicação do direito⁴⁸.

O artigo 204.º da CRP determina que nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consagrados⁴⁹, o que, numa dimensão negativa, significa, desde logo, não aplicarem, ou interpretarem correctivamente, as normas jurídicas que julguem inconstitucionais ou não totalmente conformes com a Constituição. A interpretação não será nunca uma determinação *a priori*, seja exegética ou analítica, de uma normatividade subsistente em abstracto ou em si, “sendo pelo contrário constituída pela relação hermenêutico-normativa entre a norma e o caso concreto, e relação essa que não só integra a realidade social, que o caso manifesta, no processo normativo da constitutiva realização do direito e assim a revela um momento da própria normatividade jurídica, como obriga ainda a concluir que a interpretação apenas se consuma na decisão concreta”⁵⁰.

A Constituição normativa não é um mero conceito de ser; é um conceito de dever ser, porquanto pressupõe uma ideia de relação entre o texto e um conteúdo normativo específico. O texto vale como lei escrita superior porque consagra princípios considerados fundamentais numa ordem jurídico-política materialmente legitimada.

Sendo a constituição um conjunto de regras jurídicas de valor proeminente -enquanto porque são portadoras de determinados conteúdos aos quais é atribuído numa comunidade um valor específico superior -⁵¹, estas estão condicionadas pela realidade histórica. A Constituição, e a leitura que fazemos dela, não pode ser separada da realidade concreta do nosso tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade.

Como nos diz HESSE⁵², a constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição, resultam precisamente da correlação entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*).

Se a experiência jurídica jurisdicional tem o seu ponto de partida explícito num concreto problema jurídico – num caso histórico-socialmente concreto de sentido problematicamente jurídico – leva sempre em si a questão da confirmação ou

⁴⁸ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “O papel do jurista do nosso tempo”, *Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pág. 48.

⁴⁹ Sobre as relações intra-sistemáticas do Direito Constitucional com outros ramos normativos, no plano da hermenêutica jurídica, enquanto parâmetro interpretativo e integrador, veja-se JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional I*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2011, págs. 732-733. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, anot. ao artigo 18.º, pág. 156, IX.

⁵⁰ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido”, *Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, 2.º volume, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pág. 129.

⁵¹ GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, págs. 1130 e ss.

⁵² KONRAD HESSE, *Die normative Kraft der Verfassung*, Tübingen, 1959.

cumprimento nele de uma pressuposta validade e das suas exigências normativas⁵³.

A resolução do conflito a cargo do juiz não pode ser desatenta à ponderação valorativa feita a nível constitucional, em consonância aliás, com a constitucionalização do direito privado resultante do Estado de Direito Social. Na próxima secção vamos tentar uma (re)compreensão do artigo 335.º à luz destes parâmetros valorativos.

2. Reapreciação do artigo 335.º do CC enquanto norma harmonizadora. A constitucionalização do direito privado

a) Constitucionalização do direito privado

O tema da constitucionalização do direito privado⁵⁴ - para além da íntima ligação com o ocaso da visão dicotómica do mundo jurídico em direito público e direito privado⁵⁵, da publicização do direito privado e da privatização do direito

⁵³ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “Fontes do Direito”, *Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, 2.º volume, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, págs. 29 e ss.

⁵⁴ Na síntese de EUGÉNIO FACCHINI NETO, “Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado”, in INGO WOLFGANG SARLET (ed.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003, pág. 12

⁵⁵ A distinção entre direito público e direito privado é uma dicotomia do pensamento jurídico, na categorização de Bobbio, ou seja, uma distinção segundo a qual se pode dividir um universo em duas esferas, conjuntamente exaustivas, no sentido de que todos os entes daquele universo nelas tenham lugar, sem nenhuma exclusão, e reciprocamente exclusivas, no sentido de que um ente compreendido na primeira não pode estar simultaneamente compreendido na segunda. Os dois termos de uma dicotomia condicionam-se reciprocamente, delimitam-se mutuamente e excluem alternativas (*tertium non datur*), pelo que a esfera do público chegará até onde começa a esfera do privado e vice-versa. Sobre o sentido da dicotomia no direito continental e nos países de common law, essencial a obra de MARK FREEDLAND e JEAN-BERNARD AUBY, *The Public Law/Private Law Divide: une entente assez cordiale?*, Hart Publishing, Oxford, Portland, Oregon, 2006.

Esta *summa divisio iuris* já era conhecida no Direito Romano, e encontramos-la em vários preceitos do CIC, por exemplo, em I, 1, 1, 3 e 4: “Os preceitos jurídicos são os seguintes: viver honestamente, não prejudicar o próximo e dar a cada um o que é seu. No seu estudo há duas posições: público e privado. O Direito público é o que respeita ao Estado dos assuntos romanos; o privado o que pertence ao interesse privado. Vamos, agora, tratar do Direito privado, o qual é tripartido: ele deriva, com efeito, ou de preceitos naturais ou de (Direito) das gentes ou de (Direito) civil”, e em D, 1, 1, 1, 2: “No seu estudo há duas posições: público e privado. Direito público é o que respeita ao Estado dos assuntos romanos; o privado ao interesse dos particulares. Há, com efeito, quer interesse público, quer interesse privado: o público consiste nas coisas santas, nos sacerdotes e nos magistrados. O direito privado é tripartido: provém ou dos preceitos naturais, ou das gentes ou do civil”. (Seguimos a tradução de MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, vol. I, tomo I, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2005, págs. 31 e 32).

A distinção entre direito privado e direito público costuma ser feita pelos juristas a partir de critérios variados, sempre controvertidos. Com base na forma da relação jurídica, distinguem-se relações de coordenações entre sujeitos de nível igual, e relações de subordinação entre sujeitos de nível diferente, dos quais um é superior e outro inferior: as relações de direito privado seriam caracterizadas pela igualdade dos sujeitos, e seriam portanto relações de coordenação; as relações de direito público seriam caracterizadas pela desigualdade dos sujeitos, e seriam portanto relações de subordinação. Com base na matéria, porém, que constitui o objecto da relação, distinguem-se os interesses individuais, que se referem a uma única pessoa, dos interesses colectivos, que se referem à totalidade das pessoas, à colectividade. Levando em conta esta distinção, o direito privado seria caracterizado

pela protecção que oferece aos interesses privados e o direito público pela protecção conferida aos interesses colectivos. (cfr. NORBERTO BOBBIO, *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Einaudi, Turim, 1985.)

Como relata HEINRICH HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, Almedina, Coimbra, 1992, p. 53 “o direito privado fornece os instrumentos jurídicos a utilizar para a realização da autonomia privada, instrumentos que existem em função desta e apenas com este objectivo serão idóneos”. Também entre nós se apontavam tradicionalmente vários critérios, como o que delimita o direito público e o direito privado segundo a chamada teoria dos interesses, ou o critério segundo o qual o direito público disciplina relações entre entidades que estão numa posição de supremacia e subordinação ou, se quisermos, de supra-ordenação e infra-ordenação, enquanto o direito privado regularia relações entre entidades numa posição relativa de igualdade ou equivalência, ou o critério hoje dominante da teoria dos sujeitos, em virtude de assentar na qualidade dos sujeitos das relações jurídicas disciplinadas pelas normas a qualificar como de direito público ou de direito privado, melhor, na posição em que intervêm os sujeitos. Cfr. J. DIAS MARQUES, *Teoria geral do direito civil*, vol. I, Coimbra Editora, 1958, págs. 5 e ss; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 5 e ss; CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 4.ª edição por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, Coimbra Editora, 2005, págs. 36 e ss; MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, vol. I, tomo I, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2005, págs. 33 e ss; RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Teoria geral do direito civil*, vol. I, Coimbra Editora, 2003, págs. 9 e ss; HEINRICH HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, Almedina, Coimbra, 1992, págs. 31-40; JOÃO DE CASTRO MENDES, *Teoria geral do Direito Civil*, I, AAFDL; 1978, págs. 16 e ss. LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, 6.ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012, pág. 27, advoga que esta teoria vai no sentido das soluções de direito positivo tradicionais no sistema jurídico português. O artigo 3.º do Código de Seabra consagrava que: “Se os direitos e obrigações se limitam às relações recíprocas dos cidadãos entre si, como meros particulares, ou entre os cidadãos e o Estado, em questões de propriedade ou de direitos puramente individuais, esses direitos e obrigações constituem a capacidade civil dos cidadãos, denominam-se direitos e obrigações civis, e são regulados pelo direito privado contido no Código Civil...”

Em Portugal, a doutrina maioritária vai no sentido da manutenção da distinção entre direito público e direito privado. Por exemplo, em CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª edição por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, Coimbra Editora, 2005, págs. 43-44, os autores relembram que hoje se assiste à superação de certos pressupostos ideológicos do passado, do modelo liberal da justiça, da absoluta separação Estado/Sociedade, do estado abstencionista e dos princípios da liberdade e igualdade encarados de um ponto de vista meramente formal e consideram dominantes as preocupações de justiça materialmente fundada, as coordenadas sociais do direito, o intervencionismo estadual e as conseqüentes limitações à liberdade contratual em ordem à defesa de uma autêntica autonomia privada no Estado de Direito Social, sendo exemplo disso o Código Civil, com a consagração do princípio da boa fé em sentido objectivo, a proibição do abuso do direito, dos negócios contrários à ordem pública ou ofensivos dos bons costumes, a afirmação de um direito geral de personalidade. Mas entendem os autores que daí não *decorre* necessariamente – *nem essa superação significa* – uma adesão às teses da “constitucionalização do direito civil”, da “publicização do direito privado” e muito menos da “superação da distinção entre o direito público e o direito privado”. Os autores reconhecem, contudo, o papel da Constituição como Lei Fundamental e, nessa medida, o controlo da constitucionalidade das leis civis (leis ordinárias), assim como o reconhecimento dos princípios constitucionais no preenchimento das cláusulas gerais e conceitos indeterminados de direito civil, do princípio da interpretação em conformidade com a Constituição, etc. Não rejeitam, também, uma certa “publicização do direito privado”, tal como, em contrapartida, uma certa “privatização do direito público” e, mesmo uma «fuga para o direito privado». Entendem, pois que há uma tendencial *aproximação* ou *convergência* – mas não uma *superação* ou *substituição* de um ramo do direito pelo outro, do direito civil pelo direito constitucional, do direito privado pelo direito público, e vice-versa. Para estes autores, a distinção entre o direito público e o direito privado é uma tarefa de classificação e arrumação sistemática e, nessa medida, uma tarefa da ciência do direito, que deve ser despida de conotações ideológicas e não põe em causa o postulado fundamental da unidade da ordem jurídica.

Como sintetiza JEAN-BERNARD AUBY, “Le rôle de la distinction du droit public et du droit privé dans le droit français”, in MARK FREEDLAND e JEAN-BERNARD AUBY, *The Public Law/Private Law Divide: une entente assez cordiale?*, Hart Publishing, Oxford, Portland, Oregon, 2006, pág. 13, a distinção entre o direito público e o direito privado reflecte uma partilha política e moral do mundo, entre a

público - está relacionado com o esforço para tornar socialmente efectivos, mais do que juridicamente eficazes, os direitos fundamentais.

No século XVIII⁵⁶, em que se acentua a diferenciação entre a esfera das relações económicas e a esfera das relações políticas, entre sociedade civil e Estado - a sociedade política (o reino das desigualdades) e a sociedade económica (o império da igualdade) eram caracterizadas pela presença de sujeitos diversos: o *citoyen* da sociedade política, que titulariza interesses públicos, e o *bourgeois* da sociedade económica, que cuida dos seus próprios interesses privados -, entre o direito e moral, a dicotomia intensifica-se. O Direito Público disciplina o Estado, a sua estruturação e funcionamento; o Direito Privado é compreendido como o ramo do direito que disciplina a sociedade civil, as relações intersubjectivas, e o mundo económico (sob o signo da liberdade). Nesta incomunicabilidade entre os dois pólos, a Constituição e o Código Civil estavam separados valorativamente, e a relação entre ambos era meramente formal, na medida do resultante da hierarquia das leis. No modelo de incomunicabilidade, a Constituição e o Código Civil andavam paralelos, como mundos que não se tocavam senão sob o aspecto formal, em razão da hierarquia das leis e dos cânones que guiam a vigência da lei no tempo e no espaço. Eram dois mundos apartados, também valorativamente. Nesse panorama, o modelo de relacionamento entre Código Civil e Constituição era basicamente formal, hierarquizado e não-dialéctico⁵⁷.

As relações privadas são, pois, estruturadas a partir de uma concepção de propriedade absoluta e de uma plena liberdade contratual (sob o signo do *laissez faire* - individualismo e leis do mercado -, reinos esses que o direito público não podia atingir), em todos os Códigos Cíveis que surgem nesse primeiro ciclo das codificações⁵⁸. Sublinhe-se, pois, que o espaço privilegiado dessas liberdades é a propriedade privada, situando-se, ao seu lado, em idêntico patamar, o contrato e a família⁵⁹. Nas

esfera de interesse público e a esfera de interesse privado. Mais recentemente, MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, “Sobre a distinção entre direito público e direito privado”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, págs. 43 e ss, com continuação em “Sobre a distinção entre direito público e direito privado II”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda VI*, FDUL, 2012, págs. 375 e ss.

⁵⁶ Para uma evolução histórica anterior a essa data, ver EUGÉNIO FACCHINI NETO, “Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado”, in INGO WOLFGANG SARLET (ed.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2003, págs. 15 e ss. Note-se a síntese de MAX STIRNER, *O único e a sua propriedade*, tradução de João Barrento, Antígona, 2004 [1845], pág. 84: “*O material inflamável da propriedade fez deflagrar a revolução*”.

⁵⁷ Cfr. JUDITH MARTINS-COSTA, “Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil”, em INGO WOLFGANG SARLET (ed.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003, pág. 67.

⁵⁸ Cfr. MICHELE GIORGIANNI, “Il diritto privato ed i suoi attuali confini”, *Riv. trim. dir. proc. civ.* XV (1961), págs. 396 e ss.; ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das Coisas*, polic., Coimbra, 1977, pág. 40; GIOVANNI SILVIO COCO, *Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà*, Milão, Giuffrè, 1965, págs. 56 e ss.; JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS, “¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?”, em INGO WOLFGANG SARLET (ed.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003, págs. 304-306.

⁵⁹ Cfr., para o direito italiano, PIETRO PERLINGIERI, *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, trad. MARIA CRISTINA DE CICCIO, Publicação/Produção Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pág. 4.

palavras de VIEIRA DE ANDRADE⁶⁰, “A *propriedade* tornava-se, assim, mais que o conteúdo de um direito fundamental, uma condição objectiva e garantia de *liberdade* – constituindo e distribuindo o poder de escolha (de compra) – e, simultaneamente, de *felicidade* – permitindo o equilíbrio óptimo das preferências sob o signo da verdade racional da lei, ‘o melhor dos mundos possíveis’”⁶¹.

O direito privado assegura a liberdade dos indivíduos no que respeita à sua propriedade⁶², e é, também, na possibilidade de acesso, ainda que meramente formal, a esse *status quo* de proprietário, que se concretiza o direito de igualdade. Este patrimonialismo, cujo espaço, por excelência, é o espaço privado, é facilmente detectável nas codificações do século XIX e início do século XX⁶³.

Ao contrário do que acontecia no período estatutário, que caracterizou a era medieval, e onde o valor do indivíduo estava intrinsecamente ligado à classe social a que pertencia, o valor do indivíduo estava agora ligado às suas características e méritos pessoais, ao exercício da sua liberdade (formal) face a um Estado liberal e pouco intervencionista⁶⁴. Diz-nos C. B. MACPHERSON⁶⁵, que a qualidade possessiva do liberalismo encontra-se na concepção do indivíduo como essencialmente *o proprietário de si próprio e das suas capacidades*. Ou seja, o indivíduo deixa de ser visto como um todo moral, ou como parte de um todo social mais amplo. O mundo jurídico era, pois, permeado por uma ética do individualismo, com o aprimoramento, pela Pandectística, das figuras do sujeito de direito (enquanto sujeito abstracto) e do direito subjectivo. As limitações aos direitos subjectivos, quando existentes, eram apenas aquelas necessárias para permitir a convivência social. Nas palavras de LUIZ EDSON FACHIN e CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK⁶⁶, “é precisamente na constituição dos

⁶⁰ VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 52,

⁶¹ O papel da filosofia de LOCKE é fundamental, porquanto o autor, nas palavras de LUIZ EDSON FACHIN e CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK, “Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica”, em INGO WOLFGANG SARLET (ed.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003, pág. 92, “identifica como elemento central da espacialidade privada a noção de propriedade, sendo um dos pensamentos fundantes do patrimonialismo característico do Direito Civil de matriz liberal”.

⁶² Sobre o individualismo possessivo como uma assunção central da teoria política liberal, veja-se C. B. MACPHERSON, *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke*, OUP, 1962

⁶³ Note-se que ainda hoje uma forte protecção constitucional da propriedade combinada com um poder judicial independente são considerados por CASS R. SUNSTEIN, *Free Markets and Social Justice*, OUP, 1997, pág. 202, um importante encorajamento ao investimento estrangeiro. Cfr. C. B. MACPHERSON, *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke*, OUP, 1962, pág. 3, sobre o modo como o conceito de posse influencia os conceitos de liberdade e justiça, de direitos e deveres.

⁶⁴ Cfr. MICHELE GIORGIANNI, “Il diritto privato ed i suoi attuali confini”, *Riv. trim. dir. proc. civ.* XV (1961), pág. 400.

⁶⁵ C. B. MACPHERSON, *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke*, OUP, 1962, pág. 3. Como descreveu JUDITH MARTINS-COSTA, “Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil”, em INGO WOLFGANG SARLET (ed.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003, págs. 64 e ss., a dicotomia estará traduzida, por igual na estatuição dos campos do Direito Privado e do Direito Público: um será o espelho da sociedade civil, outro será o direito do estado. “E, como num espelho – onde os reflexos são pelo transverso – a dicotomia importará numa assimilação: livre é a pessoa proprietária, o ‘sujeito proprietário’: a liberdade será assimilada à propriedade”.

⁶⁶ LUIZ EDSON FACHIN e CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK, “Direitos fundamentais, dignida-

direitos subjectivos que estabelecerá os limites de actuação do Estado. Pode-se identificar, pois, uma externalidade desses direitos – que se projecta para o Estado, contra o qual se dirigem – e uma internalidade, que constitui a condição de possibilidade para a consolidação de uma espacialidade privada”.

Neste momento histórico, os direitos fundamentais projectam-se como liberdades públicas, são exercidos contra o Estado (enquanto liberdades negativas implicavam deveres de omissão por parte deste), com quem os indivíduos se encontravam numa relação de subordinação-superioridade, delineando-se como espaços de não intervenção, constituindo-se como um espaço de liberdade intangível. Os direitos fundamentais eram específicos das relações entre o indivíduo e o Estado, visavam a salvaguarda da liberdade (propriedade) individual e tinham como sujeito passivo apenas o Estado, o poder a ser contido⁶⁷. Como sublinha VIEIRA DE ANDRADE⁶⁸, os direitos fundamentais *não podiam deixar de ser concebidos dessa maneira: para além da natural influência de um contexto favorável, estava em causa uma exigência teórica e prática, visto que os direitos fundamentais tinham como finalidade a protecção da sociedade contra as intromissões do poder político. Entre os sujeitos titulares de direitos fundamentais, a relação é de igualdade: igualdade perante a lei, ou seja, uma igualdade que se esgotava numa dimensão formal. Ainda assim, note-se que esta é uma “proclamação discursiva que, se constituiu avanço inegável em relação à divisão estamental vigente durante o medievo”, nas palavras de LUIZ EDSON FACHIN e CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK⁶⁹. Ao contrário do que ocorreu no liberalismo individualista – com a emancipação da sociedade civil em relação ao Estado - o advento do constitucionalismo social traz consigo um maior intervencionismo estatal, fruto das concepções do *welfare state*⁷⁰, que surge como a *solução política para as contradições sociais*, nas palavras de CARL OFFE⁷¹. O aumento da dimensão pública significa o *aumento da intervenção estatal* na regulação coactiva dos comportamentos dos indivíduos e dos grupos infra-estaduais. As autoridades públicas intervêm, agora, de forma aguda*

de da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica”, em INGO WOLFGANG SARLET (ed.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003, pág. 89.

⁶⁷ Nesse sentido, JUDITH MARTINS-COSTA, “Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil”, em INGO WOLFGANG SARLET (ed.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003, pág. 67.

⁶⁸ VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Alameda, Coimbra, 2012, pág. 231. Vide, ainda NORBERTO BOBBIO, *Il tempo dei diritti*, que consultei na trad. espanhola *El tiempo de los derechos*, de RAFAEL DE ASÍS ROIG, Editorial Sistema, Madrid, 1991, págs. 107 e ss.

⁶⁹ EDSON FACHIN e CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK, “Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica”, em INGO WOLFGANG SARLET (ed.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003, pág. 89.

⁷⁰ MICHELE GIORGIANNI, “Il diritto privato ed i suoi attuali confini”, *Riv. trim. dir. proc. civ.* XV (1961), págs. 404 e ss., e EUGÊNIO FACCHINI NETO, “Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado”, in INGO WOLFGANG SARLET (ed.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003, pág. 22.

⁷¹ CARL OFFE, “Some Contradictions of the Modern Welfare State”, in JOHN KEANE (ed.), *Contradictions of the Welfare State*, Hutchinson, Londres, 1984, págs. 147 e ss. Para uma visão político-jurídica da passagem do estado liberal ao estado intervencionista, veja-se MARIA LUIZA FEITOSA, *Paradigmas inclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, págs. 147 e ss., 284 e ss. e 306 ss.

no processo económico, quer directamente, assumindo a gestão de determinados serviços sociais, quer de indirectamente, através da disciplina de relações privadas outrora deixadas à autonomia privada⁷². O período do constitucionalismo social dos países ocidentais, surgido no segundo pós-guerra, caracteriza-se pela actividade do Estado na promoção da igualdade substancial entre os indivíduos⁷³, o que implicará, não raras vezes, limitações à liberdade económica. Na esfera pública, o poder executivo continua vinculado ao princípio da legalidade, mas agora também o legislador está sujeito ao controlo da constitucionalidade, como consequência directa da submissão, limitação e funcionalização de todos os poderes, públicos e privados, à tutela dos direitos fundamentais. Ao poder judicial cabe-lhe também o controlo da legitimidade constitucional da legislação ordinária. No espaço privado, o poder dos particulares encontra também as limitações dos princípios constitucionais da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana. A uma ética do individualismo substitui-se, pois, uma ética da solidariedade, relativiza-se a tutela da autonomia da vontade e acentua-se a protecção da dignidade da pessoa humana⁷⁴. A solidariedade revela-se, segundo PAULO OTERO⁷⁵, um comando vinculativo da actuação dos poderes públicos, impondo-lhes a adopção e a execução de políticas implementadoras de um modelo de sociedade baseado na justiça social, e, simultaneamente, um imperativo ético no relacionamento entre todos os membros da sociedade, segundo o entendimento de que o eu existe sempre em função do outro e nele encontra uma remissão para o próprio eu, tornando-se aquele um “eu” análogo.

Ao contrário do período anterior, em que os Códigos representavam o eixo central de todo o ordenamento jurídico – os códigos nasceram com pretensões de regular todo o espaço jurídico de uma nação, abandonando-se o intenso pluralismo jurídico que vigorava nos períodos históricos anteriores - o direito privado acumula, agora, legislação extravagante.

O direito público e o direito privado tendem, pois, a convergir (sem negarmos que o constitucionalismo social se caracterize pelo primado do público sobre o

⁷² Cfr. EUGÊNIO FACCHINI NETO, “Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado”, in INGO WOLFGANG SARLET (ed.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003, pág. 27, e GIOVANNI SILVIO COCO, *Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà*, Milão, Giuffrè, 1965, págs. 115 e ss e 129 e ss.

⁷³ Sobre as necessidades do estado assistencial contemporâneo resultantes da função promocional, ver NORBERTO BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milão, 1977.

⁷⁴ EUGÊNIO FACCHINI NETO, “Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado”, in INGO WOLFGANG SARLET (ed.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003, pág. 23). Sobre a dimensão prestacional dos direitos fundamentais, escreveram LUIZ EDSON FACHIN e CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK, “Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica”, em INGO WOLFGANG SARLET (ed.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003, pág. 98, que “por exemplo, o princípio da garantia da dignidade da pessoa humana, fundamento de todos os demais, possui dupla dimensão, negativa e prestacional: negativa no sentido de que o estado e os particulares têm o dever de se eximirem de ofensas à dignidade, em uma ordem de ideias protectiva; prestacional, na medida em que há o dever de promoção da dignidade da pessoa - e surgem os direitos sociais de segunda geração”. Sobre o tema, vide VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 58 e ss, e JÓNATAS MACHADO, *Liberdade de expressão*, Studia Iuridica 65, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, págs. 87 e ss., no que respeita, especificamente, à liberdade de expressão.

⁷⁵ PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português I*, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 44.

privado). Se por um lado, assistimos ao movimento da privatização do direito público⁷⁶ – cada vez mais o estado utiliza institutos jurídicos do direito privado, estabelecendo relações negociais com particulares, e conseqüentemente abrindo mão de instrumentos mais autoritários e impressivos -, interessa-nos particularmente o movimento oposto, da publicização do direito privado⁷⁷. Para além do surgimento de novas categorias como as de “*interesses colectivos*” e de “*interesses difusos*”, observamos, por um lado, a funcionalização de institutos típicos de direito privado (recorde-se a função social da propriedade, do contrato, da empresa, da família, da responsabilidade civil⁷⁸, e, por outro lado, a crescente intervenção pública na esfera privada, de que resulta uma redução da autonomia privada, quer pela determinação imperativa do conteúdo dos negócios jurídicos, quer pela imposição de uma obrigação legal de contratar⁷⁹.

⁷⁶ Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A fuga para o direito privado: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1996; Vital Moreira, *Economia e Constituição*, 1974, pág. 15, NORBERTO BOBBIO, *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Einaudi, Turim, 1985, págs. 16 e 17; e Jean-FRANÇOIS LACHAUME, “L’évolution de la propriété publique”, in TROISIÈMES JOURNÉES RENÉE SAVATIER, *L’évolution contemporaine du droit des biens*, PUF, Paris, 1991, págs. 112 e ss.

⁷⁷ Que para alguns autores, como LEONARDO MATTIETTO, “A Constituição e o Direito Civil: Reflexões sobre o Direito Civil Constitucional”, *R. Dir. Proc. Geral* 54 (2001), págs. 197-205, terá levado mesmo à superação da dicotomia direito público/direito privado.

⁷⁸ Especificamente sobre esta última, veja-se MARIA CELINA BODIN DE MORAES, “A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil”, *Direito, Estado e Sociedade* 9 (2006), págs. 233 a 258.

⁷⁹ Vide STEFANO RODOTÀ, *Il terribile diritto: Studi sulla proprietà privata*, Mulino, Bolonha, 1981, págs. 273 e ss, e HELMUT RITTSTIEG, *La proprietà come problema fondamentale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000 [1976], págs. 219 e ss. MARIA LUIZA FEITOSA, *Paradigmas inclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pág. 293, considera que os princípios de natureza interventiva, cuja aplicação se revela mais comumente aceita, podem ser encontrados, dentre outros, na protecção outorgada ao contraente mais vulnerável, no princípio da equivalência material dos interesses e da recomposição material efectiva, nas hipóteses legais de responsabilidade objectiva, no macro-princípio genérico da justiça contratual. O contrato é agora um instrumento no qual se exprime a política económica do Estado. JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato - as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1999, pág. 116, ensina-nos que a materialização do contrato representa as transformações de direito privado paralelas à constitucionalização de um Estado social, de um Estado que assume plenamente tarefas de direcção activa e conformação global dos processos sociais até então deixados à livre iniciativa privada, responsabilizando-se simultaneamente pela correcção dos défices e pela compensação dos custos e desequilíbrios por esta gerados. Considera EUGÉNIO FACCHINI NETO, “Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado”, in INGO WOLFGANG SARLET (ed.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003, pág. 28, que estamos num sentido inverso ao movimento “*do status ao contrato*”, tal como descrito por H. SUMNER MAINE, percorrendo-se agora o caminho inverso, “*do contrato ao status*”, não porque a condição social originária da pessoa volte a dominar toda a sua vida e o seu destino, mas no sentido de que os contratos recebem uma regulamentação jurídica particularizada, que espelha a posição socioeconómica das partes envolvidas numa concreta relação jurídica (relação de locação, relação de consumo, arrendamentos e parcerias rurais, etc.). Segundo o autor: “*O sujeito abstracto das codificações oitocentistas cede espaço ao sujeito visto em sua concretude, como locatário, consumidor, arrendatário, empregado, percebendo-se que as peculiaridades de cada uma dessas situações deve receber tratamento jurídico próprio, de forma a compensar juridicamente o desequilíbrio económico que se percebe existente em tais relações. Onde mais agudamente se percebe a necessidade de se estabelecer relações sociais justas, o legislador intervém mais incisivamente, limitando a liberdade contratual e impondo uma orientação relativamente rígida ao programa contratual das partes*”. O

Em suma, a intervenção estatal na actividade económica e na vida social, a partir da implantação do modelo do *welfare state*, reflecte-se no mundo jurídico, afectando o direito privado em duas dimensões essenciais: na publicização do direito privado (no sentido de que o Estado passa a intervir, de forma imperativa, em extensas áreas que antes eram deixadas ao livre jogo das vontades privadas), na constitucionalização de certos institutos fundamentais do direito privado (como a família, a propriedade e a livre iniciativa económica). O significado primeiro da constitucionalização do direito civil é a irradiação, para o âmbito privado, de valores constitucionais, desde logo, do princípio da dignidade da pessoa humana. Disso deriva, necessariamente, a chamada repersonalização do direito civil ou, dito de outro modo, a despatrimonialização do direito civil, que passa por (re)colocar no centro do direito civil o ser humano e suas emanações⁸⁰.

sujeito pressuposto da liberdade contratual, como nos ensina JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato - as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1999, págs. 95 e ss., é agora “o indivíduo portador de necessidades e desejos”, “um contraente com fisionomia própria, que lhe é dada pelo contexto funcional da relação em que está inserido”, exemplificando o autor com o trabalhador, o arrendatário, o consumidor, ou seja “o contraente concretamente situado no domínio das relações da vida económico-social, que lhe atribuem uma posição de relativa dependência e inferioridade, com as consequentes dificuldades na satisfação, por processos de autogoverno, dos seus interesses legítimos”. Cfr., no mesmo sentido, FEDERICO DE CASTRO, “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *Anuario de Derecho Civil* 35 (1958), págs. 994 e ss. Cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Breve nótila sobre a protecção do consumidor na jurisprudência constitucional”, em PINTO MONTEIRO, JÖRG NEUNER, INGO SARLET, *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 302, sobre a consagração dos direitos dos consumidores como direitos fundamentais um aspecto do movimento da constitucionalização do direito privado, de modo a assegurar uma maior protecção do consumidor, no plano da consagração legislativa dos seus direitos. Mas, sublinha o autor, evidentemente que sempre poderão suscitar-se as questões de saber se tal estratégia normativa será *necessária, conveniente e eficaz*. Vide, ainda, do mesmo autor, em “Discurso do Presidente da Comissão do Código do Consumidor”, *BFD* 72 (1996), págs. 403 e ss, e ANTÓNIO BARBOSA DE MELO, “Aspectos jurídico-públicos da protecção dos consumidores”, *Estudos de Direito do Consumidor* 5 (2003), págs. 23 e ss.

Na imagem de WILLIAM A. GALSTON, *The Practice of Liberal Pluralism*, CUP, 2004, pág. 149, nas sociedades não modernas os seres humanos eram prisioneiros do *status*, fechados na gaiola de ferro do costume dos laços da família ou do grupo. Uma sociedade moderna, pelo contrário sublinha o indivíduo e não o grupo, permite-lhe a livre escolha entre opções, estrutura as relações contratualmente; não força as pessoas a papéis fixos decretados pela tradição sagrada e inexorável no momento do nascimento ou em determinados momentos da vida, abre aporta para a liberdade, mobilidade e escolha. Cfr. C. B. MACPHERSON, *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke*, OUP, 1962, págs. 48 e ss, sobre a diferença entre a sociedade estatutária e sociedade de mercado possessivo. Vide, ainda, para diferentes abordagens, GUIDO ALPA, “Libertá contrattuale e tutela costituzionale”, *Rivista Critica del Diritto Privato* XIII (1995), págs. 35 e ss; KONRAD HESSE, *Derecho constitucional y derecho privado*, trad. e introd. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, Editorial Civitas, Madrid, 1995, e MARIA CELINA BODIN DE MORAES, “Constituição e Direito Civil: tendências”, *Revista dos Tribunais*, vol. 779, 2000, p. 46 e ss; FRANÇOIS LUCHAIRE, “Les fondements constitutionnels du droit civil”, *Rev. trim. dir. civ.*, 1982, 4, págs. 245 e ss.

⁸⁰ Cfr. EUGÊNIO FACCHINI NETO, “Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado”, in INGO WOLFGANG SARLET (ed.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003, pág. 32). Para JULIO CESAR FINGER, “Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil”, INGO WOLFGANG SARLET, *A constituição concretizada*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2000, pág. 95, o direito civil constitucionalizado parece, agora, “estar em busca de um fundamento ético, que não exclua o homem e seus interesses não patrimoniais, na regulação patrimonial que sempre pretendeu ser”. Referem LUIZ EDSON FACHIN e CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK, “Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica”, em INGO WOLFGANG SARLET (ed.), *Constituição, direitos fundamentais e direito*

O sentido moderno da constitucionalização do direito privado⁸¹ tem conseqüências também ao nível da actividade interpretativa: a hermenêutica contemporânea não prescinde da interpretação conforme à Constituição⁸², nem de uma magistratura radicalmente comprometida com a concretização e efectivação dos direitos fundamentais⁸³. É que, conquanto a maior parte dos direitos fundamentais apareça, numa primeira leitura, como direitos defensivos, protegendo os indivíduos contra a acção do poder público e impondo-lhe deveres de abstenção, ao lado dessas garantias, surgem agora outros direitos, com efeitos positivos, impondo ao poder público não deveres de protecção ou promoção do exercício das liberdades civis e dos demais direitos fundamentais. A agressão (ou ameaça) à pessoa pode partir do próprio Estado ou de outros particulares, cabendo ao Estado administrador, legislador, ou juiz, no âmbito das suas competências, e segundo diferentes graus de intensidade⁸⁴.

Para concluir, podemos dizer com INGO WOLFGANG SARLET⁸⁵, “que a constitucionalização do direito privado é “*um salutar processo de humanização e despatrimonialização de toda a ordem jurídica*”, que, todavia, não prescinde da relação dialéctica e dinâmica das esferas públicas e privada, superada que foi a ideia de uma recíproca indiferença⁸⁶.

privado, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003, pág. 97, que quando o centro do ordenamento passa a ser a pessoa humana dotada de dignidade, e não o património “*é possível uma abertura para a concretude da vida*”.

⁸¹ Cfr. BATTLE Y VÁZQUEZ, “Repercusiones de la Constitución en el Derecho Privado”, *Rev. der. priv.* 237 (1933), págs. 189 ss, e “El Derecho civil y la Constitución”, *Rev. der. priv.* 257 (1935), págs. 3 e ss.; e GUIDO ALPA, *Introduzione allo studio critico del diritto privato*, Giappichelli Editore, 1994.

⁸² LUDWIG RAISER, *Il compito del diritto privato*, Milão, Giuffrè, 1990 [1971], págs. 31 e ss.

⁸³ EUGÊNIO FACCHINI NETO, “Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado”, in INGO WOLFGANG SARLET (ed.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003, pág. 53). Veja-se DAVID HOFFMAN, GAVIN PHILLIPSON e ALISON L. YOUNG, “Introduction”, em DAVID HOFFMAN, *The Impact of UK Human Rights Act on Private Law*, CUP, 2011, pág. 3: Tem, naturalmente, no seu núcleo uma questão de natureza constitucional: está em causa a relação entre os tribunais e o legislador – até onde deverão os tribunais dar efeitos à Constituição contra o background do direito legislado. **Sobre a** eficácia protectiva dos direitos fundamentais e a necessidade da sua concreção (JUDITH MARTINS-COSTA, “Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil”, em INGO WOLFGANG SARLET (ed.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003, págs. 68 e ss). Seguindo JUDITH MARTINS-COSTA, “Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil”, em INGO WOLFGANG SARLET (ed.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003, págs. 69 e ss., uma nova teoria dos direitos fundamentais afirma uma eficácia diferenciada dos direitos. Três factores impulsionaram esse movimento: um de ordem sociológica (as liberdades clássicas podem ser ameaçadas por um poder económico, mas também pelo poder de informação, da tecnologia, da biomedicina); um de ordem jurídico-dogmática, com a construção e expansão dos direitos de personalidade que vieram revelar o núcleo da dimensão existencial do direito civil, desenvolvidos e concretizados à luz do que é o valor-fonte do ordenamento, a pessoa humana, cuja dignidade vem reconhecida em sede constitucional); um de ordem hermenêutica, com a superação do modelo clássico de interpretação jurídica.

⁸⁴ Cfr. JUDITH MARTINS-COSTA, “Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil”, em INGO WOLFGANG SARLET (ed.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003, pág. 70.

⁸⁵ INGO WOLFGANG SARLET, “Notas introdutórias”, in INGO WOLFGANG SARLET (ed.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003, pág. 7.

⁸⁶ Sobre as tendências actuais, veja-se VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição*

Se, parafraseando PAULO OTERO⁸⁷, a identidade axiológica da Constituição determina, em primeiro lugar, um dever positivo de agir em conformidade: os aplicadores da constituição têm de, no respeito pelas respectivas regras de competência, praticar todos os actos e tomar as providências no sentido de implementar, promover e garantir os valores em causa; envolve, em segundo lugar, um dever negativo ou proibição de agir: os aplicadores da Constituição não podem contrariar, violar ou colocar em risco tais valores; justifica, em terceiro lugar, a formulação de um princípio geral de interpretação da ordem jurídica infraconstitucional em conformidade com os valores que revelam a identidade da Constituição: entre dois (ou mais) sentidos de um enunciado jurídico, o intérprete ou aplicador⁸⁸ deve sempre preferir aquele sentido que é mais próximo ou com maior amplitude garante os valores acolhidos pela Lei Fundamental, então a aplicação do artigo 335.º do CC há-de necessariamente seguir os parâmetros hermenêuticos impostos pelo programa constitucional para se tornar normativo-pragmaticamente adequada como critério jurídico do sistema de direito vigente para a solução do caso decidendo⁸⁹.

Portuguesa de 1976, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 61 e ss, em que o autor nos dá conta da substituição do Estado Social prestador pelo Estado Social regulador, garantidor e incentivador, que, “de forma mais inteligente e subtil” promove a colaboração dos privados na realização das tarefas de interesse público.

A partir da queda do muro de Berlim, no mundo pós-moderno e globalizado, a gestão da economia deixou de ser um assunto apenas nacional. A globalização económica efectivamente acaba por minar fortemente a soberania política de uma nação, pois os estados nacionais perderam boa parte do seu poder de regulamentação independente. Defendendo que uma regulamentação global viável limita o escopo de uma globalização desejável, veja-se DANI RODRIK, *The Globalization Paradox*, OUP, 2011, págs. 207 e ss. A globalização está associada à exclusão social. Mas também é um período de pluralismo, no sentido de tolerância (EUGÊNIO FACCHINI NETO, “Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado”, in INGO WOLFGANG SARLET (ed.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003, pág. 24 e ss). Sobre a globalização, veja-se, MARIA LUIZA FEITOSA, *Paradigmas inclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, págs. 37 e ss. Sobre a agenda jurídica para a globalização, nomeadamente a possibilidade de reimaginar o direito global em circunstâncias de considerável fluxo político e incerteza epistémica, veja-se NEIL WALKER, “Beyond boundary disputes and basic grids: Mapping the global disorder of normative orders”, *Int’l J. Const. L.* 6 (2008), págs. 373 a 396. Para uma visão geral, FRANCESCO GALGANO, “Il dogma della statualità del diritto di fronte alla globalizzazione dell’economia”, in *Dogmi e dogmatica nell diritto*, CEDAM, Milão, 2010, págs. 73 e ss, e DANILO ZOLO, *Globalizzazione: una mapa dei problemi*, Laterza, Roma, 2004. Cfr. MANUEL CASTELLS, *The Rise of the Network Society*, 2.ª edição, Wiley-Blackwell, 2010, pág. 77 e ss, sobre a economia global, especialmente 101 e ss, onde o autor distingue a economia global de uma economia mundial.

No final dos anos 70, sobre as formas de não-liberdade, veja-se NORBERTO BOBBIO, *Igualdad Y Libertad*, tradução de Pedro Aragón Rincón, Edición Paidós, 1993, págs. 151 e ss.

⁸⁷ PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português I*, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 24. Vide, ainda, JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pág. 88.

⁸⁸ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “O papel do jurista do nosso tempo”, *Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pág. 49: A aplicação do direito é “uma unidade sintético-constitutiva de concreta juridicidade, em que os seus momentos ‘abstractos’ se fundem, assimilados no mesmo dinamismo intencional. Unidade noético-normativa que ao excluir uma descontinuidade entre a ‘interpretação’, a ‘aplicação’ e a ‘integração’, já por isso se torna vã a pretensão de se distinguir a interpretação e a aplicação como discretos lógicos que se sigam e vão somando uns aos outros.

⁸⁹ CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia jurídica. Problemas fundamentais*, Coimbra, 1993, pág. 142, e PINTO BRONZE, *Lições de introdução ao direito*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, págs. 883 e 884.

b) Contributo para a determinação do critério do 335.º

A aplicação do artigo 335.º pressupõe a concreta decisão jurídico-decisória sobre duas interrogações: em primeiro lugar, saber se os direitos em causa são direitos da mesma espécie ou de espécie diferente; em segundo lugar, determinar a medida da prevalência ou da coordenação. Apreciemos agora as duas principais leituras desta norma propostas na doutrina, por MENEZES CORDEIRO e por CAPELO DE SOUSA.

Na posição de MENEZES CORDEIRO, sobre a qualificação de “*direitos iguais ou da mesma espécie*”, direitos iguais são os que derivam das mesmas normas; da mesma espécie serão os provenientes de normas que contemplem o mesmo regime de bens (por exemplo, ambos são direitos de personalidade ou direitos reais)⁹⁰.

A desigualdade entre os direitos deve ser considerada em abstracto⁹¹, ao passo que no âmbito dos direitos desiguais ou de espécie diferente, o juízo de superioridade que nos dará a chave da prevalência, deve ser formulado em concreto. MENEZES CORDEIRO⁹² dá o exemplo de uma colisão entre um direito de personalidade e um

⁹⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil IV*, Almedina, Coimbra, 2011 [2005], pág. 386.

⁹¹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil IV*, Almedina, Coimbra, 2011 [2005], pág. 390. O autor entra em contradição com o que diz atrás, na pág. 385, nota 1193. Na verdade, entre um direito real e um direito de crédito, “não se pode falar em colisão”, a colisão é aparente.

Segue-o LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil II*, 4.ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2007, pág. 612, para quem a questão prévia é a do critério que preside à distinção nele estabelecida: como se afere se os direitos em colisão são iguais ou da mesma espécie ou desiguais por que de espécie diferente. O apuramento deve ser feito em abstracto, em termos axiológicos, em função dos interesses que presidem à afectação do bem que é objecto do direito e tendo em conta a sua estrutura e o seu conteúdo. Nesta perspectiva, não sendo os direitos iguais ou da mesma espécie, estabelece-se entre eles uma hierarquia que, traduzindo a desigualdade ou a diferença de espécie entre eles existente, conduz à determinação e qual deles é “superior” na terminologia do artigo 335.º. Deste ponto de vista, são iguais ou da mesma espécie os direitos de propriedade, os direitos à vida, ou ao nome; e um direito real é superior a um direito de crédito, como um direito da personalidade é a um direito patrimonial.

⁹² ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil IV*, Almedina, Coimbra, 2011 [2005], pág. 390, embora a solução seja antes ditada pelo critério a que o autor atribui superioridade: a da antiguidade. LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil II*, 4.ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2007, pág. 612, considera, todavia, uma vez que a questão envolvida na colisão de direitos respeita aos limites do seu exercício, a definição dos critérios que presidem à sua resolução tem de ser feita em concreto. Relevam aí as circunstâncias relativas ao exercício do direito, como a faculdade específica que se pretende actuar e o interesse a cuja satisfação ela é dirigida. Se os direitos em colisão forem qualitativamente desiguais, determina o n.º 2 do artigo 335.º a prevalência do que deva considerar-se superior. Por vezes, pode, para o efeito, ser suficiente atender à hierarquia abstracta dos direitos em presença. LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil II*, 4.ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2007, pág. 614: Mas a hierarquização abstracta dos direitos não constitui o critério definitivo ou único, na determinação do direito prevalente, que tem de ser feita em concreto segundo as circunstâncias do caso. Tal não significa, porém, que a hierarquia abstracta não deva ser atendida; ela funciona como ponto de partida ou critério básico, a corrigir, eventualmente, com recurso a vários elementos, relativos aos direitos subjectivos em presença, em si mesmos, ao modo do seu exercício e aos meios para tanto disponíveis e às consequências do exercício ou não-exercício do direito. Relevam, quanto aos primeiros, a antiguidade de cada um dos direitos e, quando o seu objecto não seja o mesmo, a sua modalidade e relevância económico-social. Em sede de modo e dos meios do exercício dos direitos em colisão, tem-se em mente a circunstância de este implicar um único tipo de actuação ou admitir uma diversidade de comportamentos, ainda que sucedâneos ou alternativos do que representa a plena satisfação do interesse do seu titular.

O atendimento das consequências do exercício do direito superior e do não-exercício do

direito de propriedade, enquanto direitos de espécie diferente. Se teoricamente o direito de personalidade seria sempre superior, em concreto poderá ser superior o de propriedade. No exemplo dado pelo autor, uma unidade fabril licenciada e há muito em laboração deve prevalecer sobre o direito ao repouso invocado por um recém-instalado construtor de uma casa.

Ainda MENEZES CORDEIRO nos fornece um conjunto de critérios, enquanto argumentos tendencialmente operacionais, a aplicar em concreto. São eles, enquanto critérios, digamos ordinários, a antiguidade relativa, os danos pelo não-exercício e os lucros do exercício. O primeiro destes critérios, *prior in tempore, potior in iure*, segundo o autor dá corpo a vectores de estabilidade e acolhe o princípio da confiança. Quanto ao segundo critério, considerando que o direito subjectivo comporta, antes de mais, uma vantagem para o seu titular, haverá sempre de perguntar, perante uma colisão, das consequências do não exercício ou do não-exercício pleno, por parte de cada um dos envolvidos e dar-se prevalência àquele cujo não exercício acarrete maiores danos, entendidos em termos sociais e humanos. Também em termos sociais se deve analisar o terceiro critério: se o exercício de um direito dá ao seu titular um bom lucro, ele prevalecerá sobre outro exercício igualmente legítimo, mas sem tais consequências. O autor refere-se a um sistema móvel, enquanto conjunto articulado de proposições intermutáveis, em função dos valores que representam e das solicitações exteriores. Como critérios de recurso, o autor aponta a prevalência em abstracto, o igual sacrifício, a composição aleatória equilibrada e a composição aleatória, de per si. Na verdade, sendo os direitos desiguais ou de espécie diferente, o julgador pode concluir que um deles seja, em abstracto, mais ponderoso. Não sendo possível, por esta via, fazer uma desrinça no caso concreto, o autor sugere que se aplique o critério previsto no n.º 1 do artigo 335.º do CC para os direitos iguais ou da mesma espécie: devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes. Se nenhum dos critérios operar, e não sendo possível resolver o problema pelo igual exercício, seguindo a lição dos clássicos, o autor sugere, pois, que nenhum dos direitos possa ser exercido (o que redundaria num desperdício de riqueza) ou uma composição aleatória, equilibrada, se possível, ou pura, no caso contrário.

Se estivermos perante direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes⁹³. Novamente nas palavras de MENEZES CORDEIRO⁹⁴, se a colisão não puder ser resolvida com recurso ao princípio do

inferior significa a ponderação, em termos próximos dos previstos no artigo 14.º do Código de Seabra, dos benefícios e dos danos deles emergentes, da sua natureza e intensidade, não só em termos absolutos, mas relativos, por referência à esfera jurídica ou ao património dos respectivos titulares ou até de pessoas deles dependentes, nomeadamente por relações familiares ou laborais. Estes elementos podem funcionar a título isolado ou em articulação, sendo que neste caso o seu peso não é necessariamente o mesmo.

⁹³ Nas palavras de HEINRICH HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, Almedina, Coimbra, 1992, pág. 281, vem aqui expresso que os limites exteriores de um direito legítimo se encontram nos direitos dos outros.

⁹⁴ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil V*, Almedina, Coimbra, 2011 [2005], págs. 393-394. Segundo LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil II*, 4.ª ed., Universidade

igual tratamento, quer pela analogia manifesta, quer pela proximidade sistemática, deve fazer-se apelo ao artigo 335.º, n.º 2, como fundamento para verificar em concreto se algum dos direitos iguais ou da mesma espécie deve considerar-se superior no seu exercício, segundo os critérios propostos pelo autor: a antiguidade relativa, o menor dano e o maior prejuízo. Se estes critérios não se mostrarem operacionais, restam as composições aleatórias, com equilíbrio ou puras.

Na posição de CAPELO DE SOUSA⁹⁵, cabe, em primeiro lugar, verificar se os direitos colidentes têm uma estrutura formal e um fundamento axiológico-normativo assentes quer em interesses juridicamente tutelados de qualidade e grau idênticos quer em interesses juridicamente tutelados de peso equilibrado, embora diversos, ou, dito de outro modo, se na colisão de direitos há predominância de interesses juridicamente tutelados de uma das partes. Esta tarefa requer que o intérprete proceda a uma criteriosa identificação dos *bens jurídicos tutelados* pelas normas jurídicas estruturantes dos direitos colidentes, quer dos *conteúdos dos poderes jurídicos* resultantes desses direitos, quer ainda dos *factos reais constitutivos ou modificativos de cada um dos direitos subjectivados em colisão*, das *modalidades de actividade material concretamente exercitadas ou exercitandas pelas partes* e dos *interesses efectivamente prosseguidos pelas partes*⁹⁶.

O primeiro passo consiste, pois, em identificar *os factos reais relativos à constituição e eventual modificação* do direito de personalidade subjectivado na particular situação conflitual, de forma a determinarmos a natureza, o âmbito e a intensidade dos elementos concretos da personalidade individual em causa, que sejam juscivilmente tutelados.

Seguidamente, proceder-se-á à identificação dos factos reais relativos à *modalidade de actuação*, concretamente conflituante, do titular do direito de personalidade e os factos reais respeitantes aos *meios empregues* nessa actuação. A concreta actuação do titular do direito de personalidade tem de se inserir no leque de poderes jurídicos abstractos emergentes da estrutura formal do direito de personalidade e do seu fundamento axiológico-normativo e, face aos outros modos de actuação legalmente possíveis, é susceptível de ponderação e de apreciação valorativa. Por sua vez, também os níveis de adequação, de correcção e de proporcionalidade dos meios

Católica Editora, Lisboa, 2007, pág. 613, para a colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, estatui o n.º 1 do artigo 335.º que os seus titulares devem ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes. Cabe esclarecer, desde logo, que se trata de uma igualdade qualitativa e não necessariamente quantitativa dos direitos. Verificada essa igualdade dos direitos em presença, segundo o regime do n.º 1 do artigo 335.º devem as partes harmonizar-se para, no seu exercício, cada uma estar em posição idêntica à da outra, tomando em conta a eventual desigualdade quantitativa.

⁹⁵ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, 1995, págs. 534 e ss.

⁹⁶ No mesmo sentido, FILIPE ALBUQUERQUE MATOS, *Responsabilidade civil por ofensa ao bom crédito ou ao bom nome*, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 79, nota 98, escreve que o julgador, ao apreciar o conflito de direitos, “tem de tomar em devida consideração as circunstâncias do caso, mormente, os particulares bens ou valores protegidos pelos direitos em confronto, os concretos modos de exercício dos poderes neles envolvidos, a posição relativa dos titulares dos direitos, tendo sempre em atenção certas circunstâncias sócio-existenciais. Levados em linha de conta todos os elementos materiais e jurídicos relevantes da situação concreta, compete depois apreciá-los e valorá-los de acordo com os padrões disponibilizados pelo ordenamento jurídico, e que correspondem ao sentido comunitário dominante”.

empregues no exercício do direito de personalidade são factores particularmente significativos no juízo sobre o peso de tal direito, quando conflituante.

Importará, ainda, no caminho proposto pelo autor, inventariar os factos relativos às *consequências objectivas produzidas ou producendas* no mundo sensível ou ao nível das personalidades humanas juscivilisticamente tuteladas, consequências essas resultantes da actuação conflitual do titular do direito de personalidade, nomeadamente face aos interesses ou aos fins concretamente prosseguidos pelo titular de tal direito. É que, correspondendo também os direitos de personalidade a interesses ou fins *jurídicos*, não só o seu titular no respectivo exercício não poderá exceder os limites impostos pelo fim social ou económico desses direitos (artigo 334.º CC), como também o próprio valor relativo de um concreto modo de exercício de um direito de personalidade subjectivado conflitual depende, em certa medida, das consequências objectivas dele decorrentes, da natureza e da intensidade dos interesses ou fins efectivamente prosseguidos pelo respectivo titular e do posicionamento de tais consequências objectivas e interesses ou fins subjectivos na hierarquia dos interesses ou fins juridicamente tutelados por tal direito.

Por último, caberá identificar as demais circunstâncias factuais, objectivas e subjectivas, juridicamente relevantes em que se exerceu ou pretende exercer tal direito.

Quanto às questões de direito, cumpre averiguar quais os bens ou valores jurídicos ínsitos nas proposições normativas referentes ao direito de personalidade concretamente conflituante, quais as posições hierárquicas destes bens ou valores adentro do conjunto de bens ou valores jurídicos referentes à tutela da personalidade humana na sua totalidade e adentro do conjunto de bens ou valores do ordenamento jurídico na sua globalidade e quais os âmbitos e os graus de realização no caso concreto conflitual dos bens ou valores ínsitos naquelas proposições normativas, para, a tal luz, se ponderarem e avaliarem os factos materiais inventariados⁹⁷.

Relativamente à *posição hierárquica dos bens ou valores jurídicos ínsitos nas proposições normativas referentes ao direito de personalidade concretamente conflituante*, quando o conflito se processa entre um direito de personalidade e um outro direito que não de personalidade, a posição hierárquica dos bens ou valores ínsitos nas proposições normativas referentes ao direito de personalidade concretamente conflituante terá de ser, principalmente, aferida adentro do conjunto de bens ou valores do ordenamento jurídico na sua totalidade e unidade, embora aqueles bens ou valores personalísticos devam também ser, previamente, compreendidos e medidos no quadro dos bens ou valores referentes à fundamentante personalidade humana total⁹⁸.

⁹⁷ Segundo FILIPE ALBUQUERQUE MATOS, *Responsabilidade civil por ofensa ao bom crédito ou ao bom nome*, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 82, nota 98, registam-se, ocasionalmente, situações de colisão de direitos abstractamente desiguais, onde deve sustentar-se, perante o caso concreto, a prevalência daquele que em princípio é de menor relevância. Para o apuramento do direito proeminente numa concreta situação de conflito pode revelar-se precioso o apoio de critérios complementares de valoração, como sejam o da acumulação de interesses, da intensidade dos interesses e o da erradicação de interesses. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, 1995, págs. 547-547

⁹⁸ NUNO PINTO DE OLIVEIRA, “O problema da ilicitude das condutas conformes às leis de protecção do ambiente”, *CDPriv.* 12 (2005), pág. 20, “os padrões ou standards especiais de protecção de bens

Na hierarquização legal dos valores pessoais e patrimoniais volta a imperar a importância objectiva de tais valores para a realização dos fins jurídicos da comunidade, particularmente no que toca ao mais imediato e fundamental do comum da existência humana. Daí que, nem sempre os valores pessoais precedam os valores patrimoniais⁹⁹. Tal precedência verifica-se, sem dúvida, quanto ao valor da personalidade humana total integrando todos os valores singulares da personalidade, quanto ao valor da dignidade humana essencial e quanto aos valores vitais. Fora disto, já a indispensabilidade ou a importância de certos valores básicos poderão sobrepor-se ao relevo dos valores personalísticos menos prementes.

Só depois de determinadas as proposições normativas referentes ao direito de personalidade concretamente conflituante, identificados e hierarquizados os valores jurídico-abstractos ínsitos em tais proposições, está o intérprete em condições de analisar e de valorar juridicamente os elementos da situação de facto atinentes ao direito de personalidade concretamente conflituante¹⁰⁰.

Para a hipótese de colisão de direitos iguais ou da mesma espécie - postula o n.º 1 do artigo 335.º que “*devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos os direitos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes*” - a solução do conflito passa pelo sacrifício do mínimo necessário de qualquer dos direitos conflituantes e pelo não privilegiar qualquer um desses direitos, suportando cada um dos titulares dos direitos, em igual medida, os custos da resolução da colisão, de modo a que os direitos conflituantes, nos seus concretos modos de exercício, possam coexistir ao lado do outro e produzam os seus efeitos próprios em condições de igualdade. A concordância prática de tais direitos faz-se, pois, aqui com idênticos ou equivalentes sacrifícios ou cedências recíprocas¹⁰¹.

Para a hipótese de colisão de direitos desiguais ou de espécie diferente - determina o n.º 2 do artigo 335.º do CC que “*prevalece o que deva considera-se supe-*

jurídicos (determinados, p.ex., pelas leis ambientais) cumprem em geral a função de consolidar ou de reforçar os padrões ou standards gerais do direito (da responsabilidade) civil, pelo que o recurso às leis ambientais para atenuar os padrões gerais corresponderia a uma subversão das decisões do legislador”.

⁹⁹ Cfr. PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 1999, pág. 201, nota 169.

¹⁰⁰ FILIPE ALBUQUERQUE MATOS, *Responsabilidade civil por ofensa ao bom crédito ou ao bom nome*, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 81, nota 98: “*considera que quando se verificar uma colisão entre direitos de personalidade, “poder-se-á falar de um conflito de interesses do mesmo nível (interesses de natureza pessoal). (...) Porém, cumpre averiguar qual ou quais os concretos interesses ou bens de personalidade protegidos pelos direitos em conflito. De uma tal indagação poder-se-á concluir pela diferente intensidade ou importância dos bens pessoais envolvidos, sustentando-se então a prevalência daquele direito onde se façam sentir necessidades de protecção de interesses mais nevrálgicos da personalidade humana”.*

¹⁰¹ FILIPE ALBUQUERQUE MATOS, *Responsabilidade civil por ofensa ao bom crédito ou ao bom nome*, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 83, nota 98: “*Subjacente a estes critérios encontra-se pois uma ideia básica — a da optimização dos valores ou bens tutelados pelos direitos em conflito. Importa, no entanto, ter presente que tal desiderato só pode ser alcançado sob a reserva do possível, isto porque (...) impõem-se cedências recíprocas no exercício dos direitos conflituantes por parte dos seus titulares”.* Segundo GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, pág. 1098, “*Quando se trata de bens constitucionais, o princípio da concordância prática impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros. (...) Subjacente a este princípio está a ideia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens”.*

rior” - a maior carga axiológico-jurídica do direito superior postula uma correspondente e adequada eficácia jurídica mais ampla ou mais intensa do que a do direito inferior e, se necessário, com detrimento desta. Só que, sublinha o autor, mesmo o direito inferior deve ser respeitado até onde for possível e apenas deve ser limitado na exacta proporção em que isso é exigido pela tutela razoável do conjunto principal de interesses.

Relembrando os ensinamentos de CASTANHEIRA NEVES, nos juízos decisórios jurisdicionais vai sempre pressuposta e intencionalmente invocada uma normativa validade que se não pretende alterar ou substituir por outra que programaticamente se institua, pois visa-se tão só afirmá-la, mediante uma determinação constitutivo-concretizadora, nos casos da sua problemática realização. Afirmção ou reafirmção sem formal inováção “*que nem por isso exclui, e antes postula, a abertura de um concreto desenvolvimento, em contínua reconstituíção e renováção, e que é decerto ou acaba por ser nos seus resultados uma verdadeira criação*”¹⁰².

A realização concreta do direito positivo tem como determinantes positivas, as normas constitucionais regulam parcialmente o próprio conteúdo das normas inferiores, de forma a poder obter-se não apenas uma compatibilidade formal entre o direito supra-ordenado e o direito infra-ordenado, mas também uma verdadeira conformidade material¹⁰³.

A solução de conflitos entre direitos, no plano infraconstitucional, não pode ser *resolvida sistematicamente através de uma preferência abstracta, com o mero recurso à ideia de uma ordem hierárquica dos valores*. Assim como é difícil estabelecer “*em abstracto, uma hierarquia entre os bens constitucionalmente protegidos, em termos de obter uma resposta que permita sacrificar sistematicamente os menos importantes. Ainda que se tenha a representação comum de que os direitos não podem valer exactamente o mesmo – até porque se referem com intensidades diversas ao fundamento comum da dignidade da pessoa humana – verifica-se que essa hierarquização natural só pode fazer-se, na maior parte das hipóteses, quando se consideram as circunstâncias dos casos concretos*”¹⁰⁴.

Ocorrendo o conflito entre direitos tutelados constitucionalmente, a solução dos conflitos e colíões entre direitos não pode conduzir ao sacrifício puro e simples de um deles, mas antes se terá de respeitar a protecção constitucional dos diferentes direitos ou valores, isto é, tentando harmonizar da melhor maneira os preceitos divergentes, em função as circunstâncias concretas em que se põe o problema¹⁰⁵. Assim

¹⁰² ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “Fontes do Direito”, *Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, 2.º volume, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pág. 32.

¹⁰³ GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, pág. 1149.

¹⁰⁴ VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 300.

¹⁰⁵ Já o caminho inverso não se pode metodologicamente fazer. Como sublinha VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 301, “*não significa que seja possível ou indicado aplicar a regra da regra civil para a colíão de direitos da mesma espécie, impondo cedências mútuas em termos de os direitos produzirem igualmente o seu efeito: dada a complexidade estrutural dos direitos fundamentais e a intensidade diferenciada dos valores protegidos, não pode aceitar-se, nem uma sistemática prevalência de um dos direitos ou valores, nem uma redução mútua igual, impondo-se uma ponderação concreta dos bens, que pode conduzir a resultados variáveis em função das circunstâncias*”.

o impõe o princípio da unidade do sistema jurídico.

A solução da antinomia pragmática¹⁰⁶ entre um direito de propriedade e um direito de personalidade deve ser obtida através de um processo ponderativo de concordância prática, em que a cada um dos direitos seja reconhecido o seu espaço de operatividade¹⁰⁷. Assim o impõe o princípio da proporcionalidade, enquanto princípio jurídico fundamental¹⁰⁸. Constituindo uma dimensão materialmente concretizadora do princípio do Estado de direito e da primazia dos direitos fundamentais, ele é válido, não apenas em matéria de restrições aos direitos, liberdades e garantias, mas como princípio objectivamente conformador de toda a actividade do Estado, incluindo a actividade judicial¹⁰⁹.

O princípio da proporcionalidade compreende três subprincípios¹¹⁰: o princípio da adequação¹¹¹, o princípio da necessidade e o princípio da proibição do excesso. Os três princípios expressam uma ideia de optimização: dadas as possibilidades jurídicas e factuais existentes, aos direitos deve ser dada a realização mais extensa possível. Os princípios da adequação e da necessidade dizem respeito ao que é factualmente possível. O balanceamento diz respeito ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que diz respeito à optimização e todos os meios jurídicos: “*ao maior detrimento de um princípio deve corresponder uma maior importância em satisfazer o outro*”¹¹². Significa isto que a optimização de direitos concorrentes consiste precisa-

¹⁰⁶ No sentido utilizado por JOSÉ ANTÓNIO VELOSO, “Concurso e conflito de normas”, *Direito e Justiça* 27 (2003), pág. 219.

¹⁰⁷ PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português I*, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 25.

¹⁰⁸ GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, pág. 1165, os princípios jurídicos fundamentais são aqueles historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que se encontram numa recepção expressa ou implícita no texto constitucional. São princípios que pertencem à ordem jurídica positiva e que constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo.

¹⁰⁹ JÓNATAS MACHADO, *Liberdade de expressão*, *Studia Iuridica* 65, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, págs. 726 e ss.

¹¹⁰ Vide, por todos, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, anot. ao artigo 18.º, pág. 162, XVIII, o princípio da proporcionalidade analisa-se em três vectores: necessidade, adequação e racionalidade. A necessidade supõe a existência de um bem juridicamente protegido e de uma circunstância que imponha intervenção ou decisão; equivale a exigibilidade desta intervenção ou decisão. A adequação significa que a providência se mostra adequada ao objectivo almejado, se destina ao fim contemplado pela norma, e não a outro; significa, pois, correspondência de meios a fins. A racionalidade ou proporcionalidade *stricto sensu* implica justa medida; que o órgão competente proceda a uma correcta avaliação da providência em termos quantitativos (e não só qualitativos); que a providência não fique aquém ou além do que importa para se obter o resultado devido – nem mais, nem menos.

¹¹¹ Se o sacrifício do direito de propriedade não for adequado, em concreto, para a salvaguarda do direito de personalidade, não chega a existir conflito.

¹¹² GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, pág. 1237: a ponderação resulta da “(1) inexistência de uma ordenação abstracta de bens constitucionais o que torna indispensável uma operação de balanceamento desses bens de modo a obter uma norma de decisão situativa, isto é, uma norma de decisão adaptada às circunstâncias do caso; (2) formatação principial de muitas das normas de direito constitucional (sobretudo das normas consagradoras de direitos fundamentais) o que implica, em caso de colisão, tarefas de concordância, balanceamento, pesagem, ponderação, típicas dos modos de solução de conflitos entre princípios; (3) fractura da unidade de valores de uma comunidade que obriga a leituras várias dos conflitos de bens, impondo uma cuidadosa análise dos bens em presença e uma fundamentação rigorosa do balanceamento efectuado para a solução dos conflitos”.

mente no balanceamento¹¹³. ROBERT ALEXY sugere que o balanceamento pode ser dividido em três passos: (i) estabelecer o grau de não satisfação ou de detrimento do primeiro princípio (intensidade da interferência); (ii) no segundo momento, é determinada a importância de satisfazer o princípio concorrente (graus de importância); (iii) o terceiro passo responde à questão de saber se a importância de satisfazer os princípios concorrentes justifica o detrimento ou a não satisfação do primeiro (a relação entre a intensidade da interferência e o grau de importância)¹¹⁴.

A compressão de cada interesse em jogo só se justificará na medida em que: (a) garantir a sobrevivência do interesse contraposto; (b) não houver solução menos gravosa; (c) o benefício logrado com a restrição de um interesse compensar o grau de sacrifício imposto ao outro¹¹⁵.

¹¹³ Estamos perante uma “*conceptual necessity*”, nas palavras de MATTIAS KUMM, “Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement”, GEORGE PAVLAKOS (ed.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Hart Publishing, 2007, pág. 137. Para uma análise do surgimento da ponderação de direitos na Alemanha e da sua difusão pela Europa, pelos países da Commonwealth e em Israel, que os autores consideram de qualidade viral, veja-se ALEC STONE SWEET e JUD MATHEWS, “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism”, *Colum. J. Transnat’l L.* 72 (2008), págs. 97 e ss.

¹¹⁴ ROBERT ALEXY, “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, *Ratio Juris* 16 (2003), pág. 136. Naturalmente que muitas objecções se levantaram a esta compreensão dos direitos com foco no caso concreto no contexto do princípio da proporcionalidade. Referimo-nos à falta de standards racionais para a distinção das medidas racionais; ou sobre o conteúdo concreto ou abstracto desses critérios, a questão da vantagem institucional que esta teoria confere aos tribunais. Ainda que estas questões sejam importantes, elas não cabem na problemática em que nos situamos. A ponderação dos direitos em concreto, ou a determinação da sua concordância prática, considerando o papel que vimos dever ser conferido ao julgador, não está isenta de críticas quanto à sua legitimidade constitucional. JÜRGEN HABERMAS, *Between Facts and Norms*, Polity Press, 1996, págs. 259 e ss, coloca duas objecções: a subjectividade ilimitada que permite, já que não existem critérios ou padrões racionais para o balanceamento e, por outro lado, que o balanceamento de valores leva a um julgamento que fornece um resultado mas que não é capaz de justificar esse resultado. Mas estas críticas não procedem. Como podemos ler em ROBERT ALEXY, “Balancing, Constitutional Review, and Representation”, *I-CON* 3 (2005), pág. 577, o elemento base da estrutura do balanceamento, tal como a descrevemos, são as proposições. Estes julgamentos ou proposições que permitem o funcionamento do balanceamento se justificam sob a forma de argumentos. Os argumentos definem a estrutura lógica dos percursos no discurso, e demonstram como os diferentes percursos se cruzam uns com os outros. O discurso é, ele próprio, um elemento conceptual do constitucionalismo discursivo. O balanceamento não é possível sem discurso, e os argumentos ou os esquemas de discurso inferenciais fazem parte da estrutura do balanceamento. Assim sendo, o balanceamento é tão racional quanto seja o discurso que o sustenta.

Mas resta-nos ainda uma outra questão: o controlo da constitucionalidade (*constitutional review*) e a perene relação do controlo constitucional e da democracia. A questão é delicada e não cabe no nosso âmbito problemático. Mas sempre diremos que concordamos com ROBERT ALEXY, “Balancing, Constitutional Review, and Representation”, *I-CON* 3 (2005), págs. 579 e ss., que a representação do povo por um tribunal é puramente argumentativa. Se a representação é algo mais do que um funcionário, ao contrário do que HANS KELSEN sugere na *Teoria Pura do Direito*, 6.ª edição, tradução de João Baptista Machado, Armédio Amado, Coimbra, 1984 [1960], pág. 222, tornar existente o *repraesentadum*, ela incluirá elementos dos dois, ou seja elementos factuais e normativos. Mas a representação não dispensa uma dimensão ideal, que a liga ao discurso. A representação argumentativa supõe, todavia, suas condições: a existência de argumentos sólidos e correctos e, em segundo lugar, a existência de pessoas racionais, isto é, de pessoas que aceitam critérios sólidos e correctos porque eles o são. Estas pessoas são as pessoas constitucionais no sentido utilizado por JOHN RAWLS, em *Liberalismo político*, traduzido por Luís Sedas Nunes, Editorial Presença, 1996 [1993].

¹¹⁵ Sobre a proporcionalidade como procedimento analítico, sem produzir, *qua tale*, resultados substantivos autónomos, ver ALEC STONE SWEET e JUD MATHEWS, “Proportionality Balancing and

O princípio da concordância prática executa-se, pois, através de um critério de proporcionalidade na distribuição dos custos do conflito, impondo que a escolha entre as várias possibilidades de preferência concreta se faça em termos de comprimir o menos possível os direitos em presença, segundo o seu peso nessa situação – segundo a intensidade e a extensão com que a sua compressão no caso afecta a protecção que a cada um deles é concedida¹¹⁶.

A solução do conflito entre o direito de propriedade e o direito de personalidade em causa depende, pois, de um *procedimento* e de um *juízo de ponderação*, não dos direitos em si, mas das formas ou modos de exercício específicos (especiais) desses direitos, nas circunstâncias do caso concreto, tentando encontrar e justificar a solução mais conforme ao programa valorativo imposto pela ordem constitucional vigente¹¹⁷.

A pergunta que temos de fazer será, pois, qual o valor em tensão que deve prevalecer, em face dos factos concretos. A protecção de cada direito tem de ser adequada, não pode ser mínima¹¹⁸: será na medida da interferência com o direito. O que o titular tem em virtude de ter uma posição garantida por um direito depende das razões que suportam essa posição num contexto determinado. Estas razões têm

Global Constitutionalism”, *Colum. J. Transnat’l L.* 72 (2008), pág. 76.

¹¹⁶ Para VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 304, aqui estamos perante as dimensões interligadas de necessidade e de proporcionalidade em sentido estrito. *O princípio, consagrado na doutrina constitucional como princípio da harmonização ou concordância prática, enquanto critério de solução e conflitos não pode, pois, ser aceite ou entendido como um regulador automático. Por um lado, a sua aceitação pressupõe que o conflito entre direitos nunca afecta o conteúdo essencial de nenhum deles*. “Por outro lado, o princípio da concordância prática neste domínio não impõe necessariamente a realização óptima de cada um dos valores em jogo, uma harmonização em termos matemáticos”. Ou seja, VIEIRA DE ANDRADE não concorda com ALEXY quando designa os princípios como imperativos de optimização. “É apenas um método e um processo de legitimação das soluções que impõe a ponderação – (...) – de todos os valores constitucionais aplicáveis, de modo que se não ignore nenhum deles, para que a Constituição (essa, sim) seja optimizada ou preservada na medida do possível. O autor defende que “Deve configurar-se em cada direito fundamental um núcleo essencial de protecção máxima (‘domínio garantido’), que inclui as situações ou modos primários típicos de exercício dos direitos (e que julgamos corresponder ao conteúdo essencial do direito, no plano axiológico-normativo) e depois, afastando-se do núcleo, espaços de protecção progressivamente menos intensa, à medida que os modos são mais atípicos ou as situações mais específicas, até ao limite máximo, que é definido pelos limites imanentes em função do núcleo essencial de outros direitos ou valores comunitários.

Igualmente para JÓNATAS MACHADO, *Liberdade de expressão*, Studia Iuridica 65, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, págs. 726 e ss, o princípio da proporcionalidade se apresenta-se como um metaprincípio vocacionado para a resolução de conflitos entre direitos e interesses constitucionalmente protegidos, procurando alcançar um ponto óptimo de máxima efectividade, ou de clímax de bens jurídicos, situado o mais longe possível do seu conteúdo essencial, fornecendo critérios que assegurem a justeza intrínseca do processo de ponderação. Subjacente ao princípio da proporcionalidade está o reconhecimento de que em matéria de direitos, liberdades e garantias é praticamente impossível escapar a uma metodologia de ponderação de bens jurídicos em competição. E nessa ponderação, os direitos, liberdades e garantias são, a um tempo, limitáveis e limites à sua própria limitação.

¹¹⁷ Podemos, no entanto, conceber que seja necessário estabelecer, determinada pelas circunstâncias do caso, e depois de uma avaliação das alternativas, a preferência ou prevalência de um direito sobre o outro direito adequado - em termos que poderão mesmo equivaler, na prática, ao sacrifício total do direito preterido: vale, então, o princípio da “prevalência do interesse superior” ou da “prevalência do interesse preponderante”.

¹¹⁸ W. VAN GERVEN, “Of Rights, Remedies and Procedures”, *CMLRev* 37 (2000), pág. 503.

forças diferentes em contextos diferentes e representam uma estrutura variável¹¹⁹ para o traçam o perímetro, a extensão e o campo de abrangência do direito subjetivo, definindo deste modo o desenho legal de cada um dos direitos em causa¹²⁰.

A actividade do julgador é uma actividade simultaneamente de interpretação e de restrição ou condicionamento – de delimitação restritiva ou condicionadora¹²¹ - e porque “*o conflito encontra na respectiva superação o seu destino histórico-social*”¹²² - a ponderação situa-se a jusante da interpretação. A actividade interpretativa começa por uma reconstrução e qualificação dos interesses ou bens conflituantes procurando, em seguida, atribuir um sentido aos textos normativos e aplicar. Por sua vez, a ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito de bens¹²³.

A concretização dos critérios propostos pelo artigo 335.º há-de pois apurar-se através de uma actividade valorativa¹²⁴, segundo a ordenação estabelecida no nosso ordenamento jurídico entendido como um todo. Relembremos, com VIEIRA DE ANDRADE¹²⁵, que a qualidade de normas directamente aplicáveis dos direitos fundamentais significa, em primeiro lugar, a afirmação do carácter jurídico-positivo e não meramente programático dos preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias.

¹¹⁹ MATTIAS KUMM, “Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement”, GEORGE PAVLAKOS (ed.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Hart Publishing, 2007, pág. 165.

¹²⁰ ELSA VAZ DE SEQUEIRA, *Dos pressupostos da colisão de direitos no Direito Civil*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2004, pág. 115.

¹²¹ VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 304.

¹²² Na expressão de CASTANHEIRA NEVES.

¹²³ ASSIM GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, pág. 1237. Como bem refere PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 254-255, o artigo 335.º não deve ser interpretado à letra, mas antes aplicado de acordo com a sua *ratio*. O sentido do artigo 355.º é o de distinguir situações em que os direitos em conflito podem ser hierarquizados e situações em que existe entre eles uma relação de paridade. A concretização do regime do artigo 335.º do Código Civil exige uma ponderação dos direitos em conflito. (...) A ponderação deve ser feito em concreto. (...) Os tribunais têm-se pronunciado no sentido geral da prevalência dos direitos de personalidade sobre os direitos meramente económicos. Se da ponderação concreta dos direitos em colisão não resulta a superioridade de um sobre o outro, “*devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes*”. Os titulares dos direitos em colisão deverão então cooperar no exercício de modo a que nenhum fique prejudicado em relação ao outro. Se não chegarem a um entendimento consensual, deverá o tribunal decidir e fixar o modo como deve ser harmonizado o exercício sem maior detrimento de um dos titulares em relação a outro”. No mesmo sentido, para o direito de autor, Sobre a aplicação do artigo 335.º, 1, DÁRIO MOURA VICENTE, “O equilíbrio de interesses no direito de autor”, em *Direito da Sociedade de informação IX* (2012), pág. 265: “*O problema em apreço não se resolve, pois, pelo estabelecimento de uma hierarquia entre o direito de autor (tido como fundamental) e as utilizações livres de obras intelectuais (as quais constituem também, como acabamos de ver, reflexos de direitos fundamentais), mas antes pela consagração de um regime legal que estabeleça um adequado equilíbrio entre os interesses que se debatem nesta matéria*”.

¹²⁴ Rejeitando a actividade do julgador na interpretação e concretização dos critérios subjacentes ao artigo 335.º como uma opção lógico-dedutiva, FILIPE ALBUQUERQUE MATOS, *Responsabilidade civil por ofensa ao bom crédito ou ao bom nome*, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 79, nota 98.

¹²⁵ VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 193 e ss.

Como ensina o autor, “*também do princípio da superioridade normativa da Constituição se pode extrair a obrigatoriedade para os poderes estaduais de, ao aplicarem as leis, as interpretar em conformidade com os direitos fundamentais. Assim, as normas legislativas que contêm ou contactem os direitos fundamentais devem ser interpretadas criticamente em função do sentido próprio das normas constitucionais respectivas*”.

Se é certo que no plano da valoração poder-se-á unanimemente sufragar a proeminência dos interesses pessoais face aos patrimoniais¹²⁶, esta afirmação não prescinde, todavia de uma concreta fundamentação explicitante¹²⁷. Se naquele concreto exercício, naquele concreto problema a decidir, o direito real surge como *perímetro de desenvolvimento pessoal e autodeterminação*¹²⁸ reconhecido pela Constituição, esta dimensão carece inegavelmente de ser ponderada e reconhecida.

Como ensina CASTANHEIRA NEVES¹²⁹, “*na experiência jurídica jurisdicional o direito constitui-se e manifesta-se enquanto se realiza*”. Na interpretação-realização a norma vê-se duplamente transcendida: “*não apenas pela realidade do concretum decidendo, a exigir o constitutivo desenvolvimento concretizador*”, mas ainda, e sublinhamos, “*pela normatividade da intencionalidade jurídica fundamentante, pelos princípios jurídicos em que se determina o sentido do direito desde logo, e que por isso a realização do direito, ao assimilar estas duas dimensões translegais, embora porventura através da norma legal, se tem de reconhecer como uma autonomia constitutiva que vai além da que corresponde à concretização simplesmente*”¹³⁰.

A função de protecção jurídica dos direitos e a consideração das normas consagradoras de direitos fundamentais como normas garantidoras de bens jurídicos apontam não apenas para o dever do legislador estabelecer uma ordenação adequada das relações jurídicas privadas sob o ponto de vista dos direitos, liberdades e garantias, mas também para a responsabilidade de os tribunais encontrarem uma solução justa para os casos de conflitos de posições fundamentais. Os diferentes tribunais devem considerar os direitos, liberdades e garantias como medidas de decisão dos casos concretos. Os juízes, embora vinculados em primeira linha pela mediação

¹²⁶ Sobre o significado histórico da distinção entre direitos pessoais e patrimoniais, ver HENRIQUE SEIXAS MEIRELES, *Marx e o Direito Civil (para a crítica histórica do “paradigma civilístico”)*, Separata do BFD, Coimbra, 1990, págs. 291 e ss.

¹²⁷ Sugere-nos JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “A tutela de bens da personalidade na constituição e na jurisprudência constitucional portuguesas (algumas notas)”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho III*, organizados por FERNANDO ALVES CORREIA, JÓNATAS MACHADO e JOÃO LOUREIRO, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pág. 843, que olhar para os direitos da pessoa a partir da Constituição permite ganhar horizonte, alargar o campo de visão a todas as esferas relacionais do ser humano, e simultaneamente perceber com mais sentido do concreto as situações existenciais em que a personalidade de cada um está envolvida e necessita de tutela.

¹²⁸ A expressão é de JÓNATAS MACHADO, *Liberdade de expressão*, Studia Iuridica 65, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, págs. 370.

¹²⁹ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “Fontes do Direito”, *Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, 2.º volume, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, págs. 29 e ss.

¹³⁰ Se é assim relativamente às próprias normas “determinadas”, quanto às prescrições indeterminadas (com cláusulas gerais, conceitos indeterminados, conceitos de valor, etc.), incompletas ou de discricionariedade, a autónoma função constitutiva da realização do direito é a própria evidência. Cfr. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido”, *Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, 2.º volume, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pág. 120.

legal dos direitos, liberdades e garantias, devem também dar operatividade prática à função de protecção (objectiva) dos direitos, liberdades e garantias¹³¹, desde logo através da aplicação do direito privado legalmente positivado em conformidade com os direitos fundamentais pela via da interpretação conforme a Constituição¹³².

A unidade e integração valorativa do nosso ordenamento jurídico impõem, pois, que na medida em que um direito de propriedade goze de pessoalidade, por

¹³¹ GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, pág. 1292.

¹³² Não cabe no âmbito da nossa análise a questão do acto administrativo autorizativo de actividades lesivas de direitos ou posições jurídicas de terceiros, no sentido apresentado por GOMES CANOTILHO, “Actos autorizativos jurídico-públicos e responsabilidade por danos ambientais”, *BFDUC* 69 (1993) pág. 4. Esta questão tem sido teorizada a propósito da relação poligonal, enquanto resultado da publicização das relações jurídicas entre privados, e cuja importância é premente no domínio das questões ambientais. Cfr. GOMES CANOTILHO, “Relações jurídicas poligonais, ponderação ecológica de bens e controlo judicial preventivo”, *RJUA* 1 (1994), págs. 55 e ss, especialmente a pág. 59, onde o autor defende que a ponderação ecológica deve tomar em consideração todos os interesses públicos e todos os interesses privados; Vasco Pereira da Silva, *Em busca do acto administrativo perdido*, 149 e ss.

GOMES CANOTILHO, sob a égide do efeito legalizador sugere uma posição em que este efeito apenas se produziria se fosse enquanto tal previsto por lei. (cfr. GOMES CANOTILHO, “Actos autorizativos jurídico-públicos e responsabilidade por danos ambientais”, pág. 3 e ss, e; F. Urbano Calvão, *Direito ao ambiente e tutela processual das relações de vizinhança*, Nos 20 anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica, Porto, 1998, pág. 585 e ss) O lesado teria direito a uma indemnização, fundada não na ilicitude, afastada por efeito do acto, mas pelo sacrifício de uma posição jurídica. Colaço Antunes, em *O procedimento administrativo de avaliação do impacto ambiental*, Coimbra, 1998, 64-5, entende que a responsabilidade abrange o próprio estado, e Cunhal Sendim, *Responsabilidade civil pro danos ecológicos*, pág. 30 e ss. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, em “As licenças de construção e os direitos de natureza privada de terceiros”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, FDUC (org.), Coimbra Editora, Coimbra, 2001, págs. 1017 e ss, entende que no contexto específico das licenças de construção se deve ter em conta exclusivamente as normas publicísticas e sendo admitidas sob reserva de direitos de terceiros, as licenças não têm qualquer efeito legalizador ou conformador da eventual ilicitude privada.

Parece-nos de aceitar a posição de MAFALDA CARMONA, *O acto administrador conformador de relações de vizinhança*, Almedina, Coimbra, 2011, que, partindo do caso concreto, considera que se parte do conteúdo do acto administrativo para determinar qual a actividade e os efeitos que se podem considerar aí abrangidos. Assim se traçará a linha entre os danos que se possam considerar cobertos pela autorização e os danos que, embora decorrentes da actividade autorizada, não se podem considerar integrados no conteúdo do acto administrativo.

ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “O papel do jurista do nosso tempo”, *Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pág. 43: “o homem há-de sempre afirmar-se ao homem, nas relações e situações horizontais comutativas; o homem há-se sempre afirmar-se ao poder, nas relações e situações verticais organizatórias e impositivas”. Como sublinha GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, pág. 1300, a vinculação dos tribunais que actuam nas vestes de jurisdição civil e decidem segundo a medida do direito privado “não deriva apenas do facto de eles, ao proferirem decisões, actuarem como ‘poder público’; deriva, também da necessidade de eles observarem os direitos, liberdades e garantias na medida em que eles valham para a decisão do caso concreto. Utilizando uma formulação doutrinária expressiva: o Tribunal tem de observar os direitos, liberdades e garantias na medida em que eles constituem ‘direito aplicável’ à causa; eles não vinculam só pelo facto de um tribunal ‘proferir uma decisão’. A vinculação dos tribunais pelos direitos, liberdades e garantias é, deste modo, uma expressão do dever de protecção (Schutzpflicht) que incumbe ao Estado relativamente à efectivação destes direitos”. Vide, ainda, JÓNATAS MACHADO, *Liberdade de expressão*, *Studia Iuridica* 65, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pág. 414, relativamente ao modo como os direitos fundamentais assumem um relevo fundamental no conteúdo funcional da actividade jurisdicional. Sobre a norma constitucional como parâmetro de interpretação, CRISTINA QUEIROZ, “O princípio da interpretação conforme a Constituição. Questões e perspectivas”, *RFDUP* 7 (2010), pág. 315.

ser constitutivo do desenvolvimento da personalidade do seu titular, já não pode ser considerado, totalmente, como direito de espécie diferente do direito de personalidade do titular afectado pelo exercício desse direito real. Significa isto que, partindo de uma concepção material pluralista, que requer uma valência não absoluta dos direitos, mas antes os torne compatíveis com os direitos com que deve conviver, “*devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes*”, para utilizarmos a fórmula legal. O princípio da proporcionalidade reflecte a aceitação desta directriz pela nossa jurisprudência¹³³.

A ponderação de bens actua, pois, como uma forma, indispensável, do discurso da razão prática, enquanto técnica que, sem nunca perder de vista os aspectos

¹³³ Ac. STJ, de 15 de Março de 2007 [Processo: 07B585]: “I - Os autores são donos de um prédio rústico no concelho de Silves onde se encontra implantado um edifício composto de rés-do-chão, 1.º andar e logradouro, sendo este composto por jardim e piscina, destinado a habitação. II - Os autores não residem naquele edifício e só ocasionalmente ali passam alguns dias, incluindo fins de semana. III - No prédio da ré, contíguo aos dos autores, encontra-se implantada vinha; nesta vinha, a ré tem colocada uma máquina que emite um som semelhante ao de um tiro de arma de caça cujo objectivo é afugentar os pardais, impedindo que estes comam as uvas; tal máquina funciona entre a segunda quinzena de Junho e a primeira de Agosto, entre as 08.30 hora até cerca das 20.30 horas de cada dia. IV - Não está em causa um interesse permanente dos autores, considerando o tempo (limitado) em que residem na casa e o facto de apenas temporariamente o equipamento estar a funcionar (cerca de dois meses por ano e nunca durante a noite). V - Por outro lado, a ré vive dos rendimentos da actividade agrícola e, se não for utilizado qualquer sistema de protecção das uvas produzidas na vinha, a respectiva produção sofrerá decréscimo acentuado, o que pode levar à perda de toda a vinha, por não ser economicamente rentável a sua exploração. VI - Assim, mesmo numa perspectiva constitucional, não é possível resolver o caso concreto a favor dos autores com base no entendimento de que o direito ao repouso e à qualidade de vida prevalece sobre o direito de propriedade e o exercício da actividade económica; a proibição de utilização da aludida máquina apresenta-se como providência desproporcionada à invocada ofensa dos direitos de personalidade dos autores. VII - Acresce que não se verificam os requisitos previstos no art. 1346.º do CC: que as emissões (no caso, de ruídos) importem um prejuízo substancial para o uso do imóvel vizinho ou que não resultem da utilização normal do prédio de que emanam; assim, improcede o pedido de indemnização por danos não patrimoniais”; Ac. STJ, de 1 de Abril de 2003 [Processo: 03B3589]: “I - Não se pode - em abstracto e a priori - sacrificar radicalmente os direitos de natureza patrimonial aos direitos inerentes à integridade física ou moral do indivíduo; II - Perante as contradições e colisões normativas desses direitos deve o intérprete, caso a caso, estabelecer limites e condicionalismos de forma a conseguir - dando assim cumprimento ao princípio constitucional da proporcionalidade (artigo 18, n.º da CRP) - uma harmonização ou concordância prática entre eles”. Nesta acção ordinária, os autores A, B e C pedem que os réus D e mulher E fossem condenados a: a) retirarem do seu prédio a vacaria e ordenha que aí têm instaladas, e a funcionar, bem como as chapas de zinco que estão a cobrir o pátio da vacaria; b) absterem-se de depositar estrume nas nitreiras e inutilizar estas e de utilizar os silos existentes nesse local; c) pagarem aos autores a indemnização que se vier a liquidar em execução de sentença. Alegavam, em síntese, que os cheiros e ruídos provindos da vacaria e da ordenha que os réus exploram no seu prédio, situado a sul dos prédios dos autores, lhes havia ofendido o seu direito ao repouso, a um ar saudável e a água potável, advindo-lhes, com essa ofensa, múltiplos danos. Os réus contestaram, alegando, em suma, que: desde há mais de 25 anos que haviam instalado, no seu prédio, a vacaria com estábulo, sala de ordenha, silo, nitreira e duas fossas, tendo feito obras de ampliação há cerca de 11 anos, que as instalações foram devidamente licenciadas pela Câmara Municipal de Oliveira de Azeiméis e são objecto de inspecções sanitárias, que a casa dos autores foi construída depois da instalação do estábulo, ordenha, fossas e um dos silos e que a mudança da vacaria para outro local custaria mais de 20.000.000\$00”; Ac. TRP, de 18 de Dezembro de 2000 [Processo: 0051365]: “I - No conflito entre direitos de personalidade e direito ao ambiente e à qualidade de vida com direitos de índole patrimonial ou com valorização económica deve dar-se prevalência àqueles em detrimento destes. II - O princípio da proporcionalidade exige que os direitos em confronto cedam na medida do necessário a fim de que todos produzam os seus efeitos sem prejuízo para qualquer das partes. III - Na desproporção entre a medida requerida e a situação a proteger pode o juiz construir uma medida concreta, alternativa à requerida, para assegurar a efectividade do direito ameaçado”.

normativos do problema, atribui especial relevância às suas dimensões fácticas. O equacionamento das tensões entre propriedade e personalidade só pode ser compreendido à luz das variáveis fácticas do caso, que indicarão ao intérprete o peso específico a atribuir a cada um dos elementos em confronto¹³⁴. Cabe ao intérprete, à luz das circunstâncias do caso concreto, impor compressões recíprocas sobre os bens jurídicos protegidos pelos princípios em disputa, de modo a encontrar um ponto óptimo, em que a restrição a cada direito seja a mínima indispensável à sua convivência com o outro¹³⁵.

Os nossos tribunais têm, assim, demonstrado, uma técnica fecunda de avaliação dos interesses em jogo, refractária ao formalismo e aberta à realidade da vida social¹³⁶.

A procura de uma solução concreta de harmonia que possa resolver as situações de tensão pressupõe que o conflito é sempre resolvido dependente das variáveis fácticas. Em face das concretas circunstâncias históricas, e de acordo com uma lógica de razoabilidade, pode tornar-se necessária uma decisão de hierarquização, a emergir no momento da decisão. Nestas hipóteses, todavia, o exercício do direito proeminente deve reger-se dentro dos parâmetros de adequação e da proporcionalidade com vista a um total aniquilamento do direito preterido¹³⁷.

¹³⁴ No mesmo sentido, considerando que a mobilização dos critérios contidos no artigo 335.º impõe uma valoração concreta das situações conflituantes, FILIPE ALBUQUERQUE MATOS, *Responsabilidade civil por ofensa ao bom crédito ou ao bom nome*, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 82, nota 98.

¹³⁵ DANIEL SARMENTO, “Os princípios constitucionais e a ponderação de bens”, em RICARDO LOBO TORRES, *Teoria dos direitos fundamentais*, Renovar, Rio de Janeiro, 1999, pág. 56 (seguindo Vieira de Andrade): o nível de restrição de cada bem jurídico será inversamente proporcional ao peso que se emprestar, no caso, ao princípio do qual ele se deduzir, e directamente proporcional ao peso que se atribuir ao princípio protector do bem jurídico concorrente.

¹³⁶ Relembremos com ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “O papel do jurista do nosso tempo”, *Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pág. 46-47, que sendo o direito o cumprimento da sua ideia num contexto histórico-comunitário, será sempre ele mais e coisa distinta da lei. Nas palavras do autor, “o dinamismo só vem ao sistema se ele aceitar a mediação de actos intencionalmente aquisitivos que lhe vão assimilando as pressuposições exigidas pelo dinamismo objectivo. Por isso, reconhecer a integração por critérios normativos que transcendem a lei, mesmo naquele domínio que se poderá dizer formalmente coberto pelo sistema legal, não é desobedecer à lei, é antes enriquecê-la daquele modo de que ela necessita para ser um instrumento normativo capaz de se desempenhar da sua própria função de direito, por concorrer na realização do direito do direito através da decisão juridicamente adequada dos casos concretos. É o que inevitavelmente implicam tanto a natureza histórica do objecto de regulamentação (a realidade social), como a natureza histórica da própria intenção regulamentadora (os conteúdos de que se vai alimentando a ideia de direito no seu transcender axiologicamente projectivo em ordem a uma certa comunidade real). O que quer dizer que o sistema positivo será sempre duplamente ultrapassado: pelos princípios axiológico-normativos por que se vai determinando o comunitário projecto axiológico e pela realidade historicamente concreta da sua aplicação. Só aceitando o sistema positivo esta dupla carência e esta dupla superação, não acabará ele próprio por se alienar, como algo meramente pensado e suspenso de uma vontade arbitrária, das reais exigências da vida jurídica e por se fechar, assim, às possibilidades de uma verdadeira eficácia e de uma justiça autêntica”.

¹³⁷ FILIPE ALBUQUERQUE MATOS, *Responsabilidade civil por ofensa ao bom crédito ou ao bom nome*, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 82, nota 98. Vide, ainda, KARL LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*, 2.ª edição, tradução de José Lamego, FCG, Lisboa, 1989 [1983], pág. 492 e ss.

Notas conclusivas

Na concretização do artigo 335.º, o intérprete tem de atender à ponderação valorativa feita a nível constitucional, de acordo com a força normativa que é reconhecida à Constituição. A experiência jurídica jurisdicional tem o seu ponto de partida explícito num concreto problema jurídico – num caso histórico-socialmente concreto de sentido problematicamente jurídico, que exige, todavia, uma normatividade jurídica fundamentante.

A unidade e integração valorativa do nosso ordenamento jurídico impõem, pois, que na medida em que um direito de propriedade goze de pessoalidade, por ser constitutivo do desenvolvimento da personalidade do seu titular, já não pode ser considerado como direito de espécie diferente do direito de personalidade do titular afectado pelo exercício desse direito real. Assim, o conflito há-de resolver-se não segundo o n.º 2 do artigo 335.º, que determina que se os direitos “*forem desiguais ou de espécie diferente, prevalece o que deva considera-se superior*”, mas antes segundo a previsão do n.º 1, da mesma norma. Partindo de uma concepção material pluralista, que requer uma valência não absoluta dos direitos, mas antes os torne compatíveis com os direitos com que deve conviver, “*devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes*”, para utilizarmos a fórmula legal.

A solução da antinomia pragmática entre um direito de propriedade e um direito de personalidade deve, pois, ser obtida através de um processo ponderativo de concordância prática, em que a cada um dos direitos seja reconhecido o seu espaço de operatividade, segundo o princípio da proporcionalidade, enquanto princípio jurídico fundamental, objectivamente conformador de toda a actividade do Estado, incluindo a actividade judicial.

Através de uma técnica de ponderação de bens, indispensável ao discurso da razão prática, cabe ao julgador, sem nunca perder de vista os aspectos normativos do problema, considerar as suas dimensões fácticas e atribuir o peso adequado a cada um dos elementos em confronto.

CONCLUSÃO

A tese que apresentámos parte da relação entre a propriedade e a constituição da personalidade. Embora esta ligação já nos tenha sido sugerida há muito tempo por vários filósofos, só nos últimos anos se verificou um aprofundamento da investigação ao nível das ciências sociais sobre este tema e a experiência empírica veio confirmar o que já há muito se intuía: certos objectos são constitutivos da personalidade, na medida em que permitem ao ser humano desenvolver-se na sua individualidade e apresentar-se socialmente com uma identidade específica. Procurámos averiguar se esta premissa era importante para o Direito Civil e, em particular, se seria susceptível de fundamentar uma diferente afectação de direitos reais, ou, dito de outro modo, se estes, em virtude da sua ligação à personalidade, são merecedores de uma especial tutela do Direito.

Começámos, no Capítulo I, por analisar se essa ligação entre propriedade e personalidade era já reconhecida pelo ordenamento jurídico português. Ao nível infraconstitucional, descrevemos várias hipóteses normativas em que o legislador assumiu e reconheceu a especial ligação entre determinados bens e o desenvolvimento da personalidade do seu titular: na tutela da *utilização* de determinados imóveis para fins que não sejam contrários às convicções éticas do seu titular (o direito à não caça), no reconhecimento da *disposição do património* para a realização de fins relevantes para o seu titular, de beneficência, altruísmo ou caridade (a instituição de fundações, as doações sujeitas a encargos ou a condições e os legados pios), no especial regime de certos *bens*, que apresentam uma radical ligação com o seu titular (bens incommunicáveis e casa de morada), e na variável intensidade da *responsabilidade* de acordo com a ligação existente entre o bem e o devedor ou a sua família, no processo executivo (o regime das impenhorabilidades e o direito de remição), ou entre o bem e a vítima, de acordo com uma concepção personalista do património (a sistematização resultante do Código Penal de 1995).

Mas, também ao nível constitucional, que tratámos no Capítulo II, verificámos que o *indirizzo* dirigido ao legislador leva em si a orientação de conformação do regime da propriedade “*nos termos da constituição*”. Em síntese, na leitura que propomos do artigo 62.º da CRP, supomos consagrada a garantia institucional da propriedade, que exige ou pressupõe um “*sistema de propriedade privada*”, apto a determinar quais são os sujeitos que têm direito a realizar um conjunto de opções juridicamente disponíveis relativamente a um dado objecto, num determinado momento histórico. O legislador tem a tarefa de delinear um sistema articulado de regras de aquisição, de titularidades e da sua incidência objectiva, de transmissão e de segurança e responsabilidade, tarefa essa que é correspectiva de um direito - de natureza económica - a uma acção positiva do Estado, no sentido de criar e manter um sistema de afectação de bens, nos termos do qual possam ser constituídas concretas posições jurídicas.

O sistema a desenhar pelo legislador está, no entanto, *vinculado* a uma série de parâmetros: para além de ter no seu núcleo, como elemento polarizador, a afectação privada dos recursos disponíveis, deve ainda ser modelada no contexto de uma ordem de fins e valores constitucionalmente consagrados. Vale dizer, está desde logo, diríamos, no momento instituidor, sujeito à contingência de uma titularidade correspondente ao direito de propriedade, enquanto elemento carismático e paradigmático. Está, ainda vinculado às posições de vantagem juridicamente tuteladas. Sendo um sistema de “*propriedade privada*”, decorre, desde logo, que o legislador ao regular a afectação dos bens tem que respeitar as titularidades concretamente constituídas, sob pena de ocorrer um desvirtuamento da garantia institucional. Por último, o legislador deverá arquitectar um sistema “*nos termos da Constituição*”, entendida esta expressão não só com um sentido negativo, de imposição de limites à protecção constitucional, mas também com um sentido de delimitação positiva, permitindo ao artigo 62.º o *diálogo integrador com as outras normas da Constituição*. A consideração de outros direitos fundamentais como promotores da protecção do direito de propriedade – nomeadamente o direito ao desenvolvimento da personalidade – mais não é que o resultado de uma imposição de concretização relacional do artigo 62.º CRP ao nível jurídico-constitucional, que assume como *referente nuclear* sempre a pessoa humana e a máxima realização da sua *diferença e autonomia*.

Na densificação do direito de propriedade, consagrado no artigo 62.º, como *elemento discursivo*, é *inescapável a sua ligação a dimensões da personalidade*. No âmbito de ponderação de valores constitucionais, esta radical ligação que se pode verificar entre a propriedade e a personalidade tem de ser considerada. E ela é susceptível de alterar profundamente o balanceamento, a fazer pelo concretizador constitucional, entre o interesse público ou o direito de terceiros que justifica a restrição e o direito do proprietário. Ao direito de

propriedade, consagrado no artigo 62.º da CRP, e sempre que esteja presente a dimensão pessoal a que vimos fazendo referência, deve ser-lhe atribuído um primado sobre os demais direitos constitucionais que não sejam revestidos dessa normatividade qualificada, ou, ainda que também revestidos dessa normatividade, ela não se revele superior. Nos Capítulos III, IV e V- em que nos debruçamos sobre as restrições ao direito de propriedade em nome do interesse da família, as limitações na escolha da contraparte negocial em função do direito a não ser discriminado, e a colisão do direito de propriedade com direitos de personalidade, tal como tem sido analisada ao abrigo do artigo 335.º do CC – apresentámos propostas nesse sentido.

Nesse sentido, começámos por analisar, no Capítulo IV, se o legislador tem tomado em consideração a ligação entre propriedade e personalidade na área do Direito da Família. A resposta foi negativa em vários aspectos do regime do casamento e da união-de-facto.

Defendemos que, para uma correcta aplicação do artigo 5.º da Lei 7/2001, no sentido da constituição de um direito de uso e de habitação ao unido sobrevivivo, ou da atribuição do uso exclusivo ao unido comproprietário, o intérprete está particularmente vinculado à compreensão que o artigo 62.º, lido conjuntamente com o artigo 26.º da CRP, lhe fornece, ou seja, aos seus programas e domínios normativos. Os direitos fundamentais têm um conteúdo jurídico-objectivo irradiando a toda a ordem jurídica, traduzindo um sistema de valores em que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana ocupam lugar central, que condiciona a interpretação das normas jurídicas aplicáveis ao caso. A realidade da vida objecto de ordenação pelo artigo 5.º da Lei 7/2001 requer uma coordenação material entre a política de protecção que o legislador pretendeu implantar e o âmbito da realidade objecto de decisão. O julgador deve, pois, permitir a entrada dessas valorações através de institutos de direito privado, como sejam o abuso de direito ou os bons costumes. Se apesar da utilização desses institutos, a autonomia privada do *de cuius*, manifestada na escolha da união de facto para acomodar a sua relação afectiva, ou na disposição do seu património após a sua morte (porque não pôde eficazmente proteger descendentes ou outros familiares com pretensões legítimas a continuarem a viver na casa), ou o direito de propriedade dos sucessores se mostrarem excessivamente afrontados no caso concreto, e assim persistir uma contrariedade insanável com o quadro valorativo constitucional, o processo hermenêutico levará à prevalência da disposição constitucional, o que investe o juiz no dever de não aplicar a norma que a viola. É certo que não existe uma única resposta correcta, mas não podemos abdicar da ideia regulativa que obriga o intérprete a apresentar a sua decisão como a melhor expressão da razão prática.

O artigo 9.º da Lei n.º 61/2008 - ao mandar aplicar o artigo 1790.º a todos os divórcios instaurados após 1 de Dezembro de 2008 – com o efeito

prático de os cônjuges que casaram num regime de comunhão geral ou de comunhão para além dos adquiridos a título oneroso na constância do casamento virem a ser privados de direitos actuais que tinham sobre determinados bens, por mero efeito do seu exercício do direito ao divórcio e independentemente de qualquer declaração de culpa na ruptura do casamento – é materialmente inconstitucional, por violação do artigo 62.º da CRP, e impõe ao juiz a sua desaplicação. Na verdade, se a interpretação conforme os direitos, liberdades e garantias for insuficiente, cabe sempre na competência dos tribunais a desaplicação da lei (por inconstitucional) violadora dos direitos (subjectivos) ou dos bens constitucionalmente garantidos pelas normas consagradoras dos direitos fundamentais.

Por último, ao aplicar o artigo 1793.º num caso concreto, em que esteja em causa a atribuição da casa de morada de família a um ex-cônjuge, ou o artigo 4.ª da Lei n.º 7/2001, quando estiver em causa a atribuição da casa a um ex-unido, o juiz deve fazer uma interpretação conforme à Constituição, e aplicá-la apenas quando exista uma justificação constitucional para a restrição do direito de propriedade do ex-cônjuge, ou seja, quando filhos ou outros parentes do titular fiquem a viver na casa. Os juízes devem fazer uma aplicação do direito privado legalmente positivado em conformidade com os direitos fundamentais pela via da interpretação conforme a constituição. As normas de direito civil que prevejam a situação *sub judice* não podem ser lidas isoladamente, como um complexo normativo separado e auto-suficiente, devendo antes ser pensadas em conjunto com as normas constitucionalizadoras dos direitos afectados pelo caso em apreço. Criando o juiz a norma do caso, à luz e por refracção dos valores constitucionalmente consagrados, presta obediência ao critério de integração de lacunas fixado no artigo 10.º, n.º 3, do Código Civil, preceito que lhe manda resolver a situação, em último termo, “*segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema*”

No Capítulo IV, debruçámo-nos sobre a questão da discriminação na escolha da contraparte negocial. Apesar da legislação antidiscriminação aprovada recentemente, *et pour cause*, defendemos que sempre que esteja em causa uma afectação da propriedade, e essa afectação caiba no âmbito da relação entre propriedade e personalidade, a autonomia do proprietário e a reserva que a propriedade lhe confere devem ser fortemente tuteladas. Em termos metodológicos, em oposição à ponderação tradicional entre direito à liberdade contratual e direito à igualdade, sugerimos que, no balanceamento dos vários direitos em presença, sejam tomados em conta o direito à liberdade contratual, o direito a não ser discriminado e o direito de propriedade. Procurámos demonstrar como a eficácia do *princípio da igualdade entre os particulares* é inadequado, no plano do enquadramento dogmático, da fundamentação e dos efeitos para tratar o problema da discriminação na escolha da contraparte negocial.

No âmbito contratual, defendemos uma qualificação de discriminação em todos os casos em que a recusa a contratar por uma parte, ou as condições em que se dispõe a contratar, são determinadas por uma qualidade pessoal (em sentido amplo) da contraparte e, nesse sentido, consubstanciam um desrespeito ou uma diminuição da dignidade do outro. É no âmbito da defesa da sua dignidade – *do seu direito a não ser discriminado*, isto é, que uma sua qualidade pessoal seja determinante na escolha negocial da outra parte – que o sujeito encontra a tutela concedida pela proibição de discriminação e a contraparte encontra os limites da sua liberdade de actuação.

Na exacta determinação da natureza discriminatória da escolha da contraparte é necessário colocar em diálogo vários direitos: o direito à não discriminação, a autonomia privada e, sugerimos, o direito de propriedade. Quanto à escolha da contraparte negocial, ou quanto às limitações a essa escolha, são bem prementes as exigências correlativas das duas partes: uma delas quer negociar, a outra não quer. A preponderância valorativa das pretensões é, pois, absolutamente simétrica, por estarem em causas duas facetas igualitárias do princípio da liberdade contratual: o direito a contratar, de um lado, o direito a não contratar, do outro. Perante estas duas pretensões, legítimas e valorativas niveladas, o intérprete terá de procurar uma fundamentação material para alcançar uma solução prática sobre a validade ou invalidade da pretensão a contratar, vale dizer, sobre a licitude ou ilicitude da recusa a negociar. A vocação de outras materialidades fundamentantes não pode prescindir da colação do direito a não ser discriminado, assim como do direito de propriedade, enquanto direito que proporciona ao respectivo titular uma esfera ou área reservada e afasta ou exclui dessa área, através do dever geral de abstenção, todas as outras pessoas. A ligação da propriedade à personalidade, quando ela exista e na medida em que exista, requer um círculo específico de protecção da privacidade do seu titular que lhe confira a possibilidade de concretização necessária. Tal significa que na ponderação a fazer, enquanto determinação da licitude – isto é, dos limites – concreta da posição decisional, o factor propriedade tem de ser genuinamente protegido e promovido, sob pena da erosão de valores que, ao contrário do que se tem sustentado, não serão meramente patrimoniais, mas antes uma refacção, senão uma projecção da personalidade do seu titular, que o coloca numa relação com o mundo, e no círculo do respeito pela individualidade do outro, numa atitude de solidariedade social inegavelmente exigível, mas que ao mesmo tempo, que maximiza e reforça a sua própria individualidade, aquilo que o torna, também a ele diferente no círculo social em que vive e actua. Demonstrámos que este entendimento é sufragado por uma leitura valorativamente unitária da nossa Constituição e, em nossa opinião, encontra conforto no quadro regulatório antidiscriminação instituído pelas Directivas europeias.

Por último, analisámos o artigo 335.º do CC, e verificámos que a liga-

ção da propriedade à personalidade, quando exista, compromete a dicotomia aí implícita entre direitos patrimoniais e direitos pessoais. Defendemos no Capítulo V que a tarefa do julgador, no caso concreto, e esbatidos os contornos da distinção rígida acima referida, será procurar uma solução que tome em consideração o direito pessoal de uma das partes, mas igualmente o direito de propriedade da outra e, especialmente, a intensidade da ligação da propriedade em causa com a pessoa do seu titular. Na concretização do artigo 335.º, o intérprete tem de atender à ponderação valorativa feita a nível constitucional, de acordo com a força normativa que é reconhecida à Constituição. A unidade e integração valorativa do nosso ordenamento jurídico impõem, pois, que na medida em que um direito de propriedade goze de pessoalidade, por ser constitutivo do desenvolvimento da personalidade do seu titular, já não pode ser considerado como direito de espécie diferente do direito de personalidade do titular afectado pelo exercício desse direito real. Assim, o conflito há-de resolver-se não segundo o n.º 2 do artigo 335.º, que determina que se os direitos *“forem desiguais ou de espécie diferente, prevalece o que deva considera-se superior”*, mas antes segundo a previsão do n.º 1, da mesma norma. Partindo de uma concepção material pluralista, que requer uma valência não absoluta dos direitos, mas antes os torne compatíveis com os direitos com que deve conviver, *“devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes”*, para utilizarmos a fórmula legal. A solução da antinomia pragmática entre um direito de propriedade e um direito de personalidade deve, pois, ser obtida através de um processo ponderativo de concordância prática, em que a cada um dos direitos seja reconhecido o seu espaço de operatividade, segundo o princípio da proporcionalidade, enquanto princípio jurídico fundamental, objectivamente conformador de toda a actividade do Estado, incluindo a actividade judicial. Através de uma técnica de ponderação de bens, indispensável ao discurso da razão prática, cabe ao julgador, sem nunca perder de vista os aspectos normativos do problema, considerar as suas dimensões fácticas e atribuir o peso adequado a cada um dos elementos em confronto.

O futuro do direito privado como parte vital de um ordenamento jurídico depende sobretudo da medida em que a ideia de liberdade, de autodeterminação e de responsabilidade do indivíduo, que são o fundamento dos seus institutos, mantêm a sua força persuasiva¹. A propriedade, enquanto elemento constitutivo do desenvolvimento da personalidade, requer, pois, um regime que se coadune com essa sua característica ou natureza. Assim sendo - e não pretendendo incidir sobre a problemática da justificação da propriedade privada - reiteramos o nosso entendimento de que a ligação entre propriedade e personalidade tem de ser tomada em conta, quer pelo legislador, quer pelo juiz, no âmbito específico das suas competências.

¹ LUDWIG RAISER, *Il compito del diritto privato*, Giuffrè, Milão, 1990 [1977], pág. 228.

Bibliografia

- ABDUL-MUHMIN, ALHASSAN G., “Explaining Consumers’ Willingness to Be Environmentally Friendly”, *Journal of Consumer Studies* 31 (2007), 237-247.
- ABRANTES, JOSÉ JOÃO, *A vinculação das entidades privadas face aos direitos fundamentais*, AAFDL, 1990.
- ABRANTES, JOSÉ JOÃO, “Contratos da propriedade intelectual e contrato de trabalho”, FERREIRA DE ALMEIDA, CARLOS, COUTO GONÇALVES, LUÍS e TRABUCO, CLÁUDIA, *Contratos de direito de autor e de direito industrial*, Coimbra, Almedina, 2011.
- ACKERMAN, BRUCE, “Liberating Abstraction”, *U. Chi. L. Rev.* 59 (1992), 317-348.
- AGUILA, YANN, “Cinq questions sur l’interprétation constitutionnelle”, *Revue française de droit constitutionnel* 21 (1995), 9-46.
- AGUILA-REAL, JESÚS ALFARO, “Autonomía privada e derechos fundamentales”, *Anuario de Derecho Civil* 46 (1993), 57-122.
- AHUVIA, AARON C., “Beyond the Extended Self: Loved Objects and Consumer’s Identity Narratives”, *Journal of Consumer Research* 32 (2005), 171-184.
- ALBALADEJO, MANUEL, *Derecho Civil III*, Bosch ed., Barcelona, 1994.
- ALBERTO DOS REIS, JOSÉ, *Processo de Execução I*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1982.
- ALBERTO DOS REIS, JOSÉ, *Processo de Execução II*, Coimbra Editora, Coimbra, 1982.
- ALBUQUERQUE MATOS, FILIPE, “A fase preliminar do contrato”, FDUC, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.
- ALBUQUERQUE MATOS, FILIPE, *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*, Almedina, Coimbra, 2011.

- ALBUQUERQUE, PEDRO DE “Direito à insolação – direito de tapagem – conflito de direitos, ou o direito ao ambiente e à qualidade de vida – Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28 de Outubro de 2008”, *ROA* 69 (2009).
- ALEXANDER, GREGORY S., “Dilemmas of Group Autonomy: Residential Associations and Community”, *Cornell L. Rev* 75 (1989), 1-61.
- ALEXANDER, GREGORY S., “Property as a Fundamental Constitutional Right? The German Example”, *Cornell L. Rev* 88 (2003), 733-778.
- ALEXANDER, GREGORY S. e PEÑALVER, EDUARDO M., “Properties of Community”, *Theoretical Inq. L.* 10 (2009), 127-160.
- ALEXY, ROBERT, *A Theory of Constitutional Rights*, OUP, 2002.
- ALEXY, ROBERT, “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, *Ratio Juris* 16 (2003), 131-140.
- ALEXY, ROBERT, “Balancing, Constitutional Review, and Representation”, *Int’l J. Const. L.* 3 (2005), 572-581.
- ALMEIDA COSTA, MÁRIO JÚLIO, *Origem da enfiteuse no direito português*, Coimbra, 1957.
- ALMEIDA COSTA, MÁRIO JÚLIO, “Cláusulas de Inalienabilidade”, *Contratos, Actualidade e Evolução*, Universidade Católica Portuguesa, 1997.
- ALMEIDA COSTA, MÁRIO JÚLIO, *Noções fundamentais de direito civil*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009.
- ALMEIDA COSTA, MÁRIO JÚLIO, *Direito das Obrigações*, 12.ª edição, Almedina, Coimbra, 2009.
- ALMEIDA COSTA, MÁRIO JÚLIO, *História do Direito Português*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2009.
- ALMEIDA, GERALDO DA CRUZ, “O direito pessoal de autor no Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos”, *FDUL, Estudos em Homenagem ao Professor Manuel Gomes da Silva*, Coimbra, Coimbra, 2001.
- ALMEIDA LOPES, JOSÉ JOAQUIM, “As fundações canónicas privadas”, *RFDUP* II (2005), 227-261.
- ALMEIDA, SUSANA, *O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: A tutela das novas formas de família*, CDF/Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- ALONSO GARCÍA, ENRIQUE, *La interpretación de la constitución*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1984.
- ALONSO PÉREZ, MARIANO, “La familia y el Derecho de Familia”, YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO e CUENA CASAS, MATILDE, *Tratado de Derecho de la Familia*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2011.
- ALPA, GUIDO, “Libertá contrattuale e tutela costituzionale”, *Riv. crit. dir. priv.* XIII (1995), 35-54.
- ALVES CORREIA, FERNANDO, *As garantias do particular na expropriação por utilidade pública*, Almedina, Coimbra, 1982.

- ALVES CORREIA, FERNANDO, *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Almedina, Coimbra, 1997.
- ALVES CORREIA, FERNANDO, “A concretização dos direitos sociais pelo Tribunal Constitucional”, *RLJ* 3951 (2008), 355-359.
- ALVES CORREIA, FERNANDO, *Manual de Direito do Urbanismo II*, Almedina, Coimbra, 2010.
- ALVES CORREIA, FERNANDO, “A indemnização pelo sacrifício: contributo para o esclarecimento do seu sentido e alcance”, *RLJ* 3966 (2011), 143-161.
- ALVES CORREIA, FERNANDO, “TCAS, Acórdão de 18 de Outubro de 2012, Proc. n.º 01597/06 (A expropriação de sacrifício: finalmente, a sua consagração jurisprudencial)”, *RLJ* 3977 (2012), 132-155.
- AMADO GOMES, CARLA, “Nótula sobre o regime de constituição das fundações particulares de solidariedade social”, *RFDUL XL* (1999), 157-179.
- AMADO GOMES, CARLA, “Direito do arrendamento e vinculações jurídico-públicas. Uma aproximação”, MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO, PAIS DE VACONCELOS, PEDRO e COSTA E SILVA, PAULA, *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão II*, Coimbra, Almedina, 2008.
- AMARAL, MARIA LÚCIA, “Carl Schmitt e Portugal – O problema dos métodos em direito constitucional português”, MIRANDA, JORGE, *Perspectivas Constitucionais: Nos 20 anos da Constituição de 1976*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996.
- AMARAL, MARIA LÚCIA, *Responsabilidade do Estado e Dever de Indemnizar*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998.
- AMARAL NETO, FRANCISCO, “A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional”, BFDC, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ferrer-Correia*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989.
- AMATO, FABRIZIO, “Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione. Riflessioni e prospettive per la realizzazione di una società multiétnica”, *Lav. e dir.* 17 (2003), 127-145.
- ANAGNOSTARAS, GEORGIOS, “Who is the Ultimate Arbiter? The Battle Over Judicial Supremacy in EU Law”, *E.L.Rev* 36 (2011), 109-123.
- ANDERSON, DAVID, “Compensation for Interference with Property”, *E.H.R.L.R.* (1999), 543-558.
- ANDERSON, DAVID EMANUEL, *Property Rights, Consumption and the Market Process*, Eduard Elgar Publishing, 2008.
- ANDERSON, ELIZABETH, “Practical Reason and Incommensurable Goods”, CHANG, RUTH, *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1997.
- ANDRADE, MANUEL DE, *Teoria geral da relação jurídica I*, Almedina, Coimbra, 1974 [1960].
- ANDRADE, MANUEL DE, *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*, Arménio Amado, Coimbra, 1987.

- ANGIOLINI, VITTORIO, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, CEDAM, Pádova, 1995.
- ANTOKOLSKAIA, MASHA, “Shared Residence from a Comparative Perspective: a Solomon’s Judgment New-Style?”, BÜCHLER, ANDREA e MÜLLER-CHEN, MARKUS, *Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag*, Berna, Stämpfli, 2011.
- ANTUNES, ANA FILIPA MORAIS, “O instituto da aquisição tendente ao domínio total (artigo 490.º do CSC): Um exemplo de uma ‘expropriação legal’ dos direitos de minoritários?”, FDUC, *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais: Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier II*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.
- ANTUNES VARELA, J., *Ineficácia do testamento e vontade conjectural do testador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1950.
- ANTUNES VARELA, J., *Ensaio sobre o conceito de modo*, Atlântida, Coimbra, 1955.
- ANTUNES VARELA, J., *Direito das Obrigações*, 7.ª, Almedina, Coimbra, 1991.
- ANTUNES VARELA, J., *Direito da Família*, 4-ª, Livraria Petrony, Lisboa, 1996.
- APPADURAI, ARJUN, *The Social Life of Things: Commodities in Cultural Perspective*, CUP, Cambridge, 1986.
- APPADURAI, ARJUN, “Introduction: Commodities and the Politics of Value”, APPADURAI, ARJUN, *The Social Life of Things: Commodities in Cultural Perspective*, Cambridge CUP, 1986.
- APPIAH, K. ANTHONY, “Identity, Authenticity, Survival: Multicultural Societies and Social Reproduction”, GUTMANN, AMY, *Multiculturalism*, Princeton University Press, 1994.
- ARANGIO-RUIZ, VINCENZO, “La struttura dei diritti sulla cosa altrui in diritto romano”, *Archivio giuridico* 81 (1908), 361 e ss.
- ARCHARD, DAVID, *Philosophy and Pluralism*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996.
- ARCHARD, DAVID, “Introduction”, ARCHARD, DAVID, *Philosophy and Pluralism*, CUP, 1996.
- ARNOLD, CRAIG A., “The Reconstitution of Property: Property as a Web of Interests”, *Harv. Envtl. L. Rev.* 26 (2002), 281-364.
- ARNOLD, CRAIG A., “Clean Water Land Use: Connecting Scale and Function”, *Pace Envtl. L. Rev.* 23 (2006), 291-350.
- ARNOLD, CRAIG A., “The Structure of the Land Use Regulatory System in the United States”, *J. Land Use & Envtl. L.* 22 (2007), 441-524.
- ARNOULD, ERIC e THOMPSON, CRAIG, “Consumer Culture Theory (and we really mean Theoretics): Dilemmas and Opportunities posed by an Academic Branding Strategy”, BELK, RUSSELL W. e SHERRY JR., JOHN F., *Consumer Culture Theory*, Oxford, Elsevier, 2007.
- ARNULL, ANTHONY, “The Principle of Effective Judicial Protection in EU Law: An Unruly Horse?”, *E.L.Rev* 36 (2011), 51-70.

- AROSO LINHARES, J. M., *Entre a reescrita pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença ou a prova como um exercício de “passagem” nos limites da juridicidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.
- ATIENZA, MANUEL, “Los limites de la interpretación constitucional: de nuevo sobre los casos trágicos”, *Isonomia* 6 (1997), 7-30.
- AUBY, JEAN-BERNARD, “Le rôle de la distinction du droit public et du droit privé dans le droit français”, FREEDLAND, MARK e AUBY, JEAN-BERNARD, *The Public Law/Private Law Divide: une entente assez cordiale?*, Oxford, Portland Oregon, 2006.
- AUER, MARIETTA, “A interpretação em conformidade com o direito primário”, PINTO MONTEIRO, ANTÓNIO, NEUNER, JÖRG e SARLET, INFO WOLFGANG, *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*, Coimbra, Almedina, 2007.
- AVELÃS NUNES, ANTÓNIO, *Noção e objecto da economia política*, Separata do BCE, Coimbra, 1995.
- AVINERI, SHLOMO, *Hegel's Theory of the Modern State*, CUP, 1974.
- AXER, “Art. 14 GG”, EPPLING e HILLGRUBER, *BeckOK GG Art. 14*, 2014.
- AYRES, IAN e BALKIN, J. M. , “Legal Entitlements as Auctions: Property Rules, Liability Rules and Beyond”, *Yale L.J.* 106 (1996), 703-751.
- AYRES, IAN e GERTNER, ROBERT “Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules“, *Yale L.J.* 99 (1989), 87-130.
- AYRES, IAN e TALLEY, ERIC, “Solomonic Bargaining: Dividing a Legal Entitlement to Facilitate Coasean Trade”, *Yale L.J.* 104 (1995), 1027-1117.
- BACELAR GOUVEIA, JORGE, *Os direitos fundamentais atípicos*, Editorial Notícias, Lisboa, 1995.
- BACELAR GOUVEIA, JORGE, *Manual de direito constitucional II*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2009.
- BACELAR GOUVEIA, JORGE, *Manual de direito Constitucional I*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2011.
- BAIER, ANNETTE, *Postures of the Mind: Essays on Mind and Morals*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1985.
- BAMFORTH, NICHOLAS, “Human Rights and Consumer Credit”, *L.Q.R.* 118 (2002), 203-209.
- BAMFORTH, NICHOLAS, “A Constitutional Basis for Anti-discrimination Protection?”, *L.Q.R.* 119 (2003), 215-221.
- BAPTISTA, CRISTINA CASAL, *As fundações no direito português*, Almedina, Coimbra, 2006.
- BAPTISTA, JOSÉ JOÃO, *Ação executiva*, 7.ª edição, SPB Editores, 1999.
- BAPTISTA MACHADO, JOÃO, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Almedina, Coimbra, 1982.
- BAPTISTA MACHADO, JOÃO, *Lições de Direito internacional Privado*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 1985.
- BAPTISTA MACHADO, JOÃO, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Almedina, Coimbra, 2008 [1987].

- BAQUERO CRUZ, JULIO, *Between Competition and Free Movement - The Economic Constitutional Law of the European Community*, Hart Publishing, 2002.
- BARBOSA DE MELO, ANTÓNIO, “Aspectos jurídico-públicos da protecção dos consumidores”, *Estudos de Direito do Consumidor* 5 (2003), 23 e ss..
- BARNARD, CATHERINE, *EC Employment Law*, 3.ª edição, OUP, 2006.
- BARNHART, MICHELLE e PEÑALOZA, LISA, “Who Are You Calling Old? Negotiating Old Age Identity in the Elderly Consumption Ensemble”, *Journal of Consumer Research* 39 (2013), 1133-1153.
- BARON, JANE B., “Intention, Interpretation, and Stories”, *Duke L.J.* 42 (1992), 630-678.
- BARON, JANE B., “The Expressive Transparency of Property”, *Colum. L. Rev.* 102 (2002), 208-235.
- BARON, JANE B., “Property and ‘No Property’”, *Hous. L. Rev.* 42 (2006), 1425-1450.
- BARON, JANE B., “Winding Toward the Heart of the Takings Muddle: Kelo, Lingle, and Public Discourse About Private Property”, *Fordham Urb. L.J.* 34 (2007), 613-656.
- BARON, JANE B. e DUNOFF, JEFFREY L., “Against Market Rationality: Moral Critiques of Economic Analysis in Legal Theory”, *Cardozo L. Rev.* 17 (1996), 431-496.
- BARROS, D. BENJAMIM, “Home as a Legal Concept”, *Santa Clara L. Rev.* 46 (2005), 255-306.
- BARROS, D. BENJAMIM, “Legal Questions for the Psychology of Home”, *Tul. L. Rev.* 83 (2008-2009), 648-660.
- BARROSO, LUÍS ROBERTO, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 6.ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2004.
- BARROSO, LUÍS ROBERTO, “Princípio da dignidade da pessoa humana: uma contribuição para a densificação do seu conteúdo”, ALVES CORREIA, FERNANDO, MACHADO, JÓNATAS e LOUREIRO, JOÃO, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- BARZEL, YORAM, *Economic Analysis of Property Rights*, CUP, 1989.
- BASEDOW, JÜRGEN, “A Common Contract Law for the Common Market”, *CMLJ* 33 (1997), 1169-1195.
- BASEDOW, JÜRGEN, *Principles of European Insurance Contract Law (PEICL)*, Kluwer Law International, 2009.
- BAUDRILLARD, JEAN, *The Consumer Society, Myths and Structures*, SAGE, 1998.
- BAUMAN, ZIGMUNT, “Consuming Life”, *Journal of Consumer Culture* 1 (2001), 9-29.
- BAUMAN, ZIGMUNT, “Privacy, Secrecy, Intimacy, Human Bonds, Utopia – and Other Collateral Casualties of Liquid Modernity”, BLATTERER, HARRY, JOHNSON, PAULINE e MARKUS, MARIA M., *Modern Privacy: Shifting Boundaries, New Forms*, Palgrave Macmillan, 2010.
- BAUMAN, ZIGMUNT e MAY, TIM, *Thinking Sociologically*, 2.ª, Blackwell, 2001.

- BAVIERA, GIOVANNI, *L'offerta al pubblico: contributo alla teoria del negozio giuridico*, Società Editrice Libreria, Milão 1907.
- BEALE, HUGH e PITTMAN, NICOLA, "The Impact of the Human Rights Act 1998 on English Tort and Contract Law", FRIEDMAN, DANIEL e BARAK-EREZ, DAPHNE, *Human Rights in Private Law*, Hart Publishing, 2011.
- BECKER, GARY, "Irrational Behavior and Economic Theory", *Jo. Pol. Econ* 70 (1962), 1-13.
- BECKER, LAURENCE C., *Property Rights. Philosophical Foundations*, Routledge, 1977.
- BELEZA, MARIA LEONOR PIZARRO, "Os efeitos do casamento", INSTITUTO DA CONFERÊNCIA, *Reforma do Código Civil*, Conselho Distrital do Porto, Ordem dos Advogados, 1981.
- BELK, RUSSEL W., "Possessions and the Extended Self", *Journal of Consumer Research* 15 (1988), 139-168.
- BELK, RUSSELL W., "Extended Self and Extending Paradigmatic Perspective", *Journal of Consumer Research* 16 (1989), 129-132.
- BELK, RUSSELL W., "Studies in the New Consumer Behaviour", MILLER, DANIEL, *Acknowledging Consumption – a Review of New Studies*, London, Routledge, 1995.
- BELK, RUSSELL W. e SHERRY JR., JOHN F., *Consumer Culture Theory*, Elsevier, Oxford, 2007.
- BELL, ABRAHAM, "Private Takings", *U. Chi. L. Rev.* 76 (2009), 517-586.
- BELL, ABRAHAM e PARCHOMOVSKY, GIDEON, "A Theory of Property", *Cornell L. Rev* 90 (2005), 531-616.
- BELL, ABRAHAM e PARCHOMOVSKY, GIDEON, "Taking Compensation Private", *Stan. L. Rev.* 59 (2007), 871-906.
- BELL, DERRICK e BANSAL, PREERA, "The Republican Revival and Racial Politics", *Yale L. J.* 97 (1988), 1609-1622.
- BELLAGAMBA, GIANNI e CARITI, GIUSEPPE, *L'execuzione civile: Rassegna giurisprudenziale della normativa sostanziale e processuale*, 3.ª, Giuffrè Editore, Milão, 2012.
- BELLOSO MARTÍN, NURIA, "El cuidado ¿valor ético o jurídico? Unas reflexiones a partir del principio de dignidade", SILVA PEREIRA, TÂNIA e OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Cuidado e Vulnerabilidade*, São Paulo, Editora Atlas, 2009.
- BENEDÍ LAHUERTA, SARA, "Race Equality and TCNs, or How to Fight Discrimination with a Discriminatory Law", *E.L.J* 15 (2009), 738-756.
- BENTHAM, JEREMY, *Of Laws in General*, Hart, 1970.
- BERGER e MANSEL, "BGB § 1641", JAUERNIG, *BGB Kommentar*, 2014.
- BERGER, JONAH e HEATH, CHIP, "Where Consumers Diverge from Others: Identity Signaling and Product Domains", *Journal of Consumer Research* 34 (2007), 121-134.

- BERKI, RONALD N., “Political Freedom and Hegelian Metaphysics”, *Political Studies* 16 (1968), 365-383.
- BERLIN, ISAIAH, *Four Essays on Liberty*, OUP, 1969.
- BERLIN, ISAIAH, *Crooked Timber of Humanity: Chapters in the History of Ideas*, Butler and Tanner Ltd, Londres, 1990.
- BERLIN, ISAIAH, *A busca do ideal: uma antologia de ensaios*, Editorial Bizâncio, Lisboa, 1998.
- BERNHARDT, RUDOLF, “Thoughts on the Interpretation of Human-Rights Treaties”, MATSCHER, FRANZ e PETZOLD, HERBERT, *Protecting Human Rights: the European Dimension – Studies in Honour of Gérard J. Wiarda*, Carl Heymanns Verlag KG, 1990.
- BERTI, GIORGIO, *Manuale di interpretazione costituzionale*, 3.ª, CEDAM, Pádova, 1994.
- BETTI, EMILIO, *Istituzioni di diritto romano*, 2, 1942.
- BETTIN, “BeckOK BGB § 1804”, BAMBERGER e ROTH, *BGB Kommentar*, 2014.
- BEYLEVELD, DERYCK e BROWNSWORLD, ROGER, *Consent in The Law*, Hart Publishing, 2007.
- BIANCA, MASSIMO, *Diritto Civile III: Il contratto*, Giuffrè, Milão.
- BIANCA, MASSIMO, *Diritto Civile IV: L’obbligazione*, Giuffrè, Milão, 1992.
- BILANCIA, FRANCESCO, *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà - Il diritto di proprietà nella CEDU*, Giappichelli Editore, Turim, 2002.
- BILBAO UBILLOS, JUAN MARÍA “¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?”, SARLET, INFO WOLFGANG, *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.
- BILBAO UBILLOS, JUAN MARÍA, “La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamento Español”, PINTO MONTEIRO, ANTÓNIO, NEUNER, JÖRG e SARLET, INFO WOLFGANG, Coimbra, Almedina, 2007.
- BIONDI, BIONDO, *Corso de istituzioni di diritto romano*, Ed. Siciliana Tipografica, Catania, 1929.
- BLANCO DE MORAIS, CARLOS, “Da relevância do direito público no regime jurídico das fundações privadas”, FDUL, *Estudos em memória do Prof. Doutor João de Castro Mendes*, Lisboa, LEX.
- BLANCO TARREGA, MARIA CRISTINA VIDOTTE, *Autonomia privada e princípios contratuais no Código Civil*, RCS Editora, São Paulo, 2007.
- BLATTBERG, CHARLES, *From Pluralist to Patriotic Politics: Putting Practice First*, Oxford University Press, 2000.
- BLOCH, PETER H. e BRUCE, GRADY D., “Product Involvement As Leisure Behavior”, *Advances in Consumer Research* 11 (1984), 197-202.
- BLOCH, PETER H. e RICHINS, MARTHA L., “Shopping Without Purchase: an Investigation of Consumer Browsing Behavior”, *Advances in Consumer Research* 10 (1983), 389-393.

- BLUMENTHAL, JEREMY A. , “To Be Human’: A Psychological Perspective on Property Law”, *Tul. L. Rev* 83 (2008-2009), 609-644.
- BLUMENTHAL, JEREMY A., “Introduction to the Symposium: A Psychological Perspective on Property Law”, *Tul. L. Rev* 83 (2008-2009), 601-607.
- BLUMENTHAL, JEREMY A., “A psychological defense of paternalism”, COONS, CHRISTIAN e WEBER, MICHAEL, *Paternalism: Theory and Practice*, CUP, 2013.
- BOBBIO, NORBERTO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milão, 1977.
- BOBBIO, NORBERTO, *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Einaudi, Turim, 1985.
- BOBBIO, NORBERTO, *El tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, Madrid, 1991.
- BOBBIO, NORBERTO, *Igualdad Y Libertad*, Barcelona, 1993.
- BOELE-WOELKI, KATHARINA e AL., ET., *Principles of European Family Law Regarding Property Relations Between Spouses*, Intersentia, 2013.
- BOGNETTI, GIOVANNI, “Relazione”, COSTITUZIONALISTI, ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI, *Annuario 2002*, CEDAM, 2004.
- BONFANTE, PIETRO, *La proprietà, Corso di diritto romano (raccolto e pubblicato a cura de Enrico Camaschella)*, Mattei & C., 1914-1915.
- BONFANTE, PIETRO, *Istituzioni di diritto romano*, 10.ª edição, Giuffrè Editore, Milão, 1987 [1946].
- BONIFÁCIO RAMOS, J. L., “Bens culturais: posse não vale título”, *O Direito* 142-V (2010), 885-930.
- BONILINI, GIOVANNI, *Manuale di diritto di famiglia*, 2.ª, UTET, 2002.
- BOURDIEU, PIERRE, *Distinction - A Social Critique of the Judgment of Taste*, Routledge.
- BOUYSSOU, MARGUERITE, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, Sirey, Paris, 1945.
- BRAGA DA CRUZ, GUILHERME, *O direito de troncalidade I*, Livraria Cruz, Braga, 1941.
- BRAGA DA CRUZ, GUILHERME, *Regimes de bens do casamento*, Lisboa, 1957.
- BRANDNER, HANS ERICH, “Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in der Entwicklung durch die Rechtsprechung”, *JZ* (1983), 689-696.
- BRANDT, RICHARD A., *A Theory of the Good and the Right*, Clarendon Press, Oxford, 1979.
- BRODY, BARUCH A., *Identity and Essence*, Princeton University Press, Princeton-New Jersey, 1980.
- BROOKER, GEORGE, “The Self-Actualizing Socially Conscious Consumer”, *Journal of Consumer Research* 3 (1976), 107-112.
- BROOKS, RICHARD R. W., “Broken Elevators in the Cathedral”, *Nw. U. L. Rev.* 97 (2002), 267-317.
- BROOME, JOHN, “Is incommensurability vagueness?”, CHANG, RUTH, *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1997.

- BÜCHLER, ANDREA e MÜLLER-CHEN, MARKUS, *Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag*, Stämpfli, Berna, 2011.
- BUCKLAND, W. W., *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*, CUP, 1932.
- BUNTING, HARRY, “A Single True Morality? The Challenge of Relativism”, ARCHARD, DAVID, *Philosophy and Pluralism*, Cambridge University Press, 1996.
- BUSNELLI, FRANCESCO, *Diritto Privato I*, UTET, 2003.
- BUXTON, RICHARD, “The Human Rights Act and Private Law”, *L.Q.R.* 116 (2000), 48-65.
- CABEZUELO ARENAS, ANA LAURA e CASTILLA BARES, MARGARITA “La obligación de alimentos como obligación familiar básica”, YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO e CUENA CASAS, MATILDE, *Tratado de Derecho de la Familia*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2011.
- CABRILLAC, RÉMY, *Droit Civil: Les regimes matrimoniaux*, 4, Montchrestien, Paris, 2002.
- CADILHA, CARLOS FERNANDES, *Regime da Responsabilidade Extracontratual do Estado e das demais Entidades Públicas Anotado*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- CADILHA, CARLOS FERNANDES, *Regime da Responsabilidade Extracontratual do Estado e das demais Entidades Públicas Anotado*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- CAEIRO, PEDRO, *Sobre a natureza dos crimes falenciais (o património, a falência, a sua incriminação e a reforma dela)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.
- CAETANO, MARCELLO, *Das fundações – Subsídios para a interpretação e reforma da legislação portuguesa*, Edições Ática, Lisboa, 1962.
- CAETANO, MARCELLO, *Manual de Direito Administrativo II*, 10.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010 [1983].
- CALABRESI, GUIDO, “An Introduction to Legal Thought: Four Approaches to Law and to the Allocation of Body Parts”, *Stan. L. Rev.* 55 (2003), 2113-2152.
- CALABRESI, GUIDO e MELAMED, A. DOUGLAS, “Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral”, *Harv. L. Rev.* 85 (1972), 1089-1128.
- CALAFÀ, LAURA, “Le direttive antidiscriminatorie di ‘nuova generazione’: il recepimento italiano””, *Studium Iuris* 7-8 (2004), 873-881.
- CALDEIRA BENTO, MESSIAS JOSÉ, “Itinerários do Direito Matrimonial”, CONSTITUCIONAL, TRIBUNAL, *EStudos em memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.
- CALVÃO DA SILVA, JOÃO, “Anotação ao Acórdão do STJ, de 3 de Novembro de 1983: Direitos de autor, cláusula penal e sanção pecuniária compulsória”, *ROA* 47 (1987), 130-156.
- CALVÃO DA SILVA, JOÃO, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2002.
- CALVO, ROBERTO, “La tutela del consumatore alla luce del principio della eguaglianza sostanziale”, *Riv. trim. dir. proc. civ.* 58 (2004), 869-903.

- CÂMARA CORPORATIVA, “Parecer da Câmara Corporativa nº 4/IX, sobre o projecto de lei relativo à Lei da Caça e do repovoamento cinegético e sobre o projecto da proposta de lei relativo ao Regime Jurídico da Caça”, *Pareceres (IX Legislatura)* (1966), 259-446.
- CAMERER, COLIN F., “Wanting, Liking, and Learning: Neuroscience and Paternalism”, *U. Chi. L. Rev.* 73 (2006), 87-110.
- CAMERER ET. AL., COLIN F., “Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for ‘Asymmetric Paternalism’”, *U. Pa. L. Rev* 151 (2003), 1211-1254.
- CAMPBELL, COLIN, “The Sociology of Consumption”, MILLER, DANIEL, *Acknowledging Consumption – a Review of New Studies*, London, Routledge, 1995.
- CANARIS, CLAUS-WILHELM, “A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha”, SARLET, INFO WOLFGANG, *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Porto Alegre, Livraria Advogado, 2003.
- CANAS, VITALINO, “Proporcionalidade”, *Dicionário Jurídico da Administração Pública VI* (1994), 591-649.
- CANOTILHO, GOMES e MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2007.
- CANOTILHO, JOAQUIM GOMES e CANOTILHO, MARIANA, “Anotação ao artigo 6.º TUE”, LOPES PORTO, MANUEL e ANASTÁCIO, GONÇALO, *Tratado de Lisboa, Anotado e Comentado*, Coimbra, Almedina, 2012.
- CAPELO DE SOUSA, RABINDRANATH, “A Constituição e os direitos de personalidade”, MIRANDA, JORGE, *Estudos sobre a Constituição*, Lisboa, Livraria Petrony, 1976-1979.
- CAPELO DE SOUSA, RABINDRANATH, *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, 1995.
- CAPELO DE SOUSA, RABINDRANATH, *Direito da Família e das Sucessões: Relatório sobre o programa, conteúdo e os métodos de ensino de tal disciplina*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.
- CAPELO DE SOUSA, RABINDRANATH, *Lições de direito das sucessões I*, 4.ª, Coimbra Editora, Coimbra, 2000.
- CAPELO DE SOUSA, RABINDRANATH, *Lições de direito das sucessões II*, 3.ª, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.
- CAPELO DE SOUSA, RABINDRANATH, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 2003.
- CAPELO DE SOUSA, RABINDRANATH, “Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente”, BFDUC, *O direito das sucessões: do direito romano ao direito actual*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.
- CAPELO, MARIA JOSÉ, “Pressupostos processuais gerais na acção executiva – a legitimidade e as regras de penhorabilidade”, *Themis* 7 (2003), 79-104.
- CAPITANT, HENRI, *Introduction à l'étude du Droit Civil*, 4.ª edição, A. Pedone ed., Paris, 1925.

- CARACCILO DI TORELLA, EUGENIA, “The Principle of Gender Equality, the Goods and Services Directive and Insurance: A Conceptual Analysis”, *Maastricht J. Eur. & Comp. L.* 13 (2006), 339-350.
- CARMONA, MAFALDA, *O acto administrador conformador de relações de vizinhança*, Almedina, Coimbra, 2011.
- CARNEIRO DA FRADA, MANUEL, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2004.
- CARNEIRO DA FRADA, MANUEL, “A ordem pública no direito dos contratos”, *RFDUP IV* (2007), 287-300.
- CARNEIRO DA FRADA, MANUEL, “Relativismo, Valores, Direito”, *ROA* 68 (2008), 159-205.
- CARPENTER, KRISTEN A., “Real Property and Peoplehood”, *Stan. Envtl. L. J.* 27 (2008), 313-395.
- CARPENTER, KRISTEN A., KATYAL, SONIA K. e RILEY, ANGELA R., “In Defense of Property”, *Yale Law Journal* (2008), 1022-1125.
- CARRIER, MICHAEL A., “Cabining Intellectual Property through a Property Paradigm”, *Duke L. J.* 54 (2004), 1-146.
- CARUSO, DANIELA, “Limits of the Classic Method: Positive Action in the European Union after the New Equality Directives”, *Harvard International Law Journal* 44 (2003), 331-376.
- CARVALHO FERNANDES, LUÍS, “O regime registal da impugnação pauliana”, MOURA RAMOS, RUI e ALL, ET, *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço II*, Coimbra, Almedina, 2002.
- CARVALHO FERNANDES, LUÍS, *Teoria geral do direito civil II*, 4.^a, Universidade Católica, Lisboa, 2007.
- CARVALHO FERNANDES, LUIS, *Lições de direitos reais*, 6.^a edição, Quid Juris?, Lisboa, 2009.
- CARVALHO FERNANDES, LUÍS, *Teoria geral do direito civil I*, 6.^a, Universidade Católica Editora, 2012.
- CARVALHO FERNANDES, LUÍS, *Lições de direito das sucessões*, Quid Iuris, Lisboa, 2012.
- CARVALHO, ORLANDO DE, *Os direitos do homem no direito civil português*, Coimbra, 1973.
- CARVALHO, ORLANDO DE, *Direito das coisas, polic.*, Coimbra, 1997.
- CARVALHO, ORLANDO DE, “A teoria geral da relação jurídica - seu sentido e limites”, LIBERAL FERNANDES, FRANCISCO, GUIMARÃES, MARIA RAQUEL e REDINHA, MARIA REGINA, *Teoria geral do direito civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- CARVALHO, ORLANDO DE, “Para uma teoria da pessoa humana”, LIBERAL FERNANDES, FRANCISCO, GUIMARÃES, MARIA RAQUEL e REDINHA, MARIA REGINA, *Teoria geral do direito civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- CARVALHO, TELMA, “A união de facto: a sua eficácia jurídica”, COIMBRA, FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, vol. I – Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

- CASALTA NABAIS, JOSÉ, “Os direitos fundamentais na jurisprudência do Tribunal Constitucional”, *BFD LXV* (1989), 61-120.
- CASALTA NABAIS, JOSÉ, *O dever fundamental de pagar impostos*, Almedina, Coimbra, 1998.
- CASALTA NABAIS, JOSÉ, *Introdução ao direito do património cultural*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010.
- CASALTA NABAIS, JOSÉ, “O quadro jurídico do património cultural”, *RLJ* 3960 (2010), 155-170.
- CASANOVA, SALAZAR, “Tutela do direito à utilização da casa de morada de família”, *Lex Familiae* 3 (2005), 117-126.
- CASSESE, SABINO, *La nuova costituzione economica*, Laterza, Roma/Bari, 1995.
- CASTANHEIRA NEVES, ANTÓNIO, *Metodologia jurídica. Problemas fundamentais*, Coimbra, 1993.
- CASTANHEIRA NEVES, ANTÓNIO, *Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.
- CASTANHEIRA NEVES, ANTÓNIO, “Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito”, MOURA RAMOS, RUI, *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colação II*, Coimbra, Almedina, 2002.
- CASTELLS, MANUEL, *The Rise of the Network Society*, 2.ª edição, Wiley-Blackwell, 2010.
- CASTRO, FEDERICO DE, “El Derecho civil y la Constitución”, *Revista de Derecho Privado* 257 (1935), 3-48.
- CASTRO, FEDERICO DE, “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *Anuario de Derecho Civil* 35 (1958), 986-1085.
- CASTRO MENDES, JOÃO, “Direitos, liberdades e garantias – alguns aspectos gerais (Artigos 25.º a 49.º da Constituição)”, MIRANDA, JORGE, *Estudos sobre a Constituição*, Lisboa, Livraria Petrony, 1976-1979.
- CASTRO MENDES, JOÃO, “Anotações diversas – Art. 36.º, n.º 1 (Família e casamento)”, MIRANDA, JORGE, *Estudos sobre a Constituição*, Lisboa, Livraria Petrony, 1976-1979.
- CASTRO MENDES, JOÃO, *Teoria geral do direito civil*, AAFDL, 1978.
- CASTRONOVO, CARLO, “Autonomia privata e costituzione europea”, *Eur. dir. priv.* 1 (2005), 29-50.
- CATERINA, RAFFAELE, “Some Comparative Remarks on J.A. Pye (Oxford) v. The United Kingdom”, *ERPL* 2 (2007), 273-279.
- CAUPERS, JOÃO, *Introdução ao Direito Administrativo*, 11.ª edição, Âncora, Lisboa, 2013.
- CDF/IGC, *Família, consciência, secularismo e religião*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- CETINA, KNORR, “Sociality with Objects: Social Relations in Postsocial Knowledge Societies”, *Theory, Culture and Society* 14 (1997), 1-30.

- CHAN, CINDY, BERGER, JONAH e VAN BOVEN, LEAF, “Identifiable but Not Identical: Combining Social Identity and Uniqueness Motives in Choice”, *Journal of Consumer Research* 39 (2012), 551-573.
- CHANG, RUTH, *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1997.
- CHANG, RUTH, “Introduction”, CHANG, RUTH, *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1997.
- CHAPMAN, BRUCE, “Rational Choice and Categorical Reason”, *U. Pa. L. Rev* 151 (2002), 1169-1210.
- CHEREDNYCHENCO, OLHA O., “Fundamental Rights and Private Law: A Relationship of Subordination or Complementarity?”, *Utrecht Law Review* 3 (2007), 1-25.
- CHIUSI, TIZIANA, “A dimensão abrangente do Direito privado romano”, PINTO MONTEIRO, ANTÓNIO, NEUNER, JÖRG e SARLET, INFO WOLFGANG, *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*, Coimbra, Almedina, 2007.
- CIAN, GIORGIO, “L’offerta al pubblico e l’art. 3 del D. Legisl. 31 maggio 1998, n. 114, in materia di vendite al dettaglio”, *Riv. dir. civ.* 47 (2001), 313-323.
- CIARONI, LORENZO, “Autonomia privata e principio di non discriminazione”, *Giur. it.* 158 (2006), 1816-1822.
- CLARK, MARY L., “Keep Your Hands Off My (Dead) Body: a critique in the Ways the State Disrupts the Personhood Interests of the Deceased and His or Her Kin in Disposing of the Dead and Assigning Identity in Death”, *Rutgers L. Rev.* 58 (2005), 45-120.
- CLARK, MARY L., “Reconstructing the World Trade Center: An Argument for the Applicability of Personhood Theory to Commercial Ownership Property and Use”, *Penn. St. L. Rev.* 109 (2005), 815-830.
- CLARKE, ALISON J., “Window Shopping at Home: Classifieds, Catalogues and New Consumer Skills”, MILLER, DANIEL, *Material Cultures: Why Some Things Matter*, London, UCL Press, 1998.
- COASE, R. H., “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law & Economics* 3 (1960), 1-44.
- ÇOBAN, ALI RIZA, *Protection of Property Rights within the European Convention on Human Rights*, Ashgate, 2004.
- COCO, GIOVANNI SILVIO, *Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà*, Giuffrè, Milão, 1965.
- COELHO, CARLOS BERNARDES, “O direito de caçar e o direito de propriedade. Alguns tópicos sobre a sua evolução em Portugal”, *RJUA* 1 (1994), 151-162.
- COELHO DA ROCHA, M. A., *Instituições de Direito Civil Português II*, 7.ª edição aperfeiçoada, Livraria Clássica Editora, Lisboa, 1907.
- COELHO, INOCÊNCIO MÁRTIRES, *Interpretação constitucional*, Sergio Fabris Editor, Porto Alegre, 1997.

- COHEN, DANIEL I. A., “On Property as Self”, *Journal of Psychiatry & Law* 26 (1998), 3-43.
- COIMBRA, FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977 - Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.
- COLAÇO, AMADEU, *Novo regime do divórcio*, 3.^a edição, Almedina, Coimbra, 2009.
- COLAÇO, AMADEU, *Reforma do Novo Regime do Arrendamento Urbano*, 6.^a edição, Almedina, Coimbra, 2013.
- COLLINS, HUGH, “Discrimination, Equality and Social Inclusion”, *Mod. L. Rev.* 66 (2003), 16-43.
- CONDORELLI, LUIGI, “Premier Protocol Additional, Article 1”, PETTITI, LOUIS-EDMOND, DECAUX, EMMANUEL e IMBERT, PIERE-HENRI, *La Convention européenne des droits de l’homme, Commentaire article par article*, Economica.
- CONFORTI, BENEDETTO, “La Giurisprudenza della Corte di Giustizia di Strasburgo”, COMPORTI, MARIO, *La Proprietà nella Carta Europea dei Diritti Fondamentali*, Milão, Giuffrè Editore, 2005.
- COONS, CHRISTIAN e WEBER, MICHAEL, “Introduction: Paternalism – Issues and Trends”, *Paternalism: Theory and Practice*, CUP, 2013.
- CORNU, GÉRARD, *Les régimes matrimoniaux*, PUF, Paris 1995.
- CORSO, GUIDO, “I diritti sociali nella dottrina italiana”, *riv. trim. dir. pubbl.* 31 (1981), 755-784.
- CORTE-REAL, CARLOS PAMPLONA, “Breves reflexões em temas de sucessão legítima”, *Ciência e Técnica Fiscal* 307-309 (1985), 9-61.
- CORTE-REAL, CARLOS PAMPLONA, “Os efeitos sucessórios no casamento”, SOTTOMAYOR, MARIA CLARA e TOMÉ, MARIA JOÃO, *Direito da família e política social*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2001.
- CORVO LÓPEZ, FELISA-MARÍA, “La mediación como forma de solución del conflicto familiar”, LLAMAS POMBO, EUGENIO, *Nuevos conflictos del derecho de familia*, Madrid, La Ley, 2009.
- COSTA ANDRADE, MANUEL DA, *Consentimento e acordo em Direito Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991.
- COSTA ANDRADE, MANUEL DA, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992.
- COSTA ANDRADE, MANUEL DA, “Violação de domicílio e de segredo de correspondência ou telecomunicações por funcionário [arts. 378 e 384 do C.P. Português]: problemas de tipicidade e ilicitude”, ANTUNES VARELA, J., *Ab Uno ad Omnes*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998.
- COSTA ANDRADE, MANUEL DA, “Anotação ao Acórdão n.º 364/2006, de 8 de Junho (Domicílio, intimidade e Constituição)”, *RLJ* 3953 (2008), 97-124.

- COSTA ANDRADE, MANUEL DA, “Anotação ao artigo 190.º do Código Penal”, FIGUEIREDO DIAS, JORGE, *Comentário Conimbricense do Código Penal, tomo I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- COSTA E SILVA, PAULA, “A liquidação da massa insolvente”, *ROA* 65 (2005), 713-744.
- COSTA, JEAN-PAUL, “The Relationship between the European Court of Human Rights and the National Courts”, *E.H.R.L.R.* 3 (2013), 264-274.
- COSTA, JEAN-PAUL, “The Relationship between the European Court of Human Rights and the National Courts”, *E.H.R.L.R.* 3 (2013), 264-.
- COSTLEY, CAROLYN, FRIEND, LORRAINE, MEESE, EMILY, EBBERS, CARL e WANG, LI-JEN, “Happiness, Consumption, and Being”, BELK, RUSSELL W. e SHERRY JR., JOHN F., *Consumer Culture Theory*, Oxford, Elsevier, 2007.
- COURTIS, CHRISTIAN, “La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares”, PINTO MONTEIRO, ANTÓNIO, NEUNER, JÖRG e SARLET, INFO WOLFGANG, *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*, Coimbra, Almedina, 2007.
- COUTINHO DE ABREU, JORGE, *Do abuso de direito: ensaio de um critério no direito civil e nas deliberações sociais*, Almedina, Coimbra, 1983.
- COUTINHO DE ABREU, JORGE, “Limites constitucionais à iniciativa económica privada”, BFD, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ferrer-Correia III*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991.
- COUTINHO DE ABREU, JORGE e SOVERAL MARTINS, ALEXANDRE, “Anotação ao artigo 490.º CSC”, COUTINHO DE ABREU, JORGE, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, Coimbra, Almedina, 2014.
- CRAIG, PAUL, “The Legal Effect of Directives: Policy, Rules and Exceptions”, *E.L.Rev* 34 (2009), 349-377.
- CRAILSHEIM, VON, “BGB § 1804”, JÜRGENS, *BGB Kommentar*, 2014.
- CRETNEY, STEPHEN, *Principles of Family Law (por J. M. Masson, R. Bailey-Harris, R. J. Probert)*, 8.ª, Sweet & Maxwell, Londres, 2008.
- CRUZ, ROSSANA MARTINGO, *Mediação familiar – Limites materiais dos acordos e o seu controlo pelas autoridades*, CDF-Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- CRUZ, SEBASTIÃO, *Direito Romano (Ius Romanum) I*, 4.ª edição, Dislivro, 1984.
- CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil X*, Coimbra Editora, Coimbra, 1934.
- D’AMICO, PIETRO, *Diritto privato romano: comparato con il moderno*, Edizioni Giuridiche Simone, Nápoles, 2000.
- DANTAS, EDUARDO, “O inadimplemento do contrato de serviços médicos”, GARCIA, MARIA OLINDA, *Estudos sobre o incumprimento do contrato*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.
- DANTAS, IVO, *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*, Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 1995.

- DAVIS, HOWARD, “Democratic Disablement and the Right to Property in the European Convention for the Protection of Human Rights”, *J.C.L.* 1 (1996), 125-138.
- DAVISON, NESTOR M., “Standardization and Pluralism in Property Law”, *Vand. L. Rev.* 61 (2008), 1597-1666.
- DAVISON, NESTOR M., “The Problem of Equality in Takings”, *Nw. U. L. Rev.* 102 (2008), 1-54.
- DAVISON, NESTOR M., “Property and Relative Status”, *Mich. L. Rev.* 107 (2009), 757-818.
- DAY, ABBY, *Believing in Belonging: Belief and Social Identity in the Modern World*, OUP, Oxford, 2011.
- DE BAERE, GERT e GOESSENS, EVELINE, “Gender Differentiation in Assurance Contracts after the Judgment in *Case C-236/09, Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL v. Conseil des Ministres*”, *Colum. J. Eur. L.* 18 (2011-2012), 339-367.
- DE BURCA, GRAINNE, “The Drafting of the European Union Charter of Fundamental Rights”, *E.L.Rev.* 26 (2001), 126-138.
- DE BURCA, GRÁINNE, “The Trajectories of European and American Antidiscrimination Law”, *Am. J. Comp. L.* 60 (2012), 1-22.
- DE GREGORIO, ALFREDO, “Contributo ad uno studio sulla natura del diritto d’autore”, *Riv. dir. comm.* 8 (1910), 770-799.
- DE MOL, MIRJAM, “Küküvdeveci: Mangold Revisited – Horizontal Direct Effect of a General Principle of EU Law”, *EuConst* 6 (2010), 293-310.
- DEWITTE, BRUNO, “New Institutions for Promoting Equality in Europe: Legal Transfers, National Bricolage and European Governance”, *Am. J. Comp. L.* 60 (2012), 49-74.
- DEMOGUE, *Notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911.
- DENMAN, DANIEL, “The Charter of Fundamental Rights”, *E.H.R.L.R.* 4 (2010), 349-359.
- DETHLOFF, NINA, “Polygamie – Wer definiert Ehe und Familie in Europa?”, BÜCHLER, ANDREA e MÜLLER-CHEN, MARKUS, *Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag*, Berna, Stämpfli, 2011.
- DEVVAULT, MARJORIE L., *Feeding the Family - The Social Organization of Caring as Gendered Work*, UCP, 1991.
- DIANA, ANTONIO GERARDO, *La nuova esecuzione forzata*, Giuffrè, Milão, 2012.
- DIAS, CRISTINA ARAÚJO, “Das compensações pelo pagamento de dívidas do casal (o caso especial da sua actualização)”, DIAS, MARIA BERENICE e PINHEIRO, JORGE DUARTE, *Escritos de direito das famílias: uma perspectiva luso-brasileira*, Porto Alegre, Editora Magister, 2008.
- DIAS, CRISTINA ARAÚJO, *Lições de direito das sucessões*, Almedina, Coimbra, 2010.
- DIAS, CRISTINA ARAÚJO, “O casamento como contrato celebrado entre duas pessoas (de sexo diferente ou do mesmo sexo(!))”, LEBRE DE FREITAS, JOSÉ e AL., ET, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Coimbra, Almedina, 2011.

- DIAS, CRISTINA ARAÚJO, “Da inclusão constitucional da união de facto: nova relação familiar”, REBELO DE SOUSA, MARCELO e AL., ET, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- DIAS, CRISTINA ARAÚJO, “Algumas notas em torno do regime jurídico do apadrinhamento civil”, COUTO GONÇALVES, LUÍS, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Coimbra, Almedina, 2012.
- DIAS FERREIRA, JOSÉ, *Código Civil Portuguez Annotado I*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1894.
- DIAS GARCIA, MARIA DA GLÓRIA, *Princípio da igualdade: Fórmula vazia ou fórmula “carregada” de sentido?*, Separata do BMJ n.º 358, Lisboa, 1987.
- DIAS MARQUES, JOSÉ, *Teoria geral do direito civil I*, Coimbra Editora, Coimbra, 1958.
- DIAS MARQUES, JOSÉ, *Teoria geral do direito civil II*, Coimbra Editora, Coimbra, 1959.
- DIAS PEREIRA, ANDRÉ, *O consentimento informado na relação médico-paciente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.
- DIAS PEREIRA, ANDRÉ, “A característica da inércia dos direitos reais: brevíssima reflexão sobre o princípio da publicidade”, LEITE DE CAMPOS, DIOGO, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita II*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.
- DÍAZ FRAILE, JUAN MARÍA, “El uso de la vivienda familiar en el Libro Segundo sobre la persona y la familia del Código Civil de Cataluña y su tratamiento jurisprudencial”, BARRADA ORELLANA, R., GARRIDO MELERO, M e NASSARE AZNAR, S., *El nuevo derecho de la persona y de la familia*, Barcelona, Bosch, 2011.
- DIDUCK, ALICE, “Family Law and Family Responsibility”, BRIDGEMAN, JO, KEATING, HEATHER e LIND, CRAIG, *Responsibility, Law and the Family*, Ashgate, 2008.
- DJAJIC, SANJA, “The Right To Property And The Vasilescu v. Romania Case”, *Syracuse J. Int’l L. & Com.* 27 (2000), 363-.
- D’ORS, ÁLVARO, *Derecho privado romano*, 8.ª edição, Eunsa, Pamplona, 1991.
- DOUGLAS, GILLIAN, “Simple Quarrels? Autonomy vs. Vulnerability”, PROBERT, REBECCA e BARTON, CHRIS, *Fifty Years in Family Law – Essays for Stephen Cretney*, Intersentia, 2012.
- DOUGLAS, MARY, *Thought Styles, Critical Essays on Good Taste*, SAGE, 1996.
- DOUGLAS, MARY e ISHERWOOD, BARON, *The World of Goods: Towards an Anthropology of Goods*, Allen Lane, Londres, 1978.
- DRADAN, HANOCH, “The Social Responsibility of Ownership”, *Cornell L. Rev* 92 (2007), 1255-1274.
- DUARTE, MARIA LUÍSA, “União Europeia e protecção dos direitos fundamentais - uma justiça constitucional de base triangular”, BFDUC, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- DUARTE PINHEIRO, JORGE, *O Direito da Família contemporâneo*, 3.ª edição, AAFDL, Lisboa, 2010.

- DUARTE PINHEIRO, JORGE, “A morte do arrendatário”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque I*, FDUL, 2010.
- DUARTE PINHEIRO, JORGE, “O direito do arrendatário face ao casamento e ao divórcio”, Coimbra, Almedina, 2012.
- DWORKIN, RONALD, *Law’s Empire*, Belknap Press of Harvard University Press,, 1986.
- DWORKIN, RONALD, *A Matter of Principle*, Clarendon Press, Oxford, 1986.
- DWORKIN, RONALD, “Controverse constitutionnelle”, *Pouvoirs* 59 (1991), 5-16.
- EDELMAN, BERNARD, *La personne en danger*, PUF, Paris, 1999.
- EKELAAR, JOHN, “Family Law - What Family Law? “, PROBERT, REBECCA e BARTON, CHRIS, *Fifty Years in Family Law – Essays for Stephen Cretney*, Intersentia, 2012.
- ELLIOT, CATHERINE e QUINN, FRANCES, *Contract Law*, 7.ª edição, Pearson, 2009.
- ENGERT, ANDREAS, “Allied by Surprise? The Economic Case For an Anti-Discrimination Statute”, *German Law Journal* 4 (2003), 685-699.
- ENGRÁCIA ANTUNES, JOSÉ, “O artigo 490º do CSC e a lei fundamental”, PORTO, FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO, *Estudos em Comemoração dos Cinco Anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.
- EPP, AMBER M. e PRICE, LINDA L., “Family Identity: A Framework of Identity Interplay in Consumption Practices”, *Journal of Consumer Research* 35 (2008), 50-70.
- EPSTEIN, RICHARD, “Property As a Fundamental Civil Right”, *Cal.W.L. Rev.* 29 (1992), 187-207.
- EPSTEIN, RICHARD, “A Clear View of the Cathedral: The Dominance of Property Rules”, *Yale L.J.* 106 (1996), 1091-2120.
- EPSTEIN, RICHARD, “The Neoclassical Economics of Consumer Contracts”, *Minn. Law Review* 92 (2007), 803-835.
- ERIKSSON, ANDREA, “European Court of Justice: Broadening the Scope of European Nondiscrimination Law”, *Int’l J. Const. L.* 7 (2009), 731-753.
- ESCALAS, JENNIFER, “Self-Identity and Consumer Behavior”, *Journal of Consumer Research* 39 (2013), xv-xviii.
- ESPADA, JOÃO CARLOS , PLATTNER, MARC F. e WOLFSON, ADAM, *Pluralismo sem relativismo: recordando Sir Isaiah Berlin*, Imprensa de Ciências Sociais, Lisboa, 2003.
- ESTEVES DE OLIVEIRA, MÁRIO, “O direito de propriedade e o jus aedificandi no direito português”, *RJUA* 3 (1995), 161-239.
- ESTORNINHO, MARIA JOÃO, *A fuga para o direito privado: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1996.
- EVANS, J. D. G., “Cultural Realism: the Ancient Philosophical Background”, ARCHARD, DAVID, *Philosophy and Pluralism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.

- EWEN, STUART, "Marketing Dreams", TOMLINSON, ALAN, *Consumption, Identity, & Style: Marketing, Meanings and the Package of Pleasure*, Routledge, 1990.
- FABIANO, LAURA, "Le parole come pietre' nel diritto antidiscriminatorio comunitario", *Diritto pubblico comparato ed europeo* (2008), 2054-2058.
- FABRIS, GIANPAOLO, *Il nuovo consumatore: verso il postmoderno*, FrancoAngeli, Milão, 2003.
- FACCHINI NETO, EUGÊNIO, "Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado", SARLET, INFO WOLFGANG, *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, Editora, 2003.
- FACHIN, LUIZ EDSON e RUZIK, CARLOS EDUARDO PIANOVSKI, "Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica", SARLET, INFO WOLFGANG, *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.
- FARIA COSTA, JOSÉ DE, "O personalismo patrimonial e a contaminação do direito penal", *RLJ* 3960 (2010), 176-200.
- FARIA COSTA, JOSÉ DE, "Anotação ao artigo 189.º do Código Penal", FIGUEIREDO DIAS, JORGE, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- FARIA COSTA, JOSÉ DE, "O princípio da igualdade, o direito penal e a constituição", *RLJ* 3974 (2012), 282-296.
- FARINHO, DOMINGOS SOARES, "Para além do bem e do mal: as fundações público-privadas", *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano* Coimbra, Coimbra Editora, 2006.
- FAURE, BERTRAND, "Les objectifs de valeur constitutionnelle: une nouvelle catégorie juridique?", *Revue française de droit constitutionnel* 21 (1995), 47-77.
- FEATHERSTONE, MIKE, *Consumer Culture and Postmodernism*, SAGE, 1991.
- FEATHERSTONE, MIKE, *Postmodernism and Identity*, SAGE, 1995.
- FEATHERSTONE, MIKE, *Undoing Culture - Globalization, Postmodernism and Identity*, SAGE, 1995.
- FEDERICO, GIACOMO DI, *The EU Charter of Fundamental Rights: From Declaration to Binding Instrument*, Springer, 2011.
- FEINMAN, JAY M., "The Jurisprudence of Classification", *Stan. L. Rev.* 41 (1989), 661-718.
- FEINMAN, JAY M., "Hegel and the Modern Contract Theory: a Comment on Benson and Rosenfeld", *Cardozo L. Rev.* 10 (1989), 1271-1282.
- FEINMAN, JAY M., "The Significance of Contract Theory", *U. Cin. L. Rev.* 58 (1990), 1283-1318.
- FERREIRA DA CUNHA, PAULO, "História, ideologia e ética da propriedade. Relectio Jusfilosófica-política", MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO, PAIS DE VACONCELOS, PEDRO e COSTA E SILVA, PAULA, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Coimbra, Almedina, 2008.
- FERREIRA DE ALMEIDA, CARLOS, "A doação e a dádiva", *Themis* 17 (2009), 5-18.

- FERREIRA DE ALMEIDA, CARLOS, *Direito dos Contratos III*, Almedina, Coimbra, 2012.
- FERREIRA DE ALMEIDA, CARLOS, COUTO GONÇALVES, LUÍS e TRABUCO, CLÁUDIA, *Contratos de direito de autor e de direito industrial*, Almedina, Coimbra, 2011.
- FERREIRA, FERNANDO AMÂNCIO, *Curso de Processo de Execução*, 13.^a edição, Almedina, Coimbra, 2010.
- FERRER CORREIRA, A., “Conflitos de leis em matéria de direitos sobre coisas corpóreas”, *RLJ* 3717 (1985), 302 e ss.
- FERRI, LUIGI, *Autonomia privata*, Giuffrè, Milão, 1959.
- FIGUEIREDO DE MATOS, ANDRÉ, “O princípio da proporcionalidade e a sua expansão para o direito privado”, AMARAL, FREITAS DO, FERREIRA DE ALMEIDA, CARLOS e TAVARES DE ALMEIDA, MARTA, *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Coimbra, Almedina, 2008.
- FIGUEIREDO DIAS, JORGE, “Os novos rumos da política criminal e o direito penal português”, *ROA* 43 (1983), 5-40.
- FIGUEIREDO DIAS, JORGE, “Oportunidade e Sentido da Revisão do Código Penal Português”, in CEJ, Lisboa, 1996, “CEJ, *Jornadas de Direito Criminal, Revisão do Código Penal I*”, Lisboa, 1996.
- FIGUEIREDO DIAS, JORGE, “Anotação ao artigo 205.º do Código Penal”, *Comentário Conimbricense do Código Penal II*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.
- FIGUEIREDO DIAS, JORGE, *Direito Penal: Parte Geral*, 2.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011 [2007].
- FINDLAY, J. N. , *Hegel – A Re-Examination*
 Gregg Revivals, 1993 [1958].
- FINE, BEN, *Addressing the Consumer* Berg, 2006.
- FINE, BEN, “From Political Economy to Consumption”, MILLER, DANIEL, *Acknowledging Consumption: A Review of New Studies*, London Routledge, 2007.
- FINE, BEN e LEOPOLD, ELLEN, *The World of Consumption*, Routledge, 1973.
- FINEMAN, MATHA ALBERTSON, *The Illusion of Equality: The Rhetoric and Reality of Divorce Reform*, The University of Chicago Press, 1991.
- FINGER, JULIO CESAR, “Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil”, SARLET, INFO WOLFGANG, *A constituição concretizada*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000.
- FISHER III, WILLIAM W., “The Significance of Public Perceptions of the Takings Doctrine”, *Colum. L. Rev.* 88 (1988), 1774-1794.
- FISHER III, WILLIAM W., “Reconstructing the Fair Use Doctrine”, *Harv. L. Rev.* 101 (1988), 1659-1795.

- FISHER III, WILLIAM W., "The Trouble with Lucas", *Stan. L. Rev.* (1993), 1393-1414.
- FOX, LORNA, "The Meaning of Home: a Chimerical Concept or a Legal Challenge?", *L.L. & Soc'y* 29 (2002), 580-610.
- FRAGOLA, MASSIMO, *Limitazioni e contenuto minimo della proprietà nel sistema italo-europeo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2002.
- FRAJ, ELENA e MARTINEZ, EVA, "Ecological Consumer Behavior: an Empirical Analysis", *International Journal of Consumer Studies* (2007), 26-33.
- FRANÇA PITÃO, J. A., *A posição do cônjuge sobrevivente no actual direito sucessório português*, 4.ª, Almedina, Coimbra, 2005.
- FRANÇA PITÃO, J. A., *União de facto e economia comum*, 3.ª, Almedina, Coimbra 2011.
- FRANKEL, TAMAR, "The Legal Infrastructure of Markets: The Role of Contract and Property Law", *B. U. L. Rev.* 73 (1993), 392 e ss.
- FREDMAN, SANDRA, "Changing the Norm: Positive duties in Equal Treatment Legislation", *Maastricht J. Eur. & Comp. L.* 12 (2005), 369-397.
- FREDMAN, SANDRA, "Breaking the Mold: Equality as a Proactive Duty", *Am. J. Comp. L.* 60 (2012), 265-277.
- FREEDLAND, MARK e AUBY, JEAN-BERNARD, *The Public Law/Private Law Divide: Une entente assez cordiale?*, Hart, Oxford and Portland, Oregon, 2006.
- FREIXES SANJUÁN, TERESA, "Una aproximación al método de interpretación constitucional", *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* 4 (1993), 37-49.
- FREIXES SANJUÁN, TERESA e CARBONELL, REMOTTI, "Los valores e principios de la interpretación constitucional", *Revista española de Derecho Constitucional* 12 (1992), 97-109.
- FRIEDMAN, MONROE, "Using Consumer Boycotts to Stimulate Corporate Policy Changes: Marketplace, Media, and Moral Considerations", MICHELETTI, MICHELE, FOLLESDAL, ANDREAS e STOLLE, DIETLIND, *Politics, Products, and Markets – Exploring Political Consumerism Past and Present*, Transaction Publishers, 2004.
- FUENTESECA, PABLO, *Derecho privado romano*, Madrid, 1978.
- GALASSO, ALFREDO, "Errore sulla persona, personalità della prestazione e intuitus personae", *Riv. trim. dir. proc. civ.* 27 (1973), 1331-1375.
- GALGANO, FRANCESCO, *Diritto civile e commerciale, vol. I, t. I*, CEDAM, Pádova, 2004.
- GALGANO, FRANCESCO, *Dogmi e dogmatica nel diritto*, CEDAM, Milão, 2010.
- GALSTON, WILLIAM A., *Liberal Purposes: Goods, Virtues and Diversity in the Liberal State*, CUP, 1991.
- GALSTON, WILLIAM A., *Liberal Pluralism: The Implications of Value Pluralism for Political Theory and Practice*, CUP, 2002.

- GALSTON, WILLIAM A., “O pluralism de valores e a filosofia política contemporânea”, ESPADA, JOÃO CARLOS, PLATTNER, MARC F. e WOLFSON, ADAM, *Pluralismo sem relativismo*, Lisboa, ICS, 2003.
- GALSTON, WILLIAM A., *The Practice of Liberal Pluralism*, CUP, 2004.
- GALVÃO TELLES, INOCÊNCIO, *Algumas considerações sobre o conceito jurídico de sucessão*, Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. XIX, Lisboa, 1965.
- GALVÃO TELLES, INOCÊNCIO, *Direito das sucessões - noções fundamentais*, 6.ª, Coimbra Editora, Coimbra, 1996.
- GALVÃO TELLES, INOCÊNCIO, *Manual dos Contratos em Geral*, 4.ª, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.
- GALVÃO TELLES, MIGUEL, “Espaços marítimos, delimitação e colisão de direitos”, FDUL, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando Marques Guedes*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.
- GAMBARO, ANTONIO, “La proprietà nel Common Law Anglo-Americano”, CANDIAN, ALBINA, GAMBARO, ANTONIO e POZZO, BARBARA, *Property-Propriété-Eigentum*, Pádova, CEDAM.
- GAMBARO, ANTONIO, *Il diritto di proprietà*, Giuffrè, Milão, 1995.
- GARBERÍ LLOBREGAT, JOSÉ, *El proceso de ejecución forzosa en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 5.ª, Civitas/Thomson Reuters, Navarra, 2013.
- GARCÍA BELAÚNDE, DOMINGO, “La interpretación constitucional como problema”, *Revista de Estudios Políticos* 86 (1994), 9-37.
- GARCIA, MARIA OLINDA, *O arrendamento plural: quadro normativo e natureza jurídica*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.
- GARCIA, MARIA OLINDA, *Arrendamento urbano anotado: regime substantivo e processual*, 3.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.
- GARVEY, PAULINE, “Organized Disorder: Moving Furniture in Norwegian Homes”, MILLER, DANIEL, *Home Possessions: Material Culture Behind Closed Doors*, Oxford, Berg, 2001.
- GERALDES, JOÃO DE OLIVEIRA, *Tipicidade contratual e condicionalidade suspensiva: Estudo sobre a exterioridade condicional e sobre a posição jurídica resultante dos tipos contratuais condicionados*, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- GERSÃO, ELIANA, “A igualdade jurídica dos cônjuges”, *RDES* XIII (1966), 25-64.
- GINOSSAR, S., *Droit réel, propriété et créance: Elaboration d’un système des droits patrimoniaux*, LGDJ, Paris, 1960.
- GINOSSAR, S., “Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel”, *riv. tri. dir. civ.* 61 (1962), 573-589.
- GIORGIANNI, MICHELE, “Il diritto privato ed i suoi attuali confini”, *Riv. trim. dir. proc. civ.* XV (1961), 391-420.
- GIULIANI, ALDO, “La tutela aquiliana della reputazione economica”, *Contratto e Imprensa* (1985), 73-88.

- GLASS, ARTHUR, "Privacy and Law", HARRY BLATTERER, JOHNSON, PAULINE e MARKUS, MARIA M., *Modern Privacy: Shifting Boundaries, New Forms*, Palgrave Macmillan, 2010.
- GLENDON, MARY ANN, *The Transformation of Family Law*, The University of Chicago Press, 1989.
- GLENNIE, PAUL, "Consumption within Historical Studies", MILLER, DANIEL, *Acknowledging Consumption: A Review of New Studies*, London, Routledge, 2007.
- GLICKMAN, LAWRENCE B., "The Strike in the Temple of Consumption: Consumer Activism and Twentieth-Century American Political Culture", *The Journal of American History* 88 (2001), 99-128.
- GOFFMAN, ERVING, *Asylum: Essay on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates*, Doubleday, New York, 1961.
- GOMES CANOTILHO, JOAQUIM, "Dogmática dos direitos fundamentais", SARLET, INFO WOLFGANG, *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.
- GOMES CANOTILHO, J. J., *O problema da responsabilidade do Estado por actos ilícito*, Coimbra Editora, Coimbra, 1974.
- GOMES CANOTILHO, J. J., *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1982.
- GOMES CANOTILHO, J. J., "Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais", BFD, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ferrer Correia III*, Coimbra, 1991.
- GOMES CANOTILHO, J. J., "Actos autorizativos jurídico-públicos e responsabilidade por danos ambientais", BFD 69 (1993), 1-69.
- GOMES CANOTILHO, J. J., "Relações jurídicas poligonais, ponderação ecológica de bens e controlo judicial preventivo", RJUA 1 (1994), 55-66.
- GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª, Almedina, Coimbra, 2003.
- GOMES CANOTILHO, J. J., "Anotação ao Ac. TC 617/2006 (proposta de referendo sobre a interrupção voluntária da gravidez)", RLJ 3944 (2007), 276-320.
- GOMES CANOTILHO, J. J., "Para uma revisão dogmática da jusfundamentalidade", *Homenagem a António Barbosa de Melo*, Coimbra, Almedina, 2013.
- GOMES CANOTILHO, J. J. e MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- GOMES CANOTILHO, J. J. e VASSALO ABREU, ABÍLIO, "Enfiteuse sem extinção. A propósito da dilatação legal do âmbito normativo do instituto enfiteútico", RLJ 3967, 3968, 3969 (2001), 206-238, 266-300 e 326-345.
- GOMES DA SILVA, MANUEL DUARTE, "O Direito da Família no futuro Código Civil (Primeira Parte)", BMJ 65 (1957), 2599.

- GOMES DA SILVA, MANUEL DUARTE, “Esboço de uma concepção personalista do Direito”, *RFDL* XVII (1964), 139-225.
- GOMES DA SILVA, NUNO ESPINOSA, “Posição sucessória do cônjuge sobrevivente”, INSTITUTO DA CONFERÊNCIA, *Reforma do Código Civil*, Conselho Distrital do Porto, Ordem dos Advogados, 1981.
- GONÇALVES, CUNHA, *Tratado de Direito Civil III*, Coimbra Editora, Coimbra, 1930.
- GONÇALVES, CUNHA, *Tratado de Direito Civil VI*, Coimbra Editora, Coimbra, 1932.
- GONÇALVES, MARTA CARVALHO, “As alterações no processo executivo: reforma ou contrarreforma?”, *CDP* 40 (2012), 22-40.
- GONZÁLEZ, JOSÉ ALBERTO, *Restrições de vizinhança (de interesse particular)*, 2.ª, Quid Iuris, Lisboa, 2009.
- GONZÁLEZ, JOSÉ ALBERTO, *Direitos Reais e Direito Registral Imobiliário*, 4.ª edição, Quid Iuris, Lisboa, 2009.
- GORDON, WENDY J., “An Inquiry into the Merits of Copyright: The Challenges of Consistency, Consent, and Encouragement Theory”, *Stan. L. Rev.* 41 (1989), 1343-1470.
- GOTTDIENER, MARK, “Approaches to Consumption: Classical and Contemporary Perspectives”, GOTTDIENER, MARK, *New Forms of Consumption, Consumers, Culture and Commodification*, Rowman & Littlefield, 2000.
- GRAHAM, KEITH, “Coping with the Many-coloured Dome: Pluralism and Practical Reason”, ARCHARD, DAVID, *Philosophy and pluralism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.
- GRAY, JOHN, “Contractarian Method, Private Property, and Market Economy”, CHAPMAN, JOHN W. e PENNCOCK, J. ROLNAD, *Markets and Justice - Nomos XXXI*, NYUP, 1989.
- GRAY, JOHN, *After Social Democracy: Politics, Capitalism and the Common Life*, Demos, London, 1996.
- GRAY, JOHN, *Two Faces of Liberalism*, Polity Press, Londres, 2000.
- GRAY, JOHN, *Enlightenment's Wake: Politics and Culture at the Close of Modern Age*, Routledge, Londres/ Nova Iorque, 2007 [1995].
- GREEN, ADAM I., “Erotic Habitus: Toward a Sociology of Desire”, *Theory & Soc'y* 37 (2008), 597-626.
- GREER, STEVEN, *The European Convention on Human Rights - Achievements, Problems and Prospects*, CUP, 2006.
- GRIFFIN, JAMES, “Incommensurability: What's the Problem?”, CHANG, RUTH, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1997.
- GRONOW, JUKKA e WARDE, ALAN, “Introduction”, *Ordinary Consumption*, Routledge, 2001.
- GUARINO, ANTONIO, *Diritto privato romano*, 10.ª edição, Editore Jovene, Nápoles, 1994.

- GUASP, JAIME e ARAGONESES, PEDRO, *Derecho Procesal Civil II*, 7.^a edição, Thomson-Civitas, Navarra, 2006.
- GUASTINI, RICCARDO, “Réflexions sur les garanties des droits constitutionnels et la théorie de l’interprétation”, *RDP* (1991), 1079-1087.
- GUERRA MARTINS, ANA MARIA, “O Tratado de Lisboa reforça o princípio da igualdade e da não discriminação?”, MIRANDA, JORGE, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque I*, Coimbra, Almedina, 2010.
- GUERRA MARTINS, ANA MARIA, “A protecção da dignidade humana no Tratado de Lisboa”, ALVES CORREIA, FERNANDO, MACHADO, JÓNATAS e LOUREIRO, JOÃO, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho III*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- GUIMARÃES, MARIA DE NAZARETH LOBATO, “Alimentos”, INSTITUTO DA CONFERÊNCIA, *Reforma do Código Civil*, Conselho Distrital do Porto, Ordem dos Advogados, 1981.
- GUIMARÃES, MARIA RAQUEL, “O novo regime português do ‘apadrinhamento civil’ (Lei n.º 103/2009, de 11 de Setembro)”, COUTO GONÇALVES, LUÍS, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Coimbra, Almedina, 2012.
- HAANPÄÄ, LEENA, “Consumer’s Green Commitment: Indication of a Postmodern Lifestyle”, *International Journal of Consumer Studies* 31 (2007), 478-486.
- HABERMAS, JÜRGEN, *Between Facts and Norms*, Polity Press, 1996.
- HABERMAS, JÜRGEN, “Intolerance and Discrimination”, *Int’l J. Const. L.* 1 (2003), 2-12.
- HACKL, MAX KASER/ KARL, *Das Römische Zivilprozessrecht*, 2, Beck, 1996.
- HAGE-CHAINE, F., “Essai d’une nouvelle classification des droits privés”, *riv. tri. dir. civ.* (1982).
- HALTON, EUGENE e RUMBO, JOSEPH D., “Membrane of the Self: Marketing, Boundaries, and the Consumer-Incorporated Self”, BELK, RUSSELL W. e SHERRY JR., JOHN F., *Consumer Culture Theory*, Oxford, Elsevier, 2007.
- HARRIS, CHERYL I., “Whiteness as Property”, *Harv. L. Rev.* 106 (1993), 1707-1791.
- HARRIS, JAMES, *Property and Justice*, Clarendon Press, 1996.
- HAYEK, FRIEDRICH A. , *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press, 1978.
- HEGEL, *Princípios da filosofia do direito* 4, Editora Guimarães, Lisboa, 1990.
- HELLER, MICHAEL A., “The Boundaries of Private Property”, *Yale L. J.* 108 (1999), 1163-1224.
- HENRARD, KRISTIN, “An E.U. Perspective on New versus Traditional Minorities: on Semi-inclusive Socio-Economic Integration and Expanding Visions of ‘European Culture and Identity’”, *Colum. J. Eur. L.* 17 (2010-2011), 57-99.
- HERVEY, TAMARA, “Editorial: ‘Thirty-Years of EU Sex-Equality Law: Looking Backwards, Looking Forwards’”, *Maastricht J. Eur. & Comp. L.* 12 (2005), 307-325.
- HIRSCHMAN, ALBERT, *Exit, Voice and Loyalty*, HUP, 1970.

- HOFFMAN, DAVID, *The Impact of UK Human Rights Act on Private Law*, CUP, 2011.
- HOFFMAN, DAVID, PHILLIPSON, GAVIN e YOUNG, ALISON L., "Introduction", HOFFMAN, DAVID, *The Impact of UK Human Rights Act on Private Law*, CUP, 2011.
- HOFFMAN, ELIZABETH e SPITZER, MATTHEW L., "Willingness to Pay vs. Willingness to Accept: Legal and Economic Implications", *Wash. U. L. Q.* 71 (1993), 59-114.
- HOLMAAT, RIKKI e TOBLER, CHRISTA, "CEDAW and the European Union's Policy in the Field of Combating Gender Discrimination", *Maastricht J. Eur. & Comp. L.* 12 (2005), 399-425.
- HOLMES, OLIVER W., "The Path of the Law", *Harv. L. Rev.* 10 (1996), 457-478.
- HOLZER, BORIS, "Political Consumerism between Individual Choice and Public Action: Social Movements, Role Mobilization and Signalling", *International Journal of Consumer Studies* 30 (2006), 405-415.
- HOLZER, BORIS, "Political Consumerism between Individual Choice and Collective Action: Social Movements, Role Mobilization and Signalling", *International Journal of Consumer Studies* 30 (2006), 405-415.
- HÖRSTER, HEINRICH, *A parte geral do Código Civil Português*, Almedina, Coimbra, 1992.
- HÖRSTER, HEINRICH, "A Directiva 2000/43/CE e os princípios do Direito Privado – esboço de algumas reflexões", COIMBRA, FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Coimbra Editora, 2006.
- HÖRSTER, HEINRICH EWALD, "Evoluções legislativas no Direito da Família depois da Reforma de 1977", COIMBRA, FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, vol. I – Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.
- HÖRSTER, HEINRICH OWALD, "Há necessidade de legislar em matéria de união de facto?", SOTTOMAYOR, MARIA CLARA e TOMÉ, MARIA JOÃO, *Direito da família e política social*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2001.
- HORWITZ, MORTON J., "Constitutional Transplants", *Theoretical Inq. L.* 10 (2009), 535-560.
- HOWARD, ERICA, "Anti Race Discrimination Measures in Europe: An Attack on Two Fronts", *E.L.J* 11 (2005), 468-486.
- HOWARD, ERICA, "The Case for a Considered Hierarchy of Discrimination Grounds in EU Law", *Maastricht J. Eur. & Comp. L.* 13 (2006), 445-470.
- HOWARD, ERICA, "The European Year of Equal Opportunities for All- 2007: Is the EU Moving Away from a Formal Idea of Equality?", *E.L.J* 14 (2008), 168-185.
- HOWARD, ERICA, "EU Equality Law: Three Recent Developments", *E.L.J* 17 (2011), 785-803.
- HUBMANN, HEINRICH e REINHARDT, RUDOLF, "Das problem des allgemeinen Persönlichkeitsrechts", *AcP* (1954), 548-460.
- IGLESIAS, JUAN, *Derecho Romano: história e instituciones*, 18.ª edição, Sello editorial, Madrid, 2010.

- IGLESIAS, JUAN e IGLESIAS-REDONDO, JUAN, *Derecho romano*, Editorial Ariel, Madrid, 1999.
- IRTI, NATALINO, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, 1998.
- JACKSON, PETER e THRIFT, NIGEL, "Geographies of Consumption", MILLER, DANIEL, *Acknowledging Consumption – a Review of New Studies*, London, Routledge, 2007.
- JACOBY, JACOB, "Is it Rational to Assume Consumer Rationality? Some Consumer Psychological Perspectives on Rational Choice Theory", *Roger Williams U. L. Rev* 6 (2006), 81-161.
- JAMES, WILLIAM, *Principles of Psychology*, Dover Publications, New York, 1890.
- JANSSON, ANDRE, "The Mediatization of Consumption: Towards an Analytical Framework of Image Culture", *Journal of Consumer Culture* 2 (2002), 5-35.
- JOANAZ DE MELO, CRISTINA, *Royal Preserves in Portugal (1777-1824): Privilege, Power and Conflict*, em publicação por Wildtrack Publisher, Sheffield.
- JOLLS, CHRISTINE, SUNSTEIN, CASS R. e THALER, RICHARD, "A Behavioral Approach to Law and Economics", *Stan. L. Rev.* 50 (1998), 1471-1550.
- JOLOWITZ, H. F., *Historical introduction to the study of Roman Law*, CUP, 1932.
- JONES, JEFFREY DOUGLAS "Property and Personhood Revisited", *Wake Forest Journal of Law & Public Policy* 1 (2011), 93-136.
- JONES, OWEN D. e BROSNAN, SARAH F., "Law, Biology, and Property: a New Theory of the Endowment Effect", *Wm. & Mary L. Rev.* 49 (2008), 1935-1990.
- JORGE, NUNO LEMOS, "A reforma da acção executiva de 2012: um olhar sobre o (primeiro) projecto", *Julgar* 17 (2012), 75-108.
- JOSSERAND, LOUIS, "Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau", *Mélanges Juridiques dédiés à M. le Professeur Sugiyama*, Paris, Librairie du Recueil, 1940.
- JÚNIOR, EDUARDO DOS SANTOS *Direito das Obrigações I*, 2.ª, AAFDL, Lisboa, 2012.
- KAHNEMAN, DANIEL, "Maps of Bounded Rationality: Psychology for Behavioural Economics", *The American Econ. Rev* 93 (2003), 1449-1475.
- KAPLOW, LOUIS, "An Economic Analysis of Legal Transitions", *Harv. L. Rev.* 99 (1986), 509-617.
- KAPLOW, LOUIS e SHAVELL, STEVEN, "Property Rules versus Liability Rules: An Economic Analysis", *Harv. L. Rev.* 109 (1995), 713-788.
- KASER, MAX, *Direito Privado Romano*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1999 (1992).
- KASSER, TIM, *The High Price of Materialism*, The MIT Press, Cambridge-Massachusetts, 2002.
- KATYAL, SONIA K., "Semiotic Disobedience", *Harv. L. Rev.* 99 (2006), 509-617.
- KEKES, JOHN, *The Morality of Pluralism*, Princeton University Press, Princeton, 1993.
- KEKES, JOHN, *Enjoyment: The Moral Significance of Styles of Life*, OUP, 2008.

- KELMAN, MARK G., "Progressive Vacuums", *Stan. L. Rev.* 48 (1996), 975-1000.
- KELSEN, HANS, *Teoria Pura do Direito*, 6.ª, Armémio Amado, Coimbra, 1984 [1960].
- KEMPER, RAINER, "BGB § 1804", SCHULZE, *BGB Kommentar*, 2014.
- KEMPER, RAINER, "BGB § 1641", SCHÜLZE, *BGB Kommentar*, 2014.
- KEMPER, RAINER, "BGB § 1641", BGB, MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM, 2014.
- KENNA, PADRIAC, "Housing Rights: Positive Duties and Enforceable Rights at the European Court of Human Rights", *E.H.R.L.R.* 2 (2008), 193-208.
- KENNA, PADRIAC, "Housing Rights: Positive Duties and Enforceable Rights at the European Court of Human Rights", *E.H.R.L.R.* 2 (2008), 193-.
- KENNEDY, DUNCAN, "Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problems: a Critique", *Stan. L. Rev.* 33 (1981), 387-445.
- KNOWLES, DUDLEY, "Hegel on Property and Personality", *The Philosophical Quarterly* 33 (1983), 45-62.
- KOFLER, ROLF, "BGB § 1641", SCHULZE/GRZIWOTZ/LAUDA, *Bürgerliches Gesetzbuch, Vertrags-und Prozessformularbuch*, 2014.
- KOHUT, HEINZ, "Introspection, Empathy, and Psychoanalysis: an Examination of the Relationship between Mode of Observation and Theory", ORNSTEIN, PAUL H., *The Search of the Self: Selected Writings of Heinz Kohut: 1950-1978*, London, Karnac, 1959.
- KOHUT, HEINZ, "On Courage", ORNSTEIN, PAUL H., *The Search of the Self: Selected Writings of Heinz Kohut: 1950-1978*, Londres, Karnac, 1970.
- KOHUT, HEINZ, "Four Basic Concepts in Self Psychology", ORNSTEIN, PAUL H., *The Search of the Self: Selected Writings of Heinz Kohut: 1950-1978*, London, Karnac, 1979.
- KOKOTT, JULIANNE e SOBOTTA, CHRISTOPH, *The Charter of Fundamental Rights of the European Union after Lisbon*, WP 2010/06 Instituto Universitário Europeu, Florença, 2010.
- KOMMERS, DONAL P., "Germany: Balancing Rights and Duties", GOLDSWORTHY, JEFFREY, *Interpreting Constitutions: a Comparative Study*, OUP, 2006.
- KOPYTOFF, IGOR, "The Cultural Biography of Things: Commoditization as Process", APPADURAI, ARJUN, *The Social Life of Things: Commodities in Cultural Perspective*, Cambridge, CUP, 1986.
- KOROBKIN, RUSSELL B., "Inertia and Preference in Contract Negotiation: The Psychological Power of Default Rules and Form Terms", *Vand. L. Rev.* 51 (1998), 1583-1651.
- KOROBKIN, RUSSELL B. e ULEN, THOMAS S., "Law and Behavioural Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics", *Cal. L. Rev.* 88 (2006), 1051-.
- KOUKOULIS-SPILIOTOPOULUS, SOPHIA, "The Amended Equal Treatment Directive (2002/73): An Expression of Constitutional Principles/Fundamental Rights", *Maastricht J. Eur. & Comp. L.* 12 (2005), 328-368.

- KRELL, ANDREAS J., “Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais”, SARLET, INFO WOLFGANG, *A constituição concretizada*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000.
- KRIER, JAMES E. e SCHWAB, STEWART J., “Property Rules and Liability Rules: The Cathedral in Another Light”, *N.Y. U. L. Rev.* 70 (1995), 440-483.
- KRONMAN, ANTHONY T., “Paternalism and the Law of Contracts”, *Yale L.J.* 92 (1983), 763-798.
- KUMM, MATTIAS, “Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement”, PAVLAKOS, GEORGE, *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Hart Publishing, 2007.
- LACHAUME, FRANÇOIS, “L’évolution de la propriété publique”, SAVATIER, TROISIÈMES JOURNÉES RENÉE, *L’évolution contemporaine du droit des biens*, Paris, PUF, 1991.
- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS *Derecho de familia: El matrimonio y su economía*, Civitas, Navarra, 2011 (fac simile de 1963).
- LADUR, KARL-HEINZ, “The German Proposal of an ‘Anti-Discrimination’-Law: Anticonstitutional and Anti-Common Sense. A Response to Nicola Vennemann”, *German Law Journal* 3 (2002).
- LAMETTI, DAVID, “The Concept of Property: Relations through Objects of Social Wealth”, *U. Toronto L.J.* 53 (2003), 343.
- LARENZ, KARL, *Metodologia da ciência do direito*, 2.ª edição, FCG, Lisboa, [1983].
- LARMORE, CHARLES, *The Morals of Modernity*, CUP, 1996.
- LARMORE, CHARLES, *The Autonomy of Morality*, CUP, 2008.
- LARROUMET, CHRISTIAN, *Doit civil: Les biens*, Economica, Paris, 1997.
- LASARTE, CARLOS, *Derecho de familia – Principios de derecho civil*, 11.ª, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- LASCH, CHRISTOPHER, *The Culture of Narcissism: American Life in an Age of Diminishing Expectations*, W.W. Norton & Company, Nova Iorque, 1979.
- LASH, SCOTT e URRY, JOHN, *Economies of Signs & Space*, SAGE, 1994.
- LAW, STUDY GROUP ON SOCIAL JUSTICE IN EUROPEAN PRIVATE, “Social Justice in European Contract Law: a Manifesto”, *E.L.J* 2004 (2004), 653-674.
- LEAGUE, R. W., *Roman Private Law*, Macmillan and Co., Limited, 1909.
- LEANDRO, JORGE, “Comentário à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência”, <http://www.inr.pt/content/1/1281/comentario-convencao-por-armando-leandro>
- LEBRE DE FREITAS, JOSÉ, *A acção executiva (à luz do Código de Processo Civil de 2013)*, 6.ª, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

- LECZYKIEWICZ, DOROTA, “Effective Judicial Protection’ of Human Rights after Lisbon: Should National Courts Be Empowered to Review EU Secondary Law?”, *E.L.Rev* 35 (2010), 326-348.
- LEITE DE CAMPOS, DIOGO, “A invenção do direito matrimonial”, *BFD* 42 (1986), 1-139.
- LEITE DE CAMPOS, DIOGO, *Lições de direitos da personalidade*, 2.^a edição, Coimbra, 1992.
- LEITE DE CAMPOS, DIOGO, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.^a (reimp. 2012), Almedina, Coimbra, 1997.
- LEITE DE CAMPOS, DIOGO, “Eu-tu: o amor e a família (e a comunidade) (eu-tu-eles)”, COIMBRA, FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, vol. I – Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.
- LEITE DE CAMPOS, DIOGO, “A relação da pessoa consigo mesma”, FDUC, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.
- LEITE DE CAMPOS, DIOGO, “Dos contratos de relação às relações de associação”, LEBRE DE FREITAS, JOSÉ e AL., ET, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Coimbra, Almedina, 2011.
- LEITE DE CAMPOS, DIOGO, “Tempo, pessoa e agregado na relação jurídica”, *ROA* 72 (2012), 23-43.
- LENAERTS, KOEN e CORTHAUT, TIM, “Of Birds and Hedges: The Role of Primacy in Invoking Norms of EU Law”, *E.L.Rev* (2006), 287-315.
- LEWINSOHN-ZAMIR, DAPHNA, “The Choice between Property Rules and Liability Rules Revisited: Critical Observations from Behavioral Studies”, *Tex. L. Rev* 80 (2001), 219-257.
- LEWINSOHN-ZAMIR, DAPHNA, “The Objectivity of Well-Being and the Objectives of Property Law”, *N.Y. U. L. Rev.* 78 (2003), 1669-1754.
- LEWINSOHN-ZAMIR, DAPHNA, “Identifying Intense Preferences”, *Cornell L. Rev* 94 (2009), 1391-1458.
- LIBERAL FERNANDES, FRANCISCO, “Aspectos da interferência do direito social comunitário no direito laboral português”, FDUP, *Estudos em comemoração dos cinco anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.
- LIMA, FRANCISCO MARQUES DE *O resgate dos valores na interpretação constitucional*, ABC Editora, Fortaleza, 2001.
- LINARES QUINTANA, SEGUNDO, *Tratado de interpretación constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- LIND, CRAIG, “Conclusion: Regulating for Responsibility in na Age of Complex Families”, BRIDGEMAN, JO, KEATING, HEATHER e LIND, CRAIG, *Responsibility, Law and the Family*, 2008.
- LINDBLOM, CHARLES E., *The Market System: What It Is, How it Works, and What to Make Of It*, Yale University Press, 2001.

- LISBOA, CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO CIVIL DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE, *Direito das Sucessões – Trabalhos Preparatórios do Código Civil*, Lisboa, 1972.
- LISERRE, ANTONIO, “Costituzione e autonomia contrattuale”, *Jus* 1 (2008), 83-90.
- LÔBO, PAULO, *Direito Civil – Famílias*, 3.ª, Editora Saraiva, São Paulo, 2010.
- LOBO XAVIER, RITA, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Almedina, Coimbra, 2000.
- LOBO XAVIER, RITA, “Novas sobre a união ‘more uxório’ em Portugal”, GOMES, JÚLIO, *Estudos Dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, Lisboa, Publicações Universidade Católica 2002.
- LOBO XAVIER, RITA, “‘Concentração’ ou transmissão do direito ao arrendamento habitacional em caso de divórcio ou morte”, MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO, PAIS DE VACONCELOS, PEDRO e COSTA E SILVA, PAULA, *Estudos em honra ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Coimbra, Almedina, 2008.
- LOBO XAVIER, RITA, *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais: Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro*, Almedina, Coimbra, 2009.
- LOBO XAVIER, RITA, “Liberdade individual e responsabilidade no novo regime do divórcio”, COUTO GONÇALVES, LUÍS, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Coimbra, Almedina, 2012.
- LOMBARDI, GABRIO, “Libertà di caccia e proprietà privata in diritto romano”, *BIRD* 53-54 (1948), 273-343.
- LOPES, DULCE, “O princípio da não-discriminação em razão do sexo na ordem jurídica comunitária”, *Temas de Integração* 8 (1999), *Temas de Integração* 8 (2009), 93-158.
- LOPES, DULCE, “Anotação ao artigo 8.º do TFUE”, LOPES PORTO, MANUEL e ANASTÁCIO, GONÇALO, *Tratado de Lisboa, Anotado e Comentado*, Coimbra, Almedina, 2012.
- LOPES, DULCE, “Anotação ao artigo 10.º TFUE”, LOPES PORTO, MANUEL e ANASTÁCIO, GONÇALO, *Tratado de Lisboa, Anotado e Comentado*, Coimbra, Almedina, 2012.
- LOPES, DULCE e SILVA, LUCINDA DIAS DA, “Xadrez policromo: a Directiva 2000/43/CE do Conselho e o princípio da não discriminação em razão da raça e da origem étnica”, GOMES, JÚLIO, *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2002.
- LOPES PORTO, MANUEL e ANASTÁCIO, GONÇALO, *Tratado de Lisboa, Anotado e Comentado*, Almedina, Coimbra, 2012.
- LOPES-CARDOSO, EURICO, *Manual da Acção Executiva*, 3.ª, Almedina, Coimbra, 1996.
- LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F. DE BORJA, “La formulación de criterios de interpretación de la Constitución en la doctrina alemana: parámetros de admisibilidad”, *Revista española de derecho constitucional* 34 (1992), 99-126.
- LOUDEN, ROBERT B. , *Morality and Moral Theory: A Reappraisal and Reaffirmation*, OUP, 1992.

- LOUREIRO, JOÃO, “Responsabilidade(s), pobreza e mundo(s): para uma tópica (inter)constitucional da pobreza”, ALVES CORREIA, FERNANDO, MACHADO, JÓNATAS e LOUREIRO, JOÃO, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- LOWE, NIGEL e DOUGLAS, GILLIAN, *Bromley’s Family Law*, 10.^a edição, OUP, 2007.
- LUCAS PIRES, FRANCISCO, *Uma Constituição para Portugal*, Coimbra, 1975.
- LUCHAIRE, FRANÇOIS, “Les fondements constitutionnels du droit civil”, *Rev. trim. droit civ.* 81 (1982), 245-328.
- LUHMANN, NIKLAS, *Los derechos fundamentales como institución (Aportación a la sociología política)*, Universidad Iberoamericana, 2009.
- LUISO, FRANCESCO P., *Diritto processuale civile III*, 6.^a edição, Giuffrè, Milão, 2012.
- LUKES, STEVEN, “Comparing the Incomparable: Trade-offs and Sacrifices”, CHANG, RUTH, *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1997.
- LUNT, PETER, “Psychological Approaches to Consumption”, MILLER, DANIEL, *Acknowledging Consumption – a Review of New Studies*, London Routledge, 1995.
- LUNT, PETER e LIVINGSTONE, SONIA, *Mass Consumption and Personal Identity, Everyday Economic Experience*, OUP, 1992.
- LYON, SARAH, “Evaluating Fair Trade Consumption: Politics, Defetishization and Producer Participation”, *International Journal of Consumer Studies* 30 (2006), 452-464.
- MAC CRORIE, BENEDITA, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2005.
- MAC CRORIE, BENEDITA, *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*, Almedina, Coimbra, 2013.
- MACEDO, STEPHEN, *Diversity and Distrust: Civic Education in a Multicultural Democracy*, HUP, 2000.
- MACEDO, STEPHEN, “Pluralismo de valores contra liberalismo?”, ESPADA, JOÃO CARLOS, PLATTNER, MARC F. e WOLFSON, ADAM, *Pluralismo sem relativismo*, Lisboa ICS, 2003.
- MACHADO, JÓNATAS, “A construção e utilização de locais para o culto: a perspectiva das confissões religiosas minoritárias”, *RMP* 69 (1997), 119-152.
- MACHADO, JÓNATAS, *Liberdade de expressão*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.
- MACHADO, JÓNATAS, “A (in)definição do casamento no estado constitucional – fundamentos meta-constitucionais e deliberação democrática”, CDF/IGC, *Família, consciência, secularismo e religião*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.
- MACHETE, RUI e SOUSA ANTUNES, HENRIQUE, *Direito das fundações – propostas de reforma*, Fundação Luso-Americana, Lisboa, 2004, Lisboa, 2004.

- MACHETE, RUI e SOUSA ANTUNES, HENRIQUE, *As fundações na Europa - aspectos jurídicos* Fundação Luso-Americana, Lisboa, 2008.
- MACINTYRE, ALASDAIR, *After Virtue: a Study in Moral Theory*, 3, University of Notre Dame Press, Indiana, Notre Dame, 2007.
- MACPHERSON, *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke*, OUP, 1962.
- MADALENO, ROLF, “A responsabilidade civil na conjugalidade e alimentos compensatórios”, PEREIRA, RODRIGO DA CUNHA, *Família e responsabilidade*, Porto Alegre, IBDFAM-Magister, 2010.
- MAFFEI, DANIELE, *Offerta al pubblico diviete di discriminazione*, Giuffrè, Milão, 2007.
- MAFFESOLI, MICHEL, *The Time of the Tribes: The Decline of Individualism in Mass Society*, SAGE, 1996.
- MAGALHÃES COLLAÇO, ISABEL DE “A Reforma de 1977 do Código Civil de 1966 - Um olhar vinte e cinco anos depois”, COIMBRA, FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, vol. I – Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.
- MAHLMANN, MATHIAS, “The Politics of Constitutional Identity and its Legal Frame—the Ultra Vires Decision of the German Federal Constitutional Court”, *German Law Journal* 11 (2010), 1407-1420.
- MANDRIOLI, CRISANTO, *Diritto Processuale Civile IV*, 21.ª edição (por Antonio Carrata), Giappichelli Editore, Turim, 2011.
- MANTELLO, MARCO, “La tutela civile contro le discriminazioni”, *Riv. dir. civ.* 50 (2004), 439-485.
- MARCOS, RUI DE FIGUEIREDO, *A legislação pombalina – Alguns aspectos fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2006.
- MARCOS, RUI DE FIGUEIREDO, “Rupturas setecentistas no direito sucessório português”, LEITE DE CAMPOS, DIOGO, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita II*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.
- MARCOS, RUI DE FIGUEIREDO, “O regresso da enfiteuse”, FDUL, *O sistema contratual romano: de Roma ao direito actual*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.
- MARCUSE, HERBERT, *Reason and Revolution: Hegel and the Rise of Social Theory*, 2.ª, Routledge & Kegan Paul Ltd, 1955.
- MARELLA, MARIA ROSARIA, “The Non-Subversive Function of European Private Law: The Case of Harmonization of Family Law”, *European Law Journal* 12 (2006), 78-105.
- MARKESINIS, BASIL S., “Privacy, Freedom of Expression, and the Horizontal Effect of the Human Rights Bill: Lessons from Germany”, *L.Q.R.* 115 (1999), 47-88.
- MARMOR, ANDREI, “On the limits of rights”, *Law and Philosophy* 16 (1997), 1-18.
- MARMOR, ANDREI, *Interpretation and Legal Theory*, Hart Publishing, 2005.

- MARSHALL, JILL, *Personal Freedom through Human Rights Law? Autonomy, Identity and Integrity under the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009.
- MARTEL, LETÍCIA DE CAMPOS VELHO, *Direitos fundamentais indisponíveis: limites e padrões do consentimento para a autolimitação do direito à vida*, Rio de Janeiro, 2010.
- MARTINS DA FONSECA, J., “Conceito de domicílio, face ao artigo 34.º da Constituição da República”, *RMP* 45 (1991), 45-64.
- MARTINS, LÍCÍNIO LOPES, *As instituições particulares de solidariedade social*, Almedina, Coimbra, 2009.
- MARTINS, LÍCÍNIO LOPES, “Âmbito da jurisdição administrativa no Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais revisto”, *CJA* 106 (2014), 7-25.
- MARTINS, MARIA D’OLIVEIRA, *Contributo para a compreensão da figura das garantias institucionais*, Almedina, Coimbra, 2007.
- MARTINS-COSTA, JUDITH, “Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil”, SARLET, INFO WOLFGANG, *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2003.
- MARX, KARL e ENGELS, F., *Manifesto do partido comunista*, Edições Avante, 1997 [1948].
- MASSELOT, ANNICK, “The State of Gender Equality in the European Law”, *E.L.J* 13 (2007), 152-168.
- MATTIETTO, LEONARDO, “A Constituição e o Direito Civil: Reflexões sobre o Direito Civil Constitucional”, *R. Dir. Proc. Geral* 54 (2001), 197-205.
- MAYER FEITOSA, MARIA LUIZA PEREIRA DE ALENCAR, *Paradigmas inclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*, Coimbra Editora, Coimbra 2007.
- MCCRACKEN, GRANT, *Culture and Consumption, New Approaches to the Symbolic Character of Consumer Goods and Activities*, Indiana University Press, 1990.
- MCKNIGHT, C. J., “Pluralism, Realism and Truth”, ARCHARD, DAVID, *Philosophy and Pluralism*, CUP, 1996.
- MEALHA, ESPERANÇA PEREIRA, *Acordos conjugais para partilha de bens comuns*, Almedina, Coimbra, 2003.
- MEIRELES, ROSE MELO VENCELAU, *Autonomia privada e dignidade humana*, Renovar, Rio de Janeiro, 2009.
- MELO ALEXANDRINO, JOSÉ DE, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa I e II* Almedina, Coimbra, 2006.
- MELO ALEXANDRINO, JOSÉ DE, “Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções”, MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO, PAIS DE VACONCELOS, PEDRO e COSTA E SILVA, PAULA, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Coimbra, Almedina, 2008.

- MELO ALEXANDRINO, JOSÉ DE, “Como ler a Constituição – Algumas coordenadas”, MIRANDA, JORGE, MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO, PAZ FERREIRA, EDUARDO e DUARTE NOGUEIRA, JOSÉ, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha III*, Coimbra, Almedina, 2010.
- MELO ALEXANDRINO, JOSÉ DE “A indivisibilidade dos direitos do homem à luz da dogmática constitucional”, ALVES CORREIA, FERNANDO, MACHADO, JÓNATAS e LOUREIRO, JOÃO, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho III*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO, “A constituição patrimonial privada”, MIRANDA, JORGE, *Estudos sobre a Constituição*, 3.º volume, Lisboa, Livraria Petrony, 1979.
- MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO, “Direito do ambiente, princípio da prevenção, direito à vida e à saúde”, *ROA* 56 (1996), 667-686.
- MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO, *Da boa fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1997.
- MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO, *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*, Almedina, Coimbra, 2000.
- MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO, *Tratado de Direito Civil, vol. I, tomo I*, 3.ª, Almedina, Coimbra, 2005.
- MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO, *Tratado de Direito Civil I, Parte Geral, tomo I*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2005.
- MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO, “Da enfiteuse: extinção e sobrevivência”, *O Direito* 140 (2008), 285-315.
- MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO, “Accionistas: cessão de crédito e igual tratamento”, FDUL, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque I*, 2010.
- MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO, *Tratado de Direito Civil IV*, Almedina, Coimbra, 2011.
- MENEZES LEITÃO, LUÍS, *Direito das Obrigações, vol III - Contratos em Especial*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010.
- MENEZES LEITÃO, LUÍS, *Direito da Insolvência*, 3.ª, Almedina, Coimbra, 2011.
- MENEZES LEITÃO, LUÍS, *Direito de Autor*, Almedina, Coimbra, 2011.
- MENEZES LEITÃO, LUÍS, *Direitos Reais*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012.
- MENGONI, LUIGI, “Autonomia privata e costituzione”, *Banca, borsa e titoli di credito* 60 (1997), 1-20.
- MERÊA, PAULO, *Evolução dos regimes matrimoniais*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1913.
- MERRIL, THOMAS W., “Property Rules, Liability Rules, and Adverse Possession”, *Nw. U. L. Rev.* 79 (1984), 1122-1154.
- MERRIL, THOMAS W. e SMITH, HENRY E., “The Morality of Property”, *Wm. & Mary L. Rev.* 48 (2007), 1849-1896.

- MESQUITA, MIGUEL, “A oposição às emissões nas relações de vizinhança”, LEITE DE CAMPOS, DIOGO, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita II*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.
- MESQUITA, MANUEL HENRIQUE, *Obrigações reais e ónus reais*, Almedina, Coimbra, 1990.
- MESQUITA, MANUEL HENRIQUE, “Anotação ao Ac. STJ, de 24 de Outubro de 1996”, *RLJ* 3877 e 3878 (1997), 111- 119 e 141-143.
- MICHAS, H., *Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle*, A. Pedone Ed., Paris, 1900.
- MICHELETTI, MICHELE, *Political Virtue and Shopping, Individuals, Consumerism and Collective Action*, Palgrave Macmillan, 2003.
- MICHELMAN, FRANK I., “Property as a Constitutional Right”, *Wash. & Lee L. Rev* 38 (1981), 1097-1114.
- MICHELMAN, FRANK I., “Property as a Constitutional Right”, *Wash. & Lee L. Rev.* 38 (1981), 1097-1114.
- MICHELMAN, FRANK I., “Private Personal But Not Split: Radin Versus Rorty”, *S. Cal. L. Rev.* 63 (1990), 1783-1796.
- MICHELMAN, FRANK I., “Liberties, Fair Values, and Constitutional Method”, *U. Chi. L. Rev.* 59 (1992), 91-114.
- MICKLITZ, HANS-W., “An Expanded and Systematized Community Consumer Law as Alternative or Complement”, *EBLR* (2002), 583-598.
- MILES, JOANNA, “Responsibility in Family Finance and Property Law”, BRIDGEMAN, JO, KEATING, HEATHER e LIND, CRAIG, *Regulating Family Responsibilities*, Ashgate, 2008.
- MILES, STEVEN, *Consumerism – As a Way of Life*, SAGE, 1998.
- MILLER, DANIEL, *Material Culture and Mass Consumption*, Blackwell, Oxford, 1992.
- MILLER, DANIEL, *Acknowledging Consumption – a Review of New Studies*, Routledge, London, 1995.
- MILLER, DANIEL, “Consumption as the Vanguard of History: A Polemic by Way of an Introduction”, MILLER, DANIEL, *Acknowledging Consumption – a Review of New Studies*, London, Routledge, 1995.
- MILLER, DANIEL, “Consumption Studies as the Transformation of Anthropology”, MILLER, DANIEL, *Acknowledging Consumption – a Review of New Studies*, London, Routledge, 1995.
- MILLER, DANIEL, “Could Shopping Ever Really Matter?”, FALK, PASI e CAMPBELL, COLIN, *The Shopping Experience*, SAGE, 1997.
- MILLER, DANIEL, *Material Cultures, Why Some Things Matter*, UCL Press, London, 1998.
- MILLER, DANIEL, *A Theory of Shopping*, Polity Press, 1998.

- MILLER, DANIEL, "Behind Closed Doors", MILLER, DANIEL, *Home Possessions: Material Culture Behind Closed Doors*, Oxford, Berg, 2001.
- MILLER, DANIEL, *Home Possessions: Material Culture Behind Closed Doors*, Berg, Oxford, 2001.
- MILLER, DANIEL e AL, ET, *Shopping, Place and Identity*, Routledge, London, 1998.
- MILO, J. M., "A Technical Retreat from Private (Property) Law", *ERPL* 2 (2007), 353-361.
- MILO, J. M., "On the Constitutional Proportionality of Property Law in the Netherlands", *ERPL* 2 (2007), 255-260.
- MINOW, MARTHA, *Making All the Difference: Inclusion, Exclusion and American Law*, CUP, 1990.
- MIRANDA, JORGE, "Comentário à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência", <http://www.inr.pt/content/1/1665/comentario-convencao-por-jorge-miranda>.
- MIRANDA, JORGE, *Estudos sobre a Constituição*, Livraria Petrony, Lisboa, 1976-1979.
- MIRANDA, JORGE, "Propriedade e constituição (a propósito da lei da propriedade da farmácia)", *O Direito* 119 (1987), 75-102.
- MIRANDA, JORGE, "O Tribunal Constitucional em 2002", *O Direito* 136 (2004), 179-211.
- MIRANDA, JORGE, "A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais", FDUL, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.
- MIRANDA, JORGE, "O princípio da eficácia jurídica dos direitos fundamentais", MIRANDA, JORGE, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha III*, Coimbra, Almedina, 2010.
- MIRANDA, JORGE, "O património cultural na Constituição Portuguesa", *Estudos em Homenagem no Centenário do Nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha*, Coimbra, Almedina, 2012.
- MIRANDA, JORGE e MEDEIROS, RUI, *Constituição Portuguesa Anotada I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.
- MITTAL, BANWARI, "I, Me, and Mine - How Products Become Consumers's Extended Selves", *Journal of Consumer Behaviour* 5 (2006), 550-562.
- MOISANDER, JOHANNA, "Motivational Complexity of Green Consumerism", *International Journal of Consumer Studies* 31 (2007), 404-409.
- MONATERI, PIER GIUSEPPE, "La natura angelica della corporation", *Riv. dir. civ.* XLIII (1997), 121-126.
- MOORE, MICHAEL S., "Four Reflections on Law and Morality", *Wm. & Mary L.Rev.* 48 (2007), 1523-1570.
- MORAES, MARIA CELINA BODIN DE, "O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo", SARLET, INFO WOLFGANG, *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

- MORAES, MARIA CELINA BODIN DE, “A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil”, *Direito, Estado e Sociedade* 9 (2006), 233-258.
- MORAIS DE CARVALHO, JORGE, *Manual de direito do consumo*, Almedina, Coimbra, 2013.
- MOREIRA, ISABEL, *A solução dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais na Constituição Portuguesa*, Almedina, Coimbra, 2007.
- MOREIRA, VITAL, *Administração autónoma e associações públicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.
- MOREIRA, VITAL, “A metamorfose da ‘Constituição económica’”, *Themis* (2006), 33-47.
- MOREIRA, VITAL, “Anotação à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia”, LOPES PORTO, MANUEL e ANASTÁCIO, GONÇALO, *Tratado de Lisboa, Anotado e Comentado*, Coimbra, Almedina, 2012.
- MOREIRA, VITAL, “A adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos Humanos”, MIRANDA, JORGE, *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Telles I*, Coimbra, Almedina, 2012.
- MOREIRA, VITAL, “Cidadania para além do Estado (Cidadania da União Europeia depois do Tratado de Lisboa)”, ALVES CORREIA, FERNANDO, *Estudos em homenagem a António Barbosa de Melo*, Coimbra, Almedina, 2013.
- MORENO QUESADA, BERNARD, *Curso de Derecho Civil III*, Tiran Lo Blanch, Valência, 1999.
- MORESO, JOSÉ JUAN, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- MORSE, STEPHEN J., “New Neuroscience, Old Problems”, GARLAND, BRENT, *Neuroscience and the Law: Brain, Mind and the Scales of Justice*, Nova Iorque, Dana Press, 2004.
- MOTA PINTO, CARLOS ALBERTO, *Direitos reais (Segundo as preleções ao 4.ª ano jurídico de 1970-1971)*, Almedina, Coimbra, 1971.
- MOTA PINTO, CARLOS ALBERTO, *Teoria geral do direito civil*, 4.ª edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, 2005.
- MOTA PINTO, PAULO, “O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, *BFD* 69 (1993), 479-586.
- MOTA PINTO, PAULO, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Almedina, Coimbra, 1995.
- MOTA PINTO, PAULO, “Direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, COIMBRA, STUDIA JURIDICA - FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE, *Portugal-Brasil Ano 2000*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.
- MOTA PINTO, PAULO, “Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português”, SARLET, INFO WOLFGANG, *A constituição concretizada*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000.

- MOTA PINTO, PAULO, “Autonomia privada e discriminação – Algumas notas””, CONSTITUCIONAL, TRIBUNAL, *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa II*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, págs. 313-363.
- MOTA PINTO, PAULO, “Reflexões sobre jurisdição constitucional e direitos fundamentais nos 30 anos da Constituição da República Portuguesa”, *Themis* (edição especial 30 Anos da Constituição Portuguesa 1976-2006) (2006), 201-216.
- MOTA PINTO, PAULO, “A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português”, PINTO MONTEIRO, ANTÓNIO, NEUNER, JÖRG e SARLET, INFO WOLFGANG, *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*, Coimbra, Almedina, 2007.
- MOTA PINTO, PAULO, “Notas sobre o ‘imperativo da tolerância’ e seus limites”, CONSTITUCIONAL, TRIBUNAL, *Estudos em memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.
- MOTA PINTO, PAULO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo II*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- MOURA RAMOS, RUI, “A renovação do Direito Português da Nacionalidade pela Lei Orgânica n.º 2/2006, de 17 de Abril”, *RLJ* 3942 198-.
- MOURA RAMOS, RUI, “Anotação aos artigos 18.º-23.º do TFUE”, LOPES PORTO, MANUEL e ANASTÁCIO, GONÇALO, *Tratado de Lisboa, Anotado e Comentado*, Coimbra, Almedina, 2012.
- MOURA VICENTE, DÁRIO, “O equilíbrio de interesses no direito de autor”, *Direito da Sociedade de informação* 9 (2012), 249-275.
- MOWBRAY, ALASTAIR, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart Publishing, 2004.
- MULDER, JULE e GIDEON, ANDREA, “Case Note – Judgment of the Landgericht Frankfurt (Oder) (Regional Court) of 22 June 2010: Hetelier’s Right to Ban Persons from Hotel Premises”, *German Law Journal* 11 (2010), 1147-1160.
- MYERS, FRED R., *The Empire of Things: Regimes of Value and Material Culture*, School of American Research, 2001.
- NASH, JONATHAN REMY, “Packaging Property: the Effect of Paradigmatic Framing of Property Rights”, *Tul. L. Rev* 83 (2008-2009), 691-734.
- NEDELSKY, JENNIFER, “Reconceiving Autonomy: Sources, Thoughts, and Possibilities”, *Yale J. L. & Feminism* 1 (1989), 7-36.
- NEGREIROS, TERESA, *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, Renovar, Rio de Janeiro, 1998.
- NEUNER, JÖRG, “A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado alemão”, PINTO MONTEIRO, ANTÓNIO, NEUNER, JÖRG e SARLET, INFO WOLFGANG, «*Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*, Almedina, Coimbra, 2007, Coimbra, Almedina, 2007.

- NEVES, MARCELO, *A constitucionalização simbólica*, Editora Acadêmica, São Paulo, 1994.
- NOGUEIRA DE ALMEIDA, JOÃO, *As isenções categoriais no domínio das ajudas de Estado*, Separata do BCE, Coimbra, 2002.
- NOGUEIRA DE ALMEIDA, JOÃO, “O sentido da atribuição de auxílios de estado numa economia de mercado”, AVELÃS NUNES, ANTÓNIO, CUNHA, LUÍS PEDRO e OLIVEIRA MARTINS, INÊS, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Aníbal de Almeida*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- NOGUEIRA DE ALMEIDA, JOÃO, *Sobre o controlo dos auxílios de Estado na União Europeia*, Tese de Doutoramento apresentada à Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012.
- NOGUEIRA DE BRITO, MIGUEL, *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*, Almedina, Coimbra, 2007.
- NOGUEIRA DE BRITO, MIGUEL, “Sobre a distinção entre direito público e direito privado”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.
- NOGUEIRA DE BRITO, MIGUEL, “O conceito constitucional de dignidade humana entre o absoluto e a ponderação: o caso da reprodução humana”, ALVES CORREIA, FERNANDO, LOUREIRO, JOÃO e MACHADO, JÓNATAS, *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho III*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- NOGUEIRA DE BRITO, MIGUEL, “Sobre a distinção entre direito público e direito privado”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda VI*, 2012.
- NOGUEIRA SERENS, M., “Em tema de fundações”, *RLJ* 3985 (2014), 222-252.
- NOGUEIRA SERENS, M., “Em tema de fundações”, *RLJ* 3986 (2014), 306-347.
- NOZICK, ROBERT, *Anarchy, State and Utopia*, Blackwell, Oxford, 1975.
- NUNES VICENTE, JOANA, “Anotação ao artigo 157.º TFUE”, LOPES PORTO, MANUEL e ANASTÁCIO, GONÇALO, *Tratado de Lisboa, Anotado e Comentado*, Coimbra, Almedina, 2012.
- NUSSBAUM, MARTHA C., *The Fragility of Goodness: Luck and Ethics in Greek Tragedy and Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.
- NUSSBAUM, MARTHA C., *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*, The Belknap Press of HUP, 2006.
- NUSSBAUM, MARTHA C., *Creating Capabilities: The Human Development Approach*, The Belknap Press of HUP, 2011.
- O’CINNEIDE, COLM, “Positive Action and the Limits of Existing Law”, *Maastricht J. Eur. & Comp. L.* 13 (2006), 351-364.
- OAKES, JAMES L., “Property Rights in Constitutional Analysis Today”, *Wash. L. Rev* 56 (1980), 583-626.
- OAKESHOTT, MICHAEL, *Rationalism and Politics and Other Essays*, Methuen & Co Ltd, Londres, 1962.

- OAKESHOTT, MICHAEL, *On Human Conduct*, Clarendon, Oxford, 1991.
- O'CALLAGHAN, PATRICK, *Refining Privacy in Tort Law*, Springer, Berlim/Heidelberg, 2013.
- OFFE, CARL, "Some Contradictions of the Modern Welfare State", KEANE, JOHN, *Contradictions of the Welfare State*, Londres, Hutchinson, 1984.
- OH, MINJOO e ARDITI, JORGE, "Shopping and Postmodernism", GOTTDIENER, MARK, *New Forms of Consumption, Consumers, Culture and Commodification*, Rowman & Littlefield, 2000.
- O'KEEFFE, TERRY, "Religion and Pluralism", ARCHARD, DAVIS, *Philosophy and Pluralism*, CUP, 1996.
- OLDHAM, J. THOMAS, "Changes in the Economic Consequences of Divorces, 1958-2008", *Fam.L.Q.* 42 (2008), 419-447.
- OLIVEIRA ASCENSÃO, JOSÉ DE, *Reordenamento agrário e propriedade privada*, Lisboa, 1965.
- OLIVEIRA ASCENSÃO, JOSÉ DE, *Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992.
- OLIVEIRA ASCENSÃO, JOSÉ DE, *Direito civil: reais*, 5.ª, Coimbra Editora, Coimbra, 1993.
- OLIVEIRA ASCENSÃO, JOSÉ DE, *Teoria Geral do Direito Civil*, FDUL, 1996.
- OLIVEIRA ASCENSÃO, JOSÉ DE, "Direito de autor e direitos fundamentais", MIRANDA, JORGE, *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição II*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997.
- OLIVEIRA ASCENSÃO, JOSÉ DE, *Direito Civil – Sucessões*, 5.ª, Coimbra Editora, Coimbra, 2000.
- OLIVEIRA ASCENSÃO, JOSÉ DE, "A reserva da intimidade da vida privada e familiar", *RFDUL XLIII* (2002), 9-25.
- OLIVEIRA ASCENSÃO, JOSÉ DE, *Teoria Geral I: Introdução, as pessoas, os bens*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.
- OLIVEIRA ASCENSÃO, JOSÉ DE, *O Direito- Introdução e Teoria Geral*, 13.ª, Almedina, Coimbra, 2005.
- OLIVEIRA ASCENSÃO, JOSÉ DE, "Direitos intelectuais: propriedade ou exclusivo?", *Themis* 15 (2008), 117-138.
- OLIVEIRA ASCENSÃO, JOSÉ DE, "A preservação do equilíbrio imobiliário como princípio orientador da relação de vizinhança", LEITE DE CAMPOS, DIOGO, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.
- OLIVEIRA ASCENSÃO, JOSÉ DE, "A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos", FDUL, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque II*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.
- OLIVEIRA, FERNANDA PAULA, "As licenças de construção e os direitos de natureza privada de terceiros", (ORG.), FDUC, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.
- OLIVEIRA, GUILHERME DE, "Observações sobre os regimes de bens (cont.)", *RLJ* 3877 (1999), 109-111.

- OLIVEIRA, GUILHERME DE “A nova lei do divórcio”, *Lex Familiae* 13 (2010), 5-32.
- OLIVEIRA, GUILHERME DE, “Notas sobre a Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto (Alteração à Lei das Uniões de Facto)”, *Lex Familiae* 14 (2010), 140-153.
- OLIVEIRA, GUILHERME DE, “Apadrinhamento Civil”, BÜCHLER, ANDREA e MÜLLER-CHEN, MARKUS, *Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag*, Berna, Stämpfli, 2011.
- OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Regime jurídico do apadrinhamento civil anotado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- OLIVEIRA, NUNO PINTO DE, *O direito geral de personalidade e a ‘solução do dissentimento’*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.
- OLIVEIRA, NUNO PINTO DE, “O problema da ilicitude das condutas conformes às leis de protecção do ambiente”, *CDPriv.* 12 (2005), 13-20.
- OLIVEIRA, NUNO PINTO DE e MAC CRORIE, BENEDITA, “O princípio da igualdade no direito europeu dos contratos: as Directivas 2000/43/CE e 2004/113/CE”, *O Direito* 138 (2006), 1085-1100.
- ORNSTEIN, PAUL H., *The Search of the Self: Selected Writings of Heinz Kohut: 1950-1978*, Karnac, London, 2011.
- ORWIN, CLIFFORD, “Pluralismo sem relativismo”, PLATTNER, MARC F. e WOLFSON, ADAM, *Pluralismo sem relativismo*, Lisboa, ICS, 2003.
- OTERO, PAULO, *Instituições políticas e constitucionais I*, Almedina, Coimbra, 2007.
- OTERO, PAULO, *Direito Constitucional Português I: Identidade Constitucional*, Almedina, Coimbra, 2010.
- OZCAGLAR-TOULOUSE, NIL, “Living for ‘Ethics’: Responsible Consumption in Everyday Life”, BELK, RUSSELL W. e SHERRY JR., JOHN F., *Consumer Culture Theory*, London, Elsevier, 2007.
- PACE, ALESSANDRO, “Costituzione europea e autonomia contrattuale: indicazione e appunti”, *Riv. dir. civ.* 52 (2006), 1-11.
- PACHECO AMORIM, JOÃO, “A Constituição económica portuguesa: enquadramento dogmático e princípios fundamentais”, *RFDUP* 8 (2011), 31-106.
- PADELLETI, MARIA LUISA, *La tutela della proprietà nella convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Giuffrè Editore, Milão, 2003.
- PAIS DE VASCONCELOS, PEDRO, *Contratos atípicos*, Almedina, Coimbra, 1995.
- PAIS DE VASCONCELOS, PEDRO, *Direito de personalidade*, Almedina, Coimbra, 2006.
- PAIS DE VASCONCELOS, PEDRO, “As pessoas colectivas no Código Civil – 30 anos depois”, *Themis* (2008), 229-249.
- PAIS DE VASCONCELOS, PEDRO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª, Almedina, Coimbra, 2012.

- PAIVA, ADRIANO, *A comunhão de adquiridos: das insuficiências do regime no quadro da regulação das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- PALMA RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO, “Sobre a doação modal”, *O Direito* 122 (1999), 673-744.
- PALMER, STEPHANIE, “Public Functions and Private Services: A Gap in Human Rights Protection”, *Int’l J. Const. L.* 6 (2008), 585-604.
- PANNICK, DAVID e LESTER, ANTHONY, “The Impact of the Human Rights Act on Private Law: The Knight’s Move”, *L.Q.R.* 116 (2000), 380-385.
- PAPADOPOULOS, THOMAS, “Criticising the Horizontal Direct Effect of the EU General Principle of Equality”, *E.H.R.L.R.* 4 (2011), 4237-447.
- PARISI, FRANCESCO e SMITH, VERNON, Stanford University Press, 2005.
- PARMENTIER, MARIE-AGNÈS e FISCHER, EILEEN, “Working to Consume the Model Life: Consumer Agency under Scarcity”, BELK, RUSSELL W. e SHERRY JR., JOHN F., *Consumer Culture*, Elsevier, 2008.
- PASETTI, GIULIO, *Parità di trattamento e autonomia privata*, Cedam, Pádua, 1970.
- PASSINHAS, SANDRA, *Dimensions of Property under European Law: Fundamental Rights, Consumer Protection and Intellectual Property: Bridging Concepts?*, IUE, Florença, 2009.
- PASSINHAS, SANDRA, “O apadrinhamento civil - uma nova figura no direito português”, *RFDC* 1 (2012), 167-185.
- PAUL, ELLEN FRANKEL, JR., FRED D. MILLER e PAUL, JEFFREY, *Property Rights*, CUP, 1994.
- PEDRO, RUTE TEIXEIRA, “A partilha do património comum do casal em caso de divórcio – reflexões sobre a nova redacção do art. 1790.º do Código Civil”, LEBRE DE FREITAS, JOSÉ e ALL., ET, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Coimbra, Almedina, 2011.
- PEERS, STEVE, “Supremacy, Equality and Human Rights: Comment on Küçükdeveci”, *E.L.Rev* 35 (2010), 849-856.
- PEÑALVER, EDUARDO M. e KATYAL, SONIA K., “Property Outlaws”, *U. Pa. L. Rev* 155 (2007), 1095-1186.
- PENNER, J. E., *The Idea of Property in Law*, OUP, 1997.
- PENNER, J. E., “Misled by ‘Property’”, *Can. J. L. & Jurisprudence* 18 (2005), 75-94.
- PERALTA, ANA MARIA, *A posição jurídica do comprador na compra e venda com reserva de propriedade*, Almedina, Coimbra, 1990.
- PEREIRA COELHO, FRANCISCO “Divórcio e separação judicial de pessoas e bens”, INSTITUTO DA CONFERÊNCIA, *Reforma do Código Civil*, Conselho Distrital do Porto, Ordem dos Advogados, 1981.
- PEREIRA COELHO, FRANCISCO, “Anotação ao Acórdão do STJ, de 10 de Maio de 1988”, *RLJ* 3901 (1990), 366-371.

- PEREIRA COELHO, FRANCISCO, *Direito das sucessões, polic.*, Coimbra, 1992.
- PEREIRA COELHO, FRANCISCO e OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Curso de direito da família*, 4, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- PEREIRA COELHO, FRANCISCO MANUEL DE BRITO, *A renúncia abdicativa no Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.
- PEREIRA COELHO, FRANCISCO MANUEL DE BRITO, *Contratos complexos e complexos contratuais, polic.*, 2008.
- PEREIRA COUTINHO, LUÍS PEDRO, “Do que a República é: uma república baseada na dignidade humana”, FDUL, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque II*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.
- PEREIRA DA SILVA, VASCO, “A vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias”, *RDES* 29 (1987), 259-274.
- PEREIRA DE MELO, HELENA e BELEZA, TEREZA PIZARRO, “Different Voices in Human Rights: CEDAW and European Union Gender Equality Law”, COUTO GONÇALVES, LUÍS, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Coimbra, Almedina, 2012.
- PERLINGIERI, PIETRO, *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, Renovar, Rio de Janeiro, 1999.
- PESSOA JORGE, FERNANDO, *Doações para casamento doações entre casados (Anteprojecto de dois capítulos do futuro Código Civil)*, Lisboa, 1963.
- PESSOA JORGE, FERNANDO, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 1999.
- PESTANA DE VASCONCELOS, MIGUEL, *A cessão de créditos em garantia e a insolvência. Em particular a posição do cessionário na insolvência do cedente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- PEUKERT, WOLFGANG, “Protection of Ownership under Article 1 of the First Protocol to the European Convention on Human Rights”, *Hum. Rts. L.J.* 2 (1981), 37-78.
- PHILLIPSON’S, GAVIN, “Transforming Breach of Confidence? Towards a Common Law Right of Privacy under the Human Rights Act”, *MLR* 66 (2003), 726-758.
- PIANOVSKI, CARLOS EDUARDO, “Famílias simultâneas e monogamia”, PEREIRA, RODRIGO DA CUNHA, *Família e dignidade humana, Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, IBDFAM, 2006.
- PICKER, EDUARD, “Debate: Anti-discrimination as a Program of Private Law?”, *German Law Journal* 4 (2003), 771-784.
- PICO DE LA MIRANDOLA, GIOVANNI, *Discurso sobre a dignidade humana* Editora Nacional, Madrid, 1984.
- PINA CABRAL, JOÃO, “A lei e a paternidade: as leis de filiação portuguesas vistas à luz da antropologia social”, *Análise Social* 28 (1993), 975-997.

- PINHEIRO, JORGE DUARTE, *O núcleo intangível da comunhão conjugal: os deveres conjugais sexuais*, Almedina, Coimbra, 2004.
- PINHEIRO, JORGE DUARTE, “A tutela da exclusividade sexual entre os conjugues na casa de morada da família”, COIMBRA, FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, vol. I – Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.
- PINHEIRO, JORGE DUARTE, “Poligamia e uniões paralelas”, DIAS, MARIA BERENICE e PINHEIRO, JORGE DUARTE, *Escritos de direito das famílias: uma perspectiva luso-brasileira*, Porto Alegre, Editora Magister, 2008.
- PINHEIRO, JORGE DUARTE, “Ideologias e ilusões no regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais”, LEBRE DE FREITAS, JOSÉ e ALL, ET, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Coimbra, Almedina, 2011.
- PINTO BRONZE, FERNANDO, *Lições de introdução ao direito*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.
- PINTO BRONZE, FERNANDO, “A metodonomologia (para além da argumentação)”, FDUC, *Ars Iudicandi, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.
- PINTO DE ALBUQUERQUE, PAULO, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008.
- PINTO DE ALBUQUERQUE, PAULO, *Comentário ao Código de Processo Penal*, 4.ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011.
- PINTO DUARTE, RUI, *Curso de direitos reais* 3.ª, Principia, Lisboa.
- PINTO FURTADO, J., “Valor e eficiência do direito à habitação à luz da análise económica do direito”, *O Direito* 124 (1992), 525-540.
- PINTO MONTEIRO, ANTÓNIO, “Causa do negócio jurídico”, *Enciclopédia Verbo*, Lisboa/São Paulo, Editorial Verbo.
- PINTO MONTEIRO, ANTÓNIO, “Discurso do Presidente da Comissão do Código do Consumidor”, *BFD* 72 (1996), 403 e ss.
- PINTO MONTEIRO, ANTÓNIO, “Breve nótula sobre a protecção do consumidor na jurisprudência constitucional”, PINTO MONTEIRO, ANTÓNIO, NEUNER, JÖRG e SARLET, INFO WOLFGANG, *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*, Coimbra, Almedina, 2007.
- PINTO MONTEIRO, ANTÓNIO, “A pena e o dano”, *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Telles II*, Coimbra, Almedina, 2012.
- PINTO MONTEIRO, ANTÓNIO, NEUNER, JÖRG e SARLET, INFO WOLFGANG, *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*, Almedina, Coimbra, 2007.
- PIPPIN, ROBERT B. e HÖFFE, OTFRIED, *Hegel on Ethics and Politics*, CUP, 2004.

- PIRES DE LIMA, J., “Caça”, *Enciclopédia Luso-Brasileira da Cultura* IV 349-353.
- PIRES DE LIMA, J. e ANTUNES VARELA, J. , *Código Civil Anotado II*, 3.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1986.
- PIRES DE LIMA, J. e ANTUNES VARELA, J., *Código Civil Anotado IV*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1992.
- PIRES DE LIMA, J. e ANTUNES VARELA, J., *Código Civil Anotado VI*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998.
- PIRES DE LIMA, J., ANTUNES VARELA, J. e MESQUITA, MANUEL HENRIQUE, *Código Civil Anotado III*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1987.
- PITÃO, FRANÇA, *A posição do cônjuge sobrevivente no actual direito sucessório português*, 4.ª, Almedina, Coimbra, 2005.
- PITÃO, FRANÇA, *Unões de facto e economia comum*, 3.ª, Almedina, Coimbra, 2011.
- PLANIOL, MARCEL, *Traité élémentaire de droit civil*, Librairie générale de droit & de jurisprudence, Paris, 1911.
- PLANIOL, MARCEL e RIPERT, GEORGES, *Traité pratique de droit civil français - Les biens*, LGDJ, 1926.
- PLOTT, CHARLES R. e ZEILER, KATHRYN “The Willingness to Pay-Willingness to Accept Gap, the ‘Endowment Effect’, Subject Misconceptions, and Experimental Procedures for Eliciting Valuations”, *The American Economic Review* (2005), 530-545.
- POGGI, ALFREDO, “La filosofia giuridica di Hegel”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* XV (1935), 43-87.
- POPE, THADDEUS MASON, “Counting the Dragon’s Teeth and Claws: The Definition of the Hard Paternalism.”, *Ga. St. U. L. Rev.* 20 (2003), 659-722.
- POSNER, RICHARD A., “Rational Choice, Behavioral Economics and the Law”, *Stan. L. Rev.* 50 (1997), 1471-1550.
- POSNER, RICHARD A., *Economic Analysis of Law*, 5.ª, Aspen, 1998.
- PRATA, ANA, *A tutela constitucional da autonomia privada*, Almedina, Coimbra, 1982.
- PRECHAL, SARA, “Competence Creep and General Principles of Law”, *Review of European Administrative Law* 3 (2010), 5-22.
- PREDA, ALEX, “The Turn to Things – Arguments for a Sociological Theory of Things”, *The Sociological Quarterly* 40 (1999), 347-366.
- PRIETO SANCHÍS, LUIS, “Notas sobre la interpretación constitucional”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 9 (1991), 175-198.
- PROENÇA DE CARVALHO, FIDÉLIA, “O conceito de culpa no divórcio – crime e castigo”, COIMBRA, FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, vol. I – Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

- PROSSER, WILLIAM L., "Privacy [A Legal Analysis] ", *California Law Review* 48 (1960), 338-423.
- PUGLIESE, GIOVANNI, *Istituzioni di diritto romano*, 3.^a edição, Giappichelli Editore, urim, 1991.
- QUANTE, MICHAEL, "The Personality of the Will' as the Principle of Abstract Right: An Analysis of §§34-40 of Hegel's Philosophy of Right in Terms of the Logical Structure of the Concept", PIPPIN, ROBERT B. e HÖFFE, OTFRIED, *Hegel on Ethics and Politics*, CUP, 2004.
- QUEIRÓZ, CRISTINA, *Interpretação constitucional e poder judicial: Sobre a epistemologia da construção constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra 2000.
- QUEIRÓZ, CRISTINA, "O princípio da interpretação conforme a Constituição. Questões e perspectivas", *RFDUP* 7 (2010), 313-328.
- RABIN, EDWARD H., "The Revolution in Residential Landlord-Tenant Law: Causes and Consequences", *Cornell L. Rev* 69 (1984), 517-584.
- RACHLINSKI, JEFFREY J. e JOURDEN, FOREST, "Remedies and the Psychology of Ownership", *Vand. L. Rev.* 51 (1998).
- RADBRUCH, GUSTAV, *Filosofia do Direito*, 6.^a edição, Arménio Amando Editor, Coimbra, 1997.
- RADIN, MARGARET JANE, "Property and Personhood", *Stanford Law Review* (1983), 957-1015.
- RADLEY-GARDNER, OLIVER, "Pye (Oxford) v. The United Kingdom: The view from England", *ERPL* (2007), 289-308.
- RÄIKKÄ, JUHA, "Autonomy and Cultural Rights: The Argument of Cultural Disadvantage", SKURBATY, ZELIM A., *Beyond a One-Dimensional State: An Emerging Right to Autonomy?*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005.
- RAMSAY, IAIN, *Consumer Law and Policy – Texts and Materials on Regulating Consumer Markets*, 2.^a, Hart Publishing, 2007.
- RAPHAEL, THOMAS, "The Problem of Horizontal Effect", *E.H.R.L.R.* 5 (2000), 493-511.
- RAWLS, JOHN, *Uma teoria da justiça*, 2.^a edição, Editorial Presença, Lisboa, 2001 [1971].
- RAYMOND, JEAN, "L'Article 1 du protocole additionnel et les rapports entre particuliers", MATSCHER, FRANZ e PETZOLD, HERBERT, *Protecting Human Rights: the European Dimension – Studies in Honour of Gérard J. Wiarda*, Carl Heymanns Verlag KG., 1990.
- RAZ, JOSEPH, *The Authority of Law* Clarendon Press, Oxford, 1979.
- RAZ, JOSEPH, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1988.
- RAZ, JOSEPH, "Incommensurability and Agency", CHANG, RUTH, *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1997.
- RAZ, JOSEPH, *Engaging Reason on the Theory of Value and Action*, OUP, 2002.
- RAZ, JOSEPH, *Value, Respect, and Attachment: The Seeley Lectures 2001*, CUP, 2004.
- REBELLO, LUIZ FRANCISCO, *Introdução ao direito de autor*, Dom Quixote, Lisboa, 1994.

- REBELLO, LUIZ FRANCISCO, *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos Anotado*, Âncora, Lisboa, 1998.
- REBELO DE SOUSA, MARCELO, “Anotação ao artigo 2.º TUE”, LOPES PORTO, MANUEL e ANASTÁCIO, GONÇALO, *Tratado de Lisboa, Anotado e Comentado*, Coimbra, Almedina, 2012.
- REBELO DE SOUSA, MARCELO, “Anotação ao artigo 3.º TUE”, LOPES PORTO, MANUEL e ANASTÁCIO, GONÇALO, *Tratado de Lisboa, Anotado e Comentado*, Coimbra, Almedina, 2012.
- REBELO DE SOUSA, MARCELO e MELO ALEXANDRINO, JOSÉ DE, *Constituição da República Portuguesa Comentada*, LEX, Lisboa, 2000.
- REBELO DE SOUSA, MARCELO e SALGADO MATOS, ANDRÉ, *Direito Administrativo Geral III: Actividade administrativa*, 2.ª edição, D. Quixote, Lisboa, 2009.
- REED II, AMERICUS, “Activating the Self-Importance of Consumer Selves: Exploring Identity Salience Effects on Judgments”, *Journal of Consumer Research* 31 (2004), 286-295.
- REGAN, DONALD, “Value, Comparability, and Choice”, CHANG, RUTH, *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1997.
- REICH, NORBERT, “Kurzbrsprechung der Schlussanträge des Generalanwalts Poiares-Maduro vom 12.3.2008 in der Rechtssache C-54/07”, *EuZW* 8 (2008), 29-31.
- REID, KAREN, *A Practitioner’s Guide to the European Convention on Human Rights*, 2.ª edição, Thomson, 2004.
- REIS MARQUES, MÁRIO, “A dignidade humana: minimum invulnerável ou simples cláusula de estilo?”, ALVES CORREIA, FERNANDO, MACHADO, JÓNATAS e LOUREIRO, JOÃO, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho II*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- REIS NOVAIS, JORGE, “Renúncia a direitos fundamentais”, MIRANDA, JORGE, *Perspectivas constitucionais: Nos 20 anos da Constituição de 1976*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996.
- REIS NOVAIS, JORGE, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.
- REIS NOVAIS, JORGE, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- REMÉDIO MARQUES, JOÃO PAULO, *Curso de Processo Executivo Comum à Face do Código Revisto*, Almedina, Coimbra, 2000.
- RENAUT, MARIE-HÉLÈNE *Histoire du droit privé: personnes et biens*, Ellipses, Paris, 2008.
- RESCIGNO, PIETRO, “Il principio della eguaglianza nel diritto privato (a propósito d’un libro tedesco)”, *Riv. trim. dir. proc. civ.* 13 (1959), 1515-1532.
- RIBEIRO DE FARIA, JORGE, *Direito das obrigações I*, Almedina, Coimbra.
- RIBEIRO MENDES, ARMINDO, “Considerações sobre a natureza jurídica da legítima no Código Civil de 1966”, *O Direito* 105 (1973), 3-24.

- RIBEIRO MENDES, ARMINDO, “Exercício da impugnação pauliana e a concorrência entre credores”, MOURA RAMOS, RUI e ALL., ET, *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colção II*, Coimbra, Almedina, 2002.
- RICHINS, MARTHA L. e BLOCH, PETER H., “After the New Wears Off: The Temporal Context of Product Involvement”, *J. Consumer Res.* 13 (1986), 280-285.
- RIFKIN, JEREMY, *The Age of Access: the New Culture of Hypercapitalism - Where All of Life is a Paid-For Experience*, J.P. Tarcher/Putnam, New York, 2000.
- RIGAUD, LOUIS, “La théorie du droit réel et de l’obligation et la ‘Science Juridique pure’”, *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence* 45 (1925), 423-439.
- RIGAUD, LOUIS, “A propos d’une renaissance du ‘jus ad rem’ et d’un essai de classification nouvelle des droits patrimoniaux”, *Revue Internationale de Droit Comparé* 15 (1963), 557-567.
- RITTER, JOACHIM, “Person and Property in Hegel’s Philosophy of Right (§§34-81)”, PIPPIN, ROBERT B. e HÖFFE, OTFRIED, *Hegel on Ethics and Politics*, CUP, 2004.
- RITTSTIEG, HELMUT, *La proprietà come problema fondamentale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000 [1976].
- RIVERO, JEAN, *Les libertés publiques 2: Le regime des principales libertés*, 3.^a edição, PUF, 1983.
- ROBY, HENRY JOHN, *Roman Private Law*, CUP, 1902.
- ROCCELLA, MASSIMO e TIZZIANO, TREU, *Diritto del Lavoro della Comunità Europea*, 5.^a edição, CEDAM, Pádova, 2009.
- ROCHA, MARIA VICTÓRIA, “Obras de arquitectura como obras protegidas pelo Direito de Autor”, FERREIRA DE ALMEIDA, CARLOS, COUTO GONÇALVES, LUÍS e TRABUCO, CLÁUDIA, *Contratos de direito de autor e de direito industrial*, Coimbra, Almedina, 2011.
- ROCHA, PATRÍCIA, “O divórcio sem culpa”, COIMBRA, FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, vol. I – Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.
- ROCHEFORT, ROBERT, *La société des consommateurs*, Ed. Odile Jacob, 1995.
- RODOTÀ, STEFANO, *Il terribile diritto: Studi sulla proprietà privata*, Mulino, Bolonha, 1981.
- RODRIK, DANI, *The Globalization Paradox*, OUP, 2011.
- ROMANO MARTINEZ, PEDRO, “Contratos de encomenda de criação intelectual”, FERREIRA DE ALMEIDA, CARLOS, COUTO GONÇALVES, LUÍS e TRABUCO, CLÁUDIA, *Contratos de direito de autor e de direito industrial*, Coimbra, Almedina, 2011.
- ROSE, CAROL M., “Property as a Keystone Right”, *Notre Dame L. Rev.* 71 (1996), 329-365.
- ROSE, CAROL M., “Canons of Property Talk, or, Blackstone’s Anxiety”, *Yale L.J.* 108 (1998), 601-632.
- ROSE, CAROL M., “The Moral Subject of Property”, *Wm. & Mary L.Rev.* 48 (2007), 1897-1926.

- ROSE-ACKERMAN, SUSAN, "Inalienability and the Theory of Property Rights", *Colum. L. Rev.* 85 (1985), 931-969.
- ROSENFELD, MICHEL, "Rethinking Constitutional Ordering", *Int'l J. Const. L.* 6 (2008), 415-455.
- ROTHERHAM, CRAIG, *Proprietary Remedies in Context: A Study in the Judicial Redistribution of Property Rights*, Hart Publisher, 2002.
- RUBBIO-MARÍN, RUTH, "A New European Parity-Democracy Sex Equality Model and Why It Won't Fly in the United States", *Am. J. Comp. L.* 60 (2012), 99-126.
- SÁ E MELLO, ALBERTO, *O direito pessoal de autor no ordenamento jurídico português*, SPA, Lisboa, 1989.
- SÁ E MELLO, ALBERTO, *Contrato de direito de autor: a autonomia contratual na formação do direito de autor*, Almedina, Coimbra, 2008.
- SACCO, RODOLFO e DE NOVA, GIORGIO, *Tattato di diritto civile: Il contratto*, UTET, Turim, 1993.
- SACK, ROBERT D., "The Consumer's World: Place as Context", *Annals of the Association of American Geographers* 78 (1988), 642-664.
- SAGAERT, VINCENT, "Prescription in French and Belgian Property Law after the Pye Judgment", *ERPL* 2 (2007), 265-272.
- SAGOFF, MARK, "At the Shrine of Our Lady of Fatima or Why Political Questions are not all Economic", *Arizona Law Review* 23 (1981), 1283-1298.
- SALGADO MATOS, ANDRÉ, "O direito ao ensino: contributo para uma dogmática unitária dos direitos fundamentais", MIRANDA, JORGE, MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO, PAZ FERREIRA, EDUARDO e DUARTE NOGUEIRA, JOSÉ, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha III*, Coimbra, Almedina, 2010.
- SALGADO, R. ANTHONY, "Protection of National's Rights to Property under the European Convention on Human Rights: Lithgow v. United Kingdom", *Va. J. of Int'l L.* 27 (1987), 875-914.
- SALTER CID, NUNO, *A protecção da casa de morada de família no Direito Português*, Almedina, Coimbra, 1996.
- SALTER CID, NUNO, *A comunhão de vida à margem do casamento: entre o facto e o Direito*, Almedina, Coimbra, 2005.
- SALTER CID, NUNO, "Sobre o direito de não contrair casamento", CDF/IGC, *Família, consciência, secularismo e religião*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.
- SAMPAIO, J. M. GONÇALVES, *A acção executiva e a problemática das execuções injustas*, 2.ª, Almedina, Coimbra, 2008.
- SANDEL, *Liberalism and the Limits of Justice*, 2.ª edição, CUP, 1998.
- SANKEY, HOWARD e HOYNINGEN-HUENE, PAUL, *Incommensurability and Related Matters*, Kluwer Academic Publishers, 2010.
- SANTORO-PASSARELLI, FRANCESCO, *Dottrine generale del diritto civile*, 8.ª, Jovene Nápoles, 1964.

- SANTOS, EDUARDO DOS, *Direito das Sucessões*, Vega, Lisboa, 1998.
- SANTOS, EDUARDO DOS, *Direito da família*, Almedina, Coimbra, 1999.
- SANTOS JÚNIOR, ALOÍSIO DOS, *Liberdade religiosa e contrato de trabalho*, Editora Impetus, Niterói, RJ, 2013.
- SANTOS JUSTO, ANTÓNIO, *As acções do pretor (actiones praetoriae)*, polic. , Coimbra, 1990.
- SANTOS JUSTO, ANTÓNIO, *Direito Privado Romano III (Direitos Reais)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.
- SANTOS JUSTO, ANTÓNIO, “A propriedade no direito romano. Reflexos no direito português”, *BFD* 75 (1999), 99-120.
- SANTOS JUSTO, ANTÓNIO, *Breviário de direito privado romano*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- SANTOS JUSTO, ANTÓNIO DOS, *Direito Privado Romano I (Parte geral)*, 3.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.
- SANTOS JUSTO, ANTÓNIO DOS, *Direito Privado Romano V (Direito das Sucessões e Doações)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.
- SANTOS JUSTO, ANTÓNIO DOS, *Direitos Reais*, 4, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.
- SARLET, INFO WOLFGANG, *A constituição concretizada*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2000.
- SARLET, INFO WOLFGANG, “Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”, SARLET, INFO WOLFGANG, *A constituição concretizada*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000.
- SARLET, INFO WOLFGANG, *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2003.
- SARLET, INFO WOLFGANG, “A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro”, PINTO MONTEIRO, ANTÓNIO, NEUNER, JÖRG e SARLET, INFO WOLFGANG, *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*, Coimbra, Almedina, 2007.
- SARLET, INFO WOLFGANG, “Breves notas sobre o regime jurídico-constitucional dos direitos sociais na condição de direitos fundamentais, com ênfase na ‘aplicabilidade imediata’ das normas de direitos fundamentais e na sua articulação com o assim chamado mínimo existencial”, ALVES CORREIA, FERNANDO, MACHADO, JÓNATAS e LOUREIRO, JOÃO, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho III*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- SARMENTO, DANIEL, “Os princípios constitucionais e a ponderação de bens”, TORRES, RICARDO LOBO, *Teoria dos direitos fundamentais*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999.
- SARTRE, JEAN-PAUL, *O Ser e o Nada*, Círculo de Leitores, Lisboa, 1999 [1943].
- SASSATELLI, ROBERTA, “Tamed Hedonism: Choices, Desires and Deviant Pleasures”, GRONOW, JUKKA e WARDE, ALAN, *Ordinary Consumption*, Routledge, 2001.

- SASSATELLI, ROBERTA, "Virtue, Responsibility and Consumer Choice", BREWER, JOHN e TRENTMANN, FRANK, *Consuming Cultures, Global Perspectives: Historical Trajectories, Transnational Exchanges*, Berg, 2006.
- SAVATIER, TROISIÈMES JOURNÉES RENÉE, *L'évolution contemporaine du droit des biens*, PUF, Paris, 1991.
- SAVINO, FRANCESCA, "Discriminazione razziale e criteri di selezione del personale", *Rivista italiana di diritto del lavoro* 28 (2009), 243-251.
- SCARSELLI, GIULIANO, "Appunti sulla discriminazione razziale e la sua tutela giurisdizionale", *Riv. dir. civ.* 47 (2001), 805-835.
- SCHAU, HOPE JENSEN, GILLY, MARY C. e WOLFINBARGER, MARY, "Consumer Identity Renaissance: The Resurgence of Identity-Inspired Consumption in Retirement", *Journal of Consumer Research* 36 (2009), 255-276.
- SCHERMERS, HENRY G., "The International Protection of the Right to Property", MATSCHER, FRANZ e PETZOLD, HERBERT, *Protecting Human Rights: the European Dimension – Studies in Honour of Gérard J. Wiarda*, Carl Heymanns Verlag KG., 1990.
- SCHIEK, DAGMAR, "The ECJ Decision in Mangold: A Further Twist on Effects of Directives and Constitutional Relevance of Community Equality Legislation", *Indus. L.J.* 35 (2006), 329-340.
- SCHIEK, DAGMAR, "Broadening the Scope and the Norms of EU Gender Equality Law: Towards a Multidimensional Conception of Equality Law", *Maastricht J. Eur. & Comp. L.* 12 (2012), 427-466.
- SCHLESINGER, PIERO, "Mercato, diritto privato, valori", *Riv. dir. civ.* 50 (2004), 325-330.
- SCHLEUNING, NEALA, *To Have and To Hold - The Meaning of Ownership in the United States*, Praeger, 1997.
- SCHMIDT, MARLENE, "The Mangold Case before the European Court of Justice", *German Law Journal* 7 (2006), 505-524.
- SCHROEDER, JEANNE L., "Chix Nix Bundle-o-Stix: A Feminist Critique of the Disaggregation of Property", *Mich. L. Rev.* 93 (1994), 239-319.
- SCHROEDER, JEANNE L., "Never Jam To-day: On the Impossibility of Takings Jurisprudence", *Geo. L.J.* 84 (1996), 1531-1570.
- SCHROEDER, JEANNE L., "Rationality in Law and Economics Scholarship", *Or. L. Rev.* 79 (2000), 147-252.
- SCHULZ, FRITZ, *Classical Roman Law*, Clarendon Press, Oxford, 1951.
- SCIALOJA, VITTORIO, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, Attilio Sampaolesi Ed., Roma, 1928.
- SCOCCIA, DANNY, "Paternalism and Respect for Autonomy", *Ethics* 100 (1990), 318-334.
- SCOGGIO, STEFANO, *Transforming Privacy – A Transpersonal Philosophy of Rights.*, Praeger, 1998.

- SEIXAS MEIRELES, HENRIQUE, *Marx e o Direito Civil (Para a crítica histórica do paradigma civilístico)*, Separata do BFD, Coimbra, 1990.
- SEN, AMARTYA, *A ideia de justiça*, Almedina, Coimbra, 2010 [2009].
- SEQUEIRA, ELSA VAZ DE *Dos pressupostos da colisão de direitos no Direito Civil*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2004.
- SHAPIRO, FRED R., “The Most-Cited Law Review Articles Revisited”, *Chi.-Kent L. Rev* 71 (1996), 751-.
- SILVA PEREIRA, CAIO MÁRIO, *Instituições de Direito Civil V (Direito da Família)*, por Tânia da Silva Pereira, 14.ª, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004.
- SILVEIRA, ALESSANDRA, “Implicações nos litígios entre particulares da horizontalidade dos princípios gerais/direitos fundamentais protegidos pela União Europeia”, *CDPriv.* 32 (2010), 3-21.
- SILZ, ÉDOUARD, “La nature juridique du droit moral de l’auteur”, *Rev. trim. dir. civ.* 32 (1933), 331-424.
- SIMLER, FRANÇOIS TERRÉ & PHILIPPE, *Droit Civil: Les régimes matrimoniaux*, 2, Dalloz, Paris, 1994.
- SIMON, HERBERT, “A Behavioral Model of Rational Choice”, *Quarterly Journal of Economics* 69 (1955), 99-118.
- SINDE MONTEIRO, JORGE, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Almedina, Coimbra, 1989.
- SINGER, JOSEPH WILLIAM, “The Resilience Interest in Property”, *Stan. L. Rev.* 40 (1988), 611-752.
- SINGER, JOSEPH WILLIAM, “Sovereignty and Property”, *Nw. U. L. Rev.* 86 (1991), 1-56.
- SINGER, JOSEPH WILLIAM, “The Ownership Society and Takings of Property: Castles, Investments, and Just Obligations”, *Harv. Envtl. L. Rev.* 30 (2006), 309-338.
- SIRGY, JOSEPH, “Self-Concept in Consumer Behavior: a Critical Review”, *J. Consumer Res.* 9 (1982), 287-300.
- SLATER, DON e TONKISS, FRAN, *Market Society - Markets and Modern Social Theory*, Polity, 2001.
- SMITH, NICHOLAS MARK, *Basic Equality and Discrimination: Reconciling Theory and Law*, Ashgate, Farnham, 2011.
- SMITH, STEVEN R., *Equality and Diversity: Value Incommensurability and the Politics of Recognition*, Policy Press, Bristol, 2011.
- SOARES MARTÍNEZ, PEDRO, “O homem e a economia”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa XXXVII* (1997), 101-111.
- SOHM, RUDOLPH, *The Institutes, A Textbook of the History and System of Roman Private Law*, 3, Clarendon Press, Oxford, 1907.

- SOLDI, ANNA MARIA, *Manuale dell'esecuzione forzata*, 4.^a, CEDAM, Milão, 2014.
- SÖRGJERD, CAROLINE, *Reconstructing Marriage – The Legal Status of Relationships in a Changing Society*, Intersentia, 2012.
- SOTTOMAYOR, MARIA CLARA, “A situação das mulheres e das crianças 25 anos após a Reforma de 1977”, COIMBRA, FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, vol. I – Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.
- SOTTOMAYOR, MARIA CLARA e TOMÉ, MARIA JOÃO, *Direito da família e política social*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2001.
- SOUSA FRANCO, ANTÓNIO L. e D'OLIVEIRA MARTINS, GUILHERME, *A Constituição económica portuguesa: ensaio interpretativo*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993.
- SOUSA RIBEIRO, JOAQUIM DE *O problema do contrato - as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1998.
- SOUSA RIBEIRO, JOAQUIM DE, “Constitucionalização do direito civil”, *BFD* 74 (1998), 729-755.
- SOUSA RIBEIRO, JOAQUIM DE, “As fundações no Código Civil: regime actual e projecto de reforma”, *Lusíada* 1 e 2 (2001), 59-85.
- SOUSA RIBEIRO, JOAQUIM DE, “Fundações: ‘uma espécie em vias de extinção?’”, FDUC, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, volume II (A parte geral do Código e as Teoria Geral do Direito Civil)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.
- SOUSA RIBEIRO, JOAQUIM DE, *A protecção da propriedade na jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional, Lisboa, 2009.
- SOUSA RIBEIRO, JOAQUIM DE, “A tutela dos bens da personalidade na constituição e na jurisprudência constitucional portuguesas (algumas notas)”, ALVES CORREIA, FERNANDO, MACHADO, JÓNATAS e LOUREIRO, JOÃO, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho III*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- SPRANKLING, JOHN G., “An Environmental Critique of Adverse Possession”, *Cornell L. Rev* 79 (1994), 816-884.
- STAKE, JEFFREY EVANS, “The Uneasy Case for Adverse Possession”, *Geo. L.J.* 89 (2001), 2419-2474.
- STEINRÜCKEN, TORSTEN e JAENICHEN, SEBASTIAN, “The Fair Trade Idea: Towards an Economics of Social Labels”, *J. Consum. Policy* 30 (2007), 201-217.
- STEPHENSON, ANDREW, *A History of Roman law*.
- STERK, STEWART E., “Neighbors in American Land Law”, *Colum. L. Rev.* 87 (1987), 55-104.
- STERK, STEWART E., “Foresight and the Law of Servitudes”, *Cornell L. Rev.* 73 (1988), 956-970.
- STERK, STEWART E., “Minority protection in Residential Private Governments”, *B. U. L. Rev.* 77 (1997), 273-342.
- STIRNER, MAX, *O único e a sua propriedade*, Antígona, 2004 [1845].

- STOCKER, MICHAEL, *Plural and Conflicting Values*, Clarendon Press, Oxford 1990.
- STOCKER, MICHAEL, “Abstract and Concrete Value: Plurality, Conflict, and Maximization”,
CHANG, RUTH, *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*, Cambridge, Mass.,
Harvard University Press, 1997.
- STONE, JULIUS, *Law and the Social Sciences in the Second Half Century*, , University of Minnesota
Press, Minneapolis, 1966.
- STRASSER, SUSAN, MCGOVERN, CHARLES e JUDD, MATTHIAS, *Getting and Spending – European and
American Consumer Societies in the Twentieth Century*, CUP, 1998.
- STRAWSON, P. F., *Individuals: An Essay in Descriptive Metaphysics*, Routledge, London, 1969.
- STRECK, LENIO LUIZ, “Concretização de direitos e interpretação da constituição”, *BFD* 81 (2005),
291-323.
- SULLIVAN, KATHLEEN M., “Rainbow Republicanism”, *Yale L.J.* 97 (1988), 1713-1724.
- SULLIVAN, KATHLEEN M., “Unconstitutional Conditions”, *Harv. L. Rev.* 102 (1989), 1413-1506.
- SUNSTEIN, CASS R., “Incommensurability and Kinds of Valuation: Some Applications in Law”,
CHANG, RUTH, *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*, Cambridge, Mass,
Harvard University Press, 1997.
- SUNSTEIN, CASS R., *Free Markets and Social Justice*, OUP, 1997.
- SUNSTEIN, CASS R., “Behavioral Analysis of Law”, *U. Chi. L. Rev.* 64 (1997), 1175-1195.
- SWANTON, CHRISTINE, *Virtue Ethics: A Pluralistic View*, OUP, 2005.
- SWEET, ALEC STONE e MATHEWS, JUD, “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism”,
Colum. J. Transnat’l L. 72 (2008), 72-164.
- TABORDA FERREIRA, VASCO, *Do conceito de causa dos actos jurídicos*, Lisboa, 1966.
- TALISSE, ROBERT B., *Democracy and Moral Conflict* CUP, 2009.
- TAMANAH, BRIAN Z., *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, CUP, 2004.
- TAVARES DA SILVA, SUZANA, *Os direitos fundamentais na arena global*, Imprensa da Universidade de
Coimbra, Coimbra, 2011.
- TAYLOR, CHARLES, *Hegel*, CUP, 1975.
- TAYLOR, CHARLES, *Sources of the Self, The Making of the Modern Identity*, HUP, 1989.
- TAYLOR, CHARLES, *The Ethics of Authenticity*, Harvard University Press, London-Massachusetts,
1991.
- TAYLOR, CHARLES, “The Politics of Recognition”, GUTMANN, AMY, *Multiculturalism*, Princeton
University Press, 1994.
- TAYLOR, CHARLES, “Leading a Life”, CHANG, RUTH, *Incommensurability, Incomparability, and Practical
Reason*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1997.

- TAYLOR, CHARLES, *A Secular Age*, The Belknap Press of HUP, London-Massachusetts, 2007.
- TEICHGRAEBER, RICHARD, “Hegel on Property and Poverty”, *Journal of the History of Ideas* 38 (1977), 47-64.
- TEIXEIRA DE SOUSA, MIGUEL, “De novo sobre o regime da união de facto e aplicação da lei no tempo”, *CDPriv.* 42 (2013), 27-35.
- TEIXEIRA, LUÍS ALCALDE RIBEIRO, *Legados pios: Comentário aos decretos-leis n.º 39.449 e 39.450 de 24 de Novembro de 1953: anotações, antiga legislação, pareceres, jurisprudência dos tribunais e formulário*, Lisboa, 1959.
- TEIXEIRA PINTO, PAULO, “As doações para casamento na história do Direito Português”, *Revista Jurídica da AAFDL* 1 (1985), 59-78.
- TEMMING, FELIPE, “Case Note – Judgment of the European Court of Justice (Grand Chamber) of 1 March 2010: ECJ finally paves the way for unisex premiums and benefits in insurance and related financial service contracts”, *German Law Journal* 13 (2012), 105-123.
- TEPEDINO, GUSTAVO, *Temas de Direito Civil*, Renovar, Rio de Janeiro, 1999.
- THALER, RICHARD e SUNSTEIN, CASS R., *Nudging: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, 2008.
- THOMAS, J. A. C., *Textbook of Roman Law*, North-Holland Publishing Company, 1976.
- THOMSON, JUDITH JARVIS, “The Right to Privacy”, *Philosophy & Public Affairs* 4 (1975), 295-314.
- TOMASIN, DANIEL, “L’évolution de la propriété immobilière”, SAVATIER, TROISIÈMES JOURNÉES RENÉE, *L’évolution contemporaine du droit des biens*, Paris, PUF, 1991.
- TOMÉ, MARIA JOÃO, “A esquecida conexão patrimonial entre o direito da família e o direito de previdência social”, COIMBRA, FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, vol. I – Direito da Família e das Sucessões.*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.
- TOMÉ, MARIA JOÃO, “Algumas reflexões sobre a obrigação de compensação e a obrigação de alimentos entre ex-cônjuges”, COUTO GONÇALVES, LUÍS, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Coimbra, Almedina, 2012.
- TORRALBA SORIANO, ORENCIO-VICENTE, *El modo en el derecho civil*, Caja de Ahorros del Sureste de España, Alicante, 1966.
- TREMBLAY, LUC B., “Promoting Equality and Combating Discrimination through Affirmative Action: The same Challenge? Questioning the Canadian Substantive Equality Paradigm”, *Am. J. Comp. L* 60 (2012), 181-204.
- TRENTMANN, FRANK, “Knowing Consumers – Histories, Identities, Practices - An Introduction”, TRENTMANN, FRANK, *The Making of the Consumer - Knowledge, Power and Identity in the Modern World*, Berg, 2006.

- TRENTMANN, FRANK, “The Modern Genealogy of the Consumer, Identities, Meanings and Synapses”, BREWER, JOHN e TRENTMANN, FRANK, *Consuming Cultures, Global Perspectives*, Berg, 2006.
- TRENTMANN, FRANK, “Citizenship and Consumption”, *Journal of Consumer Culture* 7 (2007), 147-158.
- TRENTMANN, FRANK, “Before Fair Trade – Empire, Free Trade and Moral Economies of Food in the Modern World”, NÜTZENADEL, ALEXANDER e TRENTMANN, FRANK, *Food and Globalization – Consumption, Markets and Politics in the Modern World*, Berg, 2008.
- TRIBE, LAURENCE H. e DORF, MICHAEL G., *On Reading the Constitution*, Harvard University Press, 1993.
- TRIMARCHI, MARIO, “La proprietà nella Prospettiva del Diritto Europeo”, COMPORI, MARIO, *La Proprietà nella Carta Europea dei Diritti Fondamentali*, Milão, Giuffrè Editore, 2005.
- TURATTO, SILVIA, “Immissioni transfrontaliere e convenzione di Bruxelles: la Corte di giustizia esclude l’applicabilità del criterio esclusivo del forum rei sitae”, *Riv. trim. dir. proc. civ.* (2007), 1337-1364.
- TURNER, CHRIS, *Contract Law*, 2.^a edição, Hodder Education, 2007.
- TUSHNET, MARK, “The Issue of State Action/Horizontal Effect in Comparative Constitutional Law”, *Int’l J. Const. L.* 1 (2003), 79-98.
- UITZ, RENATA, *Constitutions, Courts and History*, CEU Press, 2005.
- ULEN, THOMAS S., “Rational Choice and the Economic Analysis of Law”, *Law & Soc. Inquiry* 19 (1994), 487-522.
- UNDERKUFFLER, LAURA, “On Property: An Essay”, *Yale L.J.* 100 (1990), 127-148.
- UNDERKUFFLER, LAURA, “Takings and the Nature of Property”, *Can. J. L. & Jurisprudence* 9 (1996), 161-206.
- UNDERKUFFLER, LAURA, “Property as Constitutional Myth: Utilities and Dangers”, *Cornell L. Rev* 92 (2006), 1239-1254.
- VAN DEN BROEK, PETER, “The Protection of Property Rights under the European Convention on Human Rights”, *LIEI* 1 (1986), 52-.
- VAN GERVEN, WALTER, “Of Rights, Remedies and Procedures”, *CMLRev* 37 (2000), 501-536.
- VASQUES, SÉRGIO, “A evolução histórica do Estado Fiscal Português”, *Revista Fórum de Direito Tributário* 37 (2009), 9-52.
- VASSALO ABREU, ABÍLIO, “Usucapião de imóveis sem indemnização: o ‘teste de conformidade com a Constituição’ e o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 205/00, de 4 de Abril de 2000 (Proc. n.º 390/96)”, *BFD* 87 (2012), 189-.
- VASSALO ABREU, ABÍLIO, *Titularidade registral do direito de propriedade imobiliária versus usucapião (“Adverse Possession”)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.

- VAZ SERRA, ADRIANO, “Anotação ao Ac. STJ de 6 de Maio de 1969”, *RLJ* 3429 (1970), 371-380.
- VEIT, BARBARA, “BeckOK BGB § 1641”, BAMBERGER e ROTH, *BGB Kommentar*, 2011.
- VELOSO, JOSÉ ANTÓNIO, “Concurso e conflito de normas”, *Direito e Justiça* 27 (2003), 205-272.
- VELOSO, MARIA MANUEL, “Danos não patrimoniais a sociedade comercial?”, *CDPriv.* 18 (2007), 29-45.
- VELOSO, ZENO, “O domicílio no Direito Brasileiro, no Português e no Projecto de Código Civil do Brasil”, *Scientia Iuridica* XXXIII (1984), 313-343.
- VENNEMANN, NICOLA, “The German Draft Legislation On the Prevention of Discrimination in the Private Sector”, *German Law Journal* 3 (2002).
- VETTORI, GIUSEPPE, “Giustizia e remedi nell diritto europeo dei contratti”, *Eur. dir. priv.* (2006), 53-75.
- VIALA, ALEXANDRE, “Da la dualité du sein et du sollen pour mieux comprendre l’authorité de la chose interprété”, *RDP* 117 (2001), 777-809.
- VIEIRA CURA, ANTÓNIO, “O fundamento romanístico da eficácia obrigacional e da eficácia real da compra e venda nos Códigos Civis espanhol e português”, *Jornadas Romanísticas*, Coimbra Editora, 2003.
- VIEIRA CURA, ANTÓNIO, “Compra e venda e transferência de propriedade no direito romano clássico e justiniano (a raiz do sistema de título e modo)”, *BFD* 75 (2003).
- VIEIRA CURA, ANTÓNIO, “O dever de consciência dos casados catolicamente de não pedirem o divórcio nos tribunais civis”, *CDF/IGC, Família, consciência, secularismo e religião*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.
- VIEIRA DE ANDRADE, JOSÉ CARLOS, “A fiscalização da constitucionalidade das ‘normas privadas’ pelo Tribunal Constitucional”, *RLJ* 3921 (2001), 357-363.
- VIEIRA DE ANDRADE, JOSÉ CARLOS, “Anotação ao Ac. TC n.º 509/02 (rendimento social de inserção)”, *Jurisprudência Constitucional* 1 (2004), 4-29.
- VIEIRA DE ANDRADE, JOSÉ CARLOS, “A protecção de direito fundado em patente no âmbito do procedimento de autorização da comercialização de medicamentos”, *RLJ* 3953 (2008), 70-96.
- VIEIRA DE ANDRADE, JOSÉ CARLOS, “A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D: Estado de direito, Estado fiscal, Estado social”, *RLJ* 3969 (2011), 345-363.
- VIEIRA DE ANDRADE, JOSÉ CARLOS, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª, Almedina, Coimbra, 2012.
- VIEIRA, JOSÉ ALBERTO, *A estrutura do direito de autor no ordenamento jurídico português*, AAFDL, Coimbra, 1992.

- VILAR, RUI, “Fundações – Legitimidade, responsabilidade e (auto-) regulação”, FDUC, *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais – Homenagem aos profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier, II*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.
- VILAR, RUI e GONÇALVES, RUI HERMENEGILDO, “Fundações e Direito da União Europeia. Perspectivas de evolução”, FREITAS DO AMARAL, DIOGO, FERREIRA DE ALMEIDA, CARLOS e TAVARES DE ALMEIDA, MARTA, *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Coimbra, Coimbra, 2008.
- VILAR ROSALES, MARTA, *Cultura material e consumo: uma introdução*, Celta Editora, Lisboa, 2009.
- VIOLANTE, TERESA, “As emissões ilícitas no Código Civil português”, CONSTITUCIONAL, TRIBUNAL, *Estudos em memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida, Tribunal Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.
- VÍTOR, PAULA e MARTINS, ROSA, “Depois de a morte nos separar... - A protecção do cônjuge sobrevivente da perspectiva da responsabilidade”, ALVES CORREIA, FERNANDO, MACHADO, JÓNATAS e LOUREIRO, JOÃO, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho I*, Coimbra, Almedina, 2012.
- VITORINO, ANTÓNIO e MARTINS, CLÁUDIA, “Contrato de tradução e outros contratos de transformação da obra”, FERREIRA DE ALMEIDA, CARLOS, COUTO GONÇALVES, LUÍS e TRABUCO, CLÁUDIA, *Contratos de direito de autor e de direito industrial*, Coimbra, Almedina, 2011.
- VITORINO, ANTÓNIO DE MACEDO, *A eficácia dos contratos de direito de autor*, Almedina, Coimbra, 1995.
- VOGEL, DAVID, “Tracing the American Roots of the Political Consumerism Movement”, MICHELETTI, MICHELE, FOLLESDAL, ANDREAS e STOLLE, DIETLIND, *Politics, Products, and Markets – Exploring Political Consumerism Past and Present*, Transaction Publishers, 2004.
- VOLPE, FABRIZIO, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Edizioni Schientifiche Italiane, Nápoles, 2004.
- VON BOGDANDY, ARMIN, “Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say”, *Int’l J. Const. L.* 6 (2008), 397-413.
- VONÈCHE, LAURA CARDIA e CADOLLE, SYLVIE, “Quand le conflit conjugal est un conflit parental”, BÜCHLER, ANDREA e MÜLLER-CHEN, MARKUS, *Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag*, Berna, Stämpfli, 2011.
- WADDINGTON, LISA, “Recent Developments and the Non-discrimination Directives: Mangold and More”, *Maastricht J. Eur. & Comp. L.* 13 (2006), 365-374.
- WADE, WILLIAM, “Horizons of Horizontality”, *L.Q.R.* 116 (2000), 217-224.
- WAGENITZ, “BGB § 1804”, BGB, MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM, 2012.
- WALDRON, JEREMY, “Property, Justification and Need”, *Can. J. L. & Jurisprudence* 6 (1993).
- WALDRON, JEREMY, *The Right to Private Property*, Clarendon Press, Oxford, 1998.

- WALDRON, JEREMY, "Settlement, Return, and the Supersession Thesis", *Theoretical Inq. L.* 5 (2004), 237-268.
- WALKER, NEIL, "Beyond Boundary Disputes and Basic Grids: Mapping the Global Disorder of Normative Orders", *Int'l J. Const. L.* 6 (2008), 373-396.
- WALT, A. J. VAN DER, *Property in the Margins*, Hart Publisher, 2009.
- WERLAUFF, ERIK, "Compensation for Adverse Possession", *EBLR* (2007), 335-345.
- WHITE, KATHERINE, ARGO, JENNIFER e SENGUPTA, JAIDEEP, "Dissociative versus Associative Responses to Social Identity Threat: The Role of Consumer Self-Construal", *Journal of Consumer Research* 39 (2012), 704-719.
- WIEMANN, JOACHIM, "Obligation to Contract and the German General Act on Equal Treatment (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz)", *German Law Journal* 11 (2010), 1131-1146.
- WIESBROCK, ANJA, "Case Note – Case C-555/07, *Kücükdeveci v. Swedex*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 19 January 2010", *German Law Journal* 11 (2010), 539-550.
- WIGGINS, DAVID, "Incommensurability: Four Proposals", CHANG, RUTH, *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1997.
- WIGGINS, DAVID, *Needs, Values, Truth: Essays in the Philosophy of Value*, 3.^a, Clarendon Press, Oxford, 1998.
- WILDHABER, LUZIUS, "The Protection of Legitimate Expectations in European Human Rights Law", MONTI ET AL., MARIO, *Economic Law and Justice in Times of Globalisation – Festschrift for Carl Baudenbacher*, Nomos Verlag, Baden-Baden, , 2007.
- WILLIAMS, BERNARD, *Problems of the Self*, CUP, 1973.
- WILLIAMS, BERNARD, *Moral Luck: Philosophical Papers 1973-1980*, CUP, 1982.
- WILLIAMS, BERNARD, *Making Sense of Humanity And Other Philosophical Papers 1982—1993*, CUP, 1995.
- WILLIAMS, JOAN C., *Reshaping the Work-Family Debate: Why Men and Class Matter*, HUP, 2010.
- WILLIAMSON, E., "Transaction Costs and Property Rights", *International Encyclopaedia of the Social & Behavioral Sciences*.
- WINDSCHEID, BERNHARD, *Diritto delle Pandette I*, UTET, 1902.
- WINFIELD, RICHARD DIEN, "With what Must Ethics Begin? Reflections on Benson's Account of Property and Contract", *Cardozo L. Rev.* 11 (1990), 537-548.
- WINISDOERFFER, YVES, "Margin of Appreciation and Article 1 of Protocol No. 1 ", *Hum. Rts. L. J.* 19 (1998), 18-.
- WINKLER, VIKTOR, "The Planned German Anti-Discrimination Act: Legal Vandalism? A Response to Karl-Heinz Ladeur", *German Law Journal* 3 (2002).

- WYATT, DERRICK, “Horizontal Effect of Fundamental Freedoms And The Right to Equality After Viking and Mangold, And The Implications for the Community Competence”, *Croatian Yearbook of European Law and Policy* 4 (2008), 1-40.
- YOUNG, ALISON L., “Mapping Horizontal Effect”, HOFFMAN, DAVID, *The Impact of UK Human Rights Act on Private Law*, CUP, 2011.
- YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO e CUENA CASAS, MATILDE, *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. I, Editorial Aranzadi, Navarra, 2011.
- ZACCARIA, ALESSIO, “Il diritto privato europeo nell’epoca del postmoderno”, *Riv. dir. civ.* 43 (1997), 367-383.
- ZAGREBELSKY, GUSTAVO, “Relazione”, COSTITUZIONALISTI, ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI, *Annuario 2002*, CEDAM, 2004.
- ZAMIR, EYAL, “The Efficiency of Paternalism”, *Va. L. Rev.* 84 (1998), 229-286.
- ZENO-ZENCOVICH, VINCENZO, “Le base costituzionali di un diritto privato europeo”, *Eur. dir. priv.* (2003), 19-31.
- ZIMMERMANN, REINHARD, *The Law of Obligations - Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Jura and Beck, 1990.
- ZITTRAIN, JONAHAN, “Privacy 2.0”, *U. Chi. Legal F.* 2008 (2008), 65-120.
- ZOLO, DANILO, *Globalizzazione: una mapa dei problemi*, Laterza, Roma, 2004.

Jurisprudência citada

Tribunal Constitucional

Acórdão TC n.º 13/83 [Relator: MARTINS DA FONSECA], de 12 de Outubro
Acórdão TC n.º 1/84 [Relator: MARTINS DA FONSECA], de 11 de Janeiro
Acórdão TC n.º 14/84 [Relator: VITAL MOREIRA], de 8 de Fevereiro
Acórdão TC n.º 15/85 [Relator: JORGE CAMPINOS], de 30 de Janeiro
Acórdão TC n.º 25/85 [Relator: MÁRIO AFONSO], de 6 de Fevereiro
Acórdão TC n.º 76/85 [Relator: MONTEIRO DINIZ], de 6 de Maio
Acórdão TC n.º 141/85 [Relator: JORGE CAMPINOS], de 25 de Julho
Acórdão TC n.º 236/86 [Relator: RAUL MATEUS], de 9 de Julho
Acórdão TC n.º 341/86 [Relator: MONTEIRO DINIZ], de 10 de Dezembro
Acórdão TC n.º 7/87 [Relator: MÁRIO DE BRITO], de 9 de Janeiro
Acórdão TC n.º 340/87 [Relator: Mário Afonso], de 10 de Julho
Acórdão TC n.º 404/87 [Relator: CARDOSO DA COSTA], de 29 de Julho
Acórdão TC n.º 425/87 [Relator: MONTEIRO DINIZ], de 4 de Novembro
Acórdão TC n.º 109/88 [Relator: RAUL MATEUS], de 1 de Junho
Acórdão TC n.º 194/89 [Relator: LUÍS NUNES DE ALMEIDA], de 9 de Fevereiro
Acórdão TC n.º 381/89 [Relator: MAGALHÃES GODINHO], de 3 de Maio
Acórdão TC n.º 452/89 [Relator: RAUL MATEUS], de 28 de Junho
Acórdão TC n.º 52/90 [Relator: VÍTOR NUNES DE ALMEIDA], de 7 de Março
Acórdão TC n.º 188/91 [Relator: MÁRIO DE BRITO], de 7 de Maio

Acórdão TC n.º 232/91 [Relator: MESSIAS BENTO], de 23 de Maio
Acórdão TC n.º 349/91 [Relator: ALVES CORREIA], de 3 de Julho
Acórdão TC n.º 373/91 [Relator: TAVARES DA COSTA], de 17 de Outubro
Acórdão TC n.º 108/92 [Relator: ALVES CORREIA], de 19 de Março
Acórdão TC n.º 128/92 [Relator: MESSIAS BENTO], de 1 de Abril
Acórdãos TC n.º 130/92 e 131/92 [Relator: ALVES CORREIA], de 1 de Abril
Acórdão TC n.º 151/92 [Relator: MESSIAS BENTO], de 8 de Abril
Acórdão TC n.º 257/92 [Relator: MONTEIRO DINIZ], de 13 de Julho
Acórdão TC n.º 311/93 [Relator: MESSIAS BENTO], de 28 de Abril
Acórdão TC n.º 411/93 [Relator: NUNES DE ALMEIDA], de 29 de Junho
Acórdão TC n.º 458/93 [Relator: Armindo Ribeiro Mendes], de 12 de Agosto
Acórdão TC n.º 283/94 [Relator: ALVES CORREIA], de 23 de Março
Acórdão TC n.º 328/94 [Relator: BRAVO SERRA], de 13 de Abril
Acórdão TC n.º 431/94 [Relator: MESSIAS BENTO], 25 de Maio
Acórdão TC n.º 494/94 [Relator: MESSIAS BENTO], de 12 de Julho
Acórdão TC n.º 507/94 [Relator: ARMINDO RIBEIRO MENDES], de 14 de Julho
Acórdão TC n.º 516/94 [Relator: ARMINDO RIBEIRO MENDES], de 27 de Setembro
Acórdão TC n.º 578/94 [Relator: ARMINDO RIBEIRO MENDES], de 26 de Outubro
Acórdão TC n.º 174/95 [Relatora: FERNANDA PALMA], de 4 de Abril
Acórdão TC n.º 267/95 [Relator: NUNES DE ALMEIDA], de 30 de Maio
Acórdão TC n.º 319/95 [Relator: MESSIAS BENTO], de 20 de Junho
Acórdão TC n.º 451/95 [Relator: GUILHERME DA FONSECA], de 6 de Julho
Acórdão TC n.º 4/96 [ARMINDO RIBEIRO MENDES], de 16 de Janeiro
Acórdão TC n.º 866/96 [Relator: MONTEIRO DINIZ], de 4 de Julho
Acórdão TC n.º 1145/96 [Relator: MONTEIRO DINIZ], de 12 de Novembro
Acórdão TC n.º 67/97 [Relator: TAVARES DA COSTA], de 4 de Fevereiro
Acórdão TC n.º 288/98 [Relator: LUÍS NUNES DE ALMEIDA], de 17 de Abril
Acórdão TC n.º 44/99 [Relator: LUÍS NUNES DE ALMEIDA], de 19 de Janeiro
Acórdão TC n.º 51/99 [Relator: ARTUR MAURÍCIO], de 19 de Janeiro
Acórdão TC n.º 155/99 [Relator: SOUSA BRITO], de 10 de Março
Acórdão TC n.º 254/99 [Relator: SOUSA BRITO], de 4 de Maio
Acórdão TC n.º 289/99 (Relator: BRAVO SERRA), de 12 de Maio
Acórdão TC n.º 318/99 [Relator: LUÍS NUNES DE ALMEIDA], de 26 de Maio
Acórdão TC n.º 328/99 [Relatora: MARIA DOS PRAZERES BELEZA], de 26 de Maio
Acórdão TC n.º 329/99 [Relator: MESSIAS BENTO], de 2 de Junho
Acórdão TC n.º 377/99 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 22 de Junho
Acórdão TC n.º 421/99 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 30 de Junho

Acórdão TC n.º 517/99 [Relator: MESSIAS BENTO], de 22 de Setembro
 Acórdão TC n.º 607/99 (Relatora: HELENA BRITO), de 9 de Novembro
 Acórdão TC n.º 639/99 [Relatora: HELENA BRITO], de 23 de Novembro
 Acórdão TC n.º 648/99 [Relatora: FERNANDA PALMA], de 24 de Novembro
 Acórdão TC n.º 649/99 [Relator: BRAVO SERRA], de 24 de Novembro
 Acórdão TC n.º 20/00 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 11 de Janeiro
 Acórdão TC n.º 128/00 [Relator: MESSIAS BENTO], de 23 de Fevereiro
 Acórdão TC n.º 205/00 [Relator: MARIA DOS PRAZERES BELEZA], de 4 de Abril
 Acórdão TC n.º 215/00 [Relator: VÍTOR NUNES DE ALMEIDA], de 5 de Abril
 Acórdão TC n.º 263/00 [Relator: BRAVO SERRA], de 3 de Maio
 Acórdão TC n.º 420/00 [Relator: MESSIAS BENTO], de 11 de Outubro
 Acórdão TC n.º 425/00 [Relatora: MARIA DOS PRAZERES BELEZA], de 11 de Outubro
 Acórdão TC n.º 436/00 [Relator: TAVARES DA COSTA], de 17 de Outubro
 Acórdão TC n.º 463/00 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 25 de Outubro
 Acórdão TC n.º 484/00 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 22 de Novembro
 Acórdão TC n.º 491/00 [Relator: MARIA DOS PRAZERES BELEZA], de 22 de Novembro
 Acórdão TC n.º 29/01 [Relator: VÍTOR NUNES DE ALMEIDA], de 30 de Janeiro
 Acórdão TC n.º 57/01 [Relator: ARTUR MAURÍCIO], de 13 de Fevereiro
 Acórdão TC n.º 77/01 [Relator: BRAVO SERRA], de 14 de Fevereiro
 Acórdão TC n.º 187/01 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 2 de Maio
 Acórdão TC n.º 192/01 [Relator: ARTUR MAURÍCIO], de 8 de Maio
 Acórdão TC n.º 309/01 [Relator: ARTUR MAURÍCIO], de 3 de Julho
 Acórdão TC n.º 457/01 [Relator: SOUSA BRITO], de 23 de Outubro
 Acórdão TC n.º 471/01 [Relator: TAVARES DA COSTA], de 24 de Outubro
 Acórdão TC n.º 535/01 [Relator: GUILHERME DA FONSECA], de 5 de Dezembro
 Acórdão TC n.º 544/01 [Relatora: HELENA DE BRITO], de 5 de Dezembro
 Acórdão TC n.º 569/01 [Relator: BRAVO SERRA], de 12 de Dezembro
 Acórdão TC n.º 62/02 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 6 de Fevereiro
 Acórdão TC n.º 78/02 [Relator: TAVARES DA COSTA], de 26 de Fevereiro
 Acórdão TC n.º 177/02 [Relatora: MARIA DOS PRAZERES BELEZA], de 23 de Abril
 Acórdão TC n.º 322/02 [Relator: HELENA BRITO], de 10 de Julho
 Acórdão TC n.º 368/02 [Relator: ARTUR MAURÍCIO], de 25 de Setembro
 Acórdão TC n.º 391/02 [Relatora: FERNANDA PALMA], de 2 de Outubro
 Acórdão TC n.º 491/02 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 26 de Novembro
 Acórdão TC n.º 509/02 [Relator: LUÍS NUNES DE ALMEIDA], de 19 de Dezembro
 Acórdão TC n.º 138/03 [Relatora: HELENA BRITO], de 18 de Março
 Acórdão TC n.º 232/03 [Relator: RUI MOURA RAMOS], de 13 de Maio

Acórdão TC n.º 157/03 [Relatora: FERNANDA PALMA], de 19 de Março
Acórdão TC n.º 374/03 [Relator: MÁRIO TORRES], de 15 de Julho
Acórdão TC n.º 607/03 [Relator: SILVA RODRIGUES], de 5 de Dezembro
Acórdão TC n.º 96/04 [Relatora: MARIA HELENA BRITO], de 11 de Fevereiro
Acórdão TC n.º 139/04 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 10 de Março
Acórdão TC n.º 273/04 [Relator: GIL GALVÃO], de 20 de Abril
Acórdão TC n.º 353/04 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 19 de Maio
Acórdão TC n.º 394/04 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 2 de Junho
Acórdão TC n.º 466/04 [Relator: BENJAMIM RODRIGUES], de 23 de Junho
Acórdão TC n.º 541/04 [Relatora: FERNANDA PALMA], de 15 de Julho
Acórdão TC n.º 620/04 [Relator: GIL GALVÃO], de 20 de Outubro
Acórdão TC n.º 723/04 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 21 de Dezembro
Acórdão TC n.º 147/05 [Relatora: MARIA DOS PRAZERES BELEZA], de 16 de Março
Acórdão TC n.º 148/05 [Relator: VÍTOR GOMES], de 16 de Março
Acórdão TC n.º 247/05 [Relatora: MARIA JOÃO ANTUNES], de 10 de Maio
Acórdão TC n.º 306/05 [Relator: VÍTOR GOMES], de 8 de Junho
Acórdão TC n.º 358/05 [Relatora: HELENA BRITO], de 6 de Julho
Acórdão TC n.º 23/06 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 10 de Janeiro
Acórdão TC n.º 364/06 [Relatora: MARIA HELENA BRITO], de 8 de Junho
Acórdão TC n.º 442/06 [Relator: GIL GALVÃO], de 12 de Julho
Acórdão TC n.º 518/06 [Relator: PAMPLONA OLIVEIRA], de 26 de Setembro
Acórdão TC n.º 657/06 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 28 de Novembro
Acórdão TC n.º 28/07 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 17 de Janeiro
Acórdão TC n.º 159/07 [Relatora: HELENA BRITO], de 6 de Março
Acórdão TC n.º 178/07 [Relator: BENJAMIM SILVA RODRIGUES], de 8 de Março
Acórdão TC n.º 201/07 [Relator: PAMPLONA OLIVEIRA], de 21 de Março
Acórdão TC n.º 274/07 [Relator: BENJAMIM SILVA RODRIGUES], de 2 de Maio
Acórdão TC n.º 277/07 [Relator: MÁRIO TORRES], de 2 de Maio
Acórdão TC n.º 589/07 [Relator: CARLOS FERNANDES CADILHA], de 28 de Novembro
Acórdão TC n.º 11/08 [Relator: JOÃO CURA MARIANO], de 14 de Janeiro
Acórdão TC n.º 125/08 [Relator: MÁRIO TORRES], de 20 de Fevereiro
Acórdão TC n.º 126/08 [Relator: JOÃO CURA MARIANO], de 20 de Fevereiro
Acórdão TC n.º 127/08 [Relator: JOÃO CURA MARIANO], de 20 de Fevereiro
Acórdão TC n.º 294/08 [Relator: CARLOS FERNANDES CADILHA], de 29 de Maio
Acórdão TC n.º 444/08 [Relator: CURA MARIANO], de 23 de Setembro
Acórdão TC n.º 496/08 [Relatora: MARIA LÚCIA AMARAL], de 9 de Outubro
Acórdão TC n.º 515/08 [Relator: VÍTOR GOMES], de 22 de Outubro

Acórdão TC n.º 569/08 [Relator: MARIA LÚCIA AMARAL], de 26 de Novembro
 Acórdão TC n.º 593/08 [Relator: SOUSA RIBEIRO], de 10 de Dezembro
 Acórdão TC n.º 596/08 [Relator: MÁRIO TORRES], de 10 de Dezembro
 Acórdão TC n.º 14/09 [Relator: JOÃO CURA MARIANO], de 13 de Janeiro
 Acórdão TC n.º 345/09 [Relator: VÍTOR GOMES], de 8 de Julho
 Acórdão TC n.º 421/09 [Relatora: MARIA LÚCIA AMARAL], de 13 de Agosto
 Acórdão TC n.º 47/10 [Relatora: MARIA LÚCIA AMARAL], de 3 de Fevereiro
 Acórdão TC n.º 153/2010 [Relator: JOÃO CURA MARIANO], de 25 de Maio
 Acórdão TC n.º 166/10 [Relatora: MARIA LÚCIA AMARAL], de 28 de Abril
 Acórdão TC n.º 168/10 [Relator: CARLOS FERNANDES CADILHA], de 28 de Abril
 Acórdão TC n.º 179/10 [Relator: CARLOS PAMPLONA DE OLIVEIRA], de 12 de Maio
 Acórdão TC n.º 196/10 [Relator: JOÃO CURA MARIANO], de 12 de Maio
 Acórdão TC n.º 257/10 [Relator: CARLOS PAMPLONA DE OLIVEIRA], de 29 de Junho
 Acórdão TC n.º 407/10 [Relatora: MARIA LÚCIA AMARAL], de 9 de Novembro
 Acórdão TC n.º 484/10 [Relator: VÍTOR GOMES], de 9 de Dezembro
 Acórdão TC n.º 225/11 [Relator: CARLOS PAMPLONA DE OLIVEIRA], de 3 de Maio
 Acórdão TC n.º 235/11 [Relator: CURA MARIANO], de 4 de Maio
 Acórdão TC n.º 285/11 [Relator: CARLOS PAMPLONA OLIVEIRA], de 7 de Junho
 Acórdão TC n.º 286/11 [Relator: CARLOS PAMPLONA OLIVEIRA], de 7 de Junho
 Acórdão TC n.º 398/11 [Relator: JOÃO CURA MARIANO], de 22 de Setembro
 Acórdão TC n.º 401/11 [Relator: JOÃO CURA MARIANO], de 22 de Setembro
 Acórdão TC n.º 449/11 [Relator: CARLOS PAMPLONA DE OLIVEIRA], de 11 de Outubro
 Acórdão TC n.º 577/11 [Relator: JOSÉ BORGES SOEIRO], de 29 de Novembro
 Acórdão TC n.º 581/11 [Relatora: MARIA JOÃO ANTUNES], de 29 de Novembro
 Acórdão TC n.º 612/11 [Relatora: CATARINA SARMENTO E CASTRO], de 13 de Dezembro
 Acórdão TC n.º 634/11 [Relatora: MARIA LÚCIA AMARAL], de 20 de Dezembro
 Acórdão TC n.º 8/2012 [Relatora: MARIA LÚCIA AMARAL], de 11 de Janeiro
 Acórdão TC n.º 216/12 [Relatora: CATARINA SARMENTO E CASTRO], de 24 de Abril
 Acórdão TC n.º 2/13 [Relatora: MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA], de 9 de Janeiro
 Acórdão TC n.º 126/13 [Relator: VÍTOR GOMES], de 27 de Fevereiro
 Acórdão TC n.º 127/13 [Relator: VÍTOR GOMES], de 27 de Fevereiro
 Acórdão TC n.º 383/14 [Relator: JOÃO CURA MARIANO], de 7 de Maio

Supremo Tribunal de Justiça

- Ac. STJ, de 28 de Abril de 1977 [Processo: 066606]
- Ac. STJ, de 11 de Janeiro de 1979 [Processo: 067558]
- Ac. STJ, de 15 de Outubro de 1985 [Processo: 073140]
- Ac. STJ, de 13 de Março de 1986 [Processo: 073196]
- Ac. STJ, de 27 de Janeiro de 1993 [Processo: 082914].
- Ac. STJ, de 16 de Março de 1995 [Processo: 085828]
- Ac. STJ, de 24 de Outubro de 1996 [Processo: 96B214]
- Ac. STJ, de 12 de Novembro de 1996 [Processo: 96A187]
- Ac. STJ, de 13 de Março de 1997 [Processo: 96B557]
- Ac. STJ, de 12 de Março de 1998 [Processo: 97B874]
- Ac. STJ, de 22 de Outubro de 1998 [Processo: 97B1024]
- Ac. STJ, de 16 de Dezembro de 1999 [Processo: 99A998]
- Ac. STJ, de 1 de Fevereiro de 2000 [Processo: 99A1061]
- Ac. STJ, de 1 de Abril de 2003 [Processo: 03B3589]
- Ac. STJ, de 20 de Abril de 2004 [Processo: 03A4440]
- Ac. STJ, de 27 de Abril de 2004 [Processo: 04A192]
- Ac. STJ, de 11 de Dezembro de 2001 [01A3852]
- Ac. STJ, de 12 de Maio de 2005 [Processo: 05B204]
- Ac. STJ, de 1 de Novembro de 2005 [Processo: 05B2022]
- Ac. STJ, de 7 de Fevereiro de 2006 [Processo: 05A4273]
- Ac. STJ, de 9 de Maio de 2006 [Processo 06A636]
- Ac. STJ de 15 de Março de 2007 [Processo: 07B585]
- Ac. STJ, de 29 de Janeiro de 2008 [Processo: 07P3131]
- Ac. STJ, de 28 de Outubro de 2008 [Processo: 08A3005]
- Ac. STJ, de 10 de Dezembro de 2009 [Processo: 321-B-1997.S1]
- Ac. STJ, de 20 de Janeiro de 2010 [Processo: 642/04.5TBSXL-B.L1.S1]
- Ac. STJ, de 17 de Outubro de 2010 [Processo: 02B2255]
- Ac. STJ, de 19 de Outubro de 2010 [Processo: 565/1999.L1.S1]
- Ac. STJ, de 2 de Novembro de 2010 [Processo: 617/09.8T2ETR.S1]
- Ac. STJ, de 2 de Novembro de 2010 [Processo: 726/08.0TBESP-D.P1.S1]
- Ac. STJ, de 16 de Março de 2011 [Processo: 252-A/2002.L1.S1]
- Ac. STJ, de 17 de Novembro de 2011 [Processo: 103/04.2TVLSB.L1.S1]
- Ac. STJ, de 9 de Fevereiro de 2012 [Processo: 819/09.7TMPRT.P1.S1]
- Ac. STJ, de 8 de Maio de 2013 [Processo: 13706/09.OT2SNT.L1.S1]

- Ac. STJ, de 22 de Maio de 2013 [Processo: 1185/09.6TVLSB.L1.S1]
Ac. STJ, de 30 de Maio de 2013 [2209/08.0TBTVD.L1.S1]
Ac. STJ, de 17 de Outubro de 2013 [Processo: 1267/10.1TBCBR.C1.S1]
Ac. STJ, de 29 de Outubro de 2013 [364/03.4TBVRM.G1.S1]
Ac. STJ, de 2 de Dezembro de 2013 (Processo: 110/2000.L1.S1)

Tribunal da Relação de Lisboa

- Ac. TRL, de 29 de Junho de 1977 [Processo: 0007061]
Ac. TRL, de 12 de Outubro de 1977 [Processo: 0012159]
Ac. TRL, de 19 de Fevereiro de 1987 [Processo: 0019034]
Ac. TRL, de 20 de Fevereiro de 1992 [0033966]
Ac. TRL, de 17 de Fevereiro de 1994 [Processo: 0064116]
Ac. TRL, de 24 de Novembro de 1994 [Processo: 0092592]
Ac. TRL, de 11 de Junho de 2003 [Processo: 2089/2003-4]
Ac. TRL, de 15 de Dezembro de 2005 [Processo: 11176/2005-6]
Ac. TRL, de 9 de Dezembro de 2008 [Processo: 10341/2008-6]
Ac. TRL 11 de Novembro de 2010 [Processo: 1030/10]
Ac. TRL, de 22 Novembro de 2011 [Processo: 2659/09.4TBSXL.L1-1]
Ac. TRL, de 23 de Novembro de 2011 [Processo: 88/10.6TMFUN.L1-2]
Ac. TRL, de 15 de Maio de 2012 [Processo: 1017/09.5TMLSB.L1-7]
Ac. TRL, de 18 de Dezembro de 2012 [Processo: 1314/09.0TVLSB.L1-1]
Ac. TRL, de 21 de Março de 2013 [Processo: 1006/11.0T2SNT-D.L1-2]
AC. TRL, de 11 de Julho de 2013 [Processo: 3546/10.9TBVFX.L1-7]
Ac. TRL, de 11 de Julho de 2013 [Processo: 9779/12.6YYLSB.L1-2]
Ac. TRL, de 17 de Setembro de 2013 [Processo: 13588/13.7T28NT-1]
Ac. TRL, de 15 de Outubro de 2013 [Processo: 15238/10.4T2SNT.L1-7]
Ac. TRL, de 22 de Outubro de 2013 [Processo: 16/11.1TBHRT.L1-7]
Ac. TRL, de 4 de Fevereiro de 2014 [Processo: 2495/11.8TCLRS-A.L2-1]

Tribunal da Relação do Porto

- Ac. TRP, de 16 de Julho de 1981 [Processo: 0045243]
Ac. TRP, de 23 de Junho de 1994 [Processo: 9341095]
Ac. TRP, de 16 de Outubro de 1997 [Processo: 9651144]
Ac. TRP, de 4 de Fevereiro de 1999 [Processo: 9930093]
Ac. TRP, de 18 de Dezembro de 2000 [Processo: 0051365]

Ac. TRP, de 5 de Fevereiro de 2001 [Processo: 0021750]
Ac. TRP, de 14 de Outubro de 2002 [Processo: 0250795]
Ac. TRP, de 20 de Fevereiro de 2003 [Processo 0330337]
Ac. TRP, de 5 de Maio de 2003 [Processo: 0351643]
Ac. TRP, de 3 de Maio de 2005 [Processo: 0326079]
Ac. TRP, de 12 de Novembro de 2008 [Processo: 0856156]
Ac. TRP, de 26 de Novembro de 2008 [Processo: 0815220]
Ac. TRP, de 5 de Março de 2009 [Processo: 65/07.4TBCRZ]
Ac. TRP, de 19 de Janeiro de 2010 [Processo nº 537/09.6TBPVZ-A.P1]
Ac. TRP, de 15 de Fevereiro de 2010 [Processo: 523-F/1999.P1]
Ac. TRP, de 22 de Junho de 2012 [3023/09.0TBPVZ-B.P1]
Ac. TRP, de 19 de Dezembro de 2012 [10731/10.1TBVNG.P1]
Ac. TRP, de 14 de Fevereiro de 2013 [Processo: 999/11.1TMPRT.P1]
Ac. TRP, de 22 de Abril de 2013 [Processo: 2610/10.9TMPRT.P1]
Ac. TRP, de 8 de Maio de 2014 [Processo: 169/07.3TBRSD.P2]

Tribunal da Relação de Évora

Ac. TRE de 4 de Abril de 1989
Ac. TRE, de 17 de Janeiro de 2013 [Processo: 2062/11.6TBPTM.E]

Tribunal da Relação de Coimbra

Ac. TRC de 13 de Junho de 2000 [Processo: 1094/2000]
Ac. TRC, de 31 de Maio de 2005 [Processo: 1247/05]
Ac. TRC, de 22 de Maio de 2007 [Processo: 212-E/1997.C1]
Ac. TRC, de 16 de Março de 2010 [462/06.2TBTNV.C1]
Ac. TRC, de 7 de Junho de 2011 [Processo: 394/10.0TMCBR.C1]
Ac. TRC, de 8 de Novembro de 2011 [Processo: 133/10.5TBPNL.C1]
Ac. TRC, de 26 de Junho de 2012 [Processo: 366-C/2002.C1]

Tribunal da Relação de Guimarães

Ac. TRG, de 24 de Março de 2004 [Processo: 377/04-1]
Ac. TRG, de 3 de Maio de 2007 [Processo: 709/07-1]
Ac. TRG, de 11 de Setembro de 2012 [Processo: 250/10.1TMBRG.G1]
Ac. TRG, de 14 de Março de 2013 [Processo: 91/10.6TMBRG.G1]
Ac. TRG, de 12 de Setembro de 2013 [Processo: 228/11.8TMBRG.G1]]

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

- Acórdão *Cassagnou e Outros c. França*, de 29 de Abril de 1999 [Queixas 25088/94, 28331/95 e 28443/95]
- Acórdão *Hatton e Outros c. Reino Unido (GC)*, de 8 de Julho de 2003 (Queixa n.º 36022/97)
- Decisão *Pippo c. Suécia*, de 21 de Março de 2006 (Queixa n.º 70518/01)
- Decisão *Ashworth e Outros c. Reino Unido*, de 20 de Janeiro de 2004, (Queixa n.º 39561/98)
- Decisão *Nilsson c. Suécia*, de 26 de Fevereiro de 2008 (Queixa n.º 11811/05)
- Decisão *Fägerskiöld c. Suécia*, de 26 de Fevereiro de 2008 (Queixa n.º 37664/04)
- Acórdão *Schneider c. Luxemburgo*, de 10 de Julho de 2007 (Queixa n.º 2113/04)
- Acórdão *Deés c. Hungria*, de 9 de Novembro de 2010 (Queixa n.º 2345/06)
- Acórdão *Herrmann c. Alemanha*, de 20 de Janeiro de 2011 (Queixa n.º 9300/07)
- Acórdão *Herrmann c. Alemanha (GC)*, de 26 de Junho de 2012 (Queixa n.º 9300/07)
- Acórdão *Chabauty c. França (GC)*, 4 de Outubro de 2012 (Queixa n.º 57412/08)
- Decisões *Baudinière e Vauzelle c. França*, de 6 de Dezembro de 2007 (Queixas n.ºs 25708/03 e 25719/03)
- Decisão *A.S.P.A.S. e Lasgrezas c. França*, de 22 de Setembro de 2011 (Queixa n.º 29953/08),
- Decisão *Flamenbaum e Outros c. França*, de 13 de Dezembro de 2012 (Queixas n.º 3675/04 e 23264/04)
- Acórdão *Milhau c. França*, de 10 de Julho de 2014 (Queixa n.º 4944/11)

TJUE

- Acórdão C-43/75, *Gabrielle Defrenne contra Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, de 8 de Abril de 1976;
- Acórdão C-343/04, *Land Oberösterreich contra \square EZ*, de 18 de Maio de 2006;
- Acórdão C-144/04, *Mangold v Helm*, de 22 de Novembro de 2006;
- Acórdão C-555/07, *Kucukdeveci v Swedex GmbH & Co KG*, de 19 de Janeiro de 2010;
- Acórdão C- 73/08, *Nicolas Bressol e o. e Céline Chaverot e o. contra Gouvernement de la Communauté française*, de 13 de Abril de 2010;
- Acórdão C-236/09, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL e outros contra Conseil des ministres*, de 1 de Março de 2011;
- Acórdão C-391/09, *Malgožata Runevi \square -Vardyn e Łukasz Paweł Wardyn contra Vilniaus miesto savivaldyb \square s administracija e outros*, de 12 de Maio de 2011;
- Conclusões AG Jacobs, Processo C-79/99, *Julia Schnorbus contra Land Hessen*, de 7 de Dezembro de 2000;
- Conclusões AG L. A. GEELHOED, Processo C-13/05, *Sonia Chacón Navas contra Eurest Colectividades SA*, de 16 de Março de 2006;
- Conclusões AG ELEANOR SHAPSTON, Processo C-227/04 P, *Maria-Luise Lindorfer contra Conselho da União Europeia*, de 30 de Novembro de 2006;

- Conclusões AG JÁN MAZÁK, Processo C-411/05, *Félix Palacios de la Villa contra Cortefiel Servicios SA*, de 15 de Fevereiro de 2007;
- Conclusões AG RUIZ-JARABO COLOMER, Processo C-267/06, *Tadao Maruko contra Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, de 6 de Setembro de 2007;
- Conclusões AG POIARES MADURO, Processo C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contra Firma Feryn NV*, de 12 de Março de 2008;
- Conclusões AG ELEANOR SHAPSTON, Processo C-427/06, *Birgit Bartsch contra Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH*, de 22 de Maio de 2008;
- Conclusões da AG Sharpston, no Processo C- 73/08, *Nicolas Bressol e o. e Céline Chaverot e o. contra Gouvernement de la Communauté française*, de 25 de Junho de 2009;
- Conclusões AG JULIANE KOTOTT, Processo C-394/11, *Valeri Hariev Belov*, em 20 de Setembro de 2012.

Jurisprudência de outros tribunais

- United Kingdom vs. Mandla v Dowell Lee and another*, [1983] 1 All ER 1062, de 24 de Março de 1983;
- Commission for Racial Equality v Dutton*, [1989] 1 All ER 306, de 27 de Julho de 1988;
- Crown Suppliers (PSA) Ltd v Dawkins* [1993] ICR 517, de 29 de Janeiro de 1993;
- Douglas & Anor v Northern And Shell Plc & Anor* [2000] EWCA Civ 353, de 21 de Dezembro de 2000;
- Wilson v First County Trust Ltd (No.2)* [2001] EWCA Civ 633, de 2 de Maio de 2001;
- Leeds City Council v Hall (“Hall”) and Birmingham City Council v Frisby (“Frisby”); Parochial Church Council of the Parish of Aston Cantlow and Wilmcote with Billesley, Warwickshire v. Wallbank & Anor* [2003] UKHL 37, de 26 de Junho de 2003;
- Wilson & Ors v. Secretary of State for Trade and Industry* [2003] UKHL 40, de 10 de Julho de 2003;
- Ghaidan v. Godin-Mendoza* [2004] UKHL 30, de 21 de Junho 2004;
- Campbell v MGN Ltd* [2004] UKHL 22, de 6 de Maio de 2004;
- Re S (a child)*, [2004] UKHL 47, de 28 de Outubro de 2004;
- YL v. Birmingham City Council & Ors* [2007] UKHL 27, de 20 de Junho de 2007;
- Smith (On Behalf of the Gypsy Council) v Buckland* [2007] EWCA Civ 1318, de 12 de Dezembro de 2007;
- Watkins-Singh, R (on the application of) v Aberdare Girls’ High School & Anor* [2008] EWHC 1865 (Admin), de 29 de Julho de 2008;
- Acórdão do Supremo Tribunal Irlandês, *Equality Authority v. Portmarnock Golf Club & ors and Cuddy & anor v. Equalit*, de 3 de Novembro de 2009;
- Salford City Council v Mullen* [2010] EWCA Civ 336, de 30 de Março de 2010;
- LG Frankfurt (Oder), decisão de 22 de Junho de 2010;

Manchester City Council v Pinnock [2010] UKSC 45, de 3 de Novembro de 2010;
London Borough of Hounslow v Powell [2011] UKSC 8, de 23 de Fevereiro de 2011;
Bull & Bull v Hall & Preddy [2012] EWCA Civ 83, de 10 de Fevereiro de 2012;
Bull and another v. Hall and another [2013] UKSC 73, de 27 de Novembro de 2013.

Jurisprudência consultada no site da European Union Agency for Fundamental Rights

(<http://fra.europa.eu/en>)

Tribunal Regional de Sofia, *Yuliana Metodieva vs. Volen Siderov*, decisão de 21 de Julho de 2006;

Tribunal distrital finlandês de Vantaa, decisão de 9 de Novembro de 2005;

Tribunal Distrital da Eslováquia (departamento de Malacky), na decisão *Roma v. Zapadoslovenská energetika*, de 27 de Março de 2006.

Índice

Introdução	17
-------------------------	----

Capítulo I

Propriedade e personalidade: ligações no ordenamento

jurídico infraconstitucional	43
1. O direito à não caça enquanto status negativus do proprietário.....	44
2. Atribuições patrimoniais	61
a) A instituição de fundações.....	61
b) Doações modais ou condicionais	65
c) A instituição de legados.....	74
3. O radical subjectivo dos bens incommunicáveis	77
a) Bens deixados ou doados por conta da legítima	77
b) Direitos estritamente pessoais	79
c) Os objectos de uso pessoal e as recordações de diminuto valor económico	87
4. A protecção da casa de morada	91
a) Normas localizadas no CC	97
b) Crédito hipotecário	99
5. Outros elementos do sistema	103
a) Institutos processuais	103
(i) As impenhorabilidades.....	103
(ii) O direito de remição.....	112
b) O direito penal: a sistematização do Código Penal resultante da Reforma de 95	115
Conclusão preliminar	117

Capítulo II

Propriedade e personalidade: a questão constitucional..... 119 |

1. O âmbito de protecção do artigo 62.º: o estado da arte	119
a) Garantia institucional e posição subjectiva individual	121
b) Direito económico versus direito de natureza análoga	122
c) A estrutura do direito.....	129
d) O objecto da protecção	141
e) Os limites.....	145
2. A nossa leitura do artigo 62.º – algumas notas.....	148
3. A interpretação da Constituição e o diálogo do artigo 62.º com as outras normas constitucionais	163
a) O momento de hermenêutica constitucional.....	163
b) O direito ao livre desenvolvimento da personalidade.....	169
c) “Nos termos da Constituição”: limite ou promoção da protecção constituio- nal da propriedade?	174
Síntese conclusiva	177

Capítulo III

Propriedade e família(s)	181
1. O protecção da casa de morada por morte do unido de facto	192
a) O problema.....	192
b) O princípio da igualdade.....	207
2. Partilha em caso de divórcio (artigo 9.º da Lei 61/2008)	219
a) O problema.....	229
b) O direito de propriedade	234
c) O princípio da segurança jurídica e da proibição do excesso	239
3. A atribuição da casa de morada de família (artigo 1793.º CC)	245
a) O problema.....	248
b) A restrição em favor da família.....	251
c) Princípio da proporcionalidade	258
d) A aplicação do artigo 1793.º aos unidos de facto	260
Notas conclusivas	263

Capítulo IV

Propriedade e escolha da contraparte negocial	269
a) Discriminação na escolha da contraparte negocial.....	274
1. O quadro regulatório multinível	278
a) A discriminação racial (origem racial, cor, nacionalidade, origem étnica)	278
i) A Lei 134/99, de 28 de Agosto	279
ii) A Directiva anti-racismo: A Directiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de Junho de 2000	280
iii) A Lei 18/2004, de 11 de Maio	288
b) A discriminação entre homens e mulheres	290
i) A Directiva 2004/113/CE, de 13 de Dezembro de 2004.....	292
ii) A transposição da Directiva 2004/113/CE pela Lei 14/2008, de 12 de Março.	295
b) A discriminação em razão da deficiência e do risco agravado de saúde.....	296
c) A discriminação em razão de outras características – o artigo 13.º e o artigo 26.º da CRP?.....	299
i) O artigo 13.º da CRP.....	299
ii) O artigo 26.º da CRP	303
iii) A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre privados	305
2. Noção de discriminação na escolha da contraparte negocial.....	325
i) O enquadramento dogmático	325
ii) O fundamento ou justificação	328
iii) Efeitos	338
b) Pessoa, contrato e propriedade: tríade fundamental?	350
1. A liberdade contratual.....	356
2. O direito de propriedade	363

Capítulo V

Propriedade <i>versus</i> personalidade: a colisão de direitos	377
1. O tratamento jurisprudencial da colisão entre o direito de propriedade e um direito de personalidade	392
a) Antes da Constituição de 1976	392
b) A inversão decisória em conformidade com o novo programa constitucional	394
c) O momento contemporâneo	398
2. Reapreciação do artigo 335.º do CC enquanto norma harmonizadora.	
A constitucionalização do direito privado	402
a) Constitucionalização do direito privado	402
b) Contributo para a determinação do critério do 335.º	412
Notas conclusivas	426
Conclusões	427
Bibliografia	433
Jurisprudência citada	495

