



PARTE D

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Acórdão n.º 624/2009

Processo n.º 850/08

Acordam na 2.ª Secção do Tribunal Constitucional:

A — Relatório.

1 — Francisco da Silva Ribeiro intentou no Tribunal do Comércio de Lisboa (processo n.º 1270/07.3TYLSB, do 1.º Juízo) procedimento cautelar de suspensão de deliberações sociais contra Queluzsintra — Centro Médico, Limitada.

2 — Após produção de prova, foi proferida sentença em 13-5-2008 que julgou improcedente a providência cautelar requerida.

3 — O requerente interpôs recurso desta decisão para o Tribunal da Relação de Lisboa que, por acórdão proferido em 7-10-2008, negou provimento ao recurso.

4 — O requerente interpôs então recurso para o Tribunal Constitucional nos seguintes termos:

“O recurso é interposto ao abrigo da alínea *b*) do n.º 1 do artigo 70.º da Lei n.º 28/22, de 15 de Novembro, na redacção dada pela Lei n.º 85/89, de 7 de Setembro.

Pretende o ora recorrente ver apreciada a inconstitucionalidade da norma do artigo 255.º n.º 1 e n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais, segundo a interpretação que lhe foi dada pela 1.ª instância e que foi confirmada pelo Acórdão dessa Relação de 08/10/2008.

Com efeito nas Alegações de Recurso o ora Recorrente demonstrou à sociedade que o Princípio da Livre Redução da Remuneração dos Gerentes, como é consagrado no Acórdão Recorrido, viola princípios fundamentais do nosso ordenamento jurídico.

Como diz, e muito bem o Prof. Raul Ventura (Sociedade por Quotas, Vol. III, pág. 70) a possibilidade da redução da remuneração só poderá ter lugar através do recurso ao Tribunal.

É facto inquestionável que a relação jurídica da gerência consubstancia um contrato que há-de ser regulado pelos princípios gerais de direito civil, designadamente as normas sobre contratos da sociedade por força do disposto no artigo 2.º do C. S. Comerciais.

Ora, estando-se no domínio da matéria contratual, é inequívoco que um elemento do contrato — remuneração — só por mutuo acordo pode ser alterado, como resulta do disposto no artigo 406.º n.º 1, do Código Civil, conjugado com o artigo 987.º n.º 1, do mesmo Código.

Aceitar-se o Livre Princípio da Remuneração dos Gerentes é aceitar-se normas que atentam contra a protecção dos cidadãos que, desse modo, viam a sua estabilidade e a do seu agregado familiar sofrer as alterações ao sabor das deliberações arbitrárias e prepotentes dos sócios maioritários das sociedades por quotas.

Ora, o Estado de direito democrático, insito no artigo 2.º da lei Fundamental, repudia frontalmente interpretações como a que é sufragada pela Decisão recorrida, sem esquecer que no artigo 255.º do Código das Sociedades Comerciais não está, de modo algum, consagrado o princípio da livre redução da remuneração dos gerentes pela Assembleia Geral dos sócios de uma sociedade por quotas.

O Código das Sociedades Comerciais não precisou de proibir a redução da remuneração de gerentes, pela razão simples de que tal redução é repelida pelos princípios gerais de direito insitos no artigo 406.º n.º 1, do Código Civil e 232.º n.º 1 do Código Comercial.

A verdade é que as normas do artigo 255.º n.º 1 e n.º 2 do C.S. Comerciais interpeladas com o sentido que lhes foi atribuído, constituíram um atentado ao Princípio da Confiança e dos Direitos Adquiridos consagrado no artigo 2.º da lei Fundamental.

Por outro lado, conceder às assembleias gerais das sociedades o direito de redução da remuneração do gerente constitui um verdadeiro entrave ao recurso ao Tribunal para impugnar a deliberação, já que a assembleia de sócios se substituiu ao Tribunal, impedindo o Acesso aos Tribunais, e dessa forma violando o disposto no artigo 20.º n.º 1 da C.R. Portuguesa, e impedindo, também por esse lado, o Tribunal de dirimir o conflito, viola-se o disposto no artigo 202.º n.º 2 da C. R. Portuguesa.

É, assim, mais que evidente que a norma prevista no art. 255.º 1 e n.º 2 do Código das Sociedades Comerciais na interpretação e sentido que lhe foi dado pelo Acórdão Recorrido, está ferida do vício de inconstitucionalidade material.

A questão da inconstitucionalidade foi suscitada pelo Recorrente nos artigos 42 a 66 e nas conclusões 26.ª a 38.ª das Alegações de Recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa, que aqui se reproduzem para todos os efeitos legais (cf. artigo 72.º n.º 2 da L.T. Constitucional, na redacção da Lei n.º 13-A/98, de 26 de Fevereiro).

Das decisões proferidas nos procedimentos cautelares não há recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, por força do disposto no artigo 397.º A, do Código de Processo Civil, e, por isso, a Douta Decisão não admite recurso ordinário (cf. art. 70 n.º 2 da LTC, na redacção da Lei n.º 13-A/98, de 26 de Fevereiro).

Os recursos para o Tribunal Constitucional estão isentos de custas nos termos do artigo 84.º n.º 1, da L.T. Constitucional na redacção dada pela Lei n.º 85/89, de 7 de Setembro.

Nestes termos, e porque o Recorrente tem legitimidade para recorrer e estão verificados os pressupostos exigidos para a interposição do recurso, requer a V. Exa. se digne admitir o presente recurso com efeito suspensivo, seguindo-se os demais termos legais.

Embora as alegações de recurso devam ser sempre produzidas no Tribunal Constitucional, por força do disposto no artigo 79.º da lei do Tribunal Constitucional, aprovado pela Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, e sem abdicar de exercer o direito de alegar no referido Tribunal, e por mera cautela, desde já, ainda que de forma sumária, vem o ora Recorrente apresentar ligeiras alegações;

Interpretar o artigo 155.º n.º 1 e n.º 2 do C.S. Comerciais no sentido de permitir às assembleias gerais das sociedades por quotas reduzir a remuneração dos gerentes constitui uma afronta aos princípios gerais de direito que rodeiam os contratos, ainda que atípicos, como é o contrato de gerência;

A remuneração é elemento essencial de um contrato bilateral e só pode ser reduzida por acordo das partes, pelo que aceitar o contrário se viola o disposto no artigo 406.º n.º 1, conjugado com o artigo 987.º n.º 1, ambos do Código Civil, e, ainda, o disposto no artigo 232.º § 1.º, do Código Comercial;

O Princípio da Livre Redução da Remuneração dos Gerentes atenta contra a protecção dos cidadãos, que têm na remuneração de gerentes a sua única fonte de rendimento;

O Estado de Direito Democrático insito no artigo 2.º da lei Fundamental assenta no princípio da Confiança e na protecção dos Direitos Adquiridos;

Tal Princípio da Confiança e dos Direitos Adquiridos é um elemento essencial dos contratos, pelo que a redução da remuneração dos gerentes sem recurso a Tribunal viola o artigo 2.º da lei Fundamental;

Dando-se às assembleias gerais o direito da redução da remuneração dos gerentes da sociedade por quotas, impede-se o recurso ao tribunais em caso de as deliberações dos sócios violarem direitos fundamentais dos gerentes, o que constitui violação do artigo 20.º n.º 1 da Constituição da República;

Por outro lado, tal direito das assembleias gerais de redução da remuneração de gerência, ao decretar a redução sem recurso ao Tribunal viola o disposto no artigo 202.º n.º 2, da C.R.P.

Termos em que o sentido com que foi interpretado o artigo 255.º n.º 1 e n.º 2 pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa está ferido do vício de inconstitucionalidade material, por violar o disposto nos artigos 2.º, 20.º n.º 1 e 202.º n.º 2, da C. R. P.”.

4 — O primitivo relator proferiu decisão sumária de não conhecimento do recurso, abonando-se nas seguintes considerações:

“A tutela cautelar é caracterizada pela sua instrumentalidade, provisoriedade e sumariedade.

Em primeiro lugar, é a sua função meramente instrumental que a distingue as providências cautelares das providências definitivas, tomadas como resultado final de acção judicial. Não a instrumentalidade que qualquer processo reveste perante o direito substantivo cuja tutela procura realizar, mas uma instrumentalidade relativa a essa tutela de cariz definitivo. Na verdade, as providências cautelares não se destinam a solucionar, com autonomia, uma situação de conflito, mas apenas a assegurar que as soluções definitivas possam ser adoptadas pelas instâncias jurisdicionais, sem que o decurso do tempo as inviabilize ou prejudique. São simples instrumentos dessas decisões definitivas, concebidos para intervirem em casos de urgência, de forma a assegurar que aquelas consigam conceder às partes idêntica satisfação de interesses à que elas obteriam através da realização “pacífica” dos seus direitos. São, nas palavras de Calamandrei, “a *garantia da garantia judiciária*”.

Destinando-se elas a servir a tutela de um direito a determinar num determinado processo, necessariamente encontram-se dependentes desse processo, podendo dizer-se que, nesse aspecto, não gozam de autonomia, O seu nascimento, a sua vida e a sua morte estão dependentes do processo do qual são dependentes, porque é nele que encontram a sua razão de existência, reflectindo-se nelas as vicissitudes da tutela a encontrar no processo-mãe.

Também como consequência da sua função instrumental, as providências cautelares são meramente provisórias, tendo uma duração, apesar de incerta, limitada no tempo (*dies certus an, incertus quando*). São providências a termo incerto.

Tendo elas como única finalidade obviar ao perigo da demora de um determinado processo, o não nascimento deste ou a sua extinção provocam o seu fim.

E sendo a sua existência justificada pela urgência não é possível seguir uma tramitação que permita apurar com certeza da existência do direito cuja tutela se pretende assegurar, a qual apenas é possível apurar no processo principal. É suficiente para alcançar uma decisão cautelar provisória, uma prova informativa, um *fumus boni iuris*.

Este juízo de probabilidade séria deve recair não só sobre a existência dos factos constitutivos do direito ameaçado, mas também sobre a verificação dos pressupostos jurídicos da existência do direito. O juízo de probabilidade é aplicável quer às questões de facto, quer às questões de direito, colocadas ao juiz nos procedimentos cautelares. O juiz não tem que se convencer da veracidade dos factos que integram a causa de pedir, nem de que o direito invocado existe perante a prova desses factos, bastando que a existência dos factos seja provável, tal como a existência do direito.

São estas características específicas das providências cautelares que tem obstaculizado a que a jurisprudência constitucional admita a recorribilidade para o Tribunal Constitucional de muitas das questões de constitucionalidade suscitadas em procedimentos cautelares (*vide, a título de exemplo, os acórdãos n.º 151/85, em “Acórdãos do Tribunal Constitucional”, 6.º vol, pág. 351, n.º 400/97, em “Acórdãos do Tribunal Constitucional”, 37.º vol, pág. 235, n.º 664/97, em “Acórdãos do Tribunal Constitucional”, 38.º vol, pág. 257, n.º 442/2000, em “Acórdãos do Tribunal Constitucional”, n.º 48.º vol, pág. 709, n.º 235/2001, em “Acórdãos do Tribunal Constitucional”, 50.º vol, pág. 431, e n.º 457/07, disponível no site www.tribunalconstitucional.pt).*

Na verdade, a provisoriiedade das providências cautelares implicaria sempre que a formulação de um juízo pelo Tribunal Constitucional, de (in)constitucionalidade de norma aplicada por um tribunal judicial, nas vestes de juiz cautelar, constituiria um juízo meramente provisório. Isto é, a eventual decisão do Tribunal Constitucional apenas produziria efeitos jurídicos enquanto não fosse proferida decisão definitiva sobre o incidente de inconstitucionalidade suscitado no âmbito da respectiva acção principal.

E ainda que o Tribunal Constitucional se pronunciasse perfunctoriamente pela inconstitucionalidade de norma aplicada em procedimento cautelar, aquela decisão apenas produziria os seus efeitos (ou seja, a desaplicação da norma em causa) de modo provisório. Esta decisão de desaplicação apenas poderia formar caso julgado formal, restrito ao procedimento cautelar, pelo que não poderia afectar a liberdade de apreciação quer do tribunal, em sede de julgamento da acção principal, quer do próprio Tribunal Constitucional, caso voltasse a ser chamado a pronunciar-se, em sede de recurso de inconstitucionalidade interposto da decisão final da acção principal.

Entendimento diverso, isto é, admitir a possibilidade de a decisão deste Tribunal formar caso julgado material, conduziria a que o juiz constitucional se substituisse ao juiz do processo principal, pois aquele juízo determinaria previamente o sentido da decisão final a proferir nesse processo.

Ora, o sistema de fiscalização da constitucionalidade nem se compece com uma solução em que o juiz constitucional se substitui ao juiz do processo principal, nem comporta a possibilidade de decisões de inconstitucionalidade provisórias.

Além disso, o julgamento pelo Tribunal Constitucional, em sede de recurso, sobre uma questão de inconstitucionalidade suscitada em autos de procedimento cautelar, coloca em causa a natureza instrumental das providências cautelares, dado que implica uma antecipação do juízo sobre a inconstitucionalidade de normas a aplicar na acção principal. Juízo esse a formular quer pelos tribunais judiciais que julgam em primeira instância e, eventualmente, em recurso (artigo 204.º da CRP), quer pelo próprio Tribunal Constitucional, caso venha, nesses autos, a ser interposto o competente recurso (artigo 280.º da CRP).

Só assim não será, se se tratar do conhecimento de questões de inconstitucionalidade de normas que sejam exclusivamente aplicáveis em sede de processo cautelar — v.g., normas processuais que regulem a sua tramitação —, visto que a decisão sobre a inconstitucionalidade se restringe aos autos de processo cautelar, não se recolocando no processo principal.

Ora, não é este o caso que se verifica no recurso interposto, pelo que a instrumentalidade da providência cautelar ficaria prejudicada pela prolação de juízo perfunctório sobre a inconstitucionalidade por parte deste Tribunal, ou estaríamos a admitir recursos de constitucionalidade de decisões de cariz provisório, fundamentadas num juízo sumário”.

5 — Desta decisão reclamou o recorrente para a conferência ao abrigo do disposto no n.º 3 do artigo 78.º-A da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, sustentando, em resumo, que o carácter cautelar da decisão recorrida não afecta a utilidade da decisão de constitucionalidade, no caso concreto, na medida em que pode minorar os danos decorrentes da ilegalidade dos actos impugnados judicialmente, na pendência da acção principal, e que a jurisprudência em que se abona a decisão reclamada está evitada de inconstitucionalidade por vedar ao recorrente o direito ao recurso, nos termos do artigo 20.º da CRP.

6 — Não havendo unanimidade na conferência e tendo intervindo o plenário da Secção (artigo 78.º-A, n.º 4, da LTC) e ficando o relator vencido, ocorreu mudança de relator, tendo ocupado essa posição o Senhor Conselheiro Mário Torres. Mas porque este deixou de prestar funções, passou o processo para o actual relator.

Cumpre, assim, proferir decisão dentro das linhas de força do vencimento.

B — Fundamentação.

7.1 — A inadmissibilidade de recurso de constitucionalidade nos processos de providências cautelares não corresponde a uma orientação pacífica e com fundamentação sempre coincidente.

O primeiro acórdão em que tal tese foi sustentada — o Acórdão n.º 151/85 (*Diário da República*, 2.ª série, n.º 301, de 31 de Dezembro de 1985, pág. 12 205; *Boletim do Ministério da Justiça*, Suplemento ao n.º 360, pág. 710; e *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 6.º vol., pág. 351) — proferido em processo de suspensão judicial de despedimento, desenvolveu fundamentação assim sumariada:

“I — Como todos os procedimentos da mesma natureza, o respeitante à providência cautelar da suspensão do despedimento não visa a resolução definitiva da questão jurídica que lhe está subjacente, mas apenas a sua solução interina ou provisória, ou seja, a regulamentação da situação de facto que haverá de existir entre as partes até que chegue a final a acção destinada a dirimir aquela questão.

II — Nos procedimentos cautelares, dada a sua índole, não cabe senão uma decisão «provisória» da questão da constitucionalidade de normas de que substantivamente dependa a resolução da questão a decidir no processo principal e, portanto, a concessão da providência.

III — De tal decisão não cabe recurso para o Tribunal Constitucional, pois que de outro modo se teria de admitir ou que também este Tribunal proferisse uma decisão provisória sobre a constitucionalidade (o que seria absurdo e incongruente com o sistema de fiscalização da constitucionalidade delineado na lei fundamental), ou então que ele decidisse no próprio procedimento cautelar questão que haveria de ser resolvida na acção de que tal procedimento depende (o que significaria a subversão da índole e finalidade do próprio procedimento).

IV — Os recursos previstos no n.º 1 do artigo 280.º da Constituição só são de admitir de *decisões definitivas* (scil., para o tribunal que as tiver proferido) respeitando, ainda que só implicitamente, à questão de inconstitucionalidade de normas jurídicas.”

Desse entendimento se afastou logo o Acórdão n.º 92/87 (*Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 365, pág. 261; e *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 9.º vol., pág. 625), sublinhando que “*decisões judiciais*”, para efeitos de recurso de constitucionalidade, “*não serão apenas aquelas que, afinal, resolvem o conflito entre dois sujeitos sobre um determinado caso concreto; mas também todas aquelas que intermедиamente, e segundo a sequência processual legalmente estabelecida, foram necessárias, já que, sem elas, os tribunais não poderão nunca decidir esses mesmos conflitos*”, acrescentando que “*distinguir neste sector entre decisões provisórias e decisões definitivas, e só se admitir o recurso de constitucionalidade, do tipo em causa, em relação às últimas, seria violar um princípio elementar da interpretação jurídica: ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”, para além de que, a enveredar-se por essa via, chegar-se-ia a uma situação de indefinição quanto a saber “*quais as decisões definitivas e susceptíveis, por isso, de recurso de constitucionalidade*” e “*quais as decisões provisórias que, pelo seu baixo grau de provisoriiedade, seriam ainda passíveis de recurso para o Tribunal Constitucional*”, indefinição essa que “*poria gravemente em xeque a operatividade do sistema de fiscalização concreta de constitucionalidade*”.

A orientação no sentido da admissibilidade do recurso, traçada pelo Acórdão n.º 92/87, foi reiterada no Acórdão n.º 466/95 (*Diário da República*, 2.ª série, n.º 259, de 9 de Novembro de 1995, pág. 13 414), proferido em processo de restituição provisória de posse, onde se consignou:

“[...] No modo específico por que se realiza a aplicação das normas dos artigos 8.º e 9.º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 507-A/79, de 24 de

Dezembro, há-de ver-se que a eventual emergência de uma decisão de não restituição provisória da posse provoca já efeitos materiais na esfera de existência do interessado cuja reversibilidade não pode à partida ter-se por assegurada. E, porque é assim, porque na «*ordem prática das coisas*» (Jorge Miranda) a decisão provisória é capaz de, no seu espaço de aplicação, produzir efeitos definitivos na esfera do titular do direito ou interesse em causa, não pode afirmar-se a irrecorribilidade para o Tribunal Constitucional dessa mesma decisão. Não pode porque não está assegurada a consumpção dos efeitos da sentença provisória nos efeitos da sentença definitiva. Para mais, é o próprio teor dos enunciados relativos aos pressupostos do recurso para o Tribunal Constitucional, da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, a não distinguir entre sentenças provisórias e definitivas em ordem à tutela do princípio da constitucionalidade. Do que se deriva aqui uma conclusão que já não é a dos acórdãos n.º 151/85 (*Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 6.º volume, pág. 351 e seguintes), e n.º 267/91 (*Diário da República*, 2.ª série, de 23 de Outubro de 1991). Daí que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal de Justiça haja de considerar-se uma decisão recorrível para efeitos do artigo 70.º, n.º 1, alínea b), da lei do Tribunal Constitucional.»

Porém, a orientação do acórdão n.º 151/85 viria a ser retomada no Acórdão n.º 400/97 (*Diário da República*, 2.ª série, n.º 163, de 17 de Julho de 1997, pág. 8543; *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 467, pág. 194; e *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 37.º vol., pág. 235), proferido em processo de embargos a providência cautelar não especificada, que reproduziu a fundamentação daquele aresto, sublinhando que «*os procedimentos cautelares, pela sua própria natureza, visam apenas uma solução provisória, tendente a evitar os prejuízos que a demora da resolução da acção principal pode ocasionar ao requerente*», o que acarreta que, «*bastando, para tanto, a aparência ou probabilidade séria da existência do direito, também o tribunal decidirá essa questão, numa apreciação sumária, formulando assim uma decisão meramente provisória, quer sobre a existência do direito, quer quanto às medidas “por natureza, provisórias” a decretar*».

E nesta mesma linha jurisprudencial, sem aditamento de novos argumentos aos expendidos nos Acórdãos n.ºs 151/85 e 400/97, viria a inserir-se o Acórdão n.º 664/97 (*Diário da República*, 2.ª série, n.º 65, de 18 de Março de 1998, pág. 3490; e *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 38.º vol., pág. 257), proferido em providência cautelar de suspensão de despedimento colectivo.

A questão foi objecto de reanálise no Acórdão n.º 442/00 (*Diário da República*, 2.ª série, n.º 280, de 5 de Dezembro de 2000, pág. 19 592; e *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 48.º vol., pág. 709), proferido em reclamação do representante do Ministério Público neste Tribunal Constitucional contra decisão sumária da respectiva Relatora, que seguiu a orientação traçada pelos Acórdãos n.ºs 151/85, 400/97 e 664/97, reproduzindo a fundamentação do primeiro e considerando que a situação em nada era alterada pela circunstância de o recurso então em causa (recurso de decisão de tribunal de 1.ª instância que deferira providência cautelar visando impedir a celebração de escritura pública da aquisição compulsiva de acções de sociedade anónima detidas por accionistas que não aceitaram a oferta, tendo, para tanto, recusado a aplicação, com fundamento em inconstitucionalidade, da norma do artigo 490.º do Código das Sociedades Comerciais) ter sido interposto ao abrigo da alínea a) (e não da alínea b), como sucedera nos três casos anteriores) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC.

Nessa reclamação, o representante do Ministério Público sustentara a revisão da orientação expressa no acórdão n.º 151/85, argumentando:

“4 — Na verdade — e desde logo — parece-nos que não fará sentido distinguir — enquanto objecto idóneo da fiscalização concreta — as decisões adjectivas proferidas no decurso do procedimento cautelar (admitindo, quanto a elas, a possível interposição de recursos de constitucionalidade) e a decisão de mérito, concedendo ou denegando a providência requerida — com o argumento de que nela se não contém regulação definitiva do litígio.

5 — Sendo tais decisões adjectivas meramente *instrumentais* da que dirime a final o procedimento, mal se compreende que se admita a fiscalização da constitucionalidade quanto a decisões puramente interlocutórias, proferidas no decurso do procedimento cautelar — considerando, pelo contrário, objecto inidóneo de tal recurso a decisão final, que compõe, embora em termos provisórios e meramente cautelares, o litígio entre as partes.

6 — Por outro lado — e como se salienta no citado acórdão n.º 466/95 — a circunstância de tal decisão final conter uma composição provisória da lide não significa que a mesma não possa produzir efeitos definitivos e irremovíveis na esfera jurídica dos interessados — insusceptíveis de virem a ser inteiramente «apagados» ou precludidos com a solução definitiva dada ao litígio, através da sentença proferida na acção principal.

7 — É que a circunstância de ter vigorado transitoriamente (ou de ter sido rejeitada) certa providência cautelar requerida — entre

os momentos da decisão que a apreciou e da sentença que julgou a causa principal — é susceptível de afectar direitos — inclusivamente *direitos fundamentais* das partes — sendo tal ofensa insusceptível de «desaparecer» como mera consequência do julgamento da acção principal, não se encontrando qualquer razão válida para denegar à parte cujos direitos foram afectados por uma aplicação (ou desaplicação) normativa inconstitucional a possibilidade de a fazer sindicat, nos termos gerais, pelo Tribunal Constitucional.

8 — Acresce que — a partir da Revisão Constitucional de 1997 — a justiça cautelar goza inclusivamente de tutela constitucional, ao ser perspectivada como meio de assegurar o acesso ao direito e aos tribunais («em prazo razoável» — cumprindo à lei assegurar, para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, «procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos») (artigo 20.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa).

9 — Parecendo-nos manifestamente incompatível com tal relevância constitucional, conferida aos procedimentos cautelares, a orientação, fundada em acórdão tirado em 1985, que «desvaloriza» tais decisões, privando, em absoluto, do controlo da constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional as decisões judiciais que concedam ou rejeitem as providências requeridas.

10 — Deste modo e em conclusão:

A justiça cautelar goza presentemente de relevância — e tutela — constitucionais, estando expressamente consagrada no artigo 20.º, n.º 5, da Constituição como uma das formas de acesso, célere e prioritário, ao direito e aos tribunais;

A disciplina jurídica «provisória» instituída por decisão que conceda ou denegue providência cautelar é susceptível de afectar, em termos irremediáveis, direitos dos litigantes, não sendo necessariamente a eficácia de tal decisão «apagada», «consumida» ou «precludida» em resultado do que vier a ser decidido na causa principal (fenómeno que, aliás, justifica que tais decisões sejam normalmente recorríveis na ordem dos Tribunais Judiciais);

Tais direitos — afectados pela decisão proferida no procedimento cautelar — podem inclusivamente ser direitos fundamentais, constitucionalmente tutelados;

Face ao conteúdo do artigo 20.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa, não há razão para negar aos litigantes, no âmbito da justiça cautelar, o acesso ao Tribunal Constitucional, nos termos gerais, para sindicat questões de constitucionalidade normativa co-envolvidas na decisão proferida no termo do procedimento cautelar.

11 — Neste termos — e em consonância com o entendimento de que a decisão de mérito, proferida em procedimento cautelar, deverá constituir objecto idóneo dos recursos de fiscalização concreta — deverá determinar-se o normal prosseguimento do presente recurso.”

Esta reclamação foi indeferida pelo referido Acórdão n.º 442/00, com base na seguinte fundamentação:

“3. Cabe começar por reconhecer que existe efectivamente divergência na jurisprudência constitucional quanto à questão da recorribilidade de que aqui se trata; considera-se, todavia, que é de manter a que é seguida na decisão reclamada, como se passa a justificar.

Assim, e em primeiro lugar, porque a razão que levou à decisão reclamada de não conhecimento do recurso, que se baseou no acórdão n.º 151/85, não foi, nem a de que havia que distinguir, para o efeito de admissibilidade do recurso de fiscalização da constitucionalidade, entre decisões adjectivas e decisões de mérito, nem a de que era o carácter definitivo ou provisório da decisão que concedia (ou não) a providência solicitada que relevava.

Em segundo lugar, porque a revisão constitucional operada em 1997 — anterior à prolação do acórdão n.º 664/97 — não obriga de forma alguma a resolver de forma diferente a questão de admissibilidade do recurso que aqui se coloca.

4 — Com efeito, quando a decisão reclamada, fazendo sua a justificação apresentada no acórdão n.º 151/85, julgou não ser admissível o recurso interposto para o Tribunal Constitucional, não se baseou na circunstância de se pretender a apreciação da constitucionalidade de uma norma claramente substantiva, cuja aplicação era determinante para o juízo de mérito proferido no âmbito da providência requerida; assentou, sim, na verificação de que dessa mesma norma dependia o juízo de mérito a proferir, quer no âmbito da providência, quer no domínio da acção correspondente.

A referência a normas de tramitação dos procedimentos cautelares que aparece no acórdão n.º 151/85 é feita, apenas, a título de exemplo. O critério distintivo ali definido assenta, não na natureza adjectiva ou substantiva da norma em causa, mas na circunstância de estar ou não em causa a sua aplicação, simultaneamente, na acção principal e na providência cautelar, o que não é equivalente. Assim, por exemplo, pode ser questionada a constitucionalidade de uma norma que defina

os requisitos substanciais de concessão da providência cuja aplicação não tenha cabimento da acção principal.

Ora a circunstância de a mesma norma ser aplicável em ambos os casos é que torna inadmissível o recurso interposto no âmbito da providência cautelar, atento o valor meramente provisório, não da decisão de mérito nela proferida, como aponta o reclamante, mas do juízo de constitucionalidade emitido igualmente ao julgar a providência cautelar.

5 — Na verdade, as duas razões são indissociáveis. Como claramente se afirma no acórdão n.º 151/85, seria a natureza provisória do juízo de constitucionalidade efectuado ao julgar a providência cautelar que, fundamentalmente, justifica a inadmissibilidade do recurso.

Com efeito, se fosse julgada a questão de constitucionalidade numa hipótese destas, ou o julgamento não constituía caso julgado relativamente à acção principal, admitindo-se que, nesta, se viesse a emitir novo julgamento, eventualmente não coincidente, com possibilidade de outro recurso para o Tribunal Constitucional; ou constituía, subvertendo a lógica inerente à relação de instrumentalidade existente entre a acção e o procedimento, pois que a sorte daquela era traçada por uma decisão tomada no âmbito deste.

6 — É incontestável a afirmação de que as medidas cautelares podem afectar de forma irreversível a situação das partes. Essa observação — que, aliás, prova demais, pois levaria a que o recurso de constitucionalidade, para além de ser admissível, tivesse sempre efeito suspensivo —, todavia, não conduz à conclusão sustentada pelo reclamante.

Desde logo, e sendo exacto que esse efeito só é relevante se a providência vier a caducar ou a ser julgada injustificada, a lei prevê a hipótese de o requerente ter de indemnizar o requerido se lhe causou danos culposamente (n.º 1 do artigo 390.º do Código de Processo Civil). Esta obrigação, associada à eventual necessidade de prestação de caução, são os meios através dos quais se tenta proteger a parte prejudicada.

Para além disso, a vantagem eventualmente conseguida não prevaleceria sobre os inconvenientes atrás apontados.

7 — Finalmente, não se vê em que medida é que o acrescentamento do n.º 5 do artigo 20.º da Constituição pela revisão constitucional de 1997 altera a conclusão de que o recurso não é admissível. Na verdade, a consagração constitucional da necessidade de a lei prever «procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos» não obriga a que se considerem recorríveis para o Tribunal Constitucional todas as decisões proferidas nesses procedimentos.»

O processo onde foi proferido o Acórdão n.º 442/00 voltaria a este Tribunal Constitucional, então por força de recurso interposto, de novo ao abrigo da alínea a) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC, do acórdão do Tribunal da Relação do Porto, que confirmara o deferimento da providência decretada na 1.ª instância, para tanto tendo, igualmente, recusado a aplicação, fundado num juízo de inconstitucionalidade material, da norma vertida no artigo 490.º do Código das Sociedades Comerciais.

Mas este Tribunal Constitucional, pelo Acórdão n.º 235/01 (*Diário da República*, 2.ª série, n.º 243, de 19 de Outubro de 2001, pág. 17 462) — com dois votos de vencido —, continuou a entender, de acordo com a Acórdãos n.ºs 151/85, 400/97, 664/97 e 442/00, que deste tipo de decisões, tomadas em providências cautelares, não cabia recurso de constitucionalidade (isto independentemente da questão de saber se não se teria formado caso julgado, no processo, pela decisão contida no Acórdão n.º 442/00).

Na linha desenhada pelo Acórdão n.º 151/85 se inseriu, por último, o Acórdão n.º 81/02, proferido em processo de suspensão de eficácia de acto administrativo, sendo questionadas normas que também seriam relevantes no processo principal.

Para terminar esta resenha jurisprudencial cabe referir, por último, o Acórdão n.º 457/07. Nele, concluiu-se, uma vez mais, pela inadmissibilidade do recurso de constitucionalidade de decisões proferidas pelos tribunais em processo cautelar, com base, essencialmente, em dois argumentos: o da natureza provisória do julgamento cautelar (a norma aplicada na decisão proferida no processo cautelar deverá ser de novo apreciada no processo principal) e o da provisoriedade do julgamento do Tribunal Constitucional decorrente da provisoriedade do julgamento cautelar, já que o julgamento constitucional só poderia produzir efeitos jurídicos enquanto não fosse proferida decisão definitiva sobre o incidente de inconstitucionalidade suscitado na acção principal.

A nível doutrinário, cumpre assinalar que Jorge Miranda (*Manual de Direito Constitucional*, tomo II, 3.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, pág. 449), após referir que da circunstância de o juiz, na providência cautelar, não formular “um juízo definitivo, mas tão-só um juízo sobre a probabilidade séria da ocorrência da inconstitucionalidade” se poderia fazer derivar que desse juízo provisório não cabia recurso

para o Tribunal Constitucional, sustenta, porém, que “na ordem prática das coisas o direito ou interesse em causa pode justificar a interposição do recurso”.

Por seu turno, José Joaquim Gomes Canotilho (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2002, pág. 974), referindo que a questão de constitucionalidade deve ser levantada num “feito submetido a julgamento” perante um tribunal (artigo 204.º da CRP), sustenta que esse enunciado “abrange [...] os processos cautelares em que a parte interessada «ao chorar antes de doer» (na expressão sugestiva do juiz americano Benjamin Cardoso), suscita também a excepção de inconstitucionalidade».

Dentro da mesma linha, José Manuel Sêrvulo Correia (*A Jurisprudência Constitucional Portuguesa e o Direito Administrativo*, comunicação efectuada por ocasião do XXV Aniversário do Tribunal Constitucional, de que se cita versão policopiada), em comentário, precisamente, ao Acórdão n.º 457/07, defende convictamente a tese da admissibilidade do recurso de constitucionalidade de decisões proferidas pelos tribunais em processo cautelar, com base em diversificada argumentação.

Entre o mais, para este Autor, “a resolução da questão de constitucionalidade poderá obrigar à reforma da decisão do tribunal a quo, mas não determina inexoravelmente o sentido da decisão deste. E, ainda quando assim suceda, tratar-se-á apenas de uma consequência indirecta, a ser retirada da decisão do Tribunal Constitucional pelo juiz a quo” “[...]. O bom senso poderá recomendar ao juiz da causa principal que se atenha ao sentido da decisão de constitucionalidade formulada pelo Tribunal Constitucional a propósito da aplicação de certa norma no âmbito do correspondente processo cautelar”, mas “a verdade é que ele não estará vinculado por esse julgamento, do qual sempre poderá afastar-se” e “a provisoriedade que caracteriza a decisão cautelar não significa apenas que esta se destina a caducar quando for proferida a decisão na causa principal. Ela significa também que as razões de decidir na decisão principal poderão divergir daquelas que foram sumariamente adoptadas em face da necessidade de decidir com urgência no processo cautelar, de modo a assim se neutralizar o periculum in mora. Em suma, que a apreciação da questão de constitucionalidade de uma norma relevante possa ser levada a cabo com resultado diferente a propósito da decisão da causa principal em nada choça, antes pelo contrário, com a natureza do processo cautelar”.

7.2 — Indicadas as posições jurisprudenciais e doutrinárias conhecidas, há que tomar posição.

Antes de tudo cumpre diferenciar duas espécies distintas de decisões judiciais: as *decisões precárias* por natureza, como, por exemplo, a de admissão de recurso no tribunal a quo, que não só não vincula o tribunal ad quem, como neste é objecto de revisão (ao menos implícita), quer oficiosa quer a requerimento do recorrido, que só pode questionar a admissão do recurso nas respectivas contra-alegações (artigo 687.º, n.º 1, do Código de Processo Civil), e as *decisões provisórias*, no sentido de que procedem a uma composição provisória do litígio, como acontece nas providências cautelares. Foi sobre as primeiras (decisões precárias) que recaiu o Acórdão n.º 267/91 (*Diário da República*, 2.ª série, n.º 244, de 23 de Outubro de 1991, pág. 10 625; *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 408, pág. 120; e *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 19.º vol., pág. 373), nenhum reparo merecendo o entendimento, aí, sufragado no sentido da inadmissibilidade de recurso de constitucionalidade de decisão de admissão de recurso (ordinário) proferida com fundamento na inconstitucionalidade de determinada norma.

Com efeito, essa inadmissibilidade em nada prejudica a finalidade prevista para o recurso de constitucionalidade, visto que o mesmo poderá ser sempre interposto da decisão do tribunal superior, quer este não admita o recurso (ordinário), com o que dará aplicação às normas cuja constitucionalidade é questionada, quer o admita, com confirmação, mesmo não expressa, da decisão da instância inferior, caso em que tal recurso (de constitucionalidade) será de interposição obrigatória para o Ministério Público, sendo certo, por outro lado, que a solução oposta conduziria a que a decisão do Tribunal Constitucional sobre o despacho (“precário”) do tribunal a quo faria caso julgado no processo sobre a questão de constitucionalidade, vindo assim a condicionar, por forma radical, o tribunal ad quem, ao qual verdadeiramente competiria resolver em definitivo a questão da admissibilidade do recurso.

Do que se trata, agora, não é dessas decisões precárias, mas antes das aludidas *decisões provisórias*, com o alcance assinalado.

Ora, dentre destas há que distinguir duas situações, conforme a questão de constitucionalidade respeite a normas específicas da própria providência cautelar (respectivos requisitos, sua tramitação especial, etc.) ou a normas respeitantes à relação material litigiosa que irão ser relevantes no processo principal a que a providência cautelar respeita.

Quanto ao primeiro grupo de normas, que só relativamente às providências cautelares têm operatividade, não se vê como se possa negar a admissibilidade de recurso de constitucionalidade que as tenha por objecto, sob pena de se excluir em absoluto o controlo do Tribunal Constitucional sobre esses domínios normativos.

A questão verdadeiramente só se coloca relativamente a normas que sejam susceptíveis de ser aplicadas quer no processo da providência cautelar, quer no processo da acção principal.

A tese da inadmissibilidade do recurso de constitucionalidade nos procedimentos cautelares assenta, basicamente, em três argumentos: na asserção de que a natureza provisória do julgamento cautelar postula que a norma aplicada no procedimento cautelar deva ser apreciada novamente no processo principal; na premissa de que essa provisoriedade do julgamento cautelar acarretaria, também, a provisoriedade do julgamento do Tribunal Constitucional (este só poderia produzir efeitos jurídicos enquanto não fosse proferida decisão definitiva), e, finalmente, no argumento de que a tramitação célere e simplificada que caracteriza a tutela cautelar não se ajustaria com “os tempos próprios da fiscalização de constitucionalidade”.

Não se acompanham, porém, tais argumentos. Em primeiro lugar, importa notar que, na fiscalização concreta, que é a que está, aqui, em causa, o juízo de inconstitucionalidade se traduz sempre num juízo de compatibilidade ou de não compatibilidade da norma infraconstitucional com os princípios e as normas constitucionais, com reflexo directo sobre os termos em que, no caso, fica concedida a tutela cautelar.

A circunstância de a apreciação da questão de constitucionalidade “se inserir entre os critérios de decisão sobre um pedido cautelar não lhe retira utilidade. A decisão cautelar não constitui objecto de uma reserva do juiz em face do legislador constituinte, nem uma área da jurisdição estanque aos imperativos de constitucionalidade” (cf. José Manuel Sérvulo Correia, *op. cit.*, p. 67).

Enquanto não for proferida a decisão na causa principal, a tutela efectiva e eficaz, possível de ser judicialmente obtida, é a tutela cautelar. Deste modo, o juízo de constitucionalidade tem o efeito de tornar possível uma tutela cautelar da relação material que está em causa com respeito pelos princípios e normas constitucionais, podendo obrigar à reforma da decisão recorrida.

Por outro lado, se se releva a provisoriedade que caracteriza a decisão cautelar para justificar a tese de inadmissibilidade do recurso constitucional nos processos cautelares, não pode deixar de atender-se, então, também, a que esse juízo de provisoriedade assenta no pressuposto de que as razões de decidir na acção principal “poderão divergir daquelas que foram sumariamente adoptadas, em face da necessidade de decidir com urgência no processo cautelar, de modo a assim se neutralizar o *periculum in mora*”. E assim, congruentemente, tem de admitir-se, igualmente, que a questão de constitucionalidade de uma norma relevante para a decisão do caso possa ser resolvida em termos diferentes a propósito da decisão da causa principal.

De qualquer modo, a circunstância de a resolução da questão de constitucionalidade, feita no processo cautelar, não determinar “inexoravelmente” o sentido da decisão do tribunal *a quo* sobre a relação material em litígio, a tomar no processo principal, não retira utilidade à decisão cautelar.

Desde logo, porque torna possível, para além dos ganhos advenientes do funcionamento sistema de controlo difuso da constitucionalidade, a obtenção de uma tutela cautelar da relação material conforme aos ditames constitucionais, qualquer que seja a tutela cautelar pedida.

Enquanto não for substituída pela tutela conseguida na acção principal, a tutela que vigora e, conseqüentemente, se apresenta como útil é a obtida no processo cautelar.

Depois, porque não deixam de existir algumas conseqüências indirectas de relevo que estão associadas à decisão do Tribunal Constitucional.”

Por outro lado, não obstante a decisão do recurso faça caso julgado, quanto à questão de constitucionalidade, apenas no âmbito do processo em que foi proferida, certo é que “a decisão produz outros efeitos, potenciando ou desencadeando mecanismos de aperfeiçoamento da ordem jurídica através da eliminação de normas inconstitucionais” (cf. José Manuel Sérvulo Correia, *op. cit.*, p. 70): a criação de um precedente torna obrigatório para o Ministério Público o recurso de novas decisões de aplicação da norma anteriormente julgada inconstitucional e tem, igualmente, a relevância de contar para o efeito previsto no artigo 281.º, n.º 3, da CRP (declaração de inconstitucionalidade de qualquer norma pelo Tribunal Constitucional em três casos concretos).

Finalmente, também o argumento de que a tramitação célere e simplificada que caracteriza a tutela cautelar não se ajusta com os tempos próprios da fiscalização de constitucionalidade não procede.

Na verdade, pode dizer-se com José Manuel Sérvulo Correia (*op. cit.*, pp. 73-74):

“Em primeiro lugar, nos termos conjugados do artigo 78.º, n.ºs 1 e 3, da lei do Tribunal Constitucional e do artigo 143.º, n.º 2, do CPTA, os recursos das decisões em processo cautelar para o Tribunal Constitucional têm efeito meramente devolutivo. A morosidade na decisão do Tribunal Constitucional não contende, pois, com a célere concretização das providências cautelares, quando seja o caso.

Em segundo lugar, cumpre ter presente que, na maioria das lides, as providências cautelares só caducam no termo do processo principal (CPTA, artigo 123.º, n.º 1, alíneas c), f) e g). Assim sendo, a superveniência de uma decisão do Tribunal Constitucional que, dando provimento ao recurso, ordene a reforma da decisão cautelar recorrida em conformidade com o julgamento sobre a questão de inconstitucionalidade ocorrerá frequentemente antes do termo da causa principal, produzindo efeitos úteis.

E, em terceiro e último lugar, quando a causa principal findar antes da pronúncia do Tribunal Constitucional no recurso interposto da decisão cautelar, este recurso extingue-se-á por perda de utilidade actual e efectiva na declaração de inconstitucionalidade. A inutilidade superveniente da lide neutralizará assim a disfunção gerada pela dessintonia entre processo cautelar e recurso perante o Tribunal Constitucional.

Note-se que a lei do Tribunal Constitucional procura obviar tanto quanto possível ao risco daquela dessintonia: nos termos conjugados dos artigos 79.º-B, n.º 3 e 43.º, n.º 5, nos recursos de constitucionalidade interpostos de decisões proferidas em processo cautelar (e, logo, urgente — CPTA, artigo 36.º, n.º 1, e), os prazos são reduzidos a metade e o relator deve conferir lhes prioridade”.

A garantia do efeito útil da decisão final da acção principal que, segundo o requerente, dependeria do deferimento de adequada providência cautelar, ficaria gravemente comprometida se, sustentando o requerente que ela passaria pela desaplicação pelo tribunal comum de norma arguida de inconstitucional e não acolhida essa tese por esse tribunal, lhe fosse vedado o acesso ao Tribunal Constitucional, a quem constitucionalmente compete a última palavra nesse domínio.

No presente caso, o indeferimento do pedido de suspensão da deliberação social que diminuiu a retribuição do gerente de €3.345,77 para €1.929,00 com base em normas que o requerente arguiu de inconstitucionais pode-lhe causar prejuízos insusceptíveis de serem completamente compensados com eventual procedência da acção de anulação da deliberação social, como sejam a não satisfação das necessidades passadas do recorrente e dos membros do seu agregado familiar.

Em suma: quer, porque a “provisoriiedade” da decisão da providência cautelar não contagia o juízo de constitucionalidade a emitir pelo Tribunal Constitucional, com relevância sobre o caso concreto, quer porque, apenas, dessa forma se respeita a relevância constitucional da tutela cautelar, devem considerar-se susceptíveis de recurso de constitucionalidade as decisões proferidas naquelas decisões, mesmo que versem sobre normas que irão também ser utilizadas na decisão da acção principal.

Esta solução é, de resto, aquela que se posiciona na linha do princípio da máxima expansividade da eficácia e da força jurídica dos direitos fundamentais, como é o caso do direito de acesso aos tribunais, consagrado no artigo 20.º da CRP, de que o direito ao recurso de constitucionalidade constitui uma dimensão.

Estas considerações valem, quer o recurso de constitucionalidade haja sido interposto ao abrigo da alínea a), quer ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC.

Assim sendo, a reclamação é de deferir.

8 — A recorrida pediu a condenação do recorrente com litigante de má fé, alegando que o mesmo apenas pretendeu com a reclamação obstar ao trânsito em julgado da decisão recorrida.

Ora, verificando-se ser a reclamação de deferir, torna-se evidente a improcedência de tal pedido.

C — **Decisão.**

9 — Destarte, atento tudo o exposto, o Tribunal Constitucional decide:

a) Deferir a reclamação e, conseqüentemente, revogar a decisão sumária reclamada e ordenar a notificação do recorrente e recorrida para, respectivamente, alegar e contra-alegar, no prazo legal;

b) Julgar improcedente o pedido de condenação como litigante de má fé do recorrente.

Lisboa, 2 de Dezembro de 2009. — *Benjamim Rodrigues — Joaquim de Sousa Ribeiro — João Cura Mariano* (vencido conforme declaração que junto) — *Rui Manuel Moura Ramos*.

Declaração de voto

Votei vencido, por entender que não é admissível recurso para o Tribunal Constitucional, ao abrigo da competência prevista na alínea b), do n.º 1, do artigo 70.º, da LTC, questionando a constitucionalidade de norma de direito substantivo invocada em sentença proferida em procedimento cautelar.

As razões desta minha posição constam da decisão sumária revogada e que se encontra transcrita neste acórdão.

Perante a fundamentação que fez vencimento e que optou pela desconsideração da provisoriedade da aplicação pelo tribunal recorrido da norma questionada, faz-se notar que a Constituição não admitiu o direito ao recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais que apliquem norma inconstitucional de forma absoluta, tendo ela própria estabelecido alguns limites (na própria alínea *b*), do n.º 1, do artigo 280.º, e nos n.º 4 e 6 do mesmo artigo) e conferido ao legislador ordinário liberdade para fixar os requisitos de admissão deste tipo de recursos (artigo 280.º, n.º 4, da C.R.P.).

Um desses requisitos, nos recursos interpostos ao abrigo da competência estabelecida na alínea *b*), do n.º 1, do artigo 70.º, foi o da exaustão das instâncias (artigo 70.º, n.º 2). Visou-se poupar o Tribunal Constitucional a intervenções dirigidas à aplicação de normas sem carácter definitivo no processo em causa. Quando essa aplicação tem um cariz ainda provisório, uma vez que a decisão que fundamenta encontra-se sujeita a recurso perante uma instância superior, o Tribunal Constitucional não se pode pronunciar sobre a constitucionalidade das normas aplicadas, devendo aguardar que essa aplicação se torne definitiva no processo. Sendo este tipo de recurso mais volúvel a uma utilização dilatória ou extemporânea pelas partes, exigiu-se que previamente à intervenção do Tribunal Constitucional tenham sido esgotados todos os recursos ordinários.

Preferiu-se uma intervenção selectiva do Tribunal Constitucional apesar dos riscos da produção de efeitos prejudiciais para as partes de decisões provisórias (uma vez que estas podem ser muitas vezes executadas, face ao efeito meramente devolutivo da maior parte dos recursos).

Como consequência da sua função instrumental, as providências cautelares são meramente provisórias, tendo uma duração, apesar de incerta, limitada no tempo. São providências a termo incerto.

Tendo elas como única finalidade obviar ao perigo da demora de um determinado processo, o não nascimento deste ou a sua extinção provocam o seu fim, pelo que as decisões tomadas nos procedimentos cautelares tem também uma natureza provisória, assim como a aplicação do direito que as fundamenta.

Além disso, sendo a existência dos procedimentos cautelares justificada pela urgência de intervenção, não é possível seguir uma tramitação que permita averiguar com certeza da existência do direito cuja tutela se pretende assegurar, a qual apenas é possível apurar no processo principal. É suficiente para alcançar uma decisão cautelar provisória, uma prova informatória, um *fumus boni iuris*. Este juízo de probabilidade séria deve recair não só sobre a existência dos factos constitutivos do direito ameaçado, mas também sobre a verificação dos pressupostos jurídicos da existência do direito. O juízo de probabilidade é aplicável quer às questões de facto, quer às questões de direito, colocadas ao juiz nos procedimentos cautelares. O juiz não tem que se convencer da veracidade dos factos que integram a causa de pedir, nem de que o direito invocado existe perante a prova desses factos, bastando que a existência dos factos seja provável, tal como a existência do direito.

Assim, a aplicação das normas que permitem formular um juízo sobre a probabilidade de existência do direito cuja tutela se pretende assegurar com a providência não só é provisória como além disso é meramente hipotético.

Daí que na lógica de um sistema que impõe a obrigatoriedade da exaustão das instâncias para que o Tribunal Constitucional intervenha, o simples juízo de verificação da probabilidade de aplicação futura de uma norma, não justifica a intervenção imediata do Tribunal Constitucional, devendo o recurso a este ser apenas admissível quando essa norma seja definitivamente aplicada no processo principal de que o procedimento cautelar é instrumental.

Note-se que a interpretação das normas de direito constitucional e ordinário que estabelecem os requisitos do recurso constitucional, de modo a racionalizar a actividade do Tribunal Constitucional, segundo a qual não é admissível submeter a este tribunal a apreciação da constitucionalidade de norma aplicada como direito substantivo em sentença proferida em procedimento cautelar, considerando o carácter provisório desta decisão, não retira ao interessado a possibilidade de submeter à fiscalização do Tribunal Constitucional a norma aplicada pelo tribunal que entende violar a Constituição, impondo apenas que o exercício desse direito se faça somente quando ocorra uma pronúncia definitiva na acção de que aquele procedimento é meramente instrumental.

Se este deferimento na apreciação da questão de constitucionalidade pode permitir que se concretizem os danos que a providência requerida visava evitar, isso não é razão suficiente para que se subvertam os princípios que configuram o nosso sistema de recursos de constitucionalidade, uma vez que a possibilidade da demora processual permitir a ocorrência ou o agravamento de danos para as partes também se verifica relativamente às sentenças proferidas nas acções declarativas susceptíveis de recurso para os tribunais superiores, também elas dotadas de um cariz provisório, sem que se questione a vigência da regra de que

só após a exaustão das instâncias se poderá recorrer para o Tribunal Constitucional.

A solução defendida na decisão reclamada é a única que se integra coerentemente na lógica do nosso sistema de recursos de fiscalização sucessiva concreta para o Tribunal Constitucional, pelo que a extensão destes recursos ao juízo que verifica a probabilidade da existência de um determinado direito para determinar a aplicação de uma medida cautelar, só poderá ser feita excepcionalmente pelo legislador, não podendo o próprio Tribunal Constitucional, abrir uma brecha naquele sistema.

Por estas razões teria indeferido a reclamação apresentada. — *João Cura Mariano*.

202782897

Acórdão n.º 626/2009

Processo n.º 271/09

Acordam na 2.ª Secção do Tribunal Constitucional

Relatório

No âmbito da acção de investigação de paternidade, proposta por Catarina Alexandra Ferreira Araújo Contra Petrovert Maurice, que corre os seus termos, sob o n.º 4002/08.0 TBMAI, no 4.º Juízo Cível do Tribunal Judicial da Maia, foi proferido despacho saneador, datado de 5 de Março de 2009, em que foi apreciada a excepção de caducidade deduzida pelo Réu, tendo-se concluído do seguinte modo:

“...decide-se julgar improcedente a excepção peremptória de caducidade invocada pelo Réu:

No que respeita ao artigo 1817.º, n.º 1, do Código Civil, por força da declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, proferida pelo Acórdão 23/2006, de 10 de Janeiro e,

No que respeita ao artigos 1817.º, n.º 3 e 4 do Código Civil, porquanto este Tribunal recusa a aplicação do disposto no n.º 3 e n.º 4 do artigo 1817.º do Código Civil, por violação das disposições conjugadas dos artigos 16.º, n.º 1, 36.º, n.º 1 e 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, quando interpretados no sentido de estabelecerem um limite temporal para o exercício do direito de investigação da paternidade...”

O Ministério Público interpôs recurso desta decisão para o Tribunal Constitucional, ao abrigo do disposto na alínea *a*), do n.º 1, do artigo 70.º, da lei da Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (LTC), suscitando a fiscalização da constitucionalidade das normas constantes do artigo 1817.º, n.ºs 3 e 4, do Código Civil, quando interpretados no sentido de estabelecerem um limite temporal para o exercício do direito de investigação da paternidade, cuja aplicação foi recusada com fundamento em inconstitucionalidade material, por violação do disposto nos artigos 16.º, n.º 1, 36.º, n.º 1, e 18.º, n.º 2, da Constituição.

Notificado para efeito de apresentação de alegações de recurso, o Ministério Público alegou e concluiu do seguinte modo:

“Passando a apreciar as questões suscitadas, importa notar que — relativamente à recusa de aplicação da norma constante do artigo 1817.º, n.º 4, do Código Civil, na versão em vigor à data da decisão recorrida — é *inútil* a pronúncia deste Tribunal Constitucional, já que a própria decisão recorrida admite que o prazo ali previsto *ainda se não esgotou* (p. 77): não sendo alegada “a cessação do tratamento como filho pelo réu e sendo este ainda vivo, forçoso seria de concluir que a acção é tempestiva, pois que dispunha a A. de um ano posterior à morte do R. para intentar a acção de investigação de paternidade com fundamento em posse de estado”.

Relativamente à questão de constitucionalidade suscitada quanto à norma constante do n.º 3 daquele preceito legal, importa começar por realçar uma circunstância fundamental e decisiva: é que, ao contrário do que se afirma na decisão recorrida, a jurisprudência constitucional «nunca considerou» que o único regime normativo, conforme à lei Fundamental, é o da «imprescritibilidade» do direito de investigar a paternidade (afirmando-se, aliás, tal conclusão expressamente no Acórdão n.º 23/06, bem como nas decisões anteriores que estiveram na base daquela declaração de inconstitucionalidade); ou seja, o que este Tribunal Constitucional considerou desconforme à Constituição foi o específico e concreto regime de «caducidade», plasmado no n.º 1 do artigo 1817.º, tendo por insuficiente o prazo de «2 anos», contados do alcance da «maioridade» pelo investigador, e cujo início assentava irremediavelmente em tal «facto objectivo», não conferindo relevância, em regra, a um superveniente e «tardio» conhecimento subjectivo de factos ou provas, só então reveladas ao interessado.

A correcta interpretação da declaração de inconstitucionalidade constante do citado aresto, é essencial para compreender e apreciar o «novo regime» instituído pela Lei n.º 14/09, de 01/04, aplicável aos