

**Comentário ao Acórdão do Tribunal  
Constitucional n.º 299/2020, de 18 de setembro  
- Continuidade ou viragem na jurisprudência  
constitucional sobre a propriedade privada?**

**Comment on the Constitutional Court's  
Judgement no. 299/2020, September 18  
- Continuity or Change in the Constitutional  
Jurisprudence on Private Property?**

**Miguel Nogueira de Brito**

Vol. 10 No. 2  
novembro 2023  
[e-publica.pt](http://e-publica.pt)

ISSN 2183-184x

Com o apoio de:

**fct** Fundação  
para a Ciência  
e a Tecnologia

**COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 299/2020, DE 18 DE SETEMBRO – CONTINUIDADE OU VIRAGEM NA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL SOBRE A PROPRIEDADE PRIVADA?**

COMMENT ON THE CONSTITUTIONAL COURT'S JUDGEMENT NO. 299/2020, SEPTEMBER 18 – CONTINUITY OR CHANGE IN THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE ON PRIVATE PROPERTY?

**MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO**

Lisbon Public Law Research Centre  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa  
Alameda da Universidade  
1649-014 Lisboa, Portugal  
[miguelbrito@fd.ulisboa.pt](mailto:miguelbrito@fd.ulisboa.pt)

**Resumo:** O Acórdão n.º 299/2020 declara a inconstitucionalidade com força obrigatória geral da norma do artigo 1091.º, n.º 8, do Código Civil, na redação dada pela Lei n.º 64/2018, de 29 de outubro, que atribui ao arrendatário habitacional de parte de um imóvel não constituído em propriedade horizontal um direito de preferência na venda ou dação em cumprimento da totalidade do prédio, sendo que o direito a adquirir pelo arrendatário se restringe a uma quota-parte ideal desse prédio, por violação do n.º 1 do artigo 62.º, em conjugação com o n.º 2 do artigo 18.º, da Constituição. O presente artigo analisa a argumentação do aresto em causa e sustenta que o mesmo não implica qualquer viragem na jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre o direito fundamental de propriedade, mas apenas sistematiza tal jurisprudência, procedendo a uma separação rigorosa entre delimitação do conteúdo do direito, identificação de uma medida restritiva, e justificação constitucional desta última à luz do princípio da proporcionalidade.

**Palavras-chave:** direito fundamental de propriedade; direito fundamental à habitação; natureza análoga; proporcionalidade; direito de preferência do arrendatário habitacional; liberdade de transmissão da propriedade; arrendamento habitacional.

**Abstract:** Judgment no. 299/2020 of the Constitutional Court declares the unconstitutionality with general binding force of the norm of article 1091.º, no. 8, of the Civil Code, added by Law no. 64/2018, of October 29, which confers a preemptive right in the sale of the entire building on the housing tenant of part of a property not constituted as horizontal property, in such a manner that the right to acquire by the tenant is restricted to an ideal share of that building, due to breach of n. 1 of article 62, in conjunction with paragraph 2 of article 18, of the Constitution. The present article analyzes the argument of the said judgment and maintains that it does not imply any change in the jurisprudence of the Constitutional Court on the fundamental right of property, but only systematizes such jurisprudence in a new light, proceeding to a rigorous separation between the delimitation of the content of the right, the identification of a restrictive measure, and the constitutional justification of the latter in light of the principle of proportionality.

**Keywords:** fundamental right of private property; fundamental right to housing; analogous nature; proportionality; pre-emption right of the lessee in a housing lease; freedom of transfer of property; housing lease.

## 1. Introdução

O Tribunal Constitucional tem uma jurisprudência desenvolvida e diversificada sobre a tutela constitucional da propriedade privada, na qual se destaca certamente o Acórdão n.º 299/2020, desde logo por incidir sobre uma disposição do Código Civil. Este acórdão veio, com efeito, declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória geral do artigo 1091.º, n.º 8, do Código Civil, na redação dada pela Lei n.º 64/2018, de 29 de outubro, que visou garantir o exercício efetivo do direito de preferência pelos arrendatários na alienação do locado, por violação do n.º 1 do artigo 62.º, em conjugação com o n.º 2 do artigo 18.º, da Constituição.

A decisão do Tribunal foi proferida na sequência de um pedido de fiscalização abstrata sucessiva de constitucionalidade apresentado por um grupo de trinta e seis deputados à Assembleia da República, ao abrigo do disposto na alínea a) do n.º 1 e na alínea f) do n.º 2 do artigo 281.º da Constituição da República Portuguesa. O Acórdão n.º 299/2020 foi tirado por maioria, a que se contrapôs um entendimento conjunto, contido numa mesma declaração de voto subscreta por três dos juizes que votaram vencidos.<sup>1</sup>

O interesse do acórdão sob anotação reside, pois, não apenas na circunstância de refletir a posição mais recente do Tribunal Constitucional sobre o alcance do direito fundamental de propriedade privada, mas também na circunstância de apresentar duas narrativas muito distintas sobre esse mesmo alcance.

A questão de constitucionalidade objeto do acórdão é relativamente simples de formular. O que estava em causa era a norma do artigo 1091.º, n.º 8, do Código Civil, na redação introduzida pela Lei n.º 64/2018, com a seguinte redação:

“8 - No caso de contrato de arrendamento para fins habitacionais relativo a parte de prédio não constituído em propriedade horizontal, o arrendatário tem direito de preferência nos mesmos termos previstos para o arrendatário de fração autónoma, a exercer nas seguintes condições:

- a) O direito é relativo à quota-parte do prédio correspondente à permissão do locado pelo valor proporcional dessa quota-parte face ao valor total da transmissão;
- b) A comunicação prevista no n.º 1 do artigo 416.º deve indicar os valores referidos na alínea anterior;
- c) A aquisição pelo preferente é efetuada com afetação do uso exclusivo da quota-parte do prédio a que corresponde o locado.”

---

<sup>1</sup> O acórdão contou com os votos dos Conselheiros Lino Rodrigues Ribeiro, na qualidade de relator, João Pedro Caupers e Maria de Fátima Mata-Mouros, tendo voto de conformidade dos Conselheiros José António Teles Pereira, Gonçalo de Almeida Ribeiro, Maria José Rangel de Mesquita, Joana Fernandes Costa, e o Presidente Manuel da Costa Andrade. Votaram vencidos, tendo subscreto a mesma declaração de voto, os Conselheiros Mariana Canotilho, Pedro Machete e Fernando Vaz Ventura, e ainda, sem a subscrever, o Conselheiro Cláudio Monteiro.

Segundo o Acórdão n.º 299/2020, “o direito de preferir previsto no n.º 8 do artigo 1091.º do Código Civil refere-se à venda ou dação em cumprimento da totalidade do prédio não constituído em propriedade horizontal, mas o direito a adquirir pelo arrendatário restringe-se a uma quota-parte ideal” (cf. n.º 8). É necessário reconhecer que, antes da modificação introduzida pela disposição em causa, o arrendatário habitacional não podia exercer o direito de preferência em caso de venda da totalidade do prédio não constituído em propriedade horizontal, mesmo que essa preferência se reportasse à totalidade do prédio em causa. Ou seja, o arrendatário não podia preferir, ainda que estivesse disposto a adquirir a totalidade do prédio<sup>2</sup>. Diferentemente, com a alteração legislativa introduzida pela Lei n.º 64/2018, o arrendatário passou a poder exercer a preferência apenas para a parte do imóvel em que habita, mesmo que o negócio envolvesse a venda da totalidade do prédio.

Apesar da equiparação a que procede o n.º 8 do artigo 1091.º entre o arrendatário não habitacional de parte de prédio não constituído em propriedade horizontal e o arrendatário de fração autónoma, a verdade é que essa equiparação é limitada. Assim, à luz do artigo 417.º do Código Civil, se o proprietário de um prédio constituído em propriedade horizontal vender a totalidade do prédio, o arrendatário de uma fração pode apenas exercer a preferência em relação a esta última pelo preço que proporcionalmente lhe for atribuído, sendo lícito, porém, ao proprietário exigir que a preferência abranja todas as restantes frações, se estas não forem separáveis sem prejuízo apreciável. Pelo contrário, idêntica faculdade não é atribuída ao proprietário do prédio não constituído em propriedade horizontal, que não pode exigir ao arrendatário habitacional de parte do mesmo prédio que a preferência abranja a totalidade do prédio, mesmo que a separação lhe cause prejuízo apreciável.

---

<sup>2</sup> Com efeito, na síntese do Acórdão da Relação do Porto de 12 de abril de 2021, proferido no Processo n.º 8950/20.1T8PRT.P1 (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)), “O Novo Regime do Arrendamento Urbano (N.R.A.U.) - aprovado pela Lei n.º 6/2006, de 27 de Fevereiro, e cujo artigo 60.º revogou o diploma anterior -, veio novamente reafirmar o direito legal de preferência do arrendatário urbano, consagrando-o no artigo 1091.º do CC - então aditado a este diploma fundamental -, dispondo-se no mesmo que:

«O arrendatário tem direito de preferência na compra e venda ou dação em cumprimento do local arrendado há mais de três anos» (n.º 1, alínea a)).

Ora, como se pode ver, do citado artigo 1091.º do CC (na redação anterior à reforma de 2018), face ao anterior artigo 47.º do R.A.U., deixou de fazer referência a “prédio urbano” e a “fração autónoma” (substituindo-as por “local arrendado”), tendo ainda eliminado qualquer disposição prevendo a licitação entre plúrimos arrendatários interessados em exercer concorrentes direitos de preferência.

Veio, por isso, defender-se que o arrendatário do prédio não constituído em propriedade horizontal deixou de poder exercer o direito de preferência em relação a todo o imóvel (ao contrário do que anteriormente lhe seria reconhecido).

Nesta conformidade, no âmbito deste último regime jurídico, teremos as seguintes hipóteses:

- se o prédio estiver constituído em propriedade horizontal, o direito de preferência do arrendatário só seria passível de ser exercido em relação à fração autónoma de que fosse locatário, ainda que a concreta alienação ou dação em cumprimento envolvesse o prédio inteiro;

- já se o prédio não estiver submetido àquele regime, o arrendatário de parte dele (económica - mas não juridicamente - autonomizada) não tem direito de preferência sobre a parte arrendada, nem sobre a totalidade do prédio.”

## **2. A argumentação da posição que fez vencimento no Acórdão n.º 299/2020**

O Acórdão n.º 299/2020 faz uma análise muito profunda e desenvolvida do direito de preferência do arrendatário na perspetiva da questão de constitucionalidade suscitada, apresentando sucessivamente a história do instituto no direito português, bem como as principais posições doutrinárias sobre a matéria (cf. n.ºs 6 a 10 do acórdão), as decisões do Tribunal Constitucional sobre o direito de preferência do arrendatário (n.º 11), analisando ainda a tutela constitucional do direito de propriedade (n.º 12 a 14) e o carácter restritivo das limitações à transmissão dos direitos patrimoniais (n.ºs 15 a 20). Depois disso, o Tribunal passa “a responder diretamente à questão de saber se a norma contida no n.º 8 do artigo 1091.º do Código Civil constitui medida legislativa inadequada, indispensável ou desrazoável” (n.º 21) e, finalmente, à questão de saber se “a norma da alínea a) do n.º 8 do artigo 1091.º do Código Civil, na parte em que se refere ao critério para o cálculo do valor da contraprestação pecuniária a realizar pelo preferente, viola o direito ao pagamento de justa indemnização, garantido no n.º 2 do artigo 62.º da Constituição” (n.º 22).

Na impossibilidade de resumir toda a rica fundamentação do Acórdão, e sem prejuízo de aludir a essa fundamentação sempre que se revele útil, cabe aqui apenas apresentar os argumentos que conduziram à declaração de inconstitucionalidade do Tribunal. Esses argumentos são essencialmente os seguintes: (i) o argumento de que a liberdade de transmissão da propriedade reveste natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias; (ii) o argumento da conexão entre a propriedade privada e a autonomia privada; (iii) o argumento de que o direito de preferência do arrendatário não constitui, em geral, obstáculo ao exercício do direito de propriedade; (iv) o argumento de que o direito de preferência consagrado no n.º 8 do artigo 1091.º do Código Civil tem um carácter restritivo do direito de propriedade, que o direito de preferência em geral não assume; (v) o argumento de que propriedade da habitação própria não é a única via de concretização do direito à habitação; (vi) o argumento da articulação do direito fundamental de propriedade e o direito fundamental à propriedade; (vii) o argumento da vinculação pelo princípio da proporcionalidade das possibilidades que assistem ao legislador de restringir o direito de propriedade para proteger a estabilidade na habitação do arrendatário; (viii) o argumento de que a norma do n.º 8 do artigo 1091.º do Código Civil consubstancia uma intervenção legislativa que, nos seus efeitos restritivos ou lesivos, não se revela meio idóneo, exigível e proporcional para alcançar as finalidades constitucionalmente legítimas de promoção da estabilidade na habitação e impedimento da especulação imobiliária; (ix) finalmente, o argumento de que o direito de preferência não constitui privação, ablação ou “expropriação” do objeto do direito de propriedade.

Temos, assim, em primeiro lugar, (i) o argumento de que a liberdade de transmissão da propriedade reveste natureza análoga, para efeitos do artigo 17.º da Constituição. Segundo as palavras do Tribunal, “a liberdade de transmissão é um direito de conteúdo defensivo – e só por isso tem «natureza análoga» – que pode ser exercido positivamente (transmitindo) ou negativamente (não transmitindo)” (cf. n.º 14).

Seguidamente, surge *(ii)* o argumento da conexão entre propriedade e autonomia privadas. De acordo com o Tribunal, “a faculdade de transmissão, necessariamente exercida através de negócio jurídico, conexas o exercício da propriedade com a autonomia privada: o proprietário, quando aliena, exerce simultaneamente o seu direito patrimonial e a sua liberdade contratual”. Ora, entre as limitações à faculdade de transmissão, há aquelas que “dependem diretamente da natureza e extensão do direito do transmitente e não de restrições à autonomia negocial do proprietário”. Segundo o Tribunal, este seria o caso das limitações à transmissão da propriedade de farmácias que decorriam do facto de o direito de propriedade estar reservado apenas a farmacêuticos (Acórdão n.º 187/2001), ou ainda a justificação da alienação forçada de “partes sociais” a acionistas majoritários, decorrente de a mesma ter por objeto “propriedade corporativa”, incindivelmente ligada à organização ou ente social (Acórdão n.º 491/2002).

Diferentemente, as limitações à autonomia negocial do proprietário que se repercutem na faculdade de transmissão podem, ou não, afetar a liberdade genérica de transmissão. Tal não será o caso quando, por exemplo, se determina a impossibilidade de se doar gratificações aos empregados das mesas de jogo dos casinos (Acórdão n.º 497/1997). Porém, as limitações e restrições à faculdade de disposição da propriedade podem afetar a liberdade de contratar, ou a liberdade de estipulação do contrato. Sendo esse o caso, é necessário “salvaguardar uma área de autodeterminação dos proprietários no trato privado. A autonomia – e o próprio negócio jurídico – cessarão se o peso imperativo das normas que determinam o conteúdo e limites da propriedade eliminar o espaço autónomo de liberdade que se reputa valor fundamental. Por isso, os limites postos aos movimentos que o titular faça para dispor da própria coisa entram no domínio da tutela da personalidade e liberdade do sujeito, e não do seu interesse em servir-se da coisa dentro de certos limites” (cf. n.º 15).

Uma vez esclarecido que a limitação ao direito de transmissão da propriedade pode, em certas circunstâncias, ser relevante no plano da tutela constitucional da propriedade e da autonomia privadas, o Tribunal esclarece que tal não é, em geral, o caso do direito de preferência do arrendatário. Pelo contrário, *(iii)* o direito de preferência não constitui obstáculo ao exercício do direito de propriedade. Com efeito, “o senhorio não deixa de ter a faculdade de transmitir a titularidade do locado, ficando apenas limitado quanto ao modo pelo qual o pode fazer. Ainda que a eficácia limitativa da liberdade seja forte, dada a eficácia real (*erga omnes*) de que goza o direito de preferência legal, o direito a transmitir não é afetado, pois o negócio não deixa de ser celebrado, em igualdade de circunstâncias, com parte diferente da primitivamente pensada” (cf. n.º 16).

Se *(iv)* o direito de preferência do arrendatário na venda do locado não é, em geral, um obstáculo ao direito do proprietário, já o mesmo não ocorre com o direito de preferência previsto no n.º 8 do artigo 1091.º do Código Civil, uma vez que as limitações aí previstas não se reduzem à faculdade de escolher livremente a pessoa com quem poderá ser realizado o negócio. Para além dessa, o “reconhecimento do direito de preferência ao arrendatário de parte de prédio não constituído em propriedade horizontal tem outras implicações na esfera jurídica do senhorio: (i) fica impedido de transmitir a terceiros a totalidade do prédio; (ii) com a declaração de

preferência, fica obrigado a transmitir ao arrendatário a quota-parte ideal do prédio correspondente à permissão do locado; (iii) não pode estipular livremente o preço do local arrendado; (iv) vê extinto o contrato de arrendamento; (v) com a subsequente afetação ao preferente do “uso exclusivo” da parte do prédio correspondente ao local arrendado” (cf. n.º 17).

Daqui resulta que não pode deixar de “concluir-se pela existência de forte restrição ao direito de transmissão, no sentido restrito de direito de não ser impedido de transmitir o prédio. Está-se perante limitações significativas ao direito fundamental de propriedade privada: o proprietário corre o risco de ficar impedido de vender a coisa na sua integralidade, como pretendia e tinha, aliás, acordado; concomitantemente, corre o risco de, contra a sua vontade, se ver obrigado a vender parte da coisa (não tendo sido constituída propriedade horizontal, o prédio constitui uma única coisa); e os comproprietários ficam privados, sem o respetivo consentimento, do uso de parte da coisa comum a que têm direito”.

A medida legislativa constante do artigo 1091.º, n.º 8, do Código Civil visa, sem dúvida, garantir o direito à habitação do arrendatário. Todavia, **(v) a propriedade da habitação própria não é a única via de concretização do direito à habitação**. Como refere o Tribunal Constitucional, “o direito à habitação pode ser constitucionalmente garantido de vários modos: permitindo o acesso imediato à propriedade plena do imóvel (v.g. o direito de preferência do arrendatário previsto na alínea a) do n.º 1 do artigo 1091.º do Código Civil); através de regimes especiais de acesso à habitação (v.g. o direito real de habitação duradoura, previsto no Decreto-Lei n.º 1/2020, de 9 de janeiro, o regime jurídico das cooperativas de habitação, regulado pelo Decreto-Lei n.º 502/99, de 19 de dezembro, o direito real de habitação, em caso de morte do membro da união de facto proprietário da casa de morada comum, atribuído pela Lei n.º 7/2001, de 11 de maio); ou ainda através de normas imperativas de proteção do arrendatário habitacional (*maxime*, renovação obrigatória, limites à denúncia, à atualização de rendas, etc.). Como se refere no Acórdão n.º 649/99, o direito à habitação «não se esgota ou, ao menos, não aponta, ainda que de modo primordial ou a título principal, para o direito a ter uma habitação num imóvel da propriedade do cidadão» (n.º 18).

Segundo o Tribunal, “admite-se que a posição de proprietário possa, em abstrato, ser considerada mais estável do que a de arrendatário e que, em consequência, o legislador, no âmbito da ampla liberdade de definição de políticas sociais, dê primazia a essa via de concretização do direito à habitação. A opção por uma ou outra solução teria sempre, em todo o caso, de passar por aferição do modo como cada uma afeta o direito de propriedade privada do senhorio, à custa do qual se promove o direito à habitação do arrendatário. E tendo em conta, além do mais, que «os titulares passivos do direito à habitação, como direito social, são primordialmente o Estado e as demais coletividades públicas territoriais e não principalmente os proprietários e senhorios»” (Canotilho, Moreira, 2007: 837).

Como conciliar, pois, no caso em apreço, o tutela do direito fundamental de propriedade do senhorio e a tutela do direito à habitação do inquilino? Antes de mais, **(vi) é necessário clarificar que é mesmo esse conflito que está em causa e não o conflito entre duas manifestações do direito**

**fundamental de propriedade.** Segundo o Tribunal, quando esteja em causa aquisição da propriedade do “local arrendado”, por força do exercício do direito de preferência, a mesma pode ser considerada como expressão do direito fundamental à habitação. Assim, neste caso, “o arrendatário é visto como um beneficiário do direito à habitação – um direito económico e social consagrado no artigo 65.º da CRP – e não como titular de um direito de propriedade privada. Por isso, não estão em confronto duas posições jurídicas tuteladas pela garantia constitucional da propriedade, mas a resolução de conflito entre o direito de propriedade do senhorio e o direito à habitação do arrendatário” (n.º 19).

Este é, como se verá, um ponto crítico na argumentação do Tribunal, ainda que o mesmo possa, em certa medida, ser questionado. Na verdade, nada impediria que se perspetivasse o conflito pelo prisma do direito de propriedade do senhorio em face do direito à propriedade do inquilino. Em tal caso, a propriedade assumiria, no primeiro caso, a característica de um direito de defesa e, no segundo, de um direito de prestação. Do mesmo modo, nada impede também que se perspetive o mesmo conflito enquanto como ocorrendo entre o direito fundamental de propriedade do senhorio e o direito fundamental à habitação do inquilino. Mas, também em tal hipótese, nada mudaria: o direito de propriedade em causa permaneceria um direito de defesa e o direito à habitação um direito de prestação. Repare-se, aliás, que o que acaba de ser dito em nada obsta a que se possam descortinar no direito de propriedade dimensões de proteção e no direito à habitação dimensões de defesa. Simplesmente, não são essas dimensões que a situação em apreço desvela. O que está em causa é antes o confronto entre a situação do proprietário no sentido de manter o poder de transmissão do local arrendado que em geral lhe assiste e a situação do arrendatário no sentido de aceder à propriedade desse mesmo local enquanto possível forma de tutelar o seu direito à habitação.

A partir daqui, o Tribunal propõe-se *(vii)* resolver o conflito entre o direito de propriedade do senhorio e o direito à habitação do inquilino com base na avaliação propiciada pelo princípio da proporcionalidade. Neste ponto, o Tribunal professa adesão ao entendimento, corrente na sua jurisprudência, de que o princípio da proporcionalidade tem aplicação quando a intervenção do legislador restringe o âmbito de proteção de um direito, liberdade e garantia, ou de um direito análogo, como será o caso do direito fundamental de propriedade. Mas depois, afirma que “a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade mantém-se ainda que as restrições à propriedade sejam impostas pela solução de conflitos com outros direitos, valores ou princípios constitucionais (Acórdãos n.º 254/99 e 723/2004)” (n.º 20). Deste modo, o princípio da proporcionalidade tem aplicação não apenas quando a medida legislativa afete direitos, liberdades e garantias, ou direitos análogos, mas também quando afete quaisquer outros direitos fundamentais e mesmo quando afete outros valores ou princípios constitucionais.

Finalmente, de acordo com o Tribunal, *(viii)* a norma do artigo 1091.º, n.º 8, do Código Civil, não resiste aos testes em que se desdobra o princípio da proporcionalidade.

Não passa, antes de mais, o teste da adequação ou idoneidade. Com efeito, “o direito de preferência não permite ao arrendatário o acesso imediato à

propriedade plena do local arrendado. Não podendo incidir sobre o «local arrendado», porque o prédio não está constituído em propriedade horizontal, a norma determina que o direito de preferir tenha por objeto parte alíquota da propriedade do prédio”. No entanto, “apesar de o arrendatário não ficar privado do «uso exclusivo» do local arrendado, o interesse na estabilidade habitacional deixa de ser tutelado pelas normas imperativas do arrendamento para habitação permanente – designadamente, a regra da prorrogação automática do contrato (artigo 1057.º do Código Civil) –, ficando na dependência da vontade de cada consorte em concretizar a respetiva quota, pondo fim à *communio pro indiviso*, ou do acordo unânime dos condóminos para disposição ou oneração de parte especificada do prédio”.

O arrendatário passa, pois, a comproprietário de coisa indivisa. Ora, “nas situações de indivisibilidade – seja por impossibilidade de constituir a propriedade horizontal, seja por impossibilidade de formar quinhões na proporção das quotas – admite-se uma alternativa: acordo dos interessados na adjudicação do prédio a um dos comproprietários, com atribuição de tornas aos demais, ou venda da coisa, com distribuição pelos comproprietários do produto obtido pelos interessados, de acordo com as respetivas quotas (artigo 929.º, n.º 2, do CPC). Como se vê, a única garantia que o preferente tem nesta situação é a partilha do valor do prédio. Na eventual ação de divisão de coisa comum que venha a ser proposta, pode suceder que o imóvel, na sua totalidade, venha a ser vendido, com repartição do respetivo valor pelos consortes, conforme as suas quotas-partes. Nessa hipótese – que tem elevado grau de probabilidade –, não está em causa, como é patente, a proteção do direito à habitação do arrendatário, em nenhuma das suas (possíveis) dimensões. Mas mesmo que se encontrem reunidos os pressupostos para a constituição de propriedade horizontal, a lei não garante que na ação de divisão de coisa comum a fração autónoma correspondente ao local arrendado seja atribuída ao preferente”.

Também o teste da necessidade não é satisfeito, segundo o Tribunal Constitucional, pela norma em causa. Diferentemente, já a constituição da propriedade horizontal tornaria possível que o objeto do direito de preferência coincidissem com o local arrendado e, deste modo, que a preferência fosse exercida em paridade de condições com a oferta de terceiro. Deste modo, tal solução mostra-se menos limitativa dos interesses do proprietário do que a constituição de compropriedade sobre o imóvel. Segundo o Tribunal, tal acontece “porque a preferência na venda da fração autónoma é exercida «tanto por tanto», sem qualquer prejuízo para o proprietário, enquanto a alienação forçada de uma quota-parte ideal do prédio não é um contrato idêntico ao concluído com terceiro. O prejuízo que o proprietário pode ter naquela alternativa é o custo da constituição da propriedade horizontal. Mas se é certo que a constituição da propriedade horizontal pode gerar despesas ao proprietário, não é menos certo que as pode repercutir no preço da venda das frações autónomas. Por isso é que, como atrás se disse, a constituição da compropriedade através do exercício da prelação revela-se uma medida mais lesiva dos interesses do proprietário do que a prévia constituição da propriedade horizontal, assim como é menos eficaz na proteção do interesse do arrendatário na estabilidade da sua habitação” (cf. n.º 21).

Finalmente, a medida legislativa em causa também não passa o teste da proporcionalidade em sentido estrito. Na verdade, “o regime especial de preferência contido no n.º 8 do artigo 1091.º sacrifica excessivamente o direito à livre transmissibilidade do prédio, sem satisfazer o objetivo da estabilidade habitacional”. Assim, “para o proprietário-senhorio, o exercício do direito de preferência traduz-se num duplo limite à livre disponibilidade do bem: está impedido de alienar a totalidade do prédio e, se o arrendatário declarar preferir, está obrigado a vender uma quota ideal do mesmo; e para os demais consortes, tem o efeito de impedir o uso de parte da coisa comum, enquanto não se proceder à divisão ou venda do prédio. Por sua vez, o arrendatário converte-se em comproprietário, sem ter a certeza sobre a possibilidade da coisa comum se dividir em substância, por se verificarem os requisitos da propriedade horizontal, e sem ter quaisquer garantias de que na ação de divisão de coisa comum o local arrendado lhe poderá ser adjudicado”.

Se a norma do n.º 8 do artigo 1091.º do Código Civil viola o direito fundamental de propriedade a que se refere o n.º 1 do artigo 62.º da Constituição, já **(/x) não será correto dizer que a respetiva alínea a), na parte em que se refere ao critério para o cálculo do valor da contraprestação pecuniária a realizar pelo preferente, viola o direito ao pagamento de justa indemnização, garantido no n.º 2 do artigo 62.º da Constituição**. Não só o direito de preferência não constitui privação, ablação ou “expropriação” do objeto do direito de propriedade, como o regime da preferência do inquilino que viole o direito fundamental de propriedade do senhorio “não transforma a preferência num ato ablativo sujeito a indemnização”. Neste, como em muitos outros casos, a inconstitucionalidade de um regime legal decorrente da violação do direito fundamental da propriedade não confere ao lesado o direito a escolher entre remover as normas inconstitucionais da ordem jurídica e obter uma compensação pelos prejuízos causados pela afetação da sua posição jurídica de proprietário pelas normas inconstitucionais.

### **3. A posição contrária da declaração de voto**

O pano de fundo da declaração de voto contida no Acórdão n.º 299/2020 é a “doutrina internacional mais recente, que tem vindo a chamar a atenção para os riscos que a conceção da habitação como um ativo financeiro, e não como um bem social, comporta para o direito fundamental à habitação, e para a importância da proteção desse direito, também através de medidas legislativas”.

A partir daqui merecem destaque três aspetos essenciais. Em primeiro lugar, a declaração de voto põe em causa a “premissa, fundamental no Acórdão, nos termos da qual não é «seguro que a estabilidade na habitação seja efetivamente protegida pelo exercício do direito de preferência previsto no n.º 8 do artigo 1091.º do Código Civil»”. Tal premissa, como anteriormente se expôs, funda-se, segundo o Acórdão, em dois argumentos: por um lado, pode não ser possível a divisibilidade em substância e jurídica da coisa comum, tendo em consideração as suas características físico-materiais; por outro, mesmo quando tal seja possível, não está garantido que a parte afeta ao uso exclusivo do inquilino venha a ser adjudicada ao preferente.

Ora, a premissa de que parte o Acórdão “supõe uma impossibilidade ou dificuldade inerente à divisão de coisa comum que não se verifica na generalidade dos casos, e não tem eco na jurisprudência dos tribunais comuns, e que é desmentida, desde logo, pelo facto de boa parte dos arrendatários incluídos no âmbito de aplicação do novo direito de preferência habitar partes do prédio em tudo semelhantes a uma fração autónoma. Por outro lado, tal asserção ignora a irradiação para o direito infraconstitucional da solução nova dada pelo legislador ao conflito jusfundamental entre a propriedade e a habitação: mesmo que existissem dificuldades na acomodação jurídica da «nova propriedade do arrendatário» nos quadros pré-existentes da compropriedade, seriam estes a ter de se afeiçoar às exigências decorrentes daquela, de modo a continuarem a assegurar a igualdade de tratamento entre arrendatários preferentes”.

Em segundo lugar, “do ponto de vista da metódica constitucional, a norma jurídica em análise poderia ser classificada como simples intervenção conformadora em matéria de direitos fundamentais, não configurando uma verdadeira restrição. Tal seria, aliás, a conclusão mais provável de uma análise metodológica que se situasse dentro do quadro concetual relativo ao direito constitucional de propriedade que o Tribunal Constitucional tem vindo a adotar até aqui”.

Em terceiro e último lugar, segundo a declaração de voto a argumentação do Acórdão “parece constituir um salto – senão mesmo uma viragem – em matéria de jurisprudência sobre direitos económicos sociais e culturais, ou, ao menos, no que se refere à propriedade privada (v., em especial, os n.ºs 13, 14 e o início do n.º 21). Consiste em afirmá-los como análogos aos direitos, liberdades e garantias, num universo amplíssimo de situações. Aparentemente, sempre que seja abstratamente aplicável o regime das restrições a direitos fundamentais (ou seja, sempre que haja um conjunto de poderes e faculdades sobre um conjunto de bens indispensáveis ao livre desenvolvimento da personalidade) ou, pelo menos no plano da sua dimensão negativa, de resistência à intervenção do legislador, ainda que a mesma resulte tão somente de escolhas deste último (numa espécie de lógica de defesa de «direitos adquiridos»). A seguir-se este caminho, a coerência jurisprudencial imporá a revisão de algumas das premissas dogmáticas que o Tribunal Constitucional tem adotado relativamente a casos próximos”.

Esta última é certamente uma posição forte da declaração de voto, a merecer a devida análise. A questão que a mesma coloca é, nem mais, nem menos, do que esta: significa o Acórdão n.º 299/2020 uma “viragem” na jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre a propriedade privada, ou antes se insere numa linha de continuidade sobre esta matéria?

#### **4. Os poderes e faculdades do proprietário de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias**

Como anteriormente se viu, a declaração de voto aposta ao Acórdão n.º 299/2020 acusa o entendimento da maioria de operar uma viragem da jurisprudência em matéria de propriedade privada. Tal viragem consistiria

em afirmar o direito fundamental de propriedade como análogo aos direitos, liberdades e garantias num “universo amplíssimo de situações”. A ampliação da natureza análoga em relação ao direito fundamental de propriedade seria observável em duas dimensões: por um lado, seriam análogos aos direitos, liberdades e garantias todos os “poderes e faculdades sobre um conjunto de bens indispensáveis ao livre desenvolvimento da personalidade”; por outro lado, seriam cobertos pela natureza análoga todos os casos abrangidos pela dimensão negativa desse mesmo direito, isto é, todas as posições jurídicas patrimoniais na sua dimensão de defesa perante intervenções do Estado (e daí que a declaração de voto se refira aqui a uma “lógica de defesa dos «direitos adquiridos»”).

Na realidade, a ser assim, seria a própria categoria da natureza análoga a ser posta em causa, assumindo-se claramente o direito fundamental de propriedade como um direito, liberdade e garantia. Poderá o Acórdão n.º 299/2020 ser interpretado neste sentido, isto é, como operando uma transferência do direito de propriedade do âmbito dos direitos económicos para o dos direitos, liberdades e garantias? A resposta não pode deixar de ser negativa.

Entre as dimensões do direito fundamental de propriedade privada que o Acórdão n.º 299/2020 considera como revestindo natureza análoga conta-se o “direito de cada um a não ser privado da sua propriedade, salvo por razões de utilidade pública – e, ainda assim, tão-só mediante o pagamento de justa indemnização” (cf. n.º 13).<sup>3</sup> Esta não é, todavia, reconhece o Tribunal no acórdão em causa, a única dimensão da propriedade privada a que deverá reconhecer-se natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias. Para além dela, também “os poderes e faculdades que sejam essenciais à garantia de um «espaço de autonomia pessoal» (Acórdão n.º 374/2003) justificam a respetiva qualificação como direitos, liberdades e garantias de natureza análoga” (n.º 13).

Adicionalmente, o Tribunal considera que a liberdade de transmissão integra também – atendendo, desde logo, ao seu carácter defensivo – a natureza análoga do direito fundamental de propriedade (cf. n.º 14).

A estratégia, julga-se que correta, do Tribunal para aferir da natureza análoga do direito fundamental de propriedade consiste, num primeiro momento, em distinguir diversas posições jurídicas incluídas no âmbito da tutela constitucional da propriedade privada para, seguidamente, aferir do seu carácter análogo. Assim, o Tribunal considera sucessivamente, entre tais posições, (i) o direito de não ser privado da propriedade, (ii) os direitos e faculdades de uso do proprietário, (iii) a liberdade de transmitir a propriedade. Para além destas dimensões, que seria certamente fácil fazer corresponder às relações jurídicas segundo Hohfeld<sup>4</sup>, o Tribunal considera ainda, também na perspetiva da respetiva inclusão na natureza análoga, (iv) o direito de acesso à propriedade.<sup>5</sup> Ora, o Tribunal não considera todas estas

<sup>3</sup> Neste mesmo sentido, o Acórdão n.º 299/2020 indica os Acórdãos n.ºs 329/1999, 377/1999, 517/1999, 187/2001, 159/2007 e 421/2009.

<sup>4</sup> Cf. Nogueira de Brito (2007: 884 ss.). Cf., ainda, com especial referência à propriedade, Hohfeld (2008: 150 ss.).

<sup>5</sup> Segundo a formulação do próprio Tribunal, “Para além do direito de não ser arbitrariamente privado da propriedade, a relação privada protegida pelo n.º 1 do artigo

dimensões como suscetíveis de serem igualmente abrangidas pelo conceito de natureza análoga, excluindo claramente desse âmbito algumas das faculdades incluídas em (ii), como a faculdade de construir<sup>6</sup>, e o direito de acesso à propriedade mencionado em (iv)<sup>7</sup>. Sob este ponto de vista, o Acórdão n.º 299/2020 insere-se, pois, de forma clara na jurisprudência anterior do Tribunal sobre o direito fundamental de propriedade.

Uma vez que excluir o direito de não ser privado da propriedade, referido em (i), do âmbito da natureza análoga, equivaleria a desconsiderar pura e simplesmente a relevância jusfundamental da dimensão defensiva da garantia de permanência da propriedade privada, para além de contrariar a jurisprudência constante do Tribunal, resta apurar se o Acórdão n.º 299/2020 encara a natureza análoga da liberdade de transmissão da propriedade, referida em (iii), com excessiva amplitude, como pretende a declaração de voto.

A este propósito, afirma-se no Acórdão n.º 299/2020 que “o Tribunal tem vindo a recusar natureza análoga à dimensão genérica da liberdade de transmissão: no Acórdão n.º 187/2001 afirmou-se perentoriamente que «a liberdade genérica de transmissão do direito de propriedade, sem condicionamentos, não constitui dimensão do direito de propriedade à qual se aplique o regime dos direitos, liberdades e garantias», aplicando tal entendimento a normas limitadoras da transmissão da propriedade de farmácias”. Mas, por outro lado, o mesmo acórdão sustenta também, inequivocamente, que “a liberdade de transmissão é um direito de conteúdo defensivo – e só por isso tem «natureza análoga» – que pode ser exercido positivamente (transmitindo) ou negativamente (não transmitindo)”. Será, pois, que se pode aqui encontrar a viragem, embora com carácter restrito ao poder de transmissão, da jurisprudência sobre a natureza análoga do direito fundamental de propriedade privada? Anteriormente, o Tribunal entendia que a liberdade genérica de transmissão não constitui uma dimensão do direito fundamental de propriedade de natureza análoga; agora, com o Acórdão n.º 299/2020 teria passado a entender o contrário.

A verdade é que, mesmo com este carácter restrito ao poder de transmissão, não se pode falar em viragem de jurisprudência, mas antes de uma clarificação do sentido da mesma. Com efeito, a estratégia do Tribunal parece aqui orientar-se pela distinção entre, por um lado, restrições à liberdade de transmissão que são verdadeiras restrições à autonomia da vontade do transmitente e, por outro lado, restrições à liberdade de transmissão que “dependem diretamente da natureza e extensão do direito

---

62.º da CRP compreende (i) o direito de aceder à propriedade, (ii) o direito à transmissão da propriedade *inter vivos* ou *mortis causa*, (iii) e a liberdade de usar e fruir dos bens de que se é proprietário”.

<sup>6</sup> A este propósito, o Acórdão n.º 299/2020 menciona que “a jurisprudência constitucional tem afastado do âmbito de proteção da garantia constitucional da propriedade os direitos de urbanizar, lotear e edificar, quando limitados ou afetados por licenças administrativas, planos de ordenamento ou diplomas de classificação de áreas protegidas (Acórdãos n.ºs 329/1999, 517/1999, 602/1999, 377/1999, 394/2004, 496/2008, 14/2009)”.

<sup>7</sup> O Acórdão n.º 299/2020 menciona aqui os Acórdãos n.ºs 76/85 (propriedade das farmácias), 187/2001 (propriedade das farmácias) e 139/2004 (direito à firma).

do transmitente”<sup>8</sup>, ou da “posição em que ele se encontra perante outros sujeitos”<sup>9</sup> (cf. n.º 15). Apenas quanto ao primeiro tipo de restrições, e não quanto ao segundo, se pode falar da liberdade de transmissão como uma dimensão de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias.

Se parece, pois, incorreto assacar ao Acórdão n.º 299/2020 a responsabilidade por uma viragem da jurisprudência no que diz respeito às dimensões do direito fundamental de propriedade que devem revestir natureza análoga, nem por isso se pode negar que o mesmo procede a uma sistematização e clarificação do sentido da natureza análoga das diversas dimensões do direito fundamental de propriedade. Com efeito, é certamente possível sustentar com base no Acórdão n.º 299/2020 que a natureza análoga aos direitos liberdades e garantias do direito fundamental de propriedade se deve estender a todas as respetivas dimensões que assumam conteúdo defensivo perante os poderes públicos. E deve ser também esta, de resto, a linha que em geral delimita a fronteira entre as dimensões dos direitos sociais e económicos que revestem natureza análoga e aquelas relativamente às quais essa mesma natureza mais dificilmente poderá ser reconhecida. Assim ocorre, por exemplo, com o direito à habitação: tem certamente natureza análoga o direito de não ser privado da habitação; pelo contrário, não terá, em princípio, tal natureza o direito a ter acesso “a uma habitação de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar”, na formulação do artigo 65.º, n.º 1, da Constituição. No primeiro caso, sobressai a função de defesa dos direitos fundamentais, especialmente presente nos direitos, liberdades e garantias; no segundo caso, pelo contrário, é evidente a função de prestação do direito à habitação, presente em todos os direitos sociais.

De resto, esta diferença está bem presente na jurisprudência do Tribunal Constitucional, a que o Acórdão n.º 299/2020 não deixa de aludir. Assim, o Acórdão n.º 649/1999 considerou não ser inconstitucional, por violação do direito à habitação e do princípio da dignidade humana, o conjunto normativo que se extrai da conjugação dos preceitos constantes do n.º 1 do artigo 821.º e da alínea f) do artigo 823.º do Código de Processo Civil, 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. Por seu turno, o Acórdão n.º 420/2000 julgou não inconstitucional a norma do artigo do artigo 107.º, n.º 1, alínea a), do Regime do Arrendamento Urbano, interpretado no sentido de que o senhorio, mesmo que tenha mais de 65 anos de idade, não pode denunciar o contrato de arrendamento para satisfazer a sua necessidade de habitação, se, no momento em que a denúncia deva produzir efeitos, o arrendatário tiver 65 ou mais anos de idade. O Tribunal entendeu que “o senhorio, que pretende denunciar o contrato, por ter necessidade da casa para sua habitação, se tiver 65 anos de idade ou mais, encontra-se, no que concerne à idade e à necessidade da casa, em situação idêntica à do

---

<sup>8</sup> Neste âmbito seriam de incluir os casos da transmissão da propriedade de farmácias, decorrente da reserva do direito de propriedade a farmacêuticos (cf. Acórdão n.º 187/2001) e da alienação forçada de “partes sociais” a acionistas maioritários (cf. Acórdão n.º 491/2002).

<sup>9</sup> O Acórdão n.º 299/2020 menciona aqui como exemplo o caso da proibição de gratificações aos empregados das mesas de jogo dos casinos (Acórdão n.º 497/1997).

inquilino que já tenha atingido aquela idade. Simplesmente, a mudança de vida que, nessa idade, importa uma mudança de casa é algo que ele 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<sup>10</sup>.

Em ambos os casos se tratou, em qualquer caso, de concretizar a dimensão defensiva do direito à habitação consistente em não se ser privado da mesma. O executado não pode ver penhorados os bens móveis existentes na sua residência apenas se os mesmos se mostrarem imprescindíveis à sua economia doméstica. O arrendatário habitacional com mais de 65 anos não pode ser despejado pelo senhorio com a mesma idade que pretenda destinar o local arrendado à sua própria habitação, uma vez que pode invocar um mais forte vínculo habitacional em relação ao local em causa.

Será que, apesar do exposto, a argumentação do Acórdão n.º 299/2020 sucumbe a uma “lógica de defesa dos «direitos adquiridos»”, como sugere a declaração de voto? A este propósito cabe começar por esclarecer que o sentido da garantia constitucional da propriedade é precisamente o de proteger o “adquirido”, em vez da “aquisição”, ou, dito de outro modo, o resultado patrimonial de uma atividade e já não a atividade dirigida a esse resultado, incluída no âmbito de proteção da liberdade profissional e da liberdade de iniciativa privada, a que se referem em especial os artigos 47.º e 61.º da Constituição<sup>11</sup>.

Importa assumir com clareza que “a garantia da propriedade significa que o adquirido pelo indivíduo se mantém”<sup>12</sup>. Tal significa, certamente, que “a garantia dos direitos patrimoniais existentes está relacionada, através proteção da confiança, com o facto de que o indivíduo depende das possibilidades do ordenamento jurídico vigente para a sua autodeterminação”<sup>13</sup>. Esta mesma ideia de conexão entre a propriedade e a autonomia é devidamente salientada no Acórdão n.º 299/2020, designadamente quando aí se afirma que “tal como o direito de propriedade, a autonomia privada e a liberdade contratual existem na medida em que, direta ou indiretamente, o legislador permite e delinea. Porém, para além da previsão de normas jurídicas imperativas que enquadrem socialmente a propriedade e a liberdade contratual, existe um espaço de autodeterminação individual que implica, por parte do Estado, dever de abstenção”. A ideia de que o adquirido pelo indivíduo se mantém não significa, no entanto, uma petrificação dos direitos privados de conteúdo patrimonial adquiridos em cada momento, pois nada impede o legislador de atribuir uma nova conformação a esses direitos, abrangidos pela garantia de permanência inerente ao artigo 62.º da Constituição, ou mesmo de os

---

<sup>10</sup> Sobre estes Acórdãos, cf. Fernando Alves Correia e Ana Raquel Gonçalves Moniz (2010: 139-142).

<sup>11</sup> Cf. Nogueira de Brito (2007: 940-941).

<sup>12</sup> Cf. Hösch (2000: 148-149).

<sup>13</sup> Cf. Hösch (2000: 149).

extinguir, desde que o faça com observância dos princípios da proporcionalidade e da proteção da confiança.<sup>14</sup>

### **5. A aplicação do sistema de proteção dos direitos fundamentais em três etapas**

É comum no direito constitucional de diversos países europeus, em particular no direito constitucional alemão e sob a sua influência, fazer-se uma distinção entre três fases ou etapas na avaliação da conformidade de uma medida legislativa com o disposto na Constituição em matéria de direitos fundamentais: a delimitação do âmbito de proteção do direito fundamental em causa, a verificação da existência de uma restrição do mesmo direito e a justificação constitucional dessa restrição.<sup>15</sup> A distinção em causa pode ser facilmente ilustrada no caso do Acórdão n.º 299/2020.

Antes de mais, (i) a avaliação sobre a inclusão da liberdade de transmissão da propriedade na natureza análoga do direito fundamental de propriedade releva da delimitação do âmbito de proteção do mesmo direito. Para além disso, (ii) a caracterização do direito de preferência previsto no n.º 8 do artigo 1091.º do Código Civil como uma restrição do direito fundamental de propriedade em conexão com a necessidade de proteger o direito social à habitação é claramente assumida, desde logo quando se considera que se está perante “limitações significativas ao direito fundamental de propriedade privada: o proprietário corre o risco de ficar impedido de vender a coisa na sua integralidade, como pretendia e tinha, aliás, acordado; concomitantemente, corre o risco de, contra a sua vontade, se ver obrigado a vender parte da coisa (não tendo sido constituída propriedade horizontal, o prédio constitui uma única coisa); e os comproprietários ficam privados, sem o respetivo consentimento, do uso de parte da coisa comum a que têm direito” (cf. n.º 17). Finalmente, (iii) a existência de uma justificação para essa restrição é avaliada à luz do princípio da proporcionalidade.

O interesse na aplicação deste esquema tripartido na avaliação da conformidade constitucional de uma medida legislativa reside em separar com clareza as questões que têm que ver com a delimitação do direito e as questões que prendem com a relevância dos fins que justificam a sua restrição num caso concreto. Estes fins devem ser considerados apenas no plano da justificação de uma medida restritiva do direito e não no plano prévio da própria delimitação ou conformação do direito.

Nessa medida, o esquema tripartido desempenha uma importante função garantística, ao impedir que os fins que justificam eventualmente a restrição sejam logo identificados no plano da delimitação do direito e assim sejam de algum modo considerados sub-repticiamente, diminuindo a possibilidade de os submeter a um escrutínio crítico. Em casos mais extremos, mas nem por isso pouco comuns, o objetivo é efetuar camufladamente a ponderação entre o direito fundamental violado e o direito ou princípio que justifica a sua violação logo no plano da própria delimitação daquele. Trata-se do chamado “balanceamento definitório”, que ocorre quando “em vez de definir o âmbito de um direito de liberdade independentemente de considerações

---

<sup>14</sup> Cf. Nogueira de Brito (2007: 853).

<sup>15</sup> Cf. Kingreen, Poscher (2021: 4, § 12; 128-129, § 469).

de bem-estar comum e depois admitir que essas considerações sobrelevem o direito na medida necessária para atingir um certo fim, o juiz ou teórico admite que o bem-estar comum defina o próprio âmbito do direito”.<sup>16</sup>.

Ora, o Acórdão n.º 299/2020 é um exemplo claro das virtualidades garantísticas inerentes ao “exame de três fases”, substancialmente observado na sua estrutura argumentativa, tal como a declaração de voto aposta ao mesmo acórdão é um exemplo consumado de “balanceamento definitivo”. O acórdão separa com clareza as questões relativas à delimitação do direito fundamental de propriedade e ao lugar que aí ocupa o poder de transmissão, à demonstração do carácter restritivo da medida contida no n.º 8 do artigo 1091.º do Código Civil e, finalmente, ao retumbante falhanço desta medida no confronto com os testes em que se divide o princípio da proporcionalidade. Pelo contrário, é evidente a fuga da declaração de voto ao confronto com estes mesmos testes e o seu refúgio num tipo de análise que faz colapsar qualquer distinção entre as três etapas mencionadas, particularmente evidente quando na aludida declaração se afirma que “o Tribunal Constitucional reiterou a ideia, de que a Constituição permite ao legislador uma ampla liberdade em matéria de conformação e restrições ao direito de propriedade, inclusive no interesse de privados, desde que encontrem cobertura ou justificação constitucional” (cf. o respetivo n.º 3). Contrariamente ao que parecem entender os subscritores da declaração de voto, as restrições (as quais não devem ser confundidas com as meras conformações) ao direito de propriedade não são incompatíveis com o reconhecimento do poder de transmissão como uma dimensão do direito de propriedade análoga aos direitos, liberdades e garantias. E isso acontece porquanto essas restrições operam num plano diverso da caracterização do poder em causa enquanto dimensão do direito fundamental de propriedade.

## **6. Direito de propriedade e direito à propriedade; direito de habitação e direito à habitação**

Na declaração de voto aposta ao Acórdão n.º 299/2020 afirma-se que, ao aditar o n.º 8 ao artigo 1091.º do Código Civil, “a intenção do legislador visou proteger um direito fundamental com estatuto jurídico constitucional idêntico ao direito de propriedade: o direito à habitação. Este facto é, aliás, evidente, se atendermos a que o âmbito de aplicação da norma questionada se restringe aos arrendamentos habitacionais. Está, por isso, em causa um conflito de direitos fundamentais de igual valor, cujo peso, na ponderação jurídico-constitucional a efetuar, não poderá deixar de ser equivalente” (cf. n.º 4).

A verdade, porém, é que esta afirmação não é inteiramente correta. Só considerados em sentido abrangente, ou como um todo, se pode afirmar que o direito de propriedade e o direito à habitação têm um “estatuto jurídico constitucional idêntico”. Com efeito, embora o direito social como um todo possa estar inserido entre os direitos económicos, sociais e culturais, o que certamente sucede quer com o direito fundamental de propriedade, quer com o direito fundamental à habitação, tal não é

---

<sup>16</sup> Cf. Brudner (2004: 286).

suficiente para afirmar que os mesmos têm idêntico estatuto jurídico constitucional. Não é a colocação sistemática desses direitos considerados na sua abrangência que determina só por si o respetivo regime, ou o seu “estatuto jurídico” (segundo a terminologia da declaração de voto), mas antes a sua dimensão que se pretenda fazer valer em cada caso, como salienta Reis Novais. Segundo este autor, se atendermos à natureza estrutural do direito concreto que surge na situação jurídica controversa, torna-se irrelevante a identificação dum direito fundamental como um todo, mas apenas a determinabilidade constitucional do conteúdo do direito que se pretende fazer valer no caso, a sua natureza, bem como a natureza dos deveres que impendem sobre o Estado e as reservas que afetam a exigibilidade judicial do respetivo cumprimento. Neste plano, o regime jurídico de proteção privilegiada dos direitos, liberdades e garantias é, na verdade, potencialmente aplicável a todos os direitos fundamentais, porque em relação a todos eles, quando considerados em concreto, se podem verificar as características aludidas.<sup>17</sup>.

Sucedem que a dimensão do direito fundamental de propriedade que em concreto está em causa no Acórdão n.º 299/2020 não tem o mesmo “estatuto jurídico constitucional” que o concreto direito à habitação que o legislador pretendeu fazer valer através do artigo 1091.º, n.º 8, do Código Civil. No primeiro caso, como se viu, está em causa a liberdade de transmissão do direito de propriedade, que assume um evidente carácter defensivo em face de intervenções restritivas por parte do Estado. No segundo caso, pelo contrário, está em causa uma dimensão de prestação do direito à habitação, isto é, o direito a ter acesso à habitação condigna. Na verdade, não se trata sequer do direito a ter acesso a uma habitação condigna, mas do direito a ter acesso à propriedade dessa habitação. A diferença é evidente: não só assim se torna duvidoso que se evite a especulação imobiliária (o Acórdão n.º 299/2020 demonstra convincentemente que tal não é o caso: cf. o respetivo n.º 21), como ainda se escolhe um meio de concretizar o direito à habitação que poderá ser, ele próprio, instrumento dessa especulação.

Neste ponto, é necessário salientar que a existência de uma dimensão defensiva sinaliza que apenas uma via de atuação se abre aos poderes públicos, isto é, a respetiva inação. Por outras palavras, em face de uma medida restritiva que interfira numa concreta dimensão do direito fundamental de propriedade – no caso, o poder de transmissão do local arrendado – sem respeitar algum dos “limites dos limites”, em especial o princípio da proporcionalidade, cabe apenas ao Estado abster-se dessa medida. Diferentemente, a existência de uma dimensão de prestação implica que estão disponíveis diversas vias de atuação para os poderes públicos tendo em vista a respetiva realização. Assim, o direito à habitação pode certamente ser realizado através de uma medida que promova o acesso imediato do arrendatário habitacional à propriedade plena do local arrendado, mas pode também ser realizado de muitas outras formas, que, aliás, o Acórdão n.º 299/2020 não deixa de exemplificar, como anteriormente se viu.

Mas não será possível ir mais longe na dimensão de prestação do direito à habitação? Segundo Fernando López Rámon, “a falta de desenvolvimento

---

<sup>17</sup> Cf. Reis Novais (2010: 348).

legislativo não pode impedir a aplicação judicial do direito à habitação”. Neste sentido, aponta como exemplo a experiência americana nos casos *Mount Laurel I e II*, de 1975 e 1983, que terão lançado as bases de “uma autêntica revolução jurídica, ao impor efetivamente aos poderes públicos estaduais e locais o estabelecimento de garantias do direito a uma oportunidade real de moradia popular”.<sup>18</sup> O autor não esclarece, todavia, qual o sentido de tal imposição. Para compreender esse sentido é necessário ter presente qual o conteúdo decisório das duas decisões mencionadas do Supremo Tribunal de New Jersey.<sup>19</sup>

Em tais decisões, o Supremo Tribunal de Nova Jersey declarou implicitamente que a habitação é um direito fundamental e impôs aos municípios uma obrigação afirmativa de redistribuir as famílias de baixos e médios rendimentos de maneira mais igualitária no Estado de Nova Jersey, dando-lhes uma oportunidade realista de aceder a habitações de baixo custo. No caso *Mount Laurel I*, o tribunal deu ao município o prazo de 90 dias para alterar os seus planos de gestão urbanística, sendo que, em caso de incumprimento, poderiam ser intentadas outras ações judiciais.<sup>20</sup> No caso *Mount Laurel II*, o Supremo Tribunal de Nova Jersey reconheceu abertamente o insucesso da sua decisão anterior:

“Este é o retorno, oito anos depois, de *Southern Burlington County NAACP v. Município de Mount Laurel*, (Mount Laurel I). Estabelecemos naquele caso, pela primeira vez, a doutrina que exige que os regulamentos de uso da terra dos municípios forneçam uma oportunidade realista para habitações destinadas a pessoas de baixos e médios rendimentos. A doutrina tornou-se famosa. O próprio caso Mount Laurel ameaça tornar-se infame. Depois de todo esse tempo, dez anos após a ordem inicial do tribunal de primeira instância invalidando o seu decreto de zonamento, Mount Laurel continua sujeita a um decreto flagrantemente excludente. Amplamente baseado em estudos, racionalizado por especialistas contratados, na sua essência o decreto não é fiel senão à determinação de Mount Laurel de excluir os pobres. Mount Laurel não é um caso isolado; entendemos que há um incumprimento generalizado do mandato constitucional fixado pelo nosso julgamento inicial neste caso.”<sup>21</sup>

Reconhecendo o seu falhanço anterior, o Supremo Tribunal foi mais incisivo, considerando que “a obrigação municipal de fornecer uma oportunidade realista para a construção de sua parcela justa de habitações para pessoas de baixos e médios rendimentos pode exigir mais do que a eliminação de exigências e restrições desnecessárias que geram custos. Devem ser usados dispositivos governamentais afirmativos para tornar a oportunidade realista, incluindo bônus de densidade de habitações para pessoas de rendimento mais baixo e atribuições obrigatórias de terra para habitações destinadas a pessoas de baixos e médios rendimentos. Além disso, o município deve cooperar com as tentativas de o promotor imobiliário obter subsídios

---

<sup>18</sup> Cf. López Ramón (2014: 73).

<sup>19</sup> As decisões em causa são as seguintes: *Southern Burlington County NAACP v. Township of Mount Laurel*, 336 A.2d 713 (1975) (*Mount Laurel I*); *Southern Burlington County NAACP v. Township of Mount Laurel*, 456 A.2d 390, 415 (1983) (*Mount Laurel II*).

<sup>20</sup> Cf. Berger (1991: 191).

<sup>21</sup> Cf. *Mount Laurel II*, citado em Berger (1991: 197-198).

federais”.<sup>22</sup> Nesta sequência, o Supremo Tribunal parece admitir que, na ausência da adoção dos instrumentos normativos adequados, tomará ele próprio as medidas em causa. Mas também os resultados do caso *Mount Laurel II* não se afiguram prometedores.

Na verdade, uma reconstrução teórica realista da sua doutrina aponta para uma obrigação de os poderes públicos “fazerem o que é necessário fazer, a não ser que haja uma boa razão para que mais não possa ser feito”.<sup>23</sup>, isto é, são direitos sujeitos a ponderação.<sup>24</sup> É interessante que, neste contexto, se considere o direito à habitação como um “direito condicional”, por oposição aos “direitos absolutos”, como a liberdade de expressão, ou a liberdade de consciência. Ao contrário destes últimos, que seriam direitos resistentes à ponderação, aliás de acordo com a tradição jurídica norte-americana em matéria de direitos fundamentais, os primeiros seriam direitos que não podem, na prática, ser exercidos “sem envolvimento num conjunto maior de sistemas sociais nos quais a cidadania coletiva tem uma reivindicação forte e legítima”.<sup>25</sup> O seu reconhecimento como direito fundamental depende essencialmente da ponderação, atividade que a declaração de voto conjunta aposta ao Acórdão n.º 299/2020 se dispensou de levar a cabo.

A via trilhada nos casos *Mount Laurel* não é certamente a única via disponível tendo em vista a concretização do direito à habitação, na sua dimensão de direito de prestação. Uma outra via é ilustrada pelo famoso caso *Grootboom*, decidido pelo Tribunal Constitucional da África do Sul em 2000.

As origens do caso são bem conhecidas: um grupo de residentes (390 adultos e 510 crianças) num bairro de lata mudou-se para um terreno reservado para habitação social e foi desalojado pelas autoridades locais, tendo-se estabelecido na sequência disso num campo de desportos público situado nas imediações da Cidade do Cabo. O grupo em causa apresentou uma ação judicial contras autoridades municipal, provincial e nacional, invocando a violação do seu direito de acesso imediato a habitação condigna à luz do disposto na Constituição sul-africana. O Tribunal Constitucional da África do Sul veio a decidir que existia de facto uma violação da Constituição por parte do poder político, na medida em que este não desenvolveu um plano de habitação capaz de satisfazer as necessidades imediatas dos mais necessitados. Ao mesmo tempo, o Tribunal recusou emitir uma ordem no sentido de satisfazer imediatamente a pretensão dos demandantes, como uma ordem ao Estado no sentido de este providenciar habitação imediata para estes últimos, com base no argumento de que a Constituição não prevê um direito à habitação de satisfação imediata. Do mesmo modo, o Tribunal não estabeleceu os traços a que deveria obedecer um plano de habitação, mas antes determinou que caberia aos órgãos políticos do Estado desenvolver um programa de habitação coerente e

---

<sup>22</sup> Cf. *Mount Laurel II*, citado em Berger (1991: 197-199).

<sup>23</sup> Cf. Payne (2000: 570).

<sup>24</sup> Criticando a doutrina *Mount Laurel* por precisamente não resistir ao teste da ponderação, cf. Berger (1991: 204 ss.); Chused (2011: 813 ss.); Hughes e Vandoren (1990: 97-111).

<sup>25</sup> Cf. Payne (2000: 570).

reservar uma parte razoável do seu orçamento para fazer face à situação daqueles que se encontram em necessidade extrema.<sup>26</sup>

A perspetiva a partir da qual o Tribunal Constitucional sul-africano encarou o direito à habitação é sintetizada nos seguintes termos pelo juiz do mesmo tribunal Albie Sachs: “Num julgamento unânime preparado pelo juiz Zak Yacoob, foi considerado que o conceito-chave nas disposições sobre acesso à habitação adequada era a obrigação do Estado de progressivamente tomar «medidas razoáveis, legislativas e outras» para realizar o direito. Sentimos que o conceito de medidas razoáveis era passível de ser julgado pelo nosso Tribunal. Se as medidas não atendessem ao padrão de razoabilidade, o Estado violaria as suas obrigações constitucionais. Ao decidir se a medida observou esse padrão, o Tribunal reconheceria a especialização especial do governo nessa área e o facto de que uma ampla gama de escolhas políticas seria consistente com a razoabilidade”.<sup>27</sup> A via da razoabilidade, em vez da proporcionalidade e ponderação, parece conceber a concretização do direito social à habitação na linha da atuação dos tribunais que invalidam as decisões das agências administrativas quando estas se mostram arbitrárias, sem, todavia, as substituírem por outras.

Importa, pois, ter presente a distinção da concretização do direito de habitação e a do direito à habitação, inteiramente paralela, aliás, à distinção entre a concretização do direito de propriedade e a do direito à propriedade. Sobretudo, importa não confundir o estatuto jurídico constitucional do direito de propriedade com o do direito à habitação. Ora, eram estas duas dimensões que estavam em causa no Acórdão n.º 299/2020: a dimensão defensiva da liberdade de transmissão da propriedade, com natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, e a dimensão prestacional do direito de acesso à habitação através da atribuição da propriedade sobre o local da habitação, sem tal natureza.

## 7. Concepções sobre a propriedade

Poder-se-á, todavia, e com inteira razão, sustentar que a verdadeira oposição quanto ao “estatuto jurídico-constitucional” da propriedade privada reside, afinal, na divergência insanável de posições quanto à sua natureza e conteúdo. Neste plano, é usual distinguir entre duas concepções radicalmente opostas de propriedade.

Para uma primeira concepção a propriedade visa unicamente satisfazer o interesse puramente individualista do proprietário, enquanto à luz de uma segunda concepção a propriedade realiza importantes funções sociais. Este contraste é sobejamente conhecido e encontra múltiplas expressões doutrinárias.<sup>28</sup> No plano jurídico, talvez a sua mais conhecida expressão se

---

<sup>26</sup> Sobre o caso *Grootboom*, cf. Landau (2012); Sachs (2005: 131 ss., esp. 146 ss.); Liebenberg (2001: 250 ss.).

<sup>27</sup> Cf. Sachs (2005: 146).

<sup>28</sup> Sobre este ponto, cf. Miguel Nogueira de Brito (2007: 718 ss.). Nesta última obra não surge, todavia, qualquer referência a uma das mais relevantes expressões do mencionado contraste, que consiste certamente na tese da propriedade como função social, desenvolvida por Léon Duguit: sobre esta cf. Davy (2020: 47 ss.); Boccon-Gibod (2014: 285-300); Grimm (2019: 14-16).

manifeste na distinção entre concepções da propriedade como uma relação entre uma pessoa e uma coisa e como uma relação entre pessoas a propósito de uma coisa. Não cabe agora aqui explorar esse contraste.<sup>29</sup>, mas apenas salientar a sua dimensão ideológica, a que Kelsen deu o devido enquadramento quando afirmou que se “se mantém a definição tradicional de propriedade como domínio exclusivo de uma pessoa sobre uma coisa e, assim fazendo, se ignora a relação juridicamente essencial, isso sucede, como é patente, porque a definição da propriedade como uma relação entre uma pessoa e uma coisa encobre a sua função económico-socialmente decisiva: uma função que, na medida em que se trata de propriedade dos meios de produção, é designada pela doutrina socialista – se com razão, se sem ela, é coisa que não importa aqui decidir – como «exploração», uma função que, em qualquer dos casos, consiste precisamente na relação do proprietário com todos os outros sujeitos que são excluídos da ingerência na sua coisa, que são obrigados, pelo Direito objetivo, a respeitar o exclusivo poder de disposição do proprietário”.<sup>30</sup>. Há um importante aspeto da distinção entre a propriedade como domínio e da propriedade como “feixe de direitos” implícito na análise de Kelsen. É que se a visão da propriedade como domínio sobre a coisa facilmente se deixa enredar nos meandros do individualismo possessivo, a sua visão como feixe de direitos caracteriza-se pela abertura a diversas concretizações, de acordo com a vontade do legislador. E este aspeto remete-nos, por sua vez, a um outro, que consiste em a concepção individualista minar as condições para a interação democrática, ao contrário do que sucede com a concepção que realça a sua base social.<sup>31</sup>.

A declaração de voto aposta ao Acórdão n.º 299/2020 tem certamente em vista os contrastes mencionados quando refere a “doutrina internacional mais recente, que tem vindo a chamar a atenção para os riscos que a concepção da habitação como um ativo financeiro e não como um bem social comporta para o direito fundamental à habitação”. Parece claro que este contraste não pode também deixar de se reportar à propriedade, na medida em que esta pode também ser encarada como um mero ativo financeiro, ou como um bem social.

Simplesmente, e este é o ponto essencial que aqui cabe salientar, a crítica da propriedade individualista, não pode deixar de se destacar, numa democracia constitucional, da “fantasia social das sociedades livres de propriedade, procurando antes fazer justiça à percepção da indispensabilidade de propriedade como instituição básica da sociedade moderna”. Trata-se de reconhecer que “a propriedade é um meio indispensável para a alocação de bens e serviços em sociedades baseadas na divisão do trabalho com recursos escassos”.<sup>32</sup>. Este reconhecimento revela também o erro na base da conhecida formulação de Duguit, segundo a qual “*la propriété n’est pas un droit; elle est une fonction sociale*”.<sup>33</sup>. Num Estado constitucional, a propriedade é uma função social precisamente porque é um direito.

---

<sup>29</sup> Cf. Nogueira de Brito (2007: 883 ss.).

<sup>30</sup> Cf. Kelsen [(1960)2008: 150-151]. Cf., ainda, Davy (2020: 43).

<sup>31</sup> Cf. Wesche e Rosa (2018: 237-261).

<sup>32</sup> Cf. Wesche e Rosa (2018: 258).

<sup>33</sup> Cf. Duguit (1920: 21; 2019: 36).

Na estrutura do sistema de proteção dos direitos fundamentais em três etapas, anteriormente esboçado, o reconhecimento da importância da propriedade nas sociedades modernas adquire expressão na separação rigorosa entre delimitação do conteúdo do direito, identificação de uma medida restritiva e justificação constitucional desta última. A grande virtude do Acórdão n.º 299/2020 consiste precisamente na clareza expositiva e rigor com que assume a análise crítica do direito fundamental de propriedade à luz deste esquema.

Lisboa, junho de 2023

### **Bibliografia**

- Babie P, Viven-Wilksch J. Léon Duguit and the Propriété Function Sociale. In: Babie P, Viven-Wilksch J, orgs. Léon Duguit and the Social Obligation Norm of Property. A Translation and Global Exploration. Singapore: Springer; 2019. pp. 1-32
- Berger L. Inclusionary Zoning Devices as Takings: The Legacy of the Mount Laurel Cases. *Nebraska Law Review*. Vol. 70, Issue 2. 1991. pp. 186-228
- Brito MN de. A Justificação da Propriedade Privada numa Democracia Constitucional. Coimbra: Almedina; 2007
- Boccon-Gibod T. Duguit, et Après? Droit, Propriété et Rapports Sociaux. *Revue Internationale de Droit Économique*. Tome XXVIII, n. 3. 2014. pp. 285-300
- Brudner A. Constitutional Goods. Oxford: Oxford University Press; 2004
- Canotilho JJG, Moreira V. Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I. 4.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora; 2007
- Chused RH. Mount Laurel: Hindsight Is 20-20. *Rutgers Law Review*. Vol. 63, Issue 3. 2011. pp. 813-834
- Correia FA, Moniz ARG. Consideraciones sobre la Promoción del Derecho a la Vivienda en Portugal. In: Ramón FL, coord. Construyendo el derecho a la vivienda. Madrid: Marcial Pons; 2010. pp. 137-164
- Davy B. 'Dehumanized Housing' and the Ideology of Property as a Social Function. *Planning Theory*. Vol. 19, no. 1. 2020. pp. 38-58
- Duguit L. Les Transformations Générales du Droit Privé depuis le Code Napoléon. 2.ª ed. Paris: Librairie Félix Alcan; 1920
- Grimm D. Solidarität als Rechtsprinzip. Frankfurt am Main: Athenäum Verlag; 1973
- Hohfeld WN. Os Conceitos Jurídicos Fundamentais Aplicados na Argumentação Judicial. Tradução de Margarida Lima Rego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian; 2008
- Hösch U. Eigentum und Freiheit. Ein Beitrag zur inhaltlichen Bestimmung der Gewährleistung des Eigentums durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG, Tübingen: Mohr Siebeck; 2000
- Hughes MA, Vandoren PM. Social Policy through Land Reform: New Jersey's Mount Laurel Controversy. *Political Science Quarterly*. Vol. 105, No. 1, Spring. 1990. pp. 97-111
- Kelsen H. Teoria Pura do Direito. 2.ª ed. (1960), tradução de João Baptista Machado. 7.ª ed. da tradução portuguesa, revisão editorial e preparação do índice material e onomástico a cargo de Luís Duarte d'Almeida. Coimbra: Almedina; 2008
- Kingreen T, Poscher R. Grundrechte Staatsrecht II. 37. Auflage, Heidelberg: C. F. Müller; 2021

Landau D. Grootboom and the One-Case (or Country?) Canon on Social Rights. 2012. Disponível em [https://digitalcommons.law.umaryland.edu/schmooze\\_papers/142/](https://digitalcommons.law.umaryland.edu/schmooze_papers/142/), último acesso em 15 de junho de 2023

Liebenberg S. The Right to Social Assistance: The Implications of Grootboom for Policy Reform in South Africa. *South African Journal on Human Rights*. Vol. 17, Issue 2. 2001. pp. 232-257

López Ramón F. El Derecho Subjetivo a la Vivienda. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Número 102. Septiembre-diciembre 2014. pp. 49-91

Novais JR. *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra Editora: Coimbra; 2010

Payne JM. Reconstructing the Constitutional Theory of Mount Laurel II. *Washington University Journal of Law & Policy*. Vol. 3. 2000. pp. 555-582

Sachs A. The Judicial Enforcement of Socio-Economic Rights: The Grootboom Case. In: Jones P, Stokke K, orgs. *Democratising Development: The Politics of Socio-Economic Rights in South Africa*. Leiden / Boston: Martinus Nijhoff Publishers; 2005. pp. 131-152

Wesche T, Rosa H. Die demokratische Differenz zwischen besitzindividualistischen und kommunitären Eigentumsgesellschaften. *Berliner Journal für Soziologie*. Vol. 28. 2018. pp. 237-261