

CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO

TEORIA GERAL DO DIREITO CIVIL

4.^A EDIÇÃO POR
ANTÓNIO PINTO MONTEIRO
E
PAULO MOTA PINTO



ARWOMANI,

Coimbra Editora

TEORIA GERAL
DO
DIREITO CIVIL

C omposição e impressão
oimbra Editora, Limitada

CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO

Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra

TEORIA GERAL DO DIREITO CIVIL

4.º EDIÇÃO

POR

ANTÓNIO PINTO MONTEIRO

Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra

E

PAULO MOTA PINTO

Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra

Juiz do Tribunal Constitucional



Coimbra Editora

2005

1' Edição	1976
1° Reimpressão	 1977
2' Reimpressão	 1978
3 ' Reimpressão	1979
' Reimpressão	1980
2 ' Edição	1983
Edição	1985
1° Reimpressão	1986
2 Reimpressão	1988
3' Reimpressão	1989
4.' Reimpressão	1990
5 Reimpressão	1991
6° Reimpressão	1992
Reimpressão	 1992
8" Reimpressão	 1993
9' Reimpressão	1994
10.' Reimpressão	1996
II' Reimpressão	1996
12' Reimpressão	1999
4' Edição	2005

ISBN 972-32-1325-7 — 4' edição
(ISBN 972-32-0383-9 — 3d edição)

Depósito Legal R° 226 065/2005

Maio de 2005

AOS NOSSOS ALUNOS

PREFÁCIO DA 3.ª EDIÇÃO

Há vinte anos, subitamente, atingia-nos a todos a notícia de que o Doutor Carlos Alberto da Mota Pinto acabava de falecer. Nesse dia trágico estava nas livrarias — Balia acabado de ser exposta nas livrarias — a 3.ª edição da «Teoria Geral do Direito Civil». Foi a 7 de Maio de 1985.

Vinte anos passaram! O Manual de «Teoria Geral» do Doutor Mota Pinto continua a formar juristas. Em Coimbra e em muitas outras Escolas do País. E mesmo fora de Portugal, designadamente no Brasil, em Macau (onde, aliás, existe também uma tradução em língua chinesa), em Angola e em Moçambique.

Pelo meu lado, ele tem sido sempre o Manual de referência, nos planos didáctico, técnico e científico. Por isso continuei a adoptá-lo, por isso tenho pautado o meu ensino da Teoria Geral do Direito Civil em conformidade com o plano de estudos da Escola de Coimbra, que o Manual, na linha de Manuel de Andrade, consagrou, e que Orlando de Carvalho, apesar das suas reservas às conotações de uma «teoria geral da relação jurídica», também abraçou. Sempre nos pareceu que a qualidade da obra compensava bem o inconveniente da sua desactualização em alguns pontos, inconveniente que, de resto, ia sendo superado nas aulas. E foi também esta uma forma de mantermos bem vivo o ensino do Doutor Mota Pinto e de assim reagirmos contra aquele golpe imprevisto e traiçoeiro que na manhã de 7 de Maio de 1985 nos agrediu a todos de forma brutal!

Entretanto, inúmeras reimpresões foram sendo feitas da 3.ª edição, a última em que o Doutor Mota Pinto ainda participou. Hoje, vinte anos depois, é ainda com o Doutor Mota Pinto na nossa mente que aceitámos esta tarefa de fazer uma nova edição. Com a preocupação principal de actualizar o livro, até porque se trata de uma obra muito utilizada, igualmente, fora da Universidade. E caro o inestimável apoio, a par e passo, do Dr. Paulo Mota Pinto.

Mas vamos muito além de unia simples actualização legislativa — o que, em todo o caso, à distância de vinte anos, constituiria já, por si só, um trabalho gigantesco, a implicar; muitas vezes, uma reformulação da matéria, como sucede, por exemplo, a propósito das fontes do direito civil português, da situação do insolvente, das classificações das pessoas colectivas e de tantos e tantos outros pontos do livro. Mas vamos muito além de unia simples actualização legislativa e das «mexidas» que ela implica, dizíamos: por um lado, incluem-se novos conteúdos, abordam-se novos temas e procedemos a algumas modificações sistemáticas; por outro lado, suprime-se o que no livro pareceu mais historicamente datado: finalmente, revê-se uma ou outra posição de fluido em alguns pontos da matéria, actualiza-se a doutrina e dá-se conta da muita jurisprudência entretanto publicada.

É pois, verdadeiramente, uma nova edição, esta que agora se oferece ao público — o livro é remodelado. Mas não tanto como o poderá vir a ser; porventura, em futuras edições. Hoje houve sobretudo a preocupação de actualizar a obra, mantendo-a sob a direcção do Mestre, o saudoso Doutor Carlos Alberto da Mota Pinto. Parecen-nos ser esta unia forma de o recordamos e honzenageannos. Vinte anos depois. Com muita, muita saudade!

Coimbra, 7 de Maio de 2005.

ANTtiNJO JOAQUIM DE MATOS PINTO MONTEIRO

PREFÁCIO DA 35 EDIÇÃO

A 3.ª edição da «Teoria Geral do Direito Civil» não constitui mera reimpressão da edição anterior. Esgotada esta, procedi a algumas modificações no texto, ao aceder à proposta da casa editora no sentido de efectivar nova tiragem da obra. Tais modificações cifram-se em actualizações e remodelações. Foi, com efeito, necessário considerar alterações legislativas, entretanto, ocorridas, algumas das quais excederam o âmbito das meras alterações de forma. Pareceu-me, também, conveniente retocar a redacção ou a sistematização de um ou outro ponto. Decidi, anula, incluir; entre as cláusulas acessórias típicas versadas no livro, dois capítulos com o tratamento da cláusula penal e das cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil. Na elaboração destes capítulos foi decisiva a colaboração do Dr. António Pinto Monteiro. Por ela, e por todas as tarefas de auxílio à publicação, lhe dirijo os meus agradecimentos.

Coimbra, Abril de 1985.

CARLOS ALBERTO DA MOTA PIYTO

PREFÁCIO DA 2.^a EDIÇÃO

Sete anos depois da primeira edição, várias vezes reimpressa, sai a lume uma segunda edição da «Teoria Geral do Direito Civil».

Trata-se verdadeiramente de uma edição nova, pois numerosas e de vulto são as alterações introduzidas ao texto anterior. Desenvolveram-se muitos capítulos ao longo de toda a obra e em todos algo se mudou ou aditou. Alterou-se a sistematização do trabalho. Actualizou-se a legislação, tomando designadamente em conta as alterações de 1977 ao Código Civil e a revisão constitucional de 1982. Acrescentaram-se referências bibliográficas, sem desfigurar a vocação marcadamente didáctica do livro, avessa a um exaustivo aparato de erudição ou documentação.

*São tão pronunciadas, pois, as modificações que, com propriedade, se pode dizer ser este um livro novo — **embora, e com visíveis** sinais hereditários, do anterior*

Apesar disso não se integram. ainda desta vez, mais extensos desenvolvimentos, esboçados ou mesmo já disponíveis nas minhas notas de trabalho. Por duas razões: manutenção de um equilíbrio, aliás difícil, entre as necessidades da aprendizagem na escola e as da consulta por juristas formados; falta de tempo para o fazer sem tornar o livro bastante mais extenso. Ficará para uma outra oportunidade.

Deixo consignada uma palavra de agradecimento aos meus Assistentes Di: Calvão da Silva e Dr. Pinto Monteiro pelo apoio que, de modo vário, me prestaram nesta tarefa, mormente colaborando na pesquisa e interpretação dos textos legais mais recentes e na sempre penosa revisão de provas.

Coimbra, Dezembro de 1982.

CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO

PREFÁCIO DA 1. ° EDIÇÃO

Este livro tem, como todas as obras, unia gestação datada que ajuda a compreender o seu conteúdo, a sua dimensão e, sobretudo, as suas limitações.

Foi-me confiada na Faculdade de Direito de Coimbra a regência da cadeira — então do 2.º ano jurídico — de Direito Civil (Teoria Geral da Relação Jurídica) no ano lectivo de 1963-64, quando, na qualidade de segundo-assistente, praticamente iniciava actividades docentes naquela Escola — à qual gratamente muito devo da minha formação. Com a publicação do Código Civil Português em 1966 tornou-se imperioso tomar fñndamentahnente em consideração as soluções e o sistema dessa nova compilação do nosso direito privado. Empreendi essa tarefa, ao publicai; em formulação concisa e concentrada, um volume de notas sumárias que correu, em versão policopiada para uso dos estudantes, sob o título «Teoria Geral da Relação Jurídica». Esse texto destinava-se, segundo a indicação pedagógica fornecida dentro da ampla liberdade que deve presidir ao ensino universitário, a ser utilizado em coordenação com o magistral livro em dois volumes do Prof. Manuel de Andrade, editado em 1960 com o mesmo título, cuja sistematização era seguida.

A ausência de obras de tratamento sistemático da parte geral do direito civil, posteriores ao Código Civil, propiciou às referidas notas sionárias uma procura e um acolhimento fora do ambiente universitário, que excederam as minhas intenções e o modesto valor do trabalho. Absorvido pela elaboração de uma dissertação de doutoramento e pela prestação das respectivas provas, bem como por tarefas docentes noutros domínios do direito civil, não pude entretanto refundir e desenvolver o trabalho tão apressada e circunstancialmente produzido e, assim, corresponder à aceitação que lhe era dada nos meios forenses e na doutrina.

No ano lectivo de 1972-73 fti incumbido da regência da cadeira, então criada no 15 ano, de «Teoria Geral do Direito Civil», cujo campo de incidência era, pois, mais largo do que o correspondente a uma mera teoria da relação jurídica. Aproveitei o ensejo para redigir, sempre com o objectivo largamente predominante de servir a preparação dos alunos, uma versão básica das lições que, ao longo desse ano lectivo, proferindo. Parte do seu conteúdo incorpora, com desenvolvimentos, o texto publicado em 1966. O texto ficou concluído em 1973 e foi circulando entre os alunos como elemento fundamental da preparação escolar — e não só entre os meus alunos, como ainda entre outros, dentro e fora da Faculdade conimbricense.

É esse texto que agora se dá à estampa. O desejo de o refundir ou, pelo menos, desenvolver e completar, também, desta vez, se quedou no limbo das boas intenções, por entretanto me ter empenhado absoAententezente noutras zonas da vida pública.

Apesar disso publica-se o livro.

Publica-se porque foi escrito e não se divisa razão para não dar conta do labor docente que o gerou. Publica-se porque continua a ser do nosso conhecimento a inexistência de quaisquer livros portugueses, contendo um tratamento sistemático da parte geral do direito civil. Publica-se porque a parte mais extensa e elaborada dentro do plano da obra — a H Parte, ou seja, a teoria da relação jurídica, particularmente a do negócio jurídico — continua plenamente actual, como corresponde à natureza da matéria. Publica-se porque, mesmo com referência aos domínios do direito civil em que o processo político aberto em 25 de Abril necessariamente se repercutiu (p. ex., direito da família, regime da propriedade, disciplina do direito de associação), o livro não sai significativamente desactualizado. E não sai significativamente desactualizado por o modelo de direito civil vigente em Portugal C012-

aunar a ser o que esta esboçado no texto, embora com apreciável alteração do peso relativo e do alcance geral de alguns dos seus princípios (p. ex., a propriedade privada) — continuou a ser o mesmo à face dos textos legais. que não necessariamente na prática de todos os momentos. E não sai significativamente desactualizado ainda, por em breves notas de actualização se assinalarem as modificações introduzidas em certos pontos concretos pelo movimento legislativo pós-25 de Abril.

De quanto se diz fluem as atenuantes com que o leitor compreensivo julgará a obra.

Elaborado o livro com o desígnio fundamental de servir o ensino universitário, em cujo exercício encontra as suas causas, os seus fins e a sua ocasião, bens se compreenderá que o dedique gostosamente aos seus destinatários principais.

Agradeço ao Assistente Dr Azevedo Soares a colaboração que me dispensou na revisão das provas e na detecção dos pontos a assinalar com notas de actualização.

Coimbra. Dezembro de 1975

CARLOS ALBERTO DA MOTA PITO

INTRODUÇÃO

1. Âmbito da Teoria Geral do Direito Civil

Os actuais planos de estudos das Faculdades de Direito incluem, entre as disciplinas do segundo ano, o ensino e o estudo da Teoria Geral do Direito Civil. É essa tarefa que vamos empreender.

Impõe-se-nos um estudo do direito civil — e um estudo que considere o *direito civil* na perspectiva de uma *teoria geral*. Equivale isto a dizer que não vamos curar de problemas específicos de qualquer dos sectores ou divisões que se possam estabelecer dentro do direito civil. Não nos ocuparemos com matérias que digam exclusivamente respeito aos direitos de crédito, aos direitos das coisas (direitos reais), aos direitos da família, aos direitos das sucessões, ou seja, a qualquer das quatro partes em que segundo uma divulgada classificação (a chamada classificação germânica) se pode dividir o direito civil. Vamos, pelo contrário, caracterizar figuras, equacionar problemas, formular soluções respeitantes a todo o domínio do direito civil — estudaremos uma temática comum à generalidade das normas do direito civil ou à generalidade das relações jurídico-civis (e até, mais latamente, jurídico-privadas) ou, pelo menos, comum a normas e relações pertencentes a mais do que uma das referidas quatro partes especiais do direito civil.

2. O problema da Parte Geral do Código Civil e da existência de uma disciplina de Teoria Geral

I — Não é pacífica, todavia, a existência de uma *disciplina* de Teoria Geral do Direito Civil. Assim como também não é pacífica a existência de uma *Parte Geral* no Código Civil. As duas questões estão normalmente ligadas, ainda que não forçosamente.

Com efeito, a *autonomização* de uma disciplina de Teoria Geral do Direito Civil é simultaneamente um problema *científico e didáctico* e coenvolve o de saber se se justifica autonomizar uma *Parte Geral*, quer pela doutrina, quer pelo legislador. Estão pois relacionados os problemas da autonomia *científica*, da autonomia *didáctica* e da autonomia *legislativa* da Parte Geral. Mas não forçosamente, como dissemos, pois pode autonomizar-se a Parte Geral para fins científicos e didácticos antes, ou independentemente, da sua consagração legislativa.

Foi o sucedido, historicamente, na pandectística alemã, na Áustria ainda hoje (onde o direito civil é normalmente exposto segundo a sistematização germânica, apesar de o Código Civil austríaco não seguir essa ordenação), ou, em Portugal, desde Guilherme Moreira e, no plano didáctico, desde a reforma dos estudos jurídicos de 1945. Normalmente, porém, a autonomização legislativa (como sucedeu entre nós com o Código Civil de 1966) acarretará a consideração autónoma, nos planos científico e didáctico, da Parte Geral, quando a primeira não é já o resultado ou consequência do trabalho da doutrina (isso sucedeu precisamente entre nós).

II — Mas porque é que não é pacífica a existência de uma Parte Geral e, concomitantemente, de uma disciplina universitária que a tome por objecto de estudo? Porquê o problema? Apontam-se razões científicas e razões didácticas. Vejamos C).

A consagração da Parte Geral no BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch* Código Civil alemão), tal como, entre nós, no Código Civil, é consequência da *adesão ao modelo nom-frenético*. Com efeito, a *Parte Geral* é o produto *mais típico* da ciência jurídica alemã e arrasta consigo a imagem de marca da doutrina pandectística do século XIX. Esta tinha a (nada fácil) tarefa de dar ordem sistemática ao *Digesto* (Pandectas) de Iustiniano, dividido em 50 livros, sendo difícil encontrar aí e reunir, em termos científicos, todo o tratamento de cada matéria. Por isso, já antes, e designadamente para os jusracionalistas, nos sécu-

⁽¹⁾ Para maiores desenvolvimentos, pode ver-se António PINTO Mommms, *Teoria Geral do Direito Civil Reia:óio*, ed. policop., Coimbra, 1995. págs. 23 e segs e *passina* texto que seguimos de perto e por vezes reproduzimos mesmo

los XVII e XVIII. haviam predominado preocupações de sistematização, tendo sido formuladas inúmeras propostas de ordenação da matéria

A sistematização germânica foi formulada por GUSTAV MUO, nas suas *Institutionen des heutigen römischen Rechts*, de 1789, tendo depois sido abandonada pelo autor ⁽²⁾. A adopção do «sistema das Pandectas» acaba por remontar a GEORG ARNOLD HEISE ⁽³⁾, que incluía também na Parte Geral matérias como as fontes do direito e o exercício dos direitos. Esta sistematização foi depois usada por FRIEDRICH C. SELVON SAVIGNY nas suas lições, em 1876 e 1819, vindo a tornar-se, com o *System des heutigen römischen Rechts*, no seu maior divulgador, tendo igualmente essa sistematização sido perfilhada por outro grande jurista alemão do século XIX — BERNHARD WINDSCHEIM ⁽⁴⁾.

No que respeita a Portugal, o Código Civil de 1966, rompendo com o sistema do Código anterior, *adoptou a sistematização germânica*, que inclui a Parte Geral, tendo o legislador acabado assim por consagrar o *modelo* a que a doutrina portuguesa generalizadamente já aderira, com especial destaque, nessa «viragem do início do século XX» e na recepção do pandectismo, para GUILHERME MOREIRA e, depois, para MANUEL DE ANDRADE

Segundo VSZ SERRA, constituída a Comissão de revisão do Código Civil, esta organizou o regulamento dos trabalhos, que foi aprovado pelo Ministro. Nesse regulamento ficou logo «assente que no projecto se adoptaria o *critério hoje generalizado* de dividir o direito civil em cinco partes (...)» ; tendo-se atribuído a MANUEL DE ANDRADE a II CUM-

⁽²⁾ Cfr. Andreas B. SHAHRZ, <Zur Entstehung des modernen Pandektenssystems, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte — Romanistische Abteilung*, 42 Band, 1921. págs 581-2

Assim, Orlando de CARVALHO. *Díctio e estrutura do estabelecimento comercial*. Coimbra. 1967, págs. 18, nota 10.

⁽⁴⁾ Cfr também Soão de CASTRO MENDES. *Teoria Geral da Teoria Geral*, vol. 1, Lisboa. 1978. págs. 7

⁽⁵⁾ Cfr Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral da Relação Jurídica* ed policap. Coimbra, 1968-69. págs. 73 e segs., C António MENEZES CORREIA *Teoria Geral do Direito Civil. Relatório*, separata da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Lisboa. 1988, págs. 131 e segs

bência de preparar o anteprojecto da Parte Geral ⁽⁶⁾. Quanto a esta, escreve-se na Acta da Comissão que se resolveu «que exista urna parte geral porque não pareceram concludentes as críticas que ultimamente lhe têm sido feitas. A circunstância de os *princípios* a incluir nela (,,) terem de sofrer nalgumas das partes especiais *desvios importantes* em número e qualidade não significa que não exista um *fundo comum* bastante apreciável (...)».

III — Efectivamente, a Parte Geral tem a pretensão de concentrar os princípios e as regras comuns a todo o direito civil (o tal *afiando comum*) de que falava a Comissão de revisão do Código), nela se incluindo os elementos ou denominadores comuns das partes especiais. É fruto de um trabalho científico de elevado nível e profundidade e exige um rigor técnico assinalável. Facilita o conhecimento e a compreensão da lei e, por conseguinte, a sua aplicação prática; de um ponto de vista científico, corresponde mesmo a uma das tarefas indeclináveis da doutrina.

O *problema* da Parte Geral, isto é, a discussão que à sua volta se tem gerado, resulta em grande parte, estamos em crer, quer das *conotações* que apresenta com um sistema ligado a correntes metodológicas historicamente condenadas, quer da falta de compreensão, com que por vezes se depara, dos limites a que está sujeita.

Decorre do exposto que a crédito da Parte Geral se pode assinalar-lhe um importante efeito de *racionalização*, evitando, desnecessariamente, que o legislador tenha de operar com constantes remissões, como muito justamente salientava PHILIPP HECK.

Simplemente, o «sistema das Pandectas», historicamente marcado pela *Begriffsjurisprudenz*, exacerbou o carácter axiomático da Parte Geral, sendo criticado por, diz-se, pretender oferecer-se como um sistema fechado, estritamente «científico» e neutral. Sendo ele um «*sistema externo*» C), isto é, um sistema de *exposição* da matéria, tende a apresentar-se, contudo, como *sistema interno*, como «um espelho fiel da

⁽⁶⁾ Adriana VAZ SERRA, A *revisão geral do Código Civil* aspectos e comentários, Coimbra, 1946, pág. 10.

Philipp HECK, *Begriffsjurisprudenz und Interessenjurispruden* Tübingen, 1932, págs. 139 e segs.

realidade normativa em si mesma»⁽⁸⁾. Por outro lado, mesmo como sistema externo padece de uma *incoerência de critérios*, como veremos, pois mistura um critério institucional com um critério estrutural.

Quanto à opção do legislador português pela sistematização germânica e, designadamente, pela Parte Geral, recordamos que o Código de 1966 remata o processo de aceitação, pela generalidade da doutrina nacional, do «sistema das Pandectas». Mas isso não significa que com a adopção desse sistema tenham igualmente sido aceites teses e soluções da «jurisprudência dos conceitos». Pelo contrário, importando desde já sublinhar que é bastante positivo o balanço relativo ao *sistema interno*, no Código Civil português de 1966.

IV — Por último, no tocante ao problema *didáctico* da Parte Geral. já ECKARDT, nos anos 30, propondo a sua eliminação dos planos de estudos jurídicos alemães, fundamentara essa atitude com o facto de não se dever começar o estudo do direito civil com teorias gerais. mas com exemplos concretos do quotidiano; além de que a Parte Geral, como primeira disciplina de direito civil, levaria os estudantes a formar compreensões conceitualistas do direito.

Estas observações, em si mesmas pertinentes, não deverão, contudo, ser sobrevalorizadas. Como logo salientou HECK, há que distinguir a Parte Geral da compreensão da mesma pela *Begriffsjurisprudenz*, impondo-se a aplicação de um método próximo da vida, como defendido pela «jurisprudência dos interesses», contrariamente às posições da «jurisprudência dos conceitos». Daí que a larga maioria da doutrina alemã continue a orientar os seus manuais de acordo com a divisão dos livros do BGB, mesmo quando se colocam reservas à Parte Geral (como KARL LARENZ) ou se sublinham as dificuldades do seu ensino (caso de DIETER MEDICUS, entre outros).

A este respeito, parece-nos efectivamente que a autonomização, pelo Código Civil, de uma Parte Geral justifica e reforça a existência de uma disciplina que a tome como objecto de análise. O que facilita a tarefa da consulta, *maxime* na vida prática, e mesmo no ensino universitário.

(⁸) Orlando de CAP. \ KL1-10, *Teoria Geral* cit págs. 45 e sezs

Esta, no fundo, a razão por que também no Brasil se autonomiza o ensino universitário da Parte Geral e são comuns as obras que a ela se dedicam, diversamente do que sucede em França, Itália ou Espanha, onde a ausência de uma Parte Geral, nos respectivos Códigos Civis explicará a falta de uma disciplina de Teoria Geral do Direito Civil, bem como de manuais que sobre ela versem (recorde-se, todavia, a excepção da Áustria) (9).

V — Em síntese, e para concluir este ponto, dir-se-á que se outras razões não houvesse (mas há, como vimos), a consagração, pelo Código de 1966, de uma Parte Geral justifica a existência da disciplina que a toma por objecto de estudo.

No que especificamente tem que ver com o problema didáctico, são pertinentes muitas das observações e críticas apresentadas (10). A cadeira deve incidir sobre a Parte Geral do Código Civil. Mas torna-se essencial, para reduzir ao mínimo a *inecizpletude* do estudo em face das partes especiais e tornar inteligível o discurso para os estudantes, *completar* os conceitos já ministrados na cadeira de Introdução ao Estudo do Direito, do 1.º ano, com uma descrição prévia e sucinta, na primeira parte da cadeira de Teoria Geral, de alguns *institutos e princípios fundamentais* do direito civil. É o que fazemos mais à frente, como veremos.

3. Conteúdo da Teoria Geral do Direito Civil. Plano do curso

I — Delineado o âmbito da Teoria Geral do Direito Civil, é oportuno fornecer desde já uma indicação mais concreta sobre o respectivo conteúdo, em ordem a tornar possível, no limiar do curso, uma visão, ainda necessariamente sincrética e indiferenciada, dos temas a estudar.

No roteiro — correspondente à Teoria Geral do Direito Civil — a percorrer no terreno do estudo do Direito, começaremos por dar o *cont*

C) Para maiores desenvolvimentos, recorde-se. cfr. António PINTO MONTERO, *Teoria Geral do Direito Relatário*, dá, págs. 49 e segs., Passinã
Qo¹ Cfr. igualmente A. NIENEZs CORDEIRO, *Teoria Gerei do Direito Civil. Rete-
HL*, pá^gs. 77-82.

ceito de Direito Civil, distinguindo-o de outros ramos do Direito com referência à clássica dicotomia *Direito Público — Direito Privado*.

Fornecida a noção de Direito Civil, ficaremos habilitados a reconhecer as *normas juscivilísticas* e as *relações jurídico-civis*. Prosseguiremos o nosso estudo, considerando sucessivamente uma problemática referente à norma de Direito Civil e uma problemática atinente à relação jurídico-civil.

II — Relativamente às normas, depara-se-nos uma série de *problemas comuns a toda a norma jurídica*. Trata-se de questões que *não são específicas do Direito Civil*, impondo-se-nos o seu equacionamento e solução igualmente acerca de outros ramos do Direito (Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Criminal, Direito Processual, Direito Fiscal. etc.). Desde logo, o problema de saber o que é o Direito, qual a relação entre a ideia de Direito e os princípios e as normas jurídicas, quais os valores ao senão dos quais se encontra a ordenação jurídica, ou seja, quais os valores integrantes da juridicidade, qual a diferença entre o ordenamento jurídico e outros ordenamentos sociais (entre a norma jurídica e a norma ética, a norma de cortesia, os usos, etc.), como se relaciona o direito instaurado (posto a vigorar) numa dada colectividade social (o Direito positivo) com ideais jurídicos, sem vigência formal, mas vividos e assumidos pela consciência ético-jurídica da comunidade (direito natural imutável para uns, princípios de conteúdo variável dotados de rectidão — de justiça e de oportunidade — em cada época ou em cada conjuntura, para outros), quais as fontes do Direito, como se divide e classifica o material jurídico constituído pelas normas, pois certamente estas não serão todas da mesma espécie ou tipo e as diversidades entre elas terão relevância para a aplicação do Direito à vida social, quando começa e quando cessa a vigência das normas, como se interpretam, integram e aplicam estas, como se resolvem os conflitos temporais de leis. etc. Não vamos curar destes problemas, embora eles *também* digam respeito à norma de Direito Civil e se inserissem assim, com propriedade, numa Teoria Geral do Direito Civil — e não vamos curar deles por, no plano de estudos das Faculdades de Direito, existir, no primeiro ano, *uma outra disciplina — a de Introdução ao Estudo do Direito — onde naturalmente acolherão guarida*.

Quais, então, os temas referentes à norma de Direito Civil, que vão ser encarados no nosso estudo?

Impõe-se-nos naturalmente o conhecimento das fontes actuais do Direito Civil Português. Por *fontes de direito civil* entendemos aqui, não tanto os modos de surgimento da regra jurídico-civil, mas as próprias sedes onde se localiza o direito civil já nascido. Ambos os sentidos da fórmula «fontes de direito» são legítimos e, quanto ao primeiro (modos de aparição ou nascimento da regra de Direito), é válida a nossa asserção de há pouco: não é um problema específico do Direito Civil. Não já assim, como é óbvio, quanto ao segundo.

Vamos considerar, pois, *os diplomas fundamentais do sistema de Direito Civil português* e dizer algo sobre a sua circunstância cronológica em relação com a legislação civil anterior e sobre as suas características e sistemática.

Cremos igualmente útil dar a conhecer, a quem principia os seus estudos de Direito Civil, *os princípios básicos que formam a arquitectura do nosso actual sistema de Direito Civil*. É que, deste modo, logo se fornecem as características salientes do nosso Direito Civil, elucidando o estudante sobre o conteúdo material dos mais importantes domínios deste ramo do jurídico. Cria-se assim alguma familiaridade com o direito civil no seu conjunto e com o teor substancial das respostas que o actual direito civil dá a importantes problemas de ordenação da vida social, conformando, mediante essas respostas, a sociedade portuguesa.

III — Estudaremos, de seguida, a teoria geral da relação jurídico-civil.

Trataremos o conceito e a estrutura ou conteúdo da relação jurídica em primeiro lugar.

Utilizaremos, depois, como critério das grandes divisões da teoria geral da relação jurídica, os *elementos* que, não estando no núcleo ou cerne da relação, são necessários para a sua existência e dela fazem parte, *os sujeitos, o objecto, o facto jurídico e a garantia*.

Versaremos, assim, a *teoria geral dos sujeitos*, a *teoria geral do objecto* e a *teoria geral do facto jurídico*. Focaremos, ainda, aquilo que nesta sede é adequado e suficiente sobre a *garantia* da relação jurídico-civil.

Este o roteiro sumariado da caminhada a empreender. Segue-se... meter os pés ao caminho.

4. Divisão da Teoria Geral do Direito Civil: Teoria Geral do Ordenamento Jurídico Civil e Teoria Geral da Relação Jurídica Civil

1 — Ao enunciar o plano do curso, explicitámos o conteúdo da Teoria Geral do Direito Civil. Resulta do aí exposto a divisão do nosso estudo em duas partes: a teoria geral da norma jurídica civil ou teoria geral do ordenamento jurídico civil e a teoria geral da relação jurídica civil.

Ambas as partes são, com inteira propriedade, teoria geral do direito. Na verdade, circula de manual em manual, como moeda corrente, a afirmação de que a palavra *direito* assume, para os leigos como para os juristas, um duplo sentido ⁽¹⁾. Por vezes assume a palavra *direito* um significado *objectivo* — é sinónimo de conjunto de *princípios* regulamentadores, de *regras* de conduta, de *normas* de disciplina social; assim, quando se fala no *direito* comercial, no *direito* administrativo ou se afirma que o nosso *direito* civil reconhece a *propriedade horizontal* (corresponde à expressão inglesa *eme leni*). Outras vezes o termo *direito* expressa um sentido subjectivo — é sinónimo de *poder ou faculdade*; assim, quando se diz que o credor *tem o direito* de exigir uma indemnização ao devedor que não cumpre a obrigação, que certa pessoa *tem o direito* de servidão de passagem através de prédio alheio, que o senhorio não *tem* no arrendamento urbano, salvo casos contados (cfr. os arts. 68.º, n.º 2, e 69.º do Regime do Arrendamento Urbano, aprovado pelo Dec.-Lei n.º 321-B/90, de 15 de Outubro), o *direito* de denúncia do contrato para o termo do prazo, etc. (dir-se-ia, em língua inglesa, «*the right*»).

Quer dizer *a teoria geral da norma jurídica civil é teoria geral do direito objectiva e a teoria geral da relação jurídica é teoria geral do direito subjectivo* (estudo da estrutura e dos elementos deste), pois o lado

⁽¹⁾ Duplo sentido técnico da palavra *direito*, cuja compreensão, na linguagem comum, é bem mais amolou-eme polissemica

activo das relações jurídicas é integrado pelo *direito subjectivo em sentido amplo* (*direitos subjectivos propriamente ditos e direitos potestativos*).

A divisão da Teoria Geral do Direito Civil nestas duas partes é perfeitamente legítima, como sistematização do nosso estudo, pois utiliza, como critérios de arrumação e referência dos problemas e soluções, duas *categorias fundamentais da conhecimento do Direito: a norma jurídica e a relação jurídica*.

II — A *norma ou regra jurídica* é uma dimensão fundamental do Direito — é um veículo imprescindível da realização dos valores jurídicos.

O direito visa, na sua função de meio de disciplina social, realizar determinados valores, fundamentalmente *a certeza* dessa disciplina e *a segurança* da vida dos homens, por Um lado, e a «*rectidão*» ou «*razoabilidade*» das soluções, por outro, abrangendo com estes termos (*rectidão, razoabilidade*) a *justiça*, a *Utilidade*, a *oportunidade* e a *exequibilidade prática* ^(re). Ora, uma verdadeira «regra de ouro» da justiça, ou melhor, da razoabilidade é a ideia de *igualdade de tratamento para situações iguais* — está aí, na ideia de igualdade, um momento essencial da ideia de justiça. A realização da igualdade exige uma consideração normativa — geral — da realidade social a que o direito se aplica. A estatuição prescrita pelo Direito para uma situação deve ser aplicável às situações do mesmo tipo ou género, construindo-se o tipo ou género de situações — a hipótese da norma — com a consideração de todos os elementos que tomem igualmente adequada para eles a solução **de** outro modo, se a generalidade da situação não distinguir elementos diferenciadores, que reclamam consideração, estaremos a tratar igualmente o desigual e a realizar uma *igualdade formal* com desprezo pela igualdade *material*. De toda a maneira, a realização da igualdade material (tratamento igual das situações materialmente iguais) implica a irrenunciabilidade à categoria das *normas gerais*.

Por outro lado, essas normas gerais não podem ser forçadas pela entidade judicante no acto de aplicação do direito às situações da vida.

^{sb 2)} Os três valores referidos em último lugar (*rectidão, oportunidade, praticabilidade*) cabem, de certo modo, no sentido da ideia de oportunidade ou conveniência prática.

A realização dos referidos valores jurídicos, e, até, o respeito pelo legislador democraticamente eleito, reclamam a *verificação da máxima objectividade possível na aplicação do direito*. A existência de uma disciplina normativa — *de um dado normativo objectivo* ⁽¹³⁾ — anterior e exterior ao julgamento dos casos concretos é postulada, desde logo, pelos valores da *certeza e da segurança*, que implicam em larga medida a *calou-labilidade do direito e a máxima garantia possível contra decisões jurídicas imprevistas*. Não se esgota, porém, na busca necessária da certeza e da segurança a justificação da norma jurídica como um dado objectivo, que há-de ser *ponto de partida* do juiz na sua valoração da situação concreta e *limite de legalidade* da solução que ele encontrou. Servir-se-á assim também, em muitos casos, a *rectidão ou razoabilidade* das soluções. desde logo, porque nem sempre a entidade julgadora poderá abarcar, na sua exacta extensão e valor, as razões de oportunidade ou conveniência prática que legitimam uma solução, nem aliás lhe cabe, constitucionalmente, definir o planeamento da vida e acção colectivas.

A existência de um *direito recto (justo e oportuno) e certo implica, pois, a sua formalização normativa, a formulação de prescrições gerais*. O que não significa, por um lado, ser o sentido das normas um sentido, desde logo, tido como explicitamente revelado e rigidamente delimitado, que reduza a acção do juiz a urna actividade mecânica. Sempre a actividade deste é valorativa. mas deve necessariamente compatibilizar-se nos seus resultados com os dados verbais, sistemático-formais e sistemático-materiais do ordenamento legal — esta compatibilização uma exigência do princípio da legalidade e do fundamento democrático da actividade leiferante. Assim, irá o juiz, *em actividade valorativa e constitutiva por um lado e vinculativa e cognitiva por outro*, pondo em relevo os sentidos albergados na lei, quer os implícitos nela, quer os que ela vai gerando, como um pano que se vai tecendo, mediante o seu confronto com a realidade, quer os que ela indirectamente projecta por repercussão no sistema jurídico de que faz parte (14).

(i) O recurso a um *pensamento-pensado*, numa fórmula de CABRAL MONCADA, «O Direito como objecto de conhecimento», in *BFD*, vol. XLVII (197/), pá. 15

it) Sobre a necessidade de acentuar uma referencia normativista, isto é, il Miles de legalidade, sem ne^gar que a jurisprudência contribui para a formação do direito

E tal exigência de formalização normativa também não significa, por outro lado, que o direito objectivo se esgote necessariamente apenas em normas ou regras, de hipótese e estatuição perfeitamente delimitadas. Ao lado destas tem-se chamado a atenção para a necessidade de reconhecer uma outra dimensão: a dos *princípios jurídicos*, que são *igualmente direito vigente*. Esses princípios — como a autonomia privada, a auto-responsabilidade ou a protecção da confiança — enunciam intenções de regulamentação, explicitam fundamentos das valorações subjacentes às normas ou regras, e indicam o sentido geral de resolução de problemas normativos. Contrariamente às regras, não têm pretensão de exclusividade mesmo no âmbito da sua hipótese. Antes, pela sua própria natureza de *fundamentos de vaiai-ação*, admitem, quando confrontados com princípios opostos, uma *combinação* com eles, não sendo tão rígidos como os critérios normativos. Mesmo os princípios entre os quais existe uma relação de tensão acabam, assim, por revelar o seu sentido e limites apenas numa relação de *complementação e restrição recíprocas* entre si (IS),

III — É igualmente legítimo utilizar como critério de exposição e sistematização do Direito a noção de *relação jurídica*.

É esse conceito que está na base da sistematização do nosso actual Código Civil (Parte Geral, Direito das Obrigações, Direito das Coisas, Direito da Família, Direito das Sucessões), bem como do plano de estudos das diversas Faculdades de Direito.

Estabelece-se uma parte geral que engloba os temas relativos aos ele-

mas reconhecendo-se uma eventual tensão entre o «melhor» direito e o direito «possível», decorrente da obediência à lei, que é portadora — ela própria — de valores (p, democraticidade e a certeza do direito), cfr, Luigi LOMBARDI VALIERI. *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milão, 1967, e Carlos Alberto da MOTA PINTO. *Cessão da posição contramãe*, Coimbra, 1970 (reimpresso, 1982). págs. 45-48, Ema 1.

(¹⁸) Sobre os princípios enquanto dimensão do sistema jurídico, v. LOSET ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre*. Tübingen, 1974, passim; Claus-Wilhelm CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, trad. port. de A. MENEZES CORDEIRO. Lisboa, 1989, págs. 76 e seguintes. Entre nós, v. António CASTANHEIRA NEVES, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, policop., ano lectivo de 1968/1969, págs. 330-336.

mentos comuns às outras quatro partes e estas, por sua vez, correspondem ao direito aplicável a *quatro espécies ou modalidades diversas de relações jurídicas*. Acresce que, na sistematização do Código Civil de 1966, o *Titulo II do Livro I* (Parte Geral) se refere expressamente às *relações jurídicas* e contém uma regulamentação dividida em *quatro subtítulos*, cada um dos quais referente a um dos *elementos da relação jurídica*.

Esta sistematização é conhecida por *sistematização germânica ou plano de Savigny*, por ter sido consagrada no Código Civil alemão (BGB) de 1896, e que entrou em vigor em 1900, no seguimento da sua adopção, várias décadas antes, por aquele autor da mesma nacionalidade.

A relação jurídica é utilizada nela como meio técnico de anuiação e exposição do direito, por se considerar esse conceito um quadro adequado para exprimir a realidade social a que o ordenamento jurídico se aplica. *Não é o único plano de ordenação* da matéria civilística conhecido pelos códigos ou pela doutrina. Assim, por exemplo, diverso era o plano conhecido por *plano de Gaio ou romano francês*, em virtude da sua utilização por aquele jurisconsulto romano nas suas *Institutas*, pelo imperador Justiniano igualmente nas suas *hstitutas* e pelo Código Civil francês (*Code Napoléon*, de 1804) ⁽⁶⁾. Segundo este plano o Direito Civil divide-se em três partes: *pessoas, coisas e acções ou modos de adquirir*. Na primeira parte abrangem-se a pessoa e a família; na segunda o Direito relativo às coisas (direitos reais) e na terceira as sucessões por morte, as obrigações e os contratos.

A consideração do conceito de relação jurídica como objecto de uma teoria jurídica — no plano doutrinal portanto — tem perfeita justificação e a sua utilização na sistemática de um código é aceitável.

O conceito está, com efeito, dotado de *transparência* e adequação na expressão da realidade social disciplinada pelo Direito. O Direito

(6) Bem como por outros Códigos oitocentistas inspirados no Código francês. É o caso do Código Civil italiano de 1865 (revogado por um novo Código Civil em 1942) e do Código Civil espanhol de 1889, ainda em vigor. O Código Civil português de 1867, se bem que influenciado em alguns aspectos do seu conteúdo pelo modelo francês, utiliza uma sistematização original, partindo do homem como sujeito de direitos e traçando o que se chamou uma *e/negra/ia» do sujeito juridico*.

não regula o homem isolado ou considerado em função das suas finalidades individuais, mas o homem no seu comportamento convivente. Não há Direito na ilha onde apenas habita Robinson. O Direito, mesmo quando atribui posições ditas «absolutas»; sobre bens exteriores ao titular ou sobre aspectos ou modos de ser da sua pessoa, *pressupõe sempre a vida dos homens uns com os outros* e visa disciplinar os interesses contrapostos nesse entrecruzar de actividades e interesses — disciplina que é conseguida dando *supremacia a um interesse e subordinando outro*. Por força dessa disciplina criam-se, portanto, enlaces, nexos, liames entre os homens, nos termos dos quais a uns são reconhecidos *poderes* e a outros impostas *vinculações* — precisamente essa ligação entre os homens, traduzida em *poderes e vinculações*, constitui a relação jurídica. Neste quadro, a situação da pessoa releva juridicamente apenas enquanto ela está em relação com os outros: como *relação jurídica*. Esta resulta, portanto, numa análise lógica ou numa imediata captação fenomenológica, da circunstância de o *direito supor a sociedade e esta não ser uma mera contiguidade estática, mas uma convivência*.

Certo, aceite a noção de relação jurídica, bem poderia, contudo, não ser eleito tal quadro conceitual como critério da sistematização do direito civil e ser apenas uma realidade jurídica a estudar, ao lado de outras noções jurídicas (a pessoa, as coisas, as declarações de vontade, as condutas ilícitas, etc.). Sucede, porém, que a noção tem clareza e rigor e estes aspectos são muito importantes, quando estão em causa problemas de sistematização.

Várias vozes têm formulado contra a noção de relação jurídica, como base do Direito Civil, *um veredicto anti-humanista* ⁽¹⁷⁾. A pessoa humana deve ser a primeira realidade institucional para o Direito Civil consequentemente, o pórtico deste ramo do Direito. Ver a relação jurídica como conceito básico do Direito Civil submerge a pessoa humana na noção formal e abstracta de sujeito da relação jurídica, incluindo-a dentro deste conceito, ao mesmo nível em que aí se encontram certos agrupamentos de pessoas (Estado, associações, sociedades) ou massas de

Cfr. Orlando de Curso [Aio. «A teoria geral da relação jurídica Seu sentido e limites» *RDES*, ano XVI (1969), págs. 55 e segs

bens (fundações) — em suma, as chamadas *pessoas colectivas* — que, por meras razões de técnica organizatória e não por exigência da natureza e dignidade do homem, têm também a qualidade de *sujeitos de relações jurídicas*. Daí que se afirme estar vertido um generoso e nobre humanismo nos Códigos que, como o Código português de 1867 ou o Código Civil suíço, ou ainda outros, proclamam nas suas disposições iniciais que todo o homem ou toda a pessoa goza de direitos civis, humanismo em contrapartida ausente da «científica» e despersonalizadora sistematização germânica.

Tal crítica *não pretende negar a possibilidade* de, num sistema como o sistema germânico, se realizar *uma eficaz tutela da personalidade* e do seu círculo de direitos essenciais — na verdade, desde logo, o actual Código Civil português disciplina os direitos de personalidade com mais largueza (cfr. arts. 70.º e segs.) do que o fazia o direito legislado anterior. Pretende, apenas, *dirigir-se às conotações do sistema*, fundamentalmente a colocação na penumbra da pessoa como única realidade primária para o Direito.

Dirigido um tal ponto de vista a uma crítica de sistema, dirige-se, pois, a um modo de arrumação, a uma forma de exposição, mais do que ao *conteúdo* das soluções expressas. Dela nos deve ficar, porém, a advertência de que um sistema assente na relação jurídica — numa estrutura formal, portanto — não nos deve fazer olvidar os interesses que subjazem às formas jurídicas, designadamente o principal escopo do Direito Civil: a tutela da personalidade do indivíduo humano.

Uma outra crítica de sinal dogmático-prático se pode dirigir à ideia de uma *teoria geral* da relação jurídica, ou, pelo menos, à não consideração dos seus limites. Uma teoria geral visa formular princípios válidos para todos os tipos de relações jurídico-privadas. Ora, designadamente na teoria do negócio jurídico (a mais importante espécie de factos jurídicos), *poucos princípios são válidos para todos os domínios do direito civil*. A teoria geral da relação jurídica, no que toca ao regime do negócio jurídico, é válida, quanto à maioria das soluções, apenas, e mesmo assim com excepções, para os negócios patrimoniais entre vivos (vendas, arrendamentos, empreitadas, etc.). Os seus princípios falham para os negócios pessoais (casamento, perfilhação, emancipação, adopção, etc.) e para os negócios dirigidos a efectivar uma sucessão por morte (testamento). Uma tal limitação deve introduzir-se, pois, à refe-

rida parte geral ⁽¹⁸⁾, uma vez que a generalização excessiva, subjacente à noção e à disciplina do negócio jurídico, perde de vista os particularismos dos negócios pessoais e dos actos *mortis causa*,

IV — Entretanto, outras opiniões críticas vieram manifestar-se, mais recentemente, contra a utilização do *operador* «relação jurídica» na exposição da matéria ⁽¹⁹⁾. Não vemos razões para mudarmos de orientação.

Com efeito, esta tem sido, já desde GUILHERME MOREIRA, a orientação que vem presidindo ao ensino universitário do direito civil, *marne* da Parte Geral, mesmo antes da publicação do Código de 1966 (seguida, designadamente, por J. DIAS FERREIRA, L. CABRAL DE MONTADA, MANUEL DE ANDRADE, I. GALVÃO TELLES, J. PINTO COELHO, J. DIAS MARQUES, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA e PAULO CUNHA, no que evidencia um traço comum a ambas as Faculdades de Direito, de Coimbra e de Lisboa). Com a entrada em vigor do Códigº Civil, esta orientação manteVe-Se, no essencial, quer em Coimbra (ORLANDO DE CARVALHO e CARLOS MOTA PINTO), quer em Lisboa (J. CASTRO MENDES e L. CARVALHO FERRARDES), até porque passou a haver uma outra razão, de ordem legislativa, para o estudo da disciplina ser feito nesses termos: o Título II do Livro I, objecto específico da Teoria Geral, compreende as *relações jurídicas* e desenvolve-se *segundo os elementos desta* (cfr. arts. 66,^o e segs.). Às razões de índole *jurídico-científica* passaram a acrescer, assim, outras, de ordem *legal*, que aconselham, de um ponto de vista didáctico, a ordenação da matéria nos termos por que já antes ela vinha sendo feita.

⁽¹⁸⁾ Para urna avaliação da utilidade da Parte Geral nos Código Civilis, v. Claus-Wilhem CANARIS, *Funções da Parte Geral de um Código Civil e limites da sua prestabilidade*, conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em curso de publicação no volume Comemorativo dos 35 anos do Código Civil — *A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil*, coord. de António PINTO Mosirrico.

⁽¹⁹⁾ Cfr. A. IVIENENES CORDEIRO, *Relatório*, cit., páes. 237 e segs. O processo de ruptura iniciara-se já com José OLIVEIRA ASCENSAO, „As *relações jurídicas reais*, Lisboa, 1962. que o Autor reafirma na sua *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. III — *Relações e situações jurídicas*, Coimbra. 2002, págs. 9-55.

Fazendo nossas as palavras de Castro Mendes ⁽²⁰⁾, «não afirmaremos que o conceito ou a figura da relação jurídica se apresente em direito como omni-explicativo, ou seja, a ela se reconduza toda e qualquer realidade da vida jurídica, sem excepção. Mas parece-nos que ainda hoje o devemos tomar como um conceito jurídico fundamental e basilar da nossa dogmática jurídica, *nunarne* civilística, e isto por duas razões fundamentais: uma razão de índole *teórica*, baseada na *oberi-Jacte* do direito Urna razão de direito positivo — o nosso actual Código Civil baseia a sistematização da sua parte geral no esquema da relação jurídica (...). Por esses motivos tomaremos como objecto básico do nosso estudo a relação jurídica civil».

Parece-nos, efectivamente, que, para além desta razão de *ordem legal*, a *alreridade* ou *intersubjectividade* do direito leva a que o termo «*relação*» seja o mais adequado, pois, digamo-lo com ORLANDO DE CARVALHO, ainda que *relação* e *situação* sejam ideias entre si substituíveis, urna vez que «toda a relação é estaticamente situação e toda a situação é dinamicamente relação (. ..)». e, por outro lado, «subjectividade e intersubjectividade, ou, de outra forma. pessoalidade e alteridade [sejam] noções que se recobrem mutuamente», a verdade é que, «porque a conflitualidade é a marca mesma do jurídico. o termo 'relação' em que essa marca se explicita [é] preferível para designar o objecto da nossa disciplina» ⁽²¹⁾. E mesmo quanto às reservas que o esquema da relação jurídica tem suscitado particularmente no domínio dos direitos reais, pode dizer-se, com ANTUNES VARELA, que esse esquema «adapta-se perfeitamente ao *poder de soberania* que o titular do direito real exerce sobre a coisa e que constitui a essência do direito real» (22).

Teoria Geral do Direito vol. Scs., págs. 136-137

⁽²¹⁾ *Teoria Geraí do Direito ChTi* ➔ págs. 12-13: e= termos semelhantes, salientando a vida social do homem e a alteridade do chrei(o. justificam a utilização do operador «relação jurídica». p. ex., Luís CARVALHO PER: . ANDa, *Teoria gel al do direito cirit*, vai. I. 3' cd Lisboa. 2001, págs. 110-111, e Heinrich Ewald HORSTER, .4 *Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Chi?*. Coimbra. 1992, págs. 149 e sees , que considera a relação jurídica como um dos «instrumentos centrais do direito privado».

^{e²¹} João de Matos ANTUNES VARELA. *Das obrigações em geral* ol. I., 10' , Coimbra, 2000, pág. 41.

Este último tem sido, efectivamente, um dos argumentos mais utilizados contra o conceito de relação jurídica, tendo em mente os direitos absolutos, pelo seu «absurdo linguístico e prático». Mas não parece que tal objecção seja procedente e que inviabilize o recurso à relação jurídica, mesmo no campo dos direitos absolutos, como os direitos reais (23).

Acresce que, de um ponto de vista *científico* e *didáctico*, entendemos que estamos perante um valioso *instrumento de análise*, cuja importância será desnecessário sublinhar, pois tem sido utilizado desde há muito com sucesso, transcendendo mesmo o Direito Civil e até o Direito Privado, para penetrar no Direito Público (assim, por exemplo, a relação jurídica fiscal). A consideração dos elementos da relação jurídica, além de ser um meio para *orientar*, através de uma clara sistematização, as matérias de diversos ramos do Direito, é igualmente um importante *instrumento didáctico*, pela ordenação que possibilita da matéria. Assim, por exemplo, a sistematização dos grandes títulos da Teoria Geral do Direito Civil é fácil de expor, de compreender e de memorizar, a partir da consideração da relação jurídica e da sua dissecação.

E isto tem uma *razão de fundo*, já salientada por vários Autores, como vimos. É a *alteridade do Direito* — o Direito visa regular a vida de relação, distribuições de recursos e conflitos entre pessoas. E este facto deve ter tradução no Direito, justamente, através do conceito de relação jurídica. A alteridade do Direito é um *dado real que se impõe às construções jurídicas* (à utilização do conceito de relação jurídica) e está antes delas, resultando, desde logo, do facto de ao Direito só interessar a vida social, de relação entre pessoas.

Parece-nos que uma Teoria Geral que utilize o conceito de situação jurídica perde esta dimensão ou não permite que ela transpareça de imediato. Pois *toda a situação é relacional (ou não interessa ao Direito como tal) e toda a relação envolve uma posição do sujeito em causa*. Situação (posição) e *relatio* são, assim, para o Direito, *indissociáveis*, sendo que a realidade social só releva *juridicamente*, porém (pela própria função de ordenação do Direito), enquanto *relação*. Nos direitos

(23) Para uma refutação desse e de outros argumentos, cfr. António PINTO TEMO, *Teoria Geral do Direito Civil. Relatório*, cit., págs. 63 e segs. e 66 e segs. (bem como as págs. 75-77, que reproduzimos a seguir).

absolutos, esta indissociabilidade entre posição (face aos bens) e relação permite, aliás, compreender melhor a ligação íntima e a imprescindibilidade da consideração dos dois lados desses direitos — lado interno e lado externo.

Por último, quanto à utilidade e conveniência em continuarmos a utilizar o operador «relação jurídica», temos a considerar ainda as razões de ordem *jurídico-positiva*, que são também importantes no plano didáctico e no plano científico. A menos que se queira uma Teoria Geral desfasada dos dados de sistematização fornecidos pelo legislador, não poderá passar-se ao lado da utilização do conceito de relação jurídica. Assim, logo a designação do título da Parte Geral que interessa à cadeira evidencia a importância fundamental deste conceito. E existem inúmeras outras referências à relação jurídica dispersas pela lei, enquanto não há referências explícitas a um conceito autonomizado de situação jurídica. Por outro lado, recorde-se, o Título II da Parte Geral está estruturado de acordo com os elementos da relação jurídica (Pessoas — arts. 66.º e segs.; Coisas — arts. 202.º e segs.; Factos jurídicos — arts. 217.º e segs.; Exercício e tutela dos direitos — arts. 334.º e segs.). cremos, por isso, que a acrescer à vantagem didáctica já referida, há a considerar a que consiste no respeito pela sistematização da lei.

Também deste ponto de vista (tendo em conta o relevo da relação jurídica no Código Civil e a ordenação do regime segundo os seus elementos), parece mais *razoável e natural* uma orientação da cadeira em conformidade com a sistematização da lei — sobretudo quando não se vêem razões decisivas, no plano científico e didáctico, para abandonar essa orientação.

5. O Direito Civil como parte do Direito Privado

Importa determinar o domínio próprio do *direito civil*, delimitando-o dos outros ramos do direito. Deve ser essa uma das primeiras tarefas que se impõem a quem empreende o estudo de uma disciplina que o tem justamente por objecto.

O direito civil é direito privado. Segundo uma clássica distinção o direito divide-se em dois grandes ramos: *direito público* e *direito privado*. O direito civil constitui o *direito privado geral*.

Necessário se torna, pois, esclarecer o sentido desta antiga e importante ramificação do direito, que se apresenta como uma clara distinção conceitual, embora muitas vezes, em diplomas legais e situações jurídicas, as normas jurídicas respectivas se nos ofereçam, na realidade, num conjunto ou numa unidade.

6. Direito Público e Direito Privado

1 — Um critério divulgado é o que delimita o direito público e o direito privado segundo a chamada teoria dos interesses.

Estaríamos perante uma norma de direito público, quando o *fin da norma* fosse a tutela de um *interesse público*, isto é, de um *interesse da colectividade*; deparar-se-ia uma *norma de direito privado*, quando a norma visa tutelar ou satisfazer *interesses individuais*, isto é, *interesses dos particulares como tal*.

É o critério que se exprime num conhecido passo de ULPiano, contido no Digesto (D.1,I,1), para quem o direito público *had suariam rei romanae spectato* e o direito privado *had sitigulorunz utilitatem pertinet*.

Este critério não deve ser perflhado, podendo dirigir-se-lhe várias Críticas certas.

a) Em primeiro lugar acentue-se que *todo o direito* — público e privado — *visa proteger simultaneamente interesses públicos e interesses particulares*.

As *normas de direito privado* não se dirigem apenas à realização de interesses dos particulares, *tendo em vista frequentemente, também, interesses públicos*. Pense-se na norma que sujeita as vendas de imóveis a escritura pública como requisito de validade do acto (art. 375.º). Tem-se em vista com ela, além de defender as partes contra a sua ligeireza ou precipitação, realizar os interesses públicos da segurança do comércio jurídico, da prova fácil da realização do acto, da fácil distinção entre o conteúdo dos actos jurídicos e as meras negociações ⁽²⁴⁾. O mesmo se

⁽²⁴⁾ Interessa fortemente à sociedade sujeitar a alienação de bens de valor elevado, como são os bens imóveis, a um regime que permita ter em qualquer momento a coisa

passa com as restantes normas que exigem requisitos de forma para determinados actos, ou que tornam dependente de registo a eficácia dos actos jurídicos relativamente a terceiros (p. ex., os arts. 413.º, n.º 1.º e 421.º, n.º 1). Pense-se igualmente nas normas de direito da família, disciplinadoras do casamento (constituição, efeitos, problema do divórcio, etc.) ou da filiação, que visam realizar altos interesses públicos (interesses ou conveniências de ordem social de importância básica); ou nas normas disciplinadoras do arrendamento que dizem respeito ao interesse público fundamental da habitação dos cidadãos; ou nas normas reguladoras dos poderes do proprietário ou da liberdade de modelação do conteúdo dos contratos, ligados a interesses públicos importantes, por se prenderem com a ordenação económica da sociedade, etc.

As *normas de direito pública*, por sua vez, para além do interesse público visado, pretendem, também, dar *adequada tutela a interesses dos particulares*. As normas que definem as condições de promoção dos funcionários públicos, ou de acesso à função pública, têm em vista, para além do interesse público do eficaz funcionamento dos serviços, uma protecção justa dos legítimos interesses das pessoas singulares a que se dirigem. De tal modo é assim, que o particular pode dirigir-se à jurisdição administrativa (tribunais administrativos) para obter a reintegração do seu interesse, quando o entender lesado por violação das referidas normas.

Acresce que — pode dizer-se — todas as normas, por cima dos interesses específicos e determinados que visam, miram *um fundamental interesse público: o da realização do Direito ou, se quisermos, da segurança e da rectidão*.

b) O critério apreciado só poderá tentar manter-se, portanto, se procurar exprimir apenas uma nota *tendencial*: o direito público tutelaria *predominantemente (não exclusivamente)* interesses da colectividade e o direito privado protegeria *predominantemente (não exclusivamente)* interesses dos particulares.

teza sobre se o acto se realizou, ou não, bem como sobre as condições em que se realizou. Dai que se submetam essas alienações ao requisito formal representado pela escritura pública, sob pena de nulidade do acto. O receio desta sanção leva as partes a fazerem a escritura e assim se processará um tráfico de bens seguro, sem risco de dúvidas ou surpresas, que existiriam, se o acto pudesse ser verbal.

Ainda assim, o critério não é aceitável, pelas duas seguintes razões:

oft Vão pode saber-se, em nenhos casos, qual o interesse predominante. O interesse principalmente tutelado por estas normas será o interesse da colectividade ou um interesse particular? Muitas vezes não nos restaria, perante a pergunta, senão a incerteza e a dúvida insuperáveis ou, pelo menos, conducentes a respostas carecidas de certeza.

(3) *Hei normas* que, dado o lugar da sua inserção no sistema jurídica e dada a tradição e o desenvolvimento histórico do direito, são *pacificamente classificadas como de direito privado e, todavia, visam predominantemente interesses públicos.* É o que acontece com a maioria das *normas imperativas (jus cogens)* (25).

Tais normas não podem ser postergadas por cláusulas dos particulares em contrário, porque estão ao serviço de interesses públicos suficientemente importantes para prevalecerem sobre quaisquer interesses que os particulares tivessem em vista com outra disciplina por eles convencionada. É o que sucede manifestamente com as normas que exigem um certo formalismo para os negócios jurídicos (exs.: o já citado art. 875.", o art. 947.º, o art. 1029." etc.), com as normas que estabelecem os efeitos pessoais do casamento (arts. 1671.º e segs.), etc. (26). Parece claro, apesar da dificuldade na ponderação relativa dos interesses, que tais normas visam predominantemente interesses públicos.

(25) são aquelas que, contrariamente às chamadas *normas supletivas (jus dispositivum)*, se aplicam necessariamente à situação respectiva, mesmo que os sujeitos dessa situação jurídica tenham manifestado uma vontade contrária. Diversamente, as normas supletivas podem ser afastadas pela vontade dos particulares, só se aplicando se os interessados não regu: arartl diversamente o ponto. São *exemplos de normas imperativas* os artigos 188.", n.º 1. 575.º, 1601.º, 1671.º, 2158.º, 2196.º, 2230.º, n.º 2, etc., bem como, por exemplo, o art.º 64.º do Regime do Arrendamento Urbano. São *exemplos de normas supletivas* os artigos 763.º, 770.º, 772.", 777.º, 957.º, n.º 1. etc. cabeendo nesta categoria a maioria das normas relativas aos direitos das obrigações.

(26) As disposições citadas são todas do Código Civil — seria desnecessário frisá-lo — corno. ahas, todas as já citadas ou a citar, em texto ou em nota, sempre que se não faça menção diversa.

II — Poderia pensar-se em recorrer ao critério, segundo o qual o direito público disciplina relações entre entidades que estão numa *posição de supremacia e subordinação* ou, se quisermos, *de supra-ordenação e infra-ordenação* (*»Ober- und Unterordnung«*), enquanto o direito privado regularia relações entre entidades numa *posição relativa de igualdade ou equivalência* (*iGleichordnung*).

Sucedee, porém. que o critério não é, também, adequado, pois

- a) o direito público regula, por vezes, relações entre entidades numa *relação de equivalência ou igualdade*, como acontece com as relações entre autarquias locais (municípios e freguesias);
- b) o direito privado disciplina, também, algumas vezes, situações onde existem *posições relativas de supra-ordenação e infra-ordenação*, como acontece com o poder paternal (cfr. arts. 1878.º, 1881.º, 1882.º, 1887.º), ou a tutela (cfr. arts. 1927.º e 1935.º e segs.), com as relações entre associações e sociedades e os seus membros ⁽²⁷⁾, ou com a relação laboral (emergente do contrato de trabalho, contrato que o art. 1152.º define com menção da autoridade e direcção da entidade patronal) ⁽²⁸⁾.

Pode apenas dizer-se que a equivalência ou posição de igualdade dos sujeitos das relações jurídicas é *normalmente* característica da relação disciplinada pelo direito privado e a supremacia e subordinação *característica normal* da relação de direito público.

III — O critério mais adequado e que hoje reúne a maioria dos sufrágios pode ser designado por *teoria dos sujeitos*, em virtude de assentar na *qualidade dos sujeitos das relações jurídicas* disciplinadas pelas normas a qualificar como de direito público ou de direito privado, melhor, na *posição* em que intervêm os sujeitos.

⁽²⁷⁾ Estes estão sujeitos às deliberações dos órgãos da associação ou da sociedade (p. ex., aumento do capital social ou outra alteração estatutária).

⁽²⁸⁾ Nestas duas últimas hipóteses, estamos a considerar a relação laboral ou a relação entre sócio e associação ou sociedade como já constituídas, pois quanto à sua constituição as partes (trabalhador e entidade patronal; associados) estão numa posição de igualdade ou equivalência jurídica.

Segundo esse critério, o *direito privado* regula as relações jurídicas estabelecidas *entre particulares ou entre particulares e o Estado ou ()TUM entes públicos*, mas intervindo o Estado ou esses entes públicos em veste de particular, isto é, *despidos de tampei-Ulule ou poder soberano*. Acontece esta última hipótese quando o Estado ou um município. por exemplo, compram um automóvel, arrendam um prédio para instalar um serviço, compram materiais de construção a um comerciante, etc.; em casos deste tipo, o Estado ou o ente público menor, como qualquer particular que celebrasse aquelas compras ou aquele arrendamento. actuam CM pé de igualdade com o vendedor ou com o senhorio e estão *fora do exercício de quaisquer funções soberanas*.

Se a relação jurídica disciplinada pela norma não se apresenta com estas características estamos perante uma norma de *direito público*. Este ramo do direito é integrado. portanto, pelas normas que estruturam o Estado e outras pessoas colectivas dotadas de qualidades ou prerrogativas próprias do poder estadual (municípios, freguesias, distritos, institutos públicos como, p. ex., a Universidade, etc.) ou disciplinam as relações desses entes providos de «*jus imperii*» (o Estado e os referidos entes públicos menores) entre si ou com os particulares. Necessário se torna, pois, para se nos deparar uma norma de *direito público*, que pelo menos um dos sujeitos da relação disciplinada *seja um ente titular de «imperium, de autoridade, que intervenho nessa veste* (29).

Este critério é o que permite destacar os dois ramos do direito com mais *precisão e segurança* e o que melhor se amolda ao âmbito de cada uma das duas grandes divisões, como elas são entendidas actualmente.

IV — Apesar disso, os dois sectores do direito não se separam de forma tão absoluta e completa como os dois hemisférios de uma esfera cortada ao meio. Já o dissemos atrás.

Assim, por exemplo. no domínio do *direito do trabalho* é, por vezes, controvertida a forma como deve ser feita a distinção ou, melhor,

O 1 A existência das características próprias do poder estadual manifesta-se no poder de a pessoa colectiva, distinta do Estado, emitir comandos, gerais ou individuais, que se imponham a outrem. mesmo sem ou contra a vontade dos destinatários.

é discutido onde deve passar a linha divisória. Isto porque o direito do trabalho contém *normas de direito público* (p. ex., as regras sobre intervenção administrativa na disciplina colectiva das relações de trabalho ou as normas do chamado direito da previdência social ou do seguro social, reguladoras de relações entre a Segurança Social e os beneficiários, etc. (°)), e *normas de direito privado* (p. ex., as normas reguladoras do contrato individual de trabalho e, também, actualmente a generalidade das normas sobre o regime das relações colectivas de trabalho).

Com efeito, continuou a ser verdadeira, mesmo após a extinção do regime corporativo, a afirmação da presença de normas de direito público e normas de direito privado no domínio do direito do trabalho — considerada aquela dicotomia à luz do critério dos sujeitos da relação jurídica disciplinada.

A substituição daquele regime político económico implicou, porém, uma diferente qualificação de boa parte das normas do direito laboral. Deve, na verdade, considerar-se hoje de direito privado a generalidade das normas que contêm o regime jurídico das relações colectivas de trabalho.

Com efeito, a regulamentação colectiva das relações de trabalho, quando feita através de convenções colectivas, resulta de convénio entre entidades com a natureza de pessoa colectiva de direito privado. Diversamente se passavam as coisas no regime corporativo, em que os grêmios e sindicatos revestiam a natureza de pessoas colectivas de direito público (entes para-estatais).

No direito actual, as convenções colectivas de trabalho podem ser:

— *contratos colectivos*, se celebradas entre associações sindicais e associações de empregadores;

^{Esc)} O direito da previdência social ou da segurança social disciplina as relações constituídas entre os trabalhadores e os organismos de previdência ou de segurança social a fim de colocar aqueles ao abrigo de certos riscos típicos, susceptíveis de afectar a sua segurança económica, quicá a sua subsistência (p. ex., doença, incapacidade para o trabalho, velhice, morte, aumento dos encargos familiares, etc.). Trata-se de um ramo de direito que hoje se autonomiza do direito do trabalho, em cujo âmbito se foi gerando.

- *acordos colectivos*, se outorgadas por associações sindicais e uma pluralidade de empregadores para diferentes empresas;
- *acordos de empresas*, se subscritas por associações sindicais e um empregador para uma só empresa ou estabelecimento ⁽³¹⁾.

Ora, todas as entidades referidas (associações sindicais, associações patronais, empresas) devem considerar-se hoje pessoas colectivas de direito privado.

Continuam, porém, a ser de direito público as normas que preveem (e estabelecem os respectivos trâmites) a regulamentação colectiva das relações de trabalho por *via administrativa* (p. ex., através de regulamentos de extensão ou regulamento de condições mínimas de trabalho, considerados pelo art. 2.º, n.º 4, do Código do Trabalho como instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho não negociais).

— Assiste-se, por vezes, de alguns lados, a uma *crítica* acentuada desta distinção, a qual assentaria em *pressupostos ideológicos ultrapassados*, chegando mesmo a falar-se, nesta linha, da «*superação da dicotomia direito público/direito privado*» ⁽³²⁾. No mesmo contexto, alguns sectores defendem abertamente a «*constitucionalização do direito civil*», recorrendo directa e extensamente à Constituição para solucionar problemas típicos de direito civil. Esta tendência tem-se feito sentir principalmente no Brasil ⁽³³⁾, onde encontrou um ambiente particularmente favorável antes da aprovação do actual Código Civil, de 2002, perante um Código Civil antigo (era de 1916) e uma Constituição muito

^(h) Ur o artigo 24, n.º 3, do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto que revogou o Dec.-Lei n.º 119-C/79, de 29 de Dezembro sobre o regime jurídico das relações colectivas de trabalho,

⁽¹¹⁾ Esse foi o tema do «I Seminário Ibero-Brasileiro» que decorreu no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília, de 26 a 23 de Agosto de 2004. Sobre o ponto, para maiores desenvolvimentos ver a intervenção de António PINTO MONTEIRO nesse seminário, em curso de publicação

⁽³³⁾ Embora encontre adeptos em outros países, designadamente em Itália, onde avulta, a esse respeito, a posição de Pico PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*, trad. de Maria Cristina de Circo, da 3a ed

Rio de Janeiro, 1997

desenvolvida e analítica (de 1988), a que se recorria amiúde para ultrapassar a desatualização do Código Civil (34).

Há, porém, *equivocos* importantes a desfazer. Assiste-se hoje, sem dúvida, à *superação* de certos pressupostos ideológicos do passado, do modelo liberal da justiça, da absoluta separação Estado/Sociedade, do Estado abstencionista e dos princípios da liberdade e igualdade encarados de um ponto de vista meramente formal. Hoje, na verdade, são dominantes as preocupações de justiça materialmente fundada, as coordenadas sociais do direito, o intervencionismo estadual e as consequentes limitações à liberdade contratual em ordem à defesa de uma autêntica autonomia privada no Estado de Direito Social. O nosso Código Civil de 1966 é um bom exemplo disso, com a consagração generosa do princípio da boa fé em sentido objectivo, a proibição do abuso do direito, dos negócios contrários à ordem pública ou ofensivos dos bons costumes, a afirmação de um direito geral de personalidade, etc. Mas daí *não decorre* necessariamente — *nem essa superação significa* — uma adesão às teses da «constitucionalização do direito civil», da «publicização do direito privado» e muito menos da «superação da distinção entre o direito público e o direito privado» ⁽³⁵⁾. Sem prejuízo, contudo, do papel da Constituição como Lei Fundamental e, nessa medida, do controlo da constitucionalidade das leis civis (leis ordinárias), assim como sem prejuízo do reconhecimento dos princípios constitucionais no *preenchimento* das cláusulas gerais e conceitos indeterminados de direito civil, do princípio da interpretação em *conformidade com a Constituição*, etc. Nem se rejeita, evidentemente, uma certa «publicização do direito privado», tal como, em contrapartida, uma certa «privatização do direito público» e, mesmo, uma «fuga para o

^(B) São muitas as obras e artigos que tratam deste tema no Brasil: cfr., entre Outros, Gustavo TEPELINO. *A Parte Geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro-São Paulo, 2002; logo Wolfgang SARLET (org.), *A Constituição concretizada. Construindo pontes com o público e o privado*, Porto Alegre, 2000. e :dem (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre, 2003 (qualquer destas obras contém artigos vários de muito interesse) Na doutrina portuguesa, para além dos artigos de J. Gomes CANOTILHO C. VIEIRA DE ANDRADE e Paulo PIORO PINTO naquelas obras brasileiras, v. Joaquim SOUSA RIBEIRO. «Constitucionalização do direito civil». *BFD*. vol. LXXIXO 1998. págs. 729-755.

^(O) Voltaremos a este ponto mais à frente, nos 11^{és} 14 e 26

direito privado» (³⁶). Pode falar-se, assim, de algum modo, de uma tendencial *aproximação* ou *convergência* — mas não de uma *superação* ou *substituição* de um ramo do direito pelo outro, do direito civil pelo direito constitucional, do direito privado pelo direito público, e vice-versa.

Dir-se-á, numa breve síntese conclusiva, que a distinção entre o direito público e o direito privado *é* uma tarefa de classificação e arrumação sistemática e, nessa medida, uma tarefa da ciência do direito, que deve ser despida de conotações ideológicas e não põe em causa o postulado fundamental da *unidade da ordem jurídica*. Para além do *interesse prático* de que se reveste, como vamos ver de seguida.

7. Alcance prático da distinção entre Direito Público e Direito Privado

I — É legítimo que nos perguntemos qual o *interesse prático* ligado a esta distinção entre o direito público e o direito privado, para a qual têm sido, como vimos, propostos vários critérios.

A divisão efectuada e a exacta integração de cada norma na categoria correspondente, além de satisfazerem um interesse de ordem científica na sistematização e no lógico agrupamento e separação de grandes grupos de normas jurídicas, revestem interesse no próprio *plano da aplicação do direito*.

Vamos dar dois exemplos desse alcance prático.

II — A distinção entre direito público e direito privado vai muitas vezes *determinar as vias judiciais* a que o particular que se considera lesado pelo Estado ou por uma autarquia local deve recorrer ou vice-versa.

Se o particular tem uma pretensão contra o Estado ou contra um ente público menor ou vice-versa, há que averiguar, no fundo, se a relação jurídica donde essa pretensão deriva é uma relação de direito privado ou de direito público. Essa averiguação irá determinar o tribunal compe-

(³⁶) Cfr., a propósito, Maria João ESTORNINHO, *A fina para o direito privado. Contributo para o estado da actividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra. 1996.

tente para a apreciação da lide, pois a competência deste é demarcada, também, segundo um princípio de especialização, isto é. em função da matéria sujeita à sua apreciação.

Segundo o art.^o 209.^o, ^{nas} 1 e 2, da Constituição da República Portuguesa, haverá, além de outros, que ora não vêm ao caso, tribunais judiciais e tribunais administrativos e fiscais, podendo também existir tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz.

As acções entre particulares ou entre um particular e o Estado ou outra pessoa colectiva pública derivadas duma relação de direito privado devem ser propostas nos tribunais judiciais. Na organização dos tribunais judiciais (organização judiciária) tem competência genérica, em primeira instância, o tribunal de comarca, prevendo-se a possibilidade de criação de tribunais de competência especializada, como, p. ex., os tribunais de família, os tribunais de menores, os tribunais de comércio e os tribunais marítimos (cfr. arts. 62.^o, 64.^o e 78.^o da Lei n.^o 3/99, de 13 de Janeiro — Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais).

No Tribunal judicial de segunda instância (Relação) e no Supremo Tribunal de Justiça, além da Secção Criminal, existem Secções Cíveis e de Jurisdição Social.

A apreciação da inconstitucionalidade das leis, nos feitos submetidos a julgamento, é deferida aos tribunais (art. 204.^o da Constituição), atribuindo-se competência para julgamento definitivo da questão, em sede de recurso, ao Tribunal Constitucional (art. 280:1. Está igualmente previsto, na actual Constituição, um esquema de fiscalização preventiva da constitucionalidade, impeditivo da promulgação pelo Presidente da República do diploma respectivo, em caso de declaração de inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional (arts. 278.^o e seg.). A apreciação preventiva da constitucionalidade tem lugar a requerimento do próprio Presidente da República ou, no seu domínio próprio de competência, dos Representantes da República em cada Região Autónoma (7).

Quando o pleito entre particulares e entes públicos, ou entre estes, diz respeito a relações jurídicas de direito público ou a efeitos jurídicos

⁽³²⁾ Os artigos citados são da Constituição da República Portuguesa, no seu novo texto, resultante da Lei Constitucional n.^o 1d2004, de 24 de Julho (VI revisão constitucional).

com elas conexados, incluindo relações jurídicas fiscais, têm jurisdição os *tribunais administrativos e fiscais* (cfr. o art. 4.º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, aprovado pela Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro) ⁽³⁸⁾. Há ainda certas questões que, sendo embora de natureza publicística, são atribuídas por lei aos tribunais judiciais, quer por razões históricas, quer por força de uma intenção de plena defesa dos direitos dos particulares — p. ex., a matéria das expropriações por utilidade pública (cfr. o art. 38.º, n.º 1, do Cód. das Expropriações aprovado pela Lei n.º 168/99, de 18 de Setembro) e os recursos de decisões das autoridades administrativas em processo de contra-ordenação (cfr. o art. 61.º do Dec.-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, que instituiu o ilícito de mera ordenação social e disciplinou o respectivo processo, e o art. 102F, n.º 2, da Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais).

III — A *responsabilidade civil*, isto é, a obrigação de indemnizar os prejuízos sofridos, decorrente de uma actividade de órgãos, agentes ou representantes do Estado *está sujeita a um regime diverso*, consoante os danos são causados no exercício de uma actividade de gestão pública ou de uma actividade de gestão privada.

Se os danos resultam de uma *actividade de gestão pública*, os pedidos de indemnização feitos à Administração são apreciados pelos tribunais administrativos (art. n.º 1. al. g), do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais) e o regime da responsabilidade é o prescrito por uma lei especial (o Dec.-Lei n.º 48 051, de 21 de Novembro de 1967).

Se os danos resultam de uma *actividade de gestão privada*, os pedidos de indemnização contra a Administração central ou local (Estado ou autarquias locais) são deduzidos perante os tribunais judiciais e o regime da responsabilidade é o constante do Código Civil (cfr. arts. 501.º e 500.º).

Ora actividade de gestão pública é a actividade da Administração disciplinada pelo direito público e actividade de gestão privada a que é regida pelo direito privado.

⁽³⁸⁾ Cfr., sobre o problema da competência judicial suscitado por um aval do Estado, o Ac. da Relação de Lisboa de 2 de Outubro de 1979, com anotação desfavorável de AFOSSO Quffaó, In *TOLL* ano 113. págs. 195 e segs.

8. O Direito Civil como Direito Privado Comum. O direito comercial e o direito do trabalho. A autonomia de outros ramos de direito, v. g., o direito agrário e o direito do consumidor

I — O direito privado rege, como vimos, as relações entre particulares. Ora, o direito civil constitui o *núcleo fundamental do direito privado*.

Constituir o núcleo fundamental do direito privado não significa ser *todo* o direito privado, mas apenas o direito privado *comum ou geral*.

Historicamente o direito privado confunde-se com o direito civil, regendo este, sem restrições, todas as relações jurídicas entre sujeitos privados. O desenvolvimento da sociedade, no decurso dos séculos, fez surgir ou acentuou *necessidades específicas* de determinados sectores da vida dos homens. Daí que fossem surgindo *regras especiais* para esses sectores particulares, estatuinto, para os domínios respectivos, *regimes diversos* dos que se aplicam à generalidade das relações jurídico-privadas do mesmo tipo. Essas normas especiais, *em* dado momento, passaram a compendiar-se legislativamente em diplomas legais próprios, começaram a mostrar-se inspiradas por um espírito próprio, resultante das específicas necessidades do sector especial da vida a que se aplicam, passaram a ser estudadas por urna doutrina científica própria e a ser ensinadas à parte. Dentro do direito privado surgiram assim, *por especialização* relativamente às normas do direito civil, *ramos autónomos de direito*.

Esses ramos de direito autónomos são, no momento actual, designadamente, o *direito comercial e o direito do trabalho (direito laboral)*, mas este apenas no conjunto das suas normas jusprivatísticas, pois — é sabido — também o integram normas de direito público. São *direito privado especial*, enquanto o direito civil é o *direito privado comum*. Esta contraposição entre direito comum e direito especial significa que o direito comercial e o direito do trabalho dão às particulares relações jurídico-privadas a que se aplicam uma disciplina diferente da que o direito civil dá às relações jurídico-privadas em geral, sendo, quanto aos casos omissos na legislação comercial ou laboral, aplicável o direito civil — este é assim *direito subsidiário* no domínio do direito comercial e do direito do trabalho.

O direito civil disciplina em geral a personalidade, as relações patrimoniais, a família e a transmissão dos bens por morte. Entre as relações patrimoniais contam-se quer os *direitos reais, sobre as coisas* (de *res* = coisa), quer os *direitos de crédito ou obrigações*, isto é. os direitos a uma prestação.

Aqueles direitos especiais (direito comercial e direito laboral) disciplinam *relações de carácter patrimonial* e fazem-no, em alguns aspectos, em termos diversos da disciplina civilística. Mesmo neste domínio das relações patrimoniais ligadas ao comércio ou à actividade laboral, se aplicam, todavia, por força do referido carácter subsidiário do direito civil, muitas normas gerais que assim *cobrem todo o domínio do direito privado*. Basta pensar nas regras sobre a conclusão dos contratos, a sua validade e eficácia, o não cumprimento das obrigações pelo devedor, a defesa do credor contra o risco de situação económica deficitária do seu devedor, a caracterização básica de tipos contratuais como a compra e venda, o arrendamento, o empréstimo, etc.

Daí que, com propriedade, se possa dizer ser o direito civil um direito privado *comum e subsidiário* dos ramos autónomos jurídico-privados. Daí que, com propriedade, a teoria geral do direito civil seja urna *teoria geral do direito privado*.

II — O *direito comercial* disciplina os actos de comercio, sejam ou não comerciantes as pessoas que nele intervêm, na fórmula do artigo 1.º do Código Comercial.

Como actos de comércio considera o Código Comercial certos tipos que descreve (*actos de comércio objectivos*, assim chamados porque o são independentemente da qualidade de comerciante de quem os pratica — é o caso, p. ex., da compra para revenda prevista no art. 463.º do Cód. Comercial), bem como os actos dos comerciantes conexados com o seu comércio, ainda que não se integrem nos tipos correspondentes aos actos objectivamente comerciais (*actos subjectivamente comerciais*).

Para além desta caracterização formal, *o sentido mais profundo* do direito comercial é identificado pelos autores como uma disciplina de formas e mecanismos jurídicos cuja génese visa servir — ou visou originariamente servir — as *finalidades das empresas*. Neste sentido, caracterizando o que o direito comercial é e, mais ainda, o que ele tende a

ser, disse-se entre nós ser o direito comercial «*um direito de empresas ou à volta das empresas*» (ORLANDO DE CARVALHO) (39).

Muitas das formas ou mecanismos jurídicos, surgidos para servir a empresa, vieram, porém, a *alargar o seu campo de utilização a domínios económicos estranhos à vida comercial*, em certa medida por o espírito comercial se ter estendido a todo o domínio do económico — é o caso dos títulos de crédito, das formas jurídicas das sociedades comerciais, susceptíveis de serem utilizadas nas sociedades civis (ficando então também sujeitas ao regime do Código das Sociedades Comerciais ⁽⁴⁰⁾, nos termos do seu art. h", n.º 4), etc.

As necessidades próprias do comércio, que imprimiram especificidade ao direito respectivo, são, entre outras, as de reforço *do crédito, de rapidez e facilidade na conclusão dos actos jurídicos, de tutela da boa fé, de fácil movimentação dos valores*, etc. Destas necessidades, ou antes, do diverso grau com que elas se fazem sentir no mundo do comércio, decore a disciplina especial, relativamente ao direito civil, que é proporcionada pelo direito comercial. Este garante mais a posição dos credores, é menos formalista ⁽⁴¹⁾, conhece meios de transmissão dos créditos mais fáceis e seguros do que os tradicionais meios civilísticos, etc.

III — O direito do trabalho, predominantemente privatístico, disciplina directamente o trabalho subordinado prestado a outrem.

Este trabalho ou actividade laboral é executado por força *de* um contrato de trabalho, contrato *entre* o trabalhador e a entidade patronal, que o nosso Código Civil define como «aquele pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade intelectual ou manual a outra pessoa, *sob a autoridade e direcção desta*» (art. 1152.º).

O direito do trabalho consta de legislação especial, que hoje consiste, fundamentalmente, no Código do Trabalho (aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto), cujo artigo 10.º define o contrato de trabalho em termos coincidentes com os do artigo 1152.º do Código Civil.

⁽³⁹⁾ ORLANDO DE CARVALHO. *Critério e estrutura do exiabeleconetilit comercial*, cit., pág. 178.

⁽⁴⁰⁾ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de Setembro.

⁽⁴¹⁾ Cfr. p. ex., os artigos 100.º do Código Comercial, 513.º do Código Civil, 396.º do Código Comercial e 1143.º do Código Civil.

O Código Civil contém, nesta matéria, além da definição do contrato de trabalho, apenas uma outra norma, onde se faz uma remissão para legislação especial (art. 1153.º). Esta legislação especial consiste hoje sobretudo no Código do Trabalho, que revogou o Decreto-Lei n.º 49 408, de 24 de Novembro de 1969.

Compreende-se a regulamentação especial do direito do trabalho. A *actividade laboral*, em regime de subordinação jurídica à entidade patronal, normalmente a uma empresa, prende-se com importantíssimos problemas e interesses ligados à vida económica da colectividade, à situação social dos trabalhadores, à formação profissional, etc.

Daí que a disciplina das relações de trabalho tenha, em maior ou menor escala, de se afastar do regime geral dos contratos, quanto à sua constituição, efeitos e extinção. em ordem a dar satisfação a exigências do tipo indicado.

Enquanto o Código Civil de 1867, em coerência com as *concepções individualistas do liberalismo económico*, regulava o contrato de trabalho nos termos gerais dos contratos, isto é, com plena vigência do princípio da liberdade de modelação do conteúdo contratual, *tratando o trabalho como qualquer outra prestação*, o desenvolvimento industrial e comercial posterior, o crescimento das empresas, a concentração operária vieram a determinar uma profunda modificação neste domínio. A visão do contrato de trabalho como um contrato livremente conformado por partes igualmente livres revelou-se *próclivemente divorciada das realidades*. A entidade patronal estaria normalmente em posição de impor ao trabalhador condições inaceitáveis (p. ex., em matéria de horário e duração do trabalho, de montante dos salários, de segurança do trabalhador, etc.), condições que este se veria obrigado a aceitar por a sua sobrevivência depender necessariamente da alienação da sua força de trabalho.

Eis porque no domínio laboral se veio a verificar, em maior ou menor grau por toda a parte, um rigoroso *intervencionismo estatal*, formulador de *normas imperativas* ou reconhecedor de *convenções colectivas de trabalho*, negociadas a nível das classes organizadas e não dos indivíduos. Estas normas imperativas de criação estatal e estas convenções colectivas disciplinam minuciosamente a maioria dos aspectos ligados à constituição, eficácia ou extinção da relação laboral, podendo as partes (trabalhador e entidade patronal) afastá-las por contrato indi-

vidual de trabalho apenas para estabelecer condições mais favoráveis para o trabalhador, e se delas não resultar o contrário (art. 4.º, n.º 3, do Cód. do Trabalho).

O direito civil é, porém, *direito subsidiário* aplicável aos problemas que são especialmente previstos e solucionados pela legislação laboral. Urnas vezes a remissão para o direito comum é feita expressamente (cfr., p. ex., os arts. 26.º, 394.º, n.º 2, e 127.º do Cód. do Trabalho); mesmo, porém, sem expressa remissão deve, em face de uma lacuna, aplicar-se a disciplina geral das obrigações e contratos constante do Código Civil.

IV — Tem-se salientado, por vezes, a *pretensão de autonomizar outros ramos do direito privado*. Assim, p. ex., há quem proponha a qualificação como direitos especiais do *direito agrário*, do *direito de autor* ⁽⁴²⁾, etc.

O próprio *direito da família* foi já considerado, por CIOU, jurista italiano, como um ramo especial do direito, separado do direito civil e com natureza próxima do direito público.

Nenhum dos domínios jurídico-privados referidos parece dever considerar-se um ramo do direito privado autónomo, independente ou separado do direito civil.

Alguns, como o *direito de autor* e o *direito da família*, disciplinam um certo sector de relações de direito privado, de relações em que não intervém, como sujeito, nem o Estado, nem qualquer ente de direito público — e constituem a *única e exclusiva regulamentação* dessas *matérias de direito privado*.

O direito comercial e o direito do trabalho regulam certos actos e relações jurídicas — os actos de comércio, o contrato de trabalho — em termos especiais, diversos da regulamentação que o direito civil dá aos negócios jurídicos patrimoniais em geral; essa especialidade decorre das particulares necessidades que na zona de vida respectiva — o mundo da empresa, o mundo do trabalho — se fazem sentir. O direito da famí-

(42) Por vezes designado com certa falta de rigor, pois não estamos apenas perante a disciplina de um bem económico incorpóreo, mas também perante uma tutela da personalidade do autor, *propriedade artística, literária ou científica*.

lia e o direito de autor contêm a regulamentação própria de certo tipo de relações jurídicas — as relações de família e os direitos de autor mas essas relações não são uma espécie, com regulamentação própria, dentro das divisões das relações jurídico-privadas. São elas próprias *divisões das relações de direito privado no mesmo plano das restantes* (obrigações, direitos reais, relações-sucessórias), regulando uma dimensão da vida da pessoa (a vida no seio da família, a criação intelectual ou artística) que *nenhum outro direito esguiou regula*.

Quer dizer: direito da família e direito de autor constituem partes do direito civil, e não direitos independentes ou autónomos.

V — O problema da autonomia do direito agrário é, com particular nitidez, um problema situado histórica e espacialmente — é, mais do que outros, um problema conjuntural e localizado.

É o conjunto de normas que se aglutinam à volta da agricultura. ramo específico da actividade económica. É o *direito próprio da agricultura*.

Na ordem jurídica portuguesa, concorrem, nesta matéria, normas de direito privado e normas de direito público. Entre aquelas podemos mencionar as que disciplinam direitos reais sobre prédios rústicos destinados à agricultura, o aproveitamento de águas particulares para fins agrícolas, o regime do arrendamento rural (embora este, hoje, seja integrado quase exclusivamente por normas de interesse e ordem pública e, como tal, subtraídas à livre disposição das partes). Entre as normas de direito público, atinentes à agricultura, deparam-se-nos as regras contidas nos diplomas que visaram a reestruturação fundiária (reforma agrária), certas normas relativas ao regime de exploração dos prédios expropriados, ao regime das expropriações, ao problema das indemnizações, as leis disciplinadoras da concessão de subsídios, etc.

Entre nós o direito agrário assume, portanto, manifestamente, características de vincada especificidade, que lhe outorgam autonomia. Tem um carácter interdisciplinar — interdisciplinar relativamente ao domínio da economia e do direito, interdisciplinar, no plano estritamente jurídico, relativamente à clássica dicotomia: direito público-direito privado.

Como conjunto de normas jurídicas e como disciplina científica o direito agrário, como o direito da economia em que se integra, é uma diagonal que atravessa o domínio do direito público e do direito privado.

A presença de numerosas normas de direito público no direito agrário resulta da intervenção do Estado (p. ex., através de expropriações e da reestruturação do domínio e posse da terra), visando finalidades de maior justiça social. Esta dimensão proclamada de justiça social manifesta-se aqui através do surgimento de relações em que o Estado é um dos sujeitos.

VI — No campo do direito civil clássico perpassa também uma *dimensão social* — visando a justiça contratual através da protecção do contratante considerado tipicamente mais débil —, acentuada nos tempos actuais: protecção do arrendatário, do mutuário, do comprador a prestações e, mais genericamente, do *consumidor*. Simplesmente, este espírito de «socialização» do direito privado não implica rigorosamente uma «publicização» do mesmo e exprime-se num número crescente de normas imperativas reguladoras de relações entre particulares.

No campo do direito público, assiste-se, já há anos, a uma certa «privatização». traduzida, p. ex., no recurso a procedimentos contratuais por parte da administração (contratos de direito económico, p. ex., contratos de viabilização, contratos de desenvolvimento, contratos de investimento estrangeiro, contratos-programa) ⁽⁴³⁾. No direito do trabalho, como vimos, constata-se um alargamento do domínio do direito privado. atenta a natureza privada das associações de classe.

VII — Afiais recentemente, tem conquistado adeptos a autonomização de um direito especial de protecção dos consumidores — o *direito do consumidor*.

O direito do consumidor, marcado pela necessidade de defesa deste, devido à sua falta de informação e competência específica para a aquisição e utilização de bens e serviços cada vez mais complexos — diversamente dos profissionais da respectiva área — integra também normas de direito privado (p. ex., relativas à integração das mensagens publicitárias no conteúdo dos contratos, ou às «garantias» do comprador de bens — cfr. o art. 7.º, n.º 5, da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, e o

⁽⁴³⁾ Cfr. Já Carlos Alberto da Mota e Silva. «Direito económico português (desenvolvimentos recentes)». sep. do *RED*, vol. 1,3711 (1981), págs. 30 e segs.

Dec.-Lei n.º 67/2003. de 8 de Abril) e de direito público (lê ex.. as normas que prevêm que a Administração Pública mande apreender, retirar do mercado e interditar bens e serviços perigosos, ou relativas às incumbências das entidades públicas para formação e informação dos consumidores — cfr. os arts, n.as 2 e 3, 6.º e 7.º da Lei n.º 24/96).

As normas de direito privado que disciplinam relações entre consumidores e profissionais são, muitas vezes, verdadeiro *direito especial*, pois disciplinam essas relações em termos diversos dos da regulamentação geral do direito civil para os negócios jurídicos patrimoniais. Mas dediquemos mais algum desenvolvimento ao direito do consumidor.

9. O direito do consumidor

Acabamos de dizer que o direito do consumidor integra normas de direito privado e de direito público. Ele é, assim, um direito de natureza *interdisciplinar*, compreendendo matérias de direito privado e de direito público, designadamente de direito processual, administrativo e penal. No tocante às normas de direito privado — que serão a maioria e assumem um relevo muito significativo *parece estar-se perante um direito especial*. Mas o ponto não é pacífico. sendo discutida a sua autonomia perante o direito civil.

Estamos perante um ramo de direito em construção. As dúvidas podem surgir logo no tocante à sua denominação. Optamos por chamar-lhe *direito do consumidor*, em vez de direito do consumo. E podemos defini-lo como sendo o ramo do direito constituído por um conjunto de princípios e regras destinadas precisamente à defesa do consumidor (44).

Este direito disciplina as relações *entre consumidores e profissionais*. A actual «Lei de Defesa do Consumidor» — a referida Lei n.º 24/96. de 31 de Julho, que revogou a Lei n.º 29/81. de 22 de Agosto — define consumidor como a pessoa «a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional,

(⁵⁵) Ver as razões em António PINTO MovrEtRo, «Sobre o direito do consumidor em Portu^gal», in *Estudos de Direito do Consumidor (EDC)*, n.º 4, Coimbra, 2002. págs. 12t e segs

por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios.»

O direito do consumidor tem conhecido nos últimos anos um grande desenvolvimento, em grande parte devido a *directivas comunitárias* que estabeleceram regimes específicos para as relações entre consumidores e profissionais ⁽⁴³⁾ (assim, p. ex., a Directiva 85/577/CEE, do Conselho, de 20 de Dezembro de 1985, sobre protecção dos consumidores nos contratos negociados *fora dos estabelecimentos comerciais*; a Directiva 87/102/CEE, do Conselho, de 22 de Dezembro de 1986, sobre *crédito ao consumo*; a Directiva 93/13/CEE, do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às *cláusulas abusivas* nos contratos celebrados com os consumidores; a Directiva 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de *contratos à distância*; a Directiva 1999/44/CE, de 25 de Maio de 1999, sobre certos aspectos da *venda de bens de consumo e das garantias* a ela relativas; ou a Directiva 2002/65/CE, de 23 de Setembro de 2002, relativa à comercialização à distância de *serviços financeiros* prestados a consumidores ⁽⁴⁶⁾). A maior parte destas directivas foi transposta para o direito português por diplomas legislativos — p. ex., o Decreto-Lei n.º 359/91, de 21 de Setembro (sobre crédito ao consumo); o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro (e os Decs.-Leis n.ºs 220/95, de 31 de Maio, e 249/99, de 7 de Julho, que o alteraram), que instituiu o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais; o Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril (contratos à distância, contratos ao domicílio e equiparados); e o citado Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril.

Apesar de toda esta legislação avulsa, o direito do consumidor carece ainda, porém, de uma verdadeira *autonomia codificatória* ⁽⁴⁷⁾.

⁶¹⁴⁾ A directiva é, nos termos do artigo 189f do «Tratado que Institui a Comunidade [Económica] Europeia» (Tratado de Roma), um instrumento comunitário que «vincula o Estado-membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios».

⁶⁴⁾ As directivas citadas estão publicadas, respectivamente, nos seguintes números do *Jornal Oficial*: L-372, de 31-12-1985, pág. 31; L-042, de 12-02-1987, pág. 48; L-95, de 21-4-1993, pág. 29; L-144, de 4-6-1997, pág. 19; L-166, de 11-6-1998, pág. SI; L-80, de 18-3-1998, par. 27; L-171, de 7-7-1999, p. 3.4. 12; e L-271, de 9-10-2002, pág. 16.

⁽⁴⁷⁾ Estão, contudo, em curso trabalhos para a reforma do direito do consumo e elaboração de um Código do Consumidor, Sobre a questão da codificação do direito do con-

Esse passo foi já dado em França, com o *Code de la Consommation* de 1993, e no Brasil, com o denominado *Código de Defesa do Consumidor*, de 1990. Na Alemanha, todavia, recentemente, optou-se por incluir o direito do consumidor (ou parte dele) no Código Civil (interessa fundamentalmente a *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, de 26 de Novembro de 2001, e, já antes, a *Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Verträge des Verbraucherrechts sowie zur Anpassung von Vorschriften auf Euro*, de 26 de Julho de 2000). Entre nós, como se disse, decorrem trabalhos preparatórios de um *Código do Consumidor*, estando já concluída uma primeira versão do respectivo *Anteprojecto*.

No momento actual, as normas que compõem o direito do consumidor estão dispersas por vários diplomas legais. São fontes deste direito, desde logo, a Constituição da República Portuguesa (arts. 52.º, 60.º, 81.º, al. e 99P, al. e)), assim como a Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de Julho — LDC) e imensa legislação avulsa, com destaque para a lei das cláusulas contratuais gerais (o já citado Dec.-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, com as modificações posteriores) ⁽⁴⁵⁾, o Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de Novembro, sobre a responsabilidade civil do produtor, a Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, sobre os serviços públicos essenciais ⁽⁴⁹⁾, e os diplomas legais, acima mencionados, que transpuseram para a nossa ordem jurídica várias directivas comunitárias.

sumtdon cfr. António PINPS NTOOTEIRO. «Do direito do consumo ao Código do Consumidor», *EDC*, nn I, 1999, págs. 201-14, e Mário TEatrueuto, «Un code de la consommation ou eco code autour du consommateur? Quelques reflexions critiques sur la codification et la notion du consommateur», in *Law and Diffuse Interests^P in The European Legal Order — Liber Amicorum Norte*, Reicir Baden-Baden, 1997, págs. 339-56 (inspirando-se na referida concepção também do direito comercial como «direito á volta das empresas»)

^(b) Matéria que desenvolveremos mais à 0-ente. Mas pode ver-se, desde já, Carlos Alberto da MOTA PINTO. «Contratos de adesão, Lima manifestação jurídica da moderna vida económica», in *RDES*, ano XX, 1973, págs. 119 e segs. (também in *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 257) e António PINTO MONTEIRO, «O novo regime Jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais», in *Revista da Ordem dos Advogados (ROA)*, ano 62, Janeiro de 2002.

^(1b) Sobre a referida Lei n.º 23/96, cfr. António PISCO MONTEIRO, «A protecção do consumidor de serviços públicos essenciais», cri. in *EDC*, na 2, Coimbra, 2000, e Carlos FERREIRA DE ALMEIDA, «Serviços públicos contratos privados», *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colloço*, Coimbra, 2002, págs. 117-143.

As matérias reguladas por todos estes diplomas pertencem indubitavelmente ao direito do consumidor. E pode acrescentar-se, ainda, a publicidade (regulada pelo chamado Código da Publicidade, aprovado pelo Dec.-Lei n.º 330/90, de 23 de Outubro, sucessivamente alterado ⁽⁵⁰⁾), as viagens turísticas e organizadas (Dec.-Lei n.º 209/97, de 13 de Agosto, com as alterações que lhe foram introduzidas pelo Dec.-Lei n.º 12/99, de 29 de Fevereiro), os direitos de habitação periódica, vulgarmente conhecidos como *time-sitting* (Dec.-Lei n.º 275/93, de 5 de Agosto, na redacção que lhe foi conferida pelos Decs.-Leis n.º 180/99, de 22 de Maio, e n.º 22/2002, de 31 de Janeiro), a obrigação de segurança dos produtos e serviços colocados no mercado (cfr., recentemente, o Dec.-Lei n.º 69/2005, de 17 de Março, que transpõe a Directiva 2001/95/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de Dezembro de 2001, relativa à segurança geral dos produtos), a obrigação de informação ao consumidor, o regime dos preços, as práticas comerciais agressivas, etc., ainda que tais matérias possam interessar, igualmente, a outras áreas do direito.

Por último, quanto ao *quadro institucional*, interessa fundamentalmente considerar, em Portugal, o Instituto do Consumidor, que «é o instituto público destinado a promover a política de salvaguarda dos direitos dos consumidores, bem como a coordenar e executar as medidas tendentes à sua protecção, informação e educação e de apoio às organizações de consumidores», sendo considerado «autoridade pública» e gozando de vários poderes, em conformidade com o disposto no artigo 21.º da LDC; o Conselho Nacional do Consumo, «órgão independente de consulta e acção pedagógica e preventiva» (art. 22.º da mesma Lei); e as associações de consumidores e cooperativas de consumo, além do Ministério Público (respectivamente, arts. 17.º e segs. e 20.º da LDC) ⁽³¹⁾ (82).

⁽⁵⁰⁾ Pelos Decretos-Leis n.ºs 74/93, de 10 de Março; 6/95, de 17 de Janeiro; 61/97, de 25 de Março; 275/98, de 9 de Setembro; 51/2001, de 15 de Fevereiro; 332/2001, de 24 de Dezembro; 81/2002, de 4 de Abril, e 224/2004, de 4 de Dezembro; e pelas Leis n.ºs 31/A-98, de 14 de Julho, e 32/2003, de 22 de Agosto.

⁽⁰⁾ Na União Europeia, a competência em matéria de defesa do consumidor é actualmente da Direcção-Geral «Saúde e Defesa dos Consumidores» (ou *DG Sanco* — *Santé et Consommateurs*, que sucedeu à anterior DG XXIV).

⁽²⁾ Entre nós, sobre o direito do consumidor, cfr. principalmente os estudos de António Pioro MONTEIRO *cits. supra*, notas 44 e 47, e ainda «Discurso do Presidente da

10. Sentido do direito civil: a autonomia da pessoa, a igualdade, a disciplina da vida quotidiana do homem comum

I — O direito civil contém a *disciplina positiva* da actividade de convivência da pessoa humana com as outras pessoas. Tutela os interesses dos *homens em relação com outros homens* nos vários planos da vida onde essa cooperação entre pessoas se processa, formulando as normas a que ela se deve sujeitar.

II — Esta disciplina recta (justa) da vida do homem em relação com os outros homens é realizada pelo direito civil *numa perspectiva de autonomia da pessoa no desenvolvimento da sua personalidade*.

A *autonomia* — quer no aspecto da liberdade de exercer ou não os poderes ou faculdades de que se é titular, quer no aspecto, mais completo, da possibilidade de conformar e compor, conjuntamente com outrem ou por acto unilateral, os interesses próprios — *é uma ideia fundamental do direito civil*. Não existirá com a mesma intensidade em todos os domínios do direito civil, sendo mais ampla no domínio das

Comissão do Código do Consumidor», in *BFD*, vol. LXXII, 1996, págs. 403 e segs., e «A protecção do consumidor de serviços públicos essenciais». *EDC*, n.º 2, cit. págs. 333-350; João CIL.E.a.0 DA SILVA *Responsabilidade civil do produtor*, Coimbra, 1990; Carlos FERREIRA DE ALMEIDA, Os *direitos dos consumidores*, Coimbra, 1982; José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, AOS direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Por2gecsa de 1976», in *EDC*, n.º 5, Coimbra 2003, págs. 1139 e segs ; Paulo MOTA PINTO. «Conformidade e garantias na venda de bens de consumo. A Directiva 1999/44/CE e o direito português», in *EDC*, Coimbra, n.º 2, 2000, págs. 199-331; Paulo DUARTE. «O concerto jurídico de consumidor segundo o art. 2.º da Lei de Defesa do Consumidor» *RED*, vol. LXXV, 1999, págs. 649-703 Em geral. recomendam-se, ainda, os artigos, de muita qualidade, publicados nos *Estudos de Direito do Consumidor*. 1. 2, 3, 4 e 5, correspondentes, respectivamente aos anos de 1999, 2000, 2001, 2002 e 2003, da responsabilidade do Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito de Coimbra. No direito comparado, entre outros, cfr principalmente Jean Cmcms-AuLoêlFrank SILINNIETZ *D, vir de la CO11301111, 7 ar 1017* 6.º ed., Paris, 2003; Thierry BOURBOIGBIE, *Ela-meias pour une Maõria do droit de la cansonzinatiOn*, Louvain-la-NlcuNe, 1988; e Ada Pellegrini GRINOVER/Antõnio Herman de Vasconcelos e BENNNuNDamel Roberto FINNJOSê Geral BRITO Finomso!Kazuo WATANABENCISO1 NERY liNêioN/Telmo DENARI *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos amares do Anteprojecto*, 5.ª ed., Rio de Janeiro-São Paulo, 1998

relações patrimoniais e do tráfico jurídico, do que no das relações pessoais e familiares. O seu reconhecimento e a sua garantia sempre se verificam, contudo, em todos os sectores do direito civil — possam embora faltar neste ou naquele tipo de situações isoladamente considerado —, pois este ramo do direito reconhece a pessoa e foca-a em convivência e a autonomia é uma nota essencial da ideia de personalidade e uma condição da realização desta.

Esta autonomia, este poder de autodeterminação nas relações com as outras pessoas, supõe necessariamente a *igualdade ou paridade* de situação jurídica dos sujeitos.

Outra ideia caracterizadora do sentido do direito civil, além da autonomia, é a de que este se encontra directamente ao serviço da plena realização da pessoa na sua vida com as outras pessoas. Tem essa função e esse espírito, desde logo, como dissemos, enquanto está construído à volta da *ideia de autonomia da pessoa* e a autonomia é condição básica da personalidade. Tem-na igualmente, enquanto a matéria (o objecto) da sua regulamentação *se identifica com todas as manifestações de directa convivência ou vida comum das pessoas entre si*.

III — Não quer isto dizer que o direito civil seja o único ramo do direito ao serviço do livre desenvolvimento da personalidade humana (3). A organização estadual, disciplinada pelo direito público, proporciona ao particular, mediante a outorga de direitos subjectivos públicos ou de faculdades, meios eficazes e indispensáveis para o pleno desenvolvimento da sua personalidade ou para a defesa da sua dignidade humana e, quanto ao exercício desses meios, o particular encontra-se em situação de plena autonomia. Pense-se na faculdade ou no direito subjectivo público (em face do Estado) de obter tratamento hospitalar, frequentar as escolas, utilizar a máquina judiciária, etc.

Estes meios de direito público, como aliás o próprio Estado, são.

^{1T3}) Sobre o «direito ao desenvolvimento da personalidade», explicitamente consagrado no texto do artigo 26º, n.º I, da Constituição pela IV revisão constitucional (1997), cf. Paulo Mono PINTO. «O direito ao livre desenvolvimento da personalidade», in *Portugal-Brasil, ano 2000*. Coimbra, 1999

numa visão personalista, estruturas instrumentais ao serviço da pessoa humana. Toda a sua aparelhagem visa criar condições que facilitem ou melhorem a realização da personalidade na vida dos homens. *Seria, pois, exagerado dizer que só o direito civil é o direito da pessoa.* Todo o direito, como ordem de defesa ou de promoção activa de resultados, está ao serviço da pessoa.

A validade de todo o direito supõe o reconhecimento do homem-pessoa, do homem-autónomo, pois, de outro modo, deparar-se-nos-ão apenas regras técnicas de polícia social, conforadoras do «homem funcional», do indivíduo modelado e normalizado.

Não pode, porém, esquecer-se ser fundamentalmente a vida das pessoas que o direito — todo o direito — visa facilitar ou melhorar, uma convivência com outras pessoas humanas — *é essa a zona central da vida em sociedade e é ela o campo próprio de incidência do direito civil*, que visa precisamente assegurar a autonomia e a realização da personalidade no plano das relações com as outras pessoas.

Quer dizer: o direito civil (de *eives* = cidadãos) situa-se no *núcleo mais íntimo e fundamental da sociedade*; disciplina as *relações sociais de pessoa para pessoa*, que constituem o cerne e o conteúdo necessário da vida na sociedade e ao serviço de cuja possibilidade e desenvolvimento está toda a organização social.

— O direito civil disciplina substancialmente as relações de pessoa a pessoa e, necessariamente, porque é um ordenamento jurídico, tutela coercitivamente os interesses das pessoas. Além de ser um ordenamento de modelação da vida social, procurando conformar esta positivamente, é um ordenamento de defesa ou protecção de direitos e posições jurídicas adquiridas.

Fundamentalmente a tutela, relativa a este aspecto, é operada, impondo ao infractor dos seus comandos, a *necessidade de reconstituir os interesses da pessoa lesada*. Esta tutela, *esgotando-se em princípio numa mera reparação*, evidencia claramente estarmos no plano das relações de pessoa a pessoa, onde se manifestam apenas interesses dos particulares.

Quando um comportamento lesivo de outrem, além do prejuízo causado à pessoa, *lesa o interesse social* com certa intensidade, *a reacção do direito civil*, posta em movimento pela pessoa lesada, é *reforçada*

pelo direito critninal, ordenamento dirigido à protecção dos valores da colectividade, isto é, com especial relevo comunitário.

V — Regulando as relações de pessoa a pessoa, reconhecendo a autonomia desta, disciplinando, assim, as formas de vida que são o núcleo íntimo e a razão de ser da organização social, bem podemos dizer que *o direito civil regula a vida quotidiana do homem comum.*

Com mais propriedade do que qualquer outro ramo do jurídico, é o direito civil a atmosfera imaterial onde se encontra envolvida — e onde se alimenta de uma ordenação — a nossa diária vida de relação com as outras pessoas.

Basta atender nas situações e factos que o direito civil disciplina:

O nascimento, os modos de ser da personalidade, o domicílio, a ausência, a incapacidade, a morte; as associações, as fundações; as declarações de vontade e os contratos. sua existência, vícios e elementos accidentais; o exercício e a prova dos direitos; os direitos de crédito, suas fontes e modalidades, a sua mobilidade, a sua garantia e a sua extinção; os vários contratos em especial, como a compra e venda, a doação, a sociedade, a locação, o comodato, o mútuo, a empreitada, o mandato, o depósito; a responsabilidade por danos causados a outrem e a obrigação de restituir por força do enriquecimento sem causa; a posse e a propriedade dos bens móveis e imóveis; os direitos reais limitados, como a servidão, o direito de superfície e o usufruto; o casamento, sua celebração, efeitos e dissolução: o regime de bens matrimonial; o parentesco, em especial a filiação; a adopção; a transmissão dos bens depois da morte do seu titular, por força da vontade ou da lei.

Estão aqui os factos da vida privada de relação. significativos para todas as pessoas, e onde se manifesta a personalidade do particular em convivência com os outros homens.

11. Sequência

De acordo com o plano do curso traçado, vamos de seguida expor a teoria geral da norma jurídica civil. Ela constituirá a primeira parte

do nosso estudo, sendo certo que alguns temas a ela pertinentes, como a noção de direito civil e a sua limitação, foram já tratados nesta Introdução. Por outro lado — é sabido não curaremos aqui dos temas que, transcendendo a norma de direito civil, se referem a todos os domínios do direito objectivo.

Na segunda parte do nosso curso trataremos — e esse tratamento terá uma extensão apreciavelmente maior do que a da primeira parte da teoria geral da relação jurídica.

I PARTE

TEORIA GERAL DO ORDENAMENTO
JURÍDICO CIVIL

CAPÍTULO I

FONTES DO DIREITO CIVIL PORTUGUÊS

12. Formas de surgimento das normas jurídicas civis

I — Os modos de aparecimento das normas integradoras do ordenamento jurídico civil vêm indicados nos primeiros artigos do Código Civil. Estas disposições iniciais da principal lei civil regulam, pois, a matéria das *fontes de direito* — e fazem-no com um alcance que transcende o âmbito do direito civil para abarcar *o modo de surgimento das normas jurídicas em geral*.

Esta inclusão no Código Civil de matérias gerais, não privativas da matéria civilística, evidencia com clareza como, na evolução histórica e no momento actual, o direito civil tem uma localização nuclear ou central no ordenamento jurídico. Essa sua situação no ponto central do direito objectivo advém-lhe da matéria por ele regulamentada: a personalidade no seu desenvolvimento e realização através das relações com outras pessoas.

Não são, aliás, apenas as fontes de direito a única matéria de âmbito geral cuja sede formal é imputada ao Código Civil, por força da tradição histórica e do reconhecimento do seu lugar central. Idêntico fenómeno sucede com as matérias do começo e da cessação da vigência das leis (arts. 5.º e 7.º) ⁽⁵⁴⁾, com a da relevância do desconhecimento da

⁽⁵⁴⁾ Sobre o começo da vigência da lei, que não pode ser anterior à data da publicação, rege actualmente a Lei. n.º 74/98, de 11 de Novembro (publicação, identificação e formulários dos diplomas). Ali se estabelece (art. 2.º) acerca da chamada

lei (art. 6.º), com a dos deveres do julgador perante a lei (art. 8.º), com a da interpretação da lei (art. 9a) e integração das suas lacunas (arts. 10.º e 11.º), com a da aplicação das leis no tempo (arts. 12.º e 13Y). As causas de tal opção sistemática são as mesmas: o direito civil foi originariamente o centro do ordenamento jurídico e continua a sê-lo, tendo os outros ramos do direito, cada um com uma específica missão fundamental para a sociedade, uma posição que, bem vistas as coisas, podemos considerar periférica e instrumental da convivência entre as pessoas humanas sobre a qual o direito civil estende o seu manto.

II — Dispõe o artigo 1.º do Código Civil que são fontes do direito as *leis e as normas corporativas*. Por *lei* entende-se toda a disposição imperativa e geral de criação estadual, isto é, emanada dos órgãos estaduais competentes segundo a Constituição. Como *normas corporativas* consideravam-se as disposições gerais e imperativas emanadas das entidades reconhecidas na Constituição de 1933 (arts. 16.º e 17.º) com a designação de organismos corporativos.

Com a extinção dos organismos corporativos, as normas corporativas deixaram de existir, pelo que estas não são hoje fonte de direito.

Só o facto de a revisão do Código Civil pelo Decreto-Lei n.º 496/77 ter sido limitada — visou adaptar normas anteriores atinentes ao exercício dos direitos, liberdades e garantias, no termos do n.º 3 do artigo 293.º da Constituição ⁽⁵⁵⁾ — pode explicar este facto surpreendente, de o artigo 1.º do Código Civil ter permanecido inalterado.

III — Além das leis, eram fontes de direito civil os *assentos do Tribunal Pleno* (art. 2.º do Cód. Civil), proferidos em recursos para o mesmo tribunal.

vacaria legis, que os diplomas entram em vigor no dia neles fixado ou, na falta de fixação, no Continente no quinto dia após a publicação, nos Açores e na Madeira no décimo quinto dia, e no estrangeiro no trigésimo dia. O período de *vacatio legis* nos Açores e na Madeira foi entretanto alargado para 15 dias. Estes prazos contam-se «a partir do dia imediato ao da publicação do diploma, ou da sua efectiva distribuição, se esta tiver sido posterior».

Sobre o sentido preciso da expressão «entra imediatamente em vigor» contida em diplomas legislativos, cfr. um parecer da POR. in *BMJ*, n.º 257, págs. 35 e segs.

^[55] Artigo 293.º do texto de 1976.

O recurso para o tribunal pleno e consequentemente a possibilidade de um assento que solucionasse o caso concreto em apreciação e, simultaneamente, valesse como preceito geral para futuro, exigia a verificação dos pressupostos constantes dos artigos 763.º e 764.º do Código de Processo Civil: existência de dois acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, e excepcionalmente do tribunal da Relação, que, relativamente à mesma questão fundamental de direito, assentassem sobre soluções opostas e fossem proferidos no domínio da mesma legislação ('6).

Todavia, o instituto dos assentos, que era «típico e exclusivo do nosso ordenamento jurídico», veio a ser *revogado* em 1995, pelo Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro. na sequência de discussões — e de pelo menos urna decisão — no sentido da sua inconstitucionalidade (¹⁷). Entendeu o legislador que seria indispensável à não caracterização do assento como acto normativo de interpretação e integração autêntica da lei, criado por disposição legal, que ele não tivesse *força vinculativa geral*; estando sujeito à contradita das partes e à livre *revisibilidade* pelo próprio tribunal dele emitente. Consequentemente, os assentos foram substituídos pela possibilidade de julgamento ampliado do recurso de revista, nos termos dos artigos 732.º-A e 732.º-B, do Código de Processo Civil, quando tal se revelar necessário ou conveniente para assegurar a *uniformidade da jurisprudência*. A decisão proferida para tal efeito apenas produz, porém, efeitos no processo, e não inclui qualquer norma, com força vinculativa geral (e a sua eficácia uniformizadora da jurisprudência é, assim, predominantemente persuasiva).

Além disso, os assentos proferidos anteriormente ao citado Decreto-Lei n.º 329-A/95 passaram a ter o valor dos acórdãos proferidos nos termos dos referidos artigos 732.º-A e 732.º-B (cfr. o art. 17.º,

(=17) Além de decidir o caso concreto em apreciação, o Tribunal Pleno formava um preceito genérico que exprimia a doutrina Jurídica subjacente à decisão e valia como estatuição normativa — como verdadeira *norma jurídica* — para os casos futuros. Sobre os assentos. IMMA perspectiva Crítica. cfr. CASTANHEIRA Neves, *O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra /1983

(,.) O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 810/93 (publicado no DR. II Série, de 2 de Março de 1994) julgou inconstitucional «a norma do artigo 2º do Código Civil na parte em que atribui aos tribunais competência para fixar doutrina com força obrigatória geral, por violação do disposto no artigo 115.º, n.º 5.º da Constituição».

n.º 2. daquele diploma). Pelo que hoje os assentos também já *não são fontes de direito*.

IV — O Código Civil refere-se igualmente (art. 3.º) aos *usos* conformes aos princípios da boa fé (*bani mores*). Não se trata, porém, aqui de verdadeiras normas jurídicas ou de um reconhecimento do costume como fonte do chamado direito consuetudinário. Por um lado, os usos só valem quando a lei o determinar; por outra via, não se exige a consciência da obrigatoriedade dos referidos usos por parte dos que o adoptam. Trata-se das *práticas ou usos de facto*, importantes sobretudo no domínio do tráfico jurídico e mais nitidamente ainda no comércio. São exemplos de remissão legal para os usos ou da sua invocação os artigos 218.º, 234.º, 373.º, n.º 2, 560.º, n.º 3, 763.º, n.º 1, 777.º, n.º 2, 885.º, n.º 2, 1122.º, 1455.º, etc.

V — O artigo 4.º permite aos tribunais a solução *ex aequo et bono* dos casos que lhes são presentes. A admissão *da equidade* foi acantonária, porém, dentro de apertados limites: existência de disposição legal que a permita (exs.: arts. 72Y, n.º 2, 283.º, 1, 339.º, n.º 2, 437.º, n.º I. etc.), ou convenção das partes.

VI — Verifica-se, portanto, que, nas normas do Código Civil sobre este tema, *o costume não é reconhecido como fonte de direito*, nem sequer conto meio de integração das lacunas da lei, não se reconhecendo um direito consuetudinário vigente. É esse, aliás, um resultado a que chegamos, no máximo com uma ou outra atenuação, os sistemas jurídicos modernos (55).

(⁵) As discussões que no século XIX se travaram sobre o primado do direito legislado ou do direito consuetudinário — entre os quais é frequentemente referida a polémica travada pelos Juristas alemães Anton Fedrich Justus THILIAU (1774-1840) e Immanuel von SAVIGNY (1779-1861), o primeiro a favor (em *Ueber die Notwendigkeit einer allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, Heidelberg, 1814) e o segundo desfavorável (em *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Wissenschaft*, também de 1814) à tendência para substituir o costume pela lei, polémica onde, para além das vantagens e inconvenientes de cada uma destas fontes, se passa a tensão entre os movimentos a favor e contra a unificação dos Estados alemães numa organização estadual centralizada, como veio a verificar-se com Bismarck — estão hoje superadas em desfavor

VII — A *jurisprudência* está igualmente excluída do quadro das fontes de direito. Não significa isto que a missão do julgador seja uma aplicação mecânica duma ordenação que lhe é dada ou que, numa fórmula célebre, ele seja «uma boca que diz as palavras da lei». Cabe-lhe a importantíssima missão de, em face do caso concreto, dar vida à norma legal, precisando-a e concretizando-a. Esta «concretização» da lei implica unia explicitação das suas virtualidades e um desenvolvimento e enriquecimento dela, embora integrada no quadro ou no sistema legal — um sistema aberto, é certo —, como o exigem o princípio da legalidade e o fundamento democrático da função legislativa (f9).

VIII — O *caracter constitutivo* desta intervenção judicial é *sobre-tudo* importante no que se refere à aplicação aos casos da vida de conceitos indeterminados e cláusulas gerais em que aliás o actual Código Civil é fértil ⁽⁶⁰⁾. Em todos esses casos o julgador não deixará, porém, falar apenas a sua subjectividade e considerará *certos momentos racionais e denominadores objectivos* (vivência e inteligência objectivas do conceito indeterminado ou da cláusula geral, evidenciadas pelos usos do tráfico e pelo fundo cultural médio da sociedade, interesses em causa na hipótese concreta, função da cláusula geral, pensamentos jurídicos nela filiados que se colam dos grupos de decisões concretizadoras já proferidas pela jurisprudência). Em todo o caso, existe aqui *uma mais acentuada dose de valoração e apreciação* por parte do julgador do que a que tem lugar na aplicação duma norma integrada por conceitos «fixos» ou «determinados», mas a sua actuação é vinculada à lei e não de mera discricionariedade.

O carácter constitutivo da intervenção judicial é ainda claramente manifestado no caso particular de *certas cláusulas gerais, fiscalizadoras*

do direito consuetudinário. por força das mutações que a evolução sia sociedade foi impondo e por força da imprecisão do costume.

(59) Noutros termos: como o exige o primado da legitimidade do legislador sobre subjecirsismos ou opções sectoriais, ainda que técnica e eticamente prestigiadas, como é o caso das orientações que os juizes eventualmente acolheriam, se não houvesse lei.

(60) o caso, p. ex., da *boa fé* a que se referem os artigos 227.º 239.º 437, 762.; etc., doídos *de causa justificativa* do arco 473.º da *gravidade* do artigo 496.º. do *estado e condição* cio artigo 489º, dos *bons costumes* do artigo 280.º. etc.

ou sindicantes da aplicação das restantes normas do ordenamento jurídico. Referimo-nos a certos princípios com que o sistema jurídico se auto-limitou, criando meios de controlo dos resultados da aplicação das restantes normas. É o caso do *princípio do abuso do direito* (art. 334.º), do controlo da aplicação do direito estrangeiro pela ordem pública internacional do Estado português (art. 22.º) e da *limitação* da lei pelo respeito da dignidade da pessoa humana (art. 1.º da Constituição) ou pelas «justas exigências da moral» (art. 16.º, n.º 2, da Constituição, conjugado com o art. 29.º, n.º 2, da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, texto a que pertence a expressão citada, e em harmonia com o qual devem ser interpretados e integrados os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais). Nestes casos, o juiz vai afastar uma norma que atribui um certo direito e define o seu exercício ou determina um certo regime — vai assumir, portanto, uma clara atitude valorativa e constitutiva (61),

IX — Apesar, porém, do carácter concretizador da actividade do juiz — concretização que tanto tem lugar quando ele aplica normas com conceitos fixos, como quando aplica cláusulas gerais e conceitos indeterminados —, *não podemos atribuir à jurisprudência o carácter de fonte de direito.*

É que os resultados a que o julgador chegou só *têm força vinculativa para o caso concreto* a ser decidido. Nenhum outro tribunal está vinculado a aplicar a um caso da mesma espécie a solução encontrada pelo juiz na interpretação e integração da norma ou mesmo na concretização de uma cláusula geral ou de um conceito indeterminado (62).

(⁶¹) Nestas cláusulas, onde se divisa a objectividade necessária à preservação dum alastramento do subjectivismo, dissolvente do grau necessário de segurança jurídica? Entendemos que a superação do sistema jurídico, por via das cláusulas, 86 pode admitir-se em casos de *clamorosa e intolerável injustiça do resultado* a que se chegaria, aplicando a norma em que a hipótese concreta se subsume. Deve, pois, o juiz na aplicação do art.º 334.º do Código Civil ter uma autêntica convicção do carácter *anómalo* da hipótese e da *excepcionalidade* do seu proceder.

(⁶²) M. Antes de 1995, exceptuava-se a hipótese dos assentos. Hoje, o que se diz no texto vale também para as decisões proferidas nos recursos julgados nos termos do atado artigos 732.º-A e 732S-B, do Código Civil, que pretenderam substituir os assentos na sua função de propiciar a uniformidade da jurisprudência

Quaisquer correntes de jurisprudência que se formem, através de uma uniformidade de decisões, não têm eficácia vinculativa para os julgadores que se defrontam de novo com um caso do tipo a que elas se referem. Frise-se até que, entre nós, tal liberdade de cada juiz em face da jurisprudência anterior *é* constantemente manifestada, raras sendo, com prejuízo para a certeza do direito e para a segurança da vida, as correntes jurisprudenciais firmes uniformemente acatadas.

13. Diplomas fundamentais do direito civil português

I — A lei é a fonte mais importante — quase exclusiva — do direito civil português.

Quais os *diplomas* em que se compendiam as normas legais que formam o nosso direito civil actual?

O vértice de todo o ordenamento jurídico é constituído pelo *direito constitucional*. Seguramente que se encontrarão, portanto, na *Constituição da República Portuguesa*, princípios determinantes do conteúdo do direito civil português.

O repositório fundamental do nosso direito civil é, todavia, o *Código Civil português de 1966*.

II — A Constituição da República Portuguesa vigente é a Constituição de 1976, revista já por seis vezes (em 1982, 1989, 1991, 1997, 2001 e 2004). Entre os princípios constitucionais susceptíveis de condicionar o conteúdo das normas de direito civil avultam os *direitos, liberdades e garantias* enunciados nos artigos 24.^o e segs. — *ex.*, direito à vida, direito à integridade pessoal, direito à liberdade e à segurança, direito ao bom nome, à identidade pessoal, direito à capacidade civil, direito à intimidade, direito à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação, inviolabilidade do domicílio e da correspondência, liberdade de expressão, liberdade de imprensa, liberdade de consciência, religião e culto, liberdade de criação cultural, liberdade de associação, direito de reunião, etc. (63).

⁶M Grande significado tem o preceito constitucional português (art. 16n. n.º 2) que consagra, como elemento de intecração e interpretação das normas conslitucio-

É, igualmente, de importante significado para o direito civil o artigo 36.º, contendo princípios fundamentais sobre *família, casamento e filiação*, nomeadamente a igualdade dos cônjuges e a não discriminação dos filhos nascidos fora do casamento.

Importa, ainda, reter o reconhecimento do direito à iniciativa privada (art. 61a), a garantia da *propriedade privada* e da sua transmissão em vida ou por morte (art. 62.º), bem como os artigos 80.º e segs., sobre a organização económica, nomeadamente a consagração de três *sectores de propriedade* (sector público, sector privado e sector cooperativo e social), o reconhecimento da *iniciativa privada, o plano* e o redimensionamento das unidades de exploração agrícola.

Devemos acrescentar ainda outros preceitos, tais como *o princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei* (art. 13.º).

E é ainda importante o artigo 849, que elenca os bens que integram o domínio público e remete para a lei a definição de quais integram o domínio público do Estado, o domínio público das regiões autónomas e o domínio público das autarquias locais, bem como o seu regime, condições de utilização e limites. Na matéria do domínio público e privado do Estado importa ainda compulsar o Decreto-Lei n.º 477/80, de 15 de Outubro.

III — O *Código Civil português* actual foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de Novembro de 1966, do qual faz parte.

O começo da sua vigência no continente e ilhas adjacentes verificou-se em 1 de Julho de 1967, nos termos do artigo 2.º do referido Decreto-Lei n.º 47 344, tendo-se assim estabelecido um período de cerca de 7 meses de intervalo entre o momento da publicação e o da entrada em vigor (*vacatio legis*).

O Código Civil português de 1966 foi objecto de uma revisão geral depois da Constituição de 1976, levada a cabo pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro.

As alterações mais significativas verificaram-se no direito da família (disciplina do divórcio, da filiação e dos direitos e deveres dos côn-

fluis ou legais sobre direitos fundamentais a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

juges), no direito sucessório (valorização da posição sucessória do cônjuge sobrevivente, designadamente dando-lhe a qualidade de herdeiro forçoso ou legitimário), na disciplina das associações. como resultado do princípio da liberdade de associação, na consagração da idade de 18 anos como limite da maioridade, com a consequente redução do alcance do instituto da emancipação, na extinção do regime matrimonial do dote (regime dotal).

Posteriormente a 1977, e até hoje, tem havido alterações em determinados pontos do Código Civil, de que iremos dando conta ao longo da exposição (64).

14. As normas aplicáveis às relações de direito civil. Direito Civil e Direito Constitucional. Aplicação de normas constitucionais às relações entre particulares

1 - As normas de direito civil estão fundamentalmente contidas no Código Civil português de 1966, revisto em 1977.

Alguns diplomas avulsos regulam, porém, igualmente, matérias do direito privado comum. São, p. ex., de direito civil algumas normas dos Códigos do Notariado, do Registo Predial e do Registo Civil, ■• g.. as que enumeram os actos sujeitos a escritura pública ou os actos ou factos sujeitos a registo ⁽⁶⁵⁾ e estabelecem o respectivo regime.

(^P) Por ordem cronológica, é a seguinte a lista dos diplomas que, desde 1977, alteraram o Código Civil: Decretos-Leis n.ºs 200-C/80, de 24 de Junho, 236/80, de 15 de Julho, 328/81, de 4 de Dezembro, 262/83, de 16 de Junho, 225/84, de 6 de Julho, e 190/85, de 24 de Junho; Lei n.º 46/85, de 20 de Setembro; Decretos-Leis n.ºs 381-8/85, de 28 de Setembro, e 379/86, de 11 de Novembro; Lei n.º 24/89, de 1 de Agosto; Decretos-Leis n.ºs 321-B/90, de 15 de Outubro, 257191, de 15 de Julho, 423/91, de 30 de Outubro, 185/93, de 22 de Maio, 227/94, de 8 de Setembro, 267/94, de 25 de Outubro, e 163/95, de 13 de Julho; Lei n.º 84/95, de 31 de Agosto; Decretos-Leis n.ºs 329-A/95, de 12 de Dezembro, 14/96, de 6 de Março, 68/96, de 31 de Maio, 35/97, de 31 de Janeiro, e 120/98, de 8 de Maio; Lei n.º 21/98, de 12 de Maio, e 47/98, de 10 de Agosto; Decreto-Lei n.º 343/98, de 6 de Novembro; Lei n.º 16/2001, de 22 de Junho; Decretos-Leis n.ºs 272/2001, de 13 de Outubro, 273/2001, de 13 de Outubro, 323/2001, de 17 de Dezembro, e 38/2003, de 8 de Março; Lei n.º 31/2003, de 22 de Agosto; Decretos-Leis n.ºs 199/2003, de 10 de Setembro, e 59/2004, de 19 de Março.

(^O) São, porém, de direito administrativo as normas que regulam a organização e funcionamento dos respectivos serviços.

Vigoram, também, no domínio juscivilístico, outros diplomas. Assim,
p x.

- ai A disciplina jurídica dos direitos de autor consta do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de Março ⁽⁸⁶⁾ (que revogou o Código do Direito de Autor de 1966). tendo sido publicados alguns diplomas posteriores sobre pontos circunscritos da matéria (y g., os Decs.-Leis n.º 332/97 e 333/97, de 27 de Novembro, que transpuseram para o direito nacional directivas relativas ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos ao direito de autor bem como à radiodifusão por satélite e à retransmissão por cabo; a Lei n.º 62/98, de 1 de Setembro, que regulou a compensação devida pela reprodução ou gravação de obras, prevista no artigo 82.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, aprovado pelo Dec.-Lei n.º 63/85, de 14 de Março, na redacção dada pelas Leis n.º 45/85, de 17 de Setembro, e 114/91, de 3 de Setembro; e a Lei n.º 50/2004, de 24 de Agosto (87)).
- b) A «Lei de Bases Gerais da Caça» (Lei n.º 173/99, de 21 de Setembro), que revogou a anterior Lei da Caça (Lei n.º 30/86, de 27 de Agosto). e foi desenvolvida pelo Decreto-Lei n.º 202/2004, de 18 de Agosto, que define o regime jurídico da conservação, fomento e exploração dos recursos cinegéticos, com vista à sua gestão sustentável. bem como os princípios reguladores da caça;
- e) A Organização Tutelar de Menores (que constava do Dec.-Lei n.º 44 288, de 20 de Abril de 1962) foi revista pelo Decreto-Lei

⁽⁸⁶⁾ Esse Código sofreu Jo⁸o varias alterações pela Lei n.º 45/85. de 17 de Setembro. e, depois, designadamente pelas Leis n.ºs 114/91. de 3 de Setembro, e 50/2004, de 24 de Agosto.

⁽⁸⁷⁾ Além de transpor para a ordem jurídica portuguesa a Directiva 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001. sobre certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação. esta Lei n.º 50/2004 alterou a Lei n.º 62/98, art.º 1 e 2, que haviam sido declarados inconstitucionais pelo Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 616/2003 (DR, 1 Série-A, n.º 62. de 13 de Março de 2004).

- n.º 314/78, de 27 de Outubro, por sua vez alterado por vários diplomas legais ("");
- d) O Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 220/95, de 31 de Agosto, e 249/99, de 7 de Julho, que instituiu o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais;
- e) O Regime do Arrendamento Urbano, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 321-B/90, de 15 de Outubro (e alterado, designadamente, pelos Decs.-Leis n.ºs 278/93, de 10 de Agosto, 64-A/2000, de 22 de Abril, e 329-B/2000, de 22 de Dezembro).

II — Não está, porém, esgotada, com o acervo das normas do Código Civil e de alguma legislação ordinária avulsa, a totalidade das normas aplicáveis às relações jurídico-privadas.

Problemas de direito civil podem encontrar a sua solução numa norma que não é de direito civil, mas de direito constitucional.

A *Constituição* contém, na verdade, uma «força geradora» de direito privado. As suas normas não são meras directivas programáticas de carácter indicativo, mas normas vinculativas que devem ser acatadas pelo legislador (como decorre logo do princípio da constitucionalidade — art. 3.º, n.ºs 2 e 3, da Constituição), pelo juiz e demais órgãos estaduais.

O legislador deve emitir normas de direito civil não contrárias à Constituição; o juiz e os órgãos administrativos não devem aplicar normas inconstitucionais (69).

Sem embargo do sistema de fiscalização preventiva da constitucionalidade das leis, a Constituição (art. 204.º) confere aos tribunais o

(^E) Decretos-Leis n.ºs 185/93, de 22 de Maio, 48/95, de 15 de Março, 58/95, de 31 de Março, e 120/98, de 8 de Maio; Leis n.ºs 133/99, de 28 de Agosto, 147/99, de 1 de Setembro, 5010216w (aprovou a Lei de protecção de crianças e jovens em perigo), 166/99, de 14 de Setembro (que aprovou a Lei Tutelar Educativa), e 31/2003 de 22 de Agosto. A norma do art. 41 do Decreto-Lei n.º 314/78 foi declarada inconstitucional pelo Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 570/96 (DR / Série A de 3-9-19967).

(69) O «legislador no direito privado», tal como quaisquer outros órgãos do Estado, deve, assim respeitar os direitos fundamentais — assim, cfr. na Alemanha (onde não existe um preceito semelhante ao art. 118º da nossa Constituição e o problema foi discutido) Caus-Wilhelm C.º SAR: S, *Direitos fundamentais e direito privado*, trad. port. Coimbra, 2004, págs. 28 e segs.

poder e o dever de não aplicar disposições legais ordinárias (p. ex., normas de direito civil) que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados. A não-aplicação de normas inconstitucionais pelos tribunais tanto se pode fundamentar numa inconstitucionalidade material como em inconstitucionalidade formal ou orgânica.

As normas constitucionais, designadamente as que reconhecem direitos fundamentais, têm, também, eficácia no domínio das relações entre particulares (relações jurídico-privadas), impondo-se, p. ex., à vontade dos sujeitos jurídico-privados nas suas convenções. Esta ideia, referida na doutrina alemã por eficácia reflexa ou eficácia em relação a terceiros (*Drittwirkzuzu*), encontra hoje apoio no artigo 184, n.º 1, da Constituição.

Assim, são protegidos nas relações entre particulares, impondo-se à sua vontade, os seguintes princípios, enunciados exemplificativamente: *respeito pelos direitos fundamentais*, y g., liberdade de consciência, religião e culto (art. 414), liberdade de expressão e informação (art. 374), direito de escolha de profissão ou género de trabalho (art. 47.º), direito à vida, direito à integridade pessoal, moral e física, à identidade pessoal, direito à liberdade e à segurança (arts. 244, 25.º, 26.º e 27.º), direito a uma correcta utilização de informática (art. 35.º), *princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei*, com proibição de privilégio, benefício ou prejuízo em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social (art. 134), *direito de constituir família e contrair casamento* (art. 36.º) e o *reconhecimento da constituição e garantia da protecção da fundia* (art. 67.º).

O reconhecimento e tutela destes direitos fundamentais e princípios valorativos constitucionais no domínio das relações de direito privado processa-se mediante os meios de protecção próprios deste ramo de direito, v. g., nulidade, por ser contra a ordem pública (art. 280.º do Cód. Civil), da convenção ou cláusula que viola um desses direitos e *direito de indemnização* por violação de um direito de personalidade (arts. 70.º e segs. do Cód. Civil).

A aplicação das normas constitucionais à actividade privada faz-se:

- a) através de normas de direito privado que reproduzem o seu conteúdo (p. ex.: direito ao nome — art. 72.º do Cód. Civil e art. 26.º

- da Constituição; direito à reserva sobre a intimidade da vida privada — arts. 80.º do Cód. Civil e 26.º da Constituição); *Pi* através de cláusulas gerais e conceitos indeterminados, cujo conteúdo é preenchido com os valores constitucionalmente consagrados (p. ex.: ordem pública do art. 280.º do Cód. Civil: tutela geral da personalidade do art. 70.º do Cód. Civil, onde se consagra um verdadeiro *direito geral de personalidade*);
- c) em casos absolutamente *excepcionais*, por não existir cláusula geral ou conceito indeterminado adequado, uma norma constitucional reconhecedora de um direito fundamental aplica-se independentemente da mediação de uma regra de direito privado (p. ex.: a protecção contra o uso incorrecto da informática, nos termos do art. 355 da Constituição, embora se pudesse sustentar que esta protecção dos cidadãos já encontrava guarida no art. 705 e até no art. 80.º do Cód. Civil, dada a sua generalidade).

Parece conveniente e susceptível de conduzir a resultados mais razoáveis que a aplicação das normas constitucionais a actividades privadas se faça em *primeira linha com referência a instrumentos e regras próprias do direito civil*. Assim se chama a atenção para a necessidade de atenuações à plena afirmação de um ou outro princípio constitucional, isoladamente considerado, por força de princípios fundamentais de direito privado, também eles consagrados na Constituição (ou, pelo menos, obviamente conformes a ela) ⁽⁷⁰⁾: por exemplo, o princípio da igualdade dos cidadãos não pode prevalecer, antes tem de ceder, sobre a liberdade contratual (art. 405.º do Cód. Civil); o direito de liberdade de expressão não pode prevalecer sobre o dever de segredo ou fidelidade que, em certos contratos, resulta para as partes — ou uma delas — de cooperação, segundo a boa fé, para se atingir o interesse na prestação ou no contrato (art. 7624. n.º 2, do Cód. Civil).

(^s) Nas relações entre particulares (diversamente do que acontece quando uma das partes é uma entidade pública) frequentemente encontraremos, nos dois pólos da relação, titulares de direitos constitucionalmente protegidos, o que aproxima muitas vezes o problema da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares de um *problema de colisão* de direitos fundamentais (Robert ALEXY, *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt a. M., 1986, pés. 480).

Sem esta atenuação a vida jurídico-privada, para além das incertezas derivadas do carácter muito genérico dos preceitos constitucionais, conheceria uma extrema rigidez, inautenticidade e irrealismo, de todo o ponto indesejáveis (pense-se na pretensão inadmissível de um dever geral de igualdade de tratamento por um particular relativamente a todos os concidadãos a quem propusesse relações contratuais — pretensão inadmissível, salvos os limites impostos pela exigência do respeito pela dignidade humana).

III — As ideias expostas sobre a aplicabilidade directa de preceitos constitucionais às relações jurídico-privadas e sobre os termos dessa aplicação reclamam — como todos os problemas e soluções jurídicas — alguma concretização.

Assim, p. ex., será nulo um *contrato*, ou uma cláusula contratual, pela qual alguém se *obrigue a professar ou a abandonar certa religião* ou certa prática religiosa. Tal estipulação contraria o citado preceito constitucional sobre liberdade religiosa, cuja doutrina não pode deixar de entrar no preenchimento do conteúdo da cláusula geral da «ordem pública» do artigo 280.¹. n.º 2, e desencadear assim a consequência jurídica que esta disposição faz corresponder à falta de idoneidade do objecto negociai.

É nula a cláusula de um contrato de seguro de responsabilidade, segundo a qual o segurado, sob pena de perder os seus direitos, *se obriga a abster-se de quaisquer declarações ou actos* que tendam a reconhecer a responsabilidade do segurador. Tal cláusula *é* também contrária à ordem pública (art. 280.º). pois nesta tem de se compreender a liberdade de expressão do pensamento garantido constitucionalmente (71).

É nulo o contrato pelo qual alguém *se obriga a nunca contrair casamento*, desde logo por força das disposições constitucionais que estabelecem a garantia da constituição e defesa da família (art. 36.º da Constituição), disposições que não podem também deixar de integrar a ordem pública do referido artigo 280.º do Código Civil (72),

A numerosa Judsprudência sobre o ponto *é* já antiga: cfr. o Acórdão da Relação do Porto, de 20 de Fevereiro de 1963, in *JR*, 1963, pág. 147.

(72) Acerca da condição de casar ou não casar aposta a um testamento, cfr o artigo 2233.º

Adquire direito à indemnização dos prejuízos sofridos a pessoa a quem o dono dum restaurante se recusar a servir uma refeição ou a quem o proprietário ou o motorista de um automóvel de aluguer se recusar a transportar, em virtude da raça da contraparte. Esta recusa de contratar é ofensiva da integridade moral de outrem, logo, de um direito de personalidade, na medida em que a Constituição estabelece ser princípio fundamental da sociedade portuguesa politicamente organizada a igualdade dos cidadãos perante a lei e envolver esta igualdade a negação de qualquer privilégio de nascimento, raça, sexo, religião ou condição social (art. 13.º da Constituição) ⁽⁷³⁾. E a ilegitimidade de tal recusa é hoje mesmo explicitada por vários diplomas legais, que sancionam as práticas discriminatórias com base em motivos raciais ou étnicos, ainda que realizadas por particulares (1ã).

Deve ser igualmente indemnizada a pessoa que, p. ex., em virtude de ameaças, *foi impedida de exprimir livremente o seu pensamento* e sofreu, por esse facto, um prejuízo.

IV — Dissemos atrás que os preceitos constitucionais na sua aplicação às relações de direito privado não podem aspirar a uma consideração rígida, devendo, pelo contrário, conciliar o seu alcance com o de certos princípios fundamentais do direito privado — eles próprios conformes à Constituição. Não é fácil determinar a extensão em que os referidos princípios constitucionais vigoram na esfera do direito privado. Para a determinar, necessário se torna considerá-los à luz da função e do sentido de certos princípios e meios de actuação do direito privado que

⁽⁷³⁾ Reconhecer a lei a legitimidade de tal recusa seria, a todas as luzes, infringir a igualdade perante a lei.

^(1ª) Assim, a Lei n.º 134/99, de 28 de Agosto (regulamentada pelo Dec.-Lei nº 111/2000, de 4 de Julho), e a Lei n.º 18/2004, de 11 de Maio (transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva 2000/43/CE, do Conselho, de 29 de Junho de 2000, «que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica, e tem por objectivo estabelecer um quadro jurídico para o combate à discriminação baseada em motivos de origem racial ou étnica»). Também na Constituição (art. 27f, 1-1_º 1, influe) se consagra expressamente, desde a IV revisão (1997), o direito «à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação». Cfr. Paulo MOTA PINTO. «Autonomia privada e discriminação — algumas notas», texto em publ. cm *Estudos em homenagem, ao Cons. Cardoso da Costa*, vol. Coimbra, 2005.

entrariam em conflito com aqueles princípios constitucionais, se eles se quisessem impor irrestritamente no tráfico entre particulares, como se impõem nas relações Estado-cidadão. É o caso dos já citados *princípios da liberdade contratual* e da *boa fé na execução do contrato* em ordem à realização do interesse contratual.

Ninguém pode invocar o princípio da igualdade para impugnar um testamento em que o testador beneficie um ou alguns filhos relativamente a outros. Não pode pedir-se uma indemnização a uma pessoa que vende um prédio a outrem pelo mesmo preço que lhe tenha sido oferecido anteriormente por um terceiro, ou até por preço inferior, pois o vendedor exerce a sua liberdade contratual, que comporta a liberdade de escolha do outro contraente (75).

Pode estabelecer-se num contrato, nomeadamente constitutivo de uma duradoura relação de confiança de uma parte na outra, a existência de deveres de segredo e de fidelidade, limitadores da expressão do pensamento.

Quer dizer, o princípio da igualdade que caracteriza, em termos gerais, a posição dos particulares em face do Estado, não pode, no domínio das convenções entre particulares, sobrepor-se à liberdade contratual, salvo se o tratamento desigual (b.g., recusa de contratar) implica violação de um direito de personalidade de outrem, como acontece se assenta em discriminações raciais, religiosas, etc.: a liberdade de expressão do pensamento pode ser limitada por força da confiança de cada parte contratual na cooperação da outra para realização do fim visado com o contrato.

Resulta de quanto se expôs neste número e nos anteriores não se poder duvidar *se* os preceitos constitucionais sobre direitos fundamen-

(75) A ilicitude sO" Lerá lugar, neste caso e no anterior, se a discriminação violadora do princípio da igualdade for *feita em termos* afrontadores da Constituição (motivos de raça, religião, etc.) É que o princípio constitucional da igualdade tem de conciliar-se, no domínio do direito privado, com a liberdade contratual ou com a liberdade de testar reconhecidas aos particulares. Este princípio constitucional tem *sobretudo* em vista criar o dever do Estado de tratar igualmente os cidadãos. Todavia, como dissemos *não se esgota no domínio das directas relações Estado-cidadão*: será ilícito o conteúdo de um negócio ou uma recusa de contratar, quando os seus termos envolvam infracção ao princípio da negação de discriminações raciais, religiosas de nascimento ou de sexo. Seria mimar a igualdade Numa lei *admitir que a lei pudesse reconhecer e dar eficácia a actos dos particulares dirigidos àquelas formas de discriminação*.

tais têm aplicação nas relações entre particulares. Essa aplicação não se discute. De outro modo poderia ser criada uma ordenação factual para-constitucional ou mesmo anticonstitucional sem consideração das opções valorativas consagradas na Constituição, designadamente por parte de forças socialmente organizadas.

Pode discutir-se é o *como* dessa aplicação, isto é, a sua intensidade e os termos da coordenação dos preceitos constitucionais com outros princípios fundamentais. A este propósito. falar de aplicação mediata ou imediata é, a bem dizer, *questão de palavras* ou de formulação. Não pode recusar-se a necessidade de uma conjugação, à luz de todas as especificidades da situação real, com outros princípios constitucionais e seus corolários, mormente o princípio da liberdade contratual. Impõe-se uma *consideração diferenciadora* de todas as facetas e especificidades do problema ou situação real, em ordem a possibilitar as necessárias coordenações ou conjugações de princípios constitucionais, contrastantes relativamente à situação concreta (76).

O principio da igualdade perante a lei parece impor necessariamente a inconstitucionalidade de quaisquer normas de direito civil ou de outros ramos do direito — que não sejam normas gerais. As normas aplicáveis a uma só situação ou a um conjunto limitado de situações seriam normas inconstitucionais.

Na realidade, a esmagadora maioria das normas é de amplo carácter geral. Surgem, porém, normas que estatuem um determinado regime

[76] Tais considerações diferenciadoras, defendidas já na anterior ed. desta obra, são hoje amplamente dominantes na doutrina que trata da problemática da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares. Discutem-se, porém, os exactos termos e critérios das diferenciações relevantes — cfr., p. ex., atendendo à existência de um «poder privado» cie facto, social ou económico, ou de uma situação de desigualdade. J. J. GOMES CANOFILHO, *Direito constitucional e teoria da Consolauteeid*, 7.^a ed., Coimbra, 2003, págs. 1290 e segs., J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fíndamenrais na Cons9191D7o portuguesa de 1976*, 35 ed., Coimbra, 2004. pács. 259 e segs., J. MIRANDA, *Manual de diDiro constitucional*, tomo IV, Coimbra, 2000, pág. 326, atendendo antes à circunstância de se atingir ou não o núcleo essencial do direito fundamental (em particular, a protecção da dignidade da pessoa humana), v., entre nós, P. ~~Mora~~ Pinho «O direito ao livre desenvolvimento da personalidade». cit págs. 227 e segs., na sequência de J. NELI-NER, *Privdtrecht und Sozialstanz*, Munchen, 1999. pág. 158.

para um grupo reduzido de casos, abrangendo, portanto, uma categoria pouco extensa de situações separadas dentro de um género.

Pode acontecer, mesmo, que a lei seja emitida para solucionar o problema suscitado por uma única situação concreta ou por um grupo de situações pré-determinadas. É o fenómeno, mais frequente aliás, no direito administrativo do que no direito privado. das chamadas *leis-medida*, *leis-providência*, *leis-provisão* ou *leis individuais*.

Tais leis individuais podem apresentar-se nominativamente referidas a uma ou mais pessoas ou situações concretas ou, em vez disso, visar a entidade legiferante o mesmo objectivo com uma caracterização genérica, que camufla a incidência individual da norma (i).

Como qualificar estas situações em face do princípio da igualdade perante a lei consagrado no artigo 13.º da Constituição da República?

A extensão do grupo abrangido pela regulação legal não tem, de per si, qualquer significado para o efeito de se considerar verificada uma violação do princípio constitucional da igualdade — isto mesmo que a norma em apreço seja uma *lei individual* ou *lei-provisão* (*4Massimh-megesetz*, »).

O que o princípio da igualdade impõe é uma *proibição do arbitrio* na diferenciação das hipóteses lesais. Impõe que o legislador não possa tratar arbitrariamente o essencialmente igual como desigual, nem o essencialmente desigual arbitrariamente como igual. Nem todas as leis concretas, relativas a situações determinadas ou determináveis (eventualmente uma só situação), desde o momento da sua entrada em vigor, infringem o princípio constitucional da igualdade. Não o infringirão se for fornecida uma *justificação racional e objectiva*, não arbitrária, da limitação do regime legal àquelas situações.

O artigo 13.º da Constituição não inibe, assim, o legislador ordinário de efectuar diferenciações entre as situações genéricas que aspiram a ser disciplinadas legalmente. O legislador pode e deve reconhecer as desigualdades assentes nas características objectivas da matéria a disciplinar — as desigualdades não arbitrárias, assentes em princípios de racionalidade e justiça.

CM Trata-se sempre de uma lei individual, mas, enquanto no primeiro caso é uma lei nominativa, no segundo é como que uma «lei-fotografia»

Nessa operação de tratar *desigualmente o desigual*, pode bem deparar com categorias cuja concreta extensão se esgote em casos contados. Ainda aí pode e deve adoptar as especiais providências que a objectividade reclama.

O princípio constitucional da igualdade não impede o órgão Icerante de destacar de um acervo genérico de situações uma determinada categoria, seja qual for a sua extensão, eventualmente esgotando-se mesmo num único caso. Ponto é que essa diferenciação vise atribuir à categoria (eventualmente uma só situação) apartada um regime especial, fundado em razões específicas, objectivas e não arbitrárias.

O que o legislador ordinário não pode é separar categorias de situações (mesmo que cubram milhões de hipóteses), segundo critérios arbitrários, isto é, sem relação objectiva com o regime especial que se lhe dispensa.

A publicação de uma norma com um único destinatário possível pode não violar o princípio da igualdade: pense-se numa disciplina jurídica, específica e objectivamente justificada para um sector económico onde há uma só empresa.

Pode, ao invés, infringir tal princípio uma norma com milhões de destinatários: pense-se numa lei que exclua a frequência de certas escolas por uma comunidade racial ou religiosa.

15. O Código Civil português: as circunstâncias históricas da sua elaboração e a legislação anterior

I — Os trabalhos dirigidos à elaboração do *actual Código Civil português* estenderam-se por cerca de 22 anos.

Com efeito, o primeiro passo no sentido da elaboração de um novo Código Civil foi dado com o Decreto-Lei n.º 33 908, de 4 de Setembro de 1944, tendo sido, no ano seguinte, nomeada uma comissão formada por vários professores de Direito Civil das duas Faculdades de Direito portuguesas, com a missão de preparar o respectivo projecto. Presidiu à Comissão o Prof. VAZ SERRA da Faculdade de Direito de Coimbra.

Em resultado do labor dos membros da referida Comissão, entretanto acrescentada de novos elementos, foram elaborados vários anteprojectos parcelares, algumas vezes acompanhados da respectiva justificação.

Coordenados estes e feita a sua revisão, o Ministro da Justiça, ANTUNES VARELA, fez publicar e divulgar o *Projecto de Código Civil* em Maio de 1966, vindo o *Código a ser aprovado e publicado* através do Decreto-Lei n.º 47 344. de 25 de Novembro de 1966.

A publicação de ¹¹⁷⁷ novo Código Civil foi, algumas vezes, justificada, por um lado, pela existência de numerosa legislação avulsa (legislação extravagante) posterior a 1867 (data do Cód. Civil anterior) e, por outro, pela inadequação às concepções sociais e às doutrinas jurídicas de meados do séc. XX dos princípios inspiradores de um diploma elaborado um século antes. Essa inadequação revelava-se sobretudo no campo dos contratos e obrigações e no dos direitos reais, em virtude da diferença entre as concepções individualistas subjacentes ao Código de 1867 e a *tendência social do direito privado moderno* (7).

A necessidade de adaptar o direito anterior ao regime de direitos, liberdades e garantias consagrado na Constituição de 1976 implicava algumas alterações ao Código Civil, que vieram a constar do Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro.

No domínio do direito da família o Código Civil tinha sido alterado em pontos muito importantes por diplomas legislativos publicados já na vigência do regime republicano.

As primeiras alterações remontam aos anos de 1910 e 1911 e traduziram-se, entre outros pontos, no estabelecimento da relevância jurídica exclusiva do casamento civil, passando o casamento religioso a ser inelavante para o direito civil, e na introdução do divórcio, aplicável, verificados certos pressupostos, a todos os casamentos (civis ou católicos).

Em 1940 os diplomas legais publicados em harmonia com a Concordata celebrada entre o Estado Português e a Santa Sé restabeleceram o valor jurídico-civil do casamento canónico, passando os nubentes a poder optar entre o casamento civil e o casamento católico, ambos reconhecidos como casamentos juridicamente válidos e eficazes e estabeleceram a indissolubilidade por divórcio dos casamentos católicos posteriores a 1 de Agosto de 1940. O regime resultante da Concordata coincide, quanto a estes pontos, com o consagrado em 1966 no Código Civil.

Com a publicação do Decreto-Lei n.º 261/75, de 27 de Maio, passou o matrimónio católico a poder dissolver-se nos tribunais civis, nos mesmos termos e com os mesmos fundamentos com que se pode dissolver um casamento civil. O Decreto-Lei n.º 261/75, de 27 de Maio, estendendo o divórcio ao matrimónio católico, foi publicado no seguimento do Protocolo Adicional (15 de Fevereiro de 1975) à Concordata entre a Santa Sé e a República Portuguesa de 1940 (cfr. *13311*, n.º 243; pág. 114).

Posteriormente foi celebrada, em 15 de Maio de 2004, outra Concordata entre a República Portuguesa e a Santa Sé, que entrou em vigor ainda em 2004.

II — Com a entrada em vigor do Código Civil de 1966, cessou a sua vigência o *Código Civil de 1867*, também conhecido por *Código de Seabra*, do nome do jurisconsulto (António Luís de Seabra) que elaborou o projecto respectivo.

Era um Código onde se combinava o nosso direito tradicional (sobretudo o posterior ao advento do Constitucionalismo) com a doutrina dos nossos jurisconsultos oitocentistas (sobretudo os que, como COELHO DA ROCHA e CORREIA TELES, conheciam e defendiam as soluções modernas, inspiradas pelo liberalismo e pelo jusnaturalismo racionalista) e com as soluções dos Códigos europeus mais recentes (sobretudo o Código Civil francês ou Código de Napoleão de 1804, mas também o *Allgemeines Landrecht* da Rússia e o Código da Áustria, produtos do iluminismo).

O seu conteúdo reflecte, portanto, influências do *direito romano*, do *direito canónico*, do *jusnaturalismo setecentista* (filosofia dos direitos naturais originários) e do *liberalismo individualista* que caracteriza, económica política e socialmente, a Revolução Francesa.

Sob esta concorrência de influências, o seu fundo filosófico-cultural nítido é o *individualismo*, traduzido numa medida muitíssimo ampla de *liberdade contratual e no respeito inflexível pelas convenções privadas*. Tal fundo cultural está bem patente na sua original sistematização, que torna o indivíduo e a sua trajectória vital como critério da respectiva sistematização (*«visão antropocêntrica»*, na expressão de CABRAL DE MOSCADA).

Veio, pois, o Código Civil de Seabra a ser o repositório e o precipitado dos ideais jurídico-privados do liberalismo que, primeiro em 1820, e, após a vitória sobre a reacção absolutista, definitivamente a partir de Évora-Monte, tinha logrado triunfar como doutrina política.

A discussão do Projecto deu lugar a numerosas polémicas, onde participaram juristas e intelectuais do tempo, destacando-se o vulto de ALEXANDRE HERCULAXO em defesa do casamento civil, instituição até então desconhecida do nosso direito e que o Código de Seabra veio a reconhecer, após veemente confronto de ideias com o sector defensor da exclusividade do casamento católico.

III — O Código Civil de 1966 esteve, assim, em vigor cerca de 100 anos.

Durante a sua vigência foram publicados alguns diplomas que alteraram o regime de algumas matérias nele disciplinadas. Para só indicar os diplomas principais, foi o caso:

- a) da chamada *Lei do Divórcio* (Decreto de 3 de Novembro de 1910), que instituiu na ordem jurídica portuguesa o *divórcio*;
- b) das chamadas *Leis da Família* (Decretos de 25 de Dezembro 1911), que estabeleceram o *casamento civil* como único casamento com relevo para a ordem jurídica estadual e estabeleceram disposições mais favoráveis à situação dos filhos *ilegítimos*;
- c) do Decreto de 13 de Fevereiro de 1911, que estabeleceu o *registo civil obrigatório*;
- d) da chamada *Lei de Inquilinato* (Decreto n.º 5411, de 17 de Abril de 1919), estabelecendo providências adequadas a uma tutela mais eficaz dos arrendatários;
- e) do Decreto de 16 de Outubro de 1920, instituindo o *casal de fôrça*;
- f) da chamada *Reforma do Código Civil de 1930* (Decreto de 16 de Dezembro de 1930, que alterou numerosas disposições do Código de Seabra);
- g) do Decreto n.º 30 615, de 25 de Julho de 1940, que incorporou a *Concordata com a Santa Sé* no direito interno português, reconhecendo valor jurídico-civil ao casamento católico e abolindo o divórcio para os casamentos católicos a celebrar após a sua entrada em vigor;
- h) da Lei n.º 2030, de 22 de Junho de 1948, sobre problemas de *arrendamento urbano*;
- i) da Lei n.º 2 114, de 15 de Junho de 1962, sobre *arrendamentos rurais*: etc.

IV — Antes da entrada em vigor do Código Civil de 1867, o principal diploma do nosso direito civil identificava-se com as *Ordenações Filipinas* (1603), produto da revisão das *Ordenações Manuelinas* (séc. XVI) e das *Ordenações Afonsinas* (séc. XV).

As *Ordenações Filipinas* foram-se tornando desactualizadas com o rodar do tempo, sobretudo quando, no tablado das ideias sociais, políticas e económicas, surgiram novas concepções, como aconteceu, primeiro

com o despotismo iluminado de Pombal e, depois, com o liberalismo, a partir de 1820.

Daí que, nos reinados de D. José e de D. Maria I, tivesse sido publicada numerosa legislação avulsa, a que se chamava — e a expressão ganhou, desde então, alcance geral — *legislação extravagante* (79).

Com a *instauração do regime liberal* foram publicadas igualmente numerosas leis, dirigidas à demolição dos fundamentos do Antigo Regime. absolutista e ainda com aspectos feudais. Essas leis, entre as quais se destacam as *leis de Mousinho da Silveira* e as *várias leis posteriores da desamortização*, modificaram profundamente pontos de direito sucessório (p. ex., abolição dos morgadios) e do direito das coisas (venda dos bens das ordens religiosas e sua aquisição pelos particulares em propriedade plena, redução da capacidade das pessoas colectivas perpétuas para a aquisição de imóveis, providências hostis à enfiteuse, instituição emblemática da ordem económica e social do Antigo Regime, etc.).

Daí que, por exigência dos novos princípios, que careciam de ser ordenados num diploma único e sistemático, e seguindo a voga, correspondente a uma real necessidade, de um *movimento europeu de codificação*, o constitucionalismo liberal formulasse logo entre as suas aspirações a publicação de um Código Civil.

O Código de Seabra de 1867 é a corporização, algo tardia, dessa aspiração.

16. O Código Civil de 1966: características do tipo de formulações legais utilizado

I — Um Código Civil — o mesmo sucedendo com a compilação de qualquer outro ramo do direito — pode corresponder a modelos diversos, sob o ponto de vista do *tipo de formulação legal adoptado*. Um

C⁸⁵) No reinado de D. Maria houve mesmo uma tentativa, que não foi berr. sucedida, de reforma das Ordenações, falando-se então de «O Novo Código».

Por seu turno, em 1769, no consulado pombalino, foi publicada a *Lei da Boa Razão*, nos termos da qual, em caso de lacuna do direito pátrio, devia recorrer-se ao direito das «*nações polidas*» da Europa, tratando-se de matérias económicas ou mercantis, e ao direito romano, nos casos restantes, mas só quando os seus preceitos fossem conformes com a «*boa razão*».

autor alemão (LARENZ) distingue três tipos de formulação legal: o *tipo casuística* o *tipo dos conceitos gerais-abstractos* e o *tipo das simples directivas* (*iiRichtlinienstil*).

O tipo de *formulação casuística* traduz-se na emissão de normas jurídicas prevendo o maior número possível de situações da vida, descritas com todas as suas particularidades e fazendo corresponder-lhe uma regulamentação extremamente minuciosa. Trata-se de um método que corresponde à crença optimista na capacidade racional de prever todas as situações. Daí que o paradigma de um diploma deste tipo seja o A/1-*gemeines Landrecht* prussiano de 1794, compilação de acabada inspiração iluminista, Num Código deste tipo procura-se, ainda, usar uma linguagem que o torne acessível a qualquer cidadão e não só aos juristas e excluir utopicamente toda a possibilidade de liberdade de apreciação e toda a necessidade de interpretação das normas pelos juízes.

O tipo de formulação, que recorre a *conceitos gerais-abstractos*, traduz-se na elaboração de tipos de situações da vida, mediante conceitos claramente definidos e recortados (*conceitos fixos ou determinados*), aos quais o juiz deve subsumir — melhor, com os quais o julgador tem de compatibilizar — as situações a decidir e as soluções respectivas. Este tipo assenta na consciência da impossibilidade de prever todas as hipóteses geradas na vida social e na necessidade ou, pelo menos, conveniência de reconhecer o carácter activo e valorativo não apenas passivo e mecânico — de intervenção do juiz ao aplicar a lei (80).

⁽⁸⁵⁾ Um exemplo esclarecerá melhor a diferença entre o tipo de formulação mediante *ronceiros gerais-abstractos* e o tipo de *formulação casuística*.

Interessa ao direito caracterizar as chamadas *coisas acessórias*, para permitir a aplicação do princípio *accessorium sequitur principale*, princípio que o nosso direito aliás só admite havendo declaração negativa) nesse sentido (cfr. art. 210.º n.º 2). Ora, o nosso actual Código Civil diz no artigo 210, n.º 2, que «são coisas acessórias ou pertencças as coisas móveis que, não constituindo partes integrantes, estão afectadas por forma duradoura ao serviço ou ornamentação de uma outra». Nada mais se acrescenta a este respeito. desigualmente não se faz qualquer concretização. Pelo contrário, uma formulação casuística acentuada dedica vários artigos à identificação das coisas acessórias, prevendo o máximo possível de espécies concretas dessa categoria. O *Allgemeines Landrecht*, referido no texto, dedica a essa tarefa 60 parágrafos, sendo os quais, p. ex., ads reses encontradas numa quinta, sala pertença da quinta», «os galos, perús, patos,

As mesmas razões, mais acentuadas ainda, podem levar a optar pelo tipo de formulação que recorre às *meras directivas*. Neste tipo o legislador recorre a linhas de orientação que fornece ao juiz, enuncia critérios valorativos de apreciação (cláusulas gerais), formula conceitos maleáveis e fluidos, onde não há sequer uma zona nuclear segura e cujos contornos e extensão aparecem indeterminados (conceitos indeterminados).

Naturalmente, a preferência pelos conceitos gerais-abstractos, relativamente às meras directivas, supõe, além da disponibilidade de um pecúlio conceitual apurado previamente pelo labor doutrinal, uma sensibilidade e um apego maiores à segurança jurídica e à calculabilidade das decisões judiciais.

II — O Código Civil português adopta fundamentalmente *o tipo de formulação mediante conceitos gerais-abstractos*, o mesmo sucedendo aliás com o Código Civil alemão (81).

Este método dos conceitos gerais-abstractos, possibilitando um mais elevado grau de segurança e uma razoabilidade das soluções em geral, pode, todavia, em razão da variedade da vida e da diferenciação entre as situações reais, levar o juiz a *decisões menos rectas para o caso concreto*. A atenuação desta desvantagem foi visada pelo legislador do Código Civil português introduzindo neste diploma legal *cláusulas gerais, standards, ou estalões jurídicos*, isto é, critérios valorativos de apreciação ⁽³²⁾ e recorrendo, por vezes, a *conceitos indeterminados* para construir hipóteses ou estatuições legais (s3).

pombos são pertencças da quinta». «as fechaduras e as chaves a elas pertencentes. mas não os cadeados, são pertencças de um edifício», «aos animais. pertencem só os objectos necessários para a sua guarda, mas não o que é destinado à sua utilização». etc. Como se vê facilmente, nunca um legislador abrangeria, por este processo, com aspectos de comicidade, todas as situações possíveis.

⁽³¹⁾ LARENZ considera como predominantemente inspirado pelo tipo das simples directivas (predominância de cláusulas gerais e conceitos indeterminados) o Código Civil suíço de 1907.

⁽³²⁾ Exemplo de *cláusulas gerais*: a *boa fé* dos artigos 239.º e 762.º, os *bons costumes* do artigo 280.º; a ausência de *causa justificativa* do artigo C."; a *equidade* dos artigos 459.º e 491.º. o *abuso do direito* do artigo 334."; etc.

⁽³³⁾ Exemplo de *conceitos indeterminados*: as *demais circunstâncias do caso*

Significa tal introdução de cláusulas gerais e conceitos indeterminados um intuito de dotar o Código Civil com uma possibilidade de adaptação às várias situações da vida, adaptação fundamentalmente a cargo da jurisprudência, a quem incumbe concretizar estes critérios e conceitos carecidos de preenchimento. Com essa combinação de conceitos gerais-abstractos, aparentemente fixos ou determinados, e cláusulas gerais e conceitos indeterminados tenta o Código Civil conciliar a necessária dose de certeza e segurança com uma preocupação de justiça para todas as situações concretas.

III — Esta característica do actual Código Civil — com um tipo predominante de recurso a conceitos gerais-abstractos e fixos vem combinar-se uma ampla série de cláusulas gerais e conceitos indeterminados — põe, perante nós, um dos grandes problemas — senão o maior — que hoje, num período de «fuga para as cláusulas gerais», se põe à metodologia do direito.

Ia o aflorámos, aliás, quando focámos o problema da jurisprudência como fonte de direito civil. Tendo respondido negativamente a este problema, acentuámos, todavia, *o carácter constitutivo e valorativo da intervenção judicial*, embora dentro dos *limites da necessária objectividade decorrente da obediência do juiz à lei*: as normas legais são o *ponto de partida* do juiz na busca da solução do caso e *limites de legalidade* da solução por ele achada.

Na própria aplicação das normas integradas por conceitos «fixos» ou «determinados» não actua o juiz de forma puramente mecânica, eliminadora de operações de discernimento e valoração.

Simplemente, os conceitos «fixos». «precisos» ou «determinados» têm uma *zona nuclear* (onde não surgem dúvidas) muito ampla, e uma *zona periférica* de extensão reduzida. Nesta zona periférica é que se põe um problema nítido de averiguação, caso a caso, sobre se a situação ainda pertence ao domínio do conceito. em conformidade com o sentido e o fim da norma.

Se a hipótese pertence à zona nuclear do conceito tudo é mais sim-

dos artigos 487^o e 494^o: a *diligência de um bom pai de família* do artigo 487 a *gravidade* do artigo 496.^o a *violação grave* do artigo 1003^o; cio

ples, parecendo — mas é uma mera aparência — resumir-se à mecânica aplicação de um conteúdo conceitual fixo.

A lei exige escritura pública para a venda de imóveis (art. 875.º); as casas desmontáveis são imóveis ⁽⁸⁴⁾? A lei exige, para a venda a filhos, autorização dos restantes filhos (art. 877.º, n.º 1): os enteados são filhos, para este efeito ⁽⁸⁵⁾? Para resolver este e outros problemas, traduzidos em averiguar se uma determinada situação concreta cabe na extensão de um conceito determinado empregue por uma norma (p. ex., os conceitos de imóvel e de prédio urbano do art. 204Y, que tem de ser coordenado com o art. 875.º), o juiz interpretará a lei, considerando a sua finalidade (*ratio legis*) e presumindo que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados (art. 9.º). Realiza, pois, uma actividade de valoração e discernimento próprios — uma actividade constitutiva, portanto. Simplesmente, a solução por ele encontrada tem de se harmonizar com os elementos formais (letra da lei) e sistemáticos do ordenamento jurídico.

Em suma: o pensamento do jurista é sempre problemático, não podendo a actividade jurisprudencial reduzir-se ao método dedutivo; o conhecimento ou pensamento jurídico, conjuntamente com uma dimensão «tópica», comporta, porém, uma dimensão sistemática, no sentido da necessidade da referida harmonização entre a solução encontrada e os dados literais e sistemáticos da lei.

Mais difícil é, porém, a conciliação entre o irreprimível movimento para a difusão nas leis de cláusulas gerais (*standards*) e conceitos indeterminados e as necessidades de objectividade e, tanto quanto possível, uniformidade de julgados na aplicação do direito. É que a zona periférica é aqui muito mais extensa do que nos conceitos tidos por determinados, sendo o círculo de casos, cuja qualificação parece indubitável, muito mais estreito. As cláusulas gerais ou estalões jurídicos (a *boa fé*, os *bons costumes*, o *enriquecimento sem causa*, etc.) e os conceitos indeterminados têm, porém, de se aplicar, tendo em consideração momentos

⁽⁸⁴⁾ Qualificando as casas desmontáveis como móveis, cfr o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. in *BIII*, n.º 192, pag. 143

⁽⁸⁵⁾ Mostrando que a venda de padraço a enteado não está sujeita ao artigo 8773, n.º 1, não se lhe aplicando as razões do regime legal cfr António PINTO MONTEIRO, *Venda de padraço a enteado*. in *CV*, 1994, tomo IV, págs. 6 e sees

de racionalidade e objectividade, que excluam toda a possibilidade de uma torrencial insegurança e arbítrio e possibilitem a desejável uniformidade — é que a actuação do juiz, mesmo neste domínio, é vinculada à lei e não discricionária.

Na busca desta objectividade e uniformidade — já o dissemos — há, a nosso ver, uma fundamental distinção a fazer entre as cláusulas gerais e conceitos indeterminados directamente aplicáveis ao caso *sul, judice* e aqueles cuja função é realizar um controlo ou sindicância sobre os resultados da directa aplicação de outras normas (86).

No *emprego de cláusulas gerais e conceitos maleáveis* («*souples*» dizem os franceses) *directamente aplicáveis ao caso concreto* (p. ex., a cláusula da boa fé dos arts. 227.º, 239.º e 762.º do Cód. Civil) deve o julgador considerar certos momentos racionais e denominadores objectivos, como o sentido objectivo da cláusula no ambiente social, a sua função, o conteúdo material ou de interesses da hipótese concreta, as conexões teleológicas da sua utilização (p. ex., na cláusula da boa fé dos arts. 239.º e 762.º do Cód. Civil, o fim do contrato), as concretizações da cláusula já feitas pela jurisprudência e os pensamentos jurídicos que as fundam.

No *emprego de cláusulas gerais, que controlam ou sindicam o resultado da aplicação de outras normas* do ordenamento jurídico (p. ex., o abuso do direito do art. 334.º ou a moral do art. 4.º da Constituição de 1933 ⁽³⁷⁾) toma-se necessário que o juiz reconheça a clamorosa e intolerável injustiça concreta do resultado a que, por aplicação da norma sindicada, se chegaria e tenha a consciência do carácter excepcional do seu proceder.

⁽³⁶⁾ Cfr. C. MOTA PILETO, *Cessão da posição contratual*, ca., págs. 301-314.

⁽³⁷⁾ A Constituição de 1976 não continha norma igual ao artigo 4.º da Constituição de 1933, declarando «a moral e o direito» como limites à soberania do Estado na ordem internas. A referência ao Estado português como *Estado de Direito* constava apenas do preâmbulo da versão originária da Constituição, revelando os trabalhos preparatórios não ter sido aprovada uma proposta para inserir um artigo nesse sentido. O actual artigo 26, introduzido pela lei de revisão de 1982, ao invés, proclama que «a República Portuguesa é um Estado de direito democrático».

O pensamento ético, inspirado pelo Estado, para além do seu valor imanente, pode ancorar-se na referência do artigo 1.º à «dignidade da pessoa humana», bem como na conjugação do artigo 16.º, n.º 2, com o artigo 292, n.º 2, da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

IV — Quanto à linguagem utilizada pelo Código Civil português de 1966, esta é de carácter técnico, especializado. À semelhança do Código Civil alemão, o nosso diploma fundamental de direito civil utiliza expressões e termos doutrinalmente apurados. Contém um «direito de juristas», expresso em linguagem de técnicos.

Diversamente, o Código Civil suíço procurou seguir a via de uma linguagem mais simples e compreensível pelos leigos.

17. O sistema do Código Civil de 1966: coordenação da Parte Geral e das Partes Especiais

1 — Como já foi dito, o Código Civil de 1966 está sistematizado segundo o chamado *plano de Savigny ou sistematização germânica*.

Assenta esta sistematização na classificação germânica das relações jurídicas de direito privado (obrigações, direitos reais, direitos de família, direitos sucessórios), que é feita preceder de uma parte geral. Nesta parte geral atende-se, ainda, além das normas sobre as leis, sua interpretação e aplicação, à disciplina das relações jurídicas em geral, mediante uma disciplina separada de cada um dos elementos da relação jurídica (sujeito, objecto, facto jurídico e garantia).

Em conformidade com este plano, o Código Civil divide-se nos seguintes livros:

Livro I — Parte Geral, contendo dois títulos (Das leis, sua interpretação e aplicação; Das relações jurídicas);

Livro II — Direito das Obrigações, contendo dois títulos (Das obrigações em geral; Dos contratos em especial);

Livro III — Direito das Coisas, contendo seis títulos (Da posse; Do direito de propriedade; Do usufruto, uso e habitação; Da enfiteuse⁽⁸⁾; Do direito de superfície; Das servidões prediais);

Livro IV — Direito da Família, contendo cinco títulos (Disposições gerais; Do casamento; Da filiação; Da adopção; Dos alimentos);

⁽⁸⁾ O instituto da enfiteuse encontra-se hoje revogado (Dec.-Lei nº 195-A/76 e Dec.-Lei nº 233/76).

Livro V — Direito das Sucessões, contendo quatro títulos (Das sucessões em geral; Da sucessão legítima; Da sucessão legitimária; Da sucessão testamentária).

É este o chamado *sistema externo* do Código Civil, ou seja, o plano ou quadro segundo o qual o conjunto das normas está disposto e dividido. Trata-se assim de um aspecto ou característica formal do Código.

Coisa diversa é o que os autores alemães chamam o *sistema interno* de um dado direito civil, entendendo por este conceito a totalidade conexionada dos seus princípios e pensamentos fundamentais (").

II — Correspondendo as quatro partes especiais do Código Civil aos quatro tipos de relações jurídicas, considerados pela classificação germânica, é oportuna a *definição*, nesta fase do curso, de cada um desses tipos de relações.

Não se trata agora de fornecer uma caracterização completa desses conceitos, mas apenas de apresentar uma noção operacional, apta a constituir a utensilagem indispensável ao prosseguimento do estudo.

As *obrigações* são vínculos jurídicos por virtude dos quais uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação (art. 397.º). E o caso do dever do comprador de pagar o preço, do dever de pagar o aluguer ou a renda por parte do locatário, de entregar a coisa vendida por parte do vendedor, etc. O sujeito activo da obrigação (o que tem o poder de exigir a prestação) chama-se *credor*, o sujeito passivo (o que tem o dever de prestar) chama-se *devedor*.

Os *direitos reais* são relações de um sujeito jurídico com todas as outras pessoas, por força das quais aquele sujeito adquire um poder directo e imediato sobre uma coisa. É o caso do direito de propriedade, do usufruto, da servidão predial, da hipoteca, etc.

(¹⁸) Em geral a respeito da influência do BGB sobre o Código Civil português de 1966, quer no sistema externo, quer no sistema interno, cfr. Jorge SINDE 'MONTEIRO, «Manuel de Andrade e a Influência do BGB sobre o Código Civil Português de 1966», no volume comemorativo do 75.º tomo do *BED*, 2003, cit., págs. 181 e segs.

Os direitos de família são relações emergentes do casamento, do parentesco, da afinidade ou da adopção (art. 1576^o). É o caso do poder paternal, dos deveres pessoais dos cônjuges, etc.

Os direitos sucessórios são as relações dirigidas a actuar a transmissão dos bens por morte do seu titular (art. 2024.^o). É o caso dos vários poderes e deveres dos herdeiros e dos legatários.

III — O sistema externo do Código Civil Português assenta, como dissemos, numa parte geral e em quatro partes especiais.

Dentro de algumas destas partes especiais encontra-se também, antecedendo a disciplina especial de certos grupos de relações ou factos jurídicos, um conjunto de disposições gerais.

Desta relação entre uma parte geral e partes especiais — e de um esquema idêntico dentro das várias partes especiais — resulta que as normas contidas no Código não se dispõem segundo um mero alinhamento ou contiguidade, mas segundo uma ordenação que deve estar presente no espírito do julgador ao pesquisar a disciplina legal completa de qualquer situação da vida submetida ao seu julgamento.

IV — Assim, p. ex., se se procurar determinar o *regime jurídico de um contrato de compra e venda, relativamente a um determinado ponto*, não pode atender-se exclusivamente às normas do artigo 874.^o e segs., relativas à *disciplina especial do contrato de compra e venda*, e integradas no Título II («Dos contratos em especial») do Livro II do Código. Pode bem acontecer que a respectiva disciplina se encontre numa norma contida no Título I («Das obrigações em geral») do mesmo Livro, sobretudo na *secção respeitante a uma disciplina geral dos contratos* (arts. 405.^o e segs.), pois a compra e venda é uma espécie do género contrato e o ponto a dilucidar pode ser tal que esteja regulamentado em geral para os vários contratos (⁹⁰). Acontecerá, mais frequentemente até, que a disciplina do ponto a solucionar se encontre formulada em termos ainda mais

(⁹⁰) É o que sucede, p. ex., com o *problema do momento da transferência do direito de propriedade* na compra e venda. Este problema não está previsto e resolvido nas disposições especiais sobre a compra e venda, mas no artigo 408.", norma aplicável a todos os contratos transtativos da propriedade (p. ex., doação, troca, etc.) e, como tal, contida na referida disciplina geral dos contratos.

gerais, constando do Livro I («Parte Geral»), por se tratar de um problema de solução idêntica para todos os negócios jurídicos e ser na Parte Geral que se contém uma *regulamentação geral do negócio jurídico*, isto é, da declaração de vontade de uma pessoa dirigida à produção de efeitos jurídicos. Ora, todos os contratos — e a compra e venda é um tipo contratual ao lado de outros — são uma modalidade dos negócios jurídicos ao lado dos chamados negócios unilaterais, pelo que as regras gerais sobre os negócios jurídicos se aplicam, na falta de norma especial em contrário, aos contratos e, dentro destes, à compra e venda (91).

⁽⁹¹⁾ Um exemplo esclarecerá melhor este recurso às normas gerais sobre o negócio jurídico para solucionar um problema suscitado a propósito de uma compra e venda. Debalde se procurada nas normas sobre a compra e venda (ons. 874.^o e segs.) resposta para a questão de saber *se um representante com poderes especiais para vender um prédio pertencente a outsett, o pode comprar para si próprio* (diversamente no Código de Soabra: art. 15621. Não sedamos melhor sucedidos se a tentássemos encontrar nas normas gerais sobre os contratos (arts. 405.^o e segs.). A solução do problema está na regulamentação geral do negócio jurídico, ao consagrar-se a anulabilidade do chamado *negócio consigo mesma* (art. 261.^o). solução que não se aplica só à compra e venda ou, mais genericamente, aos contratos (onde a figura se designa por *auto-contrato*), mas a todos os negócios jurídicos.

CAPÍTULO II

OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO CIVIL PORTUGUÊS

§ 1.º

Introdução

18. A existência de princípios básicos do direito civil. Carácter histórico desses princípios de ordenação sistemática interna. A autonomia e a igualdade como seus pressupostos actuais

I A massa das normas jurídicas civis não *é* um conjunto desordenado de preceitos avulsos, desprovidos de conexão uns com os outros.

Há uma ordenação dessas normas — e uma *ordenação que não é apenas formal, mas substancial ou material*. Para além da distribuição das normas jurídico-civis por divisões — no Código Civil segundo o modelo germânico —, pode detectar-se unia série de princípios fundamentais do actual direito civil português. Esses princípios formam a ossatura do direito civil, sustentando as normas que os desenvolvem e dando-lhes um sentido e uma função. Pode dizer-se, sem compromisso com uma certa concepção sobre o fundamento e a origem do direito (o institucionalismo) ⁽⁹²⁾, que à volta deles se formam as instituições bási-

⁽⁹²⁾ Sem compromisso com esta concepção de Mauime HAURIOL e Georges RENARD, mas afirmando a ilegitimidade de uma plena e abstracta separação entre o direito e a realidade da vida. Acerca do insitueionalismo — e sobretudo, do «ordinalismo concreto» de Georg DAHM e Carl Schmitt, doutrina com um Fundamento filosófico análogo (o direito oferecer-se-ia, na realidade social, em «ordens concretas» ou em «instituições» que determinam as normas), cfr. A. CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto-questão-de-direito ou O problema melado/62 da luridicidade*, Coimbra, 1967, pp. 657 e segs.

cas do direito civil. Esses princípios jurídicos oferecem-nos assim os traços fundamentais do sistema de direito civil, na medida em que modelam o conteúdo do direito vigente, penetrando e cimentando os seus elementos normativos.

Trata-se, como resulta do exposto, de princípios que, para além do seu *significado lógico-didático* (princípios gerais explicativos das várias normas em particular), têm o *valor de fiandamentos impregnadores do sentido e da função das normas* que os acolhem e desenvolvem.

II — O direito civil vigente, modelado segundo determinados princípios, *não está dotado de uma validade eterna e universal*, à semelhança do tão discutido *direito natural*. Nem sequer os seus princípios fundamentais se podem pretender, com segurança, válidos para todos os ordenamentos jurídicos e em todas as épocas. Quer os princípios conformadores do nosso actual «modelo» ⁽⁹³⁾ de direito civil, quer as normas que os aceitam e desenvolvem, são elementos válidos numa dada circunstância espacial e temporal. É com esse sentido que os expomos e caracterizamos. Trata-se de explicar, não uma suma do «direito natural», mas as opções e critérios valorativos de carácter jurídico que dão aqui e agora um certo sentido ao conteúdo do direito privado.

Por outro lado, este quadro de princípios, que fundamenta e retrata sinteticamente o direito civil actual, *não brotou por espontânea geração* no solo da vida social de hoje. Trata-se de um *produto histórico*, em cuja gestação concorrem opções fundamentais sobre a organização económica e social e mesmo sobre a concepção do Homem. Opções, cuja gestação, por sua vez, é determinada pelos dados sociológicos, culturais e históricos que condicionam toda a organização da sociedade em cada momento e em cada lugar.

III — Tratando-se de princípios básicos do direito civil aceites e desenvolvidos pelas normas, dando-lhes um sentido e assinalando-lhes uma função, naturalmente que encontrarão guarida na Constituição:

⁽⁹³⁾ «Modelo» no mesmo sentido em que a ciência económica fala de modelo económico e a mecânica ou a cibernética utilizam Idêntica expressão nos seus domínios

alguns com expressa consagração, outros nitidamente pressupostos por algumas normas constitucionais. Constituem *o sistema interno* do nosso direito civil, por oposição ao *sistema externo*.

Podemos considerar — e este elenco pretende apenas pôr em relevo os princípios fundamentais ⁽⁹⁴⁾ — oito ideias, princípios ou instituições que fundamentam o nosso actual direito civil, o penetram e são por ele desenvolvidos.

Ei-los:

- I — O reconhecimento da pessoa humana e dos direitos de personalidade.
- II — A autonomia privada.
- III — A responsabilidade civil.
- IV — A boa fé,
- V — A concessão da personalidade jurídica às pessoas colectivas.
- VI — A propriedade privada.
- VII — A relevância jurídica da família.
- VIII — O fenómeno sucessório.

Cada um destes oito princípios ou ideias, que apresentamos numa proposta (não a única possível, obviamente) de *caracterização substancial* do nosso direito civil, exprime uma realidade jurídica específica. Ao longo de todo o direito civil se manifestam, porém, duas ideias, já referidas, caracterizadoras do seu sentido actual: a *autonomia* ⁽⁹³⁾ e a *igualdade*.

⁽⁹⁴⁾ Para um outro elenco, de treze «princípios gerais do direito» cfr. Rabin-drath CAPELO DE Sousa, *Teoria geral do direito* (7-til vol. 1. Coimbra. 2003, págs segs.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. *supra*. n.º 10 Esta autonomia da pessoa na modelação imediata da sua vida quotidiana liga-se umbilicalmente a uma concepção humanista ou personalista do Homem como sujeito da História — uma concepção que o reconhece como acuar capaz de decidir o curso dos acontecimentos, com liberdade relativa num quadro de relativo indeterminismo. e de se manifestar contra a injustiça e os erros, em qualquer forma de organização social, recusando vê-lo como um acidente de um frio e inexorável movimento, determinado rigorosamente por uma infra-estrutura — ligue-se esta à biologia, à antropologia à psicologia, à economia, às chamadas «religiões» ou à religião.

§ 2.º

O reconhecimento da pessoa
e dos direitos de personalidade

19. O reconhecimento da personalidade jurídica de todos os seres humanos

I — O reconhecimento pelo direito civil — ou por qualquer outro — da ideia de pessoa ou de personalidade começa por ser, para além de um princípio normativo, a aceitação de uma estrutura lógica sem a qual a própria ideia de Direito não é possível.

O Direito só pode ser concebido, tendo como destinatários os seres humanos em convivência. A aplicação do direito civil a essa convivência humana desencadeia uma teia de relações jurídicas entre os homens, relações traduzidas em poderes (direitos) e deveres jurídicos *lato sensu*. Num sentido puramente técnico, ser pessoa é precisamente ter aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações; é ser um centro de imputação de poderes e deveres jurídicos. ser um centro de uma esfera jurídica. Neste sentido técnico-jurídico não há coincidência entre a noção de pessoa ou sujeito de direito e a noção de ser humano. Os seres humanos não são necessariamente, do ponto de vista lógico, pessoas em sentido jurídico: e aí está a experiência jurídica e histórica dos sistemas que aceitam a escravatura. As pessoas em sentido jurídico não são necessariamente seres humanos: e aí estão certas organizações de pessoas (associações, sociedades) e certos conjuntos de bens (fundações) a quem o direito objectivo atribui personalidade jurídica.

O conceito técnico jurídico de pessoa não coincide, portanto, necessariamente com o de homem ou de ser humano. Se o direito tem, todavia, em vista a disciplina de interesses humanos, se todo o direito é constituído por causa ⁽⁹⁶⁾ e para serviço dos homens, é logicamente forçoso que, pelo menos, alguns homens sejam dotados de personalidade jurídica. A atribuição ou o reconhecimento da personalidade de, pelo

⁽⁹⁶⁾ *ali ominam coara amue jus consaaiii es.*, proclama uma mi\ ima romana

menos, *alguns* seres humanos é também um *pressuposto lógico* do direito.

II — Ao decidir quais os homens que são dotados de personalidade jurídica, já se está, porém, a abandonar o terreno das implicações lógicas para penetrar na camada das opções *valorizavas e culturais* determinadas pela concepção do homem e do mundo que se sufrague.

São pessoas para o direito todos os homens ou só alguns? E quais?

A estas perguntas dá o nosso actual direito civil a resposta contida no princípio humanista que, com vários fundamentos filosóficos (racionalistas, religiosos etc.), corresponde ao ideal de justiça (a um princípio de direito natural *hoc sensu*) vigente no espaço cultural onde nos situamos e no tempo em que vivemos. *Reconhece-se personalidade jurídica a todo o ser humano a partir do nascimento completo e com vida* (art. 66.º n.º 1).

Dá-se, assim, expressão a uma exigência da natureza e da dignidade do homem que, de vários quadrantes, se afirma dever ser reconhecida pelo direito objectivo (⁹⁷). A regra implícita no artigo 66.º do Código Civil

todo o ser humano tem personalidade — corresponde ao já estatuído no Código Civil de Seabra, às leis que entre nós suprimiram definitivamente a escravatura, bem como à legislação internacional reconhe-

(⁹⁷) Nas palavras de uma Encíclica papal do nosso tempo, toda a convivência entre os homens deve ter como fundamento «o princípio de que *todo o ser humano é pessoa*, isto é, natureza dotada de inteligência e de vontade livre» (*Princípios da Filosofia do Direito*)

Numa conhecida fórmula de KANT, o homem é pessoa, porque é «*fim em si mesmo*», isto é, tem um valor autónomo e não só um valor como meio para algo de diverso, daí resultando a sua *dignidade*. O reconhecimento desta dignidade constitui regra ético-jurídica fundamental: «o respeito que eu tenho por outrem ou que outrem pode exigir de mim, é o reconhecimento de uma dignidade dos outros homens, que é um valor que não tem preço», donde resulta para KANT a norma, segundo a qual «cada homem tem o direito ao respeito (dos outros) dos seus semelhantes e reciprocamente é obrigado a ele em face dos outros».

Numa fórmula de Linde (cfr. *Princípios da Filosofia do Direito*, trad. port. de O. VITORINO, Lisboa, 1959, pág. 59), «o imperativo do direito é, portanto, «ser uma pessoa e respeitar os outros como pessoas».

Na proclamação — mais emotiva do que a «neutral» análise kantiana da *déontologie des fins* — da «Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen», de 26 de Agosto de 1789, «*tous les hommes naissent libres et égaux en droits*».

cida pelo nosso país (p. ex., a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, art. 6.º) e resulta, desde logo, da Constituição (arts. 12.º e 13.º, quanto aos nacionais portugueses, e art. 15.º, com o qual se harmoniza o art. 14.º do Cód. Civil, quanto aos estrangeiros e apátridas). É aliás, um princípio a que só alguma lamentável excepção reduzirá hoje a universalidade no plano do direito positivo.

A *personalidade jurídica*, a susceptibilidade de direitos e obrigações, corresponde a *uma condição indispensável da realização por cada ser humano dos seus fins ou interesses* na vida com os outros — e o direito existe ao serviço do Homem. Bem se compreende que no nosso tempo *não sofra discussão o reconhecimento dessa qualidade jurídica a todos os seres humanos*.

A personalidade das pessoas singulares é assim uma qualidade jurídica ou um estatuto onde se vaza directamente a dignidade da pessoa humana, de todos e de cada ser humano — e não apenas a máscara (9E) com que alguns actores se movimentam no palco da vida sócio-jurídica.

20. O reconhecimento de um círculo de direitos de personalidade

Toda a pessoa pode ser titular de relações jurídicas; nisto mesmo consiste a personalidade ou qualidade de sujeito de direito.

Ser *sujeito de direito*, ser *pessoa*, significa, aliás, desde logo, ser *sujeito de direitos*. A susceptibilidade de direitos e obrigações implica a titularidade real e efectiva de alguns direitos e obrigações.

Toda a pessoa jurídica não só *pode ser*, como efectivamente *é*, titular de alguns direitos e obrigações. Mesmo que, no domínio patrimonial, lhe não pertençam por hipótese quaisquer direitos — o que *é* praticamente inconcebível sempre a pessoa *é* titular de um certo número de direitos absolutos, que se impõem ao respeito de todos os outros, incidindo *sobre os vários modos de ser físicos ou morais da sua per-*

^{9E}) Etimologicamente, segundo CABRAL DE MONDADA, pessoa (*versona*) significa a máscara ou caraça que os actores punham na cara em cena para disfarçarem a voz (*personare*). Para o direito romano só a alguns homens era atribuída a máscara, só alguns eram personagens ou pessoas — de personalidade estavam privados os escravos.

sonalidade. São os chamados *direitos de personalidade* (arts. 70.º e seqs. do Cód. Civil).

Incidem os direitos de personalidade sobre a vida da pessoa, a sua saúde física, a sua integridade física, a sua honra, a sua liberdade física e psicológica, o seu nome, a sua imagem ou a reserva sobre a intimidade da sua vida privada. É este um *círculo de direitos necessários: um conteúdo mínimo e imprescindível da esfera jurídica de cada pessoa* — o carácter categórico desta asserção só podendo sofrer alguma atenuação no respeitante ao direito ao nome, dado o seu carácter não «inato».

O direito civil protege os vários modos de ser físicos ou morais da personalidade. A violação de alguns desses aspectos da personalidade é até um *facto ilícito criminal*, que desencadeia uma punição estabelecida no Código Penal em correspondência com o respectivo tipo legal de crime (v. g., homicídio, ofensas corporais, difamação, calúnia, injúria, cárcere privado). Nessas hipóteses, bem como naquelas em que, por não assumir o facto um especial relevo para a colectividade, a violação não corresponde a um ilícito criminal, existe um facto ilícito civil. Este *facto ilícito civil*, traduzido na violação de um direito de personalidade, desencadeia (n.º 2 do art. 70.º) a *responsabilidade civil* do infractor (obrigação de indemnizar os prejuízos causados), bem como certas *providências não especificadas* e adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida (v. g., apreensões, publicação da sentença em jornais, supressão de passagens de um livro, etc.)

Os direitos da personalidade são *irrenunciáveis*; podem todavia ser objecto de *limitações voluntárias* que não sejam contrárias aos *princípios da ordem pública* (art. 81.º). É, assim, admissível o consentimento, livre e informado, para uma intervenção cirúrgica; aliás, sem o consentimento do doente ou da sua família, salva a impossibilidade de o pedir em tempo útil para o paciente (e de a intervenção se realizar no interesse deste), a realização por um médico ou por um cirurgião de tratamentos ou intervenções cirúrgicas constitui um facto ilícito. Por o consentimento ser contra a ordem pública, dado os prejuízos irremediáveis que resultariam para a pessoa em causa, a mutilação, a eutanásia, o auxílio ao suicídio, são factos ilícitos, mesmo quando a vítima neles consentiu.

Estudaremos adiante mais detalhadamente a matéria dos direitos de personalidade.

§ 3.0

A autonomia privada

21. A autonomia privada e a liberdade contratual, aplicação daquela no domínio dos contratos

I — Outra ideia fundamental do direito civil português reside, como já dissemos ao focar o sentido do direito civil, no princípio da autonomia privada, que tem a sua dimensão mais visível na liberdade contratual (art. 405.º). Os seus fundamentos constitucionais mais explícitos encontram-se nos artigos 26.º n.º 1.º e 61.º da Constituição. Importa caracterizar este princípio e situá-lo.

II — A produção de efeitos jurídicos (constituição, modificação ou extinção de relações jurídicas) resulta principalmente, no tocante à actuação humana juridicamente relevante, de *actos de vontade* — maxime *declarações de vontade* —, dirigidos precisamente à produção dos referidos efeitos. Os actos jurídicos, cujos efeitos são produzidos por força da manifestação de uma intenção e em coincidência com o teor *declarado* dessa intenção, designam-se por *negócios jurídicos*.

O negócio jurídico é uma manifestação do *princípio da autonomia privada* ou da *autonomia da vontade*, subjacente a todo o direito privado. A autonomia da vontade ou autonomia privada consiste no poder reconhecido aos particulares de autoregulação dos seus interesses, de autogoverno da sua *esfera jurídica* ⁽⁹⁹⁾. Significa tal princípio que os particulares podem, no domínio da sua convivência com os outros sujeitos jurídico-privados, estabelecer a ordenação das respectivas relações jurídicas.

Esta ordenação das suas relações jurídicas, este autogoverno da sua esfera jurídica, manifesta-se, desde logo, na realização de *negócios jurídicos*

⁽⁹⁹⁾ Entende-se por *esfera jurídica* o conjunto das relações jurídicas de que uma pessoa

dicas, de actos pelos quais os particulares ditam a regulamentação das suas relações, constituindo-as, modificando-as, extinguindo-as e determinando o seu conteúdo.

Mas não é só através do negócio jurídico que a autonomia da vontade ou autonomia privada se revela e actua, embora seja o negócio jurídico o seu meio principal de actuação. A autonomia privada também se manifesta no *poder de livre exercício dos seus direitos ou de livre gozo dos seus bens pelos particulares* — ou seja, é a autonomia privada que se manifesta na «soberania do querer» — no império da vontade — que caracteriza essencialmente o *direito subjectivo*.

III — Concretizando — como é sempre desejável, atenta a circunstância de o estudo do Direito só ter justificação em termos de um empenhamento com a vida real —, diremos que *tanto é exercício da autonomia privada* a conclusão de uma compra e venda em certas condições de preço e de entrega da coisa vendida, isto é, um *negócio jurídico*, como o consumo ou a destruição de um bem de que se é proprietário, a exigência ou não de um crédito de que se é credor, o cultivo de um prédio rústico com esta ou aquela cultura ou a sua manutenção em pousio, isto é, o *exercício de um direito subjectivo*. A *autonomia privada ou autonomia da vontade* encontra, pois, os veículos da sua realização nos *direitos subjectivos* e na *possibilidade de celebração de negócios jurídicos*.

IV — A autonomia privada é um princípio fundamental do direito civil. É ela que corresponde à ordenação espontânea (não autoritária) dos interesses das pessoas, consideradas como iguais, na sua vida de convivência — ordenação autofonnulada que é a zona reservada do direito privado.

Em medida maior ou menor, está presente em todos os domínios em que o direito civil se propõe urna *função de modelação da vida social*; mais amplamente no plano das relações *patrinzoniais* e da troca dos bens e serviços, com menor extensão no domínio das relações *pessoais* e das relações *familiares*, domínios onde o carácter imperativo de grande parte das normas jurídicas proíbe a disposição ou limitação de certos direitos (n g., certos direitos de personalidade) ou reduz a liberdade de contratação a uma mera liberdade de concluir ou não o acto jurídico, mas

fixando-lhe necessariamente, uma vez celebrado, os efeitos (z. g., casamento, adopção).

A autonomia privada está presente nos domínios em que o direito civil visa uma função *de modelação e disciplina positiva* da vida social. Estabelecemos esta delimitação — domínios em que o direito civil tem uma função modeladora da vida de relação — para excluirmos o domínio (a responsabilidade civil ou, mais genericamente, a garantia da relação de direito civil) em que cabe ao direito civil uma função *de protecção ou defesa dos direitos constituídos* ao abrigo da sua função modeladora.

Obviamente não depende da vontade do infractor de um direito a sua sujeição à obrigação de indemnizar ou de restaurar a situação lesada. O surgimento desses deveres com carácter sancionatório é uma implicação do carácter jurídico da relação violada.

O *dever de indemnizar*, em que se traduz a responsabilidade civil, *não se constitui por força de uma declaração de vontade do autor do dano. Uma vez constituída, porém, a obrigação de indemnizar*, surge de novo a *autonomia da vontade*: credor e devedor da indemnização podem celebrar, relativamente à obrigação em que se manifesta a responsabilidade civil, as *convenções modificativas ou extintivas* que entenderem.

V — O *negócio jurídico* é, como vimos, um meio de actuação da autonomia privada.

Uma importante classificação dos negócios jurídicos é a resultante do critério do *número e modo de disposição das declarações de vontade* que os integram. Segundo ela os negócios jurídicos agrupam-se em duas classes: os *negócios jurídicos unilaterais* e os *negócios jurídicos bilaterais ou contratos* ⁽¹⁰⁰⁾. O *negócio unilateral* perfaz-se com uma só declaração de vontade (v. g., testamento, acto de instituição de uma fundação, denúncia do arrendamento, declaração de escolha duma obrigação alternativa, etc.); o *negócio bilateral* é constituído por duas ou mais declarações de vontade convergentes, tendentes à produção de um resul-

(100) Fala-se, normalmente, apenas de negócios unilaterais e negócios bilaterais, mas o negócio jurídico pode ter mais de duas partes, sendo então um negócio »*dulitäre*«, g. cessão da posição contratual e, nalguns casos, o contrato de sociedade).

tado jurídico unitário (v. g., compra e venda, doação, sociedade, arrendamento, aluguer, empreitada, etc.). Só há negócio jurídico bilateral ou contrato, quando uma parte formula e comunica uma declaração de vontade (*proposta*) e a outra manifesta a sua anuência (*aceitação*)

A autonomia privada tem a sua manifestação mais expressiva nos negócios jurídicos bilaterais, ou *contratos*, enquanto *liberdade contratual*. Como a designação revela, refere-se especificamente a estes negócios jurídicos. A sua consagração legal tem lugar no artigo 405.º, integrado na secção relativa aos contratos como fontes das obrigações. A autonomia da vontade encontra, nesse domínio dos contratos obrigacionais, a sua *mais ampla dimensão*.

Quanto aos *negócios jurídicos unilaterais*, a autonomia da vontade não está excluída, mas sofre restrições muito acentuadas.

Há um importantíssimo negócio unilateral (o testamento), dirigido à disposição dos bens para depois da morte, onde o grau de autonomia da vontade do testador é bastante amplo, embora não ilimitado (cfr. arts. 2156.º, 2186fi, 2192.º e 2198.º).

Nos negócios unilaterais dirigidos à produção de efeitos em vida da parte respectiva, a autonomia privada está sujeita a muito maiores restrições do que nos contratos:

- a) Enquanto as partes podem celebrar contratos diferentes dos previstos no Código Civil ou incluir neles as cláusulas que lhes aprouver (art. 405.º, relativo ao princípio da liberdade contratual), os *negócios unilaterais constitutivos de obrigações* são apenas os que estiverem previstos na lei (*princípio da recipidade ou do *ownerits clausus**). Nesses casos, porém, em que a lei atribui eficácia vinculativa a um negócio unilateral (v. g., a promessa de cumprimento ou o reconhecimento de dívida, ou a promessa pública dos arts. 458.º e 459.º), a parte respectiva tem o poder

(^{1P}) Se há duas ou mais *declarações na mesma direcção* (p. ex., várias pessoas Instituem uma fundação), há uma só parte (um só lado) do acto jurídico e o negócio jurídico não deixa de ser *unilateral*. Para haver *contrato* é necessário que as declarações tenham *direcções opostas*, ajustando-se por *corP* ergenola, mediante a vontade comum de um resultado unitário rumo a pane quer *vender* o objecto e em cenas condições e outra quer *comprar* o mesmo ob;ecto nessas condições)

de fixar livremente o conteúdo da promessa e, nessa medida, reaparece a autonomia da vontade;

b) Quanto aos *negócios unilaterais modificativos ou extintivos de relações jurídicas* vigora também o princípio da tipicidade. Toda a relação jurídica, ligando dois ou mais sujeitos, não pode ser extinta ou modificada, por actuação unilateral de um deles. a não ser que a lei, fundada em valorações de justiça e conveniência, tenha consagrado essa possibilidade e nos termos em que a consagrou. O negócio unilateral produz sempre efeitos — porventura efeitos favoráveis — na esfera de *terceiros*., devendo assumir, pois, as modalidades que a lei julgou oportuno admitir; de outro modo, estaria o direito objectivo a abdicar da sua função fundamental de tutela da convivência social pacífica, pois o acto unilateral resolver-se-ia num instrumento de arbitrária intromissão na esfera jurídica de terceiros. Seria a esta arbitrária intromissão que equivaleria, pois, o reconhecimento da liberdade do sujeito de criar novos esquemas de actos unilaterais ou de modificar os disciplinados pela lei, independentemente da vontade dos atingidos.

Isso é. desde logo, bastante claro quanto à impossibilidade de modificar ou extinguir unilateralmente as relações emergentes de um contrato. O contrato é vinculativo para as partes (102). O significado de cada uma das declarações contratuais, livremente emitidas, como uma vinculação e a confiança por elas despertada no outro contratante impõem, como regra fundamental de justiça e de oportunidade, o princípio segundo o qual os contratos devem ser cumpridos ponto por ponto (*«pacta sunt servanda»*)⁽¹⁰³⁾. Daí que só por mútuo consentimento dos contratantes — e não por acto unilateral de uma das partes — se

⁽¹⁰²⁾ Esta vinculação não significa uma impossibilidade de um *comportamento mataria!* contrário aos vínculos emergentes do contrato. Significa, apenas, que cada uma das partes *deve* comportar-se de acordo com a eficácia do contrato e que, se o não fizer, *infringe os deveres* contratuais (quebra, rompe viola o contrato ou a relação contratual). pelo que se produzirão as sanções jurídicas correspondentes.

⁽¹⁰³⁾ Idênticas razões fundamentam o carácter vinculativo dos *negócios unilaterais*. onde a lei os admita e regule.

possam modificar ou extinguir as relações contratuais, salvo nos casos em que a lei, dados certos pressupostos, achou correcto afastar esse princípio (cfr. art. 406.º).

22. Aspectos contidos na liberdade contratual: a liberdade de conclusão ou celebração dos contratos e a liberdade de modelação do conteúdo contratual. As «cláusulas contratuais gerais» e os contratos de ou por adesão

I — A liberdade contratual é, como referimos, a mais visível manifestação da autonomia privada. Está aquela liberdade consagrada no artigo 405.º do Código Civil. Aí se estatui:

«1 — Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver

2 — As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei.»

A disposição legal transcrita consagra explicitamente apenas a *liberdade de modelação*. *liberdade de fixação* ou *liberdade de estipulação do conteúdo contratual* (a «Gestaltungsfreiheit» dos autores alemães).

Da norma citada emerge também, contudo, o reconhecimento da *liberdade de celebração ou conclusão dos contratos* (a «A bschlusssfreiheit» da literatura germânica).

II — A *liberdade de celebração* dos contratos consiste na faculdade de livremente realizar contratos ou recusar a sua celebração. Segundo tal princípio, *a ninguém podem ser impostos contratos contra a sua vontade ou podem ser aplicadas sanções por força de uma recusa de contratar nem a ninguém pode ser imposta a abstenção de contratar* (104). Se uma pessoa quiser, pode celebrar contratos; se não quiser, a sua recusa é legítima.

¹ ^{hig}) Na formulação de um artigo proposto por Vg^z SERRA, nos trabalhos preparatórios do actual Código Civil, «ninguém ^g obrigado a contratar ou a deixar de contratar senão nos casos indicados na lei» (cfr. *BMJ*, n.º 77. pá^g. 189).

Pode considerar-se tal princípio da liberdade de celebração dos contratos contido no âmbito dos sentidos implícitos no artigo 405.º Ter a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos implica ser-se livre de os celebrar ou não.

Excepcionalmente estabelece o nosso ordenamento jurídico algumas restrições à liberdade de celebração dos contratos. Essas restrições ou limitações podem consistir:

- a) na consagração de um dever jurídico de contratar pelo que a recusa de contratar de uma das partes não impede a formação do contrato ou sujeita o obrigado a sanções diversas — g., celebração obrigatória do contrato de seguro de responsabilidade civil (arts. 1.º e 11.º do Dec.-Lei n.º 522/85, de 31 de Dezembro (¹⁰⁵)); dever de aquisição de valores mobiliários (oferta pública obrigatória nos termos do art. 187.º do Cód. dos Valores Mobiliários, aprovado pelo Dec.-Lei n.º 486/99, de 13 de Novembro (")); deveres de prestação de serviços que impendem sobre os médicos em caso de urgência f. g., art. 8.º do Cód. Deontológico da Ordem dos Médicos e art. 13.º do Estatuto da Ordem dos Médicos, aprovado pelo Dec.-Lei n.º 282/77, de 5 de Julho) (107);

¹⁰⁵) No Decreto-Lei n.º 522/85, de 31 de Dezembro, que reviu o regime do seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel, consagra-se, além da obrigação de segurar, isto é o dever jurídico de realização dum contrato de seguro, que impende sobre o proprietário do veículo (cfr. art. 1.º e 2.º), a obrigação da seguradora (escolhida pelo proponente de seguro ou indicada pelo Instituto de Seguros de Portugal) de aceitar a celebração do contrato de seguro (caso esta tenha sido recusada pelo menos, por três seguradoras, e nas condições definidas pelo Instituto de Seguros de Portugal), sob pena de lhe ser suspensa a exploração do ramo «Automóvel» durante um período de 6 meses a 3 anos.

pia) Uma limitação à liberdade contratual resulta também da hipótese (art. 490.º do Cód. das Sociedades Comerciais) de «aquisição tendente ao domínio total» por parte de quem detenha mais de 90% do capital social de uma sociedade anónima, que se impõe ao titular de menos de 10% (e que o Cód. dos Valores Mobiliários, no art. 194.º, qualifica como «aquisição potestativa» tendente ao domínio total).

¹⁰⁷) Defende-se também a existência dum dever jurídico de contratar por parte de empresas concessionárias de serviços públicos (água, gás, electricidade, etc.), sendo

- b) *na proibição de celebrar contratos* com determinadas pessoas (r., g., art. 877.º e art. 953.º):
- c) *na sujeição do contrato a autorização de outrem* (v. g., aos 1682.º, n.ºs 1 e 3, 1682.º-A e 1682.º-B), eventualmente de uma autoridade pública (aquisição de explosivos, sujeita, nos termos do art. 21º, n.º 3, do Regulamento sobre o Fabrico, Armazenagem, Comércio e Emprego de Produtos Explosivos, aprovado pelo Dec.-Lei n.º 376/84, de 30 de Novembro, a autorização do Comando-Geral ou dos comandos distritais da P.S.?) (I").

III — *A liberdade de modelação do conteúdo contratual* consiste na faculdade conferida aos contraentes de fixarem livremente o conteúdo dos contratos, celebrando contratos do tipo previsto no Código Civil, com ou sem aditamentos, ou estipulando contratos de conteúdo diverso dos que a lei disciplina. O princípio está expressamente consagrado no artigo 405.º

Podem, portanto, as partes:

- a) realizar contratos com as características dos contratos previstos e regulados na lei (*contratos típicos ou nominados*), bastando, nessa hipótese, para desencadear a produção dos respectivos efeitos, indicar o respectivo *nonzen iuris* (v. g., venda, arrendamento), sem necessidade de convencionar a regulamentação correspondente;
- b) celebrar contratos típicos ou nominados aos quais *acrescentam as cláusulas que lhes aprouver* (v. g., aditamento de uma cláusula condicional a uma venda), eventualmente conjugando-se dois ou mais contratos diferentes (*contratos mistos*, como, p. ex., o arrendamento de um prédio, mediante uma renda à qual acresce uma prestação de serviços do arrendatário);

debatida a questão da extensão da obrigação de contratar a outros casos, p. ex.. a empresas de espectáculos, restaurantes. etc., quando em regime de monopólio.

(¹⁰³) A emissão de valores mobiliários e a sua oferta pública deixaram de estar sujeitas a autorização administrativa com o Código dos Valores Mobiliários aprovado pelo referido Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de Novembro

- c) concluir contratos diferentes dos contratos expressamente disciplinados na lei (*contratos atípicos ou inominados*) (109).

A liberdade de fixação ou modelação do conteúdo dos contratos conhece também algumas restrições, logo aludidas no artigo 405.º («dentro dos limites da lei»). Estas restrições eram, sem dúvida, menores num sistema jurídico-privado assente nas bases doutrinárias do liberalismo económico, em que o Estado se reservava o papel de mero garante das condições de livre desenvolvimento da iniciativa dos particulares, assistindo, sem intervir, à actuação destes. Deslocado o ponto de apoio doutrinário e jurídico-constitucional do liberalismo para um intervencionismo estatal, mais ou menos acentuado, procura o direito civil assegurar, pelo menos contra as suas negações extremas, uma justiça efectiva e substancial nas relações entre as partes, bem como valores ou interesses da colectividade, tais como os bons costumes, a ordem pública, a celeridade, a facilidade, a segurança do comércio jurídico. Para realizar estes objectivos são consagradas limitações à liberdade de fixação do conteúdo contratual.

Num ordenamento que admita, sem limitações, a liberdade contratual, não há uma justiça ou rectidão contratual, imanente (em si mesma), assente em critérios objectivos — não há um *riustum pretium* ⁽¹¹⁰⁾. No entanto, essa perspectiva está hoje ultrapassada: importa criar e garan-

^{i leg}) Os contratos típicos ou nominados não são impostos, mas propostos, aos sujeitos jurídicos. Acentue-se, ainda, que a lei reguladora dos contratos típicos não é necessariamente o Código Civil, podendo ser uma lei avulsa: ó, p. ex., o caso do Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de Junho (que revogou o Dec.-Lei n.º 171/79, de 6 de Junho), que prevê e disciplina o tipo contratual da *locação financeira* («leasinE»); ou o caso do Decreto-Lei n.º 175/86, de 3 de Julho, que disciplinou o tipo comercial do contrato de agência (sobre este, cfr. António PINTO MONTEIRO, *Contrato de agência* — anotação, 5.º ed., Coimbra, 2004).

^{SH}) Para o liberalismo económico há uma igualdade entre o «justo» e o «squecido» (<*qui dit contractual di; juste*>). O único limite objectivo ao conteúdo dos contratos, como as partes o modelaram, tenderia a ser a moral pública. As concepções e as realidades sociais de hoje excluem, porém, esta concepção individualista da justiça ligada à economia liberal. Em ligação com o intervencionismo estatal, nos domínios do económico e do social, gera-se uma *tendência social* do direito privado. Esta tendência social aspira à realização de uma ordenação jurídica objectivamente justa nas relações entre os contratantes — de uma justiça efectiva que supere e torne inócua a desigualdade factual das partes e a diversidade do seu poder real de negociar.

tir os *pressupostos* da formação dos contratos, num quadro de real e efectiva autodeterminação recíproca. Impõe-se corrigir ou impedir os desenvolvimentos ilimitados da liberdade contratual, assegurando uma situação de real liberdade e igualdade dos contraentes, bem como as exigências da justiça social. Assim o reclama uma consideração conjunta e permanente da personalidade do homem e da sua socialidade.

Eis algumas dessas restrições:

- a) submete-se o *objecto do contrato* ⁽¹¹¹⁾ aos requisitos do artigo 280.º (designadamente, são nulos os contratos contrários à lei, à ordem pública e aos bons costumes);
- b) são anuláveis em geral os chamados *negócios usurários* (cfr. art. 282.º);
- c) a conduta das partes contratuais deve pautar-se pelo *princípio da boa fé* (art. 761º, n.º 2);
- d) a lei reconhece e admite certos *contratos-tipo* que, celebrados a nível de categorias económicas ou profissionais, contêm normas a que os contratos individuais, celebrados entre pessoas pertencentes às referidas categorias, têm de obedecer; daí que se fale nestes casos de *contratos normativos* (v g., as convenções colectivas de trabalho, cujas disposições, nos termos do art. 531.º do Cód. do Trabalho, só podem ser afastadas por contrato individual de trabalho «quando este estabeleça condições mais favoráveis para o trabalhador e se daquelas disposições não resultar o contrário»);
- e) alguns contratos em especial estão necessariamente sujeitos a determinadas *normas imperativas* — v g., artigo 1146.º sobre as taxas máximas de juros ⁽¹¹²⁾; artigos 1025.º do Código Civil.

¹¹¹⁾ O controlo da idoneidade do objecto — e o objecto tanto designa o *Tad* sobre que incidem os efeitos do acto como os próprios efeitos — vale para todos os 11026-cios jurídicos e reás) só para os contratos.

Q¹ Por força do Decreto-Lei n.º 200-C/80, de 24 de Junho, os n.º 1 e 2 do artigo 1146.º do Código Civil passaram a ser do seguinte teor:

«1 — É havido como usurário o contrato de múnus em que sejam estipulados juros superiores em 3% ou 5% aos jipes legais, conforme exista ou não garantia real.

2 — É havida também como usurária a cláusula penal que fixar como indemnização devida pela falta de restituição do empréstimo, relativamente ao tempo de

5.º do Decreto-Lei n.º 385/88, de 25 de Outubro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 524/99, de 10 de Dezembro (arrendamento rural), e outros sobre prazos máximos ou mínimos na loca-

mora, mais do que o correspondente a 7% ou 9% acima do juro legal, conforme exista ou não garantia real.»

Este Decreto-Lei modificou também o artigo 359.º do Código Civil, passando os *juros legais e os estipulados sem determinação de lona ou quantitativo a ser fixados em panaria canhona* dos Ministros da Justiça e das Finanças e do Plano (r.º 1 da nova redacção do art 559.º) Dando cumprimento a este imperativo legal actualmente (e depois das Portarias nD 447780, de 31 de Julho. 339787. de 24 de Abril. e 1171/95, de 25 de Setembro) a Portaria n.º 263/99, de 12 de Abril. fixa em 7% a *taxa anual dos juros legais e os estipulados sem determinação de taxa ou quantitativo*.

O artigo 1146.º sofreu também algumas alterações, por força do Decreto-Lei n.º 262/83. de 16 de Junho. passando a ser do seguinte teor:

«1 — É havido como usurário o contrato de mútuo em que sejam estipulados juros anuais que excedam os juros legais, acrescidos de 34 ou 5%, conforme exista ou não garantia real.

2 — É havida também como usurária a cláusula penal que fixar como indemnização devida pela falta de restituição do empréstimo relativamente ao tempo de mora mais do que o correspondente a 7% ou 9% acima dos juros legais, conforme exista ou não garantia real.

3 —

1 — O respeito dos limites máximos referidos neste artigo não obsta aplicabilidade dos artigos 282.º a 284

O Decreto-Lei n.º 262/83, no que toca a esta matéria. introduziu um novo artigo — artigo 559.º-A nos termos do qual se aplicável o disposto no artigo 1146.º a toda a estipulação de Juros ou quaisquer outras vantagens em negócios ou actos de concessão, outorga, renovação, desconto ou prorrogação do prazo de pagamento de um crédito e em outros análogos».

Finalmente, e por força ainda do mesmo diploma legal, foi modificado o n.º 2 do artigo 282.º, ficando «ressalvado o regime especial estabelecido nos artigos 559.º-A e 1146.º», bem como o n.º 1, alteração esta que analisaremos ao tratar dos negócios em estado de necessidade (*infra*, n.º 170 e segs.).

Uma das novidades deste Decreto-Lei n.º 262/83 foi também a consagração da «sanção pecuniária compulsória», a que nos referiremos mais à frente (*infra*, n.º 221).

Por força do Decreto-Lei 32/2003, de 17 de Fevereiro. por sua vez, o artigo 102.º do Código Comercial foi alterado: relativamente aos créditos de que sejam titulares empresas comerciais, a taxa dos juros moratórias legais e os estabelecidos sem determinação de taxa ou quantitativo, fixada em portaria conjunta dos Ministros das Finanças e da Justiça não pode agora «ser inferior ao valor da taxa de juro aplicada pelo Banco

ção; artigo 64.º do Regime do Arrendamento Urbano, contendo os únicos fundamentos possíveis de resolução do arrendamento urbano; bem como numerosas disposições da legislação laboral (cfr. o art. 41¹, n.º 3, do Cód. do Trabalho) e de protecção do consumidor (cfr., p. ex., os arts. 18.º do Dec.-Lei n.º 359/91, de 21 de Setembro, e 10.º do Dec.-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril, respectivamente, em matéria de crédito ao consumo e de garantias do consumidor na compra e venda, bem como, em geral, o art. 16.º da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho (H3)).

IV — Uma importante limitação de ordem prática — não de ordem legal ou jurídica — à liberdade de modelação do conteúdo contratual é a que se verifica nos chamados *contratos de adesão* (ou por adesão). São hipóteses em que uma das partes, normalmente uma empresa de apreciável dimensão, formula prévia e unilateralmente as cláusulas negociais (no comum dos casos, fazendo-as constar de um impresso ou formulário) e a outra parte aceita essas condições, mediante a adesão ao modelo ou impresso que lhe é apresentado, ou rejeita-as, *não sendo possível modificar o ordenamento negociai* apresentado. Via de regra, tais contratos são celebrados através da aceitação (= *adesão*) de cláusulas *prévia e unilateralmente* redigidas para *todos* os (ou para determinada categoria de) contratos que a empresa venha a celebrar no futuro, falando-se, a esse propósito, e perspectivando o fenómeno num momento *anterior* ao

Central Europeu à sua mais recente operacção principal de refinanciamento efectuada antes do 1.º dia de Janeiro ou Julho, consoante se esteja, respectivamente, no 12 ou no 2.º semestre do ano civil, acrescida de 7 pontos percentuais.» A Portaria nº 1105/2004, de 16 de Outubro, veio fixar justamente nesse valor a taxa de juros moratórios legais e fixados sem determinação de taxa ou quantitativo, para créditos de que sejam titulares empresas comerciais (devendo ser divulgado, no *DR*, II Série, por aviso da Direcção-Geral do Tesouro, até 15 de Janeiro e /5 de Julho de cada ano).

Era também o caso de certas normas do regime da venda a prestações, constante do Decreto-Lei n.º 457/79 de 21 de Novembro, que, porém, veio a ser revogado pelo Decreto-Lei n.º 63/94, de 28 de Fevereiro, justamente com fundamento na protecção do consumidor já assegurada pelo Decreto-Lei n.º 389/91, de 21 de Setembro, sobre crédito ao consumo, e na falta de benefícios económicos resultantes de um regime restritivo das vendas a prestações.

da efectiva celebração do contrato, de «*cláusulas contratuais gerais*, ou (na expressão empregue em vários países europeus) de «condições negociais gerais» (*aallgemeine Geschäftsbedingungen*)). É o que sucede nos contratos de seguro, de transporte marítimo, aéreo ou terrestre, de fornecimento de certos bens importantes para a vida quotidiana (gás, electricidade, etc.) e, frequentemente, nas vendas de certos aparelhos (v. g., electrodomésticos), na mediação de vendas de propriedades, etc.

As causas e a finalidade da disseminação na vida moderna dos contratos de adesão são diversas: vantagem para as empresas e para a vida económica na organização, racionalização e normalização da actividade contratual dirigida a um número elevado e indeterminado de clientes; intenção do emitente do impresso de contrato de, melhorando a sua posição, transferir certos riscos para a outra parte; insuficiência dos tipos contratuais legalmente previstos para cobrir satisfatoriamente formas negociais recentemente surgidas na vida económica (*leasing* ou locação financeira, *factoring*, contratos bancários, instalação de máquinas automáticas, contratos com empresas imobiliárias, etc.).

Teoricamente não há aqui remições à liberdade de contratar. O consumidor do bem ou serviço, se não está de acordo com as condições constantes do modelo ou impresso elaborado pelo fornecedor, é livre de rejeitar o contrato. Simplesmente, esta liberdade seria a liberdade de... não satisfazer uma necessidade importante, pois os contratos de adesão surgem normalmente em zona do comércio onde o fornecedor está em situação de monopólio ou quase monopólio. Rejeitar as condições apresentadas, e que o apresentante não aceita discutir, significa a impossibilidade de satisfazer com outro parceiro contratual a respectiva necessidade. Daí que o particular, *itnpelido pela necessidade, aceite as condições elaboradas pela outra parte*, mesmo que lhe sejam desfavoráveis ou pouco equitativas — daí a *restrição factual* à liberdade de contratar (¹¹⁴). Entretanto, como veremos, a *le g* islação hoje existente

(di4) A interrogação sobre a existência de urna autêntica autonomia da vontade — de ama fática e não fictícia autodeterminação — impõe-se a quem veja a autonomia como valor fundamental, mas ao serviço de resultados superiores, potencialmente mais razoáveis e socialmente mais COITCCÉOS, em termos de liberdade e de justiça. Só repudiará tal interrogação quem \ ir a autonomia de vontade como supremo axioma, em si mesmo, desencarnado da sua concreta inserção na realidade. O objectivo de

ção; artigo 64.^o do Regime do Arrendamento Urbano, contendo os únicos fundamentos possíveis de resolução do arrendamento urbano; bem como numerosas disposições da legislação laboral (cfr. o art. 4.^o, n.º 3, do Cód. do Trabalho) e de protecção do consumidor (cfr., p. ex., os arts, 18.^o do Dec.-Lei n.º 359/91, de 21 de Setembro, e 10.^o do Dec.-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril, respectivamente, em matéria de crédito ao consumo e de garantias do consumidor na compra e venda. bem como, em geral, o art. 16.^o da Lei n.º 24/96. de 31 de Julho (113)).

— Uma importante limitação de ordem prática — não de ordem legal ou jurídica — à liberdade de modelação do conteúdo contratual é a que se verifica nos chamados *contratos de adesão* (ou por adesão). São hipóteses em que uma das partes, normalmente uma empresa de apreciável dimensão, formula prévia e unilateralmente as cláusulas negociais (no comum dos casos, fazendo-as constar de um impresso ou formulário) e a outra parte aceita essas condições, mediante a adesão ao modelo ou impresso que lhe é apresentado, ou rejeita-as. *não sendo possível modificar o ordenamento negocial* apresentado. Via de regra, tais contratos são celebrados através da aceitação (= *adesão*) de cláusulas *prévia e unilateralmente* redigidas para *todos* os (ou para determinada categoria de) contratos que a empresa venha a celebrar no futuro, falando-se, a esse propósito, e perspectivando o fenómeno num momento *anterior* ao

Central Europeu à sua mais recente operação principal de refinanciamento efectuada antes do 1 dia de Janeiro ou Julho. consoante se esteja, respectivamente. no 1 ou no 2.º semestre do ano civil. acrescida de 7 pontos percentuais.º A Portaria n.º 1105/2004, de 16 de Outubro avio fixar justamente nesse valor a taxa de juros moratórios legais e fixados sem determinação de taxa ou quantitativo, para créditos de que sejam [latia- res empresas comerciais (devendo ser divulgado, no DR. II Série, por aviso da Direcção- Geral do Tesouro. até 15 de Janeiro e 15 de Julho de cada ano).

(²³) Era também o caso de certas normas do regime da venda a prestações, constante do Decreto-Lei e.º ^{457/79} de 21 de Novembro, que porém. veio a ser revogado pelo Decreto-Lei n.º 63/94, de 28 de Fevereiro justamente com fundamento na protecção do consumidor já assegurada pelo Decreto-Lei 0.º 359/91 de 21 de Setembro. sobre crédito ao consumo, e na falta de benefícios económicos resultantes de um regime restritivo das vendas a prestações

neste domínio veio introduzir *fontes limitações* — também de um ponto de vista *legal*, portanto — à liberdade de modelação do conteúdo contratual, a fim de proteger o aderente.

São, assim, evidentes os perigos de abuso desta figura dos contratos de adesão: restrição da liberdade factual de contratar do consumidor individual; alteração das soluções equilibradas — apesar de supletivas — consagradas na lei, com favorecimento unilateral do emitente do formulário contratual; possível «cattelização» integral de sectores económicos, através de impressos idênticos em todas as empresas, de tal modo que quem os recusar excluiu-se do tráfico jurídico; criação por entidades privadas de regras que, *de facto*, se assemelham ao direito imperativo estadual (11).

As características próprias dos contratos de adesão têm determinado a publicação de legislação própria — g., na Alemanha, com a «AGB-Gesetz» de 1976 (116); na Inglaterra, com o *Unfair Contract Terms Act* de 1977; em França, com legislação de 1978 sobre «a protecção dos consumidores contra cláusulas abusivas» (117). No espaço europeu, destaca-se a Directiva 93/13/CEE, do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às *cláusulas abusivas nos contratos com os consumidores*.

A nossa ordem jurídica dispõe, desde 25 de Outubro de 1985, de um diploma muito importante sobre «cláusulas contratuais gerais»: o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro (que foi modificado, a fim de ficar em conformidade plena com a citada Directiva 93/13/CE, do Conselho,

assegurar uma relativa igualdade entre os agentes económicos, para garantir uma efectiva autonomia, pode conduzir, como é sabido, à emissão de legislação imperativa a. seja nos casos clássicos do mútuo ou do «adapado», seja na problemática moderna do abuso do poder económico (p. ed., leis contra as restrições à concorrência, leis sobre os contratos de adesão).

(115) Acresce um outro aspecto para o alente do bem ou serviço fornecido mediante um contrato de adesão. O contrato contém, por vezes, *cláusulas de que ele se não apercebe*, disseminadas como estão no amplo contexto do contrato e impressas em caracteres de leitura não convidativa, além de frequentemente estarem redigidas em termos técnicos dificilmente acessíveis a não especialistas.

(116) Cfr. uma tradução desta lei alemã, da responsabilidade de H. FIRMEIDÖRSCHER e ROR MONTEIRO, in *RDE*, 1979, págs. 419 e segs. Entretanto, a recente reforma do BGB (com a «Lei de modernização do direito das obrigações», de 20015 levou a que parte importante das disposições da *AGB-Gesetz* tivesse sido incluída naquele Código.

e (117) Cfr. P. MAUNVAUO, «Les conditions générales des contrats», in *BFD*, vol. LIV (1978), págs. 25 e segs.

de 5 de Abril de 1993, pelo Dec.-Lei n.º 220/95, de 31 de Agosto, e pelo Dec.-Lei n.º 249/99, de 7 de Julho). Este diploma define (art. 1.º, m.º 1) as «cláusulas contratuais gerais» como as que são «elaboradas sem prévia negociação individual, que proponentes ou destinatários indeterminados se limitem, respectivamente, a subscrever ou aceitar». Mas o legislador de 1999 veio prever que ele se aplica também — no que toca ao controlo da inclusão das cláusulas no contrato e ao controlo do conteúdo destas — a cláusulas inseridas em «contratos individualizados mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar» (art. 1.º, n.º (i15)).

Teremos ocasião de voltar mais à frente, a propósito da formação do contrato, ao Decreto-Lei n.º 446/85, e de estudar o regime com que visa evitar os perigos inerentes às cláusulas contratuais gerais (e aos contratos de adesão) (II5).

⁸⁾ A formulação deste artigo 1.º, n.º 2, é infeliz em vários aspectos: a expressão «contratos individualizados»; o tempo verbal empregue e os próprios contornos da noção expressa com as palavras «Mão pode influenciar», a dúvida sobre o seu âmbito de aplicação a destinatários não consumidores — sobre estes pontos, CO. „António PI = MONTEIRO, «O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais». in ROA, ano 62, 2002, cit., págs. 140 e segs.

(«⁹⁾ Já antes do Decreto-Lei n.º 446/85 se devia, porém, recorrer aos instrumentos *gerais*, por forma a tentar atenuar esses perigos. Escreveu-se, nesse sentido, na 3.º ed. desta obra (anterior àquele diploma),

«É, pois, desejável que o legislador e a jurisprudência — com os meios ao seu alcance, designadamente a cláusula geral da «ordem pública» do artigo 280.º — considerem esta situação de desigualdade e desequilíbrio de forças entre as partes, em ordem a evitar os perigos inerentes aos contratos de adesão — isto porque o Código Civil não considera o problema.

Em virtude de os contratos de adesão não terem sido ainda, entre nós, objecto de regulamentação legal própria, só através do controlo judicial, mediante a utilização de cláusulas gerais, se poderá fazer face à situação de injustiça em que se encontra o particular aderente.

Deverá a jurisprudência servir-se da cláusula da boa fé, e, sobretudo, da cláusula geral da *ordem pública* (art. 280.º⁸⁾, em ordem à realização de uma sindicância sobre o conteúdo destes contratos.

A situação *específica* dos contratos de adesão deve acarretar a nulidade de certas cláusulas neles inscritas, as quais seriam válidas se incluídas em contratos isolados entre particulares, sendo de considerar contrário à ordem pública o afastamento *sistemático e organizado* de normas supletivas, de modo a criar uma cela-

23. Domínio principal de aplicação da liberdade contratual: os contratos obrigacionais

I — A liberdade contratual vigora em maior medida nos chamados *contratos obrigatórios ou obrigacionais*, ou seja, naqueles contratos cuja eficácia constitutiva, modificativa ou extintiva se situa no domínio das obrigações em sentido técnico ou direitos de crédito.

Nesta categoria de contratos tem lugar a liberdade de conclusão ou celebração dos contratos e são reduzidas as limitações à liberdade de modelação do respectivo conteúdo. Salvo essas limitações, as partes podem produzir os efeitos obrigacionais que lhes aprouver.

II — Nos *contratos com eficácia real*, isto é, constitutivos, modificativos ou extintivos de direitos reais, há liberdade de celebração, mas a liberdade de fixação do conteúdo contratual sofre uma importante restrição.

ção injusta entre a empresa, pública ou privada, que emite o contrato de adesão e cada um dos muitos particulares que com ela contratam.

Na ausência de legislação específica, os tribunais portugueses, como fez e continua a fazer a jurisprudência estrangeira, devem considerar nulas (e.à vi art. 280.º) certas cláusulas abusivas contidas em contratos de adesão, a g., certas cláusulas de exclusão de responsabilidade, de caducidade de direitos, alteração do foro legal, enc.

A contrariedade à ordem pública do uso sistemático dessas cláusulas, derogatórias de normas supletivas, resulta de o art.º 280n do Código Civil ter por conteúdo e significado concretos à luz de preceitos constitucionais, como por exemplo, alíneas e) c); do artigo 81.º que definem como «incumbências prioritárias do Estado», a de *reprimir os abusos do poder económico*, a de proteger o consumidor, ou, arts. 109.º e 1105), expressa e desenvolvidamente, provêem acerca do combate a actividades especulativas, a práticas restritivas do comércio e acerca da protecção do consumidor.»

Cfr. também já Carlos MOTA PINTO, «Contratos de adesão», cit., e António PINTO NUNES. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Coimbra, 1985 (reimp. 2003), págs. 369 e segs. Posteriormente ao Decreto-Lei n.º 446/85, cfr. desde já, M. ALMEIDA COSTA. MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, Coimbra, 1986, e A. Pedro MONTeiro. «Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro», in ROA, 1986, págs. 733-69. Já depois do Decreto-Lei n.º 249/99, cfr. António PINTO MONTeiro, «O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais», cit.

Os contraentes, podendo embora celebrar contratos inominados, não podem constituir direitos reais que se não integrem nos tipos previstos na lei (*princípio da tipicidade ou do «numerus clausus» dos direitos reais*). Não é possível alterar por contrato as características dos direitos reais tipificados pela lei nem criar ex *contraem* outros tipos (art. 1306.").

III — Nos *contratos familiares*, isto é, com eficácia no domínio das relações de família, há liberdade de concluir ou não o respectivo contrato — é o pensamento da autonomia que subjaz e enforma o direito civil.

Quanto à liberdade de fixação do conteúdo contratual, ela está excluída no domínio dos contratos familiares pessoais. O casamento, a perfilhação ou a adopção são tipos contratuais rígidos, cujos efeitos estão preordenados na lei, não podendo ser modificados pelas partes. No domínio familiar patrimonial (p. ex., convenções antenupciais) existe liberdade de modelação do conteúdo contratual, quanto aos contratos admitidos, embora essa liberdade conheça limitações (v. g., art. 1714.º).

IV — Quanto aos *contratos sucessórios*, isto é, dirigidos a reger a sucessão por morte de uma pessoa, importa, desde já, acentuar que a lei só os admite em medida limitadíssima e com carácter excepcional. A regra do nosso direito é a da *proibição dos pactos sucessórios*. só se derogando esta regra em casos limitadíssimos (art. 1700Y).

A *sucessão voluntária resulta, quase sempre, de um negócio unilateral — o testamento*. Quanto a este, há liberdade de celebração e liberdade de fixação do conteúdo, salvo algumas restrições, aliás importantes (v. g., a impossibilidade de afastar as legítimas, a proibição das substituições fideicomissárias em mais de um grau). Identicamente se passam as coisas nos contratos sucessórios nos casos limitadíssimos em que a lei os admite (cfr. art. 1700.º).

24. Referência esquemática às principais figuras e problemas disciplinados pelo Direito das Obrigações

1 — Já vimos que o princípio da liberdade contratual tem no domínio dos contratos obrigacionais o seu campo de eleição.

A obrigação ou direito de crédito — já o sabemos também — é o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação.

Sob o ponto de vista funcional, as obrigações são o veículo jurídico-privado por excelência da movimentação dos bens e serviços e da cooperação entre os homens; são o instrumento da dinâmica da vida jurídico-privada.

É oportuno fornecer neste momento uma informação muito geral sobre os problemas e figuras pertencentes a este domínio temático do direito civil.

Não se trata de habilitar os estudantes a esse respeito, com noções completas e aprofundadas; a isso servirá a cadeira de Direito das Obrigações. Temos apenas em vista, quanto a este ponto, nesta cadeira de Teoria Geral do Direito Civil, referir aos alunos os capítulos fundamentais da disciplina legal do Direito das Obrigações — e nem sequer para que eles sistemática e plenamente assimilem as noções que lhes apontamos, mas simplesmente para que adquiram alguma familiaridade com uma terminologia e com alguns conceitos que, a cada passo, poderão ressaltar no estudo do Direito Civil. Trata-se de permitir aos estudantes percorrer um apressado roteiro na carta da disciplina legal das obrigações, fiando-se do rápido percurso a aquisição do significado, mesmo impreciso e fluido, de algumas noções.

Para o efeito pretendido basta, pois, quanto a este número, que se leiam as disposições legais a seguir indicadas.

II — O Código Civil regula as fontes *das obrigações*, isto é, os factos jurídicos que dão origem ao vínculo obrigacional. Considera como tais o *contrato* (art. 405.º), o *negócio unilateral* (art. 457.º), a *gestão de negócios* (art. 464.º), o *enriquecimento sem causa* (art. 473.º) e a *responsabilidade civil* (art. 483.º).

Entre as fontes indicadas revestem importância primacial o contrato, meio por excelência da realização pelo Direito Privado da sua função modeladora da vida social, mediante autónomas composições de interesses, e a responsabilidade civil, instrumento da função protectora e reparadora das situações constituídas.

III — Seguidamente, cura a lei civil das *modalidades* das obrigações. Consideram-se as várias categorias de direitos de crédito cuja distinção

oferece interesse para efeitos de regulamentação. Quanto ao sujeito, prevê e disciplina a lei as situações seguintes: *obrigações de sujeito activo indeterminado* (art. 511.º), *obrigações solidárias* (art. 512.º), resultando *a contrario sensu* da lei (cfr. art. 511.º) ser o regime-regra da pluralidade de credores ou devedores o regime oposto à solidariedade, ou sôja, o das *obrigações conjuntas*.

Quanto ao objecto, prevê e disciplina a lei *as obrigações divisíveis e indivisíveis* (arts. 534.º e 535.º), *as obrigações genéricas* (art. 539Y), *as obrigações alternativas* (art. 545.º), *as obrigações pecuniárias* (art. 550.f prevendo a hipótese mais comum, a das *obrigações de soma ou quantidade*), *as obrigações de juros* (art. 559.º), etc.

IV — Pode equacionar-se o problema de saber se as obrigações estão indissolivelmente ligadas à pessoa dos respectivos sujeitos ou podem mudar de titular por acto entre vivos, mantendo a sua *identidade, apesar dessa modificação subjectiva*.

A lei reconhece a possibilidade de transmissão de créditos e dívidas. A mudança da titularidade activa ou *a parte creditoris* pode ter lugar por cessão (art. 577.º) ou sub-rogação (arts. 589f-592.º). A transmissão singular de dívida ou *a parte debitoris* pode ter lugar nos termos no artigo 595.º

V — Ao lado da *garantia geral dos credores*, que é representada pelo património do devedor, podem alguns credores beneficiar de *garantias especiais*, concedidas pela lei, por negócio jurídico ou por sentença.

As principais [§]garantias especiais das obrigações são a *fiança* (art. 627.º), a *consignação de rendimentos* (art. 656.º), o *penhor* (am 666.º), a *hipoteca* (art. 686.º), os *privilégios creditórios* (art. 733.º) e o *direito de retenção* (art. 754.º).

VI — Toda a obrigação tem como causa natural de extinção o *cumprimento*. É ele o objectivo ou fim da obrigação, pois esta dirige-se à satisfação do interesse do credor na realização da prestação. A obrigação é um *programa de prestação, um processo* dirigido ao cumprimento.

A lei civil regula vários aspectos ligados ao cumprimento das obrigações (quem pode fazer e a quem pode ser feita a prestação; qual o lugar

ou o prazo da prestação. etc.). *O não cumprimento imputável* ao devedor (*impossibilidade definitiva* de cumprimento ou simples retardamento ou *mora*) importa para o devedor a obrigação de reparar os danos causados ao credor.

Além do cumprimento prevê a lei *outras causas de extinção* das obrigações. São elas: a *dação em entupimento* (art. 837.º), a *consignação em depósito* (art. 841.º), a *compensação* (art. 847Y), a *novação* (art. 857.0), a *remissão* (art. 863.º) e a *confissão* (art. 868.º), além da *prescrição* (art. 298á, n.º 1).

VII — Finalmente, disciplina de seguida a lei um certo número de *contratos típicos ou nominados*. Com o intuito de facilitar o exercício da autonomia privada e simultaneamente consagrar as soluções que lhe pareceram mais razoáveis, embora não tenha ido ao ponto de estabelecer na disciplina dos contratos típicos apenas normas imperativas. o legislador prevê e regulamenta certos modelos ou arquétipos de contratos mais correntes na vida social.

São eles a *compra e venda* (art. 874.º), a *doação* (art. 940á), a *sociedade* (art. 980."), a *locação* (art. 1022.º), a *parceria pecuária* (art. 1121.'), o *comodato* (art. 1129.'), o *mútuo* (art. 1142.º), o *contrato de trabalho* (art. 1152É), a *prestação de serviço* (art. 1154.º), o *mandato* (art. 1157."), o *depósito* (art. 1185.º), a *empreitada* (art. 1207.º), a *renda perpétua* (art. 1231.'h), a *renda vitalícia* (art. 1238.'), o *jogo e aposta* (art. 1245.º) e a *transacção* (art. 1248.º).

25. O princípio da liberdade contratual, o mercado e o sistema económico e social

1 — O princípio da liberdade contratual que caracteriza o sistema jurídico-privado português está em conexão necessária com as características de um *sistema económico e social*.

Presente nos vários sectores do direito privado, circunscreve-se nalguns, [§] g., direito da família, a única mera liberdade de conclusão. É sobretudo no domínio dos contratos obrigacionais, quase sempre de conteúdo patrimonial, que o princípio da liberdade contratual assume a sua mais ampla extensão na forma de liberdade de celebração dos contratos e de liberdade de fixação do conteúdo contratual.

A observação das relações entre o direito e a vida económica e social revela pressupor a liberdade contratual determinadas regras de organização económica e social ou, pelo menos, harmonizar-se melhor com elas. É o caso dos *princípios da livre empresa ou da iniciativa privada, da economia de mercado e da propriedade privada das unidades de produção*. Mais: podemos dizer que a regra da liberdade contratual é o *instrumento jurídico necessário à actuação do princípio económico da livre empresa, ao sistema da economia de mercado e ao exercício da propriedade privada*. Daí que o grau máximo de liberdade contratual corresponda ao liberalismo económico como forma de organização da produção e circulação dos bens e serviços e ao individualismo como filosofia social.

A liberdade contratual só adquire uma dimensão relevante e o seu sentido originário, no domínio do económico, enquanto no sistema vigorem, em maior ou menor medida, aquelas regras de organização económica. Designadamente, pode dizer-se que a liberdade contratual supõe o reconhecimento, em escala maior ou menor, do *mercado* como regulador da actividade económica.

Numa óptica de puro liberalismo ou individualismo, a liberdade contratual não carece de ir buscar a sua legitimação para além do valor da autonomia, isto é, para além de possibilitar o livre desenvolvimento da personalidade dos indivíduos. Quando uma exigência de ordem social se vem ligar aos princípios do liberalismo, acentua-se na fundamentação da liberdade contratual, ao lado do valor da autonomia pessoal, o resultado de justiça que os mecanismos da liberdade de negociar e contratar, desde que correctamente enquadrados, assegurariam.

II — Em virtude da sua ligação com as características básicas do sistema económico e social, o princípio da liberdade contratual, embora não consagrado expressamente na Constituição da República Portuguesa, está implicado em certos preceitos constitucionais integradores do que hoje se chama a «*constituição económica*» (conjunto de regras fundamentais sobre a organização e funcionamento da vida económica da sociedade).

A tutela constitucional da *liberdade contratual* decorre do *reconhecimento da iniciativa privada* (art. 61.º), devendo esta norma articular-se com os preceitos constitucionais que tutelam a *propriedade privada*

(arts. 62.º e 89.º) e com os que consagram o *direito de livre escolha de profissão ou género de trabalho* (art. 47.º). Mas é possível retirar tal protecção também logo da consagração do «direito ao desenvolvimento da personalidade» (art. 26.º, n.º 1) e da liberdade geral de actuação nele implicada.

Naturalmente que o exercício da liberdade contratual não é absoluto, antes se deve atenuar por razões de carácter social, corno aliás já foi referido, assim se devendo compreender a referência do artigo 61.º da Constituição ao «progresso colectivo» como limite da iniciativa económica privada.

III — Mesmo nos sistemas onde, até à última década do século XX, vigorou o sistema económico dito *socialista*, a *liberdade contratual* e a *figura do contrato não tinham desaparecido* integralmente da vida jurídica dos Estados, ao contrário do que se poderia pensar, como corolário da *propriedade colectiva* das unidades de produção e da *planificação* imperativa da vida económica.

O contrato e a liberdade contratual mantiveram-se aí, evidentemente, com características idênticas às que assumem no âmbito dos sistemas económicos capitalistas, nos sectores de produção de bens e serviços onde sempre se *manteve a economia de mercado e a empresa privada*. Tratava-se, porém, de sectores onde actuavam apenas empresas de pequena dimensão, como uma *manifestação residual* do sistema capitalista anterior.

No domínio económico onde *vigorava a economia planificada* e onde se visava organizar a produção apenas pelas empresas do Estado, das cooperativas, das autarquias locais ou de outras organizações sociais — o sector que pretendia aí ser tendencialmente exclusivista —, o contrato e a liberdade contratual tinham *inuitissimo menos importância* do que no quadro da economia capitalista. Ainda assim, todavia, *não haviam desaparecido totalmente*, por duas ordens de razões: como forma de *vincar a responsabilidade* dos directores respectivos e da empresa no seu conjunto pela realização das tarefas a seu cargo; (aproveitamento do contrato com fins psicológicos, como uma solenidade, em que participam os administradores das empresas públicas em causa, destinada a intensificar a consciência da necessidade de executar as missões a seu cargo; é evidente que um aproveitamento do contrato nestes termos

nada tinha a ver com a liberdade contratual nem com a autonomia privada, tratando-se do recurso a um simples *esquema formal*, desprovido do seu conteúdo próprio); e pela tendência para tomar a *planificação económica menos rígida e minuciosa*, dando-se às empresas públicas uma maior liberdade de actuação em função dos mecanismos de mercado, reaparecendo (salva embora a diferença resultante de se tratar de organismos públicos, vinculados à consecução de fins públicos) a *liberdade de celebração e a liberdade de, dentro de certos limites, modelar o conteúdo dos contratos das empresas entre si*.

§ 4."

A boa fé

26. O princípio da boa fé

I — A boa fé é hoje um princípio fundamental da ordem jurídica, particularmente relevante no campo das relações civis e, mesmo, de todo o direito privado. Exprime a preocupação da ordem jurídica pelos valores *ético jurídicos* da comunidade, pelas *particularidades* da situação *concreta* a regular e por uma *juriclididade social e materialmente fundada*. A consagração da boa fé corresponde, pois, à *superação* de uma perspectiva *positivista* do direito, pela *abertura* a princípios e valores extra-legais e pela *dimensão concreto-social e material* do jurídico que perfilha (120).

Significa o que acabamos de dizer que o princípio da boa fé se ajusta a — e contribui para — uma visão do direito em conformidade com a que subjaz ao *Estado de Direito Social* dos nossos dias, intervencionista e preocupado por corrigir desequilíbrios e injustiças, para lá das meras justificações formais.

Como já dissemos, o princípio da boa fé tem um âmbito muito vasto, *invadindo* todas as áreas do direito. Mas ele assume uma impor-

A este propósito, pode ver-se António PINTO MONTEIRO. Sumários de *Introdução ao Estudo do Direito*, ed. poticop. (em harmonia com as Lições do Doutor Castanheira Neves). Coimbra, 1978, págs. 85 e *seL., s., e*, principalmente. António CASTANHEIRA NEVES. *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, ed. policop., Coimbra, 1968-69. cit., págs. 76 e segs. e 152 e segs.

tância muito grande no domínio dos contratos, em permanente *diálogo e contraponto* com um outro princípio fundamental, já analisado, e que é o da *autonomia privada*. De todo o modo, ao fazermos estas afirmações estamos a perspectivar o princípio da boa fé como *critério normativo*, e, portanto, num sentido *objectivo*.

II — Importa, na verdade, distinguir a boa fé em sentido *objectivo* da boa fé em sentido *subjectivo*.

Neste último caso, a boa fé reporta-se a um estado *subjectivo*, tem em vista a situação de quem *julga actuar em conformidade cora o direito*, por desconhecer ou ignorar, designadamente, qualquer vício ou circunstância anterior. Neste sentido, tradicional, a lei recorre à boa fé em inúmeras situações. Assim, p. ex., no artigo 243Y, n.º 2, ao dizer que «a boa fé consiste na *ignorância* da simulação»; no artigo 291.º, n.º 3, ao considerar de boa fé o terceiro que «*desconhecia*, sem culpa, o vício do negócio nulo ou anulável»; no artigo 61244 ao entender por má fé «a *consciência do prejuízo* que o acto causa ao credor, no artigo 1260Y, n.º 1, ao dizer que a posse é de boa fé «quando o possuidor *ignorava*, ao adquiri-la, que lesava o direito de outrem» (relevante para determinar os prazos para se poder adquirir por usucapião, nos termos dos arts. 1294Y e segs.); etc.

Em muitos outros casos, porém, a lei recorre à boa fé em sentido *objectivo*, sendo este o sentido em que tal princípio revela, na actualidade, todo o seu imenso potencial *jurisgénico* e traduz a dimensão de *justiça social e materialmente fundada* de que falámos atrás. Em sentido *objectivo*, pois, a boa fé constitui uma *regra jurídica*, é um *princípio normativo* transpositivo e extra-legal para que o julgador é remetido a partir de *cláusulas gerais*. Não contém, ele próprio, a solução, antes consagra o *critério* da solução, carecendo para o efeito da *mediação concretizadora* do aplicador, *maximie* do juiz.

Aplicado aos contratos, o princípio da boa fé em sentido *objectivo* constitui uma *regra de conduta* segundo a qual os contraentes devem agir de modo *honesto, correcto e leal*, não só *impedindo* assim comportamentos *desleais* como *impondo* deveres de *colaboração* entre eles. É neste sentido que o artigo 227.º, n.º 1, fala das «regras da boa fé»; que o artigo 239.º apela aos «ditames da boa fé» na integração do negócio jurídico; que o artigo 334Y menciona os «limites impostos pela boa fé»

como critério do abuso do direito; que o artigo 437.º, n.º 1, consagra os «princípio da boa fé» como exigência a ponderar em caso de alteração anormal das circunstâncias; que o artigo 762.º, n.º 2, manda os contraentes proceder «de boa fé» no cumprimento da obrigação e no exercício do direito correspondente; etc.

Pode, assim, dizer-se que o princípio da boa fé, em sentido objetivo, acompanha a relação contratual desde o seu início, permanece durante toda a sua vida e subsiste mesmo após se ter extinguido. Na verdade, logo na formação do contrato a boa fé intervém (art. 227.º, n.º 1); é um critério a ter em conta na interpretação (art. 236.º) ⁽⁹³⁾ e na integração do negócio (art. 239.º), assim como no *exercício* dos direitos (art. 334.º); e impõe-se quer na fase do *cumprimento* das obrigações, quer mesmo após o vínculo contratual se ter *extinguido* (an. 7622º, n.º 2).

É ainda a boa fé que em certa medida *conforma a relação contratual*, pois é ela um dos critérios a que se recorre para determinar o *âmbito da vinculação negocia!*. Quer dizer que «do contrato fazem parte não só as obrigações que expressa ou tacitamente decorrem *do acordo das partes*, mas também, designadamente, *todos os deveres que se fundam no princípio da boa fé* e se mostram necessários a integrar a lacuna contratual» ⁽¹²²⁾. Nesta linha, importa sublinhar o papel decisivo da boa fé no enriquecimento do conteúdo do contrato, mormente por constituir a matriz dos denominados *deveres laterais*, como os deveres de cuidado para com a pessoa e o património da contraparte, os deveres de informação e esclarecimento, etc. (123).

Por último, do ponto de vista da responsabilidade em que as partes podem incorrer, a violação da boa fé é susceptível de geral responsabilidade *pré-contratual*, responsabilidade *contratual* ou mesmo

⁽⁹³⁾ Neste sentido, o Acórdão do Tlritinal da Relação de Lisboa de 2 de Outubro de 1997, in *CL*, 1997, 152 pá^g. 100.

(122) Cfr., para maiores desenvolvimentos. António PINTO MONTEIRO, *Erro e Pin-culação negocia! (a propósito da aplicação do bem a fim diferente do declarado)*, Coimbra, 2002, págs. 35 e segs. e 43. Cfr. ainda Paulo MOTA PINTO, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Coimbra, 1995, págs. 71 e segs.

(123) Cfr. principalmente Carlos MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, cit., págs. 337 e segs., 339 e 402 e segs.

responsabilidade *pós-contratual*, consoante o momento em que ocorra tal violação.

III — Uma manifestação especialmente relevante do princípio da boa fé e que vem adquirindo já hoje uma particular *densidade e identificação* é o *princípio da confiança*. Aliás, “rias das soluções legislativas que apelam ao princípio da boa fé em sentido objetivo são em grande medida inspiradas pela necessidade de *tutela da confiança*.”

Trata-se, no fundo, de acolher a ideia de que, em certos casos, deve *relevar juridicamente* a confiança *justificada* de alguém no comportamento de outrem, quando este tiver contribuído para fundar essa confiança e ela se justifique igualmente em face das *circunstâncias* do caso concreto. Essa relevância jurídica pode levar a *atribuir efeitos jurídicos* a uma situação tão-só aparente (¹²⁴), ou ficar-se, como sucederá normalmente, por criar a *obrigação de indemnização* pela frustração das legítimas expectativas (¹²⁵) (126).

(¹²) É o que sucede no caso do contrato de agência, em que a lei tutela a chamada *representação aparente* — ver o art.º 23º do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho, e, a propósito António PINTO MOZ FEIRO *Contrato de agência* —, cit. págs. 107 e segs. Mas é também o que se verifica no caso de *dolo do menor* (art. 126.º do Cód. Civil), retirando a este e ao seu representante legal o direito de anular o negócio. Voltaremos a estes pontos *infra*, no momento próprio.

(^{12e}) É o que se passa como veremos mais à frente, quando existe a obrigação de indemnizar, além do direito à anulação do negócio, em caso de *dolo* ou de *coacção moral*, designadamente (arts 254.º e 256º), ou por culpa na formação do contrato (art. 227.º)

D²⁶) Além das obras referidas nas notas anteriores, pode consultar-se, de entre a vasta bibliografia sobre a boa fé, por todos, António MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, vols. I e II, Coimbra, 1984, e Manuel CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra 2004 (cfr. págs. 431 e segs., propondo a distinção entre a responsabilidade por violação do princípio da boa fé, ou de outros deveres de conduta, e uma responsabilidade, dita «pura», pela confiança); no direito comparado cfr. igualmente por todos, Claus-Wilhelm CANARIS, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München, 1971, bem como os estudos incluídos na obra *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, ou, mais recentemente, *Good Faith in European Contract Law*; ed. por Reinhard ZIMMERMANN e Simon WHIERAKER, Cambridge, 2000.

§5º

A responsabilidade civil

27. Noção. Características gerais

I — Na vida social os comportamentos — acções ou omissões adoptados por uma pessoa causam muitas vezes prejuízos a outrem. O devedor não executa ou executa defeituosamente a prestação a que está adstrito; o condutor de um veículo atropela um transeunte; um indivíduo destrói uma coisa de outrem. Em casos deste tipo, cuja variedade é inesgotável, põe-se o problema de saber quem deve suportar o dano verificado. Deverá o prejuízo ficar a cargo da pessoa em cuja esfera jurídica ele foi produzido ou deverá, antes, impor-se a obrigação do seu ressarcimento à pessoa cujo comportamento provocou uma lesão na esfera de outrem?

II — Quando a lei impõe ao autor de certos factos ou ao beneficiário de certa actividade a obrigação de reparar os danos causados a outrem, por esses factos ou por essa actividade, depara-se-nos a figura da *responsabilidade civil*. A responsabilidade civil actua, portanto, através do surgimento da *obrigação de indemnização* ⁽¹²⁷⁾, Esta tem precisamente em vista tornar *indemne*, isto é. *sem dano* o lesado; visa colocar a vítima na situação em que estaria sem a ocorrência do facto danoso.

A *responsabilidade civil* consiste, por conseguinte, na necessidade imposta pela lei a quem causa prejuízos a outrem de colocar o ofendido na situação em que estaria sem a lesão (arts. 483.º e 562.º). Esta reconstituição da situação em que o lesado estaria sem a infracção deve em princípio ter lugar mediante uma *reconstituição natural* (*restauração natural, restituição ou execução específica*). É essa a lição do artigo 566.º, u.º 1, do Código Civil. Quando a reconstituição natural for *impossível, insuficiente ou excessivamente onerosa*, a reposi-

C¹²⁷) Na linguagem jurídica falava-se, antes do actual Código Civil, de *indemnização de perdas e danos*, ao passo que este diploma fala apenas de *obrigação de indemnização* ou de *obrigação de reparar os danos*.

ção do lesado na situação em que estaria sem o facto lesivo terá lugar mediante uma *indenização em dinheiro (restituição ou execução por equivalente)*. Das duas formas que pode revestir a reconstituição das coisas a *indenização em dinheiro ou por equivalente* é a hipótese largamente maioritária, pois raramente o lesado ficará completamente indemnizado com a reconstituição natural, mesmo quando esta for possível.

III — A indemnização em dinheiro cobre os *danos patrimoniais* sofridos pelo lesado, isto é. os prejuízos susceptíveis de avaliação em dinheiro. No dano patrimonial estão compreendidos o *dano emergente*, ou seja, o prejuízo imediato sofrido pelo lesado, e o *lucro cessante*, quer dizer, as vantagens que deixaram de entrar no património do lesado em consequência da lesão (art. 564.º, n.º 1). O ressarcimento por equivalência dos danos patrimoniais é uma verdadeira indemnização, dada a identidade de natureza entre o carácter patrimonial dos bens lesados e uma dada soma pecuniária.

O direito civil português manda, contudo, atender também na fixação da indemnização aos *danos não patrimoniais* que, *pela sua gravidade*, mereçam a tutela do direito (art. 496.º, n.º 1). Estes danos não patrimoniais — tradicionalmente designados por *danos morais*

gridade física, a saúde, a tranquilidade, o bem-estar físico e psíquico, a liberdade, a honra, a reputação). A sua verificação tem lugar quando são causados sofrimentos físicos ou morais, perdas de consideração social, inibições ou complexos de ordem psicológica, vexames, etc., em consequência de uma lesão de direitos, *irregularidade* de direitos de personalidade. Não sendo estes prejuízos avaliáveis em dinheiro, a atribuição de uma soma pecuniária correspondente legitima-se, não pela ideia de indemnização ou reconstituição, mas pela de *compensação*.

Os interesses cuja lesão desencadeia um dano não patrimonial são infungíveis, não podem ser reintegrados mesmo por equivalente. Mas é possível, em certa medida, *contrabalançar* o dano, *compensá-lo* mediante satisfações derivadas da utilização do dinheiro. Não se trata, portanto, de atribuir ao lesado um «preço de dor» ou um «preço do sangue», mas de lhe proporcionar *uma satisfação*, em virtude da aptidão

do dinheiro para propiciar a realização de uma ampla gama de interesses, na qual se podem incluir mesmo interesses de ordem refinadamente ideal (28).

IV — Além da existência de um *dano* e de uma *ligação causal* entre o facto gerador de responsabilidades e o prejuízo, devem verificar-se outros *pressupostos* para o surgimento da responsabilidade civil.

Necessário se toma, em princípio, que o facto seja *ilícito*, isto é, violador de direitos subjectivos ou interesses alheios tutelados por uma disposição legal, e *culposo*, ou seja, passível de uma censura ético-jurídica ao sujeito actuante. Escrevemos *em principio*, pois há certos casos expressamente previstos na lei em que a responsabilidade civil prescinde da *culpa* e da *ilicitude*.

A culpa, traduzida numa reprovação ou censura da conduta desrespeitadora dos interesses tutelados pelo direito, pode resultar da existência de uma intenção de causar um dano violando uma proibição (*dolo*) ou da omissão dos deveres de cuidado, diligência ou perícia exigíveis para evitar o dano (*negligência ou mera culpa*).

Aos factos ilícitos praticados com dolo (intencionais) dava-se, por vezes, a designação de *delitos* e aos factos ilícitos meramente culposos a de *quase-delitos*. Embora a responsabilidade civil deva conduzir à reconstituição da situação que existiria se não se tivesse produzido o evento que obriga à reparação (art. 562.º), a nossa lei admite uma *limitação equitativa* de indemnização quando a responsabilidade se funde em mera culpa (art. 494.º). Diversamente, os factos dolosos implicam a necessidade de reparar todos os danos causados.

V — Temos estado a considerar exclusivamente a *responsabilidade civil*. Ao lado desta deve considerar-se, porém, a *responsabilidade criminal*

(1:8) Pode ver-se Antón;o PINTO MONTEIRO, «Sobre a reparação dos danos morais», in *Revista Portuguesa de Direito Corporal*, ano 1, n.º I, Coimbra, 1992. Tem-se questionado se também as pessoas colectivas podem sofrer danos não patrimoniais, e se estes devem igualmente ser atendidos na fixação da indemnização Respondendo em sentido positivo, cfr. os Acórdãos do STJ de 12 de Novembro de 1996 e de 15 de Novembro de 1998 (in *CJ-511*, 1996. tomo III. pág. 90, e 1998, tomo III. pág. 124).

Em harmonia com o sentido da distinção entre direito civil e direito criminal, enquanto a responsabilidade civil se dirige à restauração, específica ou por equivalente, dos interesses individuais lesados, a responsabilidade criminal visa satisfazer interesses da comunidade, ofendida pelo facto ilícito criminal.

A responsabilidade criminal manifesta-se na aplicação de uma *pena* ao autor do facto criminoso. A pena, diversamente da responsabilidade civil, não visa restabelecer os interesses privados da pessoa ofendida. Traduz-se na *produção de um mal* a sofrer pelo agente criminoso, com a finalidade de *retribuir* o mal causado à sociedade com a infracção (*retribuição*), de intimidar as outras pessoas, mostrando-lhes como a sociedade reage ao crime (*prevenção geral*) e de impedir o próprio infractor de cometer novas infracções, segregando-o do convívio social ou aproveitando a reclusão para uma actividade regeneradora (*prevenção especial*).

Ao lado da responsabilidade criminal, há também hoje que considerar a responsabilidade por prática de *ilícitos de mera ordenação social* — responsabilidade contra-ordenacional. Resulta esta igualmente da violação de regras de conduta, as quais, todavia, têm um cariz predominantemente administrativo ou de *mera ordenação social*, sem a relevância axiológico-social (violação do «mínimo ético») que é característica das violações criminais. É o caso, v. g., do estacionamento em local proibido, da condução sob o efeito do álcool, até certo limite de alcoolémia (a partir do qual há crime), ou, por exemplo, da violação de normas sobre ruído (art. 22.º do Regulamento Geral do Ruído, aprovado pelo Dec.-Lei n.º 292/2000, de 14 de Novembro).

A responsabilidade civil e a responsabilidade criminal podem coexistir e ser desencadeadas pelo mesmo facto (*factos ilícitos civis e criminais simultaneamente*). É o caso do homicídio, do furto, das ofensas corporais, da difamação, da calúnia, da injúria. Há nestes casos lugar à aplicação de uma pena (prisão, multa) ao agente e tem lugar igualmente uma obrigação de indemnização dos danos patrimoniais ou não patrimoniais causados. Certos factos ilícitos são, porém, *apenas ilícitos civis* (v. g., o não cumprimento de uma dívida), enquanto outros são *apenas ilícitos criminais* (v. g., a mera tentativa ou a frustração de um crime).

28. Responsabilidade por actos ilícitos, responsabilidade pelo risco e responsabilidade por actos lícitos. Evoluções recentes: a responsabilidade do produtor ou do fabricante

I — Dissemos no número anterior que a responsabilidade civil exige a culpa do agente, só em casos contados, expressamente previstos e regulamentados, se consagrando, entre nós, uma responsabilidade sem culpa. Opta assim o nosso sistema jurídico (art. 483."), como aliás a generalidade dos países, pela concepção da *responsabilidade subjectiva*, só em medida muito limitada abrindo brecha em tal princípio no sentido da admissão de uma *responsabilidade objectiva*.

II — Como se justifica esta preferência pela noção de culpa como pedra sobre a qual está construído o edificio da responsabilidade civil? Por que razão se não liga imediatamente a obrigação de reparar à verificação de um dano na esfera jurídica de outrem, mesmo que nenhum *dolo ou negligência* possam ser assacados ao autor do dano?

Esta responsabilidade de carácter objectivo, fazendo suportar ao agente, como um *fatum*, os danos que o seu procedimento desencadeou em termos de pura causalidade material, é assinalada pelos historiadores e enólogos como uma instituição presente em estádios recuados da civilização jurídica dos povos. Por que motivo as coisas se não passam hoje nos mesmos termos?

Compreende-se a exigência, em princípio, da culpa como *condido sine qua non* da responsabilidade. É essa a solução mais justa e socialmente conveniente, pelas razões seguintes:

- a) A segurança que a responsabilidade objectiva confere às potenciais vítimas de danos, protegendo os bens dos indivíduos contra quaisquer lesões decorrentes da actividade de outrem, é neutralizada pela paralisação de iniciativas que a ponderação das possibilidades de dano produzirá no homem de acção, se este não tiver a garantia de estar isento de responsabilidade no caso de ter procedido com todo o cuidado, diligência e competência;
- b) Substituir ao directamente lesado o autor não culposos do prejuízo é, na falta de circunstâncias especiais, tão arbitrário, sob o ponto de vista da justiça, como a escolha da vítima pelo acaso;

- e) Exigir, na base da obrigação de reparar, a culpa do sujeito é fazer apelo à liberdade moral do homem e é apresentar os danos como consequências evitáveis, assim se estimulando zelos e cuidados em impedi-los.

1H — Consagrar o primado da culpa no nosso sistema de responsabilidade civil é estabelecer assim uma ligação com o conceito de *responsabilidade moral*. No *núcleo* da responsabilidade jurídica estará assim a ideia da responsabilidade moral.

Esta distingue-se claramente da responsabilidade jurídica civil, pois pertence ao domínio da consciência e dos deveres do homem para consigo próprio, prescindindo da consideração das consequências externas da conduta e estando sujeita apenas às sanções do ordenamento ético. Não se desvalorizam estas diferenças entre a responsabilidade jurídico-civil e a responsabilidade moral. ao fazer-se aquela asserção.

O que se pretende significar é o facto de urna responsabilidade assente na culpa ter o mesmo *fundamento da responsabilidade moral*. Esse fundamento traduz-se na *aceitação* de uma liberdade do homem, de um *indeterminismo ao menos relativo na execução das suas condutas*. Reconhece-se esse dado primário da observação que é o agir do homem em vista de fins e não como mero mecanismo impelido por uma propulsão causal; aceita-se a verdade do sentimento 'e do dado da experiência que apontam para a possibilidade de o homem escolher entre os fins a atingir e os meios do seu conseguimento. Daí que o *agente se identifique com os resultados do seu actuar*, que os assuma, por não ter sido um joguete causal do resultado, preso nas malhas de um férreo determinismo, mas *alguém que podia ter agido diversamente*.

IV — Além da responsabilidade por factos (ilícitos e) culposos (responsabilidade *subjectiva*), conhece excepcionalmente o nosso direito alguns casos de responsabilidade sem culpa (responsabilidade *objectiva*).

É, desde logo, o caso da chamada *responsabilidade pelo risco*.

Esta é consagrada em algumas hipóteses com características especiais. Trata-se de domínios em que o homem tira partido de actividades que, potenciando as suas possibilidades de lucro, importam um

aumento de risco para os outros. Em alguns destes casos está-se perante a utilização de mecanismos técnicos usados por um agente como fonte de riqueza ou de comodidade. Noutras hipóteses trata-se de uma utilização de outras pessoas ou de animais no interesse próprio.

Se em todos estes casos, alguém, criando para si uma possibilidade de lucro, cria para os outros riscos acrescentados, é justo pôr a cargo daquele a indemnização dos danos originados pelas suas actividades lucrativas. Nos casos em que a lei a consagra está, por detrás da *responsabilidade pelo risco* ou *responsabilidade objectiva*, um velho princípio conforme à justiça e à solidariedade social: *«tubi coinniodcr ibi inC0112111oda»*.

Assiste-se hoje mesmo a uma forte tendência no sentido de *aumentar a extensão da responsabilidade objectiva* ⁽¹²⁹⁾, nela introduzindo novas espécies. É o caso, p. ex., da responsabilidade do produtor ou fabricante decorrente dos produtos defeituosos, prevista na Directiva 85/374/CEE, do Conselho, de 25 de Julho de 1985 ⁽¹³⁰⁾ (assim se superando o recurso à ficção, por vezes tentada, de um contrato entre o fabricante e o consumidor — ficção que visava transferir para o produtor o ónus da prova em matéria de culpa). É também o caso da responsabilidade por danos causados ao ambiente.

Estas tendências inserem-se na linha de defesa do consumidor e de «interesses difusos», como o da protecção do ambiente, e está de acordo com a tendência mais geral de defesa do lesado, pela necessidade de uma maior protecção face aos riscos que o desenvolvimento tecnológico da sociedade industrial acarreta. A complexa organização industrial, por outro lado, com a diluição da culpa por um conjunto de pessoas — originando com frequência o que se tem chamado «danos anónimos» —, bem como a consciência viva do papel do Estado, como verdadeiro Estado de Direito Social, são, entre outros, argumentos em que

Ou pelo menos inverter o ónus da prova da culpa do facto danoso.

c 33) O agravamento da situação do produtor, impondo-lhe uma responsabilidade objectiva (sem necessidade de prova de culpa sua) redundará, com toda a probabilidade, no acréscimo do recurso voluntário ao seguro de responsabilidade civil, vindo os respectivos prémios integrar o preço dos produtos e a repercutir-se, em última análise, sobre a generalidade dos consumidores, protegidos pela responsabilidade objectiva

se alicerça a doutrina que pretende uma alteração profunda das regras da responsabilidade civil (131).

São casos de responsabilidade pelo risco no nosso direito, entre outros, os seguintes: responsabilidade por danos causados pelos comissários (art. 500.º), por danos causados por animais (art. 502.º), por acidentes causados por veículos de circulação terrestre (art. 503.º), e por danos causados por instalações de energia eléctrica ou gás (art. 509.º) (132); responsabilidade por acidentes de trabalho, que recai sobre a entidade patronal e é obrigatoriamente garantida por um seguro de acidentes de trabalho (arts. 281.º e segs. do Cód. do Trabalho ⁽¹³³⁾); responsabilidade por «danos significativos no ambiente, em virtude de uma acção especialmente perigosa» (art. 41.º da Lei n.º 11/87, de 7 de Abril — Lei de Bases do Ambiente); responsabilidade do produtor (Dec.-Lei n.º 383/89, de 6 de Novembro, alterado pelo Dec.-Lei n.º 131/2001, de 24 de Abril) ⁽¹³⁴⁾; responsabilidade do proprietário e do comandante por danos causados por embarcações de recreio (art. 41.º do Regulamento da Náutica de Recreio, aprovado pelo Dec.-Lei n.º 124/2004, de 25 de Maio).

A criação de *seguros obrigatórios* e de *fundos de garantia* (135)

eiã Não se deve, porém, ao equacionar, em geral o problema dos pressupostos da responsabilidade civil, olvidar o valor moral, e até pragmático, como factor de prevenção de danos, do princípio da culpa.

e²) O Decreto-Lei n.º 59/2004, de 19 de Março, alterou os artigos 508.º e 5109 do Código Civil, por forma a fazer coincidir o limite máximo da responsabilidade sem culpa prevista nos artigos 503.º e 509.º com o capital mínimo do seguro obrigatório de responsabilidade civil.

Norma esta (art. 509.º do Cód. Civil) que deve hoje conjugar-se, no que respeita aos proprietários e às pessoas que tiverem a direcção efectiva de todas e quaisquer instalações destinadas a alojamento turístico ou locados por períodos não superiores a 2 meses, com o disposto no Decreto-Lei n.º 399/83, de 8 de Novembro.

(133) Este Código revogou a Lei n.º 100/97, de 13 de Setembro, acrescentada pelo Dec.-Lei n.º 143/99, de 30 de Abril, que, por sua vez, havia revogado a Lei n.º 2127, de 3 de Agosto de 1965.

(134) Nos termos do artigo 37.º, n.º 1, da Lei de Bases Gerais da Caça (Lei n.º 173/99, de 21 de Setembro), a responsabilidade civil por danos causados no exercício da caça deixou de ser independente de culpa, aplicando-se-lhe, contudo, o disposto no n.º 2 do artigo 493.º do Código Civil.

⁽¹³⁵⁾ Cfr., por exemplo, o artigo 35.º do Código dos Valores Mobiliários, que obriga os membros dos mercados regulamentados à participação em fundos de garan-

concorre da mesma forma para uma maior protecção da vítima. E aventam-se mesmo propostas no sentido de a cobertura dos danos, resultantes de um acidente de certo tipo, ou mesmo de qualquer acidente, se passar a fazer, não pela responsabilidade civil, mas através dos esquemas da segurância social.

V — O nosso sistema jurídico admite, também, com carácter excepcional, alguns casos contados de *responsabilidade por actos lícitos ou intervenções Incitas*. Ao longo do Código Civil encontram-se algumas disposições esparsas onde se manifesta tal figura, que não é objecto de qualquer regulamentação geral.

Poderá parecer, *prima facie*, paradoxal que o direito considere um acto corno lícito e imponha ao seu autor a obrigação de indemnizar outrem. Tal situação é, sem dúvida, excepcional, mas não é, de forma alguma, contraditória. Pretende-se em tais casos compensar o sacrifício de um interesse menos valorado na composição de um conflito teleológico, porque uma prevalência absoluta e total do interesse oposto seria injusta.

Os danos — nestas hipóteses expressamente reconhecidas pela lei da responsabilidade por actos lícitos — não são causados por uma actividade contrária ao sentido em que o direito resolveu o conflito de interesses. A actividade do agente é *secundam jus*, ao contrário do que sucede no acto ilícito, em que um comportamento rebelde do agente lesa o interesse que o direito quer fazer prevalecer. Apesar do carácter conforme ao direito da actuação do sujeito, pareceu excessivo não dar à pessoa sacrificada uma reparação.

São exemplos de responsabilidade por actos lícitos no nosso direito: a responsabilidade emergente de certos casos de estado de necessidade (art. 3392.º n.º 2); de escavações (art. 1348.º, n.º 2); da passagem forçada ou momentânea (art. 1349.º, n.º 3); da apanha de frutos (art. 1367.º); a

ria «com o objectivo de ressarcir os investidores não institucionais pelos danos sofridos em consequência da actuação dos membros do mercado ou dos participantes no sistema». No artigo 150º desse Código prevê-se a responsabilidade, independentemente de culpa, do oferente do emitente, e do chefe do consórcio de colocação por danos causados pela desconformidade com as exigências legais do conteúdo do prospecto de oferta pública relativa a valores mobiliários.

responsabilidade decorrente da revogação do mandato (art. 1172.º): da desistência do dono da obra na empreitada (art. 1229.º); etc.

29. Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual; a chamada «terceira via»

I — Uma tradicional dicotomia da ciência jurídica é a distinção entre *responsabilidade contratual* e *responsabilidade extracontratual*.

A primeira é originada pela violação de um direito de crédito ou obrigação em sentido técnico; é a responsabilidade do devedor para com o credor pelo não cumprimento da obrigação. A segunda, também chamada *aquiliana* (¹³⁶) ou *deiitual*, resulta da violação de um dever geral de abstenção contraposto a um direito absoluto (direito real, direito de personalidade).

Existem entre as duas formas de responsabilidade algumas diferenças de regime (cfr., p. ex., os arts. 500.º e 800.º; 487.º, n.º 1, e 799X; 498.º e 309.º), embora, quanto aos pontos fundamentais da obrigação de indemnização (arts. 562.º e segs.), haja coincidência da disciplina respectiva.

II — Da definição dada à noção de *responsabilidade contratual* logo resultou não ser esta designação muito rigorosa.

Com efeito, as obrigações cujo inadimplemento (incumprimento) acarreta responsabilidade contratual podem provir de uma fonte diversa do contrato (v. g., negócio unilateral, gestão de negócios). Por esta razão propõem al^guns autores, em substituição da fórmula responsabilidade contratual, as expressões *responsabilidade negociai* ou *responsabilidade obrigacional*.

Como estas, todavia, também não são imunes a críticas e o seu uso é escassamente divulgado, em contraste com a larga difusão da fórmula responsabilidade contratual, aceita-se o uso desta, tendo em conta a sua adequação tendencial e, além disso, o sentido fiduciário ou convencional da linguagem, mesmo técnica ou científica.

designação provém da *Lex Aquilia* que regulou esta matéria no direito romano.

Tem sido defendida, para um conjunto de hipóteses de responsabilidade civil (*culpa in contrahendo*, violação de deveres laterais ao contrato, «responsabilidade pela confiança», etc.), a sua localização entre a responsabilidade aquiliana e a responsabilidade contratual — urna «terceira via» na responsabilidade civil que seria justificada pelo fundamento destas hipóteses e pelo regime particular a que estariam sujeitas (137).

§ 6.º

A concessão de personalidade jurídica às pessoas colectivas

30. A personalidade colectiva e os tipos de pessoas colectivas

I — Ao lado da personalidade jurídica reconhecida a todas as pessoas singulares (seres humanos nascidos completamente e com vida), o nosso direito civil, verificados certos requisitos, atribui personalidade jurídica às chamadas pessoas colectivas.

No plano que traçámos para esta cadeira está integrado o estudo da problemática jurídica relativa às pessoas colectivas, pelo que não daremos agora ao tema amplo desenvolvimento.

Impõe-se apenas salientar, desde já, que *as pessoas colectivas* são *colectividades de pessoas ou complexos patrimoniais* organizados em vista de um fim comum ou colectivo a que o ordenamento jurídico atribui a qualidade de sujeitos de direitos.

As pessoas colectivas tomam-se centros de uma esfera jurídica própria, autónoma em relação ao conjunto de direitos e deveres encabeçados pessoalmente nos seus membros ou serventuários. Possuem um património próprio, separado do das pessoas singulares ligadas à pessoa colectiva. São titulares de direitos e destinatários de deveres jurídicos;

(¹£) Cfr. sobretudo C.-W. CANARIS, «Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten», in *Festschrift für Larenz z. 80. Geburtstag*, 1953, págs. 27-110, e. entre nós. Manuel CARNEIRO DA FRADA. *Uma terceira via no direito da responsabilidade civil?: o problema da imputação dos danos causados a terceiros por auditores de sociedades*, Coimbra, 1997 (e ainda *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, cit., *passim*).

adquirem direitos e assumem obrigações através da prática de actos jurídicos, realizados em seu nome pelos seus órgãos.

II — A terminologia pessoa colectiva abrange em geral, considerada a expressão num sentido lato, todas as entidades a que nos temos vindo a referir. Encontra-se, por vezes, na doutrina o uso, em sinonímia com a expressão pessoa colectiva, das fórmulas *peessoas jurídicas* (por oposição às «pessoas naturais», que são as pessoas singulares) e *peessoas morais* (por oposição às «pessoas físicas»).

Hoje o Código Civil fala de *peessoas colectivas*, umas vezes num sentido amplo abrangendo todas as entidades referidas, outras num sentido restrito que não abrange as *sociedades* e corresponde assim ao sentido da fórmula *peessoas morais* para o Código de Seabra.

III — Considerando a expressão pessoa colectiva em sentido lato, podemos distinguir dentro desta noção três modalidades fundamentais em correspondência com a terminologia e a classificação feita pelo Código Civil de 1966 (cfr. art. 157.º).

Deparam-se-nos as *associações* (colectividades de pessoas que não têm por escopo o lucro económico dos associados), as *fundações* (complexos patrimoniais ou massas de bens afectados por uma liberalidade à prossecução de uma finalidade estabelecida pelo fundador ou em harmonia com a sua vontade) e as *sociedades* (conjunto de pessoas duas ou mais — que contribuem com bens ou serviços para o exercício de uma actividade económica dirigida à obtenção de lucros e à sua distribuição pelos sócios).

31. Natureza da personalidade colectiva

I — A existência de pessoas colectivas resulta da existência de *interesses humanos duradouros e de carácter comum ou colectivo*. A consecução destes interesses exige o concurso dos meios e das actividades de várias pessoas ou, pelo menos, nela estão interessadas várias pessoas.

A criação de um autónomo centro de imputação das relações jurídicas ligadas à realização desses interesses permite uma mais fácil e eficaz consecução do escopo visado. A personalidade colectiva é, pois.

um *mecanismo técnico-jurídico*, justificado pela ideia de, com maior comodidade e eficiência, organizar a realização dos interesses colectivos e duradouros. *É* um conceito jurídico que exprime uma técnica organizatória julgada — e a justo título — vantajosa.

II — Em conexão com este tema da natureza das pessoas colectivas foram pela doutrina formuladas algumas concepções a que tem interesse aludir.

Para alguns autores, como SAVIGNY e WINDSCHEID, as pessoas colectivas seriam uma *ficção*. A personalidade colectiva seria uma *ficção iuris* (*teoria da ficção*). A lei, ao estabelecer a personalidade jurídica das pessoas colectivas, estaria a proceder *como se* as pessoas colectivas fossem pessoas singulares, visto que só as pessoas singulares podem ser sujeitos de direitos e deveres.

Para outros autores, como OTTO VON GIERKE, as pessoas colectivas seriam uma realidade idêntica à das pessoas singulares, unia associação ⁽¹³²⁾ com uma personalidade derivada dela mesma; o seu espírito seria uma vontade comum unitária, o seu corpo um organismo associativo. Para esta concepção, a personalidade jurídica não resulta de uma concessão discricionária do legislador, mas é a consequência, imposta pela natureza das coisas, da existência de um *organismo real*. É a chamada *teoria organicista ou realista* (*erealen Verbandspersönlichkeitstheorie*), por vezes ilustrada em termos de minucioso e imaginoso antropomorfismo.

III — Não poderá aceitar-se a teoria da ficção, nem a teoria organicista. Com efeito, para atribuir personalidade jurídica aos entes colectivos, o direito civil *não carece de fingir* estar perante uma pessoa «física» ou singular. A personalidade jurídica, quer a das pessoas físicas, quer a das pessoas colectivas, é um *conceito jurídico*, uma *realidade situada no mundo jurídico*, nessa particular zona da camada cultural da realidade ou do ser ⁽¹³⁹⁾. É uma criação do espírito humano no campo do direito, em ordem à realização de fins jurídicos.

⁽¹³²⁾ GIERKE refere-se formalmente 'as associações (Verbande) e a sua doutrina conheceria dificuldades para as fundações.

⁽¹³⁹⁾ Está subjacente a esta *teoria da realidade*, que defendemos, a admissibilidade de várias «camadas ânticas do real, de várias regiões do mundo dos objectos. cada

Há, sem dúvida, *uma importante diferença, numa perspectiva valorativa*, entre a posição do direito perante o *reconhecimento* da personalidade jurídica dos seres humanos e perante a *atribuição* de personalidade jurídica às pessoas colectivas. A personalidade jurídica dos indivíduos é imposta, pelas concepções ético-jurídicas de tipo humanista hoje vigentes, como uma exigência forçosa da *dignidade da pessoa humana* e do *direito ao respeito* inerente a todo o ser humano. A personalidade jurídica das pessoas colectivas é um *mecanismo* técnico-jurídico — um modelo, uma forma, um operador para a polarização das relações jurídicas ligadas à realização de certo fim colectivo (140).

Apesar dessa diferença, em ambos os casos estamos perante realidades jurídicas, impostas por valores de tipo diferente, mas resultante de uma legitimidade técnica originária do Direito para organizar os efeitos jurídicos e dotadas de realidade no mundo desses efeitos jurídicos.

Quanto à teoria organicista, também esta não pode ser aceite, enquanto parte do princípio de que se torna necessário descobrir ou construir um organismo antropomórfico, com vontade, espírito, etc., para justificar a personalidade jurídica. Parece tratar-se — a teoria organicista — de um esquema mental, fortemente influenciado por uma tendência marcante na história das ideias, há algumas décadas, para uma perspectiva biológica das sociedades, dos fenómenos e das instituições sociais. Sem dúvida que as pessoas colectivas são uma realidade sociológica, mas a personalidade colectiva não é algo de forçosamente

uma com o seu particular modo de ser. Uma particular formulação desta ontologia pluralista é a que nos foi dada por HARTMANN, que parcelava o mundo real em quatro camadas: o inorgânico unaterial), o orgânico ou biológico, o psíquico e o espiritual ou cultural (cfr., sobre esta ontologia, Carlos MOTA PINTO, *Cessão da posição can:ramal*, Cit., pág. 385. nota- e Luis CABRAL DE MIONCADA. «O Direito como objecto de conhecimento», in *BED*, vol. XLVII. 1971, pá^g. 6).

(1⁸) Por a personalidade colectiva ser um mero mecanismo tecnico-jurídico, a realização da justiça e a neutralização de fraudes pode impor, p. ex., em direito fiscal, o levantamento do véu da personalidade e a consideração do respectivo substrato. Os anglo-saxónicos falam aqui da possibilidade de *epiercin s the oca of corporais emitam* os alemães de «doutirna da penetração» *leDurchgriffarimoriest*) e nós poderemos falar de desnudamento, «desvelamento» (acto de desvelar) ou desconsideração da personalidade Jurídica. Cfr., sobre o tema, António MENEZES CORDEIRO, *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*, Coimbra, 2000; na literatura brasileira, LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA, *A dupla crise da pessoa jurídica*, São Paulo, 1979.

inerente a essa realidade sociológica, aliás fundamentalmente diferente da realidade do homem singular ⁽¹⁴¹⁾. como não foi forçosamente inerente (e a história bem o demonstra) ao homem singular.

A personalidade jurídica da pessoa colectiva é, como a das pessoas singulares, enquanto conceito jurídico, uma realidade do mundo do direito, mas com importantes diferenças. A este respeito escrevia MANUEL DE ANDRADE:

«A personalidade colectiva é pois, corno a singular, uma realidade do mundo jurídico, mas tendo subjacente uma realidade extrajurídica. Só que tal realidade é assaz diferente da que inter-vém nas pessoas singulares. Quanto a estas, a personalidade jurídica tem como pedestal um ente corpóreo, provido de individualidade físico-psíquica natural. Nas pessoas colectivas, o substrato da personalidade jurídica é formado por organizações de homens, ou de bens e homens, dirigidos à realização de interesses comuns ou colectivos, e interesses, por via de regra, com um carácter de permanência mais ou menos acentuado.

Essas organizações não são entes antropomórficos com consciência e vontade própria — uma espécie de superorganismos voleres. Todavia, no seio delas desenvolvem-se e manifestam-se vontades e acções individuais ao serviço dos interesses visados. E neste sentido poderíamos acolher a chamada teoria orgânica ou gemianística (Gierke, etc.), se porventura não fosse outro o seu pensamento quando fala em consciência e vontade das pessoas colectivas.

Como quer que seja, elas constituem uma espécie de infra-estrutura da personalidade colectiva, que assim não resultará como que em *pura sombra*, em forma jurídica *suspensa no vácuo*, sem nenhuma correlação com o mundo exterior.

Mas cabe notar que talvez a organização configurada pelo direito como pessoa colectiva não tenha que existir já pronta e acabada quando a ordem jurídica a investe de personalidade. Poderá esta surgir antes de estar de pé, inteira e apta a funcionar, a organização per-

D⁴¹) A vontade e o espírito atribuídos ds pessoas colectivas não têm realidade ética e psicológica.

sonificada, que desde logo poderá tomar-se sujeito de relações jurídicas, se para tanto não for necessário que intervenha por seu lado qualquer acto jurídico. Será bastante que esteja definido o escopo da organização, embora não estando regulada a sua administração e aprestados os respectivos órgãos. isto é. as pessoas singulares através das quais se exercitará a actividade jurídica tendente à realização daquela finalidade. Assim poderão passar-se as coisas, segundo parece, com as pessoas colectivas criadas pelo Estado:

Isto dá alicio a uma ideia que ocorre pôr em destaque: o essencial e dominante nas pessoas colectivas reside no *elemento jurídico*, obra da lei, e não no elemento factuel, ou seja, nos pressupostos reais, na entidade social sobre que a personalidade assenta como veste ou figuração jurídica, tomados embora estes dizeres no particular e não estrito sentido que resulta do que vem de ser exposto. Fica certo, contudo, que a personalidade colectiva, sendo uma criação do Direito, não deixa de ter quaisquer atinências na realidade extrajurídica. Isto evidencia-se ainda sob um outro aspecto, a mais daquele em que temos insistido.

Trata-se de que o conceito de personalidade colectiva não é uma pura invenção de legisladores e juristas, um instrumento ou artificio técnico privativo do 'laboratório jurídico' (Ferrara). Este modo de representar aquelas organizações juntamente com as relações que lhes interessam foi transplantado da vida social para o Direito, ou pelo menos inspirado nela. Entre os não juristas prevalece para os mesmos efeitos uma representação intelectual análoga. A personificação de tais organizações constitui, em primeira linha, um fenómeno social. Reflecte uma tendência natural do espirito humano; correspondem a um processo mental usualíssimo no povo. Não só os legisladores e juristas concebem como pessoas jurídicas aquelas organizações. Também os leigos (sobretudo os menos cultivados) costumam representá-las como sínteses ideais, e mais ainda como *entidades* sociais distintas, como *unidades formais subjectivas*, parificando-as — figurativamente — aos indivíduos humanos. A tal ponto que não raro se lhes aplicam certas fórmulas de tratamento que são de uso para as pessoas singulares. Pode portanto dizer-se, neste sentido, que a personalidade colectiva é 'a tradução jurídica de um fenómeno empírico'.

Concluimos, insistindo em que as pessoas colectivas, enquanto providas de personalidade jurídica, são criações do Direito, instrumento de que ele se serve para a protecção de certos interesses, posto que lhes corresponda um qualquer substrato material. A personalidade colectiva, sem deixar de ter as suas conexões com a realidade social, é pois, primacialmente, uma realidade técnico-jurídica — uma forma jurídica de concentração e unificação de dadas relações» (42).

§ 7º

A propriedade privada

32. O problema do domínio sobre os bens como problema fundamental de urna sociedade

I — No desenvolvimento da sua vida o homem serve-se das coisas, utilizando-as para satisfazer as suas necessidades e para conseguir os seus fins.

Enquanto as pessoas são «fins em si mesmas» (*«Zwecke an sich»* em linguagem kantiana), as coisas são *meios ao serviço dos fins das pessoas*, meios desprovidos de valor autónomo, isto é, de um valor que abstraía da sua aptidão para satisfazer necessidades ou interesses humanos.

Por sua vez o homem *tem necessidade de se servir das coisas como condição* da sua sobrevivência e do seu progresso. A detenção, o uso e a disposição das coisas permite ao homem satisfazer necessidades fundamentais ou secundárias e potencia a sua possibilidade real de se propor determinadas finalidades e de escolher entre várias vias para a realização desses fins. Em suma, *o domínio e o uso das coisas permite ao homem talhar para si um espaço maior ou menor de liberdade*.

II — O domínio e o uso das coisas não pode traduzir-se, porém, numa mera *sujeição de facto* dos bens ao poder do homem, numa simples relação de *posse*.

rosa geral da relação jurídica, vol. I. 1960, págs. 50-52.

O poder de facto sobre as coisas submete-as materialmente à vontade do homem. Mas se o direito se desinteressasse, por absurdo, de submeter os poderes dos homens sobre as coisas à sua disciplina, o poder de facto sobre as coisas não se impunha ao respeito das outras pessoas. Tomar-se-ia inseguro, exposto a agressões, seria defendido com a força própria do seu titular.

Uma tal situação seria a negação da ordenação jurídica da sociedade. Seria o reino da força, pois sendo os bens escassos em relação às necessidades sentidas pelos homens, e procurando estes subtrair-se ao império das necessidades, seria inevitável a luta pela sua apropriação. Seria impossível, pois, a vida em comum.

Constitui, assim, missão fundamental do direito *organizar*, segundo os valores jurídicos, os *poderes dos homens sobre as coisas e o conteúdo das relações entre os homens a respeito das coisas*. Tão fundamental que as opções legislativas formuladas neste domínio jurídico-privado são verdadeiramente caracterizadoras do sistema social, político e económico e, mais do que isso, do tipo de civilização vigente numa sociedade, influenciando, por seu lado, decisivamente esse sistema e essa civilização.

33. Fenomenologia da propriedade ao longo da história e no momento actual

I — Ao longo da história e no momento actual encontramos uma variada gama de formas de apropriação, domínio e uso dos bens pelo homem.

Quanto às formas primitivas de apropriação, sobretudo da terra, bem jurídico fundamental numa sociedade primitiva, os historiadores e sociológicos referem frequentemente a tese da anterioridade da propriedade colectiva sobre a propriedade individual.

Podemos referir a este propósito LAVELEYE ⁽¹⁴²⁾ que, em obra de investigação histórica, nos traça um esquema, segundo o qual se passou da comunidade de clã para a comunidade de aldeia (acompanhando a

142 Cfr. LAVELEYE, *Des propriétés*, 4^e ed.

143 — Teoria Crer. Dir

transição do nomadismo do homem para a vida sedentária) (14), da propriedade de aldeia para a propriedade familiar e desta para a propriedade individual.

Embora dentro de uma perspectiva diversa, aproximadamente no sentido desta tese é o ponto de vista de Friedrich ENGELS (*A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*) e poderemos citar, também, ainda no século XVIII, SAINT-SINOS e a sua escola.

Esta tese e este esquema de evolução suscitam opositores. Poderemos referir FLSIEL DE CouLANGES, autor da *Cidade Antiga*, que se limita a partir da comunidade doméstica, não da propriedade de clã nem da de aldeia. Considera como originária a comunidade doméstica, e daí passa para a propriedade individual.

A informação sobre esta matéria é sempre fragmentária e algo conjecturai, sobretudo se pretendermos uma solução geral. Duas coisas parecem, porém, inegáveis — nas sociedades arcaicas, se é possível falar em termos gerais, há um *menor sentido do «tenho»* (a distinção entre «o meu» e «o teu») *do que nas sociedades posteriores*; e, em relação com isto, há um *âmbito mais amplo de apropriação colectiva dos diversos bens nessas sociedades* — a ten-a, os utensílios, as anuas, os próprios frutos do trabalho.

II — Passando para períodos posteriores, vamos encontrar *na Roma clássica a norma-tipo da propriedade individual*, mas há vestígios que permitem indiciar, também, a existência de uma propriedade colectiva da *gens*, não talvez do estado romano (não existente na altura), e uma propriedade familiar. De qualquer forma, a propriedade individual aparece em dada altura (período clássico), em Roma, atribuída ao chefe da família na qualidade de *paterfamilias*, que sobre ela tem um *poder absoluto*.

Já tal não sucede nos povos germânicos, onde se encontram na propriedade manifestações de colectivismo até muito mais tarde, acentuada esta nota pelo carácter nómada destes povos.

A propriedade romana aparece-nos, pois, no período clássico como o *dominiwn ex jure quiritium*, uma *plena in re porestas*, mais tarde defi-

(14) Mas terão sido nómadas todos os povos?

nida na célebre qualificação tripartida de poderes — *viris utendi, ius fruendi ius abutendi* ⁽¹⁴⁵⁾ — e esse é o modelo. Todas as outras formas de propriedades existentes nessa altura (a propriedade pretória, a propriedade provincial, a propriedade dos peregrinos) vão desembocando no esquema da propriedade individual.

III — Com o *feudalismo medieval* operou-se como que um fraccionamento do domínio. A *plena in re*, *metus* fracciona-se num *dominium directum* que pertence ao senhor e num *dominium utile* que pertence ao vassalo. É a época da grande difusão do modelo enfiteutico, do tipo de direito real que é a *enfiteuse*.

Por um lado, o *dominium directum* do proprietário, melhor dizendo, do senhor — e dizemos senhor ou senhorio e não proprietário, porque o titular do domínio directo está quase desprovido dos poderes do proprietário — **inclui** é o poder de exigir prestações, tem certos privilégios, pode exigir serviços ao vassalo e recebe prestações periódicas ou não periódicas, numerosas e muito variadas (rendas, lutas, laudémios, foros, prestações de serviços), não tem contacto directo com a coisa, não a cultiva, não tem uma actuação produtiva com ela, como que se limita a receber tributos sobre ela.

Por outro lado, o *domínio útil* cabia então ao vassalo (hoje ao foreiro ou enfiteuta), à pessoa que de facto leva a cabo uma utilização real da terra em troca de várias obrigações.

IV — Com o desenvolvimento do comércio surgiu a classe burguesa, inicialmente ambulante (os *neopoliteters*), que cresceu e se tornou poderosa; e durante todo o século XVIII vai multiplicando os seus ataques ao regime feudal da propriedade, que não era um molde adequado aos interesses que essa classe de comerciantes burgueses segregara no plano social.

Em 14 de Julho de 1789 o povo de Paris ataca e destrói uma velha fortaleza, conhecida pela Bastilha, e esse episódio passou a ser, desde então, um símbolo da superação do absolutismo real e da estrutura feu-

⁽¹⁴⁵⁾ ~~o direito de uso, fruição e disposição das coisas~~ — cfr. artigo 1305.º do Código Civil.

dal da propriedade. Com efeito, na sequência dos acontecimentos revolucionários, na noite de 4 de Agosto de 1789, foi votado o princípio *etAssemblée Nationale détruit entièrement la féodalité*, e posteriormente executado.

As concepções e o *regime feudal da propriedade* são destruídos, apesar de a vitória de todos esses movimentos revolucionários subsequentes a 1789 ter pertencido aos moderados (os girondinos) e não aos radicais (os jacobinos). Apesar disso, dizíamos, houve uma verdadeira superação da estrutura feudal da propriedade e o que vem a resultar desse processo é a superação de todos os encargos, prestações e privilégios do senhor sobre a terra donde vai sair *uma terra livre e alodial*, sem encargos, conferida a *uni proprietário com plenos e absolutos poderes*.

Vem a reconstituir-se, assim, por coincidência, o *donúitun* quiritário, a *plena in re potestas* do direito romano clássico, a forma jurídica correspondente aos interesses do grupo social que é o motor dessas transformações (a burguesia), sobretudo depois de se ter instalado na posição de domínio social, encarnando a vitória dos elementos moderados. Na verdade, a propriedade privada, eliminados os elementos mais avançados, vem a ser definida como um *direito absoluto, inviolável e sagrado*.

Este movimento verificou-se também entre nós, logo, mas sem seguimento, em 1820 na primeira revolução liberal, e posteriormente, numa forma definitiva, a partir de 1834 — a extinção dos dízimos, das rendas feudais, a apropriação dos bens das ordens eclesiásticas que, declarados «bens nacionais», depois são vendidos livres e alodiais, desamortizados, sobre os quais se sai constituir uma propriedade plena; a própria extinção dos morgadios é uma desvinculação da terra.

Todo este movimento se dirige à implantação da propriedade livre e individual, coincidente com a clássica *plena in re potestas* romana, e o princípio da *plena propriedade privada* mantém-se até hoje. A generalidade dos países tem hoje a sua base de produção, a sua estrutura económica, assente sobretudo na propriedade privada.

É claro que se multiplicaram as *restrições de direito público* ao direito de propriedade individual.

Num sistema caracterizado pela apropriação individual dos meios de produção, os poderes do proprietário pleno não são os mesmos do século XIX. Há toda uma série de limitações inspiradas por razões de interesse público.

Sobretudo no domínio das ideias filosóficas e político-sociais tem-se acentuado a «função social da propriedade» e as exigências do bem comum, à luz das quais se perspectiva o exercício do direito de propriedade individual. O princípio, porém, é o da propriedade individual, que, exercida em vista dos interesses particulares do seu titular, constitui a pedra angular dos Direitos Reais no nosso sistema económico, sem que aquelas limitações ultrapassem, salvo em medida limitada, o plano de meros tópicos vagos e genéricos, quando muito de afirmações programáticas.

— Uma rejeição do princípio da propriedade privada foi tentada nos sistemas de tipo socialista, até à década de 90 do século passado, em que os moldes e o conteúdo correspondente eram totalmente diferentes.

Não se encontrava um monolitismo do sistema, com desvios de interpretação da teoria económica marxista, diferenças de evolução em relação aos objectivos programados, características locais e experiências próprias que levavam à existência de diferenças entre esses sistemas. Mas, como nota comum a todos eles, a base da organização económica, após a nacionalização do solo e das empresas, era a propriedade sobre os bens por parte do Estado, das cooperativas e de outras organizações sociais (propriedade dita «socialista» (146)).

Esquemáticamente, apontavam-se três categorias de propriedades no seio das sociedades ditas «socialistas»: desde logo, uma propriedade *estadual* (*propriedade socialista de Estado ou propriedade estadual*), mais desenvolvida nalguns países socialistas do que noutros, a qual tendia a abranger o solo, o subsolo, as minas, os transportes, as empresas

nss, A análise da economia política do «socialismo real» levava já muitos a caracterizar em termos diversos dos da ortodoxa a dita «propriedade socialista». Enquanto na perspectiva marxista ortodoxa, oficial a propriedade do Estado, das cooperativas e das organizações sociais era a propriedade do povo trabalhador, para outros (Enfias, Bahro, Medvedev, Elleinstein, Voslensks, etc.), a análise das condições das experiências socialistas-marxistas já concretizadas revelava ser a «propriedade socialista», funcionalmente, a propriedade de uma *nona classe* dirigente e burocrática, a chamada *diomenklaiiprin* — cfr., por todos, NIKOLAI S. OSLENSKY, *La .VOM enklatura (les légies en URSS)*, Paris, 1980. A evolução veio a mostrar que esta última era a perspectiva mais próxima da realidade

agrícolas, industriais, comerciais e o crédito; ao lado desta propriedade estadual, existia um outro tipo de propriedade: a *propriedade cooperativa*, que abrangia propriedades e empresas agrícolas, industriais ou comerciais, mas se manifestava sobretudo no sector agrícola ⁽¹⁴⁷⁾; e havia ainda uma *propriedade pessoal*, pertença dos particulares, que não era designada, na linguagem jurídica, por propriedade privada, mas sim pessoal, tendo na verdade fundamentos filosóficos e económicos e um regime jurídico diverso do da propriedade privada capitalista ⁽¹⁴⁸⁾. Em alguns países que pretendiam ter adoptado um sistema diverso do capitalista permanecia também uma *propriedade privada de tipo capitalista*, num fenómeno contraditório com o sistema socialista, que era apresentado sempre como transitório e residual, abrangendo sectores de escasso significado económico, e mantendo-se por razões de oportunidade.

A evolução da última década do século XX — em particular, os graves problemas económicos evidenciados por alguns países da Europa de Leste, bem como a queda das ditaduras nesses países e o seu regresso à democracia — tornou, porém, patente o fracasso das experiências de

(147) A extensão da propriedade cooperativa era variável. Havia países, como a ex-Jugoslávia de onde ora o elemento básico do sistema, que assentava na propriedade de comunidades menores (cooperativas, ou mesmo autarquias locais), enquanto noutros sistemas se dava prevalência à propriedade estadual. A propriedade das cooperativas na ex-União Soviética era designada por *akolkhoze* por oposição às explorações agrícolas do Estado ou *esonkhoensr*.

(148) Tratava-se de uma propriedade destinada a satisfazer as necessidades materiais ou culturais da pessoa e que não podia originar proventos que não resultem do trabalho. Não era geradora de lucros sem trabalho, instrumento de rendimentos, mas uma propriedade que se pretendia apenas à medida das necessidades da pessoa. Estava, assim, vinculada ao escopo sócio-económico para que foi constituída e perdia protecção jurídica, se, em concreto, fosse contra o seu destino sócio-económico. A propriedade pessoal tinha igualmente uma extensão variável conforme os países. Num esquema genérico, que se arriscará a não coincidir em todos os países, abrangia os produtos do trabalho (salários ou remuneração em espécie), os produtos da poupança, os objectos de consumo instantâneo ou mesmo duradouro (electrodomésticos, automóvel, objectos de uso e comodidade doméstica), a casa de habitação e termo respectivo, eventualmente uma residência secundária. A propriedade pessoal era, pois, de âmbito variável, na medida em que, teoricamente, o progresso económico da sociedade deveria poder levar ao alargamento dos tipos de bens por ela abrangidos.

organização económica levadas a cabo, em grande parte pela tentativa de abolição da propriedade privada sobre os «meios de produção». Também esses países regressaram, hoje, plenamente, a um sistema de organização económica baseado na *propriedade privada*.

VI — Passámos, assim, em relevo o espectro, necessariamente genérico, da propriedade tal como ela se revela na ordem dos fenómenos, quer ao longo da história, quer na contemporaneidade em sistemas inspirados por princípios divergentes e que neste problema têm uma das suas linhas divisórias fundamentais.

34. Características do direito de propriedade no nosso sistema jurídico

I — A tutela constitucional da propriedade privada está expressamente consagrada no artigo 62.º, n.º 1. da Constituição, segundo o qual «a todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou morte, nos termos da Constituição». bem como nos artigos 61.º, 82Y e 86.º, relativos à tutela da iniciativa e da propriedade privadas. Por outro lado, só mediante pagamento de *justa indemnização* pode ser efectuada a expropriação por utilidade pública (149),

A Constituição refere no artigo 82.º a existência simultânea de três sectores de propriedade dos meios de produção:

- a) o *sector público*, constituído pelos meios de produção cujas propriedade e gestão pertencem ao Estado ou a outras entidades públicas;
- b) o *sector privado*, constituído pelos meios de produção cuja propriedade ou gestão pertence a pessoas singulares ou colectivas privadas; e

(⁴⁹) No artigo 88.º da Consiluição. prevê-se a hipótese de expropriação dos meios de produção em abandono, em condições a fixar pela lei (que deverá ter em conta a situação específica da propriedade dos trabalhadores emigrantes). Em caso de abandono injustificado, os meios de produção podem também ser objecto de arrendamento ou de concessão de exploração compulsivos, em condições a fixar por lei

e) o *sector cooperativo e social*, que compreende os meios de produção possuídos e geridos por *cooperativas*, em obediência aos princípios cooperativos, os meios de produção possuídos e geridos por *comunidades locais*, os meios de produção objecto de *exploração colectiva por trabalhadores* e os meios de produção possuídos e geridos por pessoas colectivas, sem carácter lucrativo, que tenham como principal objectivo a solidariedade social (art. 82.º, n.ºs 2, 3 e 4).

Se bem que distinga estes três sectores, o actual texto constitucional reconhece e protege a propriedade privada, e não contém mesmo, expressamente, uma cláusula limitativa do tipo da que se continha no artigo 35.º da Constituição de 1933, que dizia que a «a propriedade, o capital e o trabalho desempenham uma função social (d.)». Tal não significa, porém, que limitações semelhantes ao direito de propriedade não sejam hoje admissíveis (150).

II — O Código Civil português não define o direito de propriedade, mas o artigo 1305.º caracteriza-o, dizendo que «o proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas».

Esta definição parece transferida de um código inspirado por princípios individualistas extremos. Não repercute aqui, directamente, nenhuma ideia ligada à chamada «função social da propriedade», nem

(150) A protecção constitucional do direito de propriedade tem sido objecto de vários acórdãos do Tribunal Constitucional, por exemplo, a propósito da indemnização em caso de expropriação por utilidade pública. Tem, assim sido salientado que apesar de o direito de propriedade estar consagrado como um direito económico, existe um núcleo ou conjunto de faculdades com natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, nas quais se inclui o direito de cada um a *não ser privado* da sua propriedade —salvo por razões de utilidade pública, e, ainda assim, ao só com base na lei e mediante o pagamento de justa indemnização (art. 62º n.º 1 e 2, da Constituição) — bem como outras dimensões do direito de propriedade, «essenciais à realização do Homem como pessoa». Cf., p. ex., os Acórdãos n.ºs 329/99, 517/99, 1812001 e 491/2002, In *DR*, II Série, respectivamente de 20 de Julho e II de Novembro de 1999, 26 de Junho de 2001 e 21 de Janeiro de 2003.

lá se contém uma cláusula geral, embora vaga, donde pudesse derivar uma limitação. O que não implica que, no conjunto do sistema, não haja possibilidade de nos socorrermos de princípios limitativos — desde logo, a proibição do abuso do direito consignada no artigo 334.º

Visto isoladamente, o artigo correspondente do Código de Seabra (art. 1167.º) parece menos secamente absoluto do que este, definindo o direito de propriedade como «... a faculdade, que o homem tem, de aplicar à conservação da sua existência, e ao melhoramento da sua condição, tudo quanto para esse fim legitimamente adquiriu, e de que, portanto, pode dispor livremente» — uma definição nimbada de certo espírito humanista e filosófico, manifestando unia perspectiva individualista, mas simultaneamente certa funcionalização pessoalista.

Estruturalmente, à face do artigo 1305.º do actual Código, o proprietário parece deter os poderes correspondentes ao seu direito, de um modo pleno e exclusivo. Não implica isto, no entanto, que o sistema não introduza cláusulas de limitação a esses poderes, como dissemos, quer através de disposições *legais* avulsas que estabelecem *restrições de direito público e restrições de direito privado* à propriedade, quer através de uma *cláusula geral*, como a do artigo 334.º

III — Como notas que dessa definição se possam inferir para caracterizar a propriedade, diremos em primeiro lugar que o *proprietário tem poderes indeterminados*. Em face disso, é legítimo dizer-se que a base é o «*jus atendi, fruendi e abutencim*» é o direito de propriedade em termos individualistas; não se limitam os poderes do proprietário senão através das concretas restrições pela lei impostas. Há uma indeterminação na delimitação dos poderes, ao contrário dos de um usufrutuário ou dos do titular de um outro direito real limitado que são apenas àqueles especificamente atribuídos na lei. No direito de propriedade, o titular tem, em princípio, *todos* os poderes.

IV — Como segunda nota, poderemos dizer que o direito de propriedade é elástico, é *dotado de urna certa elasticidade*, de uma força expansiva — extinto um direito real que limite a propriedade da coisa, reconstitui-se a plenitude da propriedade sobre ela; não fica vago o somatório dos poderes que se extinguiram, correspondentes ao direito que

findou. O proprietário limitado recupera a plenitude do seu direito de propriedade.

— A terceira característica a referir será a sua qualificação como um *direito perpétuo*, o que imediatamente implica não poder extinguir-se pelo não uso. Costuma dizer-se a este respeito que não usar a propriedade é ainda uma forma de a usar. O proprietário tem tais poderes que pode querer estar inactivo, e esta possibilidade cabe dentro do conteúdo do seu direito.

Escreveu-se na edição desta obra, ainda à luz da Constituição de 1933:

«Embora na nossa legislação ordinária esta faculdade de estar inactivo não sofra restrições, constata-se, à face de cláusulas gerais contidas na Constituição (cfr. art. 35.º, acerca da função social da propriedade), que este regime não é forçoso para certas categorias de bens (os bens de produção) atenta a sua produtividade potencial. À luz da função social da propriedade compreende-se mal esta possibilidade de inactividade na exploração da coisa.»

A actual Constituição veio prever expressamente. já na sua versão originária, a situação e o problema do abandono dos bens de produção. Hoje, o artigo 88.º, relativo aos meios de produção em abandono, estatui:

«1 — Os meios de produção em abandono podem ser expropriados em condições a fixar pela lei, que terá em devida conta a situação específica da propriedade dos trabalhadores emigrantes.

2 — Os meios de produção em abandono injustificado podem ainda ser objecto de arrendamento ou de concessão de exploração compulsivos, em condições a fixar por lei.»

— Por suscitarem problemas específicos merecem ser destacadas, dentro da disciplina geral da propriedade, a *compropriedade* (art. 1403.º) e a *propriedade horizontal* (art. 1414.º) ⁽¹⁴¹⁾,

⁽¹⁵¹⁾ O regime da propriedade horizontal do Código Civil foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 267/94, de 25 de Outubro (que alterou igualmente os arts. 916.º e 1225.º

35. Os direitos reais limitados

I — A propriedade é o direito real máximo, o de conteúdo pleno e polimérico.

Em confronto com ele podem ser considerados os chamados *direitos reais limitados*. Usa abranger-se dentro desta categoria toda uma série de direitos reais de conteúdo ou estrutura bem diversa e ao serviço de funções ou interesses de natureza diferenciada.

A sua nota comum é, em contraposição à propriedade, a de serem direitos reais que não conferem a plenitude dos poderes sobre uma coisa. Conferem apenas a possibilidade de exercer certos poderes sobre uma coisa, mas não a plenitude dos poderes correspondentes à clássica tripartição — «*jus utendi, jus fruendi e jus abutendi*». São, portanto, *direitos sobre coisas que em propriedade pertencem a outrem*. São direitos que pressupõem, assim, uma concorrência de direitos. Quando eles existem, incide em regra sobre a mesma coisa um direito de propriedade que é restringido pelo direito real limitado (e limitador). São, portanto, *jura in re aliena* (*direitos sobre coisa alheia*) ou, pelo menos, sobre coisa não própria.

Dentro deles — dos direitos reais limitados — distinguimos os *direitos reais de gozo*, os *direitos reais de garantia* e os *direitos reais de aquisição*. Vejamos em que consiste cada um destes tipos.

II — Os *direitos reais de gozo* são aqueles que conferem um poder de utilização, total ou parcial, duma coisa e, por vezes, também o de apropriação dos frutos que a coisa produza.

No nosso direito são o usufruto, o uso e habitação, o direito de superfície e as servidões prediais, bem como o direito real de habitação periódica ⁽¹⁵²⁾. Esta enumeração é exaustiva, uma vez que, como já refe-

do Cód. Civil, no sentido de alargar os prazos de garantia e de denúncia por defeitos motivados por erros de construção e por erros de execução).

⁽¹⁵²⁾ Que pode ser constituído sobre as unidades de alojamento integradas em hotéis-apartamentos, aldeamentos turísticos e apartamentos turísticos, nos termos do artigo 1.º do citado Decreto-Lei n.º 275/93, de 5 de Agosto (com as alterações introduzidas pelos Decs.-Leis n.º 180/99, de 22 de Maio, e n.º 22/2002, de 31 de Janeiro), que disciplina este direito (o qual foi introduzido na nossa ordem jurídica pelo Dec.-Lei n.º 355/81, de 31 de Dezembro).

rimos, estamos num domínio onde vigora o princípio da tipicidade ou do *numerus clausus*.

Desapareceram, em 1966, alguns direitos reais de gozo que o Código antigo conhecia, como, p. ex., o *quinhão* e o *compascua*. Estes direitos reais eram admitidos e regulados pelo Código de Seabra e desapareceram no Código Civil de 1966 (153).

Definimo-los — os direitos reais de gozo — como poderes de utilizar, total ou parcialmente, uma coisa, conferindo, por vezes, além disso, o poder de apropriação dos frutos da coisa.

Estamos concretamente a pensar no usufruto, em que não há só o poder de utilizar a coisa, mas também o poder de apropriação dos seus frutos, enquanto, por exemplo, no direito de uso e habitação há apenas o direito de usar a coisa. Cremos que esta definição cobre todas as hipóteses de direitos reais de gozo.

III — Os *direitos reais de garantia* são direitos que conferem o poder de, pelo valor de uma coisa ou pelo valor dos seus rendimentos, um credor obter, com preferência sobre todos os outros credores, o pagamento da dívida de que é titular activo.

Os direitos reais de garantia são o *penha*); a *hipoteca*, os *privilégios creditários especiais*, o *direito de retenção* e a *consignação de rendimentos* — esta última designada, no nosso antigo direito e também em alguns sistemas jurídicos estrangeiros de países de língua latina, por *anticrese*.

Os direitos reais de garantia são indubitavelmente autênticos direitos reais.

Já se sustentou, porém, entre nós que esses direitos não constituíam verdadeiros direitos reais, mas meros acessórios dos direitos de crédito. Daí que sejam considerados para efeitos didácticos ou para efeitos expositivos da problemática jurídica, em conexão com as obrigações e na cadeira de Direito das Obrigações.

Que dizer de tudo isto?

(153) O Decreto-Lei n.º 195-AS76, de 16 de Março, e o Decreto-Lei n.º 233/76, de 2 de Abril, aboliram a enfiteuse relativa a prédios rústicos e a enfiteuse relativa a prédios urbanos.

Há, de facto, *finición cilinente*, uma conexão entre os direitos reais de ⁹garantia e os direitos de crédito. Os direitos reais de garantia estão ao serviço do pagamento ou da satisfação do interesse do credor. Podem integrar-se num domínio institucional que podemos designar por garantias das obrigações, onde entram, também, outras figuras que não são direitos reais, *v.g.* a fiança. Há, de facto, uma identidade de função entre a hipoteca e a fiança ou a prestação de caução ou a abonação — tudo isso são garantias das obrigações. Os direitos reais de garantia são, portanto, sem dúvida, acessórios dos direitos de crédito, designadamente no que se refere à sua extinção — extinguindo-se o direito de crédito, extingue-se o direito real que garante o respectivo crédito.

O facto de os direitos reais de garantia serem acessórios dos direitos de crédito não quer dizer, porém, que não tenham uma natureza jurídica própria e que nós não a devamos investigar.

Ora, a natureza jurídica destas figuras parece ser a dos direitos reais, dado que apresentam as *características* destes, designadamente o *direito de sequela* (acompanham a coisa nas suas transmissões) e o *direito de preferência* (a prioridade temporal da sua constituição ou do seu registo confere prevalência sobre outros direitos que incidam sobre a mesma coisa).

IV — Segue-se referir, por último, dentro do esquema que fornecemos, os *direitos reais de aquisição*.

Estes são direitos reais que conferem a um determinado indivíduo a possibilidade de se apropriar de uma coisa, de adquirir uma coisa.

Note-se, porém, que estas situações não se identificam com a faculdade geral — mera emanção da capacidade jurídica — de adquirir. Não é esta faculdade geral que temos aqui em vista, mas antes aquelas situações especiais em que certas pessoas podem exercer uma especial faculdade de, em determinadas circunstâncias, adquirir a propriedade sobre uma coisa.

O mais importante direito real de aquisição é o *direito real de preferência* (cfr. arts. 1380E, 1409Y, 1535.º e 1555.º do Cód. Civil; arts. 47E e 97.º do Regime do Arrendamento Urbano) ⁽¹⁵⁴⁾.

(¹⁵⁴.) Para alguns autores é também o caso previsto no artigo .º do Código Civil.

§ 8.º

A relevância jurídica da família

36. A família, como realidade natural e social, perante o Direito legislado

I — O direito civil português contém entre os seus princípios básicos o *reconhecimento e a ordenação da família*

A família é uma *realidade natural e social*, cuja existência material, psicológica e moral se manifesta, antes de mais, em planos ou domínios da vida estranhos — íamos a escrever anteriores — ao plano jurídico. O surgimento e a vida da família realizam-se e assentam numa série de comportamentos pessoais e realidades psicológicas e morais, que o direito considera relevantes, isto é, que reconhece, aceita e considera, ao formular a sua regulamentação da instituição familiar.

Estão entre esses comportamentos e realidades o amor, a amizade, a consciência de se formar um grupo, a confiança, a lealdade, a vida em comum, a solidariedade, uma certa identificação com os outros componentes do mesmo agregado. Como se constata, tudo são *valores ou sentimentos que não são criados pelo Direito*, que não existem por este determinar a sua existência — trata-se, antes, de consequências da realidade física e espiritual do homem e das concepções ético-sociais. Mas o Direito não se pode alhear das relações que se estabelecem com base nestas concepções, atribuindo-lhes efeitos jurídicos.

II — Cabe logicamente perguntar-se: se a família e os valores e sentimentos nela polarizados têm uma existência e um sentido tão fundamentalmente pessoal, natural e autêntico, por que razão disciplina o Direito esta matéria? Por que razão se assistiu (e se assiste) à «juridificação» destas relações?

Se o afecto, a amizade, a dedicação, a solidariedade, etc., são sentimentos incoercíveis, parece que todas as relações e comportamentos que formam o tecido da vida familiar se deveriam situar fora de toda a incidência do Direito, em razão de uma visceral inaptidão deste para aí se manifestar. Ou, pelo menos, a disciplina jurídica desta esfera da vida da pessoa deveria limitar-se ao «direito» que vive e se manifesta na concreta realidade social que é a família.

As normas que, em coerência com o sentido do casamento ou da relação de filiação, estabelecem os deveres dos cônjuges entre si ou os deveres e direitos dos pais e dos filhos, *não são criadas pelo direito «ex nihilo»*; são, pelo contrário, *normas segregadas pela instituição familiar*, como uma ordem concreta e natural, normas realizadoras de um sentido pré-jurídico — ou pelo menos anterior ao direito legislado — do organismo familiar. O legislador reconhece essa ordenação espontânea e natural da família. É esta característica que correntemente se traduz dizendo que o Direito da Família é um *direito institucional*.

III — Apesar de a família na sua concreta e natural existência no seio da vida social conter, desde logo, uma ordenação íntima, não pode a lei deixar de considerar essa realidade e esse mundo de relações, estabelecendo sobre este o manto de uma disciplina, tanto quanto possível, completa. A *disciplina legislativa da instituição familiar impõe-se*, atentas as seguintes razões, algumas das quais correspondem a justificações de carácter geral do direito legislado:

- a) a ordenação concreta e institucional da família, mesmo que aceite pelo legislador, não contém uma disciplina de todos os problemas respectivos em termos acabados e categóricos, tornando-se necessária uma formulação certa, precisa e completa do regime jurídico correspondente ou uma opção entre sentidos e concepções divergentes revelados na vida da instituição familiar;
- b) a consagração legislativa de um regime, mesmo que coincidente com a disciplina institucional da família, vinca mais vivamente o sentimento dos deveres e direitos dos membros da família, facilita o fluente curso da vida familiar e permite, em situações de crise, disciplinar com justiça e certeza a posição dos sujeitos;
- c) pode o Estado visar uma modificação da disciplina da família para um sentido diverso do correspondente ao «direito» vivido espontaneamente na realidade social.

— O Direito da Família apresenta algumas *características peculiares* que bem se compreendem, à luz de quanto ficou exposto.

É caracterizado por um *acentuado predomínio de normas imperativas*, isto é, de normas que os particulares não podem afastar.

É, como dissemos, um direito institucional.

É um ramo do direito civil *muito permeável às modificações das estruturas políticas, económicas e sociais, designadamente religiosas*. Basta pensar no tratamento que cada sociedade dá ao problema da admissibilidade ou rejeição do divórcio, do casamento religioso ou civil. da união de facto em condições análogas às dos cônjuges, da posição da mulher dentro da sociedade conjugal, do estatuto dos filhos ilegítimos, etc. É evidente que a solução dada a estes e outros problemas está na íntima dependência de posições em matéria política, social, económica e religiosa. Daí que *as diversidades nacionais* sejam mais acentuadas no Direito da Família do que no Direito das Obrigações (151).

37. Referência sumária ao Direito da Família português

I — Na actual Constituição os artigos 36.º, 672, 68.º e 69.º contêm normas dirigidas à disciplina de aspectos variados, respeitantes à família.

Decorrem delas os seguintes princípios (156):

- 1) Direito à celebração de casamento (art. 362, n.º 1, 2.ª parte) (157);
- 2) Direito a constituir família (art. 361³, n.º 1, parte). **Para a actual Constituição, a família parece não assentar necessariamente no casamento, prevendo-se a constituição de família não fundada no matrimónio** (118);

(⁵⁵) Cfr. FRANCISCO PEREIRA COELHO,¹ GUILLERTE DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, vol. 1 — *Introdução. Direito matrimonial*. 33 ed.. Coimbra, 2003, págs. 187 e scs.

(⁵⁶) Sobre os princípios constitucionais do direito da família. cfr. E. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso*. _ cit. _ págs. 157 e segs.

(^{1r}) É evidente que ao consagrar (an. 36.º, n.º 1, 2.ª parte) o direito de contrair casamento «em condições de plena igualdade», o legislador apenas quis proibir a consagração de um impedimento *sem justificação objectiva em interesses públicos fundamentais*. As normas consagradoras de impedimentos matrimoniais, justificados *objectivamente* em razões de interesse público (arts. 1600.º e segs. do Cód. não sofrem, portanto, de inconstitucionalidade. Sobre a recondução do *principio da igualdade* à ideia da ilegitimidade de distinções sem fundamento racional, justo ou objectivo, cfr., *supra*, n.º 14, V.

(ⁱ⁻⁸) Sobre a família não fundada no matrimónio. cfr. F. PROSPERI *La famiglia non «fondata sul matrimonio»*, Camerino, 1980. A união de facto não parece, todavia, de considerar fonte de uma relação «familiar», pelo menos, para o efeito de preenchi-

- 3) Competência da lei civil para regular os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, por morte ou divórcio, independentemente da forma de celebração (art. 36.º, n.º 2);
- 4) Admissibilidade do divórcio, para qualquer casamento — civil ou católico (art. 36.º, n.º 2) (159);
- 5) Igualdade dos cônjuges, quanto à sua capacidade civil e à manutenção e educação dos filhos (art. 365. n.º 3).

Este princípio da igualdade dos cônjuges não é mais do que uma aplicação do princípio geral da igualdade do cidadão perante a lei, constante do artigo 13.5;

- 6) Atribuição aos pais do poder-dever de educação dos filhos (art. 36.º, n.º 5).

Princípio este importante, na medida em que reconhece aos pais o direito de escolherem a educação a dar aos seus próprios filhos;

- 7) Inseparabilidade dos filhos dos seus progenitores. salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial (art. 365. n.º 6);
- 8) Não-discriminação entre os filhos nascidos do casamento e os nascidos fora do casamento (art. 3Eº. n.º 4).

Acabou-se, assim, com a distinção entre filhos legítimos (nascidos do casamento) e filhos ilegítimos (nascidos fora do casamento) e consequentes situações de desfavor em que estes se encontravam relativamente àqueles, nomeadamente em matéria sucessória;

- 9) Reconhecimento e protecção da adopção (art. 365, n.º 7);

mento do respectivo conceito, quando este é empregue pela lei (assim, F. PEREIRA COELHO. OLIVEIRA. *Curso...*, cit., pág. 108: «a união de facto não é relação de família para a generalidade dos efeitos»). A relevância jurídica da união de facto depende, assim, de norma que especificamente a preveja, como o artigo 2020.º do Código Civil ou o artigo 85.º, n.º 1, al. c). do Regime do Arrendamento Urbano. A união de facto veio a ser consagrada como instituto jurídico e a sua protecção foi alargada pelas Leis n.º 135/99, de 28 de Agosto, e n.º 7/2001, de 11 de Maio.

e⁸⁹ A admissibilidade do divórcio para os casamentos católicos (celebrados depois da Concordata com a Santa Sé de 1940). já tinha sido estabelecida pelo Decreto-Lei n.º 261/75. de 27 de Maio. no seguimento do Protocolo Adicional à Concordata. de 15 de Fevereiro de 1975.

- 10) Reconhecimento da constituição da família e sua protecção (art. 67.º) (60)
- 11) Protecção da paternidade e da maternidade como valor social (art. 68.º);
- 12) Protecção da infância (art. 69.º).

II — Ao Direito da Família dedica o Código Civil um livro — o Livro IV (arts. 1576.º a 2020.º) profundamente alterado pela Reforma de 1977 (Dec.-Lei n.º 496/77), como exigência directa e imediata dos novos princípios constitucionais acabados de analisar, no âmbito dos quais o legislador teve de mover-se ⁽¹⁶¹⁾,

Dentre as alterações mais significativas efectuadas em 1977, simples vasar dos princípios constitucionais, destacam-se: a continuação da admissibilidade do divórcio, inclusive para os casamentos católicos celebrados ao abrigo da Concordata de 1940; ampliação das causas do divórcio e da separação judicial de pessoas e bens; efectivação do princípio da igualdade dos cônjuges; extinção da categoria de filhos ilegítimos, equiparando-se os filhos nascidos *no e fora* do casamento; maior incremento da adopção plena, etc.

De acordo com o artigo 1576.º, podemos considerar a família como o conjunto das pessoas unidas por vínculos emergentes do *casamento*, do *parentesco*, da *afinidade* e da *adopção* ⁽¹⁶²⁾.

(- 60) Das várias alíneas do artigo citado constam os princípios programáticos de uma «política familiar» a lesar a cabo pelo Estado.

Sobre a protecção da maternidade e da paternidade no domínio laboral, cfr. os artigos 33.º e segs. do Código do Trabalho.

(16-) Como reflexo das substanciais alterações, introduzidas no direito da família, foi então aprovado um novo *Código do Registo Civil* pelo Decreto-Lei n.º 51/78, de 30 de Março. O Código do Registo Civil actualmente em vigor, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 131/95, de 6 de Junho, foi também já objecto de várias alterações, pelos Decretos-Leis n.ºs 36/97, de 31 de Janeiro, 120/98, de 8 de Maio, 375-A/99, de 20 de Setembro, 228/2001, de 20 de Agosto, 273/2001, de 13 de Outubro, 323/2001, de 17 de Dezembro, 1135/2002, de 20 de Abril, 194/2003, de 23 de Agosto, e 53/2004, de 15 de Março. Destaque-se a alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 273/2001, que, inserindo-se num movimento de «desjudicialização», operou a transferência de competências em processos de carácter eminentemente reostral, sem verdadeiro litígio, dos tribunais judiciais para os conservadores do registo civil.

(102) Se bem que no artigo 1576º se declarem o casamento, parentesco, afinidade

Esta a noção mais ampla de família para o nosso direito — a grande família, tradicionalmente concebida, constituída por cônjuges, parentes, afins, adoptantes e adoptados, por contraposição à pequena família ou família nuclear, constituída apenas por cônjuges e filhos, que modernamente tende a prevalecer.

III — A reforma de 1977 deu uma nova redacção ao artigo 1577.º, passando a definir o casamento como «o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código» (163).

Na ordem jurídica portuguesa continua a verificar-se, quanto à disciplina do acto matrimonial, uma *coexistência da ordem jurídica estadual e da ordem jurídica canónica*. Efectivamente, o artigo 1625.º permaneceu intocável, pelo que o conhecimento das causas respeitantes à nulidade do casamento católico e à dispensa do casamento rato e não consumado é reservado aos tribunais e repartições eclesiásticas competentes. Estes aspectos do casamento católico serão, pois, regulados pelo direito canónico e não pelo direito matrimonial português.

Aquela coexistência do direito estadual e do direito canónico na ordem jurídica portuguesa é, hoje, porém, mais restrita do que após a entrada em vigor do Código de 1966, porquanto é permitida a dissolução por divórcio do casamento católico.

Nos termos do artigo 1587.º, o casamento é católico ou civil. As duas formas de casamento têm efeitos idênticos, agora sem qualquer

e adopção fontes das relações jurídicas familiares, deve dizer-se que, em sentido próprio e rigoroso, fontes de relações jurídicas familiares serão apenas o casamento e adopção — verdadeiros actos jurídicos. O mesmo já não pode dizer-se do parentesco e afinidade, em si mesmo relações jurídicas familiares, derivadas, respectivamente, da geração e desta e do casamento. Cfr. F. PEREIRA COATTORE, OLIVEIRA, *ob. cit.*, pág. 31.

(^{o3}) De notar o tom mais comedido e cauteloso da redacção, em relação ao artigo 36b. n.º 1, da Constituição. Mesmo assim, e por força do artigo 36.º, n.º da Constituição, o casamento parece poder deixar de ser a única forma de constituir família. Dai a eliminação do advérbio «legitimamente», constante da anterior redacção do artigo 1577M segundo a qual o casamento é «o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente e que pretendem constituir legitimamente a família mediante uma comunhão plena *de* vida».

diferença mesmo quanto à dissolução por divórcio que, como já sabemos, é, desde 1975, com o Decreto-Lei n.º 261/75, permitida para os casamentos católicos, nos mesmos termos que o casamento civil.

O casamento (civil ou católico) dissolve-se, pois, por morte ou por divórcio. Quanto ao divórcio, de notar as duas modalidades actualmente admitidas (art. 1773.º): *por mútuo consentimento e litigioso*. O divórcio por mútuo consentimento encontra-se disciplinado nos artigos 1775.º a 1778.º, enquanto o divórcio litigioso está regulado nos artigos 1779.º a 1787.º.⁽¹⁶⁴⁾ O mesmo não acontecia na primitiva redacção do actual Código Civil, em que o artigo 1792.º impunha o carácter litigioso do divórcio, salvo o caso da conversão, em divórcio, da separação judicial de, pessoas e bens, que poderia dar-se por mútuo consentimento (165).

- Na nova redacção nota-se mesmo a preferência do legislador pela modalidade do divórcio por mútuo consentimento, impondo ao juiz, no processo de divórcio litigioso, o dever de procurar obter o acordo dos cônjuges para o divórcio por mútuo consentimento (art. 1774.º, n.º 2) (166).

Pode, porém, sem dissolução do vínculo conjugal, ter lugar uma *separação dos cônjuges e dos bens*. Estão previstas na lei civil:

a) *simples separação judicial de bens* (art. 1767.º, na redacção de 1977): qualquer dos cônjuges (não administrador) pode regue-

¹⁶⁴⁾ O regime do divórcio foi alterado pela Lei n.º 47/98, de 10 de Agosto, que veio permitir aos cônjuges do divórcio por mútuo consentimento a todo o tempo (deixando de exigir que fossem casados há mais de três anos) e alterou os fundamentos do divórcio litigioso, reduzindo o prazo de separação de facto relevante para este efeito de seis para três anos consecutivos (ou mesmo só um ano, se o divórcio for requerido por um dos cônjuges sem a oposição do outro).

⁽¹⁶⁵⁾ Desde o Decreto-Lei n.º 163/95, de 13 de Julho, o divórcio por mútuo consentimento pode mesmo ser requerido por ambos os cônjuges, de comum acordo, não só no tribunal como na conservatória do registo civil, desde que o casal não tenha filhos menores (ou, tendo-os, se o exercício do respectivo poder paternal estiver já judicialmente regulado). O divórcio litigioso continua a ser requerido no tribunal, por um dos cônjuges contra o outro.

⁽¹⁶⁶⁾ A segunda conferência para conciliação, no divórcio por mútuo consentimento, foi abolida pelo Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de Outubro, que revogou o artigo 1777.º do Código Civil.

rer a simples separação judicial de bens quando estiver em perigo de perder o que é seu pela má administração do outro cônjuge;

IP a separação judicial de pessoas e bens (art. 1794.^o): pode ser requerida nos mesmos termos do divórcio (mi. 1771.^o) e, portanto, pode ser requerida por ambos os cônjuges, de comum acordo (*separação por mútuo consentimento*) ou por um deles contra o outro, com algum dos fundamentos previstos nos artigos 1779.^o e 1781.^o (*separação litigiosa*).

IV — O *parentesco*, outra fonte das relações familiares, é definido no artigo 1578.^o Trata-se do vínculo entre duas pessoas, resultantes de uma delas descender da outra ou de ambas terem um progenitor comum. Na primeira hipótese — uma pessoa descende da outra — estamos perante o parentesco na *linha recta*; na segunda hipótese — ambas têm um progenitor comum — depara-se-nos o parentesco na *linha colateral*.

A modalidade de parentesco que reveste o maior interesse jurídico é a *filiação*. A relevância jurídica principal do parentesco traduz-se precisamente na disciplina da relação entre os pais e os filhos menores sujeitos ao conjunto de direitos subjectivos e poderes-deveres que se chama *poder paternal*. O parentesco, para além desta particular situação (relações entre pais e filhos menores), revestirá interesse para algumas normas jurídicas dispersas por vários institutos, v. g., o *dever de alimentos* (art. 2003.^o, sobre a noção de alimentos, e *adi.* 2009.⁰, sobre as pessoas obrigadas a alimentos), designação do *tutor* (art. 1931.^o) ou de membros do *conselho de família* (art. 19522), *impedimentos matrimoniais* (art. 1602.^o) e o *direito sucessório* (art. 2133.^o).

O nosso sistema jurídico distinguia entre parentesco *legítimo e parentesco ilegítimo*. A revisão de 1977 revo^gou o artigo 1583.% onde se consagrava tal distinção. Deixou de ter, portanto, assento legal, na modalidade de parentesco que reveste maior interesse, a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, como consequência do artigo 36.^o, n.º 4. da Constituição, verificando-se a equiparação de direitos e deveres de uns e outros (designado agora como filhos nascidos no casamento e nascidos fora do casamento, não podendo mesmo a lei ou as repartições oficiais usar designações discriminatórias relativas à filiação).

No que toca ao estabelecimento da filiação (arts. 1796.º e segs.), regula-se, separadamente, o estabelecimento da maternidade (arts. 1803.º e segs.) e o estabelecimento da paternidade.

O estabelecimento da maternidade pode revestir três formas:

- a) declaração de maternidade (arts. 1803.º e segs.);
- b) *averiguação* oficiosa (arts. 1808.º e segs.);
- c) reconhecimento judicial (art. 1814.º).

Quanto ao estabelecimento da paternidade, no que se refere aos filhos nascidos ou concebidos na constância do matrimónio, presume-se que o pai é o marido da mãe. É a *presunção de paternidade*: «*pater is est quem justae nuptiae demonstram*» (art. 1826.º). No que respeita aos filhos nascidos ou concebidos fora do casamento, o reconhecimento da paternidade (art. 18473) faz-se por:

- *perfilhação*: acto pessoal e livre pelo qual alguém pode reconhecer outrem como seu filho. Admite-se, contudo, que tal possa ser feito por intermédio de procurador com poderes especiais (art. 1849.º);
- *averiguação oficiosa*: sempre que do registo de nascimento não conste a paternidade, o tribunal averiguará officiosamente a identidade do pai (art. 1864.º);
- *reconhecimento judicial*: sempre que a maternidade já esteja estabelecida ou se peça conjuntamente o reconhecimento de paternidade e maternidade, o filho (art. 1869.º) ou a mãe, ainda que menor (art. 1870.º), em sua representação, ou ainda as pessoas mencionadas no artigo 1818.º (*ex* art. 1873.º), podem intentar acção judicial de investigação de paternidade (167).

(¹⁶⁷) O artigo 1817.º do Código Civil foi alterado pela Lei nº 21/98, de 12 de Maio, que alterou os prazos para interposição de acção de investigação de maternidade. (e de paternidade, por força do art. 1873.º), em caso de tratamento como filho pelo pretensor pro genitor, que não cessou voluntariamente. Aquele diploma alterou ainda o artigo 1871.º, passando a presumir-se a paternidade também quando se prove que o pretensor pai teve relações sexuais com a mãe durante o período legal de concepção.

De salientar, ainda, a eliminação da categoria legal de filhos incestuosos (168).

V — A *afinidade* é, nos termos do artigo 1584.º, o vínculo que liga um dos cônjuges aos parentes do outro. Já não há afinidade nem qualquer vínculo jurídico familiar entre um dos cônjuges e os afins do outro: *afinidade não gera afinidade*.

A afinidade tem escassa relevância jurídica. Releva, p. ex., para a designação do tutor ou de membros do conselho de família (arts. 1931.º e 1952.º) e dela resultam certas incapacidades (p. ex., o impedimento matrimonial do art. 1602.º, al. e)) e incompatibilidades.

VI — A *adopção* é uma fonte de relações familiares que foi reintroduzida no nosso ordenamento jurídico pelo actual Código Civil. Trata-se de um vínculo que estabelece entre duas pessoas um parentesco *legal*, por oposição ao parentesco *natural*, do tipo paternidade-filiação. O artigo 1586.º define a adopção como

«o vínculo que, à semelhança da filiação natural, mas independentemente dos laços do sangue, se estabelece legalmente entre duas pessoas nos termos dos artigos 1973.º e seguintes.»

O vínculo da adopção é constituído por *sentença judicial* e o nosso sistema jurídico conhece duas espécies de adopção, cujas condições e efeitos são diversos: a *adopção plena* e a *adopção restrito*. A reforma de 1977 veio facilitar mais a adopção, alargando o campo de aplicação da adopção plena. O regime da adopção foi, já depois de 1977, alterado várias vezes, no sentido de melhor proteger o menor (em particular, os menores em situação de perigo) com vista à adopção e de aumentar o recurso a este instituto (169).

^{i:63)} Cfr n.º 32 do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro.

ⁱ⁶⁹⁾ Cfr as modificações introduzidas pelos Decretos-Leis n.º 185/93, de 22 de Maio, e 120/98, de 8 de Maio, e, mais recentemente, pela Lei n.º 31/2003, de 22 de Agosto

§9º

O fenómeno sucessório ou sucessão por morte

38. O destino das relações jurídicas após a morte do seu titular

I — Põe-se em qualquer comunidade o problema de saber qual o destino das relações jurídicas existentes na titularidade de uma pessoa singular após a morte desta.

Razões de relevante conveniência social tomam contra-indicado um regime de extinção de todas as relações jurídicas no momento da morte do seu titular.

Tal regime, implicando a exoneração dos devedores à morte do seu credor, o prejuízo dos credores por morte dos seus devedores e a vacatura ou a aquisição pelo Estado dos bens do falecido, seria um contra-estímulo às actividades e iniciativas de carácter patrimonial das pessoas, uma fonte de riscos para os credores, uma causa de litígios e perturbação da paz social na hipótese de os bens, por ficarem vagos, virem a pertencer a quem os ocupasse e uma solução contraditória com o reconhecimento da propriedade privada e com os seus fundamentos, na hipótese de por morte todos os bens dos particulares passarem para o Estado.

Justifica-se, assim, o *fenómeno sucessório ou sucessão*, isto é, o chamamento de uma ou mais pessoas à titularidade das *relações patrimoniais* de uma pessoa falecida e a consequente devolução dos bens que a esta pertenciam. Excluídas da sucessão estarão, em princípio, apenas as *relações pessoais*, isto é, as ligadas incindivelmente à pessoa do seu titular, por sua natureza (p. ex., direito a alimentos) ou por força da lei, em virtude de esta as ter considerado normalmente constituídas *intuitu personae* (p. ex., usufruto — cfr. art. 1476.º, n.º 1, al. a)).

II — A transmissão das relações jurídicas patrimoniais para outra pessoa por força da morte do seu titular é reconhecida pelos sistemas jurídicos na actualidade e ao longo da História.

- a) Os estudos histórico-jurídicos, sociológicos e etnográficos revelam, em fases recuadas da vida dos povos, uma disciplina imperativa da sucessão pelo direito objectivo, então um direito, sobretudo, de carácter consuetudinário. A transmissão dos bens não

dependia nem obedecia a qualquer manifestação de vontade do titular dos mesmos. A propriedade não está encabeçada no indivíduo, mas num grupo (em certa fase, o grupo familiar) e o *chefe do grupo não é um proprietário individual*, mas uma espécie de administrador dos bens que se encontram em situação de *propriedade colectiva*.

Morto o chefe da família, os bens não são devolvidos a um sucessor segundo uma disposição voluntária dos mesmos, efectivada pelo seu titular. Os bens continuam a pertencer ao grupo ou à família; estão *reservados* para ela e acontece apenas que um novo membro do grupo (p. ex., um filho do falecido) assume a titularidade dos mesmos como administrador dos bens que a todos pertencem em comunhão ou propriedade colectiva.

Esta concepção do fenómeno sucessório encontra-se até *bastante tarde* (Alta Idade Média) *nos povos germânicos*.

A pouco e pouco a total exclusão da relevância da vontade do particular e a imperativa manutenção dos bens dentro do «clã» ou da família foram sendo atenuadas. Em coerência com a aceitação da propriedade individual, reconhecem-se poderes de disposição dos bens, para além da morte, por acto de vontade. Ao lado da quase totalidade dos bens que constitui uma *reserva hereditária* destinada à família, surge uma quota disponível livremente pelo titular através de um testamento.

- b) *No direito romano*, porém, depara-se-nos, ainda na Alta Antiguidade, a atribuição ao particular de uma total liberdade de designar um sucessor por testamento. E uma concepção radicalmente oposta à concepção germânica da herança como comunhão familiar, reservada para a família. Segundo alguns autores, também em Roma terá vigorado uma tal concepção. mas ainda em períodos mais recuados, concepção abandonada à medida que os povos do Lácio, abandonando uma organização tribal, se estabeleceram na urbe.

O *direito romano* oferece-nos, portanto, desde muito cedo, uma consagração plena e ilimitada da *liberdade de testar*. Não se obrigava o testador a deixar bens a determinadas pessoas: não havia herdeiros legitimados, forçosos ou necessários no sentido moderno da expressão. isto é. herdeiros a quem era neces-

sariamente atribuída uma parte da herança, mesmo contra a vontade do falecido (7°).

Em dada altura vieram a obter consagração legal o sentimento e a ideia de que era pouco equitativo poder o testador deixar todos os seus bens a um estranho, ficando possivelmente na miséria os filhos e outros parentes próximos. O testador devia cumprir o *officium pietatis*, isto é, o dever de assistência e auxílio recíprocos entre os membros da família. A partir de certa altura estabeleceu-se que os filhos e outros parentes muito próximos tinham direito a uma *quota do valor* da herança, a chamada *legítima*. As deixas testamentárias e as doações que não deixassem intacta a legítima (um quarto do valor da herança) violavam o *officium pietatis* e tomavam-se ineficazes por *inoliciosidade*.

III — Duas linhas de evolução se registam, pois, desde a Antiguidade, passando pela Idade Média, no tocante aos critérios de designação ou de chamamento dos sucessores à herança.

Uma linha, correspondente à evolução conhecida dos direitos germânicos, parte da «propriedade familiar» e da sucessão reservada aos membros da família para um reconhecimento posterior da liberdade de dispor de uma quota da herança.

Outra linha, correspondendo à evolução conhecida do direito romano e dos povos latinizados, parte da total liberdade de testar para o estabelecimento ulterior de restrições em ordem a dar cumprimento ao dever de auxílio e assistência aos familiares, assim surgindo a legítima.

Para a evolução do direito romano, a legítima é a excepção. é uma restrição à liberdade de testar, para a evolução do direito germânico, a quota disponível é que é a excepção, é uma limitação da reserva hereditária destinada à família.

(1*) Em Roma falava-se de *herdeiros necessários num outro sentido*. Tratava-se de certas pessoas que *não podiam recusar* a herança. Esta obrigatoriedade de aceitar uma herança, sem possibilidade de repúdio, ligava-se a concepções religiosas: considerava-se necessário que cada cidadão tivesse um herdeiro para assegurar a continuação dos cultos familiares («*sacra*»). Quer dizer: hoje certos herdeiros são forçados porque a sua sucessão é forçada para o autor da herança; em Roma a sucessão era forçada para certos herdeiros.

Hoje, o nosso ordenamento jurídico, como a quase totalidade dos sistemas, conhece, lado a lado, uma *sucessão testamentária* e uma *sucessão legitimária*, como resultado destas evoluções convergentes. E as justificações apresentadas para a sucessão legitimária são as que ressaltam da descrição das duas linhas evolutivas:

- a) a conservação na família de um património para que todos, em maior ou menor medida, concorram, e que assegura a permanência e coesão do agregado familiar;
- b) cumprimento do dever moral de assistência recíproca entre familiares, mesmo para além da morte.

39. Referência sumária ao direito sucessório português

I — A sucessão por morte está, como vimos, intimamente ligada ao direito de propriedade individual.

Não surpreenderá, por isso, que a actual Constituição inclua o direito à transmissão dos bens por morte na mesma disposição legal em que reconhece o direito à propriedade privada (art. 62.º, n.º 1) (171).

II — Como disciplina o *Código Civil* a transmissão dos bens por morte? Como se processa a *sucessão*, isto é, o chamamento de uma ou mais pessoas à titularidade das relações jurídicas patrimoniais de uma pessoa falecida e a consequente devolução dos bens que a esta pertenciam (art. 2024?)?

Os títulos de vocação sucessória admitidos no nosso sistema são a *lei*, o *testamento* e o *contrato* (art. 2026?). Quer dizer: o chamamento dos sucessores à titularidade das relações e a devolução dos bens far-se-á segundo o determinado na lei, em testamento ou por contrato.

Podemos, pois, distinguir uma sucessão legal e uma sucessão voluntária.

. A referência ao direito de propriedade deve entender-se como abrangendo também quaisquer direitos patrimoniais (a *pa.* um direito de crédito). Reconhecendo a protecção dos direitos de crédito pelo artigo 62.º da Constituição. cfr. o citado Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 491/2002.

A *sucessão legal* pode ser *legítima ou legitimária*, consoante possa ou não ser afastada pela vontade da pessoa falecida, o chamado *autor da sucessão*, ou *de cujus* (¹⁷¹) ou *heredirando*; as normas reguladoras da sucessão legítima são assim normas supletivas, as da sucessão legitimária são normas imperativas.

A *sucessão voluntária* pode resultar de um *testamento* ou de um *contrato*. A *sucessão contratual* só é, todavia, admitida em casos excepcionais, de reduzida extensão, sendo muito pouco frequente. A regra a esse respeito, com muito poucas exceções, é a *proibição dos pactos sucessórios* (art. 2028.º, n.º 2).

Ficam-nos, portanto, como modalidades de sucessão, a sucessão legitimária, a sucessão legítima e a sucessão testamentária.

A primeira impõe a devolução de parte dos bens a certas pessoas, no caso de existirem, mesmo *contra a vontade* do *de cujus*.

A segunda prescreve a devolução dos bens às pessoas inte^gradas em certas categorias de sucessíveis designadas na lei, *sem a vontade* do *de cujus*, isto é, *na falta de vontade* deste em contrário.

A terceira determina a devolução dos bens *segundo a vontade* do *de cujus*, expressa num testamento válido e eficaz.

III — A *sucessão legítima* consiste, pois, no chamamento dos *herdeiros legítimos* à sucessão, por o autor da sucessão *não ter disposto válida e eficazmente, no todo ou em parte*, dos seus bens.

O chamamento faz-se por ordem de *classes de sucessíveis*, preferindo dentro de cada classe os parentes de grau mais próximo aos de grau mais afastado.

As classes de sucessíveis e a sua ordem na versão originária do Código, eram as seguintes (cfr. art. 2133.º):

«A ordem por que são chamados os herdeiros, sem prejuízo do disposto no título da adopção é a seguinte:

- a) Descendentes;
- b) Ascendentes;
- c) Irmãos e seus descendentes;

(^FM Abreviatura da fórmula latina «*is de cujus hereditate astuto*»)

- d) Cônjuge;
- e) Outros colaterais até ao sexto grau;
- f) Estado.»

Com a reforma de 1977 o artigo 2133.º passou a ter a seguinte redacção:

1 — «A ordem por que são chamados os herdeiros, sem prejuízo do disposto no título da adopção, é a seguinte:

- a) Cônjuge e descendentes;
- b) Cônjuge e ascendentes;
- c) Irmãos e seus descendentes;
- d) Outros colaterais até ao quarto grau;
- e) Estado.

2 — O cônjuge sobrevivente integra a primeira classe de sucessíveis, salvo se o autor da sucessão falecer sem descendentes e deixar ascendentes, caso em que integra a segunda classe.

3 — O cônjuge não é chamado à herança se à data da morte do autor da sucessão se encontrar divorciado ou separado judicialmente de pessoas e bens, por sentença que já tenha transitado ou venha a transitar em julgado ou ainda se a sentença de divórcio ou separação vier a ser proferida posteriormente àquela data, nos termos do n.º 3 do artigo 1785.º»

Nota-se, assim, nesta reforma, a valorização da posição sucessória do cônjuge sobrevivente, passando a integrar a primeira classe de sucessíveis juntamente com os descendentes, não podendo a sua quota ser inferior a uma quarta parte da herança — no caso de se tratar da sucessão do cônjuge e descendentes (art. 2139.º, n.º 1) — e pertencendo-lhe duas terças partes da herança se se tratar da sucessão do cônjuge e dos ascendentes (art. 2142.º, n.º 1). Na falta de descendentes e ascendentes, o cônjuge é chamado à totalidade da herança (art. 2144.º) (173).

(173) A tutela sucessória do cônjuge sobrevivente projecta-se ainda no direito que lhe é conferido de exigir, em partilhas, que lhe seja atribuído o direito de habitação da

IV — A sucessão *legitimaria* consiste no chamamento dos herdeiros *legitimarios* à sucessão na chamada *legítima*, isto é, numa porção de bens de que o testador não pode dispor, por ser destinada por lei aos referidos herdeiros.

Com a reforma de 1977, o cônjuge foi elevado à categoria de herdeiro legitimário ou forçado, pelo que no nosso direito actual herdeiros legitimados são o cônjuge, descendentes e ascendentes (art. 2157.º).

A legítima do cônjuge, se não concorrer com descendentes nem ascendentes, é de metade da herança (art. 2158.º).

A legítima do cônjuge e dos filhos, em caso de concurso, é de dois terços da herança (art. 2159.º, n.º 1).

Não havendo cônjuge sobrevivente, a legítima dos filhos é de metade ou dois terços da herança, conforme exista um só filho ou existam dois ou mais (art. 2159.º, n.º 2).

Os descendentes de segundo grau (netos) e seguintes têm direito à legítima que caberia ao seu ascendente, sendo a parte de cada um fixada nos termos transcritos para a sucessão legítima (art. 2160.º).

A legítima do cônjuge e dos ascendentes, em caso de concurso, é de dois terços da herança (art. 2161.º, n.º 1).

Se o autor da sucessão não deixar descendentes nem cônjuge sobrevivente, a legítima dos ascendentes é de metade ou de um terço da herança, conforme forem chamados os pais ou os ascendentes do segundo grau (avós) e seguintes (art. 2161.º, n.º 2).

O autor da sucessão, tendo herdeiros legitimados, deve, pois, respeitar as legítimas destes, sob pena de as liberalidades a terceiros, entre vivos ou por morte, com que ofende a legítima, serem reduzidas ou revogadas por *inoficiosas* ⁽¹⁷⁴⁾. Da parte da herança que excede a legítima

casa de morada da família e, bem assim, o direito de uso do respectivo recheio (arts. 21034-A e 2103.7E).

Evidentemente que, se o valor destes direitos exceder o da sua parte sucessória, acrescida da meação, terão os restantes herdeiros direito a tomas,

(⁷¹) O artigo 2162.º estabelece as regras de *cálculo da legítima*, preceituando:

4Para o cálculo da legítima deve atender-se ao valor dos bens existentes no momento do autor da sucessão à data da sua morte, ao valor dos bens doados, às despesas sujeitas a colação e As dívidas da herança.»

Este artigo carece, porém, de uma *interpretação correctiva*, isto é, de uma interpretação que, para salvaguardar a ideia essencial da lei (para assegurar a valoração de

tima — a *quota disponível* — pode o autor da sucessão dispor por testamento ou por doação. No caso de não o fazer a quota disponível é devolvida aos herdeiros legítimos, sendo as duas primeiras classes de herdeiros legítimos coincidentes com os herdeiros legitimários.

A lei permite ao autor da sucessão privar o herdeiro legitimário da legítima em testamento e com expressa declaração da causa. É a chamada *deserdação* que, todavia, só pode fundamentar-se numa das ocorrências previstas no artigo 2166.º (certos crimes graves do sucessível contra a pessoa do autor da sucessão ou contra certas pessoas aí indicadas, recusa de alimentos sem justa causa ao autor da sucessão ou ao seu cônjuge).

interesses visada pelo legislador), tem de desobedecer ao conteúdo imediato da lei. O artigo estatui, dada a ordem por que manda atender aos vários elementos, que ao valor dos bens existentes no momento da morte (*Is^ques/7o*) se adicione o valor dos bens dados em vida e as despesas sujeitas a colação e à soma se deduzam as dívidas da herança. Vejamos um exemplo, deixando agora de lado a hipótese de haver despesas sujeitas a colação: A tem um filho e o valor da herança é de E 100 000 no momento da morte: fez em vida uma doação a terceiro de E 50 000 e tem dívidas no montante de E 70 000: aplicando o artigo 2162f temos $100\,000 + 50\,000 - 70\,000 = 80\,000$: sendo a legítima de metade nesta hipótese (art. 2158.º), o filho tem direito a receber E 40 000. sendo portanto a doação reduzida em E 10 000, visto que no momento da morte o «*de sujes*» só tem um património líquido de E 30 000 ($100\,000 - 70\,000$). Logo fica o herdeiro legitimaria com E 40 000 e o donatário com outros E 40 000.

Se a herança, porém, for *deficitária*, isto é, se os valores do seu activo forem inferiores ao seu passivo, esta ordem de efectivação das operações conduz a resultados incorrectos e inaceitáveis. Um exemplo: A tem um filho e deixou E 100 000 de arar/c-aem», fez uma doação em vida a terceiro de E 140 000 e tem dívidas no montante de E 200 000: aplicando a ordem das operações prescrita no artigo 2162.º temos $100\,000 + 140\,000 - 200\,000 = 40\,000$; sendo a legítima do filho de metade, este teria direito a E 20 000, ficando o donatário com E 120 000. Não é esta a correcta solução, pois sendo a legítima de metade, o herdeiro legitimaria tem de receber pelo menos tanto como os donatários, A *ordem de operações correcta* é a seguinte: *bens deixados por morte tarefe:ume*) — *dividas + bens doados*, Aplicando ao caso em apreço: $100\,000 - 200\,000 + 140\,000$. Dir-se-á: o resultado é o =sino. Mas não é. porque, não se podendo pagar os credores senão pelos bens existentes no momento da morte, aquela subtracção ($100\,000 - 200\,000$) tem de considerar-se para este efeito como dando uns resultado O e não o resultado de $-100\,000$; ficam, portanto, os E 140 000 dados em vida e a legítima é metade deles, logo o herdeiro legitimário recebe E 70 000 e o donatário fica com outros E 70 000.

V — A *sucessão testamentária* consiste no chamamento à sucessão dos herdeiros designados em testamento (*herdeiros testamentários*), isto é. num acto unilateral e revogável pelo qual um indivíduo dispõe de todos os seus bens ou parte deles para depois da morte.

O testamento pode revestir *formas comuns* (testamento público e testamento cerrado — cfr. arts. 2205.º e 2206.º) e *formas especiais* (testamento militar, testamento a bordo de navio ou de aeronave, testamento em caso de calamidade pública — cfr. arts. 2210.º, 2214.º, 2219.º e 2220.º).

VI — Os sucessores podem ser *herdeiros ou legatários*, sendo a segunda categoria praticamente restrita à sucessão testamentária.

Nos termos do artigo 2030Y, os *herdeiros* sucedem na totalidade ou numa quota do património do falecido, dizendo-se *legatários* as pessoas que sucedem em bens ou valores determinados.

II PARTE
TEORIA GERAL DA RELAÇÃO JURÍDICA.
PRELIMINARES

40. Conceito de relação jurídica

I — A expressão *relação jurídica* pode ser tomada num sentido amplo e num sentido restrito ou técnico.

Relação jurídica em sentido amplo é toda a relação da vida social relevante para o Direito, isto é. produtiva de efeitos jurídicos e, portanto, disciplinada pelo Direito.

Relação jurídica em sentido restrito ou técnico é a relação da vida social disciplinada pelo Direito mediante atribuição a uma pessoa de um direito subjectivo e a imposição a outra pessoa de um dever jurídico ou de uma sujeição.

Podemos considerar a expressão relação jurídica com referência a um modelo, paradigma ou esquema contido na lei. É o que sucede quando falamos da relação pela qual o inquilino deve pagar a renda ao senhorio. Estamos então perante uma *relação jurídica abstracta*.

Podemos, ao invés, considerar a expressão com referência a uma relação jurídica existente na realidade, entre pessoas determinadas, sobre um objecto determinado, e procedendo de um facto jurídico determinado: o senhorio *A* pode exigir do inquilino *B* a renda de € 500 pelo arrendamento do prédio *X*. Estamos então perante uma *relação jurídica concreta*.

II — Encontra-se, frequentemente, na linguagem dos juristas a expressão *instituto jurídico*. Fala-se do instituto da compra e venda, do poder paternal, da sucessão legitimária, da representação, da usucapião, etc.

Por *instituto jurídico* entende-se o conjunto de normas legais que estabelecem a disciplina de uma série de relações jurídicas em sentido abstracto, ligadas por uma afinidade, normalmente a de estarem integradas no mesmo mecanismo jurídico ou ao serviço da mesma função.

A relação jurídica é pois a matéria sobre que incide a regulamentação. O instituto jurídico é a disciplina normativa dessa matéria, o conjunto de normas que a regulamentam.

41. Estrutura da relação jurídica (enunciado geral)

I — Consideramos *estrutura da relação jurídica* o seu conteúdo, o seu cerne.

Toda a relação jurídica existe entre *sujeitos*; incidirá normalmente sobre um *objecto*; promana de um *facto jurídico*; a sua efectivação pode fazer-se mediante recurso a providências coercitivas, adequadas a proporcionarem a satisfação correspondente ao sujeito activo da relação, isto é, a relação jurídica está dotada de *garantia*.

Sujeitos, objecto, facto jurídico e garantia são os quatro *elementos* da relação jurídica. Não os consideramos, todavia, integrados na estrutura da relação. São, de certo modo, quanto à relação, algo de exterior, de periférico ou de situado na sua face exterior.

Para nós a estrutura da relação jurídica é o seu *centro ou cerne*: é o vínculo, o nexo, a ligação que existe entre os sujeitos.

II — Ao definirmos a relação jurídica, considerámo-la integrada por um *direito subjectivo* e por um *dever jurídico* ou por uma *sujeição*.

São eles que constituem a estrutura interna, o conteúdo da relação jurídica.

Vamos caracterizar separadamente as respectivas noções.

42. Estrutura da relação jurídica (cont.): direitos subjectivos propriamente ditos e direitos potestativos

I — O *direito subjectivo* pode definir-se como o poder jurídico (reconhecido pela ordem jurídica a uma pessoa) de livremente exigir ou pretender de outrem um comportamento positivo (acção) ou negativo

(omissão) ou de por um acto livre de vontade, só de per si ou integrado por um acto de urna autoridade pública, produzir determinados efeitos jurídicos que inevitavelmente se impõem a outra pessoa (contraparte ou adversário).

Só se nos depara um direito subjectivo quando o exercício do poder jurídico respectivo está *dependente da vontade do seu titular*. O sujeito do direito subjectivo é livre de o exercer ou não. Por isso o direito subjectivo é uma manifestação e um meio de actuação da autonomia privada — autonomia, não por se criar um ordenamento a que se fica submetido, como sucede com o negócio jurídico, mas como sinónimo de *liberdade de actuação, de soberania do querer* (175).

Por falta desta liberdade de actuação, por existir uma vinculação ao exercício dos poderes respectivos, não são autênticos direitos subjectivos os chamados *poderes-deveres ou poderes funcionais ou «oficias»* (176), como, p. ex., os poderes integrados no poder paternal ou na tutela. Estes poderes (do pai, do tutor) não podem ser exercidos *se o seu titular quiser e como queira*, mas devem ser exercidos do modo exigido pela função do direito. Se não forem exercidos quando deviam sê-lo, ou forem exercidos de outro modo, o seu titular infringe um dever jurídico e é passível de sanções (vi g. inibição do poder paternal, remoção do tutor).

Por outro lado, não são também direitos subjectivos os *poderes jurídicos* stricto sensu ou *faculdades* (p. ex., a faculdade de testar, de contratar, de ocupar as *res nullius*, etc.) (177). Nestes casos não exis-

If⁷¹ A ideia de poder e de soberania do querer, presente no direito subjectivo, excluída por autores que, como Kelsen, ■, em nele um mero reflexo do direito objectivo, considerado, aliás, um conjunto de meras proposições mais do que de imperativos, ou, como Dworkin, o qualificam de noção artificial, a ser substituída pela de situação jurídica, sendo o querer uma mera condição de aplicação da lei.

(176) «Direito funcional», segundo R. CAPELO DE SOUSA, *Teoria geral do direito civil*, cit., pág. 185.

(177) Fala-se, também, de faculdades para designar os vários tipos de poderes que formam o conteúdo de um direito subjectivo. P. ex., o credor — titular do direito de crédito, que é um direito subjectivo — tem a *faculdade* de exigir ao devedor o pagamento, a *faculdade* de exigir, em certas condições, um reforço da garantia, etc., o proprietário — titular do direito de propriedade, que é um direito subjectivo, concretamente uma espécie dos direitos reais — tem a *faculdade* de usar a coisa, a *faculdade* de a fruir, a *faculdade* de dispor dela.

tem relações jurídicas (não há uma contraparte vinculada a um dever jurídico, em face do direito de testar). São manifestações imediatas da capacidade jurídica do sujeito de direitos.

II — Definimos o direito subjectivo como um *poder jurídico*, considerando um aspecto *estrutural*, e não mencionámos na definição do direito o lado *funcional*, que se identifica com o *interesse visado* pelo direito subjectivo.

Afastámo-nos assim das posições que fazem conconer com aquele elemento estrutural o elemento funcional e, por maioria de razão, de uma posição como a de THERING, que define o direito subjectivo como o «interesse juridicamente protegido».

Na verdade, quando considerações de ordem funcional justificam a exclusão de certas hipóteses do domínio dos direitos subjectivos (p. ex., o poder jurídico está ao serviço de um interesse de outrem, como sucede no poder paternal). este aspecto funcional repercute-se na estrutura do direito, pois não se trata de *poderes de livremente exigir* um comportamento, mas de *poderes-deveres*. Quer dizer: a consideração exclusiva do aspecto estrutural não nos evidencia a *razão de ser* de certas diferenças, mas evidencia *as diferenças*. reflectindo o elemento funcional.

Quanto à doutrina de THERING, contra ela são em regra enunciados os seguintes argumentos:

- a) o interesse é o *escopo*, a *finalidade* do direito subjectivo, mas outra coisa é o direito subjectivo, mero *instrumento ou meio* ao serviço da realização desse fim; o interesse caracteriza a *função* do direito, mas não define a sua *estrutura*;
- b) se é certo que a todo o direito subjectivo corresponde um interesse humano, a inversa não é verdadeira. *Há interesses tutelados* pelo direito objectivo, *por outros meios* que não a concessão de direitos subjectivos, p. ex., uma intervenção oficiosa de uma entidade pública. É o caso dos chamados interesses reflexamente protegidos ou *efeitos reflexos da ordem jurídica*: a lei estabelece um imposto aduaneiro, assim prote^gendo a produção nacional de certo ramo. Nenhum dos industriais desse ramo tem, contudo, um direito subjectivo à aplicação do imposto às mercadorias estrangeiras. O imposto é aplicado pelos funcio-

nários competentes *ex officio*, independentemente de qualquer requerimento de quem quer que seja. O mesmo sucede com uma lei que estabelece a vacinação obrigatória e assim protege também o interesse particular de cada indivíduo.

Outras vezes a lei protege interesses, não mediante a concessão de direitos, mas através do estabelecimento de *restrições à capacidade* dos particulares. Para proteger os menores, a lei estabelece a sua incapacidade de exercício de direitos;

e) *o interesse*, em vista do qual foi atribuído um direito subjectivo, *não pauta rigorosamente* o conteúdo e as condições do exercício do direito. O titular do direito pode exercitá-lo para prossecução de interesses diversos do interesse para cuja realização ele foi concedido.

Não conhece o nosso sistema jurídico, nem no teor das suas disposições legais, nem no espírito que lhes subjaz, uma *estrita funcionalização dos direitos*. Basta pensar nos muito amplos termos em que o proprietário ou o credor podem exercer os seus direitos.

Só em casos extremos, de *clamorosa e manifesta contrariedade* entre o exercício do direito e o seu fim social ou económico, o comportamento do titular do direito se torna ilegítimo, por força da doutrina do *abuso do direito*, consagrada no artigo 334.º do Código Civil.

III — Se relembrarmos a definição de direito subjectivo (poder jurídico de livremente exigir ou pretender de outrem um comportamento positivo ou negativo. ou poder jurídico de por um acto livre de vontade, só de per si ou integrado por um acto de uma autoridade pública, produzir determinados efeitos jurídicos que inevitavelmente se impõem à contraparte), logo constatamos cobrir este conceito duas modalidades fundamentais:

- a) os direitos subjectivos propriamente ditos ou *stricto sensu*;
- b) os direitos potestativos.

IV — *O direito subjectivo propriamente dito* consiste na primeira das variantes assinaladas. É o poder de exigir ou pretender de outrem

um determinado comportamento positivo (acção) ou negativo (abstenção ou omissão).

Contrapõe-se-lhe o *dever jurídico* da contraparte — um dever de *facere ou de non lacere*. O dever jurídico é, pois, a necessidade de (ou a vinculação a) realizar o comportamento a que tem direito o titular activo da relação jurídica.

São direitos subjectivos propriamente ditos os direitos de crédito (aos quais se contrapõe um dever jurídico de pessoa ou pessoas *determinadas*, por isso se falando aqui de direitos relativos), os direitos reais e os direitos de personalidade (aos quais se contrapõe uma *obrigação passiva universal ou dever geral de abstenção* ^(17E); que impende sobre todas as outras pessoas, por isso se falando neste caso de *direitos absolutos* (F79)), os direitos de família, quando não forem *poderes-deveres*, etc.

Ao definir o direito subjectivo usámos ainda uma formulação dicotómica: *poder de exigir ou de pretender*

Porquê?

É que, na quase totalidade das hipóteses, o titular do direito subjectivo. se a contraparte não cumpre o dever jurídico a que está adstrita, pode obter dos tribunais e autoridades subordinadas a estes providências coercitivas aptas a satisfazer o seu interesse. Deve nestes casos falar-se de *poder de exigir* pois se o obrigado não cumpre (se o devedor entra em mora ou torna impossível o cumprimento, se um indivíduo viola um direito de propriedade ou o direito à integridade física de outrem, etc.), o titular do direito pode. recorrendo à autoridade pública, ser reposto, ao menos por equivalente. na situação lesada ou obter outras san-

C⁷⁸) Em certas hipóteses, o dever contraposto aos direitos de personalidade pode, porém. ter um conteúdo positivo, implicando a prática de comportamentos positivos — p. ex.. o salvamento de quem se encontre em vias de se afogar.

(⁷⁹) Certos aspectos de regime jurídico levam alguns autores a falar, relativamente a alguns direitos de crédito. de uma «deificação» de direitos ohridacionais (cfr. Getbard DITLCKEIT, *Die oblizatorisciter Reclae*. Tübingen, 1951, e C.-W. CANA-ais. «Dic. Verdinghchung obligatorischer Rechte», in *Festschrift a'ar Vernet' Elude*. vol. 1. Colónia, 1978. págs. 371 e segs.j. Menciona-se aqui a tutela perante terceiros de direitos pessoais de gozo, como os do locatário ou do comodatário (cri-. ar:s. 1037ó, nó 2. e 1133.º, x. 2), bom colno o direito do promissario, p. ex. na promessa de venda, a exercer o seu direito em relax a terceiros, quando a promessa tiver eficácia real (cfr. art. 413.º).

ções (p. ex., para a violação dos direitos de família há em regra outro tipo de sanções, v. g. a possibilidade de pedir o divórcio, a inibição do poder paternal, etc.).

Há, porém, um círculo de hipóteses, largamente minoritário, em que o titular do direito não pode reagir contra o adversário se este não adoptar o comportamento que é prescrito. Entende-se, porém, que ainda se está perante deveres jurídicos, porque, se o adversário cumprir voluntariamente, a lei trata a situação como se o comportamento em questão lhe tivesse podido ser exigido. Fala-se nestes casos de *poder de pretender*. É o que sucede com as chamadas *obrigações naturais* (art. 402.º), das quais encontramos casos especificamente previstos na lei nos artigos 304.º n.º 2 (dívidas prescritas). e 1245.º (jogo e aposta). Se o devedor de uma dívida prescrita ou de uma dívida de jogo lícito cumprir espontaneamente (*esponte sua*)⁽¹⁸⁰⁾, o credor, que não podia exigir judicialmente o pagamento, pode conservar a prestação recebida, a título de pagamento e não de liberalidade⁽¹⁸¹⁾. O devedor *não tem a possibilidade de repetir o indevido* (art. 403.º). não tem a «*concheai indebiti*», tendo o credor a o *soluci retentio*».

V — *Os direitos potestativos são poderes jurídicos de, por um acto livre de vontade, só de per si ou integrado por uma decisão judicial, produzir efeitos jurídicos que inelutavelmente se impõem à contraparte.*

Corresponde-lhes a *sujeição*, a situação de necessidade em que se encontra o adversário de ver produzir-se forçosamente uma consequência na sua esfera jurídica por mero efeito do exercício do direito pelo seu titular. Em certas situações afecta-se, assim, a esfera jurídica de outrem sem consentimento deste, consentimento que normalmente seria exigido⁽¹⁸²⁾.

⁽¹⁸⁰⁾ A prescrição não pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal, devendo ser invocada pelo devedor (art. 303.º). Quer dizer: na hipótese do texto, trata-se de um devedor que, tendo invocado a prescrição com êxito, posteriormente quer pagar.

⁽¹⁸¹⁾ Por a retenção da prestação ter lugar a título de pagamento e não de liberalidade, o pagamento das obrigações naturais não está sujeito às causas de redução ou revogação das doações (arts. 969º e segs. e 2168º e sen.).

⁽¹⁸²⁾ Daí que haja quem (Eduard Böckler, in *Gestabunesrecht und Utuence/-f/wg im Privatrecht*. Berlim, 1964. págs. 145 e segs.) fale de urna rojara do principio mate-

Os direitos potestativos, consoante o efeito jurídico que tendem a produzir, podem ser *constitutivos, modificativos ou extintivos*.

- a) *Os direitos potestativos constitutivos* produzem a constituição de uma relação jurídica por acto unilateral do seu titular. São exemplos: a constituição de servidão de passagem em benefício de prédio encravado (art. 1550.º); a comunhão forçada a favor do proprietário ou do superficiário confinantes com muro alheio (art. 1370.º); o direito de preferência ou preempção (arts. 1380Y. 1409.º. 1535." e 1555.º do Cód. Civil e arts. 47.º e 97.º do Regime do Arrendamento Urbano); etc.
- b) *Os direitos potestativos modificativos* tendem a produzir uma simples modificação numa relação jurídica existente e que continuará a existir, embora modificada. São exemplos: a mudança da servidão para outro sítio (art. 1568.º); a separação judicial de pessoas e bens (art. 1794.º); etc.
- c) *Os direitos potestativos extintivos* tendem a produzir a extinção de uma relação jurídica existente. São exemplos: a resolução do arrendamento pelo senhorio (arts. 1047.º do Cód. Civil e 67.º do Regime do Arrendamento Urbano); a denúncia do arrendamento (arts. 1055.º do Cód. Civil e 69.º do Regime do Arrendamento Urbano); a revogação da procuração e do mandato (arts. 265.º, n.º 2, e 1170."); o direito de extinção da servidão por desnecessidade (art. 1569.º, n.º 2 e 3); o direito de obter o divórcio (art. 1773?); o direito de resolução com justa causa do contrato de trabalho (arts. 396.º e 441Y do Cód. do Trabalho).

43. Estrutura da relação jurídica (cont.); o dever jurídico e a sujeição

I — *O lado passivo da relação jurídica* traduz-se num *dever jurídico* ou numa *sujeição*. Numa acepção muitíssimo lata podemos englo-

dal do contrato ou da cooperação. Tal rotura — assinala-se — só se aerificará, porém, quando, como acontece na maioria dos casos, o direito potestativo resulte da lei e não já naqueles casos em que tenha origem contratual.

bar as duas situações na noção de *obrigação* ⁽¹⁸³⁾. Pode também falar-se de *vinculação*, como faz CASTRO MENDES (184).

II — No dever *jurídico* — contraposto aos direitos subjectivos propriamente ditos — o sujeito do dever, expondo-se embora a sanções, *tem a possibilidade prática de não cumprir*. O direito ordena ao titular do dever jurídico que observe um determinado comportamento e apoia esta ordem ou comando com as sanções jurídicas dirigidas ao obrigado que, dolosa ou negligentemente, se exime ao cumprimento do dever.

Por vezes os deveres jurídicos (de acção ou omissão) impendem sobre uma ou mais pessoas determinadas. É o caso dos direitos de crédito e fala-se então de *direitos relativos*. Outras vezes (direitos reais; direitos de personalidade) os deveres jurídicos de abstenção impõem-se a todas as pessoas (obrigação passiva universal) e fala-se então de *direitos absolutos ou relações jurídicas absolutas*.

III — No contrapólo dos direitos potestativos surgem-nos *as sujeições* correspondentes ⁽¹⁸⁾. Consiste esta noção — relembremo-la — na situação de necessidade inelutável, em que está constituído o adversário do titular de um direito potestativo, de suportar na sua esfera jurídica as consequências constitutivas, modificativas ou extintivas do exercício daquele direito. É, pois, a outra face da moeda, relativamente aos direitos potestativos.

Aqui, diversamente do dever jurídico, trata-se de uma necessidade *inelutável*. O sujeitoado não pode violar ou infringir a sua situa-

⁽¹⁸³⁾ Num *sentido técnico* rigoroso, obrigação é o dever jurídico contraposto aos *direitos de crédito*, isto é, a uma espécie de direitos subjectivos propriamente ditos. Num sentido mais amplo do que este sentido técnico — mas menos do que o sentido latíssimo usado no texto podemos abranger na noção de obrigação os próprios deveres gerais contrapostos aos direitos absolutos (obrigação passiva universal).

⁽¹⁸⁾ Cfr. *Teoria geral do direito civil*. Lisboa, 1978, vol. 1 (reimp. 1988), págs. 69 e 377.

⁽¹⁸³⁾ Karl LARENZ designou esta situação passiva por «estado de vinculação» e justifica com o intuito de afastar o pensamento de uma relação de dependência ou sujeição jurídica. Mas, quando existe um direito potestativo, não se impõe um comportamento à outra parte, antes se determina o que para esta deve valer — logo, estamos perante uma sujeição, uma situação que sugere a posição dos cidadãos face ao Estado.

ção — está necessariamente exposto à produção dos resultados do exercício do direito potestativo.

O direito potestativo dirigido à constituição de uma servidão em benefício de um prédio encravado (art. 1550.º) não pode deixar de produzir esse efeito constitutivo, mesmo sem ou contra a vontade do proprietário do prédio confinante. O que este pode é, uma vez constituída a servidão de passagem, impedir ou dificultar o seu exercício. Mas fazendo-o, não está a infringir o direito potestativo constitutivo; está antes a infringir um direito subjectivo propriamente dito (o direito real limitado de servidão), constituído em resultado do exercício do direito potestativo — *rectius*, está a infringir o dever jurídico contraposto ao direito de servidão e não a sujeição contraposta ao direito *potestativo de constituir a servidão*.

44. Estrutura da relação jurídica: relação jurídica simples ou singular e relação jurídica complexa

I — Ao referirmos como conteúdo ou estrutura da relação jurídica o direito subjectivo propriamente dito e o dever jurídico ou o direito potestativo e a sujeição, estamos a considerar a *relação jurídica simples ou singular*.

Tratando-se de um direito de crédito e da correspondente obrigação, fala-se de obrigação singular. Assim, o dever de prestar o preço a cargo do comprador de um objecto e o correlativo direito de o exigir.

II — A realidade jurídica apresenta-nos, porem, normalmente uma série de direitos subjectivos e deveres ou sujeições (uma série de relações jurídicas singulares) connexionadas ou unificadas por um qualquer aspecto, y g.. o promanarem do mesmo facto jurídico ou o visarem o mesmo escopo. Fala-se então de *relação jurídica complexa*.

Tratando-se de relações emergentes de contratos obrigacionais, esse quadro, estrutura ou sistema de vínculos emergentes do contrato, numa posição recíproca de instrumentalidade e interdependência, coordenados pela sua procedência do mesmo contrato e pela sua colocação ao serviço do fim contratual amplamente entendido, é uma *relação obrigacional em sentido amplo ou relação obrigacional complexa*

(*„Schuldverhältnit int weiteretn Sin*», para a doutrina germânica) — mais especificamente, pois se trata de um contrato, uma *relação contratual* ⁽¹⁶⁶⁾. Assim, a relação formada entre comprador e vendedor de uma máquina não é só constituída pelo dever de pagar o preço e pelo correlativo direito ao preço. O devedor do preço é simultaneamente credor da entrega da máquina e existem outros vínculos entre as partes do contrato, v. g., eventuais *direitos a uma indemnização* por força de um não cumprimento, *deveres acessórios* (p. ex., o do vendedor de guardar a máquina, embalá-la, promover o seu transporte), *deveres laterais* (p. ex., o de informar sobre as condições do funcionamento da máquina, o de cuidado na sua instalação de modo a não lesar a pessoa ou os bens da contraparte, etc.) ⁽¹⁶⁷⁾, *direitos potestativos* (p. ex., de resolução ou de modificação do contrato, verificados certos pressupostos, de escolha da máquina, se estivermos perante uma obrigação genérica ou alternativa, etc.), *sujeições* contrapostas a direitos potestativos, *ónus*, *expectativas*, etc. ⁽¹⁶⁸⁾. Este quadro ou sistema de vínculos que é a relação obrigacional complexa (espécie do género relação jurídica complexa) é por vezes imagetivamente caracterizado como um *organismo* ou um *Gesalt*, no sentido da *„Gestaltpsychologiet*, entre nós chamada «psicologia da forma», e, pondo-se em relevo a sua adequação a um fim e a sua adaptação à evolução das circunstâncias, como um *processo*.

(») Cfn. C. MÓV. PINTO, *Cessão da posição contratual*. cit., ppágs. 286-287 e

PavPPiEi) Como já dissemos atrás, os deveres laterais e os deveres acessórios indicados podem resultar da «cláusula geral» da *boa fé* consagrada na lei (arts 239º e 762.º), de cláusula *contractu&* expressa ou de específica norma *legal* (p ex os deveres laterais de informação e de outro tipo impostos ao locatário no art. 1038.º) Os deveres laterais (lealdade, cuidado com a pessoa ou o património da outra parte, fidelidade ao contrato, informação, aviso, etc) assentam numa *relação de confiança*, superando uma visão do contrato obrinacional rigidamente individualista. A sua violação origina deveres de indemnização. Por outro lado, esta tutela da confiança, segundo a boa fé, estende-se ao período pré-contratual e ao período pós-contratual Cfr a citada *Cessão da posição can:ramal*, bem como C. MOTA PINTO, *A responsabilidade pré-negociail pela não conclusão dos contratos*. Coimbra. 1963.

1) Entre os elementos da relação contratual ou relação obrigacional complexa incluem alguns autores as *encepções*

III — Ao enunciar os elementos integradores do sistema ou quadro que é a relação obrigacional complexa falámos de *ónus* e de *expectativa*, conceitos que ainda não tínhamos definido. Há que fazê-lo sumariamente, pois uma situação jurídica subjectiva pode apresentar-se nesses termos.

Por *ónus* entendemos a necessidade de adopção de um comportamento para realização de um interesse próprio. O onerado não deve; pode livremente praticar ou não um certo acto, mas se o não praticar não realizará certo interesse, y g., o titular de um direito pode ter o ónus de o invocar dentro de certo prazo, sob pena de o não poder exercer plenamente: certas pessoas, determinadas segundo critérios legais, têm o *ónus da prova* de certos factos, sob pena de o facto se ter por provado contra o seu interesse.

O onerado, se não acatar o ónus, não infringe nenhum dever, nem a sua conduta é ilícita, mas perde ou deixa de obter uma vantagem.

No ónus o onerado «*precisa dei*»; no dever jurídico o obrigado *deve*. A contraposição ónus-dever jurídico pode considerar-se na perspectiva da contraposição kantiana *imperativo hipotético-imperativo categórico*. O ordenamento jurídico não desaprova o não acatamento do ónus; ao invés, desaprova a violação de um dever. O onerado, se quer evitar um prejuízo, deve comportar-se de certa forma; de outro modo, suportará o prejuízo sem que se lhe reprove o ter-se comportado assim.

IV — Por *expectativa jurídica* entendemos a situação activa, juridicamente tutelada, correspondente a um estágio dum processo complexo de formação sucessiva de um direito. É uma situação em que se verifica a possibilidade, juridicamente tutelada, de aquisição futura de um direito, estando já parcialmente verificada a situação jurídica (o facto jurídico) complexa, constitutiva desse direito (189).

É o caso do comprador sob condição suspensiva: enquanto se não verificar a condição não adquire o direito à entrega da coisa, nem o

(¹⁹) Para alguns autores (p. ex., o autor italiano Renato SCONAMIGLIO) a noção de expectativa não teria qualquer autonomia, sendo integrada por um conjunto de direitos subjectivos — cfr. *Enciclopedia dei Diritto*, voce «Aspettativa di Diritto».

direito de propriedade sobre ela; tem, porém, uma expectativa jurídica não uma mera expectativa de facto —, pois a lei protege já, em determinados termos, a sua posição (cfr. art. 273.º). E o caso do herdeiro legitimário em vida do seu hereditando (cfr. art. 241º, n.º 2), do beneficiário da substituição fideicomissária (art. 2286.º), do achado de animal ou coisa móvel perdida (190).

45. Elementos da relação jurídica: sujeitos, objecto, facto jurídico e garantia

I — Sujeitos da relação jurídica são as pessoas entre quem se estabelece o enlace. o vínculo respectivo.

São os titulares do direito subjectivo e das posições passivas correspondentes: dever jurídico ou sujeição.

Dissemos que os sujeitos eram *pessoas* — e são-no, com efeito, pois a personalidade jurídica é precisamente a susceptibilidade de ser titular de direitos e de obrigações, a susceptibilidade de ser titular de relações jurídicas. Pode tratar-se de *pessoas singulares* ou de *pessoas colectivas*.

II — *Objecto* da relação jurídica é *aquilo sobre que incidem* os poderes do titular activo da relação. Não é, pois, o próprio direito subjectivo e o correspondente dever jurídico: estes formam o *conteúdo* da relação jurídica. Não se trata, igualmente, dos poderes que integram o direito subjectivo: estes são o *conteúdo* do referido direito (191),

(⁹⁰) Em relações obrigacionais de trato sucessivo (doação. trabalho) existe, antes do decurso do respectivo período de tempo, a expectativa jurídica de adquirir a renda. o aluguer ou o salário correspondente a esse período, determinado por contrato ou por lei. O direito surge apenas com o decurso do tempo e a contraprestação. Pode, porém, ceder-se ou dar-se de garantia o crédito futuro: isso significa uma transmissão da expectativa.

MANI EL DE ANDRADE, *Teoria geral...*, cit., págs. 20-21. J. CASTRO MENDES (cfr. *ob. ca.*, pág. 71) — e essa é a orientação geralmente seguida na Faculdade de Direito de Lisboa — distingue entre objecto imediato e objecto mediato. Objecto imediato é o conjunto direito-dever (trata-se daquilo que nós designámos por conteúdo ou estrutura da relação jurídica); objecto mediato é o bem que a relação jurídica garante ao

Objecto da relação jurídica é o objecto do direito subjectivo propriamente dito que constitui a face activa da sua estrutura. Podem ser objecto de relações jurídicas *outras pessoas, coisas corpóreas ou incorpóreas, modos de ser da própria pessoa e outros direitos*, como veremos no lugar próprio.

Quanto aos direitos potestativos, parece que, bem vistas as coisas, não têm objecto no sentido que aqui damos a este termo, mas têm apenas conteúdo.

III — *Facto jurídico* é todo o facto (acto humano ou evento natural) produtivo de efeitos jurídicos.

Pode tratar-se, fundamentalmente, de uma eficácia *constitutiva, modificando ou extintiva* de relações jurídicas. Elemento da relação jurídica é o facto jurídico constitutivo.

O facto jurídico tem um *papel condicionante* do surgimento da relação; é uma condição ou pressuposto da sua existência.

Algumas vezes, porém, para além deste relevo condicionante, o facto jurídico vai *modelar* o conteúdo da relação jurídica. É o que sucede, p. ex., no domínio em que vigora o princípio da liberdade contratual. É o contrato que, nesses casos, vai fixar o objecto dos direitos das partes e até o conteúdo dos mesmos.

Sem o facto jurídico a relação não pode passar do plano dos arquétipos ou modelos para o plano das realidades concretas.

IV — A *garantia* da relação jurídica é o conjunto de providências coercitivas, postas à disposição do titular activo de uma relação jurídica, em ordem a obter satisfação do seu direito, lesado por um obrigado que o infringiu ou ameaça infringir. Trata-se da possibilidade, própria das relações jurídicas, de o seu titular activo pôr em movimento o aparelho sancionatório estadual para reintegrar a situação correspondente ao seu direito, em caso de infracção, ou para impedir uma violação receada.

sujeito activo (é o que nós chamámos objecto *tout court*) Aliás, nós faremos também uma distinção noutros termos entre objecto mediato e imediato, mas praticamente restrita às obrigações de prestação de coisas

A garantia da relação jurídico-privada só entra, normalmente, em movimento sob o impulso do titular do direito subjectivo violado ou ameaçado, sendo a sua forma mais frequente a indemnização dos danos, patrimoniais ou não patrimoniais. causados ao titular do direito.

Após o estudo dos restantes elementos da relação jurídica, trataremos da garantia da relação jurídica — na medida em que o seu estudo tenha lugar nesta disciplina (pois o estudo da garantia é sobretudo matéria de direito processual civil).

TEORIA GERAL DOS SUJEITOS DA RELAÇÃO JURÍDICA

CAPÍTULO 1

GENERALIDADES

46. O sujeito de direito. Personalidade e capacidade jurídica

I — Sujeitos de direito são os entes susceptíveis de serem titulares de direitos e obrigações, de serem titulares de relações jurídicas. São sujeitos de direito as *pessoas*, singulares e colectivas.

A *personalidade jurídica* traduz-se precisamente na aptidão para ser titular autónomo de relações jurídicas. Esta aptidão é nas pessoas singulares — nos seres humanos — uma exigência do direito ao respeito e da dignidade que se deve reconhecer a todos os indivíduos. Nas pessoas colectivas trata-se de um processo técnico de organização das relações jurídicas conexas com um dado empreendimento colectivo.

Todo o sujeito de direito é necessariamente titular *de facto* de relações jurídicas. Para além de um círculo mínimo de direitos patrimoniais, que pode ser extremamente reduzido, mas que só teoricamente pode faltar de todo em todo, o sujeito de direito é necessariamente titular, pelo facto de ser pessoa, de um círculo de direitos de personalidade (92).

II — A *personalidade jurídica* consiste, portanto, na aptidão para ser sujeito de relações jurídicas. Na fórmula de MANEEL, DE AEDRADE. é a

^{CE} A afirmação é. *sobretudo* exacta para as pessoas singulares, mas *wmbc*^
nEo é inadequada para as pessoas colectivas.

_{Ei}, a.E

«idoneidade ou aptidão para receber — para ser centro da imputação deles — efeitos jurídicos (constituição, modificação ou extinção de relações jurídicas)» (93).

À personalidade jurídica C inerente a *capacidade jurídica* ou *capacidade de gozo de direitos*. A pessoa reconhece o direito objectivo capacidade jurídica, de modo que podemos, em termos tecnicamente rigorosos, considerar a pessoa um *elite capaz de direitos e obrigações*. O artigo 67.^o, traduzindo esta inerência da capacidade jurídica à personalidade — sendo aquela o conteúdo necessário desta —, estatui que «as pessoas podem ser sujeitos de quaisquer relações jurídicas, salvo disposição legal em contrário: nisto consiste a sua capacidade jurídica».

Fala-se, pois, de personalidade para exprimi- a qualidade ou condição jurídica do ente em causa — ente que pode ter ou não ter personalidade (*tentam non dativo*). Fala-se de capacidade jurídica para exprimir a aptidão para ser titular de um círculo, com mais ou menos restrições, de relações jurídicas — pode por isso ter-se uma medida maior ou menor de capacidade, segundo certas condições ou situações ⁽¹⁹⁾, sendo-se sempre pessoa, seja qual for a medida da capacidade.

47. Capacidade jurídica e capacidade para o exercício de direitos

I — Distinta da noção de *capacidade jurídica* é a de *capacidade de exercício de direitos*. Esta fórmula — capacidade de exercício de direitos ou capacidade para o exercício de direitos — é utilizada na nossa lei e tem uma consolidada tradição na doutrina e na linguagem jurídicas.

A expressão não é, todavia, muito feliz, pois sugere tratar-se unicamente da susceptibilidade de exercer direitos, deixando de fora o cumprimento de obrigações e a aquisição de direitos ou a assunção de

(⁹²) Fórmula que segue de perto o enunciado de FERRARA, para quem a personalidade «é a abstracta possibilidade de receber os efeitos da ordem jurídica», sendo «o fundamento e a pré-condição de todo o direito e um *nus*».

(⁹²) As pessoas colectivas tem uma capacidade jurídica mais limitada do que as pessoas singulares os menores, embora o que fundamentalmente lhes falta seja a capacidade de exercício de direitos e não a capacidade jurídica não têm capacidade de gozo de direitos em certos casos e relativamente a certos actos, etc.

obrigações. Melhor sealaria de *capacidade de agir*, como aliás se exprimem os juristas de língua germânica (*ellandlungsfönigkeim*).

A *capacidade de exercício ou capacidade de agir* é a idoneidade para actuar juridicamente ⁽¹⁹⁵⁾. exercendo direitos ou cumprindo deveres. adquirindo direitos ou assumindo obrigações, por *acto próprio e eretativo* ou mediante um *representante voluntário ou procurado*, isto é, um representante escolhido pelo próprio representado. A pessoa dotada da capacidade de exercício de direitos actua *pessoalmente*, isto é, não carece de ser substituída. na prática dos actos que põem em movimento a sua esfera jurídica, por um *representante legal* (designado na lei ou em conformidade com ela). e actua *autonomamente*, isto é, não carece do consentimento. anterior ou posterior ao acto, de outra pessoa (*assistente*).

Faltando esta aptidão para actuar pessoal e autonomamente — para exercitar uma actividade jurídica própria —, depara-se-nos urna *incapacidade de exercício de direitos* — genérica ou específica, consoante se refira aos actos jurídicos em geral ou a alguns em especial. A incapacidade de exercício de direitos pode ser suprida, como resulta do exposto, pela *representação legal* ou pela *assistência*.

II — A capacidade de exercício de direitos é reconhecida aos indivíduos que atingem a *maioridade* (art. 1302).

Nem só os menores são, porém, incapazes para o exercício de direitos (art. 123.5. Há outras incapacidades de exercício consagradas na lei: v. g., a incapacidade dos interditos (art. 139.) e a incapacidade dos inabilitados (arts. 152.º e segs.). Quanto às pessoas colectivas, a afirmação da existência, em geral, da sua capacidade de exercício repousa na concepção da relação entre a pessoa colectiva e as pessoas que, segundo os estatutos, agem em seu nome como urna relação de organicidade.

Bem se compreende que a capacidade de exercício de direitos — ao invés da capacidade de gozo — possa faltar de todo em todo a uma pessoa jurídica singular ⁽¹⁹⁶⁾. É que a aptidão para agir supõe uma

⁽¹⁹⁸⁾ É. a aptidão para pôr em movimento a esfera jurídica própria. para, por actividade própria. produzir consequências jurídicas no conjunto de direitos e obrigações de que se é titular.

⁽¹⁹⁵⁾ Pense-se, desde logo, zum recém-nascido.

capacidade natural de querer e entender Devem estar desprovidas de capacidade de exercício as pessoas que, por falta de experiência mediana, por anomalia mental ou defeito de carácter, não possam determinar com normal esclarecimento ou liberdade interior os seus interesses. Daí que a lei tenha fixado taxativamente certas situações em que, pelos fundamentos apontados, se verificam *incapacidades de exercício*.

48. O problema dos direitos sem sujeito

I — Certas situações parecem só poder ser juridicamente enquadradas numa categoria de *direitos sem sujeito*.

Toda a relação jurídica, traduzida do lado activo num *poder* e do lado passivo numa *vinculação* (dever jurídico ou sujeição), tem de estar conexcionada com um sujeito. O poder pressupõe um titular, um portador: a vinculação ou obrigação um onerado, um suporte.

Há, todavia, situações, como a atribuição de bens, por doação ou por sucessão *moriis causa*, a um *nascituro* ou até a um *concepturo* (cfr. arts. 952.º e 2031.º), em que parece existir um direito sem titular activo entre o momento da doação ou da morte e o nascimento do beneficiário, pois neste momento é que surge uma pessoa jurídica.

O mesmo sucede com o *abandono de um título ao portador*!, y g.. unia acção ao portador, um bilhete para um espectáculo, uma senha de refeição numa cantina, etc. (¹⁹⁷); com a situação dos direitos que integram a *herança* entre a morte do *de cuius* e a aceitação pelos sucessores (cfr. art. 2050.º). ou seja, durante o período da *herança jacente*; com a situação dos *bens afectados a uma fundação*, que se quer constituir entre o momento da eficácia do acto de instituição e o momento do reconhecimento, etc.

Pode igualmente verificar-se a aparência da falta do sujeito passivo (¹⁹¹⁹). Pense-se na hipótese das obrigações do *de cuius* incluídas na herança jacente.

(¹⁹⁷) Não se refere a hipótese de perda do título ao portador, mas a de *abandono* isto é, de intencionalmente se alijar o título da esfera jurídica própria deixando-o fora.

(⁷⁹) CASTRO MENDES. *Teoria geral* cit., \mi. I. págs. 79 e segs.

E — Alguns autores (p. ex., B. WINDSCHEID) afirmam a existência. nestes casos, de direitos sem sujeito.

Outros autores (LEHMANN, MANUEL DE ANDRADE) negam a possibilidade lógica dos direitos sem sujeito; tratar-se-ia de um absurdo lógico, dado que o poder, em que o direito subjectivo se traduz, tem de pertencer a alguém, similarmente se devendo discon-er para a obrigação (todo o poder implica necessariamente um titular; todo o dever pressupõe um suporte). As situações correspondentes aos exemplos dados seriam *estados de vinculação* de certos bens, em vista do surgimento futuro de uma pessoa com um direito sobre eles. O objecto possível de um direito não estaria integrado, nessas hipóteses, em nenhuma relação jurídica, mas também não estaria livre; estava a ser objecto de uma tutela jurídica adequada que o reservava para um provável direito futuro.

Finalmente, há quem entenda não haver inconveniente ou obstáculo lógico na admissibilidade dos direitos sem sujeito. Não são casos de permanente inexistência do sujeito; são situações provisórias. durante as quais a relação se mantém numa forma imperfeita ou há uma indeterminação transitória do titular.

III — Este problema é uma questão conceitual. Trata-se de enquadrar dogmaticamente (conceitualmente) situações e soluções colhidas na lei.

Os problemas de conceituação ou construção jurídica são problemas cuja solução e cujos resultados permitem uma exposição sucinta e resumida do conteúdo das normas jurídicas, mas não servem como fundamento de soluções práticas. Os conceitos jurídicos têm um mero valor de formulação e não um valor prático; não estão antes das soluções jurídicas como seu fundamento, mas inferem-se das soluções como resultados *a posteriori*.

Em confronto com os problemas da interpretação, da integração e da aplicação da lei, trata-se de uma missão do jurista menos importante — isto à luz da ideia de que o Direito e o seu estudo cobram a sua fundamental justificação na perspectiva da sua aplicação prática e não como objecto de elaboração mental «a se». Trata-se, apesar disso, de uma missão indeclinável.

Nestes termos, há que procurar um enquadramento dogmático para as situações focadas. Serão verdadeiramente direitos sem sujeito?

Responder afirmativamente, ressaltando-se o carácter transitório da situação, é solução bastante. Mas, pois que estamos no puro campo da harmonia lógica, há que reconhecer que efectivamente as noções de poder e de dever (mesmo poder e dever jurídicos), na sua compreensão lógica e nas suas conotações fenomenológicas, implicam a ideia de um sujeito. Se há relação jurídica tem de haver sujeito do poder e sujeito da obrigação. Logo, não se descortinando um sujeito nas hipóteses referidas, parece preferível, à da relação jurídica imperfeita ou com obnubilação do sujeito, a *tese dos estados de vinculação dos bens*. Estados de vinculação — é óbvio — juridicamente tutelados.

49. Modalidade do sujeito das relações jurídicas: pessoas singulares e pessoas colectivas

— Ao lado dos seres humanos, individualmente considerados, cuja personalidade jurídica é reconhecida por exigência fundamental da dignidade humana, atribui o nosso direito civil personalidade jurídica às chamadas *personas colectivas*.

Sujeitos das relações jurídicas não são apenas, portanto, as *personas singulares*, mas também as *personas colectivas*. A personalidade jurídica, como meio técnico de organização de interesses, pode ser atribuída pelo Direito a entes que não sejam indivíduos humanos. Nenhum obstáculo lógico ou ético impede que uma solução, eticamente fundada quanto aos indivíduos humanos, seja aplicada a outros substratos ligados a interesses dos homens, quando tecnicamente isso for aconselhável. No moderno direito a personalidade jurídica, para além dos indivíduos humanos, não é atribuída a quaisquer outros entes que não sejam as *personas colectivas* (de substrato pessoal ou de substrato patrimonial).

II — O subtítulo I, «Das Pessoas», do Código Civil, abrange um capítulo I sobre as «Pessoas Singulares» e um capítulo II sobre as «Pessoas Colectivas» (199).

⁹¹ E ainda um capítulo III sobre as «Pessoas Jurídicas» e um capítulo IV sobre as «Pessoas Jurídicas de Interesse Público». Os especiais*.

A expressão pessoa colectiva reveste na terminologia do Código um sentido amplo, abrangendo todas as organizações de bens e agrupamentos de homens personificados pelo Direito. e um sentido restrito, abrangendo todas essas organizações e agrupamentos com excepção das sociedades.

CAPITULO II

PESSOAS SINGULARES

50. Personalidade jurídica. Noção, começo e termo da personalidade. A condição jurídica dos nascituros

I — *Noção*. Já definimos atrás a personalidade jurídica como a aptidão para ser titular autónomo de relações jurídicas. Nas pessoas singulares esta qualidade é uma exigência do direito à dignidade e ao respeito que se tem de reconhecer a todos os seres humanos e não uma mera técnica organizatória. A dimensão ética do irrecusável reconhecimento da personalidade jurídica de todos os indivíduos resulta de nascerem livres e iguais em dignidade e em direitos (200).

11 — *Começo da personalidade jurídica*. Nos termos do artigo 66E, n.º 1, do Código Civil. «a personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida».

Entendendo-se por nascimento a separação do filho do corpo materno, a personalidade jurídica adquire-se no momento em que essa separação se dá com vida e de modo completo, sem qualquer outro requisito.

Designadamente, a nossa lei não exige nascimento com figura humana ⁽²⁰¹⁾, nem qualquer prazo de *viabilidade*, isto é, um prazo den-

²²³⁾ Artigo 6.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem: «Todos os indivíduos têm direito ao reconhecimento em todos os lugares da sua personandade jurídica».

1.º) Requisito exigido no Código Civil de Seabra (de 1867). P. ex., o artigo 1776.º único, dispunha: «Reputa-se existente o embrião que nasce *com vida e figura humana* dentro de trezentos dias, contados desde a morte do testador». Também

tio do qual a criança demonstre viabilidade de sobrevivência fora do ventre materno ⁽²⁰²⁾. Basta, por isso, que a criança nasça completamente e com vida, ainda que não seja viável a sua sobrevivência ⁽²⁰³⁾ ⁽²⁰¹⁾. Semelhante à solução portuguesa são as dos Códigos Civis alemão (§ 1.º), italiano (art. 1.º), brasileiro (art. 2.º), etc.

TH — A *condição jurídica dos nascituros* ⁽²⁰²⁾. Ligado à questão do começo da personalidade jurídica, surge-nos o problema da condição jurídica dos nascituros, quer dos nascituros já concebidos (nascituros *laui Coma*), quer dos nascituros não concebidos (201).

A lei permite que se façam doações aos nascituros concebidos ou não concebidos (art. 952.º do Cód. Civil) e se defiram sucessões — sem qualquer restrição, quanto aos concebidos (art. 2033 ², n.º 1, do Cód. Civil), e apenas testamentária e contratualmente, quanto aos não concebidos (art. 2033.º, n.º 2. do Cód. Civil) (202).

o artigo 110º preceituava: «Só é tido por filho, para os efeitos daquele de quem se prove que nasceu *COM vida e com figura* (DODLO:02

²⁰³ Sistema serruido rralo Código Civil espartho. cnjo afteo 30" dispõe: «Para s cieiros civis só se reputar nascido o feto que rivor *ifigura IMMOIM e viver ante e gaia ao horas Citai-amace desprendido do acare materno*».

⁶³⁶ Este ponto tem imporrncra em matéria sucessória. Assim, por exemplo. se a mãe morre durante o parto e o filho nasceu vivo e sobreviveu alrium.empo, mesmo curto, à mãe. foi herdeiro desta e, tecido monido logo de seguida. o seu herdeiro é o pai. que recebe assim todos os bens que pe: X ncerr2n à sua mulher rmãe da criança falecida). Se. pelo contrário a criança nasceu morta, ou morreu ames da mãe, herdarão o marido desta e seus pais. por hipótese ainda vivos.

⁽¹¹⁾ O nascimentoocortido em território português deve ser declarado verbalmente, dentro dos vinte dias imediatos, em qualquer conservatória do registo civil (art. 96.º do Cód. do Registo Civil). A omissão da declaração dentro do prazo legal cons-tit: contra-ordenação punida com coima ,art. 295.º do Cód. do Registo Civil).

⁽²¹⁸⁾ Cfr. também R. CAPELO DE SOUSA, *froria geraí do direito civil*. cit , págs. 265 e segs.

⁽²⁰⁶⁾ Nos termos do artigo 1798º do Código Civil. do momento da concepção do filho é fixado. para os efeitos legais. dentro dos phmeiros cento e vinte dias dos trezentos que precederam o seu nascimento. savas as excepções dos artigos seguimos

¹¹; Orlam() administração dos bens dos nascituros, cfr. artigos951", n.º 2, e 2240.º do Código Civil, respectivamente para a doação e para a herança ou legado Desapareceu no Código a figura do *curador ao ventre* prevista no Código de Sea"nra (arr. 157.>)

A lei admite ainda o reconhecimento dos filhos *concebidos* fora do matrimônio (art. 1847.º, 18548 e 1855.º do Cód. Civil).

Estabelece, no entanto, o artigo 66.8 n.º 2, que os direitos reconhecidos por lei aos nascituros dependem do seu nascimento. Quer dizer: apesar de não terem ainda personalidade jurídica e, portanto, não serem sujeitos de direito (art. 66.º, n.º 1), reconhece a nossa lei aos nascituros «direitos», embora dependentes do seu nascimento completo e com vida (art. 66.º, n.º 2). isto é, dispensa tutela jurídica à situação (208).

Até ao nascimento estamos em face da problemática dos *direitos sem sujeito* (2º0).

Seja qual for a posição que se adopte quanto à respectiva construção jurídica — direitos sem sujeito, estados de vinculação ou retroacção da personalidade (adquirida no momento do nascimento) ao momento da atribuição do direito —, é de admitir a tutela jurídica do nascituro concebido, no que toca às lesões nele provocadas. Assim, a título de exemplo, um filho poderá pedir indemnização pelas deformações físicas ou psíquicas que sofreu ainda no ventre da mãe, causadas por um medicamento ou qualquer acidente.

O surgimento deste direito *de* indemnização não impõe forçosamente a atribuição de personalidade jurídica aos nascituros, estejam ou não concebidos. O direito surge só no momento do nascimento, momento em que o dano verdadeiramente se consuma, apesar de a acção, que o começa a desencadear, ser anterior. Se o feto, «agredido» no ventre materno, não chega a nascer com vida, ele não terá direito a qualquer indemnização.

A proibição do aborto (210) pode explicar-se, igualmente, sem necessidade de se recorrer à construção da personalidade jurídica do nascituro, através da ideia, correspondente às concepções éticas recebidas pelo ordenamento jurídico, da necessidade de tutela do bem jurídico «vida em formação».

(20) Nem toda a tutela de iure esses ou malidades pessoais, porém, necessariamente urna personificação

(239); Cfr. *supra*. nº 48.

(213) artigos 140.º e ser. do Código Penal

IV — *Termo da personalidade jurídica*a) *A morte*

Nos termos do n.º 1 do artigo 68.º do Código Civil, a personalidade cessa com a morte ⁽²¹¹⁾. Esta corresponde, segundo a Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto, à cessação irreversível das funções do tronco cerebral ⁽²¹²⁾, sendo a verificação deste momento relevante, designadamente, para efeito da colheita de órgãos e tecidos para transplante (213),

⁽²¹¹⁾ D A morte só pode ser natural ou presumida (arts. 114.º e segt), já que no nosso direito não são admitidos casos de morte civil. nem *-capina dein ifUlt10*

⁽²¹²⁾ As modernas *técnicas de reanimação* levaram a pôr em causa o critério tradicional do momento da morte (paragem cardíaca, circulatória e respiratória), dando-se hoje relevo à morte cerebral. A Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto, veio estabelecer os princípios em que se baseia a verificação da morte, dispondo que a morte corresponde à cessação irreversível das funções do tronco cerebral sendo a verificação da morte da competência dos médicos, e devendo a Ordem dos Médicos definir, manter actualizados e divulgar os critérios médicos, técnicos e científicos de verificação da morte (arts. 1.º e 2.º) A verificação da morte compete ao médico a quem no momento, está cometida a responsabilidade pelo doente, ou que em primeiro lugar compareça. Nos casos de sustentação artificial das funções cardíaco-circulatória e respiratória verificação da morte deva ser efectuado por dois médicos, de acordo com regulamento elaborado pela Ordem dos Médicos (aro

⁽²¹³⁾ D A *raia* da fixação de um critério de verificação precoce do óbito, a que nos referimos na nota anterior, é a satisfação das necessidades da moderna ciência e técnica, designadamente em matéria de transplantações de órgãos e tecidos, por essas operações de transplantação exigirem a colheita antes da paragem circulatória e respiratória.

Na Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, que regulou a *colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana*, previu-se que a Ordem dos Médicos, após audição do Conselho Nacional da Ética para as Ciências da Vida, deve enunciar e manter actualizado, de acordo com os progressos científicos que venham a registar-se, o conjunto de critérios e regras de semiologia médico-legal idóneos para a verificação da morte cerebral devendo esses critérios ser publicados. Na verificação da morte não deve intervir médico que integre a equipa de transplante, e a colheita de órgãos ou tecidos deve ser realizada por uma equipa médica autorizada pelo director clínico do estabelecimento onde se realizar (arts. 12.º e 13.º) O artigo 10.º dessa Lei n.º 12/93 veio considerar como potenciais dadores *post manam* «todos os cidadãos nacionais e os apátridas e estrangeiros residentes em Portugal que não tenham manifestado junto do Ministério da Saúde a sua qualidade de não dadores». tendo para este efeito sido criado um Registo Nacional de Não Dadores (art. II.º) que é regulado pelo Decreto-Lei n.º 244/94, de 26 de Setembro Este *-modelo do dissentimento*» *Glaaderspruclaymodel,a* tem sido objecto de dis-

No momento da morte, a pessoa perde, assim, os direitos e deveres da sua esfera jurídica, extinguindo-se os de natureza pessoal (v. g., os direitos e deveres conjugais) e transmitindo-se para os sucessores *mortis causa* os de natureza patrimonial.

Discordamos da posição de PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA (214), que vêem no artigo 71.º, n.º 1 (aos direitos de personalidade gozam igualmente de protecção depois da morte do respectivo titular») um desvio à cessação da personalidade com a morte. A nossa discordância assenta no entendimento de que a tutela do artigo 71.º, n.º 1, é uma protecção de interesses e direitos de pessoas vivas (as indicadas no n.º 2 do mesmo artigo), que seriam afectadas por actos ofensivos da memória (da integridade moral) do falecido (215).

Problema discutido é a questão de saber se a lesão do direito à vida é susceptível de reparação. Entre nós essa reparação é admitida (216) com base no artigo 70.º — que protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita à sua personalidade física ou moral, constituindo a ofensa à vida a máxima ofensa possível da personalidade — e no artigo 496.º (que consagra a tese da ressarcibilidade dos danos morais), onde o n.º 3 textualmente prescreve a possibilidade de atender aos *danos patrimoniais sofridos pela vítima*.

Ao admitir a reparação do dano da vida não se está a violar o artigo 68.º, n.º 1, pois o que está em causa não é a transmissão *do direito à vida* — intransmissível por natureza — mas sim a transmis-

CUSSÃO na doutrina europeia e entre nós — Nuno PINTO DE OLIVEIRA. *O direito geral de personalidade e a ((solução do dissentimento)). Ensaio sobre um caso de «condicionalização» do Direito Civil*, Coimbra, 2002.

(214) Cfr. F. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, com a colab. de H. MESQUITA. *Código Civil Anotado*, vol. I, 2ª ed (1987), pág. 104.

(215) No mesmo sentido, também A. MENEZES CORDEIRO. *Tratado de direito civil*. I, tomo III, cit pág. 4466. Entendendo que no art 71 se verifica uma hipótese de «aquisição derivada translativa *mortis causa* de direitos pessoais, sujeita a regras próprias», e que teria o «mérito de manter a autonomia dos direitos de personalidade do defunto face aos bem diferentes direitos de personalidade das pessoas referidas no n.º 2 do art. 71º», cfr Rabmdianath CAPELO DE SOUSA. *O direito geral de personalidade*, Coimbra, 1995, págs. 366-7.

(216) Cfr. o Acórdão do STJ de 17 de Março de 1971, in BM.I. n.º 205, O2 150 (anotado por VAZ SERRA na *RH*, ano 105, págs. 53 e segs.), e o Acórdão do STJ de 15 de Dezembro de 1976, in n.º 262. pág. 150

são do *direito a uma compensação* (atribuível pela ilícita supressão da vida), que nada impede se integre no património da vítima.

Qualquer falecimento, pondo termo à personalidade e desencadeando efeitos jurídicos significativos, deve ser declarado e registado na repartição do registo civil da área onde ocorreu ou se encontrar o cadáver (arts. 192º e segs. do Cód. do Registo Civil). Podem ser obtidas certidões do registo do óbito, como acontece com os outros factos sujeitos a registo.

b) Presunção de comoriência

Nos termos do ti.º 2 do artiº 68.º do Código Civil, quando certo efeito jurídico depender da sobrevivência de uma a outra pessoa, *presume-se, em caso de da vida, que uma e outra faleceram ao mesmo tempo*». Consagra-se, neste número, uma presunção de comoriência (isto é, de mortes simultâneas), susceptível de prova em contrário — presunção relativa ou *iuris tomou*.

Esta presunção tem enorme importância prática, especialmente no que respeita a efeitos sucessórios: não se verificarão fenómenos de transmissão entre os comorientes.

Figuremos o seguinte exemplo: min casal tem dois filhos, A e B. Suponhamos que num acidente de viação morre o casal juntamente com o filho A. Se considerarmos as mortes simultâneas, na totalidade da herança dos pais sucede apenas o filho sobrevivente B. Já se consideramos simultâneas apenas as mortes dos pais, provando-se que o filho A morreu algumas horas mais tarde, a herança é dividida pelos dois filhos (A e B), passando a quota de A para o seu avô ainda vivo.

Há outras legislações que, em vez de presunção de comoriência, consagram antes *presunções de premoriência*. No direito inglês, por exemplo, presume-se sempre a premoriência do mais velho.

c) O desaparecimento da pessoa (previsto no artiº 68.º, n.º 3)

Dispõe o artigo 68.º, n.º

«Tem-se por falecida a pessoa cujo cadáver não foi encontrado ou reconhecido, quando o desaparecimento se tiver dado em circunstâncias que não permitam duvidar da morte dela.»

No momento da morte, a pessoa perde, assim, os direitos e deveres da sua esfera jurídica, extinguindo-se os de natureza pessoal (v. g., os direitos e deveres conjugais) e transmitindo-se para os sucessores *monis causa* os de natureza patrimonial.

Discordamos da posição de PIRES DE UNIA e ANTUNES VARELA (214), que vêem no artigo 71.^o, n.º 1 («os direitos de personalidade gozam igualmente de protecção depois da morte do respectivo titular») um desvio à cessação da personalidade com a morte. A nossa discordância assenta no entendimento de que a tutela do artigo 71.^o, 1, é uma protecção de interesses e direitos de pessoas vivas (as indicadas no n.º 2 do mesmo artigo), que seriam afectadas por actos ofensivos da memória (da integridade moral) do falecido (215).

Problema discutido é a questão de saber se a lesão do direito à vida é susceptível de reparação. Entre nós essa reparação é admitida (216) com base no artigo 70.º — que protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita à sua personalidade física ou moral, constituindo a ofensa à vida a máxima ofensa possível da personalidade — e no artigo 496.º (que consagra a tese da ressarcibilidade dos danos morais), onde o n.º 3 textualmente prescreve a possibilidade de atender aos *danos não patrimoniais sofridos pela vítima*.

Ao admitir a reparação do dano da vida não se está a violar o artigo 68.º, n.º 1, pois o que está em causa não é a transmissão *do direito à vida* — intransmissível por natureza —, mas sim a transmis-

cussão na doutrina europeia e entre nós — cfr. Nuno PINTO DE OLIVEIRA, *O da-eito geral de personalidade e a «solução do dissentimento»*. Ensaio sobre um *caso de* „C0715litUCiOnalia7ÇãO» do Direito Civil, Coimbra, 2002.

^[2,4] Cfr. F. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, com a colab. de H. MESQUITA, *Código Civil Anotado*, vol. I, ed. (1987), pág. 104.

(215) No mesmo sentido, também A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, I, tomo 111, cit., pág. 466. Entendendo que no art. 71.º se verifica uma hipótese de «aquisição derivada transiativa *mortis causa* de direitos pessoais, sujeita a regras próprias», e que teria o «mérito de manter a autonomia dos direitos de personalidade do defunto face aos bem diferentes direitos de personalidade das pessoas referidas no n.º 2 do art. 71.º», cfr. Rabindranath CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*. Coimbra, 1995, págs. 366-7.

(216) Cfr. o Acórdão do ST1 de 17 de Março de 1971. in *BMJ*, nf 205, pág. 150 (anotado por VAZ SERRA na *RLJ*, ano 105, págs. 53 e segs.). e o Acórdão do ST1 de 15 de Dezembro de 1976, in *BMJ*, n.º 262, pág. 150.

são do *direito a uma compensação* (atribuível pela ilícita supressão da vida), que nada impede se integre no património da vítima.

Qualquer falecimento, pondo termo à personalidade e desencadeando efeitos jurídicos significativos, deve ser declarado e registado na repartição do registo civil da área onde ocorreu ou se encontrar o cadáver (arts. 192.º e segs. do Cód. do Registo Civil). Podem ser obtidas certidões do registo do óbito, como acontece com os outros factos sujeitos a registo.

b) Presunção de comoriência

Nos termos do n.º 2 do artigo 68.º do Código Civil, quando certo efeito jurídico depender da sobrevivência de uma a outra pessoa, *presume-se, em caso de dúvida, que uma e outra faleceram ao mesmo tempos*. Consagra-se, neste número, uma presunção de comoriência (isto é, de mortes simultâneas), susceptível de prova em contrário — presunção relativa ou *ia ris tantum* (111).

Esta presunção tem enorme importância prática, especialmente no que respeita a efeitos sucessórios: não se verificarão fenómenos de transmissão entre os comorientes.

Figuremos o seguinte exemplo: um casal tem dois filhos, A e B. Suponhamos que num acidente de viação morre o casal juntamente com o filho A. Se considerarmos as mortes simultâneas, na totalidade da herança dos pais sucede apenas o filho sobrevivente B. Já se considerarmos simultâneas apenas as mortes dos pais, provando-se que o filho A morreu algumas horas mais tarde, a herança é dividida pelos dois filhos (A e B), passando a quota de A para o seu avô ainda vivo.

Há outras legislações que, em vez de presunção de comoriência, consagram antes *presunções de premoriência*. No direito inglês, por exemplo, presume-se sempre a premoriência do mais velho.

e) O desaparecimento da pessoa (previsto no art. 68.º, a.º 3)

Dispõe o artigo 68.º, n.º 3:

«Tem-se por falecida a pessoa cujo cadáver não foi encontrado ou reconhecido, quando o desaparecimento se tiver dado em circunstâncias que não permitam duvidar da morte dela.»

O desaparecimento de uma pessoa nestas circunstâncias ⁽²¹⁷⁾, por não se encontrar ou não ser possível identificar o cadáver (p. ex., afundamento de um navio), implica a abertura do chamado *processo de justificação ao judicial* do óbito, que deve ser promovido pelo Ministério Público, por intermédio da conservatória competente, nos termos dos artigos 207.º e 208.º do Código do Registo Civil.

Julgada a justificação, o conservador lavrará o respectivo *assento de óbito*, com base nos elementos fornecidos pela sentença e servindo-se de todas as informações complementares recolhidas (art. 207.º, n.º 3, do Cód. do Registo Civil).

Se mais tarde se vier a verificar ter havido engano ou incorrecção *tu g.*, a pessoa dada como morta reapareceu ou vem a provar-se que morreu noutra ocasião), requerer-se-á a invalidação ou rectificação do assento de óbito, nos termos dos artigos 233.º e segs. do Código do Registo Civil.

Neste caso parece deverem aplicar-se as regras da morte presumida (arts. 114.º e segs. do Cód. Civil).

51. Direitos de personalidade (1s)

I — Designa-se por esta fórmula um certo número de poderes jurídicos pertencentes a todas as pessoas, por força do seu nascimento (210)

¹⁷⁾ Cfr., no Código do Registo Civil (arts 203.º 1. a regulamentação dos óbitos ocorridos em viagem ou acidente por mar, ar ou terra, sem o aparecimento do cadáver ou aparecimento apenas de despoços insuscetíveis de serem individualizados).

⁽²¹⁸⁾ Cfr. Heinrich HLEMMANN, *Das Persönlichkeitsrecht*, Köln/Graz, 1967. Adriano DE CUPIS, *Os direitos da personalidade* (trad. port. de VERA JARDIM COUTO, I. CA91R0), Lisboa 1961. RICHARD LONDON, *Les droits de la personnalité*, Dalloz, 1974, Jürgen HELLE, *Beziehungen Persönlichkeit und Privatrecht*, Tübingen, 1991. Entre nós, ver, especialmente: ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria geral do direito civil. Sumários desenvolvidos para uso dos alunos do 2.º ano (1.ª edição; do curso Inédito de 1980/81)*, Coimbra, 1981, págs. 179 e segs.; DOUTOR LEITE DE CARVALHO, «Direitos de personalidade», in *BFD*, LXVII, 1991, pp. 129-223; António NUNES CORDEIRO, «Os direitos de personalidade na civilística portuguesa», in R04, ano 61, n.º 6 (Dez. 2001), pp. 1229-1256, e *Tratado de Direito Civil — Parte Geral*, tomo III (Pessoas), Coimbra, 2004, págs. 36 e segs.; Rabindranath, CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, cit. Paulo Moira PIVPO, «Notas sobre os direitos de personalidade no direito

— verdadeiros Direitos do Homem no sentido das Declarações universais sobre a matéria (designadamente a de 1789 e a de 1948), embora, pois estamos no plano do direito civil e não no do direito público (onde correspondem tendencialmente a direitos fundamentais), direitos integradores de relações entre particulares. Não significa esta última asserção, obviamente, que os direitos de personalidade não se imponham ao próprio Estado — na verdade o Estado deve respeitá-los. Significa, apenas, que a doutrina civilista dos direitos de personalidade cura apenas de relações de direito privado.

Toda a pessoa jurídica é, efectivamente, titular de alguns direitos e obrigações. Mesmo que, no domínio patrimonial lhe não pertençam por hipótese quaisquer direitos — o que é praticamente inconcebível —, sempre a pessoa é titular de um certo número de direitos absolutos (portanto, de estrutura idêntica à dos direitos reais), que se impõem ao respeito de todos os outros, incidindo *sobre os vários modos de ser físicos ou morais da sua personalidade*. São os chamados *direitos de personalidade* (arts. 70.º e segs. do Cód. Civil ⁽²²⁰⁾). São direitos *gerais*

portuguesa, in luzo Wolt^gan^g S\RL1 (otg). A *Constituição concretizada*. eit , págs. 61 e heRs

²⁹¹ O carácter categórico desta asserção *só* pode sofrer alguma atenuação no respeitante ao direito ao nome, dado o seu carácter não «mato» Todavia, o direito à identidade pessoal (incluindo o de t ir a ter um nome) é um direito de personalidade adquirido com o nascimento

Um ousou direito que é considerado_ ppor alguns autores como um direito de personalidade. e que não é «mato, é o «*direito moral de autor*», incidente sobre a obra *enquanto expressão da personalidade*, e sê se adquire depois de a obra adquirir expressão objectiva, ou exteriorização (arts. 1.º e 60 e segs. do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos). Cfr. ORLANDO DE CARVALHO. «Os direitos de personalidade de autor». in NStin *novo nuindo do Direito de Azada' ConuDicayies*, Lisboa, 1994 torno II, págs. 539-50 Segundo outra concepção a que aludiremos *infra*, o OLOR) de autor tem pot ob;ecto uma *coisa incorpórea*.

e¹ O Os direitos de personalidade foram também consagrados recentemente, no Código Civil brasileiro Latts 11 º a 21 na redacção dada pela Lei n º 10 406, de 10 de Janeiro de 2002) e no Código Civil de Macau (aprovado pelo Dec n º 39/99,M de 3 de Agosto). Cfr. Paulo Slon Poso «Direitos de Personalidade no Códí º Civil Português e no Sovo Código Civil B talleiro», in Alfredo CAI DERALE (org.), *Il miosº Códice Oª ile brasiliano*, Nhllano, 2003, págs. 17 e segs , e «Os direitos de personalidade no Código Civil de Macau», in *RED.* vol. LXXX I, 2000 págs. 205 e segs

(todos deles gozam), *extrapatrimoniais* (embora as suas violações possam originar uma reparação em dinheiro, não têm, em si mesmos, valor pecuniário) e *absolutos*.

Incidem os direitos de personalidade sobre a vida da pessoa, a sua saúde física, a sua integridade física, a sua honra, a sua liberdade física e psicológica. o seu nome, a sua imagem, a reserva sobre a intimidade da sua vida privada. É este um *círculo de direitos necessários; um conteúdo mínimo e imprescindível da esfera jurídica de cada pessoa*.

O direito protege os vários modos de ser físicos ou morais da personalidade. A violação de alguns desses aspectos da personalidade é mesmo um *facto ilícito criminal*, que desencadeia uma punição estabelecida no Código Penal em correspondência com o respectivo tipo legal de crime (y g., homicídio, ofensas corporais, difamação, calúnia, injúria, cárcere privado). Nessas hipóteses, bem como naquelas em que, por não assumir o facto um especial relevo para a colectividade, a violação não corresponde a um ilícito criminal, existe um facto ilícito civil. Este *facto ilícito civil*, traduzido na violação de um direito de personalidade, desencadeia (n.º 2 do art. 70.º) a *responsabilidade civil* do infractor (obrigação de indemnizar os prejuízos causados), bem como certas *providências não especificadas* e adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida — g., apreensões, publicação da sentença em jornais, supressão de passagens de um livro, etc.

II — *Quais serão os direitos de personalidade?*

O artigo 70.º contém uma norma de *tutela geral da personalidade*, da qual se podem desentranhar um *direito à vida, à integridade física. à liberdade, à honra*⁽²²¹⁾. A consagração desta protecção geral da per-

⁽²²¹⁾ Sobre o direito à honra (ao bom nome e reputação). cfr., p. ex., os Acórdãos da Relação de Lisboa de 11 de Janeiro de 1996, in *CJ*, 1996, I, pág. 79 (difusão entre os clientes de uma sociedade de dados pessoais relativos a alegados «maus pai-adores»), e de 14 de Maio de 1998. in *CI*, 1998, III, pág. 101 (sugestão, num min-ama radi-
ofónico, do envolvimento do lesado em negócios suspeitos. de honorabilidade duvi-
dosa, sem factos concretos que sustentem a suspeição), e os Acórdãos do STJ de 16
de Abril de 1991, in *BMJ*, rif 406. 1991, págs. 623-8 (cartas difamatórias), e de 24 de
Outubro de 2002, in *CJ-STJ*, 2002, III, págs. 110-2 (inibição do uso do cheque devido
a erro da instituição bancária).

sonalidade — de onde se retira, além destes direitos *especiais*, também um *direito vero*(*de personalidade* ⁽²²²⁾ — permite conceder tutela a bens pessoais não tipificados, designadamente protegendo aspectos da personalidade cuja lesão ou ameaça de violação só com a evolução dos tempos assumam um significado ilícito (p. ex., a identidade genética, ou a «auto-determinação informativa» ou o controlo sobre os dados pessoais).

A ofensa de qualquer destes bens está sancionada no n.º 2 do mesmo artigo, onde, além da *responsabilidade civil*, se prevê a *faculdade de requerer as providências adequadas as circunstâncias do caso* (23).

⁽²²²⁾ Cfr. Rabindranath C. & PELO DE Sousa. *O direito geral de personalidade*, Coimbra, 1995, cit.

⁽²²³⁾ Interessante, a este respeito, o Acórdão da Relação de Lisboa de 2 de Março de 1960, nos termos do qual devem ser suspensas as obras nocturnas — e designadamente as do Metropolitano de Lisboa — quando ofendam, pelo ruído que ocasionam, «o direito a existência e à vida e o direito ao sono» dos habitantes das casas da rua onde essas obras se efectuam. sendo devida por essa ofensa a correspondente indemnização. Cfr. ainda o Acórdão do STJ de 23 de Abril de 1977, in n.º 266, págs. 165 e segs., sobre uma ofensa do «direito à saúde e ao repouso» pela sociedade exploradora do mesmo meio de transporte urbano.

Existe hoje abundante jurisprudência sobre a protecção de direitos de personalidade (designadamente do direito geral de personalidade e dos direitos à saúde e integridade física) contra a produção de ruídos e a poluição ambiental. Cfr. p. ex., além dos cit., os Acórdãos: da Relação de Coimbra de 7 de Janeiro de 1992 (suas no *RW* n.º 413. 1992. pág. 624) e da Relação de Lisboa de 14 de Outubro de 1999 (in *CJ*, 1999, IV, pág. 1 sobre cheiros provenientes de um estábulo vitaleiro e de uma lavandaria; da Relação de Lisboa de 1 de Outubro de 1996 (*CJ* 1996. 17, pág. 104ª e de Junho de 1999 ;61/. 1999. 111. págs. 115), da Relação de Coimbra de 8 de Julho de 1997 tu, 1997, IV, pág. 23) e de 15 de Fevereiro de 2000 (*Ci*. 2000, I, pás. 22)! da Relação do Porto de 2 de Fevereiro de 1998 (*CJ*, 1998. I, pág. 203) e do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de Abril de 1995 (*7.ª-STJ* 1995, I, pág. 155), todos sobre atos de actividades industriais e de obras: da Relação de Évora de 21 de Julho de 1977 (*Cã* 1977, V, pág. 1225) e de 2 e 16 de Outubro de 1997 (*CJ*. 1997, IV, págs. 275 e 277), da Relação de Lisboa de 30 de Março de 1995 (*Ci*. 1995, II, pág. 91 da Relação de Coimbra de 16 de Maio de 2000 (*Ci*. 2000. III, pág. 16) e de 15 de Janeiro de 2002 (*Cf*. 2002. pág. 5). da Relação do Porto de 14 de Março (*Ci*. 1996, II. pág. 193) e de 19 de Novembro de 1996 (*Ci*. 1996. V pág. 188), bem como do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de Janeiro de 1996 (*611-51.ª*. 1996, I. págs. 37) e de 6 de Maio de 1998 (*61-STJ*. 1998, pág. 76), sobre ruídos de bares discotecas e outras actividades comerciais; da Relação de Lisboa de 24 de Novembro de 1994 (*Ci*. 1994, V pág. 112) e do 571 de 26 de Junho de 1997 (*B*)17. n.º 480. 1993, pág. 413) e de 22 de Outubro de 1998

Entre outras providências inominadas, adequadas às circunstâncias do caso, podem contar-se, como se disse. as apreensões dos meios de injúria ou difamação, supressão de passagens de um livro, publicação de sentença condenatória ou de um desmentido. etc.

Mantém-se, depois da morte do respectivo titular. a protecção dos que possam continuar a ser ofendidos (art. 71.º, n.º 1). A formulação do artigo 71.º, n.º 1. e, porém. infeliz pois a tutela incide sobre direitos ou interesses das pessoas mencionadas no n.º 2 do mesmo artigo e não significa que se mantenham os direitos na titularidade do defunto. cuja personalidade cessou com a morte.

Em caso de lesão de que provenha a morte, o direito a indemnização é deferido às pessoas referidas nos artigos 495.º e 496.º Seria todavia insólito falar-se, a este respeito, num verdadeiro e próprio direito de uma pessoa à conservação da vida de outrem. O direito à indemnização, nestes casos, resulta, por um lado, da lesão de um interesse próprio dos seus titulares (cfr. art. 483."), sendo, por outro lado, considerados também os danos não patrimoniais sofridos pela vítima.

III — O Código Civil não disciplinou exhaustivamente os direitos de personalidade. Para além do regime geral dos artigos 70.º e 71.º (bem como do art. 81.º, de que falaremos a seguir), limitou-se a prever alguns direitos de personalidade que poderiam suscitar particulares problemas.

Hoje a cláusula de tutela geral da personalidade do artigo 70.º, n.º 1, do Código Civil, deve, porém, ser concretizada tendo em atenção quer o regime dos «direitos, liberdades e garantias pessoais» (arts. 24.º e segs. da Constituição) a que correspondem direitos de personalidade,

(CLVTI, 1998, I, pág. 77), sobre ruído de tiro aos pratos: da Relação de Coimbra de 6 de Fevereiro de 1990 (CI, 1990, I, pág. 92) e da Relação de Lisboa de 21 de Março de 1996 (CI, 1996, II, 861), sobre ruído proveniente de motores de aparelhos; da Relação de Coimbra de 26 de Novembro de 1996 (CI, 1996, V, pág. 29) e da Relação de Lisboa de 19 de Novembro de 1987 (CI, 1987, I, pág. 141) respectivamente sobre ruído proveniente de uma «república» estudiantina e dos ensaios de uma orquestra; da Relação do Porto de 8 de Março de 1999 (CI, 1999, II, 177), sobre luzes de reclamo luminoso e interferências de uma antena; e da Relação de Lisboa de 5 de Dezembro de 1996 (CI, 1996, V, pág. 127), sobre ruídos de vizinhança em geral.

quer, como mínimo de protecção reconhecido, os tipos de crime que visam proteger bens jurídicos correspondentes aos direitos de personalidade.

IV — Certamente para afastar quaisquer dúvidas previsíveis sobre a sua inclusão na tutela geral operada pelo artigo 70.º, prevê expressamente no artigo 80.º o chamado *direito à reserva sobre a intimidade da vida privada* ⁽²²⁴⁾ (*diriaº alia reservaterra*, na expressão italiana; direito a uma esfera de segredo — *Gehennsph(ire* — na teoria germânica).

Reconhece-se assim merecedora de tutela a natural aspiração da pessoa ao resguardo da sua vida privada. As renúncias e sacrifícios de uma família, os factos respeitantes à vida familiar (casamento, divórcio, etc.) ou aos afectos e sentimentos de uma pessoa, as pequenas acomodações da vida quotidiana podem nada ter a ver com a honra e o decoro, e não ser apreciados desfavoravelmente no ambiente externo, mas há neles algo de íntimo e privado que basta para considerar lesiva qualquer forma de publicidade. Pretende-se assim defender contra quaisquer violações a paz, o resguardo, a tranquilidade duma esfera íntima de vida; em suma, não se trata de tutela da honra, mas do direito de estar só, na tradução de expressiva fórmula inglesa (*«right to be alone»* (222)).

O n.º 2 do artigo 80.º prevê, porém, a possibilidade de a extensão da reserva variar conforme a natureza do caso e a condição das pessoas ⁽²²⁶⁾. Note-se, contudo, que mesmo as pessoas célebres ou as «vedetas» populares têm o direito a fixar os limites do que pode ser publicado ou não sobre a sua vida íntima. A celebridade não exclui a

⁽²²⁴⁾ m Cfr. sobre este direito Paulo MiorA PiNro, «O direito à reserva sobre a intimidade da vida privadas. iv BFD. vol. LXIX. 1993.

⁽²²⁵⁾ C^s, O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada tem, porém, um âmbito mais limitado do que o *right to privacy* norte-americano- C^{er}, sobre aquele, Raymond Wac^{es}, *Ihe prolection of privacy*. London 1980 e Frangi:Eis RIOAUX. «Lglaboration dun <Right of Plivacy> pai ie junspmdence américaine». in *RIDO*, 1980, págs. 727 e segs., bem como o estudo já clássico de Samuel WARREN e Louis BRANDERS, 51lie right to privacy». in *Hartaril LR* 1890. pás- 200 e segs.

⁽²¹⁵⁾ A Lei ^gº 3/73. de 5 de Abril. viera já estabelecer uma tutela penal de intimidade da vida privada. Cfr., actualmente, os artigos 190º e segs. do Código Penal («crimes contra a reserva da vida privada»)

discrição e a própria complacência frequente com a publicidade não significa uma renúncia definitiva a uma esfera de intimidade, embora esta complacência não possa deixar de significar a renúncia a uma esfera de intimidade tão extensa como a dos outros cidadãos (227).

V — Outro direito especificamente previsto, para desfazer eventuais dúvidas, mas cujo reconhecimento já resultaria do artigo 70.º e, muitas vezes, também do artigo 80.º ⁽²²⁸⁾ (no fundo, trata-se, as mais das vezes, de mera concretização do direito à reserva ⁽²²⁹⁾) é o direito à imagem (art. 79.º), por força do qual o retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o consentimento dela (230).

No n.º 2 enumeram-se algumas circunstâncias que justificam a desnecessidade do consentimento. No n.º 3 contém-se um aforamento da protecção civil do direito à honra (para além do que se encontra no art. 484Y), como limite à divulgação da imagem.

⁽²²¹⁾ Cfr. Paulo Mota PINTO «A limitação bolunina do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada». in *Rex i.sla Brasileira de Direito Comparado*, n.º 21. 2001. págs. 21-62.

⁽²²⁸⁾ Um outro direito que por vezes se aproxima da tutela do respeito para vida privada, pois também tem em vista o *controlo sobre informação* relativa à pessoa (cauto-determinação informativa em sentido amplo), é o *direito a uma correcta utilização da informática*, nos termos do artigo 35.º da Constituição. Para a utilização da expressão cauto-determinação informativa em sentido lato, aproximando-se de todo o controlo da informação relativa à pessoa, cfr. Karl LLREnz/Claus-Wilhelm CANARIS. *Lehrbuch des Schuldrechts, H — Besonderer Teil 2. Halbband*, 13 ed. München, 1994, § 80, III.

⁽⁻¹⁰⁾ Mas nem sempre: o direito à imagem pode ser violado no decurso da vida pública: cfr. R. NERSON, in *RTrDC* 1971. págs. 365.

⁽²³⁰⁾ Segundo uma interpretação literal, o artigo 79b n.º 1. parece não proibir a *captação* não autorizada da imagem. Mas esta deve igualmente ter-se por violadora do direito à imagem — cfr. aliás, a sua inclusão no tipo de crime «gravações e fotografias ilícitas» (art. 199.º, n.º 2. do C6d. Penal).

Sobre o direito à imagem. cfr. os Acórdãos da Relação de Lisboa de 19 de Outubro (CJ. 1977, V pág. 1015), de 23 de Novembro de 1977 (CL. 1977. V pág. 1055), de 28 de Janeiro de 1999 (CJ. 1999. I, pág. 93) e de 13 de Março de 2001 (CL 2001, II, 73), bem como o Acórdão do STJ de 8 de Novembro de 2001, in *C.147J*. 2001, III, pág. 113 (os últimos três versando sobre a exploração comercial da imagem em «cromos» de jogadores de futebol).

VI — O Código Civil disciplina, também, o *direito ao nome* (art. 72.º) e o direito ao pseudónimo (reconhecido quando tiver notoriedade — art. 74.º ⁽²³¹⁾). Tutela, assim, o bem da *identidade pessoal* (embora este se não esgote naqueles dois aspectos). Inclui-se este direito entre os direitos de personalidade e tal inclusão é perfeitamente legítima, pois o bem da identidade (afirmar-se o ser humano como sendo certo indivíduo) é um dos aspectos morais da personalidade, ao lado dos bens da honra, da liberdade, da reserva sobre a intimidade. MANUEL DE ANDRADE incluía-o, ao lado dos direitos de autor, na categoria dos direitos sobre coisas incorpóreas, certamente por o nome ser um *quid imateria], meio de realização* do bem da identidade. Intimamente ligado portanto à pessoa, mas, de alguma forma, *exterior a ela*.

Ambos os pontos de vista sobre a natureza do direito ao nome são igualmente satisfatórios e seria ocioso procurar determinar qual o preferível. Importante é saber que o artigo 72.º consagra, com carácter absoluto e inviolável, um direito ao nome e, quanto ao mais, dado que ambas as construções — direito sobre a própria pessoa e direito sobre uma coisa incorpórea — o exprimem satisfatoriamente, será oportuno lembrar a possível equivalência de construções jurídicas.

Qual o *conteúdo do direito ao nome*? Abrange a faculdade de o usar para exprimir a identidade própria e de exigir que os outros, nas relações sociais, o atribuam ao seu titular ⁽²³²⁾. Pode, portanto, reclamar-se contra a recusa da sua atribuição por parte de outrem. Abrange igualmente a faculdade de defender o uso exclusivo do nome contra uma «usurpação» por parte de terceiro.

A violação do direito ao nome desencadeia a responsabilidade civil do infractor, desde que se verifiquem os respectivos requisitos — em particular, desde que haja *danos* — e dá ao titular a possibilidade de requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso (ar. 70:), n.º 2), como, p. ex., obter a condenação de outrem a cessar a contestação do direito ao uso do nome, ou a cessar o uso indevido do nome, fazer publicar a expensas do infractor a sentença condenatória ou um desmentido sobre a identidade, etc.

) Sobre os limites da protecção legal do pseudónimo cfr. o Acórdão da Relação de Lisboa de 9 de Março de 2000, in *Cl.* 2000, II, pág. 87.

⁽²³²⁾ Sobre a construção do nome, cfr o artigo 103.º do Código do Registo Civil

No artigo 72.º, n.º 2, contempla-se a hipótese, não rara, de *homônimo*. Esta não é proibida, mas o titular do nome não pode, designadamente no exercício de uma actividade profissional, usá-lo por forma a prejudicar os interesses de quem tiver nome total ou parcialmente idêntico. Caso contrário, o tribunal decretará as providências que, segundo juízos de equidade, melhor conciliem os interesses em conflito.

VII — Os direitos de personalidade são *inalienáveis e inextinguíveis*, dada a sua essencialidade relativamente à pessoa, da qual constituem o núcleo mais profundo. Constituem «o mínimo necessário e imprescindível do conteúdo da personalidade» (ADRIANO DE CLÁUDIO). Neste sentido podem dar-se-lhe hoje as consabidas denominações da escola do direito natural racionalista: *direitos inatos* e «direitos originários».

VIII — A irrenunciabilidade dos direitos de personalidade não impede a eventual relevância do *consentimento do lesado*: este não produz a extinção do direito e tem um destinatário que beneficia dos seus efeitos. A limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade deve, todavia, para ser válida como negócio jurídico ou para ser relevante como circunstância que exclui a ilicitude do acto lesivo e consequentemente a responsabilidade civil do lesante, ser conforme aos princípios da ordem pública (arts. 81.º e 280.º).

Assim, deve ter-se por irrelevante ou nulo o consento (mera tolerância ou verdadeiro negócio) na lesão do bem «vida».

Já, porém, se pode ter por admissível, dentro de certos limites, uma limitação voluntária do direito à integridade física: consentimento para intervenções médicas (sempre necessário, salvos os extremos do estado de necessidade²²³), para operações estéticas (em princípio rele-

²²³) A Lei n.º 22 de Abril de 1976 previu no art. 8.º o regime do consentimento para a colheita em vida de órgãos e substâncias para transplante. Assim o consentimento do dador e do receptor deve ser livre, esclarecido e inequívoco e o dador pode identificar o beneficiário (n.º 1). Sendo os dadores menores, o consentimento deve ser prestado pelos pais (desde que não inibidos do exercício do poder paternal), ou, em caso de inibição ou falta de ambos, pelo juiz (n.º 3). A dadora de tecidos ou órgãos de menores com capacidade de entendimento e de manifestação de vontade carece também da concordância destes (fl.º 4, que exprime uma regra válida para todas as limitações aos direitos de personalidade de menores). Por sua vez, a colheita em maiores incapazes

vante, salvo casos excepcionais, como quando se consente numa operação gravemente perigosa para corrigir um defeito estético de escasso relevo), para benefício da saúde de terceiros (transplantações de certas partes do corpo ou transfusões de sangue), para participar em jogos desportivos violentos, etc. O critério decisivo a este respeito é sempre o do artigo 81.³, não contrariedade aos princípios de ordem pública. É óbvio igualmente que, quando o consenso do titular do direito seja legal, não poderá ter lugar uma execução em forma específica e o consentimento pode ser *revogado*, com indemnização dos prejuízos causados às expectativas legítimas da outra parte (art. 81.^o, n.^o 2).

Quanto ao direito à liberdade, parece dever ter-se por nula qualquer limitação voluntária à *liberdade física*, no sentido de «*jus ambulandis*»; mas já serão válidas, desde que conformes à ordem pública, designadamente se temporal ou espacialmente limitadas, quaisquer outras restrições ao livre desenvolvimento de actividades profissionais, materiais ou jurídicas (234).

A própria lei considera ilícitas (art. 2232.^o) as condições de residir ou não residir em certo local ou prédio, apostas a liberalidades, por justamente entravarem a liberdade de deslocação, apesar de só a fazerem indirectamente, através de uma pressão psicológica.

Os direitos à honra, à reserva sobre a intimidade e à imagem podem, em princípio, ser objecto de limitações voluntárias válidas.

por razões de anomalia psíquica só pode ser feita mediante autorização judicial (n.^o 5), e o consentimento do dador ou de quem legalmente o represente é livremente revogável (n.^o 6). Sobre a problemática do «consentimento informado» para actos médicos, cfr. André DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente. Estudo de direito civil*. Coimbra. 2004.

(²³) É o caso de *cláusulas de não concorrência* — cfr. já o Acórdão do STS de 23 de Maio de 1958, onde se considera válida e «não ofensiva de quaisquer direitos originários» a cláusula de um contrato de compra e venda, em que o vendedor de certas máquinas se compromete a não explorar mais na mesma província ultramarina qualquer oficina de certa natureza — in *PAU*, n.^o 77, pág. 425. Karl LARENZ, *Allgemeiner Teil des BGB*, München. 1967, pág. 404, apontava alguns exemplos colhidos na jurisprudência alemã: é nula a proibição de domicílio em certa localidade, convencionada entre divorciados; é nula a proibição convencionada de um trabalhador utilizar perpetuamente, como empresário autónomo, os conhecimentos adquiridos ao serviço de uma entidade patronal; já não é nula a cláusula estabelecendo a obrigação de um regente de orquestra não actuar durante 5 anos numa região limitada.

O consentimento do lesado, quando nulo ou ilegal, não faz perder ao acto violador do direito o seu carácter de ilicitude e consequentemente não isenta o autor deste da obrigação de indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação. Todavia, em muitos casos, será pertinente invocar o artigo 570.º (influência da culpa do lesado sobre o *quantum* da indemnização) para o efeito de reduzir ou mesmo excluir esta, mas sempre sem prejuízo, é óbvio, da responsabilidade criminal respectiva.

IX — Questão muito interessante e actual, mas muito delicada, seria a de saber se há um «*direito a não nascer*», especialmente quando se nasce com *graves malformações*, de tal modo que a pessoa com essas deficiências possa *agir judicialmente* contra os *médicos* que, por negligência, não detectaram *antecipadamente* tais anomalias, ou *não informaram devidamente* os pais, impedindo-os, assim, de interromper licitamente a gravidez. Pode a criança, uma vez nascida, pedir uma indemnização contra os médicos? Ou, até, contra os pais, se estes, devidamente esclarecidos, optaram, no entanto, por ter o filho?

Esta questão é normalmente conhecida, no direito comparado, pelas expressões em língua inglesa «*wrongful life*» e «*wrongful fértil*», e tornou-se mundialmente famosa e discutida a partir, sobretudo, do famoso *arrêt Perruche*, da *Cour de Cassation* francesa ⁽²³⁵⁾. Entre nós, existe já um Acórdão do STJ que decidiu em conformidade com a doutrina dominante no direito comparado, mas que é contrária à que a *Cassation* subscreveu no mencionado *arrêt* ⁽²³⁶⁾.

Convém, à partida, distinguir as situações em que são os pais a pedir uma indemnização *por danos próprios*, daquelas situações em que os pais intervêm como representantes do filho menor pedindo uma indemnização *por danos deste, por danos sofridos pelo filho*. Trata-se,

⁽³⁵⁾ Arrêt n.º 457, de 17 de Novembro de 2000 (disponível em *umacourdecassation.fr*).

⁽²³⁶⁾ Acórdão do STJ de 19 de Junho de 2001 (revista n.º 1008/01-1, de 19 de Junho) — está em curso de publicação um artigo de Fernando PINTO MONTEIRO (Relator do mencionado atesto), intitulado «Direito à não existência. direito a Do nascer», no cit. vol. do Congresso organizado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra relativo aos 35 anos de vigência do Código Civil, sobre *A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil*. Ver igualmente A. MENEZES CORDEIRO. *Tratado de Direito Civil Português*, 1, tomo III. cit., pág. 281 e segs.

no primeiro caso, das questões de «*wrongful birth*». e. no segundo caso, das questões ditas de *zwrongdill lufe*» (237).

No primeiro caso, os pais invocam os danos por eles sofridos, sejam danos patrimoniais (p. ex., encargos com o sustento da criança), sejam danos morais, resultantes, uns e outros, do *nascimento* de um filho *não desejado*. Estes casos de «*wrongful birth*» podem resultar, p. ex., de esterilizações ou interrupções de gravidez mal sucedidas, assim como de informação deficiente sobre os riscos de nascimento de crianças com malformações. Poderá estar em causa, de algum modo, o poder de *autodeterminação* dos pais (e especialmente da mãe) quanto ao planeamento familiar.

Já no segundo caso o que se pretende indemnizar é o dano sofrido pela *própria criança*, por ter nascido com graves deficiências físicas e/ou mentais. deficiências essas que os médicos não detectaram ou sobre as quais não informaram convenientemente os pais. Não se trata de deficiências causadas pelos médicos, antes de deficiências que não foram comunicadas aos pais, sendo certo que estes, se tivessem sido bem esclarecidos, teriam optado por abortar. As *unwrongful lufe actions*» baseiam-se, assim, na *omissão*. pelos médicos, do *dever de informação*, ou no *negligente cumprimento de tal dever*, de que vem a resultar o nascimento de uma criança com graves *malformações*, pelo que é *ela própria* que pretende Ser indemnizada. Por que dano? Pelo *dano de ter sido*!

Estas situações levantam problemas de vária ordem. No plano estritamente jurídico, podemos enunciar os seguintes.

O pedido de indemnização pressupõe a *responsabilidade* dos médicos, a qual depende de *culpa*, de acordo com as regras gerais. Esta responsabilidade tanto pode ser *contratual* como *extracontratual*, admitindo-se, em conformidade com a posição dominante entre nós. que o lesado pode *optar* por uma ou por outra, e, até, *cumular* na mesma acção as regras de ambas as modalidades de responsabilidade (238).

(§³⁷) Cfr. o trabalho de António Pinheiro Monteiro, na *European Review of Private Law*, vol. 11. n.º 2. 2003, págs. 220 e segs., que seguimos de perto.

(²³⁸) Defendida já em António Pinheiro Monteiro, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Coimbra, 1985 (reimp. 2003), cit., págs. 425-437.

Assim como se permite. em geral, a reparação tanto de *danos patrimoniais* como de *danos morais* (não patrimoniais). quer na responsabilidade delitual, quer na responsabilidade contratual (neste último caso, de acordo com a posição dominante (²³⁹)). E haverá, ainda, que identificar o *direito* lesado, o *dano* ocorrido e o *nexo de causalidade*. É aqui que se situam as maiores dificuldades.

No caso decidido pelo STJ em 19 de Junho de 2001, estava em causa um pedido de indemnização por danos patrimoniais e morais sofridos *pela própria criança*. Mas não passou despercebido ao Tribunal que o problema *seria diferente* se os autores da acção tivessem sido os pais, se o pedido de indemnização dissesse respeito aos danos sofridos por estes por não terem sido devidamente informados, durante a gravidez, das malformações do feto, o que os impediu, assim, de optarem por fazer um aborto.

Se o caso fosse este, se os autores da acção tivessem sido os pais, ver-se-ia, então, se haveria direito a uma indemnização. O Supremo Tribunal de Justiça não tomou posição a este respeito — pois não era isso que estava em causa no caso —, mas não deixou de aludir, mais do que uma vez, a que a questão *seria diferente* se o pedido de indemnização tivesse sido formulado *pelos pais* e não pelo menor. Parece, assim, que deixou a *porta aberta* para uma solução diferente no caso de o autor da acção serem os próprios pais.

No caso concreto, todavia, a situação era outra. Os pais intervieram como representantes do filho menor. Autor da acção foi a própria criança, invocando danos por si sofridos (por ter nascido com malformações nas duas pernas e na mão direita). O fundamento do pedido foi a conduta negligente dos réus (médico e clínica privada), que não detectaram, durante a gravidez da mãe, tais anomalias. O pedido foi recusado, tendo, assim, o STJ confirmado as decisões das instâncias inferiores.

O Supremo Tribunal de Justiça chamou a atenção para o facto de, no plano estritamente processual, não haver conformidade entre o pedido e a causa de pedir. De todo o modo, para além deste obstáculo pro-

-----●-----

Defendida já na *ob. ele* na nova anícho] g 59. nota 164. e reafirmada pelo Acórdão do STJ cit. na nora 236.

cessual. e tendo em conta que o autor era a própria criança, o Tribunal concluiu que aquilo que estaria em causa seria o *direito à não existência*. Ora, tal direito, no entender do Supremo Tribunal de Justiça, *não está consagrado na lei*, acrescentando que, mesmo que tal «direito não existência» fosse legalmente reconhecido, ele *não poderia ser exercido pelos pais em nome do filho*. «Só este, quando maior, poderá. eventualmente. concluir se devia ou não existir e só então poderá ser avaliado se tal é merecedor de tutela jurídica e de possível indemnização» — lê-se no acórdão.

E decidiu bem o STJ, a nosso ver. São muitos os problemas, como temos dito. Mas, no essencial, reconhecer à criança o direito a uma indemnização por *danos próprios* parece que pressuporia reconhecer a alguém um «*direito a não nascer*», já que a alternativa seria não ter nascido. E não se afigura que tal «direito» seja de reconhecer. — (240),

52. Capacidade jurídica e capacidade para o exercício de direitos

I — À personalidade jurídica é inerente a *capacidade jurídica ou capacidade de gozo de direitos*. O artigo 67.º, traduzindo esta inerência, estabelece que «as pessoas podem ser sujeitos de quaisquer relações jurídicas. salvo disposição legal em contrário: nisto consiste a sua capacidade jurídica».

Fala-se, pois, de personalidade para referir a qualidade ou condição jurídica do ente em causa — ente que pode ter ou não ter personalidade («*tertium non danem*»). Fala-se de capacidade jurídica para referir a aptidão para ser titular de um círculo, maior ou menor, de relações jurídicas — pode ter-se uma medida maior ou menor de capacidade, segundo certas circunstâncias ou situações, sendo-se sempre pessoa, seja qual for a medida da capacidade,

Ou há urna pessoa jurídica ou não há. Há uma capacidade jurídica maior ou menor.

(240) Para maiores desenvolvimentos. cfr. ainda António PINTO MONTEIRO. «Directo a não nascer^â», anotação ao Acórdão do STJ citado, na *RU*, ano 134.º. n.º 3933. onde podem colher-se indicações bibliográficas sobre o terna.

II — Distinta da noção de *capacidade jurídica* é a de *capacidade de exercício de direitos*. Esta fórmula — capacidade de exercício de direitos ou capacidade para o exercício de direitos — é utilizada na nossa lei e tem uma sólida tradição na linguagem jurídica.

Melhor se falaria de *capacidade de agir*, como aliás se exprimem os juristas germânicos (*sHandlungsfähigkeits*).

A expressão «capacidade de exercício de direitos» sugere, com efeito, tratar-se unicamente da susceptibilidade de exercer direitos deixando de fora o cumprimento das dívidas e a aquisição de direitos ou a assunção de obrigações.

A *capacidade de exercício ou capacidade de agir* — já o dissemos — é a idoneidade para actuar juridicamente, exercendo direitos ou cumprindo deveres, adquirindo direitos ou assumindo obrigações, por *acto próprio e exclusivo ou* mediante um *representante voluntário ou procurador*; isto é, um representante escolhido pelo próprio representado. A pessoa, dotada da capacidade de exercício de direitos, age pessoalmente, isto é, não carece de ser substituída, na prática dos actos que movimentam a sua esfera jurídica, por um *representante legal* (designado na lei ou em conformidade com ela) e age autonomamente, isto é, não carece do consentimento, anterior ou posterior ao acto, de outra (*assistente*).

Se esta aptidão para actuar pessoal e autonomamente — para exercer uma actividade jurídica própria — falta, depara-se-nos uma *incapacidade de exercício de direitos* — *genérica ou específica*, consoante se refira aos actos jurídicos em geral ou a alguns em especial. A incapacidade de exercício de direitos pode ser suprida, como resulta do exposto, pela *representação legal ou pela assistência*.

53. Capacidade negociai. Modalidades: capacidade negociai de gozo (capacidade jurídica negociai) e capacidade negociai de exercício (1)

I — Estas noções traduzem-se na referência das noções, mais genéricas, de *capacidade jurídica* e de *capacidade para o exercício de direi-*

Bibliografia. Carlos Alberto da MOTA PINTO, «Valor dos actos jurídicos dos dementes», in *RDES*, ano XII (1965), 118; na SOUSA, *Da incapacidade jurídica dos menores, interditos e inabilitados no âmbito do Código Civil*, Coimbra, 1971.

tos ao domínio dos negócios jurídicos. Contrapõem-se-lhes a *incapacidade negocia! de gozo e a incapacidade negociai de exercício* (241).

É no domínio dos negócios jurídicos que assumem particular importância as noções de capacidade e incapacidade.

A incapacidade negociai de gozo provoca a *nulidade dos* negócios jurídicos respectivos e é *insuprível*, isto é, os negócios a que se refere não podem ser concluídos por outra pessoa em nome do incapaz, nem por este com autorização de outra entidade.

A incapacidade negocia! de exercício provoca a *anulabilidade dos* negócios jurídicos respectivos e é *suprível*, não podendo os negócios a que se refere ser realizados pelo incapaz ou por um seu procurador, mas podendo sê-lo através de meios destinados justamente ao suprimento da incapacidade. Estes meios, destinados ao suprimento das incapacidades de exercício, são: o *instituto da representação legal* (p. ex., art. 124.º: suprimento da incapacidade dos menores pelo poder paternal e subsidiariamente, pela tutela: cfr. art. 125.º, n.º 2: «*representante do menor*»; art. 139^º) e o instituto da assistência, quer na hipótese de *assistência propriamente dita* (p. ex., art. 153,º: aos inabilitados *são assistidos* por um curador») (242), quer na do consentimento conjugal (cfr. arts. 1682^º, 1682.º-A, 1682.º-B, 1683.º e 1684.º). Esta

R^R) No regime das Leis da Família de 1910 e do Decreto n.º 30 615, de 25 de Julho de 1940, os menores chegados à idade núbil (16 e 14 anos) podiam contrair matrimónio, mas era exigível, sob pena de nulidade, a autorização dos seus representantes. Falava-se, pois, de uma incapacidade nupcial apenas de exercício. Hoje porém, dado o art. 1649F do Código Civil (cfr. art. 21R:imer^º e o art. 1604F, al a)), que aliás reproduz o regime já constante do Código do Registo Civil, os menores com idade RIM (isto é, com mais de 16 — cfr. art. 1601.º) que casaram, sem pedir o consentimento dos pais, estão sujeitos a sanções especiais (art. 1649F já cit.), mas o casamento é válido. Ora, como a noção de incapacidade de exercício parece implicar ao menos tipicamente a anulabilidade dos actos praticados em contravenção da mesma e o casamento dos menores não é anulável, mas apenas irregular, não se pode falar de incapacidade nupcial de exercício para os menores com mais de 16 anos.

4²) Resulta do exposto, em nota anterior, que não pode falar-se hoje de assistência a propósito do consentimento dos pais para o casamento de menores que já atingiram a idade nupcial. É que os menores não são incapazes para aquele acto, pois a falta de consentimento não importa anulabilidade, mas apenas irregularidade do acto. Ora a assistência é um freio de suprimento das incapacidades.

última modalidade do instituto da assistência era designada, no Código Civil de 1867, por outorga ou autorização (cfr. arts. 1191.^o e 1193.^o do Código de 1867).

II — *A representação* é a forma de suprimento da incapacidade traduzida em ser admitida a agir outra pessoa em nome e no interesse do incapaz. Essa pessoa é denominada *representante legal*, por ser designada pela lei ou em conformidade com ela. Não se trata, pois, de um representante voluntário, isto é, escolhido e legitimado para agir pelo representado — e não se admite aqui um representante voluntário, dada a incapacidade do representado.

A *assistência* tem lugar quando a lei admite o incapaz a agir, mas exige o consentimento de certa pessoa ou entidade. Enquanto o representante legal actua em vez do incapaz, o assistente destina-se a autorizar o incapaz a agir, pertencendo a iniciativa do acto a este último. O representante (p. ex., pai, tutor) substitui o incapaz na actuação jurídica; o assistente (p. ex., curador dos inabilitados, em princípio) impede o incapaz de agir ou intervém ao lado dele.

54. Determinação da capacidade negociai de gozo

I — A *regra geral*, por inerência do conceito de personalidade, é a capacidade jurídica (cfr. art. 67.^o).

Algumas restrições (casos de incapacidade jurídica negociai ou incapacidade negociai de gozo):

- 1) Incapacidades nupciais (impedimentos dirimentes absolutos e impedimentos dirimentes relativos: arts. 1601.^o e 1602.^o):
- 2) Incapacidade de testar dos menores não emancipados e dos interditos por anomalia psíquica (art. 2189.^o);
- 3) Incapacidade para perfilhar dos menores de 16 anos, dos interditos por anomalia psíquica e dos notoriamente dementes no momento da perfilhação (art. 1850.^o).

II — As doações, quando feitas a determinadas pessoas, são nulas, tal como, aliás, as disposições testamentárias nas mesmas condições,

por força do artigo 953.º e dos artigos 2192.º a 2198.º Assim as disposições feitas por menor a favor do tutor, curador ou administrador legal de bens; as disposições feitas a favor do médico ou enfermeiro que tratar o testador e do sacerdote que lhe prestar assistência espiritual; as disposições feitas a favor de pessoa com quem o disponente cometeu adultério ⁽²⁴³⁾ (cfr., no Código de 1867, o art. 1480.º), a favor do notário ou de outros intervenientes no acto.

Não se trata, todavia, de absoluta incapacidade, pois a restrição não resulta da consideração de uma qualidade do disponente em si. Há uma restrição do poder de disposição em certa direcção e por isso o Código qualifica estes casos como de *indisponibilidade relativa*. O termo indisponibilidade refere-se, todavia, ao objecto dos negócios. Se queremos traduzir a situação do sujeito devemos falar de *incapacidade jurídica relativa* (incapacidade negociai de gozo relativa). Alguns autores falam de ilegitimidade ou falta de legitimação, também, para estas hipóteses em que um negócio é proibido a um certo sujeito em virtude da posição em que se encontra perante outro sujeito. Trata-se, todavia, de ampliação infundada do conceito de ilegitimidade, tomando este falho de unidade.

III — O Código Civil estabelece certas proibições, no domínio da compra e venda, em razão dos sujeitos. Assim a dos artigos 876.º e 579.º (proibição de compra e venda e cessão, por certas pessoas, de coisa ou direito litigioso) e a do artigo 877.º (proibição de venda de pais ou avós a filhos ou netos, se os outros filhos ou netos não consentirem no acto (244)).

A proibição contida no artigo 1562.º do Código de 1867 (compra de bens pelos próprios mandatários, tutores, etc., encarregados da sua venda ou administração) não é formulada, a propósito da regulamenta-

^(2b) Para um caso (obras efectuadas em moradia pertencente à concubina) em que se considerou que não existira qualquer atribuição gratuita, sendo, por isso, válida, cfr. o Acórdão do STJ de 14 de Março de 1990. in *BMJ*. n.º 395, 1990, págs. 562-6.

⁽²⁴⁾ Sobre as razões deste reeime, e a sua não aplicação à venda feita pelo padrasto a um enteado, cfr. António PINTO MONTEIRO, «Venda de padrasto a enteado», in *Ci.* 1994. tomo IV págs. 6 e segs.

ção do contrato de compra e venda, mas resulta da proibição genérica do *negócio consigo mesmo* (o chamado autocontrato — art. 261.º).

A proibição do artigo 1564Y do Código de Seabra (compra e venda entre cônjuges) fundamentava-se no intuito de impedir que os cônjuges dissimulassem atrás de uma compra e venda fictícia uma doação, a fim de fugirem ao regime especial das doações entre casados (livre revogabilidade) e ao princípio da imutabilidade das convenções antenupciais e do regime de bens legal. O legislador do actual Código, mantendo a revogabilidade das doações entre casados (art. 1765.º) e aquele princípio da imutabilidade (art. 1714Z, n.º 1), proibiu coerentemente os contratos de compra e venda e sociedade entre os cônjuges (art. 1714.º, n.º 2 ⁽²⁴⁵⁾) (246).

Tais proibições não constituem, todavia, manifestações de incapacidade jurídica negociai absoluta; alguns autores, como dissemos, reconduzem-nas ao conceito de *ilegitimidade ou ilegitimação*. Com efeito, não resultam da consideração de «um modo de ser do sujeito em si, mas de urna *posição*, de um modo de ser para com os outros. As pessoas abrangidas nas proibições dos artigos 876Y, 877.º, 261.º e 1714.º têm plena capacidade para a prática de quaisquer actos; é-lhes vedada, simplesmente, a prática de certos negócios, definidos não pela sua categoria genérica, mas em razão de urna *certa relação* com o 'objecto do negócio e com a outra parte' ⁽²⁴⁷⁾. É aqui, todavia, prefe-

⁽²⁴⁵⁾ É, porém, lícita a participação dos dois ^odubleiss na mesma sociedade de capitais (art. 1711 n.º 3). O art. 8.º do Códig^o das Sociedades Comerciais de 1986, vem permitir a constituição de sociedades entre cônjuges, bem como a participação destes em sociedades desde que só um deles assuma responsabilidade ilimitada. Se, por força do regime de bens do casamento, uma participação social for comum aos dois cônjuges, é considerado como sócio nas relações com a sociedade o cônjuge que tenha celebrado o contrato de sociedade ou, se tiver adquirido a qualidade de sócio posteriormente ao contrato aquele por quem a participação tenha vindo ao casal.

⁽²⁴⁶⁾ Cfr. Ma^ga Rita LOBO XAVIER, *Limites à autonomia privada e disciplina das relações patrimonais entre os cônjuges*, Coimbra 2000, esp. págs. 222 e segs.

⁽²⁴⁷⁾ Note-se a propósito, que, nas hipóteses ora em vista, a infracção da proibição legal não importa sempre a mesma consequência. Assim, verificar-se-á, por vezes a nulidade (art. 876 b e outras) e anulabilidade (reás 877' e 261.'b aliás, quanto à hipótese do art. 261.º — proibição do negócio *suin et ipso*, — os sufrágios da doutrina anterior eram, de harmonia com os efeitos da representação sem poderes, no sentido da ineficácia *stricto sensu*

rível à de ilegitimidade a noção de incapacidade jurídica relativa (SANTORO-PASSARELLI, CASTRO MENDES, de certo modo. MANUEL DE ANDRADE).

IV — A capacidade jurídica negocia! das pessoas colectivas é, também, objecto de duas restrições, resultantes do artigo 160." (248).

55. Determinação da capacidade negocial de exercício. Generalidades

I — *Quanto às pessoas colectivas*: Admitida a teoria organicista, pode afirmar-se com toda a legitimidade. contrariamente à conclusão *aparentemente* derivada da natureza das coisas. possuírem as pessoas colectivas plena capacidade negocial] de exercício.

A capacidade de exercício das pessoas colectivas só sofrerá restrição quando, excepcionalmente, estiverem privadas dos seus órgãos (p. ex., por morte dos administradores), agindo outras entidades em seu nome e no seu interesse (representação), ou quando, para dados efeitos, seja necessária a autorização de certas entidades alheias à pessoa colectiva (assistência). A esta última hipótese se referia o artigo 161.⁰ (aquisição e alienação de imóveis pelas associações e fundações), revogado pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro.

II — *b) Quanto às pessoas singulares*: Em princípio todas as pessoas singulares têm capacidade de exercício de direitos. Tal regra resulta, não do artigo 67.⁵, que se refere à capacidade de gozo ou capacidade jurídica, mas dos artigos 130.⁰ (efeitos da maioridade) e 133.⁰ (efeitos da emancipação).

O quadro das incapacidades de exercício é fixado pela lei (secção V — *Incapacidades* — do subtítulo I — *Das pessoas* — do título II *Das relações jurídicas* — do livro I — *Parte geral*), quer no que toca aos casos respectivos, quer no que se refere à sua amplitude.

As incapacidades são excepcionais e, onde a lei as não estabeleça, está-se no campo da capacidade de exercício.

56. Enumeração das incapacidades de exercício estatuídas pelo novo Código Civil

I — As incapacidades de exercício estabelecidas pelo novo Código Civil resultam:

- a) Da menoridade;
- b) Da interdição;
- c) Das inabilitações;
- d) Do casamento (incapacidades conjugais);
- e) Da incapacidade natural accidental, consistindo no não entendimento, por qualquer causa, do sentido da declaração negociada ou na falta de livre exercício da vontade (art. 257.) (249),

II — O interesse determinante das incapacidades é o interesse *do próprio incapaz*. Pense-se na incapacidade dos menores, na dos interditos e na dos inabilitados. No regime do Código de 1867 não existia esta figura de *inabilitação*, sendo os pródigos, hoje abrangidos por ela. passíveis de uma interdição. Acentuava então a doutrina (250) que a incapacidade dos interditos por prodigalidade tinha sido instituída no interesse de outras pessoas (cônjuges ou herdeiros legitimários). embora por reflexo servisse também o interesse do prodigo. Tal asserção resultava do facto de a lei (art. 340.º daquele Código) exigir para a interdição dos pródigos que estes fossem casados ou tivessem herdeiros legitimários (251). No Código de 1966 a inabilitação não depende deste requisito, exigindo-se apenas a verificação das deficiências da persona-

(219) Quanto às chamadas «incapacidades conjugais», parece tratar-se, antes, de casos de ilegitimidade ou ilegitimação. Cfr. *infra*, n.º 63.

Quanto às incapacidades accidentais, note-se que o Código Civil não as prevê: e regula juntamente com as incapacidades, mas sim na parte respeitante à falta e aos vícios da vontade.

(250) Cfr. Manuel de ANDRADE, *ob. cit.*, págs. 77 e 99.

(251) Entendia igualmente certo sector da doutrina (1. ALBERTO DOS REIS, *PALMf*, CARLOS) que a incapacidade devia cessar com a dissolução do casamento do interdito ou se este deixasse de ter herdeiros legitimários. MANUEL DE ANDRADE inclinava-se para a solução contrária, isto é. para a manutenção da interdição, não obstante aqueles eventos.

lidade natural referidas no artigo 152.º (anomalias psíquicas, repercussões psíquicas da surdez-mudez ou da cegueira, habitual prodigalidade, abuso de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes). Quanto às pessoas com legitimidade para requerer a inabilitação, ou para arguir a anulabilidade dos actos praticados pelo inabilitado, aplica-se a este tipo de incapacidade o regime das interdições e da menoridade (arts. 125.º e 141.º, aplicáveis por força dos arts. 139.º e 156.º). Pode, portanto, concluir-se que o interesse visado em primeira linha com o instituto da *inabilitação* é, tal como na incapacidade dos menores ou dos interditos, o interesse do próprio inabilitado.

IH — É comum afirmar-se que urna certa espécie de incapacidade — as incapacidades conjugais — visa tutelar os interesses de outras pessoas. Têm elas em vista salvaguardar os interesses do outro cônjuge e os interesses gerais da família (cfr. art. 1687.º — anulabilidade dos actos, somente, a requerimento do cônjuge que não deu o consentimento). Simplesmente, parece tratar-se, antes, de ilegitimidades do que de incapacidades.

57. Incapacidade dos menores

I — *Amplitude*. Abrange, em princípio, quaisquer negócios de natureza pessoal ou patrimonial. É uma incapacidade *geral* (art. 123.º).

Em conformidade com a ressalva feita no artigo 123.º, existem algumas excepções à incapacidade. Assim, os menores podem praticar actos de administração ou disposição dos bens que o menor haja adquirido por seu trabalho (art. 127.º, al. a)); são válidos os negócios jurídicos próprios da vida corrente do menor, que, estando ao alcance da sua capacidade natural, só impliquem despesas, ou disposições de bens, de pequena importância (art. 127.º, al. b)); são válidos os negócios relativos à profissão, arte ou ofício que o menor tenha sido autorizado a exercer, ou os praticados no exercício dessa profissão, arte ou ofício (art. 127.º, al. c)); podem contrair validamente casamento, desde que tenham idade superior a 16 anos (art. 1601.º), sendo certo, todavia, que a oposição dos pais ou do tutor constitui um impedimento impeditivo, e como tal, não implicando a nulidade do acto, dá lugar à aplicação de sanções especiais (cfr. arts. 1604.º, al. a), 1627.º e 1649.º): podem fazer

testamento se emancipados (art. 2189.º); podem perfilhar quando tiverem mais de 16 anos (cfr. art. 1850.º, especialmente o n.º 2).

II — *Duração*. Com a Reforma de 1977, a incapacidade passou a terminar quando o menor atingir a idade de 18 anos ou for emancipado (ins. 122.⁸, 129.º, 130.º e 133.⁰), salvo se, na primeira hipótese, estiver pendente contra o menor, ao atingir a maioridade, acção de interdição ou inabilitação (art. 1318).

A antecipação da maioridade para os 18 anos, à semelhança do que acontece em muitos outros países ⁽²⁵²⁾, funda-se em várias razões. nomeadamente numa mais rápida maturação e maior independência dos jovens do nosso tempo, em virtude de uma escolaridade obrigatória mais prolongada, do desenvolvimento dos *nzass media*, etc., e na equiparação da maioridade civil à «maioridade eleitoral» activa e passiva (entre nós também de 18 anos, pelo que não fazia sentido poder-se ser, por exemplo, deputado com 18 anos e continuar, até aos 21 anos; a ser incapaz para reger a própria pessoa e dispor dos próprios bens).

Com a antecipação da maioridade para os 18 anos, o instituto da emancipação perdeu importância e razão de ser, porquanto não se julgou razoável reconhecer ao menor, abaixo dos 18 anos, a capacidade de exercício que a emancipação acarreta.

O único facto constitutivo da emancipação, admitido entre nós a partir da Reforma de 1977, é o casamento (art. 132.º). O legislador entendeu que, fixada a idade núbil nos 16 anos, conviria manter a emancipação resultante do casamento. com base na consideração de que à situação de casado convém a plena capacidade de exercício de direitos decorrente da emancipação.

III — *Efeitos*. Os negócios jurídicos praticados pelo menor contrariamente à proibição em que se cifra a incapacidade estão feridos de *an.ulabilidade* (art. 1258).

⁽²⁵²⁾ V França. Alemanha Itália, Inglaterra, Suécia. Dinamarca, etc. A esta tendência legislativa não foi estranha a Resolução n.º 29. de t9 de Setembro de 1972. do Conselho da Europa, em que se recomendou aos países membros a fixação dos 18 anos como início da maioridade. Cfr o n.º 6 do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro.

As pessoas com legitimidade para arguir essa anulabilidade são o representante do menor, dentro de um ano a contar do conhecimento do acto impugnado, o próprio menor, dentro de um ano a contar da cessação da incapacidade, ou qualquer herdeiro, igualmente dentro de um ano a contar da morte, se o hereditando morreu antes de ter expirado o prazo em que podia, ele próprio, requerer a anulação (art. 125.º) (253).

A anulabilidade pode ser invocada normalmente por via de excepção, sem dependência de prazo, se o negócio não estiver cumprido. Neste caso (invocação por via de excepção), a pessoa com legitimidade para arguir a anulabilidade não vem intentar uma acção para esse fim, mas defende-se com a referida anulabilidade, numa acção judicial em que se peça o cumprimento do acto ou este seja invocado.

O direito de invocar a anulabilidade é *preclusivo pelo comportamento malicioso* («*mulata supleat aclarem*») do menor, no caso de este ter usado de dolo ou má fé, a fim de se fazer passar por maior ou emancipado (art. 1265j). Entendemos que, nesta hipótese do artigo 1265, ficam inibidos de invocar a anulabilidade não só o menor mas também os herdeiros ou o representante. O especial merecimento da tutela da contraparte, que está na base da preclusão do direito de anular, implica que todos os legitimados sejam inibidos de exercer o direito de anulação. Não nos parece coerente com a *ratio* do preceito, nem dotada de justificação aceitável, a solução que pretende só se aplicar ao menor — e não já ao seu representante — a preclusão estabelecida no artigo 126.º No caso de o menor ter usado do dolo para se fazer passar por maior, a lei considera não existir — ou estar atenuado — o ónus geral de diligência do contratante que está em face do menor, donde resulta não ser invocável a anulabilidade, seja por quem for (2'4).

(253) O prazo de um ano para os herdeiros intentarem a acção de anulação começa a contar *a partir do momento da morte*, quer esta tenha ocorrido antes da maioridade ou da emancipação, quer se tenha verificado dentro do ano subsequente ao dia em que o menor se emancipou ou tornou maior.

(254) Entendendo que esta norma não visa impor uma espécie de sanção apenas ao menor, impedindo-o de invocar a anulabilidade, mas antes proteger contra o dolo os interesses do *Indivíduo Jurídico e do declaratório*, por estar atenuado o ónus de diligência deste último, cfr. também L. CARVALHO FERRAZDES, *Teoria geral do direito civil*, 32ª ed., Lisboa, 2001, págs. 320-322 e, implicitamente, já MÁRIO DE BRITO, *Código Civil ano-*

Por outro lado, não basta que o menor declare ou inculque ser maior. São necessários artificios, manobras ou sugestões de carácter fraudulento (cfr. o art. 2539, n.º 1).

IN' — *Corno se supre a incapacidade do menor.* A incapacidade do menor é suprida pelo instituto da representação (255).

Os meios de suprimento da incapacidade dos menores, através da representação, são, em primeira linha o *poder paternal e*, subsidiariamente, a *tutela* (art. 124:); eventualmente pode haver lugar à instituição, com os mesmos fins, do regime de *administração de bens* (art. 1922.º). Não pode hoje falar-se, como já foi suficientemente acentuado, de uma incapacidade nupcial dos menores (maiores de 16 anos), suprível pelo instituto da assistência. Quanto ao casamento, os menores ou estão feridos de uma incapacidade de gozo de direitos (menores de 16 anos), como tal insuprível, ou têm capacidade de gozo e capacidade de exercício, por a falta de consentimento dos pais não ser causa de anulabilidade, mas apenas de sanções especiais, previstas no artigo 1649.º

É claro que só é suprível a incapacidade dos menores na medida em que seja uma mera incapacidade de exercício. Quando se tratar de uma

Rido, vol. I. 1968, artigo 126a, pág. 139; noutro sentido, Pises DE LimA/ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, cit., art.º 12661 anot. 2. págs. 139 e seer Heinrich HORSTER, /1 *parte geral do Código Civil português*, cit., paz. 331. e A. NILacers Coa-DErlio, *Tratado de direito* I, tomo III. cit., pág. 405 (os herdeiros não podem invocar, mas os representantes podem, por não se lhes aplicar o princípio mó *queque*, de que a disposição seria um afloram:mo).

(218) Para a celebração do *contraio de trabalho*, o principio é o de que a capacidade se regula nos termos gerais, salvo o disposto no Códico do Trabalho. Nos termos do artigo 55.º deste dizimo, o menor que lenha completado 16 anos de idade e tenha concluído a escolaridade obrigatória pode celebrar por si o contrato de trabalho validamente. *salvo oposição escrita* dos seus representantes legais. Se não tiver completado 16 anos de idade ou não tiver concluído a escolaridade obrigatória (e cfr., para as condições de admissão ao trabalho com menos de 16 anos ou sem a escolaridade obligeaieoa, os arte. 55.º e 56" do Cód. do Trabalho), o contrato só é válido mediante *autorização escrita* dos seus representantes legais (podendo. quer a oposição referida, quer esta autorização, ser revogadas a todo o tempo). Nesta última hipótese depara-se-nos, pois, o instituto da *assistência*. Por outro lado, o menor tem capacidade para receber a retribuição devida pelo seu trabalho. salvo quando houver oposição escrita dos seus representantes legais (art. S.5", ni^r 5, do referido Código).

incapacidade de gozo (casamento, testamento, perfilhação), esta é insuperável. Nos domínios em que é reconhecida ao menor capacidade de exercício, este é admitido a agir por si mesmo.

— *Poder paternal*. O conteúdo do poder paternal está hoje regulado no artigo 1878.º, n.º 1, competindo *aos pais, no interesse dos filhos* ⁽²⁵⁶⁾, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, *representá-los*, ainda que nascituros, e *administrar os seus bens* (257).

O poder paternal pertence, pois, aos pais, não distinguindo a lei poderes especiais do pai ou da mãe em virtude do princípio da igualdade (cfr. art. 1901.º) (288).

Na nova sistemática, há a salientar a divisão «poder paternal relativamente à *pessoa* dos filhos» (arts. 1885.º a 1887.º-A) e «poder paternal relativamente aos *bens* dos filhos» (arts. 1888.º a 1900.º).

No domínio do poder paternal relativamente à *pessoa* dos filhos, salientam-se: o poder de *educar os filhos* (arts. 1885.º, 1886.º e 1878.º

(256) Esta funcionalização dos poderes atribuídos aos pais (poderes atribuídos aos pais, mas que os pais devem exercer no *interesse dos filhos*, isto é para realizarem os interesses dos filhos e não os seus próprios interesses) é que leva a qualificar esses poderes como *poderes-demeams ou poderesfuncionais* e não como *direitos subjectivos* (exercidos no interesse do próprio titular). CR, sobre esta distinção, *supra*, n.º 42.

(257) Cfr. artigo 1814.º, n.º 1. Entretanto, propondo, por um lado, no que respeita à capacidade de agir, que se fale, antes, do *princípio da capacidade de agir dos sujeitos menores de idade*, ainda que limitada a um determinado âmbito de actuação e, por outro lado, que se fale de *cuidado parental* em vez de «poder paternal». Rosa Andréa MARIINS, *Menoridade (a)capacidade e cuidado parental*, Diss. de Estudo, policop., Coimbra 2003: cfr. também Maria Clara SOTTOMAYOR *Exercício do poder paternal (relativamente à pessoa do filho após o divórcio ou a separação de pessoas e bens)*, 2.ª ed., Porto,.ucS, 2003.

(258) As Leis n.ºs 84195, de 31 de Agosto, e 59199, de 30 de Junho, alteraram os artigos 1905.º e 1906.º do Código Civil, sobre exercício do poder paternal em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, passando, com este último diploma, o poder paternal a ser exercido em comum por ambos os pais, desde que obtido o seu acordo, decidindo as questões relativas à vida do filho em condições idênticas as que vigoram para tal efeito na constância do matrimónio. A Lei n.º 84/95 aditou também ao Código Civil um novo artigo 1887.º-A, nos termos do qual Os pais não podem injustificadamente privar os filhos do convívio com os irmãos e ascendentes»

do Cód. Civil e arts. 36.º, n.º 5, e 67.º, n.º 2. al. *cj*, da Constituição); o poder de custódia. ou seja, de guardar os filhos na sua própria casa ou lugar à sua escolha, podendo os pais, se os filhos abandonarem o lar. reclamá-los — *ius in personanz* (art. 1887.º); o direito ao respeito mútuo (art. 1874.º).

No domínio do poder paternal relativamente aos *bens* dos filhos. salientam-se: o poder de administração dos bens (arts. 1878.º, n.º 1, e 1897.º) e o recíproco dever de alimentos (arts. 1874.º e 1878.º, n.º 1). De mencionar a inexistência. hoje, de qualquer *usufruto legal dos pais sobre os bens dos filhos*, embora possam utilizar o seu rendimento nos termos do artigo 1896.º, isto é, na satisfação de necessidades da família (259).

Comuns ao poder paternal (pessoal e patrimonial) são o poder de representação (arts. 1878.º e 1881?) e o poder de autoridade ou de comando a que os filhos devem obediência (art. 1878.º, n.º 2).

Estão excluídos da administração dos pais certos bens mencionados no artigo 1888.º O artigo seguinte (1889.º) enumera actos cuja validade depende de autorização do tribunal: trata-se de actos mais graves, relativamente aos quais se entendeu conveniente controlar a actuação dos pais ⁽²⁶⁰⁾. Outra limitação resulta do artigo 1892.º. mera *concretização da proibição genérica do negócio consigo mesmo* (art. 261.º).

As infracções aos artigos 1889.º e 1892.º geram a *anulabilidade* dos respectivos actos, nos termos dos artigos 1893? e 1894.º

VI — *Tutela*. A tutela é o meio normal de suprimento do poder paternal. Deve ser instaurada sempre que se verifique alguma das situações previstas no artigo 1921.º Estão nela integrados o tutor, o protutor, o conselho de família e, como órgão de controlo e vigilância, o tribunal de menores.

O tutor — órgão executivo da tutela — tem poderes de representação abrangendo, em princípio, tal como os do pai, a generalidade da esfera jurídica do menor. O poder tutelar é, todavia, menos amplo que

⁽²⁵⁹⁾ Este direito de utilização limitado de rendimentos de bens dos filhos não é um poder-dever ou poder funcional, mas um verdadeiro direito subjectivo.

⁽²⁶³⁾ Merece especial atenção o disposto no n.º 2 do artigo 1889.º. por se tratar de *solução de urna questão controvertida*. Estabelece o referido n.º 2 que a *aplicação de dinheiro ou capitais* do menor na aquisição de bens é permitida ao pai.

o poder paternal. As suas limitações resultam, fundamentalmente, dos artigos 1937.º e 1938.º.³ Há certos actos que são vedados ao tutor e que o pai pode praticar, pelo menos com autorização judicial (ex.: art. 1937.3, al. c)); há actos que o pai pode praticar livremente, devendo o tutor solicitar autorização judicial (p. ex.: aplicação de capitais do menor na aquisição de bens — art. 1938.º, al.); aceitação de heranças, sem encargos — al. ein nos casos em que o tutor necessite de autorização do tribunal de menores, exige-se um parecer prévio do conselho de família; etc.

As sanções para a infracção das proibições impostas ao tutor constam dos artigos 1939.º e 1940.º e variam conforme os casos, sendo predominantemente *invalidades de tipo misto* e não puras nulidades ou anulabilidades.

VII — *Administração de bens*. A instituição da administração de bens, como meio de suprimento da incapacidade do menor, terá lugar, coexistindo com a tutela ou com o poder paternal, nos termos do artigo 1922.º:

- a) Quando os pais, mantendo a regência da pessoa do filho, foram excluídos, inibidos ou suspensos da administração de todos os bens do menor ou de alguns deles;
- b) Quando a entidade competente para designar o tutor confie a outrem, no todo ou em parte, a administração dos bens do menor (262).

A designação do administrador de bens é regulada nos artigos 1967.º e 1968.º. O administrador é o representante legal do menor nos actos relativos aos bens cuja administração lhe pertença e os seus poderes são idênticos aos do tutor (art. 1971.º).

58. Incapacidade dos interditos

I — *Quem pode ser interdito*. A incapacidade resultante de interdição é aplicável apenas a maiores, pois os menores, embora dementes,

(²⁶¹) Este instituto da administração de bens permite, assim, em coexistência com o poder paternal ou com a tutela, confiar a gestão de certos bens ou valores a pessoa especialmente qualificada.

surdos-mudos ou cegos, estão protegidos pela incapacidade por menoridade. A lei permite, todavia, o requerimento e o decretamento da interdição dentro do ano anterior à maioridade (art. 138.", n.º 2).

São fundamentos de interdição as situações de anomalia psíquica (abrangendo, portanto, deficiências do intelecto, da afectividade ou da ■ outade), surdez-mudez ou cegueira, quando pela sua gravidade tornem o interditando incapaz de reger a sua pessoa e bens (art. 138f). Quando a anomalia psíquica não vai ao ponto de tornar o demente inapto para a prática de todos os negócios. ou quando os reflexos da surdez-mudez ou da cegueira sobre o discernimento do surdo-mudo ou do cego não excluem totalmente a sua aptidão para gerir os seus interesses. o incapaz será *inabilitado*.

As deficiências fisio-psíquicas que são fundamento da interdição devem ser *habituais ou duradouras* — o que não significa, pelo menos quanto à interdição por anomalia psíquica, continuidade absoluta. sem remissões — e *actuais*.

Não basta todavia a existência das deficiências naturais, referidas no artigo 138.º, para existir a incapacidade. Torna-se necessária uma sentença judicial que, no termo de um processo especial. declare a incapacidade. Só então existirá a *interdição* e, conseqüentemente, a incapacidade de exercício de direitos. O Código Civil de 1966 não faz qualquer referência à possibilidade de interdições parciais, pelo que parece haver lugar apenas à alternativa *interdição ou inabilitação*, consoante a gravidade das deficiências.

O regime da incapacidade por interdição é idêntico ao da incapacidade por menoridade, quer quanto ao valor dos actos praticados em contravenção da proibição em que ela se cifra. quer quanto aos meios de suprir a incapacidade (art. 139.º).

II — *Como se supre a incapacidade dos interditos*. A incapacidade é suprida mediante o instituto da *representação legal*. Estabelece-se uma tutela regulada pelas mesmas normas que regulam a dos menores e que é deferida pela ordem estabelecida no artigo 143.º Poderá ter lugar eventualmente a administração de bens. Quando a tutela recair nos pais, estes exercem o poder paternal como se o interdito fosse menor. A competência atribuída ao tribunal de menores, no funcionamento da representação legal dos menores, é deferida, no que se refere à incapacidade dos interditos, ao *tribunal comum* (art. 140.º).

A sentença de interdição definitiva deve ser registada, sob pena de não poder ser invocada contra terceiro de boa fé (art. 147.º).

É óbvio que só é suprível uma incapacidade de exercício de direitos. Por isso, quanto ao casamento, não há possibilidade de suprimimento da incapacidade dos interditos por anomalia psíquica (art. 1601.⁰, al.)); estamos perante uma incapacidade negocial de gozo. Só os interditos por surdez-mudez ou cegueira têm plena capacidade matrimonial. Também, quanto ao testamento, só os interditos por anomalia psíquica estão feridos de uma incapacidade do tipo incapacidade de gozo, tendo os surdos-mudos e cegos capacidade testamentária de gozo e de exercício.

Não há qualquer lugar para o instituto da assistência no suprimimento duma incapacidade por interdição.

59. Valor dos actos praticados pelo interdito ⁽²⁶²⁾

I — O regime legal, aplicável à generalidade dos negócios jurídicos, obriga-nos a distinguir três períodos.

a) *Depois do registo da sentença de interdição definitiva.* Os negócios jurídicos praticados neste período estão feridos de *anulabilidade* (art. 148.º). O Código de Seabra declarava-os «nulos de direito», fórmula que, sugerindo embora a «nulidade absoluta», era, por força do elemento sistemático de interpretação, entendida no sentido de *nulidade relativa (anulabilidade)* sem mais averiguações. O regime, era, portanto, igual ao da nova lei.

Quanto ao prazo para a invocação da anulabilidade, e às pessoas com legitimidade para a arguir, é aplicável, por força do artigo 139.º,

⁽²⁶²⁾ Sobre a matéria deste número, na vigência do Código de Seabra, cfr. Carlos Alberto da MOTA PINTO. «Valor dos actos jurídicos dos dementes». in *RDES*, ano XII (1965). Entretanto, numa perspectiva reformista, dando conta de alterações ocorridas em vários países e propondo soluções à margem da tutela e de curatela para pessoas com «capacidade diminuídas em virtude de anomalia psíquica. Paula Vítor, *A administração do património das pessoas com capacidade diminuída em razão de anomalia psíquica — uma aproximação civilística às soluções à margem da tutela e da curatela*, Diss. do Mestrado, policop., Coimbra, 2004; cfr. ainda Raúl Criei-ARO AINES, *Alguns aspectos do instituto de interdição*, in «Direito e Justiça», Lisboa, 1995. págs. 131 e segs., e sobretudo A. MENEZES CORDECO. *Tratado*, tomo III, cit., págs. 409, segs.

com as necessárias adaptações, o artigo 125.º Podem assim requerer a anulação o representante do interdito durante a vigência da interdição, no prazo de um ano a contar do conhecimento do negócio, o próprio interdito, no prazo de um ano a contar do levantamento da interdição, e qualquer herdeiro deste, no prazo de um ano a contar da morte do incapaz ⁽²⁶³⁾. Trata-se, por outro lado, de uma invalidade sanável por confirmação das pessoas com legitimidade para a invocar.

A anulação não pode ser excluída mediante a alegação de intervalo lúcido do demente, falta de prejudicialidade do acto ou desconhecimento, pela contraparte, da interdição.

b) Na pendência do processo de interdição. Se o acto foi praticado depois de publicados os anúncios da proposição da acção, exigidos no artigo 945.º do Código de Processo Civil, e a interdição vem a ser decretada, haverá lugar à anulabilidade, desde que *ase mostre que o negócio causou prejuízo ao interdito*» (art. 149.º).

A exigência da prejudicialidade do acto constava já do artigo 956.", n.º 2, do Código de Processo Civil. A doutrina punha o problema de saber se o prejuízo se devia apreciar com referência ao momento em que o acto foi praticado ou se se devia fazer uma apreciação actual, isto é, no momento em que se decidia sobre a anulação.

Fosse qual fosse a melhor solução, não há dúvida que a interpretação mais chegada ao texto do artigo 956.º do Código de Processo Civil era a que permitia a anulação de negócios que, tendo sido embora celebrados nas condições em que o faria uma pessoa normal e sensata, se vieram a tomar desvantajosos para o interdito por força de eventualidades posteriores. Em face do artigo 149.º do Código Civil é de afastar tal solução que, aliás, segundo a melhor interpretação da lei, e não obstante as ilações do elemento literal, já se não poderia admitir para o artigo 956.º do Código de Processo Civil.

Nestes termos, os negócios praticados pelo interdicendo, na pendência do processo de interdição (*rectius*, entre a publicação dos anúncios da propositura da acção e o registo da sentença de interdição defi-

⁽²⁶³⁾ É evidente que os herdeiros só poderão invocar a anulabilidade se a morte do incapaz decorreu estando este interdito ou tendo sido a interdição levantada há menos de um ano antes da morte,

nitiva), só serão anuláveis se forem considerados prejudiciais *numa apreciação reportada ao momento da prática do acto, não* se tomando em conta eventualidades ulteriores (p. ex.: valorização dum terreno, etc.) que tornariam agora vantajoso não o ter realizado.

A apreciação do prejuízo no momento da conclusão do negócio impõe-se, quer por força do elemento gramatical de interpretação (art. 1494: «*causou prejuízo*»), quer por força do elemento racional. É a solução mais conforme à *ratio juris* do artigo 1494, pois a exigência do requisito prejuízo visa evitar que, à volta dos interdicendos, se forme um vácuo, que estes sejam postos corno que em quarentena pelos restantes indivíduos, perigo particularmente impressionante quanto é certo poder acabar por se reconhecer tratar-se de pessoas normais. Se os actos posteriores à propositura da acção fossem anuláveis sem mais requisitos, ou mediante a simples prova da cognoscibilidade da demência — artigos 1504 e 257.º —, ninguém quererá contratar com um interdicendo, sujeito, como estaria, a ver o negócio desabar, e, por este motivo, os interdicendos dificilmente poderiam gerir os seus interesses. Sendo este o fundamento daquela exigência, resulta claramente que o prejuízo deve aferir-se *relativamente ao momento da conclusão do negócio* (464).

O prejuízo verificar-se-á, quanto aos negócios onerosos, sempre que um contratante sensato e prudente na gestão dos seus bens não teria celebrado o negócio naqueles termos. E quanto aos negócios gratuitos como as doações? O problema já foi discutido e decidido pelos tribunais. M.A3:12EL DE ANDRADE sustentou a opinião ⁽²⁶¹⁾, segundo a qual as doações devem considerar-se *sempre* prejudiciais ao interdito, para efeito de anulação dos actos, mesmo que as circunstâncias concretas da sua realização tornassem razoável a prática daquele acto por uma pessoa normal. Esse ponto de vista parece impor-se também hoje, pois uma doação, seja qual for a sua justificação moral importa sempre, irremediavelmente, um empobrecimento imediato do doador, podendo eventualmente, por força de ulteriores vicissitudes, causar-lhe grave dano.

⁽²⁶¹⁾ Se o negócio foi cumprido, o tutor pode arguir a anulabilidade no prazo de um ano, a contar do do conhecimento do acto, mas, obviamente, o prazo só corre a partir do registo da sentença.

⁽³⁶⁵⁾ Consagrada no Acórdão do STJ de 26 de Julho de 1955. in *Ria*, ano 73.º, pkgs. 307 a segs.

c) *Anteriormente à publicidade da acção.* Acerca do regime destes actos, isto é, acerca das condições da sua anulação, rege o aniso 150.§. cuja estatuição remete para o disposto acerca da incapacidade accidental. A incapacidade accidental está prevista e regulada no artigo 2577, nos termos do qual a declaração negociai feita por quem se encontrava acidentalmente incapacitado de entender o sentido dela ou não tinha o livre exercício da sua vontade é anulável, desde que o facto seja notório ou conhecido do declaratário (266).

Não há portanto que fazer hoje qualquer distinção entre a hipótese de o incapaz por anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira vir a ser ulteriormente interdito e a hipótese de nunca chegar a ser decretada a interdição. ao contrário do que resultava do artigo 335.º e § único do Código de 1867. Em qualquer das hipóteses, a anulabilidade tem, como condições necessárias e suficientes, os seguintes requisitos:

1) Que, *no momento do acto*, haja uma incapacidade de entender o sentido da declaração negociai ou falte o livre exercício da vontade.

2) Que a incapacidade natural existente seja *notória ou conhecida do declaratário* (contraparte nos contratos, destinatário da declaração nos negócios unilaterais receptícios, destinatário dos efeitos da declaração nos negócios unilaterais não receptícios). O requisito *notoriedade* era já exigido no artigo 335.º do Código de Seabra e a determinação do seu sentido originou correntes doutrinárias diversas. O n.º 2 do artigo 257.º não dá margem às dúvidas então surgidas, pois esclarece que notório é um facto que uma pessoa de normal diligência teria podido notar.

Em face do exposto, resulta que, para a anulabilidade destes actos, *não basta a prova da incapacidade natural*, ao contrário do que, para o sistema do Código de 1867, chegou a sustentar (cremos que sem razão) MANUEL DE ANDRADE. Exige-se igualmente, para tutela da boa fé do declaratário e da segurança jurídica, a *prova da cognoscibilidade da incapacidade*.

(266) Cfr, para um caso de anulação de actos com fundamento em demência senil reconhecível pelo declaratário, já antes da acção de interdição (c não se tendo provado que os actos foram praticados em intervalos lúcidos). o Acórdão do STJ de 5 de Julho de 2001. in *CJ-STJ*, 2001, 11, 1)4 152

Por outro lado, não bastará demonstrar um estado habitual de insanidade de espírito, na época do negócio. Toma-se necessário provar a existência de uma perturbação psíquica no momento em que a declaração de vontade foi emitida, prova que será difícil.

Também parece evidente não ser exigível a prova de qualquer prejuízo para o incapaz, requisito este necessário para a anulação dos actos praticados na pendência do processo. Na vigência do Código de &a-bra a exigência desse pressuposto era afirmada por certa doutrina (E PIRES DE LIMA, 1. GALVÃO TELLES) e acatada em alguma jurisprudência. Cremos, todavia, que já então esse requisito — prejudicialidade — não era necessário e em face do Código de 1966 não podem subsistir dúvidas quanto à sua desnecessidade, quer porque o teor do artigo 257.º não lhe faz qualquer referência, quer porque a *rufio* da sua exigência para os actos praticados na pendência da acção de interdição não impõe que a mesma exigência seja estendida aos actos anteriores à acção.

II — Quanto *a alguns actos em especial*. Estão desprovidos de capacidade para o casamento. a perfilhação ou o testamento os interditos por anomalia psíquica (arts. 1601.º, 1850.º e 2189.º). Trata-se de uma incapacidade jurídica insuprível. Os restantes interditos têm plena capacidade para a prática daqueles actos.

E existindo uma anomalia psíquica, mas não estando o demente interdito, *quid juris?*

Para a casamento e a perfilhação, haverá incapacidade desde que haja demência notória e, no primeiro caso, mas não já no segundo, mesmo que o acto seja praticado num intervalo lúcido (arts. 1601.º, al. e 1850.º). O sentido do requisito «notoriedade», nestas hipóteses, não pode ser o mesmo da regulamentação geral dos negócios jurídicos (art. 257Y), visto que se trata, nestes casos, de negócios em que a tutela do incapaz deve primar sobre a protecção das expectativas do declaratório (*negócios fora do comércio jurídico*). Pretende-se que se trate de uma demência *inequívoca, sem dúvidas*, mesmo que não seja cognoscível pelo declaratório.

Para o testamento, só os interditos por anomalia psíquica são directamente considerados incapazes. Na hipótese de incapacidade natural, mas faltando a interdição, o acto poderá, porém, ser anulado desde que se verifiquem os pressupostos da incapacidade acidental (art. 2199.º), entre

os quais se não inclui qualquer exigência de notoriedade ou conhecimento de anomalia.

As consequências da celebração de qualquer destes negócios pelo incapaz são a anulabilidade no casamento e na perfilhação (arts. 1631.", al. a), e 1861.º) e, para o testamento, a nulidade no caso de interdição (art. 2190.º) e a anulabilidade no caso de incapacidade accidental (art. 2199.º).

60. Quando cessa a incapacidade dos interditos

A incapacidade dos interditos não termina. sem mais, com a cessação da incapacidade natural. Toma-se necessário o *levantamento da interdição*. Podem requerer o levantamento o próprio interdito ou qualquer das pessoas com legitimidade para requerer a interdição (art. 151.º).

61. Incapacidade dos inabilitados

I — As inabilitações são uma fonte de incapacidade introduzida pelo novo Código Civil. não existindo na legislação anterior. Resultam, tal como as interdições, de uma decisão judicial.

II — *Quando tem lugar a incapacidade dos inabilitados*, As pessoas sujeitas a inabilitação estão indicadas no artigo 1523: indivíduos cuja anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira, embora de carácter permanente, não seja tão grave que justifique a interdição; indivíduos que se revelem incapazes de reger o seu património por habitual prodigalidade ou pelo abuso de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes.

A primeira categoria (anomalias psíquicas, surdez-mudez ou cegueira que provoquem uma mera fraqueza de espírito e não urna total inaptidão do incapaz) abrange as hipóteses em que. no domínio do Código de 1867, teria lugar uma interdição parcial (art. 314.", § único, deste Código).

A segunda categoria — habitual prodigalidade — abrange os indivíduos que praticam habitualmente actos de delapidação patrimonial (não confundir com a administração infeliz ou pouco perspicaz). Trata-se da prática de actos de dissipação, de despesas desproporcionadas aos

rendimentos ⁽²⁶⁷⁾, improdutivas e injustificáveis ⁽²⁶⁸⁾. Deixou de se formular, quanto aos pródigos, uma exigência que o Código de Seabra estabelecia para a sua interdição: serem casados ou terem herdeiros legítimos.

A terceira categoria — abuso de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes — representa uma inovação do Código Civil, pois anteriormente tais pessoas não podiam ser declaradas incapazes, salvo quando as repercussões psíquicas daqueles vícios atingissem os extremos fundamentadores da interdição por demência. O abuso de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes tem de importar uma alteração do carácter, ainda que traduzida apenas na anormal dependência dessas drogas, sem o que não pode haver inabilitação; deve, por outro lado, atender-se ao estado *actual* do sujeito e não à eventualidade de uma deterioração futura.

Em qualquer dos casos basta que se prove a existência de um perigo actual de actos prejudiciais ao património, mesmo que se não tenha verificado ainda um dano concreto.

III — *Extensão da incapacidade*. A inabilitação abrangerá os actos de disposição de bens entre vivos (está, pois, excluído o testamento e parece que os pactos sucessórios na limitada medida em que a nossa lei os admite, bem como os actos não patrimoniais) e os que forem especificados na sentença, dadas as circunstâncias do caso (art. 153.º) ⁽²⁶⁹⁾.

⁽²⁶⁷⁾ Se as despesas são de «mance muito &evado, mas cabem dentro do rendimento da pessoa. não há prodigalidade: não é pródigo quem gasta — gaste o que gastar — do rendimento. É necessário que as despesas ultrapassem o rendimento e ponham em risco o capital.

Vé Acentua-se que se deve atender à finalidade das despesas. não havendo prodigalidade se os actos, embora ruinosos. têm um fim digno ou nobre. Há, porém, que atender ao sentimento ético-social e parece que este poderá qualificar de prodigalidade o excessivo dispêndio. mesmo dirigido a fins não frívolos. Na fórmula das Ordenações Filipinas é pródigo quem «desordenadamente gasta» ou «destrói a sua fazenda».

No Acórdão da Relação de Lisboa de 18 de Janeiro de 2000 entende-se por prodigalidade a «existência de uma propensão para a dissipação desregrada de bens, quer em proveito próprio, quer em proveito alheio, salientando-se que o ónus da prova cabe aos que alegam a sua existência» (2000. 1, pág. 81).

⁽²⁶⁸⁾ Como sabemos, a inabilitação pode, em casos contados, produzir uma incapacidade de gozo. Assim. p. ex., cfr., para os inabilitados por anomalia psíquica, os arti-

Pode, todavia, a própria administração do património do inabilitado ser-lhe retirada e entregue ao curador (art. 154.º).

IV — *Verificação e determinação judicial da inabilitação.* A incapacidade dos inabilitados não existe pelo simples facto da existência das circunstâncias referidas no artigo 152.º Torna-se necessária uma sentença de inabilitação, no termo de um processo judicial, tal como acontece com as interdições. A sentença pode determinar uma extensão maior ou menor da incapacidade.

— *Meios de suprir a incapacidade.* A incapacidade dos inabilitados é suprida, em princípio, pelo instituto da assistência, pois estão sujeitos a autorização do curador os actos de disposição entre vivos, bem como os especificados na sentença (art. 153.º). Pode, todavia, determinar-se que a administração do património do inabilitado seja entregue pelo tribunal ao curador (art. 154.º, n.º 1). Neste caso funciona, como forma de suprimento da incapacidade, o instituto da representação. A pessoa encarregada de suprir a incapacidade dos inabilitados é designada pela lei por curador.

Constata-se, portanto, que, à distinção entre inabilitações e interdições, não corresponde, necessariamente, uma diversidade das formas do respectivo suprimento, pois se é certo que nas inabilitações tem lugar, tendencialmente, a assistência, pode, todavia, intervir, tal como nas interdições, a representação.

VI — *Valor dos actos praticados pelo inabilitado.* A lei não regula directamente este problema, sendo aplicáveis as disposições que vigoram acerca do valor dos actos dos interditos, por força do artigo 156.º Há que aplicar, portanto, os artigos 148.º, 149.º e 150.º (este último raramente poderá conduzir à anulação nos casos de inabilitação).

As características da anulabilidade são, com as necessárias adaptações, as do artigo 1255', aplicável por remissão dos artigos 139.º e 156.º

gos 1601^b, a/ 1913^o n.º 1. al para os inabilitados por orodialidade os a^{ex}-
gos 1933.", n.º 2. e 1970^b al. a)

62. Quando cessa a incapacidade dos inabilitados

I — A incapacidade só deixa de existir quando for *levantada a inabilitação*.

O artigo 155.º contém, acerca do levantamento da inabilitação, um regime particular. Estabelece-se que, quando a inabilitação tiver por causa a prodigalidade ou o abuso de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes, o seu levantamento exige as condições seguintes:

a) Prova de *cessação daquelas causas de inabilitação*;

i) Decurso de um *prazo de 5 anos* sobre o trânsito em julgado da sentença da inabilitação ou da sentença que desatendeu um pedido anterior de levantamento.

Qual a razão da exigência deste prazo e da sua limitação às referidas causas de inabilitação, não se exigindo o mesmo para o levantamento das interdições ou da inabilitação por anomalia psíquica?

Pretende-se sujeitar o inabilitado a um período de prova, para evitar o risco de dissimulação ou fingimento, acerca da sua regeneração. Tal risco não existe, dadas as causas respectivas, nas interdições e na inabilitação por anomalia psíquica (27°).

II — No regime do Código de 1867 discutia-se se a interdição por prodigalidade cessava quando o pródigo deixasse de ser casado ou de ter herdeiros legítimos, pois a interdição pressupunha essa situação. Hoje o problema não tem cabimento, dado que não se exige para a inabilitação que o pródigo seja casado ou tenha herdeiros forçosos.

63. Incapacidades (ilegitimidades) conjugais

I — As restrições à livre actuação jurídica derivadas do casamento são tradicionalmente designadas por incapacidades. Integram-se na categoria que a doutrina francesa denomina «*incapacités de défiance*»

(2,0) Cfr a este propósito. M. DE ANDRADE,

ou de *defensa social*», por serem determinadas em ordem à tutela de terceiros, em contraposição à figura das *incapacidades de proteção*, que visam tutelar os interesses do próprio incapaz. Com efeito, resulta do regime destas proibições, em conformidade com as realidades da vida, que se não pretende defender os cônjuges contra uma incapacidade natural, aliás, inexistente, mas proteger os interesses do outro cônjuge e da família. Mais correctamente se falará, a este respeito, de ilegitimidade (271).

II — A aplicação do princípio da igualdade dos cônjuges (art. 13.º e 36.º, n.º 3. da Constituição), no domínio da administração e da alienação dos bens do casal, alterou profundamente as soluções do direito anterior, pondo termo à distinção ilegitimidade marital-ilegitimidade uxória, para colocar em plena igualdade de situação marido e mulher.

Com a Reforma de 1977, a regra da administração dos bens do casal passou a ser esta: cada um dos cônjuges tem a administração dos seus bens próprios (art. 1678.º, n.º 1), pertencendo a ambos (em conjunto) a administração dos bens comuns (art. 1678.º, n.º 3, 2ª parte).

Esta regra tem, contudo, algumas excepções.

Assim, quanto à administração dos *bens próprios*, cada um dos cônjuges tem a administração:

- 1) dos bens *próprios do outro* cônjuge, por ele exclusivamente utilizados como instrumento de trabalho (art. 1678.º, al. e));
- 2) dos bens *próprios do outro* cônjuge, se este se encontrar impossibilitado de exercer a administração por se achar num lugar remoto ou não sabido, ou por qualquer outro motivo (art. 1678)), al. f));

É clássica a integração das proibições de livre actuação jurídica dos cônjuges na categoria das incapacidades. Na doutrina moderna (I. GALA, JO TELLERES, E. PEREIRA COELHO, mas já também uma alusão, no mesmo sentido, de MANUEL DE ANDRADE, *ob. cit.* pág. 119), assinalou-se ser essa qualificação apropriada, por as chamadas incapacidades conjugais serem antes *illegitimidades*. Sobre este conceito. cfr. n.º 67. No Código de 1966 aflora-se esta última terminologia (ilegitimidade). Cfr. artigos 1682.º, 1687.º e 1690.º

- 3) dos *bens próprios do outro* cônjuge, se este lhe conferir por mandato esse poder.

Quanto à administração dos bens comuns, à regra (administração conjunta) opõem-se as seguintes exceções:

- 1) cada um dos cônjuges tem legitimidade para a prática de actos de *administração ordinária* (art. 1678.º, ^{1.º} 3, parte);
- 2) cada um dos cônjuges tem a administração:
 - a) dos proventos que receba pelo seu *trabalho* (art. 1678.º, n.º 2, al. a));
 - b) dos seus *direitos de autor* (art. 1678.º, n.º 2, al. b));
 - c) dos bens *comuns por ele levados* para o casamento ou adquiridos a *Mulo gratuito* depois do casamento, bem como dos sub-rogados em lugar deles (art. 1678.º, n.º 2, al. c));
 - d) dos bens que tenham sido doados ou deixados a ambos os cônjuges *com exclusão da administração do outro* cônjuge, salvo se se tratar de bens doados ou deixados por conta da legítima desse outro cônjuge (art. 1678.º, n.º 2, al. e));
 - e) dos bens *móveis comuns* por ele exclusivamente utilizados como *instrumento de trabalho* (art. 1678.º, n.º 2, al. f));
 - l) dos bens *comuns* se o outro cônjuge se encontrar *ausente ou impossibilitado* (art. 1678.º, n.º 2, al. J). *a fortiori*);
 - g) dos bens *comuns* se o outro cônjuge lhe *conferir por mandato* esse poder (art. 1678.º, n.º 2, al. g), *a fortiori*).

As regras de administração dos bens do casal (art. 1678.º) são de ordem pública e, como tal, inderrogáveis por convenção antenupcial (art. 1699.º, n.º 1, al. e)).

Apesar destas profundas alterações, o casamento continua a ser fonte de ilegitimidades conjugais. só que agora em condições de plena igualdade de situação do marido e da mulher. Tais ilegitimidades (para negócios entre vivos (²⁷²)) constam dos artigos 1682.º, 1682ú-A. 1682.º-B e 1683.º.

P²) Para as disposições do cônjuge para depois da morte, ver o artigo 1685.º

Assim, carecem do consentimento de ambos os cônjuges, em *qualquer regime* de bens, inclusive no regime de separação:

- a) a alienação ou oneração de móveis (próprios ou comuns) *utilizados conjuntamente* por ambos os cônjuges na vida do lar ou como *instrumento comum de trabalho* (art. 16822. n.º 3, al. a));
- b) a alienação ou oneração dos móveis próprios ou comuns de que *não tenha a administração* (art. 1682.º, n.º 2 e n.º 3, al. b));
- c) a alienação, oneração, arrendamento ou constituição de outros direitos pessoais de gozo sobre a casa de morada da família (art. 16828-A, n.º 2);
- d) a disposição do direito ao arrendamento da casa de morada da família (art. 16821)-B).

Carecem do consentimento de ambos os cônjuges, apenas nos regimes de comunhão (geral ou de adquiridos), mas *não já no regime de separação* de bens:

- a) a alienação, oneração, arrendamento ou constituição de outros direitos pessoais de gozo sobre imóveis próprios ou comuns (art. 1682.º-A, n.º 1, al. a));
- b) a alienação, oneração ou locação do estabelecimento comercial próprio ou comum (art. 1682.º-A, n.º 1, al. b));
- c) o repúdio de heranças ou legados (art. 16838, n.º 2).

III — Como se supre a ilegitimidade conjugal. A ilegitimidade conjugal supre-se pelo consentimento do outro cônjuge (arts. 1682; 1. n.º⁵ 1 e 3, 1682.º-A e 1682.º-B) O consentimento conjugal, que deve ser *especial* para cada acto, está sujeito à forma exigida para a procuração (²⁷³) e pode ser judicialmente suprido (²⁷⁴), havendo injusta recusa, ou impossibilidade, por qualquer causa, de o prestar (art. 1684.º).

(²⁷³) Isto é, a forma exigida para o respectivo negócio ou acto jurídico (art. 262 n.º 2). Habitualmente exige-se a intervenção conjunta e simultânea dos dois no acto a realizar.

Cfr. artigo 1425.º do Código de Processo Civil

IN' — *Sanções da ilegitimidade conjugal*. De acordo com o artigo 1687.^o, os actos praticados contra o disposto nos n.ºs 1 e 3 do artigo 16822, nos artigos 16822-A e 1682.³-B e no n.º 2 do artigo 1683.^o, são *anuláveis* a requerimento do cônjuge que não deu o consentimento ou dos seus herdeiros (n.º 1), nos *seis meses* subsequentes à data em que o requerente teve conhecimento do acto, mas nunca depois de decorridos *três anos* sobre a sua celebração (n.º 2) (273)

A alienação ou oneração de bens (móveis ou imóveis) próprios do outro cônjuge, feita sem legitimidade, são aplicáveis as regras relativas à alienação de coisa alheia — isto é, são nulas nos termos dos artigos 892.^o e segs.

De notar a protecção do terceiro adquirente de boa fé. em caso de alienação ou oneração de móvel não sujeito a registo feita apenas por um dos cônjuges, quando é exigido o consentimento de ambos, através da inoponibilidade da respectiva anulabilidade (art. 1687.^o, n.º 3).

64. Incapacidades acidentais

As incapacidades ocasionais ou transitórias eram previstas e reguladas no artigo 353.^o do Código de Seabra. Não se exigia o conhecimento ou cognoscibilidade pelo declaratório da incapacidade (276) mas, por outro lado, protegiam-se os interesses da contraparte, estabelecendo um prazo curtíssimo para a anulação.

O actual Código não inclui a regulamentação da incapacidade acidental (art. 257.^o) na secção relativa às incapacidades; regula-a conjuntamente com as várias hipóteses de falta ou vícios de vontade na declaração negociai. Com efeito, naquela secção incluiu os modos de ser ou qualidades permanentes da personalidade, cada um deles fundamentando um *sinais* (menor, interdito, inabilitado), e considerou mais lógica a arrumação da incapacidade acidental. ao lado do erro, do dolo ou da coacção.

Qual a hipótese do artigo 257.^o3

(275) A an(dabilicilacié é sanável mediante *confirmação* (ar.: 288.^o).

(275) Sendo perfeitamente possível a hipótese do desconhecimento ou da não cognoscibilidade da prEvação acidental do uso da razk, desde logo, nos con:ratos entre ausentes.

Abrange todos os casos em que a declaração negocia! é feita por quem, devido a qualquer causa (embriaguez, estado hipnótico, intoxicação, delírio, ira, etc.), estiver transitoriamente incapacitado de representar o sentido dela ou não tenha o livre exercício da sua vontade (77).

Qual a estatuição respectiva? (278)

Os actos referidos são anuláveis desde que o facto seja notório (cognoscível) ou conhecido do declaratório. A anulação está sujeita ao regime geral das anulabilidades (arts, 287.º e segs.), pois não se prescreve qualquer regime especial — designadamente o direito de, invocar a anulabilidade caduca, estando o negócio cumprido, se não for exercido dentro do ano subsequente à cessação da incapacidade accidental.

65. Valor dos negócios jurídicos indevidamente realizados pelos incapazes

I — *Tratando-se de urna incapacidade jurídica (ou de gozo de direitos)*. Os negócios feridos duma incapacidade jurídica negociai (incapacidade de gozo) são *nulos* (279).

A lei não o diz de uma forma genérica, mas é essa a solução geralmente defendida e a que se impõe, dada a natureza dos interesses que determinam as incapacidades de gozo. Poderá encontrar-se-lhe fundamento legal no artigo 294.º, do qual resulta ser a anulabilidade uma forma de invalidade excepcional.

Para alguns negócios a lei resolve expressamente o problema. Assim, para o testamento, o artigo 2190.º prescreve a nulidade. Para o casamento, o artigo 1631,º, alínea *a* estatui a solução da anulabilidade e o mesmo se determina no artigo 1861.º para a perfilhação, mas este regime não contraria decisivamente a regra geral atrás indicada, pois

⁽²⁷⁷⁾ Cabem ainda na previsão legal os casos em que um indivíduo, não interdito nem habilitado, com uma anomalia psíquica, realiza um negócio jurídico, salva a hipótese de o fazer num intervalo lúcido.

⁽²⁷⁵⁾ Sabemos que o regime destas incapacidades é aplicável, por força do artigo 150f, aos actos praticados pelo interdito antes de anunciada a proposição da acção.

⁽²⁷⁹⁾ A distinção entre a nulidade e a anulabilidade corresponde á clássica distinção entre nulidade absoluta e nulidade relativa. Sobre nulidade e anulabilidade. cfr. *infra*, n.ºs 207 e segs.

Ao contrário do que acontecia, até 1993 ⁽²⁸²⁾, com o instituto da *falência*, a *insolvência* não é hoje privativa dos não comerciantes, podendo ser sujeitos passivos da declaração de insolvência quaisquer pessoas singulares e colectivas (art. 2º, n.º 1. al. c)). Na definição do artigo 3.º do Código de Processo Civil, a situação de insolvência consiste na *impossibilidade de o devedor cumprir as suas obrigações vencidas*.

A declaração de insolvência — que pode ser tão-só iminente, e não já actual — deve ser requerida pelo devedor titular de empresa mediante apresentação ao tribunal competente, dentro dos 60 dias seguintes à data do conhecimento da situação ou à data em que devesse conhecê-la.

Tal declaração pode também ser requerida, designadamente, por qualquer credor, verificando-se determinados *indícios* ou *manifestações* da situação de insolvência, que o legislador valorou como exteriorização típica (ilidível) da impossibilidade de solver os compromissos: a suspensão generalizada do pagamento das obrigações vencidas, falta de cumprimento de uma ou mais obrigações que revele a impossibilidade de o devedor satisfazer pontualmente a generalidade das suas obrigações, ou

⁽²⁸²⁾ A falência aparece como instituto perfeitamente definido logo no Código Comercial de Ferreira Borges, em 1833, constando posteriormente a sua regulamentação do Código Comercial de 1888. Em 1899 foi aprovado um Código das Falências, depois inserido no Código do Processo Comercial de 1905, tendo sido revogada a legislação do Código Comercial de 1888. Em 1939, já após a promulgação de um novo Código das Falências (em 1935), o direito falimentar passou a constar do Código de Processo Civil de 1939, tendo transido depois para o actual Código de Processo Civil, de 1961. O regime deste último foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 172186, de 2 de Julho (posteriormente alterado pelo Decreto-Lei n.º 10/90, de 5 de Janeiro), que, visando evitar falências, instituiu o chamado «processo especial de recuperação de empresas» (acrescentando aos anteriores meios preventivos da declaração de falência, como a concordata e o acordo de credores, a medida de gestão controlada da empresa). As disposições do Código de Processo Civil sobre o processo especial de falência foram revogadas pelo Decreto-Lei n.º 132193, de 23 de Abril, que aprovou o Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência e eliminou a distinção entre falência, para comerciantes, e insolvência civil, para não comerciantes estendendo, antes, (art. 27d) ao «devedor não titular de empresa» o disposto relativamente à falência (podia este, pois, ser declarado em situação de falência, mas não beneficiar do processo de recuperação da empresa). Este diploma de 1993 foi revogado pelo Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, de 2004.

qualquer um dos restantes factos enumerados no art. 20.º: *figa* relacionada com a falta de solvabilidade do devedor e sem designação de substituto idóneo; *dissipação, abandono, liquidação apressada* ou *ruinosa* de bens e *constituição fictícia de créditos*: insuficiência de bens penhoráveis para pagamento do crédito do exequente verificada em processo executivo movido contra o devedor, *não cumprimento* ou atraso no cumprimento, em certas condições, de *obrigações previstas em plano de insolvência* ou em plano de pagamentos; não cumprimento generalizado, nos últimos seis meses, de *dívidas de determinado tipo* (tributárias, de contribuições e quotizações para a segurança social, emergentes de contrato de trabalho, ou da violação ou cessação deste contrato, rendas de qualquer tipo de locação, incluindo financeira, prestações do preço da compra ou de empréstimo garantido pela respectiva hipoteca, relativamente a local em que o devedor realize a sua actividade ou tenha a sua sede ou residência) (2u.).

A impossibilidade de cumprimento das obrigações não tem, pois, de coincidir com uma situação patrimonial deficitária (activo de valor inferior ao passivo). Basta pensar na hipótese de o devedor ter bens de valor superior às suas dívidas, mas não dispor de dinheiro líquido para as pagar. Pense-se, igualmente, na hipótese inversa de ter um activo inferior ao passivo, mas conseguir o cumprimento pontual das suas dívidas, em virtude de ir obtendo crédito,

II — *A findainentação racional* da noção de insolvência (impossibilidade de cumprir as obrigações vencidas) e dos respectivos índices (cessação de pagamentos, etc.) é a seguinte:

- a) Na esfera do comércio — e hoje, cada vez mais, também fora dela (basta pensar no crédito ao consumo) — desempenha um

²⁸² Tratando-se de pessoa colectiva ou património autónomo por cujas dívidas nenhuma pessoa singular responda pessoal e ilimitadamente, a situação de insolvência não requer a impossibilidade de cumprimento das obrigações. abrangendo também situações em que o passivo seja manifestamente superior ao activo, podendo a respectiva declaração ser requerida com este fundamento (art. 3.º, n.º 2, c. 20.º, n.º 1, al. /O). A superioridade do passivo sobre o activo, ou défice patrimonial, em que se traduzia a situação de insolvência civil, prevista, para os não comerciantes, no artigo 1313 do Código de Processo Civil, só é, portanto, relevante hoje quando nenhuma pessoa singular é responsável pessoal e ilimitadamente pelas dívidas.

papel muito importante o crédito, que permite enfrentar o fluxo de entrada e saída das mercadorias e as várias fases da vida mercantil; se o devedor, que responde pelas suas dividas, cumpre as obrigações, mesmo que por obter sucessivamente *crédito*, embora tenha, em certo período, um activo inferior ao passivo, não há razão para o declarar insolvente;

-) A averiguação da relação entre o activo e o passivo de um devedor que vai cumprindo as suas obrigações não se justifica. não só por não haver motivos para alarme ⁽²⁸⁴⁾, como por importar — designadamente, para o devedor comerciante — uma devassa dos seus negócios, susceptível de o prejudicar;
- c) O que interessa ao comércio é a pontualidade dos pagamentos, pois os comerciantes pagam aos seus credores com as importâncias que vão recebendo dos seus devedores; se um comerciante cessa pagamentos, os seus credores podem ver-se forçados a não cumprir perante os outros comerciantes de quem são devedores e assim pode alastrar o incumprimento como nódoa de azeite, com grave dano para a vida mercantil; daí que, havendo cessação de pagamentos, deva soar a campainha de alarme, mesmo que o devedor não esteja em défice patrimonial ('5).

III — A declaração de insolvência implica a imediata apreensão dos bens integrantes da massa insolvente pelo administrador da insolvência. Os bens do devedor à data da declaração de insolvência — todos,

⁽²⁸⁴⁾ Ir pagando pontualmente as dividas através do crédito, apesar do défice patrimonial, revela qualidades pessoais apreciadas nos meios donde provém o crédito. Por faltar este elemento de ordem pessoal é que a lei estabelece que nas pessoas colectivas ou patrimónios autónomos por cujas dividas nenhuma pessoa singular responda pessoal e ilimitadamente, a insolvência pode consistir num activo inferior ao passivo.

⁽²²⁵⁾ «Quem intervém no tráfego jurídico, e especialmente quando aí exerce uma actividade comercial, assume por esse motivo indeclináveis deveres, à cabeça deles o de honrar os compromissos assumidos. A vida económica e empresarial é vida de interdependência, pelo que o incumprimento por parte de certos agentes repercute-se necessariamente na situação económica e financeira dos demais. Urge, portanto, dotar estes dos meios idóneos para fazer face à insolvência dos seus devedores, enquanto impossibilidade de pontualmente cumprir obrigações vencidas» (n.º 3 do preâmbulo do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas).

com excepção dos que a lei declara impenhoráveis ⁽²³⁶⁾ assim como os bens e direitos que ele adquira na pendência do processo, constituem a *massa insolvente* e destinam-se a satisfazer os credores.

A administração da massa insolvente é entregue a um *administrador da insolvência*. O insolvente fica, assim, privado (por si ou pelos seus administradores) dos poderes de administração e de disposição dos bens integrantes da massa insolvente. Estes passam a competir ao administrador da insolvência, o qual assume a *representação* do devedor para todos os efeitos de carácter patrimonial que interessem à insolvência (salvo para a intervenção do devedor no âmbito do próprio processo de insolvência).

O insolvente não pode praticar quaisquer actos de administração e disposição dos bens integrantes da massa insolvente — conserva, porém, plena capacidade e legitimidade para os negócios pessoais e para os negócios patrimoniais, relativos a bens não apreendidos nem apreensíveis para a massa.

Admitamos, porém, que o insolvente vende um prédio compreendido na massa ou contrai um empréstimo. Qual o valor destes actos? A resposta a esta pergunta evidenciar-nos-á o exacto teor da inibição imposta ao insolvente.

Os actos praticados pelo insolvente ^(v7) não são nulos ou anuláveis; são, nos termos do artigo 81f, n.º 6, *ineficazes* (respondendo a massa insolvente pela restituição do que houver recebido segundo as regras do enriquecimento sem causa), a não ser que hajam sido celebrados a título oneroso com terceiros de boa fé antes do registo da sentença da declaração de insolvência, e não sejam de certos tipos «suspeitos» (os quais, como veremos, são incondicionalmente resolúveis mesmo se anteriores à sentença). Os negócios celebrados pelo insolvente *não são inválidos, e podem práiduêêbbeteitos. desde que não incidam sobre a*

⁽²³⁶⁾ Salvo se a impenhorabilidade não for absoluta e o devedor os apresentar.

⁽⁷⁾ Se a insolvência for qualificada por sentença como culposa (cfr o art. 'SS.º. sobre o «incidente de qualificação da insolvência»), declara o insolvente *inibido para o exercício do comércio* durante um período de 2 a 10 anos, bem como para a *ocupação de qualquer cargo de firmar de órgão* de sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de actividade económica, empresa pública ou cooperativa.

massa insolvente ⁽²⁸⁾. Quando o fizerem, estão apenas inquinados de uma *ineficácia*.

Esta é a consequência justificada pelo interesse dos credores, isto pelos interesses que determinam o procedimento insolvencial. A inibição do insolvente não é imposta no interesse deste mesmo, ao contrário da dos incapazes — é estabelecida *para salvaguarda dos credores* (aspecto que, conjuntamente com o comando pela vontade dos credores de todo o processo de insolvência, foi até acentuado com o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas em vigor).

IV — A situação do insolvente, sob o ponto de vista da possibilidade de actuação negocia], não pode ser qualificada como de incapacidade, visto que os seus actos não são inválidos e a incapacidade deve implicar a anulabilidade. Acresce que a proibição de actuação negocia] do insolvente, relativamente à massa insolvente, é estabelecida no interesse dos credores, não para proteger o próprio insolvente; ora, a desejável clarificação conceitual deve reservar a noção de incapacidade para as proibições, assentes numa falta de certa qualidade da pessoa, estabelecidas no interesse desta.

O artigo 81.º, n.º 1, diz que a declaração de insolvência tem como efeito a privação imediata do insolvente dos poderes de administração e de disposição dos bens integrantes da massa insolvente (cfr., também, o art. 233.º, n.º I, al. c)), o que constitui uma *inibição* dos poderes de administração e de disposição, e a situação dos bens pode ser designada pelo termo *vindisponibilidade*.

A categoria dogmática adequada ao enquadramento da situação do insolvente parece ser a de *ilegitimidade*: não tem legitimidade para praticar actos em relação à massa insolvente ⁽²⁹⁾. Houve uma alteração da normal relação entre uma pessoa e os seus bens e não necessariamente a manifestação de uma falta de qualidade do insolvente.

(2n) estes negócios aplica-se o regime do artigo 81.º, n.º 7 (designadamente, pelas dívidas do insolvente respondem apenas os seus bens não integrantes da massa insolvente).

⁽²⁸⁹⁾ Semelhante à situação do insolvente é, no tocante aos bens penhorados, a do devedor executado em processo executivo comum (cfr. art. 819º do Cód Civil, dispondo que os actos do devedor são ineficazes em relação ao exequente)

V — A declaração de insolvência vai também repercutir-se sobre certos actos do devedor anteriores à respectiva declaração judicial.

É claro que o estado de impotência económica declarada, a que a insolvência se reconduz, não sobrevém inopinadamente. Em nenhum caso a sua existência se revela, ao menos para o insolvente, subitamente, *ah abrupto*. Bem ao invés, a manifestação da insolvência em plena luz, através da respectiva declaração judicial, é precedida de um período mais ou menos extenso, em que a impossibilidade de cumprir as obrigações respectivas começa a anunciar-se próxima ao devedor.

Ora, durante o período imediatamente anterior à declaração da situação de insolvência, pode o devedor ter subtraído ao procedimento concursal (ao concurso de credores), que se anunciava iminente, uma parte do seu activo patrimonial. Com efeito, antes de se verificar a insolvência (ou mesmo da sua iminência), o devedor, a braços com os seus problemas, será, não raramente, tentado a concluir — por vezes fraudulentamente — operações prejudiciais para o conjunto dos seus credores. Uma vez essas operações prejudicarem os credores por delapidarem o activo, outras, por quebrarem a regra da igualdade creditória ou da *«par confino creditorum»*.

Existe, pois, antes da sentença de declaração da insolvência, um período propício, por excelência, a medidas altamente prejudiciais para a massa dos credores. A constatação deste dado da experiência conduziu à formulação do *regime do «período suspeito»*, isto é, actualmente, da *possibilidade de resolução em benefício da massa insolvente de determinados actos do insolvente*.

Tal é o fundamento e o regime dos artigos 120.º e segs. do Código da Insolvência.

Preceitua, na verdade, o artigo 121.º que *são resolúveis em benefício da massa, sem quaisquer outros requisitos*, os seguintes actos:

- a) *Partilha* celebrada menos de *um ano* antes da data do início do processo de insolvência em que o quinhão do insolvente haja sido essencialmente preenchido com bens de fácil sonegação, cabendo aos co-interessados a generalidade dos imóveis e dos valores nominativos;
- b) Actos celebrados pelo devedor a título *gratuito* dentro dos *dois anos* anteriores à data do início do processo de insolvência,

incluindo o repúdio de herança ou legado, com excepção dos donativos conformes aos usos sociais:

- e) Constituição pelo devedor de garantias *reais* relativas a obrigações *preexistentes* ou de outras que as substituam, nos *seis meses anteriores* à data de início do processo de insolvência;
- d) Fiança, subfiança, aval e mandatos de crédito, em que o insolvente haja outorgado no período referido na alínea anterior e que não respeitem a operações negociais com real interesse para ele;
- e) Constituição pelo devedor de garantias reais em *simultâneo* com a criação das obrigações garantidas, dentro dos *60 dias* anteriores à data do início do processo de insolvência;
- f) *Pagamento* ou outros actos de *extinção de obrigações* cujo *vencimento fosse posterior* à data do início do processo de insolvência, ocorridos nos *seis meses* anteriores à data do início do processo de insolvência, ou depois desta mas anteriormente ao vencimento;
- g) *Pagamento* ou outra forma de *extinção de obrigações* efectuados dentro dos *seis meses* anteriores à data do início do processo de insolvência em *termos não usuais* no comércio jurídico e que o credor não pudesse exigir;
- h) Actos *a titulo oneroso* realizados pelo insolvente dentro do *ano anterior* à data do início do processo de insolvência em que as obrigações por ele assumidas excedam manifestamente as da contraparte;
- i) Reembolso de suprimentos, quando tenha lugar dentro do mesmo período referido na alínea anterior.

Para além disto (art. 120.º, n.º 1), podem também ser resolvidos em benefício da massa insolvente os *actos prejudiciais* à massa (que «diminuam, frustrem, dificultem, ponham em perigo ou retardem a satisfação dos credores da insolvência», presumindo-se como tais os actos dos tipos elencados acima, ainda que fora dos prazos aí contemplados), praticados dentro dos *quatro anos* anteriores ao início do processo de insolvência, desde que exista *má fé*. A má fé consiste no conhecimento pela contraparte, à data do acto, de que o devedor se encontrava em situação de insolvência, de que o acto era prejudicial e o devedor se encontrava

à data em situação de insolvência iminente, ou de que o processo de insolvência se tinha iniciado, e presume-se quanto a actos ocorridos nos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência e em que tenha participado, ou de que tenha aproveitado, pessoa especialmente relacionada com o insolvente.

Estes são, em traços gerais, no actual direito português, os efeitos da insolvência sobre os actos anteriores à respectiva declaração.

A formulação e consagração legislativas de um sistema de reacções, incidindo sobre os actos anteriores à declaração de insolvência, impõe a necessidade de conciliar duas exigências de sinal contraditório: *o interesse da colectividade dos credores*, não protegido suficientemente pela impugnação pauliana (²⁹⁰), e *o interesse geral do crédito ou da segurança de terceiros* que contrataram com o devedor na ignorância do estado de impotência económica em que este se encontrava.

Qual, porém, a justificação desta diversidade de efeitos da insolvência, segundo a natureza dos actos?

Os actos gratuitos são resolúveis sem mais — e são-no todos os celebrados *durante os dois anos anteriores* à sentença declaratória da insolvência. Mas já não é assim quanto aos actos a título oneroso. Porquê?

Bem se compreende a especial vulnerabilidade dos actos gratuitos.

Por um lado, não merece acolhimento a pretensão do devedor, próximo da insolvência, no sentido de, em nome da sua autonomia económica, dispor gratuitamente dos seus bens. Não pode tolerar-se de certo uma manifestação de liberalidade da parte de quem não estava apto a pagar aos seus credores (*nemo liberalis nisi liberatus*). É inadmissível um acto de generosidade a expensas dos interesses creditórios, acto a respeito do qual, aliás, é fundada, segundo a regra da vida, a suspeita de ser uma fraude no interesse do devedor.

Por outra via, as expectativas do beneficiário não merecem tutela em confronto com os interesses dos credores. Tal como sucede na impugnação pauliana, o direito não revela consideração por quem, em face dos

²⁹⁰ O recurso dos credores à Impugnação pauliana é, aliás, impedido pelo estico ^o quando o administrador entenda resolver o acto em benefício da massa

credores que retiram, quase sempre, o seu crédito dum acto oneroso, procura conservar um enriquecimento sem contrapartida. Na opção entre interesses do beneficiário e os dos credores, aponta a razoabilidade para o sacrifício daqueles e a consequente primazia destes.

Tal a justa solução do conflito, que de resto não tem por si apenas uma razão de justiça. A resolução dos actos gratuitos, celebrados durante um período relativamente extenso, justifica-se (em caso de insolvência) tanto mais quanto é certo não resultarem daí inconvenientes apreciáveis para o comércio jurídico. Os actos gratuitos não são daqueles através dos quais se processa a circulação de bens que constitui o comércio jurídico.

Quanto aos *actos onerosos*, careceria abertamente de razoabilidade uma solução que possibilitasse a sua resolução com a mesma facilidade com que podem ser atacados os actos gratuitos. Tal regime seria, desde logo, altamente *injusto à luz dos interesses e legítimas expectativas do terceiro que contratou com o devedor*; pois a atribuição feita ao referido terceiro teve como correspectivo um sacrifício imposto a este. Para além deste aspecto de justiça no tratamento do terceiro, resultariam desta solução *os mais graves inconvenientes para o comércio jurídico*. Ninguém estaria livre de ver os seus actos onerosos, celebrados de boa fé, retroactivamente destruídos, se a contraparte viesse a falir. Antes de se celebrar qualquer negócio oneroso, teriam de multiplicar-se, para além do justo ponto, as indagações sobre a situação da contraparte. A segurança do comércio jurídico sofreria rude golpe e a celeridade e fluência das trocas indesejável entorpecimento.

A distinção entre actos gratuitos e onerosos releva, pois, em sede de eficácia retroactiva da declaração de falência, por, quanto aos segundos, merecerem protecção as expectativas do terceiro e os interesses do tráfico, podendo, em contrapartida, fazer-se tábua rasa destes aspectos, quanto aos primeiros (291).

(') Parece, assim, que a qualificação onerosa ou gratuita de um dado acto em concreto ou de um dado tipo de actos deve fazer-se mediante urna apreciação *do ponto de vista do terceiro com quem o insolvente contratou*. se o acto pertencer a uma estirpe de negócios susceptíveis de, por afectarem o património de mais de duas pessoas, receberem uma qualificação diversa, consoante o lado ou o prisma por que são encarados. Nestes termos, não deve ser tratado como beneficiário duma atribuição gratuita o ore-

67. Capacidade e legitimidade

I — A distinção é oriunda do direito processual e aí se evidencia com nitidez, mas manifesta-se também no direito material.

A capacidade é um modo de ser ou qualidade do sujeito em si.

A legitimidade supõe uma relação entre o sujeito e o conteúdo do acto e, por isso, é antes uma posição, um modo de ser para com os outros.

Em princípio, têm legitimidade para um certo negócio os sujeitos dos interesses cuja modelação é visada pelo negócio e haverá carência de legitimidade, sempre que se pretenda fazer derivar dum negócio efeitos (alienação ou aquisição de direitos, assunção de obrigações, etc.), que vinculem outras pessoas, que não os intervenientes no negócio (p. ex., venda de coisa alheia, contrato a cargo de outrem, etc.). Nem sempre é assim, todavia. Por vezes um indivíduo tem o poder de desencadear efeitos de direito numa esfera jurídica alheia (p. ex., representação legal ou voluntária, acção sob-rogação dos credores, poderes do cônjuge administrador). Outras vezes um indivíduo não pode celebrar livremente (carece de uma autorização) negócios que incidiriam sobre a sua esfera jurídica, inspirando-se esta restrição na tutela de um interesse alheio (p. ex., ilegitimidades conjugais, ilegitimidade do insolvente, etc.).

II — A noção de ilegitimidade não apresenta a mesma elaboração que tem uma noção doutrinariamente mais apurada como é a de incapacidade, nem a mesma identidade interna.

Com efeito, na extensão do conceito de ilegitimidade estão abrangidas manifestações jurídicas cujo tratamento é diverso. Assim, por exemplo, enquanto as incapacidades de exercício geram anulabilidades, as ilegitimidades originam, no sistema do novo Código Civil, sanções diversas: à venda de coisa alheia corresponde a nulidade (art. 892.º);

dor que recebe, mesmo de 1.º grau, uma hipoteca (ou um penhor) prestada contextualmente com a constituição da dívida ou prestada posteriormente em contrapartida de uma moratória. Tal atribuição não representa, para o credor, uma liberalidade, mas é, antes, um acto a *título oneroso*: a constituição da garantia é a contrapartida do crédito.

ao negócio consigo mesmo, a anulabilidade (art. 261.º); à representação sem poderes e ao abuso de representação, a ineficácia em relação ao representado; à prática pelo pai do menor de actos que excedem a sua legitimação representativa, a anulabilidade (art. 1893.º); à venda a filhos ou netos, a anulabilidade (art. 877.º); à ilegitimidade do falido, a ineficácia (art. 81.º, n.º 6, do Cód. da Insolvência), à ilegitimidade decorrente de uma cessão de bens aos credores (arts. 831.º e segs.), o re^gime da venda de coisa alheia, etc. (292).

68. Domicílio

I — *Importância da noção.* O ordenamento jurídico dá relevância, para variados efeitos, à noção de domicílio, como ponto de conexão entre a pessoa e um determinado lugar. Assim, por exemplo:

- a) o foro geral, em matéria de competência territorial dos tribunais, isto é, o tribunal competente para quaisquer acções, salvo disposição especial, é o domicílio do réu (art. 85.º do Cód. de Processo Civil) (293);
- b) a prestação devedora deve ser efectuada no lugar do domicílio do devedor (art. 772.º do Cód. Civil) e, no caso de obrigações pecuniárias, no lugar do domicílio que o credor tiver ao tempo do cumprimento (art. 774.º): cfr., ainda, em matéria de cumprimento das obrigações, os artigos 775.º e 1039.º;
- c) a sucessão por morte abre-se no lugar do último domicílio do seu autor (art. 2031.º);

¹²²) A sanção que o Código faz corresponder a algumas destas hipóteses não era anteriormente objecto de consenso unânime da doutrina. Assim, quanto à venda de coisa alheia, alguns autores falavam de ineficácia; também se consideravam, em certo sector da doutrina, ineficazes (e não anuláveis) o negócio consigo mesmo, que parece ser uma mera concretização da representação sem poderes, e os ne^gócios celebrados pelo pai, em nome do menor, sem legitimidade.

⁹³) A atribuição de competência ao tribunal do domicílio do réu (*actor regitur foram rei*) insere-se numa linha de soluções que permitem concluir ser o princípio do contraditório (o juiz deve ouvir ambas as partes) completado por uma ideia de protecção à defesa.

dl o elemento de conexão decisivo para a determinação, segundo o direito internacional privado, da lei aplicável a relações conexionadas com várias ordens jurídicas, é, em alguns casos, o domicílio (art. 32.º) (294).

É, igualmente, no domicílio da pessoa que devem ser praticadas as diligências ou efectuadas as comunicações dirigidas a dar-lhe conhecimento pessoal de um facto, quando esse conhecimento seja pressuposto da produção de determinados efeitos. Se o destinatário da comunicação ou da diligência (p. ex., uma declaração negocial de denúncia de um contrato ou uma citação judicial) não se encontra no seu domicílio nem com ele assegurou um contacto, os actos respectivos não deixarão de vir a produzir, por esse facto, os efeitos jurídicos a que tendem. Em suma, há uma presunção de presença da pessoa no domicílio, com o que se visa impedir escapatórias.

II — *Noção*. O conceito de *domicilio voluntário geral* é-nos fornecido pelo artigo 82.º e coincide com o lugar da residência habitual.

Não se trata do local onde a pessoa se encontra em cada momento, isto é, não coincide com o *paradeiro*, a que se refere o artigo 225.º e cuja noção se pode descortinar no artigo 82.º, n.º 2.

Não se confunde também com a *residência*, com o local onde a pessoa está a viver com alguma permanência. Sem dúvida que a residência habitual onde a pessoa vive normalmente, onde costuma regressar após ausências mais curtas ou mais longas, nos fornece o critério do domicílio do artiºo 82.º Mas a residência pode ser ocasional, se a pessoa vive com alguma permanência, mas temporária ou acidentalmente, num certo local. A residência ocasional não faz surgir um domicílio, embora, na falta de domicílio de uma pessoa, funcione como seu equivalente (art. 82Y. n.º 2).

a)⁹⁴⁾ No direito internacional privado (d.i.p.) português tem, contudo, muito maior relevo o critério da nacionalidade (cfr., p. ex., art. 31.º), ao contrário do que se verifica noutros países, por outro lado, a nossa lei, em vez de utilizar o termo *domicílio*, emprega nas normas de ci.i.p. quase se pre a fórmula *residência habitual* (as. 31.º, n.º 2: 52.0, n.º 2. 56.º. 2. etc.). que corresponde. aliás. n noção de domicílio geral. como veremos.

Uma pessoa pode ter dois ou mais domicílios, se tem duas ou mais residências habituais: um técnico tem uma habitação numa cidade e outra habitação noutra localidade, passando alternadamente uma semana, ou alguns dias, em cada uma delas, com habitualidade; ao invés, quem costume passar algumas semanas por ano numa casa arrendada ou de sua pertença, apesar de ali permanecer temporariamente, não passa a ter aí um segundo domicílio.

Em regra, o estabelecimento do domicílio, bem como o seu termo, resultam de um acto voluntário (de residir habitualmente num certo local ou de aí exercer uma profissão). Este acto voluntário não é, porém, um negócio jurídico, mas um simples acto jurídico, verificando-se a produção, por força da lei, dos efeitos jurídicos respectivos, mesmo que a pessoa em causa não os tivesse em mente ou até os quisesse impedir.

Ao lado do domicílio voluntário geral, a lei reconhece um domicílio profissional (art. 83.º) e um domicílio electivo (266).

O *domicílio profissional* verifica-se para as pessoas que exercem uma profissão e é relevante para as relações que a esta se referem, localizando-se no lugar onde a profissão é exercida. Um comerciante que reside habitualmente numa localidade e possui um estabelecimento comercial, onde exerce a sua actividade, noutra localidade próxima, tem dois domicílios: o domicílio voluntário geral na primeira localidade e um domicílio, igualmente voluntário, especial na segunda (296).

O *domicílio electivo* (art. 84.5) é um domicílio particular, estipulado, por escrito, para determinados negócios. As partes convencionam que, para todos os efeitos jurídicos (=vime, comunicações recíprocas surgidas no desenvolvimento da relação), se têm por domiciliadas (ou uma delas se tem por domiciliada) em certo local, diferente do seu domicílio geral ou profissional.

A fixação do domicílio voluntário, nestes casos, apesar de ser, salvo

(²⁹⁵) O domicílio profissional assenta num simples acto jurídico: o domicílio electivo num negócio jurídico.

(²⁹⁶) Esta solução significa, tal como o exemplo dado anteriormente (dois domicílios voluntários gerais), não estar consagrada legalmente uma solução rígida, como seria um princípio de unicidade do domicílio.

o domicílio electivo, um acto não negociai (simples acto jurídico), exige capacidade negociai de exercício de direitos (cfr. art. 85.º) (297).

O nosso direito conhece alguns casos de *domicilio legal*, isto é, independente da vontade. É o que ocorre com o domicílio legal dos menores e interditos (art. 85.º, que nos remete para o lugar de residência da família ou do progenitor a cuja guarda o menor estiver confiado, para o domicílio do tutor, etc.), com o dos empregados públicos (art. 87.º) e com o dos agentes diplomáticos portugueses (art. 88.º). São soluções ditadas pela ideia de comunidade de vida ou por uma razão de ordem funcional.

69. Ausência

I — *Noção e justificação*. O termo «ausência», a que se referem os artigos 89.º a 1212 do Código Civil, não coincide com o significado que vulgarmente se atribui a este vocábulo, e que, aliás, a própria lei em disposições dispersas utiliza, de simples não presença de alguém em certo local, *maxime* no seu domicílio. Antes, as providências que a lei refere nos artigos citados, pressupõem um sentido *técnico*, rigoroso, de «ausência», traduzido num *desaparecimento sem notícias*.

É, pois, com este sentido técnico de não *presença* de alguém acompanhada da *falta de notícias* sobre o seu paradeiro, ou, nos termos da lei, do desaparecimento de alguém «*sem que dele se saiba parte*» (art. 89.º, n.º 1), que o termo *ausência* é tomado, para o efeito de providenciar pelos bens da pessoa ausente, carecidos de administração, em virtude de não ter deixado representante legal ou voluntário (procurador).

O direito faculta, pois, a tomada de medidas tendentes a evitar os prejuízos decorrentes da falta de administração dos bens da pessoa

(2º) Obviamente que, sendo a estipulação do domicílio electivo um negócio jurídico (ou uma cláusula negociai) é *indispensável* para ela, por maioria de razão, a capacidade negociai de exercício.

O artigo 85.º impõe um domicílio legal apenas aos menores e interditos. *Quid iuris*, quanto aos inabilitados? Parece que, pelo menos, quando o inabilitado tiver todo o seu património entregue à administração do curador (art. 154Y, n.º 1), sendo, portanto, a sua incapacidade suprida pelo instituto da representação, terá o domicílio do seu representante. Esta solução encontra apoio legal no artigo 156.º

ausente, assim como da impossibilidade de movimentar as relações de que o ausente era ou venha a ser sujeito (activo ou passivo).

Essas medidas, traduzidas no requerimento e instauração da curadoria provisória e da curadoria definitiva, ou da declaração da morte presumida, têm subjacentes uma presunção de acordo com as regras da vida, de maior ou menor probabilidade de regresso do ausente, ou, ao invés, da sua morte. Nenhuma delas está dependente, para a sua instauração judicial, da anterior, podendo recorrer-se desde logo à declaração de morte presumida, se se verificarem os requisitos legais de que depende, independentemente de ter sido instaurada anteriormente a curadoria definitiva. O mesmo vale para esta em relação à curadoria provisória, a qual não funciona, pois, como pressuposto da curadoria definitiva (298).

II — Medidas legais

A — *Curadoria provisória*. Os pressupostos de que a lei faz depender a nomeação de um curador provisório são o desaparecimento de alguém sem notícias, a necessidade de prover acerca da administração dos seus bens e a falta de representante legal ou de procurador (art. 89.º). Mesmo que exista representante do ausente, a curadoria provisória será estabelecida no caso de o representante não exercer as suas funções, quer por qualquer motivo estar impedido de o fazer, quer porque voluntariamente as não exerce.

A presunção da lei, nesta fase, é a de um possível regresso do ausente, como se comprova pelas soluções consagradas. Assim, tanto o Ministério Público como qualquer interessado têm legitimidade para requerer a curadoria provisória e as providências cautelares indispensáveis (art. 91 Y), a qual deve ser deferida a uma das seguintes pessoas: cônjuge, algum ou alguns dos herdeiros presumidos, ou algum dos interessados na conservação dos bens (art. 92.º). O curador funciona como um simples administrador (art. 94.º), devendo prestar caução (art. 93.º) e apresentar contas anualmente ou quando o tribunal o exigir (art. 95.º).

(²³⁸) Diversa da ausência é a hipótese do *desaparecimento do n. 3 do artigo 68:2* caso em que ocorreram circunstâncias que não permitem duvidar da morte da pessoa.

A curadoria provisória termina, nos termos da lei (art. 98.º):

- a) Pelo regresso do ausente;
- b) Se o ausente providenciar acerca da administração dos bens;
- c) Pela comparência da pessoa que legalmente represente o ausente ou de procurador bastante;
- d) Pela entrega dos bens aos curadores definitivos ou ao cabeça-de-casal, nos termos do artigo 1030.º;
- e) Pela certeza da morte do ausente.

B — *Curadoria definitiva*. A probabilidade de a pessoa ausente não regressar é nesta fase maior, visto que a lei só possibilita o recurso *à justificação da ausência* no caso de já terem decorrido dois anos sem se saber do ausente ou cinco anos no caso de ele ter deixado representante legal ou procurador bastante (art. 99.º).

A legitimidade para o pedido de instauração da curadoria definitiva pertence também aqui ao Ministério Público ou a algum dos interessados, sendo estes, contudo, além do cônjuge — não separado judicialmente de pessoas e bens os herdeiros do ausente e todos os que tiverem sobre os seus bens qualquer direito dependente da sua morte.

Após a justificação da ausência, proceder-se-á à abertura de testamentos (art. 101.º) e à partilha e entrega dos bens aos herdeiros (art. 103.º), os quais, contudo, são tidos como curadores definitivos (art. 104.º), e não como proprietários desses bens (não podendo, p. ex., dispor deles), embora tenham direito aos frutos percebidos, nos termos prescritos no artigo 111,0

Enquanto na curadoria provisória será fixada caução pelo tribunal, na curadoria definitiva a prestação desta não é obrigatória, *podendo* o tribunal exigí-la.

Como já referimos, o regime da curadoria definitiva dá a entender que a probabilidade de regresso do ausente é já menor, presunção subjacente às soluções apontadas.

A curadoria definitiva termina (art. 112.º):

- a) Pelo regresso do ausente;
- b) Pela notícia da sua existência e do lugar onde reside;
- c) Pela certeza da sua morte;
- d) Pela declaração de morte presumida.

C — *Morre presumida*. Decorridos dez anos sobre a data das últimas notícias, ou passados cinco anos, se entretanto o ausente tiver completado oitenta anos de idade, os interessados para o efeito do requerimento da curadoria definitiva têm legitimidade para pedirem a declaração de morte presumida do ausente (art. 114.º, n.º 1). Contudo, se a pessoa ausente for menor, é necessário que decorram cinco anos sobre a data em que ele completaria a maioridade, se fosse vivo, para que possa ser declarada a morte presumida (n.º 2 do art. 114.º).

Com fundamento numa alta probabilidade prática da morte física do ausente, o artigo 115.º prescreve que a declaração da morte presumida produz os mesmos efeitos que a morte ⁽²⁹⁹⁾. Algumas disposições da lei atenuam, todavia, os efeitos desta equiparação da morte presumida à morte física.

Assim, o casamento não cessa *ipso facto* (art. 115.º), embora o artigo 116.º dê ao cônjuge do ausente a possibilidade de contrair novo casamento sem necessidade de recorrer ao divórcio.

Abre-se a sucessão na data da sentença, passando os sucessores a ser tratados não como meros administradores (curadores) mas como proprietários dos bens — daí que não haja lugar à prestação de caução (art. 117.º).

Uma atenuação ao princípio do artigo 115.º terá lugar no caso de se provar que o óbito ocorreu em data diversa da da sentença que declarou a morte presumida. Far-se-ão as modificações necessárias para que os sucessores sejam os que seriam chamados na data da morte real (art. 118.º).

Se o ausente vier a regressar e o outro cônjuge houver entretanto contraído novo casamento ⁽³⁰⁰⁾, a lei, em coerência com a faculdade que lhe concedeu para casar, teve de afastar qualquer classificação do caso como de bigamia. Daí ter estatuído, em caso de regresso do ausente ou de superveniência de notícias de que era vivo quando foram celebradas novas núpcias, considerar-se o primeiro matrimónio disso/vido por divórcio à data da declaração de morte presumida (art. 116.º).

⁽²⁹⁹⁾ Termina-se, assim, com uma situação de «ditvida até ao infinito» (1. CARBONNIER), do ausente «nem morto nem vivo».

⁽³⁰⁰⁾ É esta, consabidamente, a situação dramática tratada no *Frei Luis de Sousa* de Almeida GAITOtt.

O regressado não pode, portanto, impugnar a segunda união matrimonial do outro cônjuge

Na esfera patrimonial, em caso de regresso, verifica-se um fenómeno de *sub-rogação real*, isto é, tem o ausente direito:

- a) Aos bens directamente adquiridos por troca com os bens do seu património (sub-rogação directa);
- lã Aos bens adquiridos com o preço dos alienados, se no documento de aquisição se fez menção da proveniência do dinheiro (sub-rogação indirecta);
- c) Ao preço dos bens alienados (sub-rogação directa).

E, obviamente, ser-lhe-á devolvido o património que era seu, no estado em que se encontrar. Havendo, porém, má fé dos sucessores — e esta consiste no conhecimento pelos sucessores de que o ausente era vivo à data da declaração de morte presumida —, o ausente tem direito também à indemnização do prejuízo sofrido (art. 119.º).

CAPÍTULO III

PESSOAS COLECTIVAS

70. Conceito de pessoa colectiva. Função socioeconómica do instituto da personalidade colectiva

I — As *peessoas colectivas* são organizações constituídas por uma colectividade de pessoas ou por uma massa de bens, dirigidos à realização de interesses comuns ou colectivos. às quais a ordem jurídica atribui a personalidade jurídica. Trata-se de organizações integradas essencialmente por pessoas ou essencialmente por bens, que constituem centros autónomos de relações jurídicas — autónomos mesmo em relação aos seus membros ou às pessoas que actuam como seus órgãos.

À categoria das pessoas colectivas pertencem o Estado, os municípios, os distritos, as freguesias, os institutos públicos (como a Universidade), as associações recreativas ou culturais, as fundações, as sociedades comerciais, etc.

II — Na definição dada de pessoas colectivas referimos organizações constituídas por uma colectividade de pessoas e organizações constituídas por uma massa de bens.

Há com efeito duas espécies fundamentais de pessoas colectivas: as *corporações* e as *fundações*.

As *corporações* têm um substrato integrado por um agrupamento de pessoas singulares que visam um interesse comum, egoístico ou altruístico. Essas pessoas ou associados organizam a corporação, dão-lhe existência e cabe-lhes disciplinar a sua vida e destino. Dirigem-na *de dentro*, tendo nas suas mãos, através da modificação dos estatutos ou de outras deliberações, a sorte da corporação. São corporações as associações desportivas, culturais, recreativas, mutualistas, as sociedades comerciais, etc.

As fusclações têm um substrato integrado por um conjunto de bens adstrito pelo fundador (pessoa singular ou colectiva) a um escopo ou interesse de natureza social. O fundador pode fixar, com a atribuição patrimonial a favor da nova fundação, as directivas ou normas de regulamentação do ente fundacional na sua existência, funcionamento e destino. Criada a fundação, o fundador fica fora dela. É a sua vontade que regula a fundação, mas tal como está fixada no acto de instituição e nos estatutos, e não em renovadas manifestações. A fundação é ⁸⁸overnada *de fora*, pela vontade do fundador formulada *na varietur* e formalizada no acto de instituição e nos estatutos. Os órgãos de administração da fundação — e o fundador pode entrar a fazer parte deles, como não raramente acontece — devem obediência às determinações constantes da lei suprema da fundação, que não podem alterar (301).

III — A função económico-social do instituto da personalidade colectiva liga-se à realização de interesses *comuns ou colectivas*, de *caracter duradouro*.

Os interesses respeitantes a uma pluralidade de pessoas, eventualmente a uma comunidade regional, nacional ou ao género humano, são uma realidade inegável: são os referidos interesses *colectivos ou comuns*. Alguns desses interesses *são duradouros*, excedendo a vida dos seres humanos. ou. em todo o caso, justificando a criação de uma organização estável.

Para a prossecução destes interesses comuns ou colectivas e duradouros pode ser conveniente ou até imprescindível estruturar urna coordenação de bens e de actividades pessoais dos interessados no espaço e no tempo. O tratamento jurídico desta organização de bens e pessoas como um centro autónomo de relações jurídicas permitirá alcançar com mais facilidade os interesses visados ou será mesmo a única forma de os alcançar. Todas as relações jurídicas constituídas na actividade dirigida ao escopo visado são encabeçadas na organização como centro de uma esfera jurídica. É ela o sujeito dessas relações jurídicas, apli-

⁸⁸0 S6 pode ter lugar modificação dos estatutos da fundação ou transformação desta — c dentro de apertadíssimos limites. continuando-se a respeitar no que for possível a vontade do fundador — por acto da autoridade pública (cfr. arts. 189.º e 19(1)).

cando-se-lhes as normas jurídicas de direito privado nos mesmos termos em que se aplicam às pessoas singulares.

Ao invés, grandes dificuldades ou até verdadeira impossibilidade de prossecução dos interesses colectivos e duradouros se nos deparariam, se não existisse este mecanismo, este instrumento técnico-jurídico, que é a *personalidade colectiva* ou personalidade jurídica das pessoas colectivas. Teria então de se recorrer à personalidade jurídica das pessoas singulares interessadas, o que seria difícil, complicado, precário ou insuficiente (302).

71. Elementos constitutivos das pessoas colectivas: o substrato e o reconhecimento

I — Se analisarmos uma pessoa colectiva, considerando-a depois de constituída ou no seu processo genético, podemos legitimamente reconduzir a dois os seus elementos constitutivos: o *substrato* e o *reconhecimento*.

É esta a análise e a terminologia de MANUEL DE ANDRADE, à qual aderimos. O substrato é um *elemento complexo*, integrado por vários subelementos; é o *elemento de facto*, o conjunto de dados anteriores à outorga da personalidade jurídica ⁽³⁰³⁾. O reconhecimento, elemento a que a lei se refere expressamente (art. 158.º), é o *elemento de direito*, transformador de uma organização ou ente de facto num ente ou *pessoa jurídica*. Pode dizer-se que o reconhecimento é o *elemento formal* e o substrato o *elemento material*.

II — *Substrato. Noção*

Iá vimos que o substrato é o conjunto de elementos da realidade extrajurídica, elevado à qualidade de sujeito jurídico pelo reconhecimento. É a realidade que, no plano dos factos exteriores ou psicológicos,

⁽³⁰²⁾ Cfr. uma exemplificação das deficiências resultantes da inexistência do instituto da personalidade colectiva in MASt. EL DE ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica*. cit., 1, págs. 47-49. Sobre a natureza da personalidade colectiva e o seu carácter de mero operador técnico-jurídico, essencialmente diverso, no seu fundamento, da personalidade das pessoas singulares, cfr., *supra*. n.º 31.

⁽³⁰³⁾ Neste sentido é um conjunto de realidades extrajurídicas.

das coisas e dos seres humanos, encarna a personalidade — a realidade que dá peso terreno à pessoa colectiva, que lhe dá existência no mundo exterior (³⁰⁴), fazendo-a ser algo mais do que uma superestrutura pairando sobre o vácuo. Se bem que seja o reconhecimento a criar o ente jurídico, o substrato *é* imprescindível (é condição necessária) para a existência da pessoa colectiva (305).

Importa estudar separadamente os vários subelementos em que o substrato se pode decompor.

III — a) Elemento pessoal ou patrimonial. O elemento pessoal verifica-se nas corporações. É a colectividade de indivíduos que se agrupam para a realização, através de actividades pessoais e meios materiais, de um escopo ou finalidade comum. É o conjunto dos *associados* (§06).

O elemento patrimonial intervém nas fundações. É o complexo de bens que o fundador afectou à consecução do fim fundacional. Tal massa de bens designa-se habitualmente por dotação.

É certo que, quer nas corporações, quer nas fundações, existem pessoas e bens ou meios patrimoniais. Sendo assim, por que motivo fala-

coas Exterior relativamente ao puro plano do pensamento onde se situa o conceito de personalidade jurídica.

^{E^{jos}} por isso, causa de extinção das pessoas colectivas a ulterior desapareição da colectividade dos associados (art. 1823, al. *d*)) ou a constatação judicial da situação deficitária do seu património (art. 192b. al. *e*)).

^(b^{os}) Há, porem, casos excepcionais, em que o elemento pessoal pode estar *ab* redazido a um *único sócio*. É o que acontece com as sociedades constltuidas por urna sociedade anónima de catas acções esta seja inicialmente a única titular (domínio total inicial — art. 488.º do Cód. das Sociedades Comerciais), com certas sociedades constituídas, nos termos de legislação especial, por uma entidade pública e, designadamente, com as *sociedades unipessoais* por quotas, reguladas nos arti^gos 270. ^b A a 270 °-G do Código das Sociedades Comerciais. Estas últimas disposições foram introduzidas neste Código pelo Decreto-Lei n.º 257/96, de 31 de Dezembro (cfr. também já a Directiva 89/667/CEE, do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, em matéria de direito das sociedades relativa às sociedades de responsabilidade limitada com um único sócio, publicada no *Jornal Oficial*, n.º L 395, de 30 de Dezembro de 1989, pág. 40). O Decreto-Lei n.º 212/94, de 10 de A^gosto, viera já permitir a constituição e a manutenção de sociedades ror quotas e anónimas unipessoais licenciadas para operar na Zona Franca da Madeira.

mos na existência de um elemento pessoal apenas nas corporações e de um elemento patrimonial nas fundações?

É que nas corporações só o elemento pessoal é relevante, só *ele* sendo um componente necessário do substrato da pessoa colectiva. Pode existir a corporação, sem que lhe pertença um património; basta pensar numa associação para a qual os associados concorrem apenas com serviços dirigidos à prossecução do fim comum (p. ex., fins de assistência moral), sem que os referidos serviços sejam susceptíveis de avaliação pecuniária. Por outro lado, mesmo quando o património exista, é a colectividade dos sócios, dominando a vida da corporação com a sua vontade, quem ocupa o primeiro plano.

Por sua vez nas fundações só o elemento patrimonial assume relevo no interior da pessoa colectiva, estando a actividade pessoal — necessária à prossecução do escopo fundacional — ao serviço da afectação patrimonial — estando subordinada a esta, em segundo plano ou até, rigorosamente, fora do substrato da fundação. Assim, os beneficiários da fundação, podendo ser aliás um grupo de contornos indefinidos, têm urna posição passiva que os coloca fora e para *além* da fundação⁽³⁰⁷⁾. O fundador, cuja vontade fixada nos estatutos rege a fundação, está igualmente, como tal, fora da fundação e *aquém* desta. As pessoas que preenchem os órgãos de administração da fundação são serventurários da vontade do fundador e não têm legitimidade originária, isto é, que não seja delegada pela vontade do fundador para alterar as normas ditas por este; agem no interior da fundação, mas não fazem parte do substrato. Pode, aliás, a fundação já existir sem que essas pessoas estejam determinadas e em exercício de funções. Parece, portanto, que.

1) Nas corporações é fundamental apenas o elemento pessoal, sendo possível, embora seja uma hipótese rara, a inexistência

⁽³⁰⁷⁾ Através do negócio de fundação podem determinadas pessoas beneficiadas (destinatários) adquirir um direito contra a fundação a certas prestações. Há que aplicar, então, por analogia, as normas sobre o contrato a favor de terceiro (K. LARENZ, pág. 167). Esta solução, porém, não pode ser aceite, se o círculo de beneficiários só 2 descrito em geral, devendo ter, então, lugar urna individualização através dos órgãos competentes da fundação.

de um património; este, quando existe, está subordinado ao elemento pessoal;

2) Nas fundações é fundamental o elemento patrimonial, sendo a actividade pessoal dos administradores subordinada à afectação patrimonial feita pelo fundador e estando ao serviço dela; beneficiários e fundador estão, respectivamente, além e aquém da fundação.

IV — *b) Elemento teleológico.* A pessoa colectiva deve prosseguir uma certa finalidade, justamente o fim ou causa determinante da formação da colectividade social ou da dotação fundacional.

Toma-se necessário que o escopo visado pela pessoa colectiva satisfaça certos requisitos. Assim:

1) Deve revestir os requisitos gerais do objecto de qualquer negócio jurídico (art. 280.º). Com efeito, o acordo constitutivo de uma corporação, bem como o acto de instituição de uma fundação, são modalidades negociais, cujo objecto se identifica com a constituição do ente colectivo. Assim, deve o escopo da pessoa colectiva ser *determinável, física ou legalmente possível, não contrariar a lei ou à ordem pública, nem ofensivo dos bons costumes* (art. 280.º).

Esta posição (aplicabilidade do art. 280.º à constituição de pessoas colectivas), defendida já nesta obra em face da versão originária do Código Civil, obteve acolhimento legal no artigo 158.º-A, introduzido pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro.

2) Deve ser *comum ou colectivo*. Manifesta-se a sua exigência quanto às sociedades, p. ex., na nulidade do chamado pacto leonino, estabelecida no artigo 994.º do Código Civil para as sociedades civis (estas sociedades parece só estarem dotadas de personalidade jurídica quando constituídas em forma comercial) e aplicável às sociedades comerciais, cuja personalidade jurídica resulta inquestionavelmente do artigo 5.º do Código das Sociedades Comerciais (tal como, anteriormente, do art. 108.º do Cód. Comercial). Quanto às associações que não tenham por fim o lucro económico dos associados, não há preceito expresso formulando a sua exigência, mas esta deriva da razão de ser do instituto da personalidade colectiva. Quanto às fundações, a exigência deste requisito não

oferece dúvidas, estando excluída a admissibilidade de uma fundação dirigida a um fim privativo do fundador ou da sua família: com efeito, dos artigos 157.º e 18833 n.º 1, resulta a necessidade de o escopo fundacional ser de interesse social.

3) Põe-se, por vezes, o problema de saber se o escopo das pessoas colectivas deve ser *duradouro ou permanente*. Nesse sentido é o ponto de vista de RUGOJERO, para quem este requisito não significa perpetuidade ou indeterminação temporal, mas quer dizer que «seria insuficiente para justificar a criação de um organismo novo um escopo facilmente conseguível de uma só vez, com o acto de uma só pessoa».

Não é legítima a exigência deste requisito em termos de a sua falta impedir forçosamente a constituição de uma pessoa colectiva. Quanto às sociedades comerciais, a nossa lei previa expressamente que elas podem ter por objecto a prática de um acto de comércio (art. 104.º, n.º I, do Cód. Comercial). Tal referência desapareceu no artigo 1.º, nº 2. do Código das Sociedades Comerciais e o artigo 980.º do Código Civil refere-se ao «exercício em comum de certa actividade económica», pelo que poderá discutir-se se pode constituir-se uma sociedade para a prática de apenas um acto (³⁰9. Pelo menos quanto às associações, concebe-se a possibilidade da sua constituição para a prática de um só acto, de tal magnitude que tome necessário o concurso de meios e actividades de várias pessoas. Parece que o carácter duradouro ou permanente do escopo nas fundações não pode ter-se como exigência legal, mas como um dos aspectos a considerar, perante o caso concreto, pela autoridade pública ao valorar o escopo para se pronunciar sobre o reconhecimento.

✓ — c) *Elemento intencional*. Trata-se do intento de constituir uma nova pessoa jurídica (*canimus personificandia*), distinta dos associados, do fundador ou dos beneficiários (³⁰⁹).

(³⁰) O problema não se porá, porém, quando a realização de um fim que se esgote num determinado momento (p. ex., a realização de um evento ou uma construção) require a prática de um conjunto de actos instrumentais.

(³⁰⁹) Se se trata de pessoa colectiva de fim desinteressado ou altruístico.

A exigência deste elemento radica na circunstância de a constituição duma pessoa colectiva ter na origem um *negócio jurídico*: o *acto de constituição* nas associações (art. 167.º). o *contrato de sociedade* para as sociedades (arts. 980Y do Cód. Civil e 7º e segs. do Cód. das Sociedades Comerciais) e o *acto de instituição* nas fundações (art. 186.º). Ora nos negócios jurídicos os efeitos determinados pela ordem jurídica dependem, em termos que posteriormente serão explicitados, da existência e do conteúdo duma vontade (intenção) correspondente.

Por falta deste elemento carecem de personalidade jurídica as *comissões especiais*, constituídas para realizar qualquer plano de socorro ou beneficência, ou promover a execução de obras públicas, monumentos, festivais, exposições, festejos e actos semelhantes. O Código Civil actual contém disposições aplicáveis a estas comissões (arts. 199." a 201.º), o que não se verificava na legislação anterior. Estabelece-se o princípio da responsabilidade pessoal e solidária dos membros da comissão e dos encarregados de administrar os seus fundos pela conservação destes, pela sua afectação ao fim anunciado e pelas obrigações contraídas em nome da comissão (art. 200.º). Estabelecem-se também regras acerca da aplicação a dar aos fundos angariados quando estes forem insuficientes para o fim anunciado, ou este se mostrar impossível, ou restar algum saldo (art. 201.0).

As mesmas disposições são aplicáveis por analogia, senão mesmo directamente, aos chamados *patrimónios de oblação* (fundos obtidos eventualmente por uma só pessoa — para fins de beneficência e outros).

Falta também o elemento intencional nas *fundações de facto* e nas *fundações fiduciárias*.

Estamos perante a primeira figura (*fundação de facto*) quando um individuo pretende criar ou manter uma obra de utilidade pública, financiando-a com uma certa parte do seu património, mas sem contrair um vínculo jurídico correspondente, podendo, em qualquer momento, pôr termo à afectação desses bens àquele fim; pelas dívidas contraídas, em vista da finalidade beneficente, respondem todos os bens do seu promotor e, por outro lado, os bens com que se quis financiar aquela actividade respondem também por outras dívidas do seu titular. Nem sequer há, sob o ponto de vista jurídico, separação patrimonial entre os bens destinados à obra de utilidade pública e os restantes bens do seu titular; há, quando

muito, urna mera separação contabilística no património único do sujeito. A finalidade de utilidade pública em vista é prosseguida através da personalidade jurídica singular do titular dos bens e não mediante a constituição dum ente jurídico autónomo de carácter fundacional.

Estamos perante a segunda figura (*fundação fiduciária*) quando se dispõe a favor de uma pessoa colectiva já existente, para que ela prosiga um certo fim de utilidade pública, compatível com o seu próprio escopo. São uma manifestação típica de liberalidades com cláusula modal.

— *d) Elemento organizatório.* A pessoa colectiva é integrada, igualmente, por uma organização destinada a introduzir na pluralidade de pessoas e de bens existente uma ordenação unificadora. Essa organização traduz-se num *conjunto de preceitos* disciplinadores das características e do funcionamento da pessoa colectiva (preceitos comidos nos estatutos ou no acto de constituição ou instituição) e na existência de *órgãos*, isto é, de «centros institucionalizados de poderes funcionais a exercer pelo indivíduo ou pelo colégio de indivíduos que nele estiverem providos com o objectivo de exprimir a vontade juridicamente imputável a essa pessoa colectiva» ⁽³¹⁰⁾. Acrescente-se que o número e características dos órgãos da pessoa colectiva e a designação dos indivíduos que os preenchem obedece aos estatutos e, no silêncio destes, à lei.

Os órgãos da pessoa colectiva podem ser *deliberativos* ou *executivos* (*representativos*) e não se confundem com os *agentes* ou *apilares* ou com os procuradores (normalmente *mandatários*).

A este respeito escrevia MANUEL DE ANDRADE (311):

«Importa distinguir aqui os órgãos meramente *deliberativos* e os órgãos *representativos*.

Os primeiros *deliberam*, isto é, resolvem ou decidem sobre os negócios da pessoa colectiva, mas não tratam com terceiros, nem recebem deles quaisquer declarações de vontade que hajam de produzir efeitos em relação à pessoa colectiva. Formam a vontade da

^{1r)} KRCELLO C >EI ANO, *Maneai de Direito Administrativo*, . pág. 154.
Teoria geral da relação jurídica. cit.. 1. pags 115 e sess

pessoa colectiva, mas não a *manifestam*, não a projectam para o *exterior*. A sua actividade desenvolve-se apenas no *interior* da organização corporacional ou fundacional. São órgãos *internos* da pessoa colectiva (*Innenorgane*).

Os segundos é que *representam* a pessoa colectiva nas suas relações com terceiros. Tratam com estes, emitindo ou recebendo declarações de vontade cujos efeitos se vão produzir na esfera jurídica daquela pessoa. Embora devendo cumprir as determinações dos órgãos deliberativos, são eles quem *exterioriza* a vontade da pessoa colectiva. Trata-se, pois, de órgãos *externos ou executivos* (*Aussenorgane; ausführende Organe*).

Se seguirmos aqui a tendência muito divulgada nos autores, e até nos profanos, para figurar as pessoas colectivas como seres vivos, diremos que os órgãos deliberativos são o cérebro da pessoa colectiva, e os órgãos representativos constituem apenas a sua voz e o seu braço.

Dos órgãos há que distinguir os simples *agentes* ou *auxiliares*, que só executam por incumbência ou ainda sob a direcção dos órgãos deliberativos, e principalmente dos representativos, determinadas operações materiais que interessam à pessoa colectiva. Deve notar-se, porém, que falamos de *operações materiais* em contraposição a negócios jurídicos, compreendendo assim naquela designação operações que podem corresponder a um trabalho intelectual delicadíssimo, ou que podem consistir na transmissão de declarações de vontade dos órgãos representativos.

Por outro lado, podem as pessoas colectivas ter *mandatários* constituídos e tratados como os das pessoas singulares. São os órgãos da pessoa colectiva quem os designa e lhes confere os respectivos poderes. Distinguem-se dos meros agentes ou auxiliares por terem a seu cargo a conclusão de um ou mais negócios jurídicos. Distinguem-se dos órgãos porque a intervenção destes resulta dos próprios estatutos (só por si ou integrados pelas disposições legais aplicáveis), ao passo que a daqueles resulta de deliberação tornada pelos órgãos.

Continuando a seguir aquela mesma tendência organieista, diríamos que estes agentes, auxiliares ou mandatários são simples instrumentos de que se servem a voz e o braço da pessoa

colectiva para mais cabalmente realizarem as finalidades que lhes competem.

A fim de ilustrar as distinções anteriores consideremos, p. ex., uma sociedade anónima. Nela encontramos como órgãos deliberativos, antes de mais, a assembleia geral dos sócios, e depois também, por vezes, o conselho de administração; como órgãos representativos. os directores ou os administradores-delegados (³¹²); como simples agentes ou auxiliares, os operários, os empregados (que podem ser técnicos de alta qualificação), os architectos, engenheiros e outros profissionais a cujos serviços ocasionalmente recorra; como mandatários, os gerentes de filiais, os advogados constituídos para quaisquer litígios em que a sociedade seja pleiteante. etc.

Se supusermos um contrato a realizar no interesse da sociedade, ele será normalmente decidido pelos órgãos deliberativos e concluído ou realizado com a outra parte pelos órgãos representativos. Mas podem prestar a sua colaboração para esse efeito os simples agentes ou auxiliares, escrevendo e expedindo a correspondência necessária, ou fornecendo indicações (informações ou pareceres) sobre o modo de realizar a operação, como podem ainda intervir no caso quaisquer mandatários, resolvendo e concluindo o negócio. no âmbito dos poderes de que foram investidos,

É claro, todavia, que nada impede que a mesma pessoa desempenhe cumulativamente funções de órgão deliberativo e de órgão representativo, ou até mesmo funções que poderiam ser atribuídas a simples agentes ou auxiliares. O director ou gerente duma sociedade. com efeito, tem sempre, além das suas típicas funções representativas, atribuições deliberativas mais ou menos amplas, pois nem sobre todos os negócios sociais — longe disso — é chamada a pronunciar-se a assembleia geral ou sequer o conselho de administração. Por outro lado, frequentemente sucede (nos outros tipos de sociedades, pelo menos) que ele executa ainda operações mate-

(^{d2}) O Código das Sociedades Comerciais permite, em alternativa, duas estruturas para a administração e fiscalização das sociedades anónimas: conselho de administração e conselho fiscal, por um lado, ou direcção, conselho geral e revisor oficial de contas. por outro lado (cfr. os arts. 278.º e 390.º e segs. desse Código).

riais (escrituração, correspondência, direcção técnica) que podiam ser confiadas a um simples empregado de maior ou menor qualificação.»

72. Elementos constitutivos da pessoa colectiva: substrato e reconhecimento (cont.)

I — O reconhecimento. Noção. Modalidades. O reconhecimento é o *elemento de direito*, redutor da dispersão e pluralidade do substrato à unidade, à qualidade de sujeito de Direito.

Verificado o reconhecimento, surge uma nova pessoa jurídica: a pessoa colectiva. Como sujeito jurídico, a pessoa colectiva toma-se titular de relações jurídicas, designadamente de relações jurídicas estabelecidas com os associados, os fundadores, os serventuários, os beneficiários ou terceiros.

São possíveis várias modalidades de reconhecimento. Pode ter lugar um *reconhecimento normativo*, isto é, derivado automaticamente da lei e um *reconhecimento individual ou por concessão*, isto é, traduzido num acto individual e discricionário de uma autoridade pública que, perante cada caso concreto, personificará ou não o substrato.

O reconhecimento normativo pode, ainda, revestir duas formas.

Pode tratar-se de um *reconhecimento incondicionado*, se a ordem jurídica atribuir personalidade jurídica *de plano*, sem mais exigências, a todo o substrato completo da pessoa colectiva (*sistema da livre constituição das pessoas colectivas*). Um tal sistema dificilmente existirá em qualquer direito positivo, não existindo, desde logo, entre nós.

Pode tratar-se de um *reconhecimento normativo condicionado*. Também esta modalidade de reconhecimento é de carácter global, isto é, derivado de uma norma jurídica dirigida a uma generalidade de casos e não de uma apreciação individual, caso por caso. Também esta modalidade de reconhecimento traduz um grau de liberdade e facilidade na constituição de pessoas colectivas superior ao reconhecimento por concessão. A lei formula em geral a exigência de determinados pressupostos ou requisitos, que devem acrescer aos elementos caracterizadores de um substrato e, verificados esses requisitos, a pessoa colectiva é automaticamente constituída, sem necessidade de uma apreciação de oportunidade e conveniência por parte do Estado.

II — Entre nós, o reconhecimento normativo condicionado vigora no domínio das sociedades comerciais e civis em forma comercial e das associações e o reconhecimento por concessão é exigido para as fundações.

Quanto às sociedades, tal solução resulta dos artigos 5.º e 36.º e segs. do Código das Sociedades Comerciais. Segundo estes preceitos, as sociedades só surgem como uma individualidade jurídica distinta dos sócios depois do registo definitivo, o que exige o cumprimento de vários requisitos, alguns aliás privativos de certo tipo de sociedade (p. ex., a escritura pública exigida para a constituição da generalidade das sociedades⁽³¹³⁾; número mínimo de cinco sócios nas sociedades anónimas, etc.).

Quanto às associações, o regime do reconhecimento normativo condicionado resulta do artigo 158.º, n.º 1, e quanto às fundações, a exigência de um reconhecimento individual por parte da autoridade pública para a aquisição da personalidade jurídica resulta expressamente do⁽¹¹¹⁾ 2 do mesmo artigo.

III — Justificado de *jure constituto* o reconhecimento, pode perguntar-se qual a sua justificação *de jure conshruendo*. Fornecida a fundamentação legal do reconhecimento, importa conhecer a sua fundamentação racional.

Podem indicar-se várias razões justificativas de urna orientação legal que faça depender a atribuição da personalidade jurídica às pessoas colectivas da verificação de certos requisitos exigidos genericamente (reconhecimento normativo condicionado) ou de um acto individual e discricionário de uma autoridade pública (reconhecimento por concessão).

São elas:

1) O Estado pretende disciplinar — eventualmente controlar — a constituição e as características das pessoas colectivas, pois estas podem revestir uma dimensão ou uma influência que as torne *entes poderosos* em face do Estado ou podem, por força de certas características, ter uma existência e urna *actividade contrárias* à licitude ou ao interesse público.

⁽³¹³⁾ Há, porém, pequenas excepções, a que acudiremos *infra*

2) Há vantagem para todos os interessados — associados, beneficiários, colectividade social — que não surjam pessoas colectivas *não viáveis*, isto é, desprovidas de possibilidades de sobrevivência. A constituição de pessoas colectivas, com um fim útil ou lícito, mas *incapazes (por carência de meios) de viver* seria um factor de perturbação da vida jurídica e de frustração de expectativas que se tinham suscitado.

3) O reconhecimento importará *publicidade* da existência da pessoa colectiva, dadas as formalidades que comporta ^{(31 4T} **esse** facto é favorável aos interesses dos terceiros e à segurança e facilidade do comércio jurídico.

73. Classificações doutrinárias das pessoas colectivas: Corporações e Fundações: Pessoas colectivas de direito público e Pessoas colectivas de direito privado

I — As pessoas colectivas são objecto de numerosas classificações. Importa dar indicação dos termos e do conteúdo das principais, acentuando-se, desde já, a possibilidade de algumas vezes uma pessoa colectiva poder apresentar características híbridas, não se integrando perfeitamente numa só categoria. Nesta hipótese devem ser qualificadas, atendendo às suas mais numerosas e relevantes afinidades, salvo quando o efeito para que tenha interesse a sua qualificação imponha racionalmente a consideração de outra categoria.

É usual distinguir entre classificações doutrinárias e classificações legais. As primeiras são recolhidas na literatura jurídica e, podendo embora aflorar na lei, não estão lá consagradas e definidas abertamente. As segundas são classificações abertamente explicitadas na lei portuguesa.

II — *Corporações e Fundações*. Pouco há a acrescentar ao que já foi dito sobre os termos desta distinção. Tem ela por critério a composição do substrato quanto ao primeiro dos seus elementos integrado-

^(31*) Pense-se na publicidade do acto individual de reconhecimento ou na publicidade dos estatutos

res: as corporações são colectividades de pessoas (o seu substrato é integrado por um elemento pessoal); as fundações são massas de bens (o seu substrato é integrado por um elemento patrimonial, a chamada dotação) (31⁶).

As corporações são constituídas e governadas por um agrupamento de pessoas (os associados (31⁶)), que subscrevem originariamente os estatutos e outorgam no acto constitutivo ou aderem posteriormente à organização. Os associados dominam através dos órgãos — designadamente a assembleia geral — a vida e o destino da corporação, podendo mesmo alterar os estatutos.

As fundações são instituídas por um acto unilateral do fundador de afectação de uma massa de bens a um dado escopo de interesse social. O fundador, além de indicar no acto da instituição o fim da fundação e de especificar os bens que lhe são destinados, estabelecerá de uma vez para sempre (*ase varien, r*) as normas disciplinadoras da sua vida e destino.

As corporações visam um fim próprio dos associados, podendo ser altruístico, e são governadas pela vontade dos associados. São regidas por uma *vontade imanente*, por uma vontade própria, que vem de dentro e, por isso, pode dizer-se que têm *órgãos dominantes*. Como escreve FERRARA, citado por MANUEL DE ANDRADE, são «*auto-organizações para um interesse próprio*». Ainda nas palavras de MANUEL DE ANDRADE, «a corporação tem membros — os associados —, que são *senhores* dela e sujeitos do interesse ou finalidade corporacional» (17).

As fundações visam um interesse estranho às pessoas que entram na organização fundacional; visam um interesse do fundador de natureza social e são governadas pela vontade inalterável do fundador, que deu o impulso inicial à fundação e, desse modo, a animou com a vontade necessária à sua vida. São regidas, pois, por uma *vontade transcem*

(¹⁵) Exprimindo esta diversidade do substrato e, simultaneamente, a unidade da pessoa colectiva que a torna um sujeito jurídico distinto do substrato e dos órgãos, falavam os autores das corporações como «*universitates personarum*» e das fundações como «*universitates bonorum*»,

H⁶) Salvo, como já referimos, na hipótese de sociedades originariamente unipessoais.

(¹⁶) Cfr. *oh. cir.*, 1, pág. 69.

dente, por uma vontade de outrem, que vem de fora e, por isso, pode dizer-se que têm *órgãos servientes*. Nas palavras de FERRARA, citado por MANUEL DE ANDRADE, são *ehetero-organizações para um interesse alheio*». Como escreveu o ilustre civilista português, «a fundação tem só *administradores*, que são *serventuários* da vontade do fundador e do escopo por ele designado».

Esclareça-se, para terminar, que o fundador pode entrar a fazer parte, como administrador, dos órgãos da fundação e essa hipótese ocorre frequentemente nas fundações *instituídas* em vida. Ultrapassada, porém, a fase constitutiva da fundação, deixa de ter o poder de alterar a lei interna da fundação, sendo um administrador como qualquer outro.

Por outro lado, na maioria dos casos a fundação resulta de um acto pelo qual uma pessoa singular ou colectiva destaca do seu património certos valores, para com eles constituir a dotação afectada a certo fim. Não é todavia forçoso que as coisas se passem assim. Nada se opõe, mesmo *de jure constituto*, à possibilidade de fundações de instituição colectiva (p. ex., as resultantes de afectação de fundos obtidos por subscrição pública ou as instituídas por uma pluralidade de pessoas outorgando simultaneamente no acto de instituição).

III — *Pessoas colectivas de direito público e pessoas cote(' as de direito privado*

1) Esta distinção é traçada na doutrina em aplicação de critérios variados. Reina, portanto, acerca dos termos da distinção uma grande variedade de opiniões.

Escreveu MANUEL DE ANDRADE acerca do critério e dos termos da distinção (=ls):

«Já se notou que acerca deste ponto existem na doutrina as maiores discordâncias. Trata-se, com efeito, de uma *yen-Ca (lucerna*; de uma questão sobre a qual, apesar de antiga e largamente versada pelos autores, ainda não pôde formar-se uma *COmmunis opinto*, ou sequer uma corrente com decisivo predomínio sobre as

(³¹⁵) Cfr. *ob. cit.* págs. 71-73; 01.11t0 cdt&rio em AFONSO QUEIRÓ *Liçãer de Direito Administrativo*, ed. policopiada, 1959, págs. 164 e segs.

outras. Nem admira, pois convergem aqui todas as dificuldades da distinção entre o direito público e o direito privado, acrescidas de algumas dificuldades suplementares.

Em matéria de tanta delicadeza, e revestindo além disso uma feição muito mais teórica do que prática, julgámos preferível desistir de qualquer investigação aprofundada, que exorbitaria das naturais proporções do nosso curso, e cujos resultados seriam sempre muito aventurosos. Por isso nos limitaremos a pôr um critério que, sobre ser dos mais divulgados e dos menos falíveis — talvez até o mais próximo da verdade —, nos pareceu também o mais nítido de todos, e como tal o mais facilmente apreensível e o mais adequado para servir de directriz inicial. isto é, para fornecer umas primeiras luzes acerca do nosso tema.

O critério proposto pode sintetizar-se neste enunciado: *são de direito público* as pessoas colectivas que disfrutam, em maior ou menor extensão, o chamado *jus imperii* correspondendo-lhe portanto quaisquer *direitos de poder público*, quaisquer *funções próprias da autoridade estadual*; *são de direito privado* todas as outras.

Mas em que consiste o *imperium*, o poder público, a autoridade estadual? *Grosso modo*, na possibilidade de, por via normativa ou através de determinações concretas, emitir *comandos vinculativos* (juridicamente eficazes), executáveis pela força, sendo caso disso, contra aqueles a quem são dirigidos (destinatários).

Pessoas colectivas públicas são pois aquelas às quais couber, segundo o ordenamento jurídico e em maior ou menor grau, uma tal *posição de supremacia*, uma tal possibilidade de afirmar uma *vontade imperante*. A primeira de todas, a pessoa colectiva pública por excelência, será o próprio Estado, visto que lhe compete — real ou virtualmente — a totalidade do poder público, só podendo este pertencer a outras pessoas colectivas na exacta proporção em que o Estado lho tenha concedido e enquanto lho não retirar. Públicas são ainda estas mesmas pessoas colectivas a que costuma dar-se o nome de *entes públicos menores*, por serem titulares ou portadores do poder público, mas só num âmbito mais reduzido e subordinadamente ao *imperium* estadual. Uma pessoa colectiva será deste género, pelo menos, quando possa formular determinações que valham e tenham força executória em confronto de terceiros e não só dos seus próprios associados, tratando-se de corporações, ou só

em confronto destes, sendo todavia, por qualquer forma, legalmente obrigatória a sua pertinência à corporação.

Tal a doutrina que nos parece de admitir num primeiro contacto com o nosso problema; nem outra coisa se pretende agora. E que ela deve estar certa, como directiva geral, é uma suposição que desde logo se abona com o facto de o direito público, segundo a teoria mais espalhada (teoria dos sujeitos), ser precisamente o direito que disciplina a organização e as relações dos entes providos do *jus imperii*, enquanto tais — quer se trate das relações entre eles próprios, quer das suas relações com os particulares.

É de notar que bastantes autores propugnam para esta distinção das pessoas colectivas, em vez dum critério único, uma pluralidade alternativa de critérios.»

A distinção — pessoas colectivas públicas/pessoas colectivas privadas — representa a transposição para o domínio da personalidade colectiva da *sunna divisio* do direito (direito público/direito privado). Compreende-se, pois, a dificuldade de encontrar um critério unânime, bem como a existência de zonas cinzentas ou de transição, sobretudo na nossa época de interpenetrações do público e do privado.

Pensamos que uma correcta solução deste problema, fundamentalmente teórico, deve encontrar-se a partir da diversidade de regimes jurídicos consagrados na lei para as pessoas colectivas públicas (de direito público) e para as pessoas colectivas privadas (de direito privado) e do fundamento racional dessa diversidade. Há que partir, em suma, da lei e dos interesses para os conceitos.

Ora, sem pretensão de estabelecer um elenco completo dessas diversidades de regime jurídico, podemos referir a concessão de certos privilégios às pessoas colectivas públicas (à g., o art. 53Y, n.º 2, al. f) da Lei 11.º 169/99, de 18 de Setembro, que estabeleceu o quadro de competências dos órgãos dos municípios e das freguesias), a subordinação destas ao direito público e à jurisdição administrativa (³¹⁹), um regime especial para as suas relações laborais, isenção de impostos, etc. Tais particularidades do tratamento jurídico das pessoas colectivas públicas

(^{gº}) Cfr., para os institutos públicos. o artigo 6.º da Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro — Lei Quadro dos Institutos Públicos.

apontam, a nosso ver, numa consideração global, para o critério de *titularidade de poderes de autoridade* (320).

2) O estudo das pessoas colectivas de direito público tem a sua sede própria na disciplina de Direito Administrativo. Abstemo-nos, por isso, de quaisquer desenvolvimentos a esse respeito, limitando-nos a enumerar duas categorias que dentro das referidas pessoas colectivas se podem considerar. São elas:

- a) as *pessoas colectivas de população e território*, como o Estado e as autarquias locais (freguesia, município, distrito — cfr., sobre as duas primeiras, a citada Lei n.º 168/99):
- b) os *institutos públicos* (como, p. ex., as Universidades), que são serviços e fundos do Estado e das Regiões Autónomas, dotados de personalidade jurídica, e integram a administração indirecta do Estado e das Regiões Autónomas (cfr. os arts. 2.º e 3.º da Lei Quadro dos Institutos Públicos (321)).

3) Quanto à subdivisão das pessoas colectivas de direito privado, aceitamos o critério e a tipologia de MANUEL DE ANDRADE.

O critério desta subdivisão é o da *finalidade estatutária* das pessoas colectivas ora consideradas. De acordo com tal critério, há que distinguir as *pessoas colectivas de utilidade pública* e as *de utilidade particular*.

(²) Designadamente, não nos parece forçoso o critério da *criação* da pessoa colectiva, segundo o qual seriam públicas, além do Estado, as pessoas por este criadas. Numerosas empresas públicas, sendo, como tal, chadas pelo Estado, devem considerar-se pessoas colectivas privadas, por não deterem poderes de autocracia. Esta conclusão não deve causar estranheza, pois as empresas públicas são uma forma de intervenção directa do Estado na economia, produzindo ou distribuindo bens ou serviços com recurso a técnicas e à disciplina do direito privado (comercial), com fundamento em considerações de eficácia. Nos termos do artigo 35, nh 4. da referida Lei n.º 3/2004, a criação de sociedades, associações ou fundações pelo Estado, Regiões Autónomas ou autarquias locais, como *pessoas colectivas de direito privado*, deve ser sempre autorizada por diploma legal, e as pessoas criadas não são abrangidas pelo regime dos institutos públicos.

(¹) Nos termos do artigo 35, nh 2, desta Lei, os fundos personalizados são também designados como fundações públicas,

«O primeiro destes termos comporta, por sua vez, uma subclassificação (322).

1) *Pessoas colectivas de direito privado e utilidade pública*. São as que se propõem um escopo de interesse público, ainda que, concorrentemente, se dirijam à satisfação de um interesse dos próprios associados ou do próprio fundador. Mas ainda aqui, como já se aludiu, são possíveis diversas modalidades.

a) *Pessoas colectivas de fim desinteressado ou altruístico*. Nestas pessoas colectivas, o interesse próprio que os associados ou o fundador querem satisfazer é um interesse de natureza altruística: o interesse em promover certos interesses de outras pessoas (os beneficiários). Os associados ou o fundador tomam a peito determinados interesses alheios. E trata-se de pessoas colectivas de utilidade pública, porque à comunidade social importa que tais interesses sejam satisfeitos. Tanto que o Estado ou os entes públicos menores costumam prover no mesmo sentido (em ordem a contentar os mesmos ou análogos interesses), através dos seus próprios recursos.

A esta categoria pertencem todas as fundações — exceptuado porventura algum raríssimo caso (os autores falam principalmente nas chamadas fundações de família) — e ainda um grande número de associações, como sejam as de beneficência ou as humanitárias.

b) *Pessoas colectivas de fim interessado ou egoístico*. Nestas pessoas colectivas, que serão sempre — pode dizer-se — de tipo corporativo, o escopo visado interessa de modo egoístico aos próprios associados, mas é tal que ao mesmo tempo interessa à comunidade. Este fim, aliás, pode ser de diversa ordem. Daí uma ulterior subdistinção.

1) *Pessoas colectivas de fim ideal*. O objectivo egoístico que uma pessoa colectiva se proponha pode consistir num interesse de natureza ideal (não económica): recreio, desporto, instrução, cultura física ou intelectual, etc. É o que sucede, p. ex., com os numerosos clubes recreativos ou desportivos que entre nós existem.

(322) Cfr. MANUEL DE ANDRADE, *ob. cit.*, págs. 77-80.

2) *Pessoas colectivas de fim eCOILlinliCO não lucrativo*. Aqui a pessoa colectiva pretende conse⁹uir certas vantagens patrimoniais para os seus associados: subsídios pecuniários no caso de invalidez, empréstimos em boas condições, etc. Trata-se pois de uma finalidade económica. Mas não de uma finalidade lucrativa. pois não se cuida propriamente de obter *lucros para repartir* pelos associados.»

Nesta categoria localizam-se, indubitavelmente, as associações de socorros mútuos e instituições congéneres. as caixas de crédito agrícola (³²³), os sindicatos, as associações patronais (²⁴) e, indiscutivelmente, as cooperativas de consumo, crédito, construção e habitação (323).

Por que motivo são qualificadas de utilidade pública (²) as pessoas colectivas de fim e⁹oístico ideal ou económico não lucrativo?

«É que o escopo visado por estas associações, ao mesmo tempo que interessa de modo egoístico aos associados, interessa também à colectividade: e interessa-lhe *em tal medida* que as leis devem e costumam instituir para os ditos organismos uma disciplina jurídica bastante parecida com a das pessoas colectivas de fim desinteressado — disciplina em que se reflectam de modo apropriado as fortes conexões que intercedem aqui entre o interesse público e o interesse particular dos associados. Numa palavra: as leis devem preocupar-se e costumam preocupar-se altamente (tal o caso entre nós) com as importantes consequências que para o interesse público podem resultar da actividade destas pessoas colectivas. Tal preocupação exteriorizar-se-á num regime jurídico adequado: uma fiscalização assaz meticulosa e vigilante, a concessão de certos favores ou privilégios, etc.» (327).

(²²⁰) As caixas de crédito agrícola mútuo são instluções *de* crédito, mas 580 47'm de constituir-se como sociedades anónimas tendo base cooperans a — Lir o artigo 31 al c), e o artigo 29' do Regime Gera: das instituições de Crédito e Sociedades Financeiras. aprovado pelo Decreto-Lei n"2955192, de 31 de Dezembro, e alterado, por último, pelo Decreto-Lei n" 201/2002, de 26 de Setembro.

(²⁴) Cfr os artigos 476-º al a), e 5061 n ° 1. do Código do Trabalho

(²⁵) Cfr o chamado Código Cooperativo (Lei n ° 51/96, dc 7 de Setembro, que revogou o Dec.—Lei n°454/80, de 9 de Outubro).

(⁸⁰) Há que distinguir esta qualificação, que 6 *doutrinal*. da declaração de 14111- dade pública nos termos do Decreto-Lei n" 460/77. de 7 de Novembro. ene aprovou o estatuto das pessoas colectivas de utilidade pública.

(⁴²) Cfr. MANUEL DE ANDRADE. *ob. e* /OC CO

II) *Pessoas colectivas de direito privado e utilidade particular*

A finalidade própria destas pessoas colectivas é de mero interesse particular. «Estes dizeres, porém, devem ser entendidos *cum grano salis*. Claro que também aqui, como por toda a parte, o interesse privado não deixa de ter as suas atinências com o interesse público. Simplesmente elas não assumem relevo especial, e por isso a lei, ao disciplinar tais pessoas colectivas, como que não se preocupa de modo directo com o interesse público, olhando apenas ao interesse particular dos associados.

Dados os termos em que foram definidas as diversas subcategorias que integram a classe anterior, as pessoas colectivas de utilidade particular só podem ser as que se dirigem a um escopo *lucrativo (ou especulativo)*: fazer lucros (um monte de valores económicos) para distribuir entre os seus componentes. Tratar-se-á pois das sociedades; daquelas sociedades que têm personalidade jurídica, e já veremos quais sejam.» (28)

Devem integrar-se igualmente no âmbito das pessoas colectivas de direito privado e utilidade particular os chamados *agrupamentos complementares de empresas (A.C.E. ⁽³²⁹⁾)*, bem como os *agrupamentos europeus de interesse económico (A.E.LE. ⁽³³⁰⁾)*. Não se trata de sociedades, mas de agrupamentos de pessoas singulares ou colectivas (sobretudo sociedades) com o fim de melhorar as condições de exercício ou de resultado das respectivas actividades económicas, mediante, p. ex., a realização de estudos e investigações de natureza técnica e económica que a todos interessem, a aquisição de maquinaria para emprego em comum, a propaganda e a representação de produtos em mercados externos, etc.

Não estamos perante sociedades, pois os agrupamentos não visam — eles próprios — realizar e partilhar lucros ⁽³³¹⁾; visam aumentar a

³²² Cfr. NIANUS, DE ANDRADE, *ob.* e /os cits.

⁽²⁹⁾ Regulados pelo Decreto-Lei n.º 130/73, de 25 de Agosto (na sequência da Lei n.º 4/73, de 4 de Junho).

⁽³⁰⁾ Cfr. o Decreto-Lei n.º 148/90, de 9 de Maio, e o Regulamento da Comunidade Económica Europeia n.º 2137/85, do Conselho, de 25 de Julho de 1985, in *Jornal Oficial*, n.º L-199, de 31 de Julho de 1985, págs. 1-9.

¹¹¹ Cfr. o artigo I.º do Decreto-Lei n.º 430/73 (realização e partilha de lucros apenas como fim acessório, quando autorizada expressamente pelo contrato constitutivo) e o artigo 3.º do Regulamento (CEE) n.º 2137/85.

rendibilidade das empresas pertencentes às entidades agrupadas e, assim, aumentar directamente o lucro obtido por cada uma. O interesse por eles visado é, em primeira linha, o interesse particular das pessoas jurídicas agrupadas. O interesse público atinente à actividade dos agrupamentos complementares das empresas não tem mais relevância nem é mais directamente visado do que o interesse público presente na actividade de uma sociedade comercial de certa dimensão. São, por isso, pessoas colectivas de direito privado e utilidade particular.

Já as cooperativas, mesmo quando visam servir um intento lucrativo dos cooperadores (cooperativas de produção, de comercialização, etc.), parecem não se dever integrar nas pessoas colectivas de direito privado e utilidade particular — e, como já vimos, não se integram também nessa categoria as cooperativas de cultura, de consumo, de crédito, de construção e habitação.

É que nas próprias cooperativas de produção ou de comercialização, que congregam agentes económicos perseguidores de lucros, a cooperativa não é criada para potenciar ou maximizar os lucros dos cooperadores. Tem, antes, em vista defendê-los contra a posição dominante de intermediários, comprando em comum bens de produção ou realizando em comum investimentos e escoando directamente para os consumidores finais os seus produtos — tudo isto proporcionando vantagens para eles e para os consumidores, na medida em que pode tornar os produtos mais baratos. Visam, portanto, também eles superar antagonismos económicos. Assim se compreende que todo o cooperativismo, incluindo as cooperativas de produção e de comercialização, assuma marcado interesse público e que a lei conceda às cooperativas especiais benefícios e torne medidas de carácter global, destinadas a permitir-lhes o prosseguimento efectivo da sua actuação económica, social e cultural. Nos termos do art.^º 2.º do Código Cooperativo, as cooperativas são «pessoas colectivas autónomas, de livre constituição, de capital e composição variáveis, que, através da cooperação e entreajuda dos seus membros, com obediência aos princípios cooperativos, visam, sem fins lucrativos, a satisfação das necessidades e aspirações económicas, sociais ou culturais daqueles». O artigo 3.º consagra os «princípios cooperativos», a que devem obedecer.

74. Classificações legais das pessoas colectivas: associações, fundações e sociedades

I — Pessoas morais e sociedades. O Código de Seabra formulava, embora não esquematicamente, uma distinção entre duas categorias de pessoas colectivas: as pessoas morais (definidas no art. 32.º) e as associações de interesse particular ou sociedades (referidas no art. 39.º, com remissão para as regras sobre o contrato de sociedade). A distinção tinha relevo para certos efeitos práticos, fundamentalmente traduzidos em certas medidas de especial favorecimento das pessoas morais (132).

Quanto à extensão da categoria pessoas morais, concluía-se abranger esta todas as pessoas colectivas de direito público e as de direito privado e utilidade pública. Estavam, portanto, fora do seu âmbito apenas as pessoas colectivas de direito privado e utilidade particular.

O Código Civil de 1966 abandonou esta distinção e formulou outra — associações, fundações e sociedades — mais próxima das sugestões doutrinárias, dando relevo à categoria das fundações, que, ao tempo do Código de 1867, não revestia autonomia conceitual.

II — Associações, fundações e sociedades. A distinção é formulada no artigo 157.º do Código Civil, onde se estabelece que as disposições do capítulo respectivo, encimado pela rubrica «pessoas colectivas», são aplicáveis directamente apenas às associações e às fundações e não já às sociedades.

Do mesmo artigo resulta que as associações são pessoas colectivas de substrato pessoal que não tenham por fim a obtenção de lucros para distribuir pelos sócios. A categoria abrange portanto as corporações de fim desinteressado e as de fim interessado, ideal ou económico não lucrativo.

Os caracteres das fundações são consabidos. Cabe acentuar que o Código de 1966 (arts. 157.º e 188.º) determina que só poderão obter

¹³²⁾ Assim, p. ex. impenhorabilidade, em processo executivo, de certos bens destas: a possibilidade de adquirir por testamento: a não verificação, quanto a elas, ao contrário do que sucede às sociedades do efeito geral da falta de contestação do réu iterem-se por confessados os factos alegados pelo autor)

personalidade jurídica as fundações cujo fim for de interesse social. Poderia ainda pensar-se em inferir *a contrario* do artigo 157.º a possibilidade de fundações de fins egoístas ou de interesse restrito; todavia, o artigo 188.º dissipa as dúvidas acerca da ilegitimidade de tal conclusão. Portanto, à face do Código Civil, não pode ser reconhecida e, consequentemente, ser-lhe atribuída personalidade jurídica, uma fundação que vise realizar o interesse particular de uma pessoa ou de uma família determinada (p. ex., a conservação e adorno dum jazigo, a comemoração perpétua da memória do instituidor ou de outra pessoa, a conservação dum solar familiar, etc.). Tais objectivos só poderão ser prosseguidos através de outros meios técnico-jurídicos (p. ex., liberalidades com encargo modal) (333).

Quanto às sociedades, cumpre ter presente que só são pessoas jurídicas as sociedades comerciais e as civis em forma comercial. Não se lhes aplicam directamente as disposições do capítulo do Código Civil sobre as pessoas colectivas, mas sim as referentes ao contrato de sociedade (arts. 980.º e segs. do Cód. Civil) e as especiais do Código das Sociedades Comerciais (cfr. o art. 1.º). As sociedades prosseguem uma finalidade económica lucrativa, nos termos do art.º 9801) do Código Civil («Contrato de sociedade é aquele em que duas ou mais pessoas se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício em comum de certa actividade económica, que não seja de mera fruição, a fim de repartirem os lucros resultantes dessa actividade») (334). No caso de as pessoas porem em comum bens para uma actividade de mera fruição estaremos perante a figura da compropriedade e não perante uma sociedade.

(333) Tem sido discutida a reforma do regime jurídico das fundações, com propostas nesse sentido — cfr. Ministério da Administração Interna. *Novo regime jurídico das fundações de direito privado — projectos*. Lisboa 2002, Joaquim de SOUSA RIBEIRO, «As fundações no Código Civil — regime actual e projecto de reforma», in *Lusíada — revista de ciencia e cultura*. 2001. págs. 59 e segs.. c Rui MÓC0 ⁸⁸ilienrique SOUSA ANTUNES, *Direito das fundações — propostas de reforma*. Lisboa. 2004.

(") As cooperativas deixaram de estar regulamentadas no Códico Comercial. após o Decreto-Lei n.º 454780, de 9 de Outubro, ⁹ue aprovou o Código Cooperativo. entre-tanto substituído, como já sabemos, pelo novo Códico Cooperativo, aprovado pela Lei nº 51/96. de 7 de Setembro: nem formal, nem substancialmente são. pois. sociedades. Devem considerar-se incluídas no género «associações».

A classificação tripartida — associações, fundações e sociedades — não tem na sua base um critério unitário. Com efeito, as associações e sociedades são modalidades das pessoas colectivas de tipo corporativo e, nessa qualidade, opõem-se às fundações. Noutra perspectiva, porém, as associações e fundações integram uma mesma categoria, oposta às sociedades, na medida em que estas visam fins económicos lucrativos e aquelas não (335) (336).

III — *Espécies ou tipos de sociedades*. A primeira distinção a estabelecer dentro das sociedades é entre as *sociedades civis* e as *sociedades comerciais*. As sociedades comerciais são as que, a mais das notas genéricas do artigo 980.º do Código Civil, atenham por objecto a prática de actos de comércio e adoptem o tipo de sociedade em nome colectivo, de sociedade por quotas, de sociedade anónima, de sociedade em comandita simples ou de sociedade em comandita por acções» (Ma A' do Cód. das Sociedades Comerciais). As sociedades que tenham por objecto a prática de actos de comércio devem, aliás, adoptar um dos tipos referidos. As sociedades que tenham exclusivamente por objecto a prática de actos não comerciais são *sociedades civis*. Estas, aliás, *podem constituir-se sob forma comercial*, segundo algum dos quatro tipos de sociedades comerciais conhecidos pela nossa lei, ficando sujeitas às disposições do Código das Sociedades Comerciais.

") A *contrario* parece resultar do m.º 157.º a possibilidade de associações com um fim de lucro económico, embora não sujeitas ao regime dos artigos 158.º e segs. Parece, todavia, que a nota referida no artigo 157.º — não terem por fim o lucro económico dos associados — realiza uma função caracterizadora do conceito de associação e não uma função limitativa. O Código Civil, sempre que nas disposições subsequentes se refere a associações, usa a expressão *coam* tem em vista pessoas colectivas de fim não lucrativo.

^{2 336]} A estas três categorias há que acrescentar os *agrupamentos complementares de empresas* (e os agrupamentos europeus de interesse económico), que, bastante próximos das sociedades, não se confundem todavia com elas por os seus resultados — ora — Uvas se produzirem directamente e originariamente no património das entidades agrupadas, enquanto as sociedades visam obter lucros para distribuir pelos sócios. Sobre a noção de sociedade, cfr. A. FERREIRA CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, ed. dact., Coimbra, 1968, e Vasco Lobo XAVIER, *Sociedades comerciais (noção de sociedade comercial)*, policop., Coimbra, 1987.

As sociedades comerciais e civis em forma comercial (cfr. art. 1.º, n.º 1 e 4, do Cód. das Sociedades Comerciais) estão sujeitas às disposições respectivas do Código das Sociedades Comerciais, disposições que contêm em muitos pontos um regime diverso do dos artigos 980.º-1021.º do Código Civil, aplicável às sociedades civis.

As sociedades comerciais têm personalidade jurídica ⁽³³⁷⁾. É o que resulta, hoje, do artigo 5.º do Código das Sociedades Comerciais (vs sociedades gozam de personalidade jurídica e existem como tais a partir da data do registo definitivo do contrato pelo qual se constituem, sem prejuízo do disposto quanto à constituição de sociedades por fusão, cisão ou transformação de outras»), e resultava já também do artigo 108.º do Código Comercial («as sociedades comerciais representam para com terceiros uma individualidade jurídica diferente da dos associados»), tendo ficado isolada a posição de GUILHERNLE MOREIRA, negadora da personalidade jurídica às sociedades em nome colectivo.

Quanto às sociedades civis, têm indiscutivelmente personalidade jurídica as constituídas sob forma comercial, pois é-lhes aplicável o referido artigo 5.º, por força do artigo 1.º, n.º 4. do Código das Sociedades Comerciais.

Quanto às restantes sociedades civis (sociedades civis sob forma civil), o problema da sua personalidade jurídica era e continua a ser depois do Código Civil uma *vexata quaestio*. Inclino-nos para a solução negativa ⁽³³⁸⁾, devendo, contudo, advertir-se que a lei expressamente resolve determinados problemas para os quais poderia dons-

H^h) A personalidade jurídica da sociedade pode deixar de ser considerada, desnudando-se a situação real, com fundamento em abuso da personalidade jurídica, que é uma mera técnica ou máscara jurídica de uma realidade substancial, ou com fundamento em fraude à lei, se a distinção entre sociedade e sócio é invocada para dar cobertura a actuações contrárias ao escopo de normas jurídicas concretas, violadoras de vinculações contratuais, de carácter fraudulento ou lesivas da boa fé e da proibição do abuso de direito. Sobre a desconsideração da personalidade jurídica, cfr., além de A. MENEZES CORDEIRO, *O Levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*, cit. Alexandre MOTA PINTO, *Do contrato de suprimento*, Coimbra 2002, págs. 107 e segs.

f³³⁸) A solução negativa foi defendida, depois do Código Civil, por P/RES DE LIMA/ANTLINES VARELA, FERRER CORREIA C MARCELLO CAETANO, a favor da personalidade jurídica pronunciaram-se PALMA CARLOS C CASTRO MENDES.

tituir questão prévia ou prejudicial o problema da personalidade jurídica das sociedades civis: p. ex., atribui às sociedades civis personalidade judiciária, isto é, susceptibilidade de ser parte em juízo, mesmo que não tenham personalidade jurídica — cfr. art.º 1.º al. c) do Código de Processo Civil; atribui-lhes capacidade testamentária passiva, isto é, a possibilidade de serem instituídas herdeiras ou legatárias em testamento — cfr. artigo 2033.º al. b), do Código Civil. Nenhuma norma, do tipo do artigo 158.º do Código Civil ou do artigo 5.º do Código das Sociedades Comerciais, atribui personalidade jurídica às sociedades civis (³³⁸⁴ havendo igualmente outros argumentos, que não vamos expor em detalhe, contra a personalidade jurídica das referidas sociedades (340).

¹¹³⁹) Em diplomas avulsos tem a lei, regulado algumas sociedades civis, reconhecendo-lhes, por vezes, personalidade jurídica: cfr. o art.º 94.º ri.º 1.º do Decreto-Lei 487/99, de 16 de Novembro relativo a um tipo de sociedades civis profissionais (as sociedades civis de revisores de contas), ou o artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 229/2004 (e já o art. 5.º do Dec.-Lei n.º 513-Q/79, de 26 de Dezembro, revogado por este), segundo o qual as sociedades civis de advogados adquirem personalidade jurídica, desde que registadas.

(¹⁶) *Contra* a personalidade jurídica das sociedades civis podem formular-se argumentos a partir do regime da forma da cessão de quotas (art. 995.º, n.º 2) e da forma exigida para a sua constituição 80.º, n.º 2. al. e), do Cód. do Notariado), do regime fiscal da entrada de sócios para as sociedades civis (cfr a diferença entre as als. e) e f) do n.º 5 do art. 2.º do Código do Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis, aprovado pelo Dec.-Lei n.º 287/2003, de 12 de Novembro), um argumento formal ex artigo 2033.º, n.º 2. al. h); um argumento *a contrario*, inferido da necessidade que o legislador sentiu de expressamente atribuir personalidade jurídica a certas sociedades civis (sociedades de advogados), verificados certos requisitos, o que supõe não existir essa personalidade para as sociedades civis em geral; um argumento derivado da possível falta de um mínimo de organização e da falta de publicidade nas sociedades civis; *a favor*, um argumento ex artigo 2033.º e artigo 1000.º; um argumento substancial ex artigo 2033.º, n.º 2, al. b).

O regime de separação patrimonial entre a sociedade e os sócios *não* constitui argumento favorável à personalidade, pois também existe no património comum conjugal e nas associações não personificadas e, nestes casos, não existe personalidade jurídica. Assim, p. ex., no artigo 2.º, n.º 1, al. d), do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas previu-se que também as sociedades civis podem ser sujeitos passivos da declaração da insolvência. Mas o critério para a sujeição a esta declaração passou, com este Código, a ser o da autonomia patrimonial, e não o da existência de personalidade jurídica.

Dentro das sociedades comerciais e das civis em forma comercial, a mais importante classificação é a que torna como critério a presença ou ausência de responsabilidade pessoal dos sócios perante os credores sociais e a extensão dessa responsabilidade.

Sob este ponto de vista, tem os interessados de escolher um dos tipos legais de sociedade indicados na lei. Vigora, pois, aqui, nesta medida, o princípio do *nionerus* (*louças* ou da tipicidade).

São os seguintes os tipos legais de sociedades conhecidos na nossa lei:

- a) *sociedades em nome colectivo* — caracterizam-se pela responsabilidade pessoal e ilimitada perante os credores sociais, subsidiariamente em relação à sociedade e solidariamente com os outros sócios (art. 175.º, n.º 1, do Cód. das Sociedades Comerciais);
- b) *sociedades por quotas* — os sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, mas são solidariamente responsáveis por *todas as entradas* convencionadas no contrato social, isto é, respondem (arts. 197º, n.º 1, e 207.º do mesmo Código) para com a sociedade *pela realização da sua quota* (pela parte que lhes cabe do capital social), e ainda, solidariamente com os demais, pelas prestações devidas à sociedade por *algum ou alguns dos outros* associados por força da não realização integral das suas quotas (responsabilidade pela integração do capital social) ⁽³⁴¹⁾; o capital social está dividido em quotas;
- c) *sociedades anónimas* — os sócios estão isentos de responsabilidade pessoal pelas dívidas da sociedade e os credores sociais só se podem pagar pelos bens sociais; o capital social está dividido em fracções a cada uma das quais corresponde uma *acção*:

⁽³⁴¹⁾ .I., uma sociedade anónima com o capital de €100 000, dividido em 1000 acções de €100 cada, o sócio A. que subscreveu 50 acções.. só responde, para com a sociedade por €5000 Pagas (liberadas) as acções subscritas, nenhuma responsabilidade lhe podera vir a ser exigida uma sociedade por quotas com o capital de €100 000 constituída entre A e B, subscrevendo cada um uma quota de €50 000. A responde para com a sociedade pela sua prestação (€ 50 000) e pela prestação eventualmente devida à sociedade por B — quer dizer pode vir a responder por €100 000

cada sócio tem a sua responsabilidade *limitada*, para com a sociedade, pelo capital que subscreveu, isto é, *pelo montante das acções respectivas*, nada mais tendo a satisfazer, mesmo que os outros sócios estejam em dívida para com a sociedade — cfr. artigo 271.º do Código das Sociedades Comerciais (342);

d) *sociedades em comandita* — são uma combinação entre os tipos anteriores. pois intervêm nelas sócios que assumem responsabilidade ilimitada, como os sócios das sociedades em nome colectivo (sócios comanditados), e sócios que só arriscam o valor das suas entradas. como os accionistas das sociedades anónimas (sócios comanditários) — cfr. artigo 465.º do Código das Sociedades Comerciais: o capital social pode ou não ser representado por acções.

75. Classificação de novos entes dotados de personalidade colectiva (')

Em consequência do amplo reconhecimento da liberdade de associação ⁽³⁴³⁾, assistiu-se em Portugal à proliferação de pessoas colectivas, da mais variada espécie. cuja classificação levantou problemas, dada a fluidez da matéria.

Continuamos a orientar-nos pelo *critério elos poderes de soberania*, a fim de classificar as novas pessoas colectivas, tendo em conta o *interesse prático* que a destriça entre pessoas colectivas públicas e pessoas colectivas privadas pode alcançar — cfr., p. ex., artigo 705.º, al. /4, do Código Civil.

³⁴² | Um tipo, com um regime especial de pessoa colectiva societiária, é o da «sociedade anónima europeia», cujos fundadores tem de estar mediata ou imediatamente ligados a mais de um Estado-membro da União Europeia. — cfr. o Decreto-Lei n.º 2/2005 de 4 de Janeiro, e o Regulamento (CE) n.º 2157/2001. do Conselho, de 8 de Outubro.

Cfr., sobre este ponto, Luís CARVALHO FERNANDES, *Teoria geral do direito DD.* cit. L págs. 467 e segs.

(³⁴³ Cfr o Decreto-Lei n.º 594/74, de 7 de Novembro. e, depois, o artigo 46º da Constituição da República. de 1976

1 — *Empresas públicas*. O recurso ao esquema de empresa pública assentou, histórica e racionalmente, na convicção da maior eficácia para a sociedade numa gestão de unidades produtivas, pertencentes à colectividade, segundo o regime de direito privado.

Foi discutida a qualificação das empresas públicas ⁽¹⁴³⁾ (incluindo as empresas que foram objecto de nacionalizações ⁽¹⁴⁴⁾. Tal discussão está superada, existindo um novo regime do sector empresarial do Estado e das empresas públicas, constante do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, que consagrou o direito privado como o direito aplicável por excelência a toda a actividade empresarial, seja ela pública ou privada» (como se lê no respectivo preâmbulo).

⁽¹⁴³⁾ As empresas públicas estavam submetidas ao regime geral definido no Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de Abril, e no plano *formal*, eram pessoas colectivas públicas, visto ser essa a classificação que lhes era atribuída por lei. *Substancialmente*, inclinava-se já esta obra a considerá-las *peças privadas*, pelas razões seguintes: eram as normas de direito privado que funcionavam como direito subsidiário; estavam sujeitas à jurisdição dos tribunais judiciais: as relações de trabalho eram regidas pelo Direito de Trabalho, estando os trabalhadores abrangidos pelo regime da previdência dos trabalhadores privados e pertencendo aos tribunais de trabalho a competência para as questões resultantes das relações de trabalho; a tributação processava-se nos termos gerais, não beneficiando de isenções: e estavam sujeitas ao registo comercial. Exceptuavam-se apenas certas empresas públicas de regime especial, que asseguravam serviços públicos ou actividades que interessam fundamentalmente à defesa nacional, ou exerciam actividades em regime de monopólio, as quais por alguns aspectos do seu funcionamento e regime (especiais prerrogativas de autoridade, sujeição aos tribunais administrativos, inaplicabilidade do regime geral de tributação, em), eram de considerar pessoas colectivas públicas.

⁽¹⁴⁴⁾ As empresas nacionalizadas eram equiparadas e submetidas ao regime das empresas públicas pelo Decreto-Lei n.º 260/76 (art. 1.º, n.º 1). Algumas haviam sido declaradas expressamente pelo legislador como pessoas colectivas públicas estando neste caso as companhias de seguros e os bancos nacionalizados, os Correios e Telecomunicações de Portugal, a Caixa Geral de Depósitos, o IPE-Instituto de Participações do Estado, ER, e o Banco de Portugal. Destes, os primeiros deixaram de existir, por terem sido mal-valorizada os Correios e Telecomunicações de Portugal, a Caixa Geral de Depósitos e o IPE foram transformados em sociedades anónimas de capitais exclusivamente públicos (respectivamente, pelo Decreto-Leis n.º 87/92, de 14 de Maio, 287/93, de 20 de Agosto, e 330/82, de 18 de Agosto), e o Banco de Portugal é qualificado expressamente como «pessoa colectiva de direito público, dotada de autonomia administrativa e financeira e de património próprio», pelo art. 1.º da respectiva Lei Orgânica (aprovada pelo Decreto-Lei n.º 337/90, de 30 de Outubro, na redacção da Lei n.º 5/93, de 31 de Janeiro).

Nos termos desse Decreto-Lei n.º 558/99, as *empresas públicas* são sociedades constituídas nos termos da lei comercial, em que o Estado ou outras entidades públicas estaduais ⁽³⁴⁶⁾ possam exercer, isolada ou conjuntamente, de forma directa ou indirecta, uma influência dominante em virtude da detenção da maioria do capital ou dos direitos de voto, ou do direito de designar ou de destituir a maioria dos membros dos órgãos de administração ou de fiscalização. É aplicável a estas empresas públicas o direito privado, com a ressalva das especialidades contidas no Decreto-Lei n.º 558/99, onde se não prevê a atribuição de poderes de autoridade. Trata-se, pois, claramente, de pessoas colectivas de direito privado.

A par do regime geral, esse contém normas sobre *empresas que exploram serviços de interesse económico geral*, consagrando algumas soluções baseadas na sua especial importância para o conjunto dos consumidores e para a sociedade em geral (cfr., designadamente, os princípios orientadores constantes do art. 20.º). Todavia, tais normas não alteram a qualificação destas empresas, à luz dos critérios que perfilhamos.

O novo regime das empresas públicas autonomizou, ainda, nos artigos 23.º e segs., a categoria de «*entidades públicas empresariais*», para pessoas colectivas, que diz serem de direito público, com natureza empresarial e criadas pelo Estado (bem como para as empresas públicas a que se referia o art. 18 do Dec.-Lei n.º 260/76). Tais entidades estão sujeitas ao regime geral — e, portanto, ao direito privado —, mas ficam sujeitas a um regime de tutela, embora menos estrito do que o previsto no anterior diploma. Pelas razões aduzidas anteriormente, no domínio do regime das empresas públicas de 1976, e porque a sujeição a esta tutela (e a qualificação formal pelo legislador) não é, em face do crité-

⁽³⁴⁵⁾ Admite também o art. 5.º desse diploma a constituição de sectores empresariais próprios pelas regiões autónomas, os municípios e as suas associações, nos termos de legislação especial.

A Lei n.º 58/98, de 18 de Agosto (Lei das Empresas Municipais, Intermunicipais e Regionais), veio regular as condições em que os municípios, as associações de municípios e as regiões administrativas podem criar empresas, dotadas de capitais próprios, de âmbito municipal, intermunicipal ou regional, para exploração de actividades que prossigam fins de reconhecido interesse público, cujo objecto se contenha no âmbito das respectivas atribuições

rio seguido, bastante para alterar a natureza destas entidades, incluíamo-nos também, hoje, para a sua qualificação como pessoas colectivas de direito privado (8348).

II — *Pessoas colectivas de utilidade pública*. Pessoas colectivas de utilidade pública são, nos termos da qualificação legal (Dec.-Lei n.º 460/77, de 7 de Novembro), «as associações ou fundações que prosigam fins de interesse geral, ou da comunidade nacional ou de qualquer região ou circunscrição, cooperando com a Administração Central ou a administração local, em termos de merecerem da parte desta administração a declaração de «utilidade pública» (art. 1.º, n.º 1).

O n.º 2 engloba as pessoas colectivas de utilidade pública a administrativa.

A declaração de utilidade pública depende de concessão do Governo (art. 3.º), é publicada no *Diário da República* (art. 6.º) e deve ser requerida pelas pessoas colectivas interessadas (art. 5.º).

Apesar de gozarem de benefícios fiscais e de outras regalias, *são pessoas colectivas privadas* (348).

Na verdade, não resulta do Decreto-Lei n.º 558/99 a atribuição a estas entidades de quaisquer prerrogativas de natureza pública, residindo a especialidade do regime das entidades públicas empresariais na sujeição a um regime de tutela económica e financeira (cfr. arts. 298 e segs.). O legislador reconhece, alias, no preâmbulo do Decreto-Lei 0.0558/99, que as entidades públicas empresariais «continuarão a reger-se também elas em múltiplos aspectos pelo direito privado». Cfr., porém, Jorge COUTINHO Da ABREU, «Sobre as novas empresas públicas: notas a propósito do D.L. 558/99 e da L. 58/98», in volume comemorativo do 75.º tomo do *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra (2003), págs. 555-575.

(Bs) Um regime específico, que se contém no Decreto-Lei n.º 144/93, de 26 de Abril, é o das *federações desportivas*, as quais são definidas como pessoas colectivas que, integrando agentes desportivos, clubes ou agrupamentos de clubes, se constituem sob a forma de associações sem fim lucrativo, propondo-se prosseguir os objectivos enunciados na Lei de Bases do Sistema Desportivo (art. 2.º, n.º 1). Sendo-lhes subsidiariamente aplicável o regime jurídico das associações de direito privado (art. 3.º), e sendo caracterizadas pelo legislador, no preâmbulo, como «associações de direito privado», quando for reconhecido o estatuto de *utilidade pública desportiva*, este atribui, porém, a uma federação desportiva, em exclusivo, a competência para o exercício, dentro do respectivo âmbito, de poderes de natureza pública, bem como certos direitos especiais (arts. 7.º e segs.).

III — Instituições de segurança social. Embora a natureza das instituições de previdência — actualmente, de segurança social — haja sido questionável, a evolução do regime respectivo levou a qualificá-las como *peessoas colectivas públicas* — nesse sentido, o preambulo do Decreto Regulamentar n.º 68/77, de 17 de Outubro, bem como o preâmbulo do Decreto-Lei 519-H/79, de 28 de Dezembro. A actual Lei de Bases da Segurança Social (Lei n.º 32/2001 de 20 de Dezembro, que revogou a Lei n.º 17/2000, de 8 de Agosto, a qual, por sua vez, havia revogado a Lei n.º 24/84, de 14 de Agosto) prevê, no artigo 115.º, n.º 1, que o sistema de segurança social é integrado, além de por serviços integrados na administração directa do Estado, por «instituições de segurança social que são pessoas colectivas de direito público, integradas na administração indirecta do Estado».

IV — Instituições particulares de solidariedade social (I.P.S.S.). Abrangem as associações de solidariedade social, irmandades da Misericórdia, cooperativas de solidariedade social, associações de voluntários de acção social, associações de socorros mútuos, fundações de solidariedade social.

Se forem legalmente constituídas e registadas, adquirem a categoria de *peessoas colectivas de direito privado e utilidade pública*.

São *peessoas colectivas privadas* — cfr. já o artigo 2.º, n.º 3, do Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social aprovado pelo Decreto-Lei n.º 519-G/79, de 29 de Dezembro, e, no âmbito do Estatuto em vigor (aprovado pelo Dec.-Lei n.º 119/83, de 25 de Fevereiro), o expresse reconhecimento pelo legislador da «natureza privada das instituições», no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 89/85, de 1 de Abril (349).

V — Unidades de exploração colectiva de trabalhadores. Vulgarmente designadas como U.C.P., estavam previstas no artigo Decreto-Lei n.º 409-B/75, de 29 de Julho, e na Lei n.º 77/77, de 29 de Setembro (o primeiro revogado por esta última, e esta revogada pela Lei n.º 109/88, de 26 de Setembro). Actualmente, a Lei de Bases do Desenvolvimento

⁽³⁴⁹⁾ Sobre as IPSS, cfr. Liciruo LOPES, *As instituições particulares de solidariedade social*, diss. de Mestrado, Universidade de Coimbra, 2000.

A *§*rário (Lei n.º 86/95, de 1 de Setembro) não lhes faz referência. De qualquer modo, trata(va)-se de associações de trabalhadores, sendo a mesma designação utilizada, contudo, relativamente a entidades que podem não ter sequer personalidade jurídica. Devem considerar-se como *peçoas colectivas privadas*, quando forem pessoas jurídicas.

VI — *Associações e Partidos Políticos* (³⁵⁰). De acordo com o critério da titularidade de poderes soberanos, que temos seguido, são de considerar *peçoas colectivas privadas*. Têm, todavia, um regime especial, com certos direitos que se explicam pela sua função de concorrer «para a livre formação e o pluralismo de expressão da vontade popular e para a organização do poder político» (cfr. os ares. 1.º e 10.º da Lei Orgânica n.º 2/2003) (31).

VII — *Associações de classe* (associações de empregadores e associações sindicais ou sindicatos (³⁵²)). São pessoas colectivas privadas.

É óbvio que nos reportamos, repete-se, nestas classificações, ao *critério dos sujeitos*, isto é, da detenção ou não de *poderes de soberania*. Portanto, a classificação de muitas destas entidades como pessoas colectivas privadas não significa que não sejam pessoas colectivas de direito privado e utilidade pública.

76. Constituição das pessoas colectivas: formação do substrato das corporações (associações e sociedades) de direito privado

À formação do substrato das associações referem-se os artigos 167.º e 168.º A primeira destas disposições, no seu n.º 1, refere-se ao chamado *acto de constituição* da associação, enunciando as especificações que o mesmo deve conter; o n.º 2 refere-se aos chamados *estatutos*.

³⁵⁰ Cfr. o artigo 5º da Constituição e a Lei Orgânica n.º 21/2003, de 22 de Agosto (que revogou o Dec.-Lei n.º 595/74, de 7 de Novembro).

³⁵¹) Nos termos do art. 14º desta Lei, o reconhecimento e o início da actividade dos partidos políticos dependem de inscrição em registo existente no Tribunal Constitucional.

³⁵²) Cfr. os artigos 55º e 56º da Constituição e os artigos 475º e 506º e segs. do Código do Trabalho

O acto de constituição da associação, os estatutos e suas alterações estão sujeitos a exigências de forma e publicidade.

Devem constar de *escritura pública*, verificando-se, em caso de inobservância desta exigência, a sanção correspondente ao vício de forma: nulidade. Devem, além disso, o acto de constituição e os estatutos ser *publicados* no jornal oficial, sob pena de ineficácia em relação a terceiros, cabendo officiosamente ao notário remeter o respectivo extracto para publicação, bem como à autoridade administrativa e ao Ministério Público a constituição e estatutos, bem como a alteração destes.

Note-se, por outra via, que a falta de escritura pública, provocando a nulidade do acto de constituição e dos estatutos, impede o reconhecimento da associação, a qual figurará, por falta desse requisito legal (art. 158.º), como associação sem personalidade jurídica (arts. 195.º e segs.). A exigência de escritura pública para as *associações e fundações* decorre também do artigo 80.º, n.º 2, al. *i)*, do Código do Notariado (aprovado pelo Dec.-Lei n.º 207/95, de 14 de Agosto)

A formação do substrato das sociedades pressupõe um *contraio de sociedade*. Prescreve-se igualmente para a generalidade das sociedades comerciais e civis em forma comercial a exigência de escritura pública — artigo 80.º, n.º 2, al. *e)*, do Código do Notariado e artigo 7.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais (353).

77. Constituição das pessoas colectivas: formação do substrato das fundações de direito privado

I — Na vigência do Código de Seabra podiam levantar-se dificuldades quanto a ser admissível dispor de bens por testamento ou até por acto entre vivos para uma fundação que se quisesse constituir.

[353] A escritura pública é hoje dispensada para a constituição de sociedades de advogados e de sociedades unipessoais por quotas — cfr o art. 3.º do Decreto-Lei n.º 513-Q79, de 26 de Dezembro, que estabelece o regime das sociedades civis de advogados (na redacção dada pelo Dec.-Lei n.º 237/2001, de 30 de Agosto), e o o artigo 270.º-A, n.º 4, do Código das Sociedades Comerciais (na redacção do Dec.-Lei n.º 36/2000, de 14 de Março). O Decreto-Lei n.º 36/2000 veio igualmente dispensar escritura pública para o contrato constitutivo do agrupamento complementar de empresas. Nestes casos basta *documento particular*, se não forem efectuadas entradas em bens diferentes de dinheiro, para cuja transmissão seja necessária aquela forma

No domínio do Código actual não podem surgir quaisquer dúvidas, pois o artigo 185.^o é expresso em permitir a instituição de fundações de ambas as maneiras, devendo o instituidor indicar no acto de instituição o fim da fundação e especificar os bens que lhe são destinados e podendo ainda providenciar sobre a sede, organização, funcionamento e eventual transformação ou extinção do ente fundacional (354).

II — *Instituição por testamento*. Qual a natureza jurídica do acto de instituição por testamento? Tem-se admitido na doutrina portuguesa (JOSÉ TAVARES. CABRAL DE MOSCADA, MARCELLO CAETANO) que o acto de instituição, quer realizado entre vivos quer praticado em testamento, é um negócio jurídico unilateral autónomo, *sui generis*. Esta tornada de posição inspirou-se em FERRARA, para quem a instituição de uma fundação em testamento «não é vocação de herdeiro ou legado, e por isso não é governada pelos princípios sucessórios, mas é um *negócio autónomo* de instituição de uma obra ou de destinação de um património». Tal negócio, quer praticado em testamento, quer entre vivos, qualifica-o FERRARA como pertinente a uma categoria que designa por *negócio de destituição*.

Que dizer acerca deste ponto?

Sem dúvida que o acto de instituição de uma fundação em testamento tem características diferentes da instituição de herdeiro ou legatário. No primeiro caso visa-se a criação de um novo ente jurídico; nos últimos verifica-se uma atribuição patrimonial a favor de pessoas já existentes C⁵⁵). Nessa medida pode considerar-se legítima a afirmação de que o acto de instituição é um negócio autónomo, *sui generis*.

Todavia, este acto, quando contido num testamento, tem características diferentes das que lhe cabem quando praticado entre vivos. Assim, é livremente revogável até ao momento da morte do testador, mas torna-se irrevogável quando o testador faleça, ao contrário do acto entre

(⁹⁴) O artigo 185.^o, nº 5, deve entender-se, depois da reforma de 1977, reportado ao n.º 3 do artigo 1689, pois este corresponde à «parte final do artigo 168.^o» na versão originária do Código.

(³⁵⁵) Salvo o caso das disposições a favor de nascituros, concebidos ou não (art. 20339).

vivos. que só se torna irrevogável quando o reconhecimento é requerido ou principia o reconhecimento oficioso. etc.

Por outro lado, se os bens destinados à fundação consistem na totalidade ou numa quota do património do falecido, *aplicam-se à instituição certas normas privativas da instituição de herdeiro*, como, p. ex., o artigo 2301.º (direito de acrescer entre herdeiros), o artigo 2068.º (responsabilidade pelas dívidas do falecido), etc. Se, diversamente, se atribuem à fundação apenas bens ou valores determinados, *aplicam-se as normas privativas do legado*, quanto a estes ou outros problemas.

Em face do exposto, parece que só teoricamente tem significado a afirmação de que o negócio de fundação, quando adopte a veste testamentária, é um negócio autónomo, *sui generis*, pois sempre a sua efectivação terá de se realizar através do mecanismo técnico-jurídico da herança ou do legado, aplicando-se-lhes as disposições duma ou doutra instituição, consoante os casos.

Qual o *modus faciendi* a observar para se erigir a fundação por testamento?

Se os estatutos foram formulados pelo testador, devem os herdeiros ou executores testamentários requerer o reconhecimento, que pode aliás ser oficiosamente promovido pela autoridade competente (art. 185P, n.º 2). Na falta de estatutos lavrados pelo instituidor ou na insuficiência deles, compete aos executores do testamento elaborá-los ou completá-los, incumbindo a sua elaboração à própria autoridade competente para o reconhecimento, se os executores os não lavrarem dentro do ano posterior à abertura da sucessão (art. 187.º). Elaborados os estatutos, terá lugar o reconhecimento, a requerimento dos executores ou *ex officio*.

III — *Instituição por acto entre vivos*. À face do Código de 1867, MANUEL DE ANDRADE, depois de concluir pela admissibilidade da constituição de fundações por acto entre vivos, concluía serem as disposições respectivas verdadeiras doações. Tal conclusão resultava de não conhecer o Código outro tipo de disposições gratuitas entre vivos, além da doação, mas suscitava todavia dificuldades, dado o carácter contratual das doações que não se verificava no acto de fundação. As dificuldades eram contornadas por MANUEL DE ANDRADE observando que o essencial no conceito de doação não era a contratualidade, mas sim tratar-se de um acto de atribuição patrimonial gratuita.

Esta tentativa de explicação de uma solução positiva — a admissibilidade de instituição de fundações por acto entre vivos — accitava-se, dada embora a sua vulnerabilidade, na falta de outra explicação mais satisfatória.

No domínio do Código de 1966, todavia, nada nos impede de reconhecer ao acto de instituição entre vivos, de *jure constituto*, a natureza que logicamente lhe deve ser assinalada e que a melhor doutrina aponta: trata-se de um *negócio jurídico unilateral (de natureza gratuita)* ⁽³³⁶⁾. O Código Civil de 1966 reconhece (art. 457.º) a eficácia vinculativa da promessa unilateral de uma prestação, embora só nos casos previstos na lei. Ora um dos casos previstos é o acto entre vivos de instituição de uma fundação (art. 185.º). Só um desnecessário recurso à ficção, incompatível com as realidades jurídicas e psicológicas, pode levar a dar, na estrutura do negócio, ao reconhecimento a natureza de aceitação de urna proposta contratual.

Que dizer da tendência de certa doutrina para desdobrar o acto de instituição em dois actos: um *acto ou negócio de fundação* visando a constituição dum novo ente jurídico, e um *acto ou negócio de dotação*, liberalidade a favor do sujeito de direito criado pelo primeiro?

Tal análise do acto de instituição é de repudiar em face do Código Civil, pois:

- 1.º A vontade do instituidor não basta para criar um novo sujeito de direito, sendo necessária a intervenção do reconhecimento. O art.º 188.º estabelece que será negado o reconhecimento, se não forem afectados à fundação bens suficientes. Quer dizer, o primeiro acto não pode subsistir *a se*, sem o segundo.

A distinção é, pois, corno observava MANUEL DE ANDRADE, «antes ideal que real ou prática».

Quid juris, se o instituidor se arrepende depois do acto de instituição e *quiser revogar a dotação*? Será imediatamente irrevogável a

⁽³³⁶⁾ Daí que esteja sujeito à redução ou revogação por mofsciosidade (art. 2168º) e entre no cômputo da legítima (art. 2162º), apesar de este último artigo só falar nos «bens doados»

instituição, uma vez lavrada a escritura pública exigida no n.º 3 do artigo 185.º?

O Código sanciona, no mesmo preceito, a doutrina segundo a qual a instituição só se torna *irrevogável quando for requerido o reconhecimento ou principiar o respectivo processo oficioso*. Portanto, até este momento, pode o fundador revogar a disposição.

E na hipótese de o fundador morrer antes desse momento? Deverá entender-se, como na vigência do Código de 1867, que, em princípio, a instituição caducará?

Parece que não. Esta solução era defendida, na vigência do Código de Seabra, com base na aplicação analógica do preceito que estabelecia caducarem as doações se o doador morresse antes da aceitação do donatário, considerando-se que o reconhecimento fazia as vezes da aceitação. Com o Código de 1966, todavia, temos lei aplicável especialmente à hipótese: o artigo 1859º, n.º 4, segundo o qual aos herdeiros do instituidor não é permitido revogar a instituição, salvo por força das normas sobre a sucessão legítima. Tal solução está aliás em conformidade com a regra do artigo 226.º

Resulta, igualmente, do mesmo artigo 1859º, n.º 3 e 4, que o acto de instituição não pode ser revogado com fundamento em superveniência de filhos legítimos ou outra causa própria da revogação das doações, ao contrário do que se entendia na vigência do Código de Seabra.

Verifica-se, portanto, que a regulamentação própria dispensada ao acto de instituição das fundações no Código Civil de 1966 assegura a este acto uma maior estabilidade do que a que resultaria da aplicação das regras das doações, o que bem se explica pelos fins de interesse social visados pelas pessoas colectivas fundacionais (357).

(47) O Acórdão do STJ de 24 de Outubro de 1996 (in *CI-571*, 1996, pág. 76) decidiu que é nula a disposição estatutária pela qual «o fundador reserva para si o direito de dispor por morte ou acto entre vivos, dos bens que afectar a Fundação». Já não o sendo cláusulas estatutárias segundo as quais os bens afectos pelo fundador ficam sujeitos ao encargo de a Fundação prover à habitação, sustento, educação, saúde e demais encargos e alimenlos do Fundador, seu cônjuge e descendentes, revertendo, no caso de extinção antes da morte do fundador ou do último dos seus descendentes, os bens afectos ou os que estejam no lugar deles para o mesmo fundador ou seus descendentes.

78. Constituição das pessoas colectivas: o reconhecimento; suas modalidades

I — Por força do reconhecimento, a pessoa colectiva passa de mera entidade de facto a centro autónomo de relações jurídicas.

No nosso direito não vigora o sistema da livre constituição das pessoas colectivas, tendo de intervir na formação destas um momento de reconhecimento verdadeiro e próprio. Mas pergunta-se: trata-se ainda dum *reconhecimento normativo, embora condicionado* à verificação de determinados requisitos que devem acrescer aos elementos do substrato, ou será antes um *reconhecimento por concessão*, mediante acto individual da autoridade pública?

Encontramos na nossa lei manifestações das duas modalidades.

II — O Código Civil de 1966 acolheu no artigo 158.º, na sua redacção primitiva, o reconhecimento por concessão, não só para as fundações como também para as associações, na esteira, aliás, do Decreto-Lei n.º 39 660, de 20 de Maio de 1954 (Lei das associações).

Pretendia-se, com o reconhecimento por concessão, efectuar um *controlo administrativo* da constituição das associações. O Estado podia assim controlar, através dum acto discricionário, a constituição de qualquer associação, restringindo deste modo a liberdade de associação, a qual ficava dependente, em cada caso, do juízo favorável da autoridade administrativa.

Perante esta situação, assistiu-se a um desenvolvimento das sociedades cooperativas. As quais, sendo sociedades comerciais (nos termos dos arts. 207.º e segs. do Cód. Comercial, então vigentes), não estavam sujeitas ao reconhecimento por concessão, adquirindo personalidade jurídica nos mesmos termos que outras sociedades, isto é, mediante o reconhecimento normativo condicionado. As cooperativas começaram então a desenvolver um conjunto de actividades de vária ordem, que não era possível concretizar através de associações, dado o controlo apertado a que estas estavam sujeitas na sua constituição.

Este movimento foi, porém, de curta duração, pois em 1971 um Decreto-Lei dispôs que as sociedades cooperativas que se proponham exercer ou exerçam actividades não económicas estavam sujeitas ao regime das associações. Quer dizer, também as cooperativas que desen-

volviam actividades, difíceis ou impossíveis de realizar através de associações, *marinhe* culturais ou políticas, ficaram submetidas ao reconhecimento por concessão (Dec.-Lei n.º 520/71, de 24 de Novembro).

Com a alteração dos princípios políticos ordenadores da sociedade, operada em 25 de Abril de 1974, foram alterados os pressupostos condicionantes da liberdade de associação. Os entraves à constituição de associações desapareceram, logo nesse mesmo ano, com o Decreto-Lei n.º 594/74, de 7 de Novembro, em cujo preâmbulo se afirma constituir «o direito à livre associação uma garantia básica de realização pessoal dos indivíduos na vida em sociedade», revogando, em conformidade, os Decretos-Leis n.ºs 39 660 e 520/71, e alterando, consequentemente, o regime do Código Civil respeitante ao reconhecimento das associações. Estas passaram a adquirir personalidade jurídica pelo depósito, contra recibo, de um exemplar do acto de constituição e dos estatutos no governo civil da respectiva sede, após prévia publicação no *Diário do Governo* e num dos jornais diários mais lidos na região, devendo os exemplares respectivos destas publicações ser simultaneamente depositados (alis. 4.º e 16.º).

O Decreto-Lei n.º 594/74 veio, pois, consagrar, quanto às associações, o *reconhecimento normativo condicionado*, sem necessidade de qualquer acto individual e discricionário de uma autoridade pública para a concessão da personalidade jurídica. pois. como se lê no Preâmbulo deste diploma legal, «o Estado de Direito, respeitador da pessoa, não pode impor limites à livre constituição de associações, senão os que forem directa e necessariamente exigidos pela salvaguarda de interesses superiores e gerais da comunidade política».

O controlo de conformidade dos estatutos ou da associação à lei ou à moral pública passou a ser feito posteriormente, não impedindo a aquisição da personalidade, podendo apenas, se for caso disso, provocar a declaração judicial de extinção da pessoa colectiva.

III — Entrou em vigor, entretanto, em 1976, a Constituição da República Portuguesa, cujo artigo 46Y, n.º 1, veio declarar terem os cidadãos «o direito de, *livremente e sem dependência de qualquer autorização*, constituir associações, desde que estas não se destinem a promover a violência e os respectivos fins não sejam contrários à lei penal».

Este princípio constitucional da *liberdade de associação* fora já realizado pelo Decreto-Lei n.º 594/74, o qual, como vimos, revogara os preceitos contidos no Código Civil sobre o reconhecimento das associações, tendo desde então ficado a vigorar o reconhecimento normativo condicionado. É nesta linha que se insere a redacção actual do artigo 158.º do Código Civil, operada com o Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, o qual veio introduzir alterações a várias disposições do Código Civil, por força do imperativo constitucional de adaptação do Código Civil à Constituição, em matéria de direitos, liberdades e garantias (cfr. o art. 293E, n.º 3, da Constituição de 1976).

O reconhecimento das associações é hoje — *rectius*, desde o Decreto-Lei n.º 594/74 — o *reconhecimento normativo condicionado*, embora se tenham alterado os requisitos legais que devem acrescer ao substrato (ébs').

Com efeito, enquanto, a partir de 1974, bastava o mero *depósito* do acto de constituição e dos estatutos, após prévia publicação no *Diário do Governo* e num dos jornais mais lidos na região, a lei actual formula uma maior exigência para a constituição de associações, visto ser necessária a celebração de uma *escriturei pública* (arts. 158.º, rtº 1, e 168.E n.º 1). Este documento realiza-se perante notário, o qual, deste modo, é a entidade que vai efectuar um primeiro controlo *de legalidade*. Na verdade, nos termos do artº 173.º, n.º 1, al. a), do Código do Notariado, o notário deve *recusar* a prática do acto requisitado se o acto for *nulo*. Ora, a falta dos requisitos prescritos no artigo 167.º e a violação do artigo 280E, susceptíveis de gerar a *nulidade* do acto constitutivo de pessoas colectivas, estão assim submetidos à sindicância do notário, o qual *recusará* a constituição pretendida, se entender que essas normas foram violadas.

A vantagem deste controlo, efectuado logo no momento da constituição da associação, é de sublinhar, pois se evita *ab Mino* a constitui-

⁽²⁵⁸⁾ O artigo 13.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 594/74 manteve, porém, para as associações internacionais, um resquício do sistema do reconhecimento por concessão (e aplicando-se também à promoção das associações), ao dispor que a «promoção e constituição de associações internacionais em Portugal depende de autorização do Goh». Esta norma foi, porém, declarada inconstitucional com força obrigatória geral, por violação do artigo 46.º, n.º 1, da Constituição, pelo Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 589/2004 (publicado no *DR*, 1.ª Série-A, n.º 259, de 4 de Novembro de 2004).

cão de pessoas colectivas sem os requisitos exigidos ou com objectivos contrários à ordem pública, determinantes da sua *posterior* extinção judicial caso tivessem sido legalmente constituídas, situação que acarretaria certamente maiores prejuízos aos interessados e até eventualmente a terceiros.

Não deve, contudo, confundir-se a actuação do notário — pautada por critérios de *legalidade* — com qualquer juízo de *oportunidade*. A sua actuação é determinada apenas pela necessidade de fazer respeitar os requisitos legais, não envolvendo tal acto qualquer juízo discricionário. Até porque, nos termos do artigo 175.º do Código do Notariado, «quando o notário se recusar a praticar o acto, pode o interessado interpor *recurso* para o *tribunal de 1.º instância* da sede do cartório notarial, sem prejuízo do recurso *hierárquico* para o *director-geral dos Registos e do Notariado*». Desta forma se protegem os interessados na constituição de pessoas colectivas, da eventual recusa do notário.

IV — Uma vez celebrada a escritura pública, compete ao notário, oficiosamente, a expensas da associação, *comunicar* a constituição e estatutos, bem como as alterações destes, à autoridade administrativa e ao Ministério Público e *remeter* ao jornal oficial um extracto para *publicação* (art. 168.º, n.º 2), para que possam produzir efeitos em relação a terceiros (art. 168.º, n.º 3). O Ministério Público deverá promover a declaração judicial de nulidade quando haja violação do artigo 280.º

cfr. artigo 158.º-A —, e, do mesmo modo que qualquer interessado. pode pedir em juízo a declaração de extinção da pessoa colectiva — artigo 183.º, n.º 2.

Com o regime actual, ficam as associações submetidas ao mesmo tipo de reconhecimento que já vigorava para as sociedades comerciais e civis em forma comercial. A exigência de escritura pública justifica-se, quer pela maior solenidade conferida ao acto de constituição, como pela *segurança jurídica* resultante de um acto celebrado e consumado por uma autoridade (o notário) e, finalmente, pelas vantagens que um controlo *prévio* da *legalidade* do acto envolve.

Em coerência com as alterações introduzidas no tipo de reconhecimento das associações, foi revogado em 1977 o artigo 169Y, que fazia depender da aprovação pela entidade competente para o reconhecimento da pessoa colectiva a produção de efeitos provenientes de certo tipo de

alterações do acto de constituição ou dos estatutos. Hoje as alterações aos estatutos estão apenas dependentes da sua realização mediante escritura pública, nos mesmos termos que o acto de constituição (cfr. art. 168.º).

Do mesmo modo, foi alterado o n.º 2 do artigo 182.º, que prevê agora a extinção das associações através de decisão *judicial* e não já por via administrativa, consequência óbvia da consagração do reconhecimento normativo em substituição do reconhecimento por concessão.

Refira-se, por último, que a epígrafe de capítulo III se referia a associações não reconhecidas, sendo agora designadas como *associações sem personalidade jurídica* (arts. 195.º e segs.).

V — O artigo 158.º, n.º 2, aplicável às *fundações*, prescreve o reconhecimento por concessão ou individual, da competência da autoridade administrativa.

Pergunta-se: esta competência para atribuir a personalidade às fundações é vinculada ou discricionária?

Na competência da autoridade administrativa há poderes discricionários e poderes vinculados à lei. Assim, por exemplo, exigindo-se que o escopo das fundações — como das associações — seja física ou legalmente possível e não contrário à lei (art. 280.º), os conceitos de *possibilidade física e legal e de não contrariedade à lei* (licitude) vinculam a autoridade. Igualmente a apreciação sobre se o acto não é *contrário à ordem pública nem ofensivo dos bons costumes* é uma apreciação vinculada a um elemento objectivo, embora de conteúdo indeterminado.

Já são, porém, discricionários os poderes de apreciação resultantes, no que toca ao reconhecimento das fundações, do artigo 188.º: deve ser negado o reconhecimento no caso de *o fim da fundação não ser considerado de interesse social*, bem como no caso de *insuficiência do património afectado à fundação* (359).

⁽³⁵⁹⁾ Nesta última hipótese determina-se que a instituição testamentária da fundação seja convertida numa liberalidade a favor de associação ou fundação já existente de fins análogos e designada pela entidade competente para o reconhecimento. Acerca do problema da discricionariedade em geral, cfr. António CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto, Questão-de-direito*, cit., págs. 351 e segs.

VI— Um *regime especial* é o referente a uma categoria determinada de associações e fundações: as *eclesiásticas*.

Nesta categoria, a personalidade jurídica da *Igreja Católica*, da *Conferência Episcopal Portuguesa* e das «*dioceses, paróquias e outras jurisdições eclesiásticas*» é reconhecida directamente pela Concordata entre a Santa Sé e a República Portuguesa, de 2004 ⁽³⁶⁰⁾ (respectivamente arts. 8.º e 9.º, n.º 2, exigindo-se neste último «que o acto constitutivo da sua personalidade jurídica canónica seja notificado ao órgão competente do Estado»). A personalidade jurídica (civil) das *restantes pessoas jurídicas da Igreja Católica* (associações e fundações de direito canónico) é reconhecida às que hajam sido constituídas e participadas à autoridade competente pelo bispo da diocese onde tenham a sua sede. ou pelo seu legítimo representante. *até à data da entrada em vigor* da Concordata de 2004 ⁽³⁶¹⁾, e, quanto às constituídas ou comunicadas *depois* deste momento, através da *inscrição em registo* próprio do Estado, com base em documento autêntico emitido pela autoridade eclesiástica competente (art. 1bº, n.º 2 e 3, da Concordata de 2004).

A generalidade das pessoas colectivas religiosas, sem distinção de confissão, aplica-se o regime dos artigos 33.º a 44.º da Lei da Liberdade Religiosa. As igrejas e demais comunidades religiosas, bem como as associações e fundações por elas criadas, podem adquirir personalidade jurídica, seja através de inscrição no *registo das pessoas colectivas religiosas* previsto nesse diploma (e regulamentado pelo Dec.-Lei

⁽³⁶⁰⁾ Assinada em IS de Maio de 2004, aptoeada para ratificação. pela Resolução da Assembleia da República n.º 7472004. de 30 de Setembro. e ratificada por Decreto do Presidente n.º 80/2004 (ambos publicados no *DR*. 1 Série-A, de 16 de Novembro de 2004) Esta Concordata, que substituiu a de 1940, entrou em vigor em Dezembro de 2004

⁽³⁶¹⁾ Com efeito, antes da Concordata de 2004, as pessoas colectivas eclesiásticas, católicas, fossem consideradas religiosas ou não religiosas (tivessem como fim principal a sustentação do culto ou qualquer outra actividade especificamente religiosa ou tivessem escopo diverso), adquiriam personalidade jurídica mediante «participação escrita feita pelo bispo da diocese onde tiverem a sua sede ou por seu legítimo representante ao governador civil competente» (ares 449f, I único, e 450 § Crítico, do Cód. Administrativo: art. 3º da Concordata de 1940; e Base XVIII da Lei nº 4/71. de 21 de Agosto, que foi revogada pela actual Lei da Liberdade Religiosa — Lei nº 16/2001 de 22 de Junho)

n.º 134/2003, de 28 de Junho), seja nos termos *gerais* previstos no Código Civil para as pessoas colectivas privadas (art. 44.º da Lei da Liberdade Religiosa).

VII — O reconhecimento das *sociedades comerciais ou civis em forma comercial* é o reconhecimento normativo condicionado (arts. 1.0. 5.º e 36.º e segs. do Cód. das Sociedades Comerciais).

A exigência formal de escritura pública implica a intervenção de um agente público (o notário), mas nem por isso se trata de um reconhecimento por concessão. É que o notário vai limitar-se a exarar as declarações das partes, autenticando a sua emissão, e apreciando a existência ou não de um motivo de nulidade do contrato, mas não realiza nenhuma apreciação sobre a conveniência da constituição da sociedade ou qualquer outro julgamento discricionário.

79. Capacidade para o exercício de direitos das pessoas colectivas

I — Trata-se de um problema de natureza conceitual.

À primeira vista parece que as pessoas colectivas não têm capacidade para o exercício de direitos, nem a poderiam nunca ter. Com efeito, a capacidade para o exercício de direitos ou capacidade de agir consiste na aptidão para pôr em movimento a capacidade jurídica *por actividade própria*, sem necessidade de se ser *representado ou assistido* por outrem. Ora as pessoas colectivas — todas as pessoas colectivas (associações, fundações e sociedades) — carecem de um organismo físico-psíquico, só podendo agir por intermédio de certas pessoas físicas, cujos actos projectarão a sua eficácia na esfera jurídica do ente colectivo. Logo, as pessoas colectivas, não podendo agir elas mesmas, mas apenas através de determinadas pessoas singulares (assembleia geral, conselho de administração, directores, administradores-delegados, gerentes, etc.), estariam necessariamente privadas daquela capacidade. Tal a conclusão a que chegam, com carácter de verdade apodíctica, alguns autores.

Esta proposição negatária da capacidade de agir das pessoas colectivas não está, todavia, isenta de contestação possível, bem podendo vir a chegar-se à conclusão oposta. Tudo depende da natureza do vínculo

entre a pessoa colectiva e aquelas pessoas físicas que procedem em seu nome e no seu interesse: será um nexo de *verdadeira organicidade*, ou de *mera representação*? Se se concluir pela organicidade, então pode aceitar-se terem as pessoas colectivas capacidade para o exercício de direitos, pois a relação entre um órgão e o ente em que se integra é de verdadeira identificação, e, assim, agindo o órgão *é* a própria pessoa que age; se se concluir pela representação, então deve rejeitar-se a tese da capacidade para o exercício de direitos das pessoas colectivas, pois há autonomia entre as personalidades jurídicas do representante e do representado (362).

II — Ora tal nexo deve ser caracterizado como nexo de verdadeira organicidade.

Porquê? Qual o critério que nos permite concluir serem os vulgarmente chamados órgãos da pessoa colectiva *verdadeiros órgãos* e não *simples representantes*?

A qualificação como órgãos não é uma conclusão imagética, mais ou menos arbitrária, denunciando um qualquer exagero antropomorfista no plano da conceptologia jurídica. Resulta antes dos dados normativos do sistema jurídico. Não que a lei responda directamente à questão: a lei fala indiferentemente em órgãos (p. ex., art. 162.º do Cód. Civil) e em representantes (arts. 163.º e 165.º), não tomando estes termos no sentido rigoroso em que ficaram definidos. A resposta àquela pergunta (*órgãos ou representantes?*) *infere-se da solução dada pela lei a um concreto problema de regulamentação: o problema da responsabilidade civil extracontratual das pessoas colectivas.*

III — Na verdade, resulta da lei não haver, em princípio, responsabilidade civil extracontratual dos representados pelos actos dos seus representantes.

Este tipo de responsabilidade só pode resultar de um comportamento (acção ou omissão) próprio. Por esse motivo não impõe a lei, nem na representação legal, nem — salvo se existir uma relação do tipo

⁽³⁶²⁾ A *relação orgânica* não é uma relação entre sujeitos- ao contrário da *relação representativa*.

comitente-comissário — na representação voluntária, aos representados a obrigação de indemnizar os danos causados a outrem pelos seus representantes, mesmo que estes tenham sido causados em conexão com as suas funções.

Quanto à representação legal, nenhum preceito especial impõe aos incapazes (representados) essa obrigação, que, por outro lado, é excluída pelo preceito genérico do artigo 483.º, n.º 2.

Quanto à representação voluntária, também, em princípio, não há responsabilidade do representado pelos actos ilícitos extracontratuais do seu procurador. Só num caso bem delimitado a lei impõe essa responsabilidade no âmbito da representação voluntária: é a hipótese do artigo 500.º: («aquele que encarrega outrem de qualquer comissão responde, independentemente de culpa, pelos danos que o comissário causar...»). Nesta hipótese (a que correspondia no Código de 1867 o art. 2380.º) uma pessoa (o comitente) responde, mesmo sem culpa *in eligendo*, culpa *in instruendo* ou culpa *in vigilando*, com fundamento no risco: se beneficia duma actividade alheia — a do comissário — deve suportar os riscos respectivos (363).

A situação prevista no artigo 500.º abrange, apenas, um sector caracterizado da representação voluntária: os casos em que o procurador pode ser considerado um comissário nos termos e para os efeitos do mesmo artigo. Ora tal qualificação só lhe pode caber quando estiver numa relação de dependência em face do representado — quando estiver submetido a um poder de direcção, a uma autoridade deste. Só então se poderá dizer que foi encarregado de uma comissão. nos termos do referido artigo 500.º Sendo assim, tal situação nenhuma analogia apresenta com a ligação entre a pessoa colectiva e os seus «representantes», pois estes — pelo menos o órgão mais qualificado — não são encarregados de uma comissão ⁽³⁶⁴⁾, mas são eles próprios os formula-

⁽³⁶³⁾ Aliás, no caso de culpa do comissário, pode o comitente exigir-lhe o reembolso de tudo quanto haja pago ao lesado, pelo que, ao fim e ao cabo, o risco assumido pelo comitente é o risco de insolvência do comissário e o da mora no pagamento da indemnização, em vez de ser a vítima do acto ilícito a suportá-los,

⁽³⁶⁴⁾ Os órgãos superiores — desde logo, a Assembleia Geral — não estão numa relação de dependência perante a pessoa colectiva

dores da vontade da pessoa colectiva, os titulares de toda a iniciativa e não meros comitidos.

IV — Constatase, portanto, que o instituto da representação, legal ou voluntária, não importa qualquer responsabilidade dos representados pelos actos ilícitos extracontratuais dos seus representantes, salvo no caso particular do artigo 500.^o que prevê uma hipótese sem analogia com a situação das pessoas colectivas.

Ora no artigo 165.^o estatui-se a responsabilidade civil dos entes colectivos. Logo, as pessoas físicas que agem em seu nome e no seu interesse são ou integram *verdadeiros órgãos* e portanto as pessoas colectivas —é legítimo afirmá-lo— têm *capacidade para o exercício de direitos*.

Tal princípio só sofrerá limitações quando, para quaisquer efeitos, for necessária a autorização de certas entidades alheias à pessoa colectiva.

80. Capacidade jurídica (capacidade de gozo de direitos) das pessoas colectivas

I — A capacidade jurídica das pessoas colectivas *é* um *status*, inerente à sua existência como pessoas jurídicas (art. 67.^o). Não é, todavia, urna capacidade igual para todas, nem, muito menos, igual à capacidade de que desfrutam as pessoas singulares. É uma capacidade jurídica específica, enquanto a das pessoas singulares é de carácter geral.

A lei refere-se-lhe expressamente para o efeito de a limitar. Essas limitações constam do artigo 160.^o e são as seguintes (65):

II — 1.^o) Estão exceptuadas do âmbito da capacidade jurídica das pessoas colectivas as relações jurídicas *vedadas* por lei ou que sejam *inseparáveis da personalidade singular*.

Exemplos da primeira modalidade são, dada a forma como a lei regula os respectivos institutos, o direito de uso e habitação (art. 1484.^o), a capacidade testamentária activa (art. 2182.^o), a capacidade para adqui-

⁶⁵⁾ A formulação desce artigo 160.^o é repetida no artigo 6.^o, n.^o 1, do Código das Sociedades Comercial

rir (exceptua-se o Estado) ou transmitir bens por sucessão legítima ou legitimária.

Exemplos da segunda modalidade são, visto pressuporem pela natureza das coisas a individualidade humana, certas relações familiares (casamento, filiação, parentesco, afinidade, nos seus efeitos pessoais e patrimoniais).

À primeira vista poderia parecer que lhes deveria ser negada a capacidade de direitos pessoais. Não é todavia assim. Podem ser titulares dos chamados direitos de personalidade (pelo menos de alguns): assim, o direito ao nome (art. 72.º) ⁽³⁶⁶⁾ e o direito conferido pelo artigo 70.º para tutela geral da personalidade moral, do qual se desentranham um direito à honra, à liberdade, etc.

III — 2.º) Resulta a *contrario* do artigo 160.º, n.º 1. estarem fora da capacidade jurídica das pessoas colectivas os direitos e obrigações que não sejam necessários ou convenientes à prossecução dos seus fins. Tal restrição, agora tomada mais clara, já constava da legislação anterior (art. 34.º do Cód. Civil: não podiam ser sujeitos de relações estranhas «aos interesses legítimos do seu instituto»). É o chamado *principio da especialidade do fim*, ⁽³⁶⁷⁾.

A personalidade colectiva é um mecanismo aparelhado pela ordem jurídica para mais fácil e eficaz realização de certos interesses (os correspondentes aos fins estatutários). Compreende-se assim que o escopo estatutário sirva de medida do âmbito da capacidade ⁽³⁶⁸⁾.

Tal restrição, contudo, segundo a lição de MANUEL DE ANDRADE, deve ser entendida em termos menos gravosos do que à primeira vista pode parecer. Assim, as pessoas colectivas de fim desinteressado ou egoístico ideal não estão de todo incapacitadas para praticar actos de natu-

⁽³⁶⁵⁾ Em sentido concordante, cfn o Acórdão da Relação do Porto de 28 de Março de 1985 (in *CJ*, 1985, II, pág. 230).

⁽⁶¹⁾ No direito italiano não vigora uma limitação à capacidade jurídica das pessoas colectivas correspondente ao principio da especialidade em virtude da dificuldade prática na sua aplicação. dada a nulidade instrumental de relações estranhas ao fim para a consecução do fim próprio (E. SCIMORO-PASSARELLI *ob cit.*, pág. 24)

⁽³⁶⁵⁾ Com o mesmo sentido do principio da especialidade. falam os in *leses de ultra vires Meato*

reza lucrativa, em ordem a obter recursos para a prossecução dos seus fins (69).

MANUEL DE ANDRADE fazia derivar do princípio da especialidade a incapacidade das sociedades comerciais para fazer doações e para receber liberalidades, quer por doação, quer por testamento.

Quanto a estes últimos actos — receber liberalidades por acto entre vivos ou *?sortis causa* —, a solução negatória da capacidade não pode subsistir à face do Código Civil de 1966. O art.^o 2033.^o, n.^o 2, al. b), atribui às sociedades capacidade testamentária passiva e, quanto a doações, a sua aceitação não é mais destoante do fim especulativo da sociedade do que a qualidade de herdeiro ou legatário, pelo que se deve atribuir-lhe igualmente capacidade para as receber.

Subsiste, todavia, por força do n.^o 1 do artigo 160.^o, a *incapacidade das sociedades para fazer doações* (³⁷⁰). Nestes termos, pode um sócio de uma sociedade, cujo conselho de administração ou cuja assembleia geral deliberaram fazer uma liberalidade, invocar a nulidade do acto, com fundamento em falta de capacidade jurídica do doador.

O acto estará ferido de nulidade e não apenas de anulabilidade (o Código Civil de 1966 fala de nulidade e anulabilidade — arts. 285.^o e segs. — em lugar da clássica distinção entre nulidade absoluta e nuli-

(^{2E1}) Assim, p.o Acórdão do ST1 de 13 de Abril de 1994 (in *CJ-ST* 1994. II. pág. 50) não considerou nulo um negócio firmado por um sindicato em defesa dos interesses dos sindicalizados, apesar de tal negócio (contrato de prestação de serviços de P runsaço de carga em navio) ser de natureza lucrativa. Cfr po,rem, numa orientação restritiva, o parecer da Procuradoria-Geral da República de 25 de Outubro de 1990. in *BILT* n.^o 401, 1990, págs. 51-97 (a propósito da participação da Casa do Douro no capital de uma sociedade anónima).

(^{ldu}) Ainda aqui, todavia esta proibição não é total. A sociedade pode fazer doações remuneratórias a empregados, clientes, em., pode praticar validamente actos de beneficência, conceder bolsas de estudo, etc Aliás. confortando este ponto de vista ver o artigo 940E Vão há doação nos donativos conformes aos usos sociais». Esta possibilidade foi expressamente consagrada no artigo 6 n.^o 2, do Código das Sociedades Comerciais, rido sendo contrárias ao fim da sociedade as «liberalidades que possam ser consideradas usuais, segundo as circunstâncias da época e as condições da própria sociedade». O artigo 6.^o, n.^o 3, desse Código considera, porém, contrária ao filia da sociedade a prestação de *garrindas reais ou pessoais* a dívidas de outras entidades. «salvo se existir justificado interesse próprio da sociedade garante ou se se tratar de sociedade em relação de domínio ou de grupo»

dade relativa). Com efeito, no sistema do Código Civil, a invalidade dos negócios viciados reveste em princípio a forma de nulidade e não de anulabilidade (art. 2945).

81. Responsabilidade civil das pessoas colectivas

1 — *Responsabilidade contratual.* A *responsabilidade contratual* das pessoas colectivas não pode oferecer duvidas. Seria uma situação de favor, injustificável, a exclusão dessa forma de responsabilidade, com o reverso desfavorável para a própria pessoa colectiva de, dificilmente, encontrar quem com ela transaccionasse a crédito. Devem portanto responder pelos factos dos seus órgãos, agentes ou mandatários que produzam o inadimplemento de uma obrigação em sentido técnico. Assim resulta claramente do artigo 165.º ((tas pessoas colectivas respondem civilmente): esta expressão abrange quer a responsabilidade contratual, quer a extracontratual), aplicável às associações, às fundações e também às sociedades, por assim o justificar a analogia das situações)art. 1575, *in fine*) e por força do artigo 6.º, n.º 5. do Código das Sociedades Comerciais.

O princípio geral do nosso Código, em matéria de responsabilidade contratual, está enunciado no artigo 798.º do Código Civil. Daí resulta ser necessário para o surgimento da obrigação de indemnizar que tenha havido culpa do devedor no não cumprimento, estabelecendo-se no artigo 799.º uma presunção refutável (*reartum feris*) de culpa no caso de não cumprimento defeituoso. Deve, portanto, verificar-se a culpa dos órgãos ou agentes da pessoa colectiva pelo inadimplemento da obrigação.

E óbvio que, para existir responsabilidade contratual (obligacional) das pessoas colectivas, é necessário que o contrato, donde emerge a obrigação infringida, tenha sido celebrado por quem tinha poderes para vincular a pessoa colectiva em causa. São, porém, problemas diferentes: o da representação sem poderes e o da responsabilidade por não cumprimento de uma obrigação eficazmente assumida pela pessoa colectiva.

O artigo 165.º estatui que as pessoas colectivas respondem nos mesmos termos em que os comitentes respondem pelos actos ou omissões dos seus comissários. Nestes termos, desde que o inadimplemento

tenha sido culposos e dele resultem danos, o ente colectivo responde para com o credor, não se tornando necessário mais nenhum requisito. É o que resulta do artigo 800.^o, para o qual se deve considerar como feita a remissão do artigo 165.^o, na hipótese da responsabilidade contratual. Aliás, se se considerar que a remissão é feita para o artigo 500.^o, o que não nos parece exacto ⁽³⁷¹⁾, o regime é o mesmo, em virtude de o inadimplemento da obrigação se dever sempre considerar como tendo ocorrido «no exercício da função que lhe foi confiada».

II — *Responsabilidade extracontratual.* A responsabilidade extracontratual das pessoas colectivas é a melhor solução *de jure condendo* por força do princípio de justiça segundo o qual quem emprega determinadas pessoas para vantagem própria deve suportar os riscos da sua actividade. Ao alargamento das potencialidades do sujeito na satisfação dos seus interesses próprios deve corresponder a responsabilidade pelos danos causados por esse alargamento (*rubi amimada, ibi incommo*das).

E à face do Código Civil? A solução afirmativa do problema da responsabilidade extracontratual está expressamente consagrada no artigo 165.^o para os actos praticados por órgãos (representantes), agentes ou mandatários.

Em que termos surge a obrigação de indemnizar os danos causados na qual se concretiza a responsabilidade?

O artigo 165.^o remete para a responsabilidade dos comitentes por actos dos seus comitidos. Tal responsabilidade — na hipótese da responsabilidade aquiliana — consta do artigo 500.^o, integrado nas disposições relativas à responsabilidade pelo risco (responsabilidade objectiva), isto é, em que se prescinde da culpa do responsável ⁽³⁷²⁾. Resulta desta

⁽³⁷¹⁾ Entendemos que, quanto à responsabilidade contratual, a remissão é pura o artigo 800.^o e não para o artigo 500.^o, por esta última disposição estar integrada num capítulo sobre as Partes das Obrigações, ora só a responsabilidade extracontratual ou aquiliana, fonte das obrigações. A responsabilidade contratual é antes um efeito dum obrigação anterior, permanecendo a obrigação idêntica, não obstante a modificação do dever de prestar num dever de indemnizar.

⁽³⁷²⁾ Entenda-se: prescinde-se da culpa do comitente ou da pessoa colectiva, mas e, em princípio, culpa do comissário, órgão, agente ou mandatário. Por isso esta responsabilidade só é objectiva em relação ao comitente ou ao ente colectivo.

disposição que, para a pessoa colectiva responder, se devem verificar os pressupostos seguintes:

1) Que sobre o órgão, agente ou mandatário *recaia igualmente a obrigação de indemnizar* (art. 500.º, n.º 1): desde logo, que tenha havido culpa da pessoa simples que praticou o acto ilícito causador do dano (art. 483.º), salvo se se tratar de matérias onde se responde sem culpa (acidentes causados por veículos: art. 501.º; danos causados por animais: art. 502.º; danos causados por instalações de energia ou gás: art. 509.º); acidentes de trabalho: etc. ⁽¹¹⁷³⁾) ou do caso ainda mais excepcional de responsabilidade por intervenções lícitas (estado de necessidade: art. 339.º, n.º 2, 2.ª parte). Mais se torna necessário que o acto tenha causado danos e que estes estejam em relação de causalidade adequada com aquele.

2) Que o acto danoso haja sido praticado pelo órgão, agente ou mandatário no exercício da função que lhe foi confiada.

Quando pode considerar-se o acto praticado no exercício das funções?

A concretização deste ponto pode dar origem a dificuldades apreciáveis. A doutrina propõe critérios vários para o esclarecer. Assim, diz-se que o órgão ou agente deve ter procedido em tal *veste ou qualidade* ou ter actuado *por causa das suas funções* e não apenas por ocasião delas, e precisa-se que basta que o acto se integre no *quadro geral da respectiva competência* ⁽³⁷⁰⁾. Haverá responsabilidade da pessoa colectiva se, por caso fortuito ou culpa, o gerente de uma sociedade ou um motorista, conduzindo uma viatura, em serviço da sociedade, causam danos a terceiros: mas não já se fazem um desvio no percurso para tratar de assuntos pessoais, ocorrendo então o acidente, ou se a utilizam para passear a família ⁽³⁷⁵⁾. igualmente, se um órgão de uma pessoa colectiva pratica um acto ilícito na conclusão de um negócio para o ente colectivo (dolo, coacção) — são os casos chamados de responsabilidade pré-contratual ou *in comi-alien-10* aos quais, porém, não é certo

⁽³⁷³⁾ V. *sopra*, n.º 28, IV

^(N) cir., sobre o ponto, M. DE ANDRÁDE, *ob. cit.*, págs. 150-151

⁽³⁷⁵⁾ Pode pôr-se, porém, de novo o problema à luz do regime dos acidentes causados por veículos (art. 503.º, I).

que não deva aplicar-se antes o regime do artigo 800.º **mas não já** se aproveita para furtar um objecto à contraparte ou se a injuria, ou se, fumando, por descuido provoca um incêndio.

Bastará todavia, por vezes, que o acto se integre formalmente nas funções do órgão, mesmo que tenha sido praticado em vista de um interesse próprio do seu autor. É que o artigo 500.º, n.º 2, estatui que a responsabilidade se mantém, *ainda que o acto seja praticado intencionalmente*, Será preciso que o acto, embora doloso, tenha sido praticado *em vista de interesses da pessoa colectiva*, ou em conexão com eles? Ou haverá responsabilidade mesmo quando se *visavam apenas interesses próprios*, como no caso do gerente de uma sociedade, em serviço desta, provocar intencionalmente um acidente, por inimizade pessoal com o ofendido?

Parece que será ir longe de mais responsabilizar a pessoa colectiva, se o acto foi *intencionalmente* praticado para realizar um *objectivo meramente pessoal*, sem conexão com os interesses da pessoa colectiva. E que, nessa hipótese, há um nexo de mera ocasionalidade entre as funções do órgão ou agente e o acto. Sendo assim, os actos intencionais (dolosos), referidos no artigo 500.º, que não excluem a responsabilidade do ente colectivo, são os que visaram exclusiva ou conjuntamente interesses da entidade representada. Só será legítimo ir mais longe e responsabilizar uma sociedade por actos dolosos dos seus órgãos ou agentes, praticados em vista de fins pessoais, mas integrados formalmente no quadro geral da sua competência, se o agente aproveita uma *aparência social* que cria um estado de confiança (boa fé) do lesado na lisura do comportamento daquele — p. ex., informações falsas prestadas a título oficial; o gerente ou o empregado de um banco, sem poderes suficientes, recebem uma quantia de um particular para fins de investimento, com a intenção de a dissipar em proveito próprio ⁽³⁷⁶⁾; etc.

Ao lado da pessoa colectiva fica igualmente adstrito à obrigação de indemnizar o órgão, agente ou mandatário (art. 500.º, n.º 1 ⁽³⁷⁷⁾). Mas

³⁷⁶⁾ Cfr. um caso semelhante a este no Acórdão do STJ de 29 Março de 1999, in *CdSTJ* 1999, ano VII, 1, pág. 133. E cfr. também o Acórdão do do 519 de 15 de Janeiro de 1992, in *BALI*, n.º 413, 1992, págs. 496.

⁽³⁷⁷⁾ Regime mais restritivo é o que vale para a responsabilidade das pessoas colectivas de direito público por actos de gestão pública, não submetidos ao regime do

qual o regime desta obrigação plural (pluralidade passiva): conjunção (parcialidade) ou solidariedade? Trata-se de uma obrigação solidária (art. 4971'. n.º 1, aplicável por força do art. 499.º). É claro que responderá apenas a sociedade, se não for determinado o órgão ou agente culpado do acto desencadeador de responsabilidade.

A pessoa colectiva que tiver satisfeito a indemnização ao lesado tem *direito de regresso contra o órgão, agente ou mandatário*, podendo exigir-lhe o reembolso de tudo quanto haja pago, desde que tenha havido culpa deste no *piano das relações internas*. Tratar-se-á normalmente de uma responsabilidade contratual do órgão ou agente para com a pessoa representada.

Por outro lado, também o órgão, agente ou mandatário, desde que tenha satisfeito a indemnização à vítima, pode exercer a *acção de regresso* ou recursária *contra a pessoa colectiva*, se não houve da sua parte culpa que o responsabilize no plano das relações internas,

82. Capacidade das pessoas colectivas para a aquisição ou alienação de imóveis

I -- Sabemos já que as pessoas colectivas possuem uma capacidade jurídica que sofre duas limitações de ordem geral: a resultante do princípio da especialidade do fim e a resultante do facto de certas relações pressuporem a personalidade singular (Ma 160.º). Também lhes é reconhecida, uma vez aceite a teoria organicista, capacidade para o exercício de direitos.

Esta capacidade para o exercício de direitos sofria, porém, na versão

direito privado. Nos termos do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 43 051, de 21 de Novembro de 1967, os titulares do órgão e os agentes administrativos do Estado e demais pessoas colectivas públicas apenas respondem civilmente perante terceiros, por actos ilícitos se tiverem excedido os limites das suas funções ou se, no desempenho destas e por sua causa, tiverem procedido *dolosamente*. Em caso de negligência, porém, será responsável a entidade pública respectiva (art. 2.º, n.º 1.º).

(3.º) Pode ter existido culpado agente em face do lesado e não haver culpa no plano das relações internas: p. ex., o motorista adormeceu ao volante e atropelou alguém, mas a causa da sua falta foram as instruções dadas pela entidade patrona: (sociedade ou pessoa colectiva} para um trabalho sem o necessário repouso.

originária do Código e até 1977, uma limitação por força do artigo 161.^o Tal disposição criava uma espécie de *inabilitação* das pessoas colectivas para a aquisição, alienação ou oneração de imóveis. Aí se preceituava que as associações e fundações (as sociedades não podiam considerar-se abrangidas na previsão legal) podiam adquirir livremente bens imóveis a título gratuito, mas careciam, sob pena de nulidade, de autorização do Governo para adquirir imóveis a título oneroso, bem como para os alienar ou onerar a qualquer título (379).

Esta norma foi revogada pelo Decreto-Lei n.º 496/77, tendo-se pois suprimido o controlo da gestão das pessoas colectivas que o Governo efectuaria, desta forma se dando efectiva concretização à liberdade de associação, quer na constituição de pessoas colectivas, como no seu pleno desenvolvimento sem interferência das autoridades públicas.

II — Quais as razões em que esta disciplina normativa se inspirava?

No nosso direito, como noutros sistemas jurídicos, verificava-se uma tradição já secular no sentido de restringir a capacidade das pessoas colectivas relativamente à aquisição de direitos reais sobre bens imóveis.

Tal orientação arrancou com o advento e consolidação das ideias político-sociais do liberalismo na Europa. As pessoas colectivas, em particular as eclesiásticas, beneficiando de liberalidades larguíssimas, tinham, ao longo dos séculos, acumulado um património extensíssimo; subtraindo ao tráfico e às iniciativas individuais uma grande parte da propriedade fundiária. Dado que, em geral, a sua duração era ilimitada, os entes colectivos, adquirindo sempre e nunca alienando, realizaram assim uma concentração excessiva de bens imóveis (a forma de riqueza, por excelência, na época), que permaneciam imobilizados nas suas mãos.

Com a substituição do Antigo Regime pela nova ordem liberal, a autoridade política preocupou-se com esse estado de coisas e adoptou providências para remediá-lo. As razões dessas providências eram a um (empo políticas (julgava-se excessivo e perigoso o enorme poder económico e, consequentemente, social e político, dos entes colectivos),

P^{ra}) Sobre a questão da aplicação desta norma às pessoas colectivas eclesiásticas católicas. cfr. António BARBOSA DE MELO, «As pessoas colectivas eclesiásticas católicas e o artigo 161.^o do Código Civil», in *RDES*, ano XVI, Coimbra, 1970

económicas (a indefinida imobilização fundiária —'a chamada «mão morta» — mantinha os bens fora fio movimento geral das transacções e originava uma produtividade reduzida dos mesmos bens) e fiscais (o fisco era prejudicado quando os bens eram adquiridos por uma pessoa perpétua, em vez de o serem por uma pessoa singular, dado que nesta hipótese, periodicamente, teria lugar o pagamento do imposto de sucessões e doações, e naquela, como a duração do ente é ilimitada, os bens poderão não tornar a transmitir-se durante séculos). Estas foram as determinantes das *leis de desamortização* anteriores ao Código Civil de 1867, que obrigaram as pessoas morais perpétuas a alienar os bens imóveis não indispensáveis à realização dos seus fins. para serem convertidos em títulos da dívida pública, estabelecendo a mesma obrigação quanto aos que de futuro adquirissem por título gratuito e proibiram-nas de novas aquisições de tais bens por título oneroso.

Em correspondência com este pensamento, o Código Civil de 1867. no artigo 35.º, pretendeu evitar a reconstituição de patrimónios excessivos e manteve o mesmo regime. Na Reforma do Código Civil de 1930 o artigo 35.º foi modificado, permitindo às pessoas perpétuas a aquisição a título oneroso de bens indispensáveis e dispensando-as de converter em títulos de dívida pública os bens recebidos a título gratuito, mas sujeitando-as ao pagamento de um imposto de sucessão ou transmissão por cada período de 30 anos. Nesta modificação. portanto, deixou de se atribuir importância especial aos inconvenientes económicos da «mão morta», para considerar predominantemente os inconvenientes fiscais. Aliás. este imposto trintenário foi abolido pelo artigo 5.º do diploma que aprovou o Código do Imposto Complementar em 1963 (Decreto n.º 45 399, de 30 de Novembro de 1963). criando-se. em substituição do mesmo, um imposto sobre o rendimento global das pessoas morais, a título de imposto complementar (art. 83.º do citado Código). Esta medida fiscal visou favorecer as pessoas colectivas, dispensando-as de um imposto, a pagar de 30 em 30 anos, que poderia constituir um pesadíssimo encargo para o exercício em que tivesse lugar a respectiva liquidação, e substituindo-o por um encargo mais suave a pagar anualmente.

Desta resenha deduz-se que o regime da capacidade das pessoas morais perpétuas para a aquisição de imóveis era, antes da entrada em vigor do Código Civil de 1966, o seguinte: podiam adquirir-los a título oneroso, se fossem indispensáveis; estavam proibidas, sob pena de nuli-

dade, de fazer aquisições onerosas de bens dispensáveis e podiam adquirir a título gratuito quaisquer bens (dispensáveis ou indispensáveis) (EE).

111 — O artigo 161.º do Código Civil, na sua redacção originária, permitiu, já o vimos, livremente as aquisições a título gratuito, mas estabeleceu uma *incapacidade para o exercício de direitos* no que toca à aquisição onerosa de bens imóveis (31) e à alienação ou oneração dos mesmos a qualquer título. incapacidade supável por uma autorização do Governo.

A ratio *deste preceito* seria, de acordo com a tradição, atrás desenhada, do nosso direito, combater a imobilização fundiária? Cremos que não. Por um lado. não se restringia a capacidade para as aquisições a título gratuito; por outro lado. abrangiam-se não só as aquisições, mas também as alienações e onerações. Estas soluções seriam incongruentes com a intenção de impedir o reaparecimento de grandes massas de bens de mão morta. A única finalidade que podia razoavelmente explicar o preceito, bem como a sua não aplicação às sociedades, era a de *controlar a gestão das associações e fundações*, e. consequentemente, tutelar a realização dos fins de utilidade pública que estas prosseguiam (382).

IV — Qual a sanção do n.º 2 do artigo 161.º? Aí se falava de nulidade. no caso de falta de autorização do Governo. Cremos que se tratava de uma *frivolidade* mista. com caracteres predominantes de *nulidade*. mas com uma característica das meras *anulabilidades*.

Estando sujeitas, repete-se, ao pagamento de um imposto complementar sobre o seu rendimento global.

1-) Exigia-se autorização para a aquisição onerosa de quaisquer bens, dispensáveis (n não, certamente para evitar as dúvidas. que resultavam da precisão do requisito da dispensabilidade).

(312) Parta-se. porém, do pressuposto de que os actos de gestão mais graves seriam os relativos a imóveis, o que não corresponde mais aos dados da economia

Uma finalidade de controlo era também a que presidia ao artigo 322, n.º 1, do Estatuto das IPSS de 1983, na sua redacção originária, ao sujeitar a autorização dos serviços competentes a alienação de imóveis a qualquer título e a sua aquisição a título oneroso. Este artigo 32º foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 89/85, de 1 de Abril.

O regime da nulidade e anulabilidade dos negócios jurídicos consta dos artigos 285.º e segs. A nulidade pode ser invocada a todo o tempo, por qualquer interessado e é insusceptível de confirmação (corresponde ao conceito tradicional de nulidade absoluta). A anulabilidade só pode ser arguida por certas pessoas, dentro de um ano a contar da cessação do vício que lhe serve de fundamento e é sanável por confirmação.

Ora, no caso de falta de autorização governativa para a prática por uma associação ou fundação de um dos actos previstos no n.º 2 do artigo 1615, devia entender-se que estávamos perante uma ineficácia (*lato sensu*) que podia ser feita valer por qualquer interessado, a todo o tempo, mas que devia ser sanável por autorização posterior do Governo (*confirmação* ou, talvez antes, *convalidação* do acto) (C³²). Por esse motivo, concorrendo caracteres das duas formas de invalidade (nulidade e anulabilidade), devia o caso catalogar-se como *invalidada miau*, (344

Como se disse, o artigo 1615 do Código Civil foi, porém, revogado pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro.

C³³ Embora se saiba que há a soma diferença entre uma aplicação posterior (CO or rdr a entidade pública perante o facto consumado) e uma aplicação prévia.
(³⁴) Talvez fosse mais rigoroso qualificar esta manifestação da patologia negocia] como neécacia em sentido estrito. Mais tarde se compreenderá o sentido desta observação, quando definirmos esta última categoria.

TEORIA GERAL DO OBJECTO DA RELAÇÃO JURÍDICA

CAPÍTULO I GENERALIDADES

83. Objecto da relação jurídica. Conceito. Objecto e conteúdo

I — Fala-se de *objecto da relação jurídica* para referir o *objecto do direito subjectivo* que constitui o lado activo da mesma relação.

Em que consiste o objecto do direito subjectivo (objecto da relação jurídica)?

O direito subjectivo traduz-se num poder atribuído a uma pessoa. Este poder, e as faculdades que o integram, podem, quase sempre, ser exercitados sobre um determinado *quid*, corpóreo ou incorpóreo. Esse poder e essas faculdades incidem sobre determinado ente (coisa ou pessoa): conferem a possibilidade de exercer uma soberania ou domínio sobre um bem, sobre um *objecto* (coisa corpórea ou incorpórea, prestação, pessoa, incluindo um determinado modo de ser da própria pessoa, outro direito).

O objecto de uma relação jurídica é precisamente o *qui'* sobre que incidem os poderes do seu titular activo. A satisfação do interesse, que corresponde ao aspecto funcional do direito, exige a subordinação de um bem ao poder do titular do direito. Esse bem, que constitui o ponto de incidência do direito, está submetido aos poderes, à supremacia do titular activo da relação jurídica e é o objecto desta.

Objecto de relações jurídicas (objecto de direitos subjectivos) pois, todo o quiri, todo o ente, todo o bem sobre que podem recair direitos subjectivos.

II -- Facilmente se distinguem, assim, as noções de *objecto* de um direito e de *conteúdo* do mesmo direito.

O *objecto* é aquilo sobre que recaem os poderes do titular do direito. O *conteúdo* é o conjunto dos poderes ou faculdades que o direito subjectivo comporta.

Objecto do direito de propriedade é a coisa apropriada: conteúdo do direito de propriedade são os poderes conferidos pelo ordenamento jurídico ao proprietário (poderes de usar, fruir, dispor).

III — Definido, assim, o objecto das relações jurídicas, mediante uma identificação com o bem sobre que incidem os poderes do titular actual, parece dever concluir-se que os direitos potestativos não têm objecto.

Na verdade, o exercício destes direitos não se traduz na incidência de quaisquer poderes ou de qualquer domínio sobre um bem submetido a essa supremacia. São direitos a uma modificação jurídica (extinção, modificação ou constituição de relações jurídicas). Actuam com carácter conformador sobre o mundo, puramente pensado, das relações jurídicas.

No máximo, poderíamos pretender que os direitos potestativos modificativos ou extintivos têm como objecto a relação jurídica modificada ou extinta — concepção que teria, no domínio dos direitos subjectivos *micto senso*, um lugar paralelo na figura dos direitos sobre direitos. Mas quanto aos direitos potestativos constitutivos onde é que se pode divisar o objecto, dentro do conceito de objecto que fornecemos?

Torna-se, porém, evidente terem os direitos potestativos necessariamente um contendo.

84. Objecto imediato e objecto mediato

I — Pode distinguir-se entre *objecto immediato* e *objecto mediam* dos direitos subjectivos. A distinção exprime a diversidade entre *aquilo*

⁽³⁵⁵⁾ Para alguns autores, o objecto dos direitos potestativos é o comportamento do sujeito activo destinado a produzir efeito na esfera de outrem — SAN TORO-PASSAROLLO ou o próprio efeito jurídico (I. CASTRO NIEVO).

que directamente está submetido aos poderes ideais que integram um direito subjectivo e *aquilo que só de uma forma mediata ou indirecta, isto é, através de um elemento mediador,* está submetido àqueles poderes.

II — A distinção nem sempre se verifica.

Nos direitos reais não há intermediário entre o titular do direito e a coisa. O proprietário, o usufrutuário, etc., estão em contacto directo com o objecto do seu direito, colhendo directamente dele as respectivas utilidades, sob a tutela do ordenamento jurídico que actua positivamente (atribuição de poderes ao proprietário, ao usufrutuário, etc.) e negativamente (imposição de um dever geral de abstenção a todos os outros).

A distinção verifica-se nas obrigações (direitos de crédito) de prestação de coisa certa e determinada. Nelas o objecto imediato do direito do credor é o comportamento do próprio devedor, isto é, a prestação, o acto de entrega da coisa. O objecto mediato é a própria coisa que deve ser entregue ao credor; na verdade, ao contrário do titular dos direitos reais, o credor só tem direito à coisa através da prestação do devedor. Entre o credor (ou o seu direito) e a coisa intromete-se a pessoa do devedor. Nas obrigações de prestação de facto (p. ex., A obriga-se para com o empresário B a dar um recital de piano) já a distinção entre objecto imediato e objecto mediato se apresenta evanescente.

85. Os possíveis objectos de relações jurídicas

I — O artigo 202.º do Código Civil estabelece equivalência entre o conceito de *coisa* e o de *objecto de relações jurídicas* e enuncia no artigo seguinte várias classificações das coisas. cremos, contudo, que aquela equivalência não é inteiramente rigorosa, pois as *coisas*, sendo, é certo, a espécie mais corrente de objectos de relações jurídicas, não • esgotam contudo a extensão do conceito de objecto jurídico. Quis-se certamente restringir o conceito de *coisa aquilo que pode ser objecto de direitos*, afastando um conceito amplo, puramente filosófico, de coisa. A formulação legal estabeleceu, todavia, uma *equiparação* entre coisa e objecto de relações jurídicas, quando *nem tudo* o que é susceptível de ser objecto de relações jurídicas é uma coisa em sentido jurídico.

Com efeito, no sentido técnico-jurídico específico, de máxima extensão, coisa é um objecto jurídico impessoal, isto é, carecido de persona-

lidade jurídica (cfr. Cód. Civil: Livro I, Título II: «*Das relações jurídicas*»; Subtítulo I: «*Das pessoas*»; Subtítulo II: «*Das coisas*»). Ora certas manifestações positivas do nosso sistema de direito privado, do qual o Código é aliás peça fundamental, podem ser traduzidas dogmaticamente, com toda a legitimidade, pelo conceito de direitos (relações jurídicas) sobre actos (prestações), sobre outras pessoas ou até sobre a própria pessoa (melhor: sobre modos de ser físicos ou morais da pessoa) (56).

Vejamos de per si cada um dos possíveis objectos de relações jurídicas. quer os que inquestionavelmente o são, quer os que suscitam dúvidas.

II — *Pessoas*: Não há qualquer ilogismo neste conceito de direitos sobre pessoas físicas que são também pessoas jurídicas ⁽³⁸⁷⁾, nem qualquer ofensa da dignidade da pessoa humana es).

Estes direitos sobre outras pessoas, nos sistemas jurídicos modernos, têm um conteúdo especial, pois não são direitos subjectivos do tipo comum, mas antes *poderes-deveres* ou *poderes funcionais*. Exemplos desta figura são os direitos integrados nos institutos do poder paternal (arts. 1878f. 1881.º, 1886f e 1887.º) e do poder tutelar (art. 1935."), que estão ao serviço do interesse do próprio filho ou do pupilo. É indubitável que, nestes casos, a entidade, o *quid*, sobre que incidem os pode-

⁽⁵⁶⁾ Por outro lado há, indistintamente, direitos recaindo sobre *bens imateriais* (a ideia de um imóvel, o conteúdo literário de uma obra) e talvez se devam admitir *direitos sobre direitos*. Mas estas realidades não contradizem a equivalência entre coisa e objecto jurídico, na medida em que não fizemos intervir naquele conceito a nota de materialidade ou corporalidade, e apenas o definimos, apoiados na sistematização do Código, por contraposição ao conceito de pessoa.

⁽³⁸⁷⁾ Cfr. M. de ANDRÉ, *ob. cit.* vol. 1, pág. 121.

O conceito de direito sobre pessoas nunca poderia, aliás, só por si, ofender a dignidade da pessoa humana. Visto que se trata de um conceito, a sua elaboração *a posteriori* a partir do ordenamento jurídico, só deste podendo resultar qualquer ofensa. Os conceitos só podem estar certos ou errados, consoante exprimem ou não com exactidão a realidade jurídica a que se reportam, mas não directamente, quaisquer valores. Aliás, nas manifestações que vamos subsumir no conceito de direitos sobre outras pessoas trata-se de *poderes-deveres* (*funções* *oficiais*), estabelecidos no interesse da pessoa sobre a qual incidem os mesmos direitos.

res-deveres do pai ou do tutor (entre eles o poder de corrigir moderadamente o filho nas suas faltas) consiste na própria pessoa do filho ou do pupilo. O filho ou o pupilo estão sujeitos à *mestos* pátria ou tutelar.

Os direitos inseridos no chamado poder paternal ou no poder tutelar não conferem qualquer domínio ou soberania sobre a pessoa do filho ou do pupilo no interesse dos pais ou do tutor. São direitos que conferem poderes destinados a habilitarem os pais ou o tutor ao cumprimento dos seus deveres para com o filho ou o pupilo, podendo os titulares de tais direitos ser sancionados se não exercerem e não cumprirem os deveres ao serviço dos quais eles se encontram.

São, por isso, poderes-deveres ou poderes funcionais, não havendo aqui qualquer ofensa à dignidade humana. Daí que considerar esta construção (relações jurídicas tendo por objecto outras pessoas) inaceitável, por o ser humano só poder «fazer parte de urna relação jurídica conforme a sua condição de pessoa», é, a meu ver, uma confusão de juízos de valor com análises conceituais ou, pelo menos, retórica a mais e lógica a menos (389).

Bem diferente seria o caso se, como na instituição historicamente ultrapassada da escravatura, se admitissem relações jurídicas patrimoniais sobre pessoas físicas, o que é hoje inadmissível.

Quanto aos direitos de crédito, a doutrina aponta, por vezes, como objecto, a própria pessoa do devedor, querendo referir-se, não à pessoa na sua totalidade, mas ao limitado aspecto representado por um acto seu: a prestação.

III — 2) *Prestações*: Nos direitos de crédito, conforme foi aludido, o objecto é urna conduta ou acto humano: a *prestação*.

Nestes direitos o objecto não é rigorosamente uma coisa (*res*), mas um comportamento do devedor (uma actividade nas obrigações de prestação de coisa ou de prestação de facto positivo; uma abstenção nas obrigações de prestação de facto negativo, referidas no art. 829.º).

Por vezes (obrigações de prestação de coisas) a prestação é o objecto imediato e a própria coisa será o objecto mediato; noutros casos (obri-

⁹ Não se vê qual a construção alternativa para o direito dos pais a rema entrega e a guarda do filho ou o poder de o educar ou de corrigir, moderadamente, as suas faltas.

gações de prestação de facto positivo ou negativo) a prestação *é* também o objecto da relação jurídica, não sendo de distinguir entre objecto mediato e objecto imediato.

IV — 3) *Coisas materiais ou corpóreas*: Nenhuma dúvida se pode suscitar acerca da possibilidade de realidades físicas, carecidas de personalidade jurídica (coisas materiais), serem objecto de direitos subjectivos. É um fenómeno corrente, que ocorre tipicamente nos direitos reais.

É, contudo, necessário que estes objectos corpóreos revistam certos requisitos: existência autónoma, idoneidade para satisfazer interesses humanos, isto é. devem ser *úteis*, possibilidade de sujeição jurídica ao poder exclusivo de um ou alguns homens, isto é, devem ser *apropriáveis*.

V -4) *Coisas incorpóreas ou bens imateriais*:

I — A actividade espiritual do homem pode ser exercida no sentido da criação de obras, produtos do engenho, da inteligência ou da sensibilidade humanas. Em consequência dessa aplicação do espírito humano surgem obras artísticas, literárias, científicas, intelectuais, invenções industriais, etc.

Estes bens têm *valor patrimonial* autónomo, pois podem ser explorados economicamente. Para além do seu valor patrimonial, alguns deles — as obras artísticas, literárias, científicas, intelectuais — estão intimamente *ligados a personalidade do seu autor*, pois ela está reflectida na obra criada. Compreende-se, assim, que o direito reconheça esses bens e tutele os aspectos patrimonial e pessoal apontados.

Tutela-os mediante a atribuição, a título de aquisição originária, de direitos ao autor das obras em questão. São os chamados *direitos de autor* (que incidem sobre obras — «exteriorizações das criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico») e a chamada *propriedade industrial* (direitos sobre patentes, modelos de utilidade, topografias de produtos semicondutores, desenhos ou modelos de produtos ou sua ornamentação, marcas, recompensas, nome e insígnia do estabelecimento e logótipos) (m).

(^{39o}) Os direitos de autor e a propriedade industrial são sujeitos a legislação especial. No Código da Direito de Autor e dos Direitos Conexos vigente foi apror

11 — O objecto de tais direitos não é uma coisa corpórea. Não se identifica com a corporização (com o «*corpus mechanicum*») do produto do espírito humano em causa. O objecto do direito de autor não é o livro, o filme, o disco, etc.

É a obra na sua forma ou concepção ideal. É a entidade ideal, traduzida numa específica articulação de ideias, de formas, de sons. Sobre o livro, o filme, o disco, etc., podem recair direitos de propriedade vulgares.

O conteúdo do direito de autor compreende poderes respeitantes à utilização económica da obra criada, isto é, o chamado *direito patrimonial de autor*: poder de disposição exclusiva da obra, reservando-se para o autor a exploração económica dela (só ele pode autorizar que a obra seja tornada pública, representada, adaptada, traduzida, reproduzida, modificada).

Compreende ainda poderes dirigidos à tutela da personalidade, na medida em que na obra está o autor, isto é, o chamado *direito moral ou pessoal de autor*: poder de manter a obra inédita, de se opor à sua publicação sem nome de autor ou sob o nome de outrem; de se opor à publicação com aditamentos, supressões, modificações, ilustrações.

Em virtude de o direito de autor comportar poderes de natureza patrimonial e poderes de natureza pessoal ou moral não é rigoroso falar-se de propriedade intelectual, artística, literária ou científica. Os direitos em questão — absolutos como os direitos reais — têm, contudo, ao que vimos, um objecto de natureza *sui generis*, pelo que é preferível a designação de direitos de autor ⁽³⁹¹⁾. Assim se liga o objecto do

vado pelo Decreto-Lei n.º 63/S5, de 14 de Março, e alterado, por último, pela Lei n.º 50/2004, de 24 de Agosto. O Código da Propriedade Industrial em vigor foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5 de Março, que revogou o Código aprovado pelo Decreto-Lei n.º 16195 de 24 de Junho, em qual, por sua vez, revogara o anterior Código da Propriedade Industrial, de 1940).

⁽¹⁹⁾ Cfr. o artigo 1.º I. do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, nos termos do qual «o direito de autor abrange direitos de carácter patrimonial e direitos de natureza *sui generis*, denominados direitos morais».

Sobre os «direitos ao espectáculo», relativos à transmissão e comunicação de espectáculos desportivos, cfr. o artigo 84.º, n.º 2, da Lei de Bases do Desporto (Lei n.º 30/2004, de 21 de Julho) bem como o Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º 17/1993, publicado no *IIALS*, n.º 428, págs. 61 e seqs.

direito a uma criação (espiritual) e se refere o seu primeiro titular (o autor) (392).

VI — 5) *Direitos subjectivos*: Pode pôr-se o problema de saber se um direito subjectivo pode constituir objecto de outro direito subjectivo.

O problema, autêntica *vexala quaddrio*, é de índole construtiva, discutindo-se se se trata de *direitos sobre direitos* ou de transmissões limitadas do direito que *prima facie* aparece como objecto de outra relação jurídica ou ainda de um novo direito limitado com o mesmo objecto do direito anterior.

Não interessa aprofundar agora este ponto da rigorosa qualificação das situações em causa, pois da qualificação, aliás problemática em qualquer dos sentidos possíveis, não podem deduzir-se soluções práticas, sob pena de inadequado conceitualismo.

Interessa apenas frisar que algumas soluções legais parecem ajustar-se à figura dos *direitos sobre direitos*. Exemplos: penhor de direitos (regulado nos arts. 679.º e seque, usufruto de direitos de crédito (art. 1439.º, art. 1446.º, art. 1461.º — usufruto de rendas vitalícias; art. 1464.º — usufruto de capitais postos a juro), usufruto de acções ou partes sociais (art. 1467.º), hipoteca de um direito de superfície (art. 688.º, n.º 1, al. e)), hipoteca de um usufruto (incluindo de um usufruto de direitos — art. 681.º, n.º 1, al. e)), etc.

VII — 6) *A própria pessoa (certas Manifestações ou modos de ser físicos ou morais da pessoa)*: Alguns autores contestam veementemente

doutrina em geral]. cfr. José de (J)LR EIRA ASCENSÃO. «O direito ao espectáculo», *BALI*, n.º 366, pgs. 13 e 15. e «Direito à informação e direito ao espectáculo», *RO.4*, ano 48, 1988 pgs. 15 e segs. A lei brasileira dos direitos autorais — Lei nº 5988, de 14 de Dezembro de 1973 — incluiu no artigo 100.º, entre os direitos conexos, o chamado «direito de arena»: «direito de autorizar ou proibir a fixação, transmissão ou retransmissão, por quaisquer meios ou processos, de espectáculo desportivo público, com entrada paga» (cfr. José de OLIVEIRA Azeite. «Uma inovação da lei brasileira — o direito de arena», *Direito e a Relação*, I, 1980, pgs. 91 e segs.).

(^fire) Como se infere, este primeiro limiar pode alienar o direito patrimonial de autor; mesmo quando todavia este direito patrimonial de autor, conserva algumas prerrogativas dirigidas à defesa da sua personalidade.

a legitimidade da figura dos direitos sobre a própria pessoa (*«jura in zpsum»*). Tal categoria seria logicamente absurda e moralmente insustentável: logicamente absurda por nos levar a distinguir no homem duas pessoas, uma delas sujeito e a outra objecto dos seus direitos de personalidade; moralmente insustentável por levar ao reconhecimento da legitimidade do suicídio, da auto-mutilação, da escravidão consentida. etc.

É inegável, porém, que a nossa lei, utilizando aliás a expressão *«direitos de persynolidades*, protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral (art. 70.º) e concretiza alguns direitos sobre certos aspectos da personalidade (art. 72.º

direito ao nome; art. 79.º — direito à imagem: art. 80.º — direito à reserva sobre a intimidade da vida privada; etc.) (393).

Saber se, a esse respeito, se deve falar em direitos sobre certos modos de ser da pessoa ou antes em posições jurídicas fundamentais do homem, que são o pressuposto de todos os direitos, é um problema de *construção dogmática*, fundamentalmente teórico, e, portanto, de importância limitada no quadro dos fins da ciência do direito. Nesta medida pode, todavia, afirmar-se nada se opor à aplicação da categoria «relação jurídica» ao enquadramento dessa matéria legal. E, sendo assim, pode sustentar-se a existência de um direito sobre a própria pessoa (de vários direitos sobre distintos modos de ser físicos ou morais da pessoa. ou bens da personalidade, pois o objecto da relação jurídica deve ser sempre um bem). Tal figura nem será ilógica — pois o direito subjectivo é um poder ideal da vontade e até o poder material da vontade humana não se estende apenas ao mundo exterior, mas abrange a própria pessoa do ser humano que é o sujeito dessa vontade nem nos vinculará a consequências moralmente absurdas. pois tais direitos devem ter-se como irrenunciáveis e insusceptíveis de limitação voluntária quando esta for contrária à ordem pública (art. 81.º).

(³⁹) Cfr., *supre*

CAPÍTULO 11

AS COISAS E O PATRIMÓNIO

86. Noção jurídica de coisa

I — Interessa fundamentalmente num estudo jurídico caracterizar a *noção jurídica de coisa*.

Num *sentido* corrente e *amplo* — e de certo modo filosófico — coisa é tudo o que pode ser pensado, ainda que não tenha existência real e presente. Num *sentido físico*, coisa é tudo o que tem existência corpórea. *quod rangi potesr* ou, pelo menos, é susceptível de ser captado pelos sentidos.

Quanto ao sentido jurídico de coisa, há que considerar o artigo 202.º do Código Civil, onde se contém a seguinte definição:

«Diz-se coisa tudo aquilo que pode ser objecto de relações jurídicas.»

Não pode considerar-se rigorosa tal definição. Acresce não se dividir um qualquer valor operacional ou prático na inclusão de uma definição deste tipo num Código, revestindo a noção explicitada no artigo 202.º um significado puramente expositivo, de tipo manualístico e, nesse plano, como dissemos, incorrecto.

Com efeito, há entes susceptíveis de serem objecto de relações jurídicas que não são coisas em sentido jurídico. Pensemos nas *pessoas*, nas *prestações*, nos *modos de ser ou bens da própria personalidade*.

Quanto aos *bens imateriais*, objecto dos direitos de autor ou de propriedade industrial, e aos *direitos*, objecto de certas figuras de direitos sobre direitos, podem integrar-se no conceito de coisas, embora tenham um *regime especial* relativamente ao regime geral das coisas e não estejam previstas nas várias classificações das coisas enumeradas no artigo 203.º São *coisas incorpóreas*.

Conjugando todas estas ideias podemos definir as coisas em sentido jurídico como «os bens (ou os entes) de carácter estático ⁽³⁹⁴⁾, desprovidos de personalidade e não integradores do conteúdo necessário desta, susceptíveis de constituírem objecto de relações jurídicas».

— Qual o sentido da característica específica assinalada nesta definição e constante do artigo 202.º («que podem ser objecto de relações jurídicas»)? Por que motivo recortámos com mais rigor o género desenhado no artigo 202.º ⁽³⁹⁵⁾ e mantivemos na definição a referida característica ou nota específica?

É que os bens de carácter estático, carecidos de personalidade, só são coisas em sentido jurídico quando puderem ser objecto de relações jurídicas. Para esse efeito devem apresentar as seguintes características:

- a) *Existência autónoma ou separada* (uma casa é uma coisa, não o sendo todavia cada uma das pedras ou das paredes que a integram, enquanto absorvida ou incluída no todo) (396);
- b) *Possibilidade de apropriação exclusiva por alguém* (não são coisas os bens que escapam ao domínio do ser humano, de qualquer homem, como, p. ex. e por enquanto, as estrelas, os planetas, etc., ou os que, por falta de possibilidade de delimitação ou

Assim se excluem do conceito as prestações. Cfr. J. CASTRO MANDES, "I cit., págs. 383-4.

Enquanto o art.º 202.º VCCO define o género do conceito definido em termos vagos e de inadequada extensão *«aquilo que»*, nós falámos de «bens de carácter estático, desprovidos de personalidade e não integradores do conteúdo necessário desta.»

³⁹⁴⁾ A distinção entre coisas e partes integrantes nem sempre é fácil. Cfr. p. ex. o Acórdão da Relação de Coimbra de 20 de Maio de 1986 ((1. 1986. Irl. pág. 55), e, a propósito da qualificação dos elevadores instalados em prédios, os Acórdãos da Relação de Lisboa de 12 de Maio de 1988, de 18 de Janeiro de 1990 e de 20 de Junho de 1991 (in CR. 1988, III. pág. 141, e 1990, I, pág. 146, e sum. no BR 1. n.º 408. 635). Por Acórdão de 31 de Janeiro de 1996, [irado um pleno em DR, II Série, de 7 de Junho de 1996), o STI considerou que, a partir do momento em que está instalado imóvel, o elevador passa a ser parte componente ou integrante de um prédio habitação, sob a propriedade de quem é dono do imóvel (tornando-se, consequentemente, eficaz a respectiva cláusula de reserva de propriedade sobre eles. COIWCIIII on udu e= contrato de fornecimento e instalação de elevadores).

captura, são necessariamente aproveitados por todos os homens. como, p. ex., a camada atmosférica, a luz solar, etc.);

- c) *Aptidão para satisfazer interesses ou necessidades humanas* (ser humano é a medida e o critério do relevo jurídico das coisas; por isso não são coisas, pois para nada servem, uma gota de água, um grão de areia, etc.).

Inversamente não é necessário:

- a) Que se trate de bens de natureza corpórea ou energia eléctrica é uma coisa como o são os objectos dos direitos de autor e da propriedade industrial);
- b) Que se trate de bens permutáveis, isto é. com valor de troca (pode tratar-se de bens com valor meramente pessoal);
- c) Que se trate de bens *efectivamente* apropriados (pode tratar-se das *res nullius*. como os animais bravios ou os peixes não apropriados (³⁹⁷), ou de coisas abandonadas (³⁹⁸) ou *res derelictae* basta, portanto, que sejam *bens apropriáveis*).

III — O Código Civil define várias *categorias de coisas*, decorrentes das *classificações* que consagrou. Essas categorias têm interesse porque a lei faz, por vezes, corresponder regimes jurídicos específicos a certas categorias e não a outras (³⁹⁹).

Assim o Código Civil define no artigo 204.º e seguintes as coisas imóveis e móveis, as coisas simples e compostas, as coisas fungíveis, as

³⁵⁷ O § 90a do Código Civil alemão S. traduzido em 1990, proclama que «os animais não são coisas, sendo protegidos por leis especiais, para logo de se entender preceituar que na falta de disposição especial eles são aplicáveis as normas sobre coisas. Segundo o Código Civil de 1996, porém, os animais são de considerar como coisas, sem prejuízo do regime de protecção que resulte de outros diplomas (como o Dss.los n.º 3157/2003. de 17 de Dezembro, a Lei n.º 92/95, de 2 de Setembro, e a Lei n.º 12-8/2000, de 8 de Julho).

³⁹³ O que não é o mesmo que coisas perdidas.

²⁹⁹ O artigo 201.º n.º 2. considera *fora do comércio* todas as coisas que não podem ser objecto de direito privado. É o caso, p. ex. dos bens do domínio público. Cfr. sobre o domínio público e o domínio privado do Estado, o Decreto-Lei n.º 477/80. de 15 de Outubro.

coisas consumíveis, as coisas divisíveis, as coisas principais e as coisas acessórias ou pertencas ⁽¹⁰⁰⁾, as coisas futuras.

Dá também o conceito de *frutos* (art. 212.^o: tudo o que a coisa produz periodicamente, sem prejuízo da sua substância), noção muito importante dada a sua aplicação no regime do usufruto e da posse (os frutos da coisa cabem ao possuidor de boa fé, mas não já ao possuidor de má fé) (101).

Definem-se igualmente as *benfeitorias* (art. 2162: despesas feitas para conservar ou melhorar a coisa), noção igualmente importante dada a sua aplicação no regime da posse, do arrendamento ⁽¹⁰²⁾, etc. O mesmo artigo considera e define três modalidades de benfeitorias: necessárias, úteis e voluptuárias.

87. Noção de património

I — Na linguagem dos juristas a palavra *património* conhece várias acepções.

Fala-se, por vezes, de património para designar o *património global*. Tem-se então em vista o *conjunto de relações jurídicas activas e passivas (direitos e obrigações) avaliáveis em dinheiro de que uma pessoa é Titular*. É importante destacar alguns pontos sobre esta noção:

1.1 Trata-se do *conjunto de relações jurídicas*; não se trata do conjunto de imóveis, móveis, créditos ou outros direitos patrimoniais, pois as coisas móveis ou imóveis não são entidades do mesmo tipo dos créditos ou dos outros direitos ⁽¹⁰³⁾. O património é integrado por direi-

⁽¹⁰⁰⁾ São exemplos de coisas acessórias ou pertencas os animais e alfaías afectadas à exploração de um prédio rústico ou os móveis e utensílios pertencentes a um prédio urbano. Cfr. a definição no artigo 21011 ri." 1. O artigo 210." consagra um regime coo-u:10o ao brocardo tradicional «c:errar/um principal(' seqiiturr. peto que, sem cláusula contratual em contrário, as coisas acessórias não acompanham a alienação da coisa principal.

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. artigos 1270.^o e 1271.^o Os frutos podem ser naturais («os que provêm directamente da coisa») e civis («as rendas ou interesses que a coisa produz em con-clórença de uma relação jurídica») — artigo 212.'1 n." 2.

⁽¹⁰²⁾ Cfr. arócos 1273,1^o-1275." e artigos 14." e 15 ° do Decreto Lein.º 3.85188. de 25 de Outubro.

⁽¹⁰³⁾ As coisas são objecto de relações julócas, os créditos são relações jurídicas.

tos sobre as coisas (propriedade, usufruto, etc.). direitos de crédito, obrigações e outros direitos patrimoniais.

2.º) Não fazem parte do património certas realidades, susceptíveis de ter grande relevância para a vida económica das pessoas, mas que não são relações jurídicas existentes, sendo antes meras fontes de rendimentos futuros. É o caso da força de trabalho, da competência técnica de um indivíduo, do seu crédito, etc. São *qualidades do sujeito* que se projectam nos resultados patrimoniais da sua vida, mas não são parte do seu património; a sua lesão, ilícita e culposa, por terceiro gera, todavia, um dano patrimonial indemnizável, desde logo pelo facto de a responsabilidade civil dever cobrir os chamados lucros cessantes.

3.º) Só fazem parte do património as *relações jurídicas susceptíveis de avaliação pecuniária*; esta pecuniaridade pode resultar do *valor de troca* do direito, por este ser alienável mediante uma contraprestação, ou do *valor de uso*, traduzido em o direito, não sendo embora permutável, proporcionar o gozo de um bem, material ou ideal, que só se obtém mediante uma despesa (404).

É a esta noção que se refere o artigo 2030.º, n.º 2, ao definir herdeiro como o que sucede na totalidade ou numa quota do *património* do falecido (cfr. também, p. ex., o art. 154.º, n.º 1).

Fala-se, outras vezes, de património para designar o chamado *património bruto ou património ilíquido*. Tem-se então em vista o conjunto de *direitos avaliáveis em dinheiro, pertencentes a uma pessoa, abstraindo, portanto, das obrigações*.

E esta noção de património que reveste, talvez, o maior interesse jurídico, pois é ele que interessa para o domínio institucional (a responsabilidade civil) em que se situa a principal função jurídica do património: a garantia dos credores (cfr. aras. 601.º e segs.). É neste sentido que o artigo 817.º fala no direito do credor de executar o *património* do devedor (cfr. também, p. ex., o art. 198.º), em conformidade com o disposto nos artigos 801.º e seguintes e artigo 821.º do Código de Processo Civil.

(⁴⁰) Assim o *direito de uso e o direito de habitação* (1,8o confundir con; o direito do locatário emergente do arrendamento de um prédio urbano) são intransmissíveis (art. 1488.'), mas são elementos do património: o mesmo sucede *com* um mesmo intransmissível, para um espectáculo.

Finalmente, num sentido mais restrito, pode designar-se por património o chamado *património líquido*, isto é, o *saldo patrimonial* (relações judiciais activas ou direitos menos as obrigações ou relações jurídicas passivas). Esta acepção da palavra património tem um valor puramente económico, pois, como dissemos, o sentido jurídico da noção de património é fundamentalmente o correspondente ao conceito de património bruto, que é o conceito relevante para efeitos de responsabilidade civil.

II — O património distingue-se, pois, facilmente da *esfera jurídica*. Esta é a totalidade das relações jurídicas de que uma pessoa é sujeito. Abrange, assim, o património e os direitos e obrigações não avaliáveis em dinheiro (pessoais *hoc sensu*), encabeçados na pessoa.

III — O conceito de património traduz a soma ou conjunto das relações jurídicas avaliáveis em dinheiro, pertencentes a uma pessoa. *Não se trata de um objecto jurídico único ou unitariedade*. Sê-lo-ia se o direito tratasse o conjunto de relações que integram o património como formando uma unidade distinta dos seus elementos e susceptível de um tratamento jurídico diferenciado do tratamento que reclamam os vários elementos componentes dela. Mas não é assim. Deste modo, quem pretender alienar, por acto entre vivos, todas as suas relações patrimoniais tem de recorrer aos vários tipos negociais adequados à alienação de cada um dos elementos componentes do seu património, observando os requisitos necessários para cada um desses actos. Terá de promover, para a respectiva cessão ser eficaz (art. 583f), a notificação do devedor, se estão incluídos créditos no património alienado; terá de obter consentimento do credor, se do património alienado fazem parte dívidas (art. 595Y); terá de lavrar escritura pública, se do património alienado fazem parte direitos sobre imóveis; etc. Quer dizer não há um tipo negocial dirigido à alienação em bloco, *uno acta*, do património.

Este é, portanto, um conjunto atomístico de relações jurídicas e não uma unidade (^{4b}). Não há um direito único ou unitário sobre o património bruto ou global.

H') O aspecto em que o património parece codificar-se como uma universalidade é a *heredidade*, dada a responsabilidade dos herdeiros

88. O fenómeno da autonomia patrimonial ou separação de patrimónios

I — Na esfera jurídica de uma pessoa existe normalmente apenas um património. Em certos casos, porém, seremos forçados a concluir existir na titularidade do mesmo sujeito, além do seu *património geral*, um conjunto de relações patrimoniais submetido a um tratamento jurídico particular, tal como se fosse de pessoa diversa — estamos então perante um *património autónomo ou separado* ¹⁴⁰⁰).

Qual o tratamento jurídico particular que conduz à afirmação da existência de um ou vários patrimónios separados (autónomos) ao lado do património geral do sujeito? Quando podemos considerar existirem vários patrimónios na esfera jurídica do mesmo titular?

Trata-se de saber qual o *critério do reconhecimento* da autonomia ou separação de patrimónios. Poderia atender-se a critérios diversos: a especial destinação de certa massa de bens, a sua administração separada, a responsabilidade por dívidas.

II — O critério preferível é, em coerência com a principal função jurídica do património, o da *responsabilidade por dívidas*.

Se o património tem como função principal responder pelas dívidas do seu titular, então parece que o critério mais adequado para caracterizar a separação de patrimónios deve ser o da existência de um

das hereditárias, embora dentro apenas das *forças* da herança, e dada a existência de uma acção de petição de herança (art. 2075.º).

¹⁴⁰⁰ O fenómeno da autonomia patrimonial traduz-se, portanto, a nosso ver, na existência de uma massa de relações patrimoniais, pertencentes ao mesmo sujeito do património geral, com um tratamento jurídico particular. Por vezes dá-se a este fenómeno a denominação de separação de bens, reservando a expressão património autónomo para os patrimónios darditoriamente sem sujeito como sucede (na herança *'Gine'* art. 2046.º; cfr. o art. 65.º al. a) do Cód. de Processo Civil). Ao utilizarmos como sinónimos as expressões autonomia patrimonial e separação de patrimónios ou *património autónomo* e *património separado* (cfr., para esta, a epígrafe do art. 8725.º do Cód. Civil, e, para a primeira, p. ex., o da 2.ª, n.º 1, d. id. do Cód. da Insolvência e da Recuperação de Empresas, e a equivalência «património separado ou autónomo» no preâmbulo do Dec.-Lei nº 248/86, de 25 de Agosto, que aprovou o regime do estabelecimento individual de responsabilidade limitada —

tratamento jurídico particular em matéria de *responsabilidade por dívidas* (40h).

Património autónomo ou separado será, assim, o que «responde por dívidas próprias», isto é, *só responde* e *responde só ele* por certas dívidas. Torna-se necessário para se falar de autonomia patrimonial ou separação de patrimónios que um certo património responda apenas por certas dívidas do seu titular, não respondendo pelas outras. e que por aquelas dívidas só o património autónomo responda, não podendo elas afectar o património geral do seu titular (408).

As dívidas pelas quais só o património autónomo responde, sem responder por quaisquer outras, são as dívidas relacionadas com a função específica, com a finalidade ou afectação especial desse património. Um estabelecimento comercial seria um património autónomo se respondesse apenas pelas dívidas comerciais do seu titular com exclusão das dívidas estranhas ao exercício do comércio e se por essas dívidas comerciais não respondessem os restantes bens do comerciante. Não é esse, porém, o caso do nosso direito privado (salvo, em certa medida, no caso do estabelecimento individual de responsabilidade limitada, como veremos). A herança será um património autónomo, se os bens hereditários responderem apenas pelas dívidas do *de cujus*, e não pelas dívidas pessoais do herdeiro, e se pelas dívidas do *de anus* responder só o activo da herança e não o património pessoal do herdeiro — é esse o regime do nosso direito privado.

III — O caso mais nítido e claro de património autónomo no direito privado português era, até 1986, a *herança*. A herança é o conjunto das relações jurídicas patrimoniais que, por força da morte de um indivíduo, passam da titularidade deste para os herdeiros e legatários.

⁽⁴⁰⁷⁾ A qualificação como património autónomo é relevante, nos termos do artigo 2.º, n.º 1. al. h). do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (que se refere: a «quaisquer outros patrimónios autónomos»), para a possibilidade de ser objecto de processo de insolvência. Cfr., em geral, os artigos 6.º al. a). e 22.º do Código de Processo Civil.

⁽⁴⁰⁸⁾ A existência de uma *plena* autonomia patrimonial exige o concurso de ambas estas características, *só responder* e *responder só ele* por certas dívidas). reão bas-tando a verificação de uma delas apenas. Poderá existir, todavia, uma autonomia patrimonial de carácter *parcial*.

As características de uma plena autonomia patrimonial manifestam-se:

a) Na circunstância de a responsabilidade do herdeiro pelas dívidas da herança não exceder o valor dos bens herdados, quer a herança seja aceite a benefício de inventário, quer seja aceite pura e simplesmente (art. 2071.º); se a aceitação é a benefício de inventário, os credores do de *cujus* só se podem pagar pelos bens inventariados, salvo se os credores provarem a existência de outros bens da herança que não constaram do inventário (art. 2071.º, n.º 1); se a aceitação é pura e simples, não há inventário dos bens da herança, mas a responsabilidade do herdeiro pelas dívidas hereditárias não excede também o valor dos bens herdados, incumbindo, porém, ao herdeiro provar a insuficiência do activo hereditário para solver as dívidas do de *cujus* (art. 2071.º, n.º 2); constata-se, pois, que o herdeiro não responde pelas dívidas da herança para além das forças dos bens herdados (não responde «*ultra vires hereditatis*»). mas o ónus da prova da insuficiência do activo hereditário cabe ao herdeiro e não aos credores na aceitação pura e simples. enquanto o ónus da prova da existência de mais bens além dos inventariados cabe aos credores na aceitação a benefício de inventário (409).

b) Na circunstância de os credores da herança e os legatários gozarem de preferência sobre os credores pessoais do herdeiro, durante os cinco anos subsequentes à abertura da sucessão ou à constituição de dívida, se esta é posterior (art. 2070.º); os credores pessoais só podem, portanto, pagar-se pelos bens hereditários, depois de satisfeitos os credores do de *cujus*, desaparecendo assim a autonomia patrimonial com o pagamento destes; passados cinco anos cessa também,

(109) Dado que na aceitação pura e simples há em risco de o herdeiro responder «*ultra vires*», se não consegue provar a insuficiência do activo hereditário, na redacção originária do Código Civil a herança deferida a menor interdito, inabilitado ou pessoa colectiva só podia ser aceite a benefício de inventário (art 2053". n.º I) Tal exigência foi, todavia, revogada pelo Decreto-Lei nº 227/94, de 8 de Setembro, por se ter entendido não subsistirem as razões —segundo se afirma no preâmbulo, «fundadas na desconfiança com que o legislador e a Administração encaravam os cidadãos e, neste particular, os pais e representantes legais do menor» — que a justificavam Hoje, a aceitação de herança por menor, interdito, inabilitado ou pessoa colectiva não tem, pois, de fazer-se a benefício de inventário.

como vimos, a autonomia patrimonial da herança, estejam ou não pagos os credores do *de cujos*. pois cessa então a preferência consagrada no artigo 2070."

Constata-se do exposto ser a herança um património autónomo e visar esta autonomia um mero *escopo de Liquidação*, traduzido em assegurar o pagamento dos credores da herança com os bens da herança e só com estes.

IV — Um caso em que o legislador se referiu a um «património separado ou autónomo» é o *estabelecimento individual de responsabilidade limitada* (E.I.R.L.). Este pode ser constituído por qualquer pessoa singular — que, porém, pode criar um só E.I.R.L. — que pretenda exercer uma actividade comercial, afectando para o efeito ao estabelecimento uma parte do seu património. cujo valor representa o capital inicial do estabelecimento (art. 1.º do Dec.-Lei II.º 248/86, de 25 de Agosto) (4 ▼▼

Pelas dívidas resultantes de actividades no âmbito do objecto do E.I.R.L.⁹⁶ *respondem os bens* a este afectados. Em caso de insolvência do titular (⁹⁴), por causa relacionada com a actividade exercida naquele estabelecimento, só responde com todo o seu património pelas dívidas contraídas nesse exercício se se provar que a separação patrimonial não foi observada na gestão do estabelecimento (art. 11.º n.º 1, e 2, do Dec.-Lei n.º 248/86).

Por outro lado, o património do E.I.R.L. responde, em princípio, *apenas pelas* dívidas contraídas no desenvolvimento das actividades compreendidas no âmbito desse estabelecimento. Pode, porém, ser penhorado o próprio estabelecimento, em execução movida contra o seu titular por dívidas alheias à exploração, desde que os credores provem a insu-

⁹⁴-1 Com o Decreto-Lei n. 36/2000. de 14 de Março deixou de ser necessária escritura pública para a constituição do EIRA — passando a bastar documento particular salvo se forem efectuadas entradas em bens diferentes de dinheiro para cuja transmissão seja necessária escritura pública, caso em que o acto constitutivo deve revestir esta forma). O capital mínimo não pode ser hoje inferior a 5000 € (Dec-Lei nº 343798, de 6 de Novembro. arr. 4.º).

⁹⁵ O estabelecimento individual de responsabilidade limitada. enquanto património autónomo. pode ele próprio ser sujeito passivo da declaração de insolvência.

ficiência dos restantes bens do devedor (arts. 10.º e 22.º do Dec.-Lei n.º 248/86)

V — Estando um património autónomo afectado à satisfação exclusiva de certas dividas, parece que, se um bem desse património se perde, adquirindo-se concomitantemente outro valor (p. ex., vende-se um objecto que é trocado assim pelo preço correspondente: troca-se um objecto por outro; arde um prédio e, em consequência desse facto, adquire-se um crédito sobre a companhia seguradora do mesmo contra o risco de incêndio, etc.). este valor deve substituir-se ao primeiro bem, tomando o seu lugar no património autónomo e fazendo as vezes dele. Esta instituição da substituição de uma coisa que se perdeu por força de um acto ou facto jurídico que simultaneamente implicou a aquisição de um valor, ocupando o novo valor o lugar do anterior, como novo objecto da mesma relação jurídica que já existia, denomina-se *sub-rogação real*. Parece não poder deixar de ter lugar nos casos de autonomia patrimonial, em homenagem ao interesse dos credores por dívidas referentes ao património autónomo.

A sub-rogação real, que foi expressa em brocardos romanistas Eiras *succellit in loco reis; spretiuni succerlit in loco reis; ares succedit in loco preta*»). está consagrada logicamente na disciplina jurídica da

1. Cfr. o art. 7.º do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 248/86 e o artigo 2.º, n.º 1.º, do Código da Insolvência.

Por vezes, o legislador limita-se a qualificar determinada massa patrimonial como património autónomo, ou como património separado, sem especificar o respectivo regime de responsabilidade por dividas. Cfr., p. ex., o artigo 36.º, n.º 2.º do Código dos Valores Mobiliários (fundos de garantia dos investidores não institucionais constituídos pela entidade gestora do mercado ou do sistema de liquidação a que o fundo está afecto, e o artigo 2.º, n.º 1.º, al. a), do Decreto-Lei n.º 252-A/788, de 3 de Outubro, para os bens do *rodo*, que «constituem um património separado e integram o património do *trust* ou gestor fiduciário — o *trust* ou gestor fiduciário oriundo dos países do *common law* e reconhecido por aquele diploma no âmbito da Zona Franca da Madeira, á. nos termos do seu artigo I.º, al. a), a «designação das relações jurídicas resultantes de um acto *inter vivos* ou *monis causa* pelo qual uma pessoa, o *setor* [ou instituidor], transmite e coloca quaisquer bens — com excepção de bens imóveis localizados em território português — sob o controle e administração de um *trust* em proveito de um *beneficiário*; que pode ser o próprio *setor* ou o *trust*, ac visando a prossecução de um fim específico».

herança — e está consagrada quanto às três formas a que se referem aqueles três brocardos (cfr. art. 2069.^o, abs. a), ^c o))

89. A figura do património colectivo

I — Na hipótese de autonomia patrimonial existem na titularidade do mesmo sujeito duas ou mais massas patrimoniais separadas.

A figura do *património colectivo* apresenta-se-nos quando, inversamente, um único património tem vários sujeitos. Duas ou mais pessoas, que possuem — cada uma — o seu património que lhes pertence globalmente.

II — O património colectivo não se confunde, porém, com a *compropriedade ou propriedade em comum*. Na propriedade em comum ou compropriedade, figura de procedência romanística, estamos perante uma comunhão por quotas ideais, isto é, cada comproprietário ou consorte tem direito a uma quota ideal ou fracção do objecto comum.

Daí que o comproprietário possa dispor de toda a sua quota na comunhão ou de parte dela (art. 1408.^o); daí que o comproprietário não seja obrigado a permanecer na indivisão, podendo exigir a divisão da coisa comum (art. 1412.^o) (410.),

O *património colectivo* pertence em bloco, globalmente, ao conjunto de pessoas correspondente. Individualmente nenhum dos sujeitos tem direito a qualquer quota ou fracção; o direito sobre a massa patrimonial em causa cabe ao grupo no seu conjunto. Daí que nenhum dos membros da colectividade titular do património colectivo possa alienar uma quota desse património ou possa requerer a divisão,

^(s1s) Cfr uma outra hipótese legal de sub-rogação real no regime Jurídico da hipoteca (art. 692.^o: substituição do bem hipotecado, em caso de perda, deterioração ou diminuição de valor, pelo eventual direito a uma indemnização) E ^oft- também o artigo 119.^o, n 1 (património do ausznte)

^(o 4) A indivisão pode ser convencionada entre os comproprietários, mas pelo prazo máximo de cinco anos (arr. 1412.^o, n.^o 2)- Cfr. porém, para o direito dos condóminos sobre as partes comuns do edifício, o artigo 1420.^o, n.^o 1 e 2

enquanto não terminar a causa geradora do surgimento do património colectivo (415).

O património colectivo, é, pois, determinado por uma causa ou escopo. Relativamente à prossecução desse escopo pode gerar-se um passivo, um conjunto de dívidas. Por essas dívidas, de que são sujeitos passivos os membros do grupo titular do património colectivo, estes respondem com os bens colectivos e, esgotados estes, solidariamente com os seus bens pessoais. Os credores pessoais dos titulares do património colectivo não se podem pagar pelo património colectivo, mas, uma vez extinto o vínculo colectivístico, podem obter satisfação pela parte que toque ao seu devedor nesse património, respeitada a preferência dos credores da colectividade.

III — O nosso direito conhece a figura da compropriedade ou comunhão de tipo individualístico (arts. 1403.º e segs.), podendo esta resultar de sucessão, aquisição contratual em conjunto de um prédio, colocação em comum de dois ou mais bens, etc.

Não é possível, todavia, entre nós criar-se por negócio jurídico um património colectivo, uma comunhão de tipo colectivístico sem repartição de quotas.

Um caso em que parece divisar-se a figura do património colectivo no nosso direito é a *comunhão conjugal*. O regime especial dos patrimónios colectivos, quanto ao passivo relacionado com o escopo em vista do qual se formou o património, está claramente estabelecido nos artigos 1695.º (pelas dívidas contraídas em proveito comum respondem os bens comuns do casal, e, na falta ou insuficiência deles, solidariamente, os bens próprios de qualquer dos cônjuges) e 1696.º (pelas dívidas da responsabilidade exclusiva de um dos cônjuges respondem os seus bens próprios e, subsidiariamente, a sua meação nos bens comuns (416)).

O Código Civil Alemão designa a compropriedade por comunhão segundo quotas *Bruchteilsgemeinschaft* e o património colectivo por comunhão de bens comuns (*Gesamteschaft*) (1171 § 1 e 1172 § 1).

(1) A moratória para a execução da meação do cônjuge devedor nos bens comuns, que estava prevista na redacção original do Código Civil de 1966 na parte final do n.º 1 do artigo 1696º (a meação só era executável depois da meação judicial dissolução ou declaração de nulidade do casamento), foi revogada pelo Decreto-Lei n.º 329-A/95, d. 12 de Dezembro. O actual regime da penhora de bens comuns do casal les, altera do artigo 825º do Código de Processo Civil, na redacção do Decreto-Lei n.º 38/2003 desde Março.

TII

TEORIA GERAL DO FACTO JURÍDICO

TITULO I

DOS FACTOS JURÍDICOS EM GERAL

CAPÍTULO I

CONCEITOS E CLASSIFICAÇÃO

90. Noção de facto jurídico

Facto jurídico é todo o acto humano ou acontecimento natural juridicamente relevante. Esta relevância jurídica traduz-se, principalmente, senão mesmo necessariamente, na produção de efeitos jurídicos.

Há factos sociais ou naturais indiferentes para o direito, isto é, desprovidos de qualquer eficácia jurídica. São factos *materiais, ajurídicos*, neutrais do ponto de vista do ordenamento jurídico (p. ex.: o convite para um passeio, uma visita de cortesia soda], o uso de gravatas de certa cor, etc.).

Nem todos os factos reais ou sociais são, portanto, factos jurídicos.

91. Classificação dos factos jurídicos

I — A primeira grande classificação dos factos jurídicos é a que se pode estabelecer entre *factos voluntários ou actos jurídicos* e *factos jurídicos involuntários ou naturais*.

Os primeiros resultam da vontade como elemento juridicamente relevante; são manifestação ou actuação de uma vontade; são acções humanas tratadas pelo direito enquanto manifestações de vontade.

Os segundos são estranhos a qualquer processo volitivo — ou porque resultam de causas de ordem natural ou porque a sua eventual voluntariedade não tem relevância jurídica (417).

II— Os factos jurídicos voluntários ou actos jurídicos podem ser *lícitos e ilícitos*.

Os actos ilícitos são contrários à ordem jurídica e por ela reprovados; importam uma sanção para o seu autor (infractor de uma norma jurídica).

Os actos lícitos são conformes à ordem jurídica e por ela consentidos (et.

III— Os factos voluntários ou actos jurídicos podem, segundo outra classificação de carácter fundamental, distinguir-se em *negócios jurídicos e simples actos jurídicos* (ou *actos jurídicos* stricto sensu). Estamos no domínio dos factos voluntários; apesar disso, nem sempre os efeitos jurídicos respectivos são produzidos *por* terem sido queridos e *na medida* em que o foram.

A distinção entre negócios jurídicos e simples actos jurídicos assenta precisamente neste critério da relação que intercede entre a vontade ou volição das partes dirigida a um resultado e os efeitos jurídicos produzidos.

Os negócios jurídicos são factos voluntários, cujo núcleo essencial é integrado por uma ou mais declarações de vontade (⁴¹⁹) *a que o ordenamento jurídico atribui (feitos jurídicos concordantes com o con-*

(^{2.17}) São já CTOS *naturais ou involuntários* a destruição natural de um objecto, o decesso do tempo, o nascimento, a morte, a vizinhança. A morte é um facto natural e não um acto jurídico, pois a sua eventual voluntariedade não tem qualquer relevância para os efeitos jurídicos respectivos (a abertura da sucessão). Já, (odavia, é um acto jurídico ou facto voluntário o homicídio (o homicídio, mas não propriamente a morte), susceptível de desencadear consequências jurídicas que atendem à sua voluntariedade (responsabilidade civil e criminal, indignidade sucessória *ex art. 2034.*" etc.).

H^a: Sobre a noção de actos jurídicos ilícitos e sobre as suas variedades, cfr. *supra*, n.º 213.

H^s) Não se vê a legitimidade nem interesse prático na distinção entre «declaração de vontade» ou «negócios de declaração», nos quais haveria um fim de notificação de uma vontade *negociat*, e «actuações de vontade» ou «negócios de actuação», onde não haveria esse fim de notificação, imputável a A. MAMO¹: (cfr., designadamente,

teúdo da vontade das partes, tal corno este é objectivamente (de forco apercebido. Nos negócios jurídicos, o comportamento de cada parte aparece exteriormente corno uma declaração visando certos resultados prático-empíricos, sob a tutela do ordenamento jurídico, e os efeitos determinados pela lei são os correspondentes aos resultados cuja intenção foi manifestada. Os efeitos dos negócios jurídicos produzem-se — como é comum dizer-se — *ex voluntate* e não apenas *Em lege*. É o que sucede, p. ex., com o testamento e com os contratos.

Os *simples actos jurídicos* são factos voluntários cujos efeitos se produzem, mesmo que não tenham sido previstos ou queridos pelos seus autores, embora muitas vezes haja concordância entre a vontade destes e os referidos efeitos. Não é, todavia, necessária uma vontade de produção dos efeitos correspondentes ao tipo de simples acto jurídico em causa para essa eficácia se desencadear. Os efeitos dos simples actos jurídicos, ou actos jurídicos *sinalo sensu*, produzem-se — diz-se comummente — *e.v lege* e não *ex voluntate*. É o que sucede com a interpelação do devedor (art. 8053, n.º 1), com a gestão de negócios (arts. 464.º e segs.), com a notificação ao devedor da cessão de créditos (art. 5833), com a fixação de domicílio voluntário (art. 823), com a acessão industrial na forma de união (int 13333) ou de especificação (art. 1336.º), com a ocupação de animais bravios caça e pesca — ou de animais e coisas móveis perdidas (arts. 1318.º e segs.), com a descoberta de um tesouro (art. 1324.º), com a criação de uma obra artística, literfaia, científica ou urna invenção indunial (art. 13033, onde se remete para legislação especial) (211).

a,cl Willeimeseltari li, it Resine; E nd ihre flenaitaiong final: dem E ~uni Puem Gostitabittatt Eitt Slytiem der frristischen Natal/ungem Berlim. 1907, e, por último. *Dos rechisirirksonte V rh lt Eastennilischer AJubw, mui & Mane/lung der Reehtsokte des bargerachen und Handelsrectiss*, Berlim, 1939), e aceite, designadameme. por aluas autores alemães e italianos. As chamadas «acmações de vontade», são simples actos jurídicos ou declarações negociais lácias Cfr. uma rejeição clesia dicolomia já em Carlos Alberto da MOIA Pra t, l/izior dos actos Eirdicoss dos detrumies, in *RDES*, ano XII (,1965). págs. 33 segs., e a sua análise e rej eição cm Pado Mor:, PINTO, *Decietra tãõ 14Cile e comportamento concludente no nes:,ácito Purifico*. cit., 27. Na doutrina italiana, efr LORENZO C. ■11'. ONA, *1 rnegaci di ottnaniaree e ta maniresiacione detrimento* ne: VÍCl/C. Milano. 1958.

(42) A interpelação importa a constl.'4a0 em mora do devedormoro *M de bno-*
r ^ a mora tem vários efeitos. p tis., obri:ração do indemn,zar o eredor

— Dentro dos simples actos jurídicos ⁽⁴²¹⁾ é usual fazer-se uma distinção entre:

- 1) quase-negócios jurídicos ou actos jurídicos quase-negociais *tageseltäftsahnliche Handlungentem*
- 2) operações jurídicas. também designadas na doutrina estrangeira pelas expressões actos materiais, actos reais (*aReataktemA* ou *actos* exteriores.

Os quase-negócios jurídicos traduzem-se na *manifestação exterior de zuna vontade*. É o caso da interpelação do devedor, da gestão de negócios, da notificação da cessão de créditos, da reclamação por vícios (art. 471.º do Cód. Comercial), da fixação do prazo referido no artigo 808.º do Código Civil, etc.

Os *actos reais ou operações jurídicas* traduzem-se na efectivação ou realização de um resultado material ou factual a que a lei liga determinados efeitos jurídicos. É o caso da acessão industrial, da especificação, da ocupação de animais ou coisas móveis, da descoberta de um tesouro, dos achados, das invenções industriais, da criação artística, literária ou científica, da aquisição ou perda de posse por acto material ⁽⁴²²⁾, etc.

n.º 1, e 506 a invasão do risco pelo perecimento fortuito da coisa devida, quando corresse por conta do credor 8055'). etc Estes efeitos produzem se, em caso de intimação, quer o credor os tenha revisto e querido, crer não. O mesmo se passa com os efeitos da criação literária, artística e científica, o autor da obra adquire os respectivos direitos de autor, mesmo que não tenha pensado nisso ou não o tenha querido.

⁽⁵¹⁵⁾ Sobre estes, cit. além das oh. *cin.* de Alfred MANICK (e também, p. «Das System der 5urktischen Handlungen im neuesten Schriftum», Uh. vol. 47, 1933, págs. 36 e 107). p. ex., PE.5 ER KLEIN, *Die RacTishandhuzean itt execren* München. 1912, *Tossia!*, e Cu:serre KIIRABELLI, *Lama, non negosiale nel dirTio privato RoTaao*, Napoli, 1955, págs. 8 e segs. Cfr. também Carlos A. MOTE PINTO, *I iloi• dos actos jia-EL/cios dos dementas, nx RDES*, ano XII (1965), pies. 50 e segs.

⁽⁵²⁵⁾ Mas não já o abandono de móveis *Dieralicaioa* pois este é um nezácto jurídico, realizado através de uma actuação de vontade (declaração cácita) — existe a possibilidade de provocar o efeito jurídico da aquisição a propriedade Cf. indicações sobre a natureza jurídica do abandono e da ocupação em P. MORA PI t *Declaração..*, cit., nota 1206.

CAPÍTULO II

AQUISIÇÃO, MODIFICAÇÃO E EXTINÇÃO DE RELAÇÕES JURÍDICAS

92. Preliminares

Os factos jurídicos desencadeiam determinados efeitos. Esses efeitos jurídicos consistem fundamentalmente numa *aquisição*, numa *modificação* ou numa *extinção* de relações jurídicas.

Vamos, pois, focar alguns temas ligados à constituição, modificação ou extinção de relações jurídicas. Como as relações jurídicas *stricto sensu* se analisam num direito subjectivo e no correspondente dever jurídico ou sujeição, podemos na explanação da matéria considerá-la sob a óptica de *aquisição, modificação ou extinção de direitos*-, referindo uma ou outra particularidade atinente ao lado passivo das relações jurídicas.

93. Conceito e modalidade de aquisição de direitos. Aquisição originária e aquisição derivada. Modalidades desta última

I — Um direito é adquirido por uma pessoa quando esta se torna titular dele. *Aquisição de direitos é*, pois, a ligação — a criação de um laço de pertinência — de um direito a uma pessoa.

Não coincidem as noções de *aquisição* de direitos e de *constituição* de direitos. A constituição de um direito é o seu surgimento, é a criação de um direito que não existia anteriormente. Toda a constituição de um direito implica a sua aquisição, dado não existirem direitos sem sujeito. Mas a inversa não é verdadeira, pois nem toda a aquisição de direitos tem lugar em casos de surgimento *ex novo* de um direito: na aquisição derivada translativa, como veremos, adquire-se, por transferência, um direito já constituído e preexistente na titularidade de outra pessoa,

direito que mantém a sua identidade, apesar da mudança de sujeito (pense-se na figura da cessão de créditos).

11 — Os dois tipos fundamentais de aquisição de direitos são a *aquisição originária* e a *aquisição derivada*.

Na primeira o direito adquirido não depende da existência ou da extensão de um direito anterior, que poderá até não existir: quando o direito anterior exista, o direito não foi adquirido por *causa* desse direito, mas *apesar* dele. Na segunda, o direito adquirido funda-se ou filia-se na existência de um direito na titularidade de outra pessoa; a existência anterior desse direito e a sua extinção ou limitação é que geram a aquisição do direito pelo novo titular, é que são a *causa* dessa aquisição.

São *casos da aquisição originária* a ocupação de coisas móveis (arts. 1315.º e segs.)⁽⁴²³⁾, a usucapião (arts. 1287.º e segs.), a aquisição de direitos de autor pela criação literária, artística ou científica, etc.

São *casos da aquisição derivada* a aquisição do direito de propriedade, ou de outro direito real, por força de um contrato (venda, doação, troca, dação em pagamento, etc.), a aquisição de um crédito ou de uma relação contratual por cessão, aquisição de direitos por sucessão *mortis causa*, etc.

Caracterizámos os termos de distinção segundo um *critério de causalidade* que vê a aquisição derivada como consequência ou efeito imediato da extinção subjectiva ou da limitação de um direito anterior, ao invés da aquisição originária onde não existe qualquer ligação causal entre a perda ou diminuição de um direito e a aquisição.

Este critério da distinção é o que está em coerência com o interesse prático-jurídico da mesma: o direito adquirido, na aquisição derivada e não já na aquisição originária, depende na sua existência, extensão e natureza do direito pré-existente.

(423) J. CASTRO >1ENDus mencCona outros exemplos, designadamente a acessão, que segundo este autor só é aquisição originária na hipótese de acessão natural, não o ser do já a acessão industrial: esta será antes uma aquisição derivada por transmissão forçada dado o sistema seguido pela nossa lei (arts. 1333.º e segs.). Cfr. *Teoria geral* de Direito Civil, vol. 1, págs. 339 e seg.

Como escreveu um autor português ⁽⁴²⁴⁾:

«Na *aquisição originária* as coisas passam-se de modo oposto. Pode suceder que não preexistisse à aquisição qualquer direito dum anterior titular. Assim na ocupação de coisas móveis abandonadas ou que nunca tiveram dono. Pode suceder também que preexistisse à aquisição o direito de um titular anterior, direito que se extinguiu ou ficou limitado ou comprimido em virtude da aquisição. Mas o direito do adquirente *não se filia no do titular Cinte AO?*: Não depende dele nem na sua existência nem na sua extensão. Não foi adquirido por *causa* desse direito, mas *apesar dele* ⁽⁴²⁵⁾. E mesmo quando esta aquisição faz extinguir um direito preexistente e esse direito seja da mesma natureza e conteúdo que o direito adquirido, ele não *passa* para o adquirente, mantendo-se idêntico através da mudança do respectivo titular. O direito do adquirente será um direito novo da mesma natureza e conteúdo que o direito extinto. Não intercede pois qualquer relação entre o adquirente e um titular anterior, mesmo que ele existisse.

Depois disto, é fácil ver que a usucapião constitui um modo de aquisição originária. Claro que, quando se consuma esta usucapião, se extingue ou sofre redução o direito do proprietário anterior, que sempre terá existido, pois de outro modo só poderia dar-se a ocupação — aliás impossível para os imóveis, que sempre têm dono. Extingue-se quando o direito adquirido por usucapião é a propriedade, e sofre redução quando tal direito é apenas um direito de gozo (os de garantia não podem adquirir-se por esta forma). Sempre valerão aqui todavia as ideias expostas quanto à aquisição originária, sendo certo, designadamente, que o usucapiente adquire o seu direito, não por causa do direito do proprietário anterior, mas apesar dele (ENNECCERUS)» (426).

(-24) Cfr. MANUEL DE ANDRADE, *oh. cit.*, v.1* págs. b-16.

(Cm) Cfr. L. COVÍALO, 11anuale, 3.º ed., pkg. 312: «Para que uma aquisição possa considerar-se derivada acenem dois elementos, primeiro, que a aquisição para uma pessoa tenha lugar ao mesmo tempo em que se verifica a perda ou diminuição do direito noutra pessoa, segundo, que a perda ou diminuição do direito numa pessoa seja dirigida a produzir a aquisição a favor de .a outra. de modo que a aquisição possa considerar-se um efeito daquela perda ou diminuição».

H") Ao passo que na aquisição derivada a preexistência do direito do transmitente, e a sua extinção subjectiva ou a sua redução, constituem a *cimsit* da aquisição do

III — Dentro da aquisição derivada pode distinguir-se entre aquisição derivada translativa, aquisição derivada constitutiva e aquisição derivada restitutiva.

Começaremos por distinguir entre as duas primeiras modalidades, que são precisamente as mais frequentes formas que assume a aquisição derivada: a *aquisição derivada translativa* (a mais vulgar) e a *aquisição derivada constitutiva*.

Naquela o direito adquirido é o mesmo que já pertencia ao anterior titular. Assim, se um indivíduo adquire o domínio de um prédio por compra, doação ou sucessão *mortis causa*, legítima ou testamentária. Na aquisição derivada constitutiva o direito adquirido filia-se num direito (mais amplo: cfr. *supra*) do anterior titular. Forma-se à custa dele, limitando-o ou comprimindo-o. Mas não preexiste como entidade autónoma e específica na esfera jurídica dessa pessoa ⁽⁴²⁷⁾. É o caso de o proprietário de um prédio constituir (por venda, etc.) uma servidão, ou outro direito real de gozo ou de garantia, a favor de outrem ⁽⁴²⁸⁾.

Parece-nos situar-se igualmente nesta sede a distinção entre *cessão da posição contratual* ou *cessão de contrato* e *subcontrato* ⁽¹²⁹⁾. A única particularidade que nestas figuras se apresenta é a de estarmos perante a aquisição, não propriamente de um só direito subjectivo (relação simples), mas de relações contratuais (relações obrigacionais complexas).

A cessão da posição contratual (arts. 424.º e segs.), p. ex., cessão da posição de locatário, cessão da posição de comprador ou de vende-

direito do adquirente, na aquisição originária a extinção ou redução do direito do titular anterior (quando tal direito existisse) constitui um simples antecedente cronológico da aquisição operada a favor do novo titular. Este fenómeno produz-se *reavido* ao outro. *atenuado* por causa ou *como efeito* do outro. A extinção ou redução do direito pré-existente é que será, ou poderá ser, um efeito da aquisição.

⁽⁴²⁷⁾ Entre o direito do transmitente e o do adquirente há pois uma espécie de relação de paternidade e filiação. Pode assim designar-se o 1.º como *direito progenitor* (Ludwig ETO.CEROS chamava-lhe *All(11Crr2Chr)*) e o 2.º como *direito filial*.

⁽⁴²⁸⁾ É bem sabido, com efeito, que ninguém pode ler uma servidão sobre o seu próprio prédio *«mine res sua servas»*; e o mesmo se diga de qualquer outro *«IS LH atiedaa*

⁽¹²⁹⁾ Cfr. C. MOTA PINTO. *Cessão da posição contratual*, CJC págs. 112 e segs., nota 2.

dor (fornecedor) num contrato de fornecimentos periódicos, etc.. é uma aquisição derivada translativa da posição contratual, isto é, da relação contratual ou relação obrigacional complexa emergente do contrato de locação, do contrato de fornecimento. etc.

O subcontrato, p. ex., sublocação (uris. 1060." e segs.). subempreitada (art. 1213.º), etc., é uma aquisição derivada constitutiva, pois um contratante (p. ex., a pessoa que se torna simultaneamente locatário e sublocador) concede a outro (p. ex., sublocatário) a possibilidade de usar a posição contratual que para o primeiro resulte de um contrato principal. ao qual este último continua ligado (430).

Fala-se também por vezes de aquisição *derivada restitutiva*, tendo-se em vista a hipótese de o titular de um direito real limitado (servidão, etc.) se demitir dele, unilateral ou contratualmente (a título gratuito ou a título oneroso), recuperando assim *ipso* (*acto* o proprietário a plenitude dos seus poderes, em virtude da conhecida elasticidade ou força expansiva do direito de propriedade. Porventura seria mais rigoroso falar-se de aquisição originária restitutiva quando o titular do direito real se demite dele por acto unilateral (renúncia verdadeira e própria). De qualquer maneira qualifica-se de restitutiva a aquisição porque ela vai

Ilustraro o as duas figura com CXCF01110S, rc[erenteS ao mesmo contrato, p ex., a empreitada:

A, dono da obra, celebra un-) contraio de empreitada com o empreiteiro *B*. Estaremos perante uma cessão de posição contratual. quando *B* transferir ex *conrracto*, ara a sua qualidade de empreiteiro daquela obra, com Consentimento de A. transmitindo-se para O todos os direitos e obrigações emergentes do contrato de empreitada e ficando H completamente exonerado perante A e ser.: quaisquer direitos em relação a e:e. Estaremos perante um subcontrato (subempreitada), quando *B*. permanecendo, ele e só ele, titular de direitos e obrigações relativamente *convencionar* com C. surgindo entre os dois os rzspeetvos ±reitos e obrigações, a realLzação por este da obra ou de parte dela.

Similarmen't se passam as coisas na locução. Na cessão da posição de locatário, locatário, exonera-se da relação de arrendamento com o senhorio .A, o a sua posição é ocupada. por força de uma convenção, por um novo locatário (C), passando todos os direitos e obrigaçO:s a existir entre C e A. Na sublocação *B* permanece ligado a A, devendo designadamente pagar-lhe a renda, mas por força do subcontrato permite ao sublocatário, mediante uma contraprestação. o gozo da coisa que lhe fora arrendada ou alugada

Sobre o subcomrlo, cfr. Pedro ROMANO MART:NEZ, *O sHboonzraro*, Coimbra. 1989.

repor as coisas no estado anterior à constituição do direito real que se extingue (431).

IV — Impõe-se distinguir entre aquisição derivada e sucessão.

A sucessão é o subingresso de uma pessoa na titularidade de todas as relações jurídicas ou determinada ou determinadas relações jurídicas de outrem ⁽⁴³²⁾. Rigorosamente coincide apenas, portanto, com a aquisição derivada translativa, pois só nesta é que o direito adquirido é o mesmo do anterior titular.

A sucessão refere-se igualmente às dívidas e não só aos direitos, enquanto a aquisição rigorosamente só diz respeito a direitos. As dívidas, ainda quando mantêm a sua identidade, apesar da mudança de devedor com consentimento do credor, não se adquirem — *assuntent-se*. Daí que o art.º 595.º, prevendo e regulando a transmissão ou sucessão singular de dívidas, tenha a epígrafe *assunção de dívida*.

Numa hipótese de sucessão numa relação jurídica, isto é, numa hipótese de aquisição derivada translativa, o titular anterior do direito designa-se por autor, antecessor ou causante (*.causanz dans*) e o adquirente por sucessor ou causado (*«causam liabenss*). Frequentemente, porém, fala-se de sucessão para designar apenas a sucessão *moras causa* (cfr. art. 2(24.º)). Neste caso o autor da sucessão ou causante é designado usualmente por *hereditanclo* ou de *cujus*, e os *sucessores ou causados* são, como sabemos, designados por herdeiro ou legatário, consoante sucedem na totalidade ou numa quota do património do falecido ou em relações jurídicas determinadas.

V — A noção de *transmissão de direitos* equivale igualmente, como já resulta do exposto, à de aquisição derivada translativa e à de sucessão (433).

¹ Sobre a lenta segregação histórica do conceito de sucessão e o significado material da ideia sucessória na cessão de créditos na assunção de dívidas e na cessão da posição connatural, cf. C. Mora Pivón. *Cessão da posição cor: P airai*. págs. 125 e segs

(³³) bical-In: o G ■ TELLES, 41.2ionão *considerações sobre o conceito jurídico de sucessão*. In *RUDOL*, XIX. 1965. págs. 113 e segs

Num sentido muito amplo podem, porém, empregar-se as expressões «transmissão de direitos» ou «sucessão de direitos» para abranger qualquer forma de aquisição derivada.

Tal como a sucessão se refere igualmente às dívidas, ao contrário da aquisição derivada, também existe uma transmissão das dívidas, coincidente, no caso de acto entre vivos, com a noção de assunção de dívida e, no caso de morte do devedor, com a sucessão *monis causa* nas dívidas.

94. Importância da distinção entre aquisição derivada e aquisição originária

Na aquisição originária a extensão do direito adquirido depende apenas do facto ou título aquisitivo. Neste sentido diz-se, quanto à usucapião, *tentam posses, sum quantUne praescriptam*.

Na aquisição derivada a extensão do direito do adquirente depende do conteúdo do facto aquisitivo. mas depende ainda da amplitude do direito do transmitente, não podendo em regra ser maior que a deste direito: *nono plus juris ad aliam transferre potes, amam ipse (saberei)* (434). É a *regra geral* da aquisição derivada.

Este princípio caracterizador da aquisição derivada comporta, todavia, *excepções*. Estas excepções significam, pois, que, em certas hipóteses, o adquirente, não obstante a aquisição ser derivada, pode obter um direito que não pertencia ao transmitente ou é mais amplo do que aqueles que pertenciam a este.

95. Excepções à regra geral da aquisição derivada

Vamos considerar de seguida as excepções à regra ;*senso pias juris...*, as quais realizam uma protecção do terceiro adquirente *a 17071 domino*.

I — a) *Institutos do registo predial, do registo de automóveis e registos similares (aeronaves, navios, panes sociais)* ⁽⁴³⁵⁾. Por força des-

⁽⁴³⁵⁾ Assim, já Ulpiano. *a* 50. 17, 54.

⁽⁴³⁵⁾ O registo da propriedade automóvel (cujo regime foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 54/75, de 12 de Fevereiro, alterado por vários diplomas) — diversa-

tes institutos devem ser inscritos, com o fim de lhes dar publicidade, em livros existentes em repartições especiais (Conservatórios no caso do registo predial e de automóveis), os diversos actos inerentes a bens imóveis, a veículos automóveis ou aos restantes bens indicados, em particular os actos de que resulte a aquisição de direitos reais sobre os mesmos bens.

O registo não é meio de aquisição dos direitos, sendo o acto plenamente eficaz *inter partes*, seus herdeiros ou representantes, mesmo na falta de registo (art. 4.º, n.º 1, do Cód. do Registo Predial, aprovado pelo Dec.-Lei n.º 224/84, de 6 de Julho, e alterado, designadamente, pelo Dec.-Lei n.º 533/99, de 11 de Dezembro) ⁽⁴³⁶⁾. A consequência da falta de registo é a *ineficácia do acto em relação a terceiros* (arts. 4.º, n.º 1, e 5.º, n.º 1. do referido Cód. do Registo Predial).

Há, por isso, que perguntar: quem são os terceiros para efeitos de registo predial?

MANUEL DE ANDRADE definia *terceiros para efeitos de registo predial* como sendo as pessoas que do mesmo autor ou transmitente adquiriram direitos incompatíveis (total ou parcialmente) sobre o mesmo prédio e justificava essa definição de uma forma convincente ⁽⁴³⁷⁾: trata-se fundamentalmente da ideia de que o registo, dada a forma como está organizado, não pretende assegurar a existência efectiva do direito da pes-

sonal do registo predial, obriga-l'os a ter como sanção a apreensão do veículo. As disposições sobre o registo predial são, porém, de aplicação subsidiária. O Decreto-Lei n.º 277/95, de 25 de Outubro, aprovou um Código do Registo de Bens Móveis, o qual, porém, por o respectivo Regulamento de Registo não ter sido publicado, nunca chegou a entrar em vigor: até hoje (cfr. o art. 7.º, n.º 1 e o Dec.-Lei n.º 311-A/95, de 21 de Novembro). Quanto às partes sociais, cfr. o artigo 3.º, n.º 1, al. e), e os artigos 13.º e 14.º do Código do Registo Comercial (aprovado pelo Dec.-Lei n.º 403/86, de 3 de Dezembro). Sobre o registo de navios, cfr. o Decreto-Lei n.º 42 644, de 14 de Novembro de 1959, artigos 4.º e 19.º Quanto ao registo de aeronaves, deve ser efectuado no Registo Aeronáutico Nacional (organizado pelo Instituto Nacional da Aviação Civil).

Salvo quanto aos factos constitutivos de hipotecas, cuja eficácia, entre as próprias partes, depende da realização do registo (cfr. o art. 687.º e o art. 4.º, n.º 2.º, do Cód. do Registo Predial). O registo das hipotecas tem assim *carácter* enquanto o dos outros direitos é *meramente declarativo*. isto é, destina-se apenas a dar publicidade dos direitos que nascem, se transmitem, se modificam ou se extinguem à margem do registo.

⁽⁴³⁷⁾ Cfr. *ob. cit.*, pág. 20.

soa a favor de quem está registado o bem, mas só que a ter ele existido ainda se conserva — ainda não foi transmitido a outra pessoa. O registo *não dá direitos, apenas os conserva. E só esta* a dose de segurança que o registo pode e visa fornecer e dela decorre. coerentemente, um conceito de terceiros nos termos definidos.

Portanto, se A vendeu um prédio ou um automóvel a B e depois a C, B e C são terceiros entre si e prevalece a venda a C, se foi primeiramente registada, embora A, já não fosse o verdadeiro proprietário, pois a sua venda a B é plenamente válida e eficaz *inter partes* (art. 4.^o). Logo, verifica-se uma excepção ao princípio segundo o qual na aquisição derivada o adquirente (C) não pode adquirir um direito, se este não existia na titularidade, do transmitente (A).

Já não será assim se o mesmo prédio for vendido por A a B e por C a D. Neste caso prevalece das duas vendas a que foi feita pelo verdadeiro proprietário, mesmo que a outra tenha sido registada em primeiro lugar.

Também na hipótese de A vender um prédio a B, que regista a aquisição, e este vender logo a C, que igualmente regista este acto. C terá de abrir mão do prédio, no caso de a primeira venda (de A a B) ser foga declarada nula ou anulada, dado o efeito retroactivo da invalidade da primeira compra, que provoca uma invalidade derivada ou consequencial da segunda (⁴³⁸). É que o registo estabelece apenas uma presunção *tanrwn juris* de existência da propriedade da pessoa a favor de quem o prédio está registado, presunção esta *ilidível* (art. 7.^o do Cód. do Registo Predial). O conceito garante apenas a terceiros. entendido este conceito nos termos supra definidos, que, se o indivíduo a favor de quem está registado um prédio foi o seu titular, então ainda o é (⁴³⁹).

(⁴³⁸) Deve, todavia, tornar-se em consideração o regime do artigo 291.^o — cfr., *infra*.

(⁴³⁹) Deve igualmente entender-se, em conformidade com o Assento do STJ de 31 de Novembro de 1966 (publ. no *Diário do Governo* de 27 de Junho de 1966) que o ofendido num acidente de viação pode e deve demandar o Lictua proprietário do veículo, mesmo que a aquisição não tenha sido registada. É que o ofendido não é, em face do conceito de terceiros definido, um terceiro a quem o acto seja inoponível por falta de registo. O acto de compra não registado já seria porém inoponível a quem tivesse posteriormente adquirido do vendedor um direito real sobre o veículo e o tivesse registado antes do registo da primeira compra.

Do exposto se infere que o registo predial não se destina a realizar uma protecção máxima da segurança na aquisição de direitos sobre imóveis. mas uma protecção mais limitada: não a garantir que, se se adquire de quem tem o prédio registado em seu nome, se faz uma aquisição *válida e firme*, mas, repetindo, a assegurar que, se o direito existiu na titularidade desta pessoa, então ela ainda o conserva.

Esta Garantia — a única conferida pelo registo — deve considerar-se plena, pelo que deve funcionar. sejam ambas as aquisições *onerosas ou gratuitas* e sem que se deva admitir prova tendente a demonstrar que o terceiro devia conhecer, ou conhecia. o acto anterior não inscrito, isto é, sem que releve a *boa ou a má fé* subjectivas do terceiro. A segurança que se pretende garantir ao comércio jurídico seria fortemente afectada, se o terceiro, adquirente de quem tem um prédio registado a seu favor. ficasse exposto às delongas, às incertezas, aos gastos, eventualmente às manobras inerentes a processos judiciais tendentes a provar que ele conhecia uma alienação anterior. Acresce que só a inoponibilidade de actos não registados a terceiros, mesmo que de má fé (p. ex., por deverem conhecer uma aquisição anterior), motivará os interessados a promover o registo, como é de interesse público. A *aquisição tabular* (aquisição pelo registo) exige, portanto, apenas que o terceiro actue com base num registo preexistente. desconforme com a realidade substantiva, e que efectue o registo a seu favor em primeiro lugar (410).

O nosso direito positivo não fornecia já qualquer argumento legal que permitisse sustentar, para o desproteger. a relevância da má fé do terceiro que registou em primeiro lugar, ou a limitação da preferência concedida pela prioridade do registo aos actos a título oneroso. Em face, porém, de «divergências jurisprudenciais geradoras de insegurança sobre a titularidade dos bens» (411), a que convinha pôr cobro, o Decreto-Lei

(413) Neste sentido — rejeitando a possibilidade de prova da má fé e a distinção entre negócios gratuitos e onerosos em matéria de registo — é o entendimento comum: p. ex. GUILHERME MOREIRA, *Instituições de Direito Civil*, vol. I, págs. 256. c. RLJ, ano 54, págs. 376 e segs. Cfr. também ORLANDO DE CARVALHO. *Terceiros para efeitos de registo*, in *BFD*. LXX, 1994, págs. 97-106, e, desenvolvidamente, Paulo HENRIQUES. *Terceiros para efeitos do artigo 5.º do Código do Registo Predial*. no volume comemorativo do 75.º tomo do *BFD*, 2003, cit., págs. 389 e segs.

(411) Divergências que haviam cominado com dois acórdãos proferidos em pleno

n.º 533/99, de 11 de Dezembro, veio expressamente tomar «partido pela clássica definição de Manuel de Andrade» (como se lê no seu preâmbulo), clarificando no artigo 5.º do Código do Registo Predial o que deve entender-se por terceiros, para efeitos de registo. Segundo a nova redacção do artigo 5.º, n.º 4. do Código do Registo Predial. «terceiros, para efeitos de registo, são aqueles que tenham adquirido de um autor comum direitos incompatíveis entre si» (442).

II —bi *Da inoponibilidade da simulação a terceiros de boa fé.* Os negócios simulados são nulos e, como tal, não produzem quaisquer efeitos. Se o simulado adquirente de um prédio, porém, vender ou doar, por acto verdadeiro, o mesmo prédio a um terceiro e este ignorar a simulação, o terceiro adquire validamente esse objecto (art. 243.i).

Ora, dado que o vendedor ou doador tinha adquirido a propriedade por acto simulado e, portanto, nulo, o terceiro adquire de quem não era proprietário, ao invés do que prescreve o princípio *nervo filas juris...*

das secções cíveis do Supremo Tribunal, de Justiça, e que (ambos com votos de vencido) haviam uniformizado jurisprudência sobre a noção de terceiros. Segundo o Acórdão lá' 15/97, de 20 de Maio (DR. 1 série-A. de 4 de Julho de 1997), «terceiros, para efeitos de registo predial, são todos os que, tendo obtido registo de um direito sobre determinado prédio, veriam esse direito ser arredado por qualquer facto lúridico anterior não registado oá registado posteriormente» O Acórdão nE 3799, de 15 de Maio (no mesmo jornal série. de 10 de Julho de 1999) por sua vez, decidira. «revendo-se a doutrina do mencionado aresto de 20 de Maio de 1997», que «terceiros, para efeitos do disposto no artigo 5.º do Código do Registo Predial, são os adquirentes de boa fé de um mesmo transmitente comum, de direitos incompatíveis sobre a mesma coisa».

(12) A aquisição do terceiro não necessita, por outro lado, de resultar de um negócio jurídico (embora os herdeiros, que subingressam na posição do de não sejam considerados terceiros — cfr., aliás, o citado art. nE 1, do Cód. do Registo Predial). Sobre a questão de saber se quem adquire contra a l.º/nu.º de do titular (p. ex. registando uma hipoteca judicial ou uma penhora, ou numa venda executiva) é terceiro em relação à pessoa a quem aquele antes alienara voluntariamente, cfr. J. ANTUNES VARET, V. M. Henrique MESQUITA, «Direitos incompatíveis adquiridos do mesmo transmitente e registo apenas da segunda aquisição: invocação, pelo primeiro adquirente, da usucapião fundada na sua posse e na dos antecessores; conceito de terceiros para efeitos de registo», ator. na RU ao Acórdão do STJ de 3 de Junho de 1992. ano 126.º. nE 3837, págs. 374 e segs. e ano 127.º. n.º 3838, págs. 19 e segs. E também. p. ex., o Acórdão da Relação de Lisboa de 26 de Junho de 1990, sum. h BALT, n.º 398. 1990. pá.º. 575.

Voltaremos a esta hipótese mais à frente, quando estudarmos a simulação (4f3).

III — *Da eventual inoponibilidade das nulidades e anulabilidades a terceiro de boa fé.* Por força do princípio *nervo plus juris...*, se A transmitiu, por negócio nulo ou anulável, um prédio a B e este, por sua vez, o transmitiu a C, declarado nulo ou anulado o primeiro acto, o segundo seria também nulo e, consequentemente, C devia restituir o prédio («*resoluto jure (Cantis resolvitur et jus accipientis)*»). Isto porque as nulidades e anulações operam em face de terceiros e não só em face da contraparte (operam *in rem* e não apenas *in personam*).

Tal a solução que, com algum vago apoio no artigo 697.⁸, a doutrina afirmava em face do Código de 1867. O Código de Seabra não protegia, assim, a boa fé do terceiro (C) que celebrou um negócio com quem (8) tinha legitimidade aparente para o fazer mas se veio afinal a revelar carecido dessa legitimidade, por ter sido desta/ido retroactivamente o negócio donde ela lhe advinha. A única excepção a esta regra verificava-se, nos termos já indicados, por força da inoponibilidade da simulação a terceiros de boa fé.

Diversa é a solução do actual Código (Soa Aí se estabelece /art. 291.^o) um regime de *inoponibilidade a terceiros de boa fé*, adquirentes a título *oneroso*, das nulidades e anulações (⁴⁴) de negócios respeitantes a *imóveis* ou *móveis sujeitos a registo*, desde que a acção tendente à declaração de nulidade ou à anulação não seja proposta e registada dentro dos *três anos posteriores à conclusão* do negócio.

Assim se realiza, através desta inovação do Código de 1966, a protecção do terceiro de boa fé, adquirente *a non domino*, sendo os direitos deste sacrificados, por força da invalidade do negócio donde resultaram os direitos do seu transmitente, apenas na hipótese de este ser invalidado nos

⁴²²) Cfr. n.º 140.

⁴ "1 No sentido de que o artigo 291.º não é aplicável a negócios ineficazes, cfr. os Acórdãos da Relação de Évora de 18 de Dezembro de 1990 (Cd 1990. v, pág. 269) da Relação de Coimbra de 20 de Junho de 1995 (CV 1995, 111, pág. 44), bem como o Acórdão do STJ de 21 de Janeiro de 1992 (in *Bldd* 11.2 413, 1992. págs. 514-24. [dm caso em que os direitos do terceiro de boa fé eram afectados pela procedendo de uma acção de preferência).

três anos subsequentes à sua realização. É uma solução semelhante à que no artigo 243.º se estabelece para a simulação, embora conferindo uma protecção menos completa ao terceiro de boa fé. Para os efeitos do artigo 291.º, é considerado de boa fé o terceiro adquirente que, *no momento da aquisição* («*mala fides shhen^P niens non nocet*»), desconhecia, *sem culpa*, o vício do negócio nulo ou anulável (n.º 3 do mesmo artigo).

Torna-se óbvio como do n.º 1 do artigo 291.º, por exigência da protecção da confiança dos terceiros e dos interesses do comércio jurídico, resulta uma excepção à regra geral da aquisição derivada («*71e7710 plus juris uri alium tr;msjnrre potest quam ipse haberebq* (^{moi}) (4=6).

96. Modificação de direitos

I — Tem lugar a *modificação de direitos* quando, alterado ou mudado um elemento de um direito, permanece a identidade do referido direito, apesar da vicissitude ocorrida. A perduração do direito, apesar da modificação verificada, significa que o ordenamento jurídico continua a tratar o direito como se não tivesse tido lugar a alteração. O direito é o *mesmo* e não um direito novo.

II — A modificação do direito é uma *modificação sub^{jectiva}*, se tem lugar uma *substituição do respectivo andai*; permanecendo a identidade

(⁴⁴)) Outra excepção ao princípio fundamental da aquisição derivada, protegendo-se o terceiro adquirente de boa fé *o non domino*, consta do artigo 2076¹, n.º 2. Protege-se, nesta disposição legal, o terceiro que adquire do *herdeiro uparenu* por título oneroso e de boa fé. Acresce à boa fé e à onerosidade da aquisição a qualidade de herdeiro aparente do a¹;enante, *iskj* — a existência de uma convicção vulgarizada, de uma c¹Lnça errónea, positiva e ⁸enera:izada, sobre a qualidade de herdeiro kerro comum ou geral não produz nulidade», error¹ COMMUnis :uru

Casos em que a consideração pela boa fé do terceiro permite superar a can¹ncia de le⁸iti midade do autor do acto são também os do artigo [687¹. 3, do Código Civil :alienação ou =ração de móvel não suleiro a registo teta apenas por um dos cdn-La⁸es, quando é exigido o consentimento de ambos) e do artigo 23.º do Decreto-Lei 178/86, de 3 do Julho (representação aparente, sendo o negócio eficaz apesar da falta de poderes de representação — *cif infra*, n.º 178. IV).

O artigo 1301.º contém igualmente um regime especial de protecção ao 3.º de boa fé adquirente *a izon domino*, sem, no entanto, che⁸ar a configurar uma excepção ao princípio geral de aquisição derivada — trata-se de um caso *rui generis*.

objectiva do direito. Tem lugar, nesta hipótese, uma *sucessão* ⁽⁴⁴⁷⁾ no direito. É o que se verifica no domínio dos direitos de crédito. e quanto a actos *inter vivos*, com a *cessão de créditos* e com a *sub-rogação nos créditos*. A sucessão entre vivos nas relações obrigacionais — substituição de sujeitos sem extinção da relação jurídica e surgimento de uma nova, isto é, sem novação, mas antes com perduração da identidade do vínculo — pode ter lugar. também, do lado passivo, surgindo então a *assunção da dívida* e pode ainda referir-se à relação contratual (relação obrigacional complexa). normalmente através da *cessão da posição contratual*. Sabemos, igualmente, que a modificação subjectiva das relações jurídicas. quer do lado activo, quer do lado passivo, pode ter lugar por sucessão *mortis causa*.

A modificação subjectiva das relações jurídicas pode resultar. ainda. de uma multiplicação dos sujeitos *por adjunção* — p. ex., um novo devedor assume a obrigação para com o credor, permanecendo o devedor vinculado (*assunção cumulativa*, *co-assunção de dívida* ou *adesão a dívida*) (“S).

III — A modificação do direito é uma *modificação objectiva*, se muda o *conteúdo ou o objecto* do direito, permanecendo este idêntico.

Muda o conteúdo se, p. ex., é concedida pelo credor ao devedor uma prorrogação do prazo para o cumprimento. Muda o objecto, se. p. ex., não cumprindo o devedor culposamente a obrigação, o seu dever de prestar é substituído por um dever de indemnizar.

97. Extinção de direitos

— A *extinção de um direito* tem lugar quando um direito deixa de existir na esfera jurídica de uma pessoa. Quebra-se a relação de pertinência entre um direito e a pessoa do seu titular.

⁽⁴⁴⁷⁾ A manutenção da identidade do direito — o tratar-se de uma sucessão e não de uma novação — manifesta-se em várias soluções jurídicas: manutenção do mesmo prazo prescricional, contagem do tempo já decorrido para efeitos de prescrição, possibilidade de opor ao credor as mesmas excepções, transmissão dos acessórios do direito. manutenção das garantias, manutenção do efeito de uma cláusula de sujeição a árbitros dos litígios referentes à relação em causa, etc.

HM: Sobre a assunção cumulativa ou co-assunção de dívida, cM. C. MORA PINTO, (*Teses*) da *posição*, *continuada* cit.. págs. 149-153 c nota 2.

II — A extinção de direitos traduzir-se-á numa *extinção subjectiva* ou *perda de direitos*, se o direito sobrevive em si, apenas mudando a pessoa do seu titular. O direito mudou de titularidade; extinguiu-se para aquele sujeito, mas subsiste na esfera jurídica de outrem. A *extinção subjectiva* ou *perda de direitos* verifica-se sempre que tem lugar uma sucessão na titularidade dos direitos: o sucessor adquire ou subingressa na titularidade do direito e este extinguiu-se para o autor ou transmitente (causante).

III — A extinção de direitos será uma *extinção objectiva*, se o direito desaparece, deixando de existir para o seu titular ou para qualquer outra pessoa. Nesta hipótese não há sucessão, transmissão ou aquisição derivada translativa de direitos.

É o que acontece se há destruição do objecto do direito (p. ex., consumo do objecto do direito de propriedade, destruição de coisa por um incêndio, etc.), se há abandono de um móvel ⁽⁴¹⁾, se um direito de crédito é exercido e cobrado ou se extingue por prescrição. etc.

IV — As considerações expostas acerca da extinção de direitos são válidas, *mutatis mutandis*, para a *extinção de deveres jurídicos*, sobretudo de *obrigações*.

— Uma forma particular de extinção de direitos é a correspondente aos institutos da *prescrição* (arts. 300.º e segs.) e da *caducidade* (arts. 328.º e segs.).

a) Se o titular de um direito o não exercer durante certo tempo fixado na lei, *extingue-se* esse direito. Diz-se, nestes casos, que o direito prescreveu, ou que o direito caducou.

O beneficiário da prescrição, completada esta, pode recusar o cumprimento da prestação ou opor-se ao exercício do direito prescrito. No entanto, se o devedor, beneficiário da prescrição, tiver cumprido espontaneamente a obrigação prescrita (ignorando ou não a prescrição), o

⁽⁴¹⁾ Numa hipótese deste tipo a res *de■elicta* pode ser adquirida. isto é, mediante uma aquisição originária.

credor goza da *soltai reteria*°, não podendo o obrigado repetir o que haja prestado (cfr. art. 304.º). Isto porque, como já sabemos, as dívidas prescritas passam a constituir obrigações naturais.

A caducidade opera também a extinção do direito.

12) Ao falarmos na prescrição referimo-nos, obviamente, à *prescrição extintiva ou negativa*. Ao lado desta existe ainda a chamada *prescrição aquisitiva ou positiva*, através da qual se adquirem direitos reais (recorde-se o que dissemos sobre a *usucapião*, que é um modo de aquisição originária).

É bom de ver, pois, que só a primeira é urna forma de extinção de direitos, sendo essa — a prescrição extintiva — que aqui tomamos em consideração.

c) Dissemos que a prescrição e a caducidade acarretam a extinção de direitos quando estes não são exercidos durante certo tempo. Importa apurar como se distingue da caducidade.

Segundo o critério tradicional, clássico, a prescrição aplica-se aos direitos subjectivos propriamente ditos, enquanto a caducidade visará os direitos potestativos (450).

A nossa lei seguiu, porém, um critério *formal*, afirmando que quando um direito deva ser exercido durante certo prazo se aplicam as regras da caducidade, salvo se a lei se referir expressamente à prescrição (art. 298.º, n.º 2).

Há importantes diferenças de *regime* jurídico entre a prescrição e a caducidade (451). Assim:

- Admitem-se estipulações convencionais sobre a caducidade (art. 330.º). o mesmo não acontecendo a respeito do regime da prescrição, o qual é *inderrogável* (art. 300?);
- 2 — A caducidade é apreciada oficiosamente pelo tribunal (art. 333.º). diversamente do que sucede com a prescrição.

DE ANDR&P.E. ob.págs. 445 e segs

c-) O regime zelai da presença° no Código Civil alemão for em 2001 objecto cc uma r,r[fun da reforma, não só quanto aos pnao5, como quanto a coitos pontos impetrantes cx o início de prescrição apenas se verifica com o conhecimento dos factos cons:itutivos do direito e da identidade do ;Lucilo passi · o) — cfi Anlónio MEV-E ZES CORDEIRO. «A modernização do direito das obrigações 1 — Aspectos gerais e cã pi.neriçãc» · ROA. ano 62. 2002. págs. 99 c scgs

que tem de *ser invocado*. não podendo o tribunal supri-la, de ofício (art. 3031');)

- 3 — A caducidade, em princípio, não comporta causas de suspensão nem de *interrupção* (art. 328E), ao contrário da prescrição, que se suspende e interrompe nos casos previstos na lei (cfr., respectivamente, arts. 318." e segs. e 323E e segs.) (4"2);
- 4 — Por último, a caducidade só é impedida, em princípio, pela prática do acto (art. 3312), enquanto que a prescrição se interrompe pela citação ou notificação judicial de qualquer acto que exprima, directa ou indirectamente, a intenção de exercer o direito, tendo-se, igualmente, por interrompida, cinco dias depois de requerida a citação ou a notificação, se estas não tiverem sido feitas por causa não imputável ao requerente (art. 323E).

(1) Esta diferença de regimes entre a prescrição e a caducidade fica a dever-se à diversidade dos fundamentos que subjazem a um e outro instituto. Vejamos (453).

A prescrição extintiva, possam embora não lhe ser totalmente estranhas razões de justiça, é um instituto endereçado fundamentalmente à realização de objectivos de conveniência ou oportunidade. Por isso, encarada exclusivamente numa perspectiva de justiça, foi pelos antigos crismada de *gimpium remedium* ou ((tugiu/8 *artiesiditnno*. Apesar disso, porém, sempre intervém na fundamentação da prescrição uma ponderação de justiça. Diversamente da caducidade, a prescrição arranca, também, da ponderação de uma *inércia negligente do findar do direito* em exercitá-lo, o que faz presumir uma renúncia ou, pelo menos, o

2) A suspensão !_ein o etcgo de suster a contagem do tempo da prescrição. n;lo se incluindo no prazo desta o espaço de tempo durante o qua: ocorreu a susly:nsão. O vencH:ento do prazo ê. assim. *pzurivgado* pelo tempo c;r: que a preserçLo estdvd suspensa.

A mterrupção, por sua vez, i *uriliza* todo o tempo (teco:Tido anteriormente. começando a correr *1701'o Prato* para a prescrição 326.'H.

Cs. Carlos Alberto da Alota Pr<ro, \ão cumprmenlo dode v:::- d u:viso de prestações periódicas (pensões de reforma). relação obrizacional complexa e prescrição,>. sep. da *RDES*. ano XVIII. Coimbra, 1972, pais 370-371 (n." 17

torna indigno da tutela do Direito, em harmonia com o velho aforismo «*clouetibus 7207 succurrit jus*».

Por isso, embora a prescrição — tal como a caducidade — vise desde logo satisfazer a necessidade social de segurança jurídica e certeza dos direitos, e, assim, proteger o interesse do sujeito passivo, essa protecção é dispensada atendendo também ao desinteresse, à inércia negligente do titular do direito em exercitá-lo. Há, portanto, uma inércia do titular do direito, que se conjuga com o interesse objectivo numa adaptação da situação de direito à situação de facto.

Na caducidade, porém, só o aspecto objectivo da certeza e segurança é tomado em conta ⁽⁴⁵⁴⁾. O que explica, p. ex., que a caducidade seja apreciada oficiosamente pelo tribunal — ao contrário da prescrição, que tem de ser invocado —, bem como o facto de influírem sobre o prazo de prescrição, e não sobre o da caducidade, situações e acontecimentos que excluem a possibilidade de a falta de exercício do direito ser atribuída a inércia do titular — situações e acontecimentos que podem suspender ou interromper a prescrição ⁽⁴⁵⁵⁾, mas não a caducidade.

e) De referir, por último, que o prazo ordinário da prescrição é de vinte anos art. 309.), prevendo a lei, para certas hipóteses, uma prescrição de cinco anos (art. 310i ⁽⁴⁵⁶⁾). Há prazos mais curtos para as cha-

Crt. ainda A. FERRE/ CORREIA/V. LOBO X M2R. «A amortização de quotas o o regime da prescrição», in *RDES*, ano XII, r. 4, págs. 42 e 64-5.

⁽⁴⁵⁴⁾ Assim, p. ex., a prescrição não começa nem contra menores enquanto não tiverem quem os represente ou administre seus bens, salvo se respeitarem a actos para os quais o menor tenha capacidade: e, mesmo que o menor tenha representante legal ou quem administre os seus bens, a prescrição contra ele não se completa se= ter decorrido um ano a partir do termo da incapacidade (art. 320.º, rii. 1). Cf. p. ex., o Acórdão da Relação do Porto de 9 de Outubro de 1995. in *CE* 1995, Ibb pág. 208.

⁽⁴⁵⁶⁾ Por vezes, encontramos prazos mais curtos em diplomas especiais. Ex., segundo o artigo 10º da Lei n.º 23/96, (10 de Julho, o direito de exigir o pagamento do preço de serviço público essencial (água, energia eléctrica, gás e telefone, nos termos do art. 1.º, n.º 21 prescreve no prazo de seis meses após a sua prestação (o o.º 2 desse art 10º faie. porém, em caducidade para o «direito ao recebimento da remuneração preço» se, por erro, tiver sido paga importância inferior à que corresponde ao consumo efectivamente consumido. Dizendo que se trata de uma prescrição extintiva, e não presuntiva. cfr. os Acórdãos da Relação do Porto de 20 de Março de 2000 e da Relação de Évora de 15 de Março de 2001 (*Ci.* 2000, II, pág. 207, e 2001, II, p. 250). bem como João CALVÃO DA SILVA, «Aplicação da Lei n.º 23/96 ao Serviço Móvel de Telefone e nomeza extin-

mudas *prescrições presuntivas* (que são as «que se fundam na presunção de cumprimento» — art. 312.'), prazos esses que podem ser de seis meses (art. 316.") ou de dois anos (art. 317.º).

Estas prescrições presuntivas, por serem fundadas numa presunção de cumprimento, podem, ao contrário do regime geral da prescrição, ser ilididas por confissão do devedor.

tiva da prescrição referida no seu art. IV», anot. in *RLJ*, ano 132.^o, s.º 3901-3902, 1999, págs. 133-135 e 138-160, aos Acórdãos da Relação de Lisboa de 9 de Julho de 1998 e da Relação do Porto de 28 de Junho de 1999. E= sentido contrário, para além deste último acórdão, António MENEZES CORDERO, «Da prescrição do pagamento dos denominados serviços públicos essenciais», in *O Direito*, ano 133.", tomo IV, págs. 769-810 (808-9). Sobre o âmbito do n.º 3 desse artigo 10.º, segundo o qual os prazos previstos nesse diploma se não aplicam ao fornecimento de energia eléctrica em alta tensão, cfr. o Acórdão do STJ de 12 de Julho de 2001 (67-574, 2001, tomo III, pág. 34)

TÍTULO II
DO NEGÓCIO JURÍDICO E DO SIMPLES
ACTO JURÍDICO
SUBTÍTULO 1
CONCEITO, ELEMENTOS E CLASSIFICAÇÕES
CAPÍTULO 1
CONCEITO E ELEMENTOS

98. Conceito e importância do negócio jurídico

I — Os *negócios jurídicos* são actos jurídicos constituídos por uma ou mais declarações de vontade, dirigidas à realização de certos efeitos práticos, com intenção de os alcançar sob tutela do direito, determinando o ordenamento jurídico a produção dos efeitos jurídicos conformes à intenção manifestada pelo declarante ou declarantes.

O que é verdadeiramente constitutivo do negócio é o comportamento declarativo — a existência de um comportamento que, *egregiosamente observado*, apareça como manifestação de uma vontade de certos efeitos práticos sob a sanção do ordenamento jurídico. Claro que, normalmente, esta aparência corresponde a um conteúdo volitivo real e essa coincidência permite ao negócio jurídico realizar a sua função de meio de realização da autonomia da vontade. Tal coincidência não é, todavia, necessária, como veremos, e em caso de dissídio entre vontade real e declaração prevalece, quase sem restrições, o elemento declarativo (417).

(417) Mais detalhadamente acerca do conceito de negócio jurídico cfr. os comentários sobre o conceito de duração negocia] inpu, subtítulo II, capítulo Sobre

II — A importância do negócio jurídico manifesta-se na circunstância de esta figura ser um meio de auto-ordenação das relações jurídicas de cada sujeito de direito. Estamos perante o instrumento principal de realização do princípio da autonomia da vontade ou autonomia privada. Já atrás focámos, ao tratar dos princípios fundamentais do direito civil português, a função do negócio jurídico como meio de autogoverno pelos particulares da sua esfera jurídica própria (4's).

99. Relação entre a vontade exteriorizada na declaração negocial e os efeitos jurídicos do negócio (4:9)

I — *Teoria dos efeitos jurídicos*. Para esta doutrina (*Rechtsfolge-theorie*, a que se associa o nome de Savigny e de outros pandectistas do século XIX, como Wächter, Keller, Windscheid, Zitelmann, Karlov, a. Baron, Unger, Regelsberger), os efeitos jurídicos produzidos, tais como a lei os determina, são perfeita e completamente correspondentes ao conteúdo da vontade das partes.

Haveria (ou teria de haver) uma vontade das partes dirigida à produção de determinados e precisos efeitos jurídicos. Os próprios efeitos derivados de normas supletivas resultariam da tácita vontade das partes.

Este ponto de vista não fornece o correcto diagnóstico ou o correcto critério para a determinação da relação que intercede no negócio jurídico entre a vontade dos seus autores e os efeitos jurídicos respectivos. Aliás, a ser esta doutrina correcta, só os juristas completamente informados sobre o ordenamento poderiam celebrar negócios jurídicos. Ora, o que sucede é que as partes dos vários negócios não têm uma representação completa e exacta de todos os efeitos que o ordenamento jurídico atribui às suas declarações de vontade.

Por outro lado, se é certo que algumas normas supletivas consagram cláusulas usuais ou de estilo do comércio jurídico, não é menos verdade

a recepção da categoria do negócio jurídico no direito português, cfr. indicações em Paulo Mor, s. PHTO, *Declaração tácita e, oram_ento concludente..* cit., págs. 10 e segs.

(⁴⁵⁵) Cfr. *supra*, fl.º 21.

(^{4:9}) Cfr., sobre as Soerias roreridas neste úmero ais indicações em P. More Prvro. ob. *cit.*, nota 96.

que elas só deixam de se aplicar quando uma vontade real contrária foi manifestada, não bastando provar-se que as partes não pensaram no ponto ou até provavelmente não teriam querido aquele regime. Correspondem algumas à vontade normal das partes, mas não à vontade real tácita — outras traduzem um critério de justiça do legislador que este não considera com suficiente acuidade para ser afirmado imperativamente, mas faz valer, aproveitando-se do silêncio das partes.

II — *Teoria dos efeitos práticos*. Para esta doutrina («*Grundfolgentheorie*»), a teoria dos efeitos jurídicos não é realista — está longe da realidade. As partes manifestam apenas uma vontade de efeitos práticos ou empíricos, normalmente económicos ou sociais, sem carácter ilícito. A estes efeitos práticos ou empíricos manifestados, faria a lei corresponder efeitos jurídicos concordantes (460).

Também esta concepção é inaceitável. Tal como define o negócio jurídico, este não se distingue dos compromissos ou convenções celebrados sob o império de outros ordenamentos normativos (cortesia, mora], praxes sociais, etc.) (461).

III — *Teoria dos efeitos prático jurídicos*. É o ponto de vista correcto. Os autores dos negócios jurídicos visam certos resultados práticos ou materiais e querem realizá-los por via jurídica. Têm, pois. [ma-

(()) LOTNIAR, *Lhes cansa nu rónnschem Recht*, 1875. Oito LENTE, *Parniabsichi und Reclaserfolg, Afi'*, vai. 19 (1881), págs. 154-253. Eugen EHRLICH, *Die stillschweigende liallensenalanung*. Berlim, 1893, págs. 2 e soas. Outros partidários desta doutrina foram, na doutrina pandectista, lesei Kohler. A. Tbon, E. Hólder. H. Isay. E. Danz mais recentemente. cfr. Diet.mar WJLLOWM, *Abgsenuung und recinlicher Rele"unr nicht rechtsgeschafilicher Verninbarungen*, 1969, pags. 30 e segs., e, também, na AVIV, 1971. págs. 2045 e segs. Entre nós. cfr. 3. CAsrao MENDES, *Teoria geral do direito ciud*, Lisboa, vol. II, 1975, ed. revista em 1985 (reimp. 1995). págs. 9S e segs., e L CARVALHO FESCANDES, *Teoria geral* cat., págs. 43 e segs. (e *A conversão dos negócios jurídicos civis*, Lisboa, 1993, págs. 44, segs.).

N¹) Assim. p. ex., também Franz BYDLINSKI, *Privnanutononxie und objekave Grundlunen deu verpflichtenden Rechtsgeschäfts*. Wien-Seve York. 1967, pág. 7. Além do problema de delimitação referido no texto. esta teoria também não explicava a possibilidade de exclusão da vinculação à face do direito (isto é, dos efeitos jurídicos). Na realidade. os partidários da teoria dos efeitos práticos tendem a rejeitar a possibilidade de «simples acordos» ou «acordos de cavalheiros», de que faaremos a seguir.



bém urna vontade de efeitos jurídicos. A vontade dirigida a efeitos práticos não é a única nem é a decisiva — decisiva para existir um negócio é a vontade de os efeitos práticos queridos serem juridicamente vinculativos, a vontade de se gerarem efeitos jurídicos. nomeadamente deveres jurídicos. correspondentes aos efeitos práticos. Há uma «intenção dirigida a um determinado efeito económico juridicamente garantido» (462).

Simplemente, não se trata de uma representação completa dos efeitos jurídicos correspondentes àquela vontade de efeitos práticos — esses efeitos jurídicos completos serão determinados pela lei.

Basta uma representação global prática — de profanos — dos efeitos jurídicos imediatos e fundamentais do negócio (463).

IV — Por falta de intenção de efeitos jurídicos nestes termos, distinguem-se os negócios jurídicos dos chamados *negócios de pura obsequiosidade*. Estes são promessas ou combinações da vida social, às quais é estranho o intuito de criar, modificar ou extinguir um vínculo jurídico (lã ex., o convite para um passeio, para um jantar, etc.).

V — A falta de vontade de efeitos jurídicos distingue, igualmente, os negócios jurídicos dos chamados *meros acordos* ou *agreements*, ainda *neentlemen's agreemenb*» («acordos de cavalheiros»).

Estas convenções são combinações sobre matéria que é normalmente objecto de negócios jurídicos, mas que, excepcionalmente, estão desprovidas de intenção de efeitos jurídicos. É o caso de um *empréhino de honra* ou de uma *disposição de bens* para depois da morte, em que o disponente confia pura e simplesmente na *honorabilidade* dos herdeiros a quem cumpre executar a disposição.

H LUIÁ NN/H. HIU3NER. *Angeineiner T⁹i der BGB*. 1966, § 24, IV, 147.

(±⁶³) A teoria dos efeitos prático-jurídicos (bastando-se com a volição dos efeitos jurídicos na sua consideração prática. com unia mera representação «de profanos») foi deferida entre nós por MAM EE. DE. ANDRADE. *op. D⁹*. págs. 130. segs., e CJEL., N1/0 DE C .A1_110. *Negócio jurídico indirecto (Pioria geraD* in suplemento X do BFD. 1952. pág. 21 (reimpr. em *Escritos. Páginas de Direizo*. I, Coimbra. 1998. págs. 35 e segsá.

VI— Pode surgir a dúvida sobre se numa dada hipótese existe um negócio de pura obsequiosidade ou um negócio jurídico — ou antes sobre se existe um mero *gentlemen's agreement* ou um negócio jurídico.

Se a dúvida for do primeiro tipo, é a parte interessada em demonstrar a existência do negócio jurídico que tem o *onus da prova* respectivo. Se a dúvida for do segundo tipo, é a parte interessada em demonstrar a inexistência da intenção negociai que tem o *onus probandi*.

100. Elementos dos negócios jurídicos

I — Corre, como moeda corrente, de manual em manual, urna tradicional classificação tripartida dos elementos dos negócios jurídicos. É a tripartição em elementos essenciais (*essentialia negotii*), elementos naturais (*naturalia negotii*) e elementos acidentais (*accidentalia*)

Há que esclarecer, assim, o sentido comum entre os autores destas noções.

II — *Elementos essenciais*. Consideraremos em primeiro lugar a noção de elementos essenciais dos negócios jurídicos em geral.

Reina nesta matéria grande diversidade de opiniões entre os autores, que distinguem muitas vezes entre *elementos*, *pressupostos*, *requisitos*, etc., dos negócios. Essa variedade de pontos de vista importa principalmente diversidades de sistematização ao explanar-se a teoria do negócio jurídico, não tendo repercussões no plano pragmático da solução dos casos da vida.

Rigorosamente, elementos do negócio deveriam ser as realidades sem as quais o negócio não chegaria sequer a ter existência material — não chegaria sequer a constituir-se. Nesta perspectiva, elementos do negócio seriam a *declaração*, os *sujeitos* (na medida em que não estejam — e parece não estarem — implícitos na própria noção de declaração) e o *conteúdo*.

Sendo, porém, o negócio jurídico um acto que só desempenha a sua função na medida em que for válido, não vemos razão para afastar a sistematização tradicional que considera *elementos essenciais* de todo e qualquer negócio jurídico os *requisitos ou condições gerais de validade* de qualquer negócio. São eles a capacidade das partes (e a legitimidade,

quando a sua falta implique invalidade e não apenas ineficácia), a declaração de vontade sem anomalias e a idoneidade do objecto.

Pode igualmente falar-se de elementos essenciais no sentido de *elementos essenciais de cada negócio típico ou nominado* (venda, locação, doação, mútuo, etc.). Trata-se, agora, das cláusulas que contradistinguem um certo tipo negociai dos restantes tipos. São as características próprias de cada modalidade negociai, que a separam dos tipos vizinhos. Assim, p. ex., na locação, a obrigação de proporcionar à outra parte o gozo temporário de uma coisa e a obrigação desta de pagar a correspondente retribuição (renda ou aluguer) — é o que resulta do artigo 10224

III— *Elementos naturais.* São os efeitos negociais derivados de disposições legais supletivas. Não é necessário que as partes configurem qualquer cláusula para a produção destes efeitos, podendo, todavia, ser excluídos por estipulação adrede formulada.

Na disciplina dos vários negócios de tipo obrigacional abundam as disposições supletivas — abunda o *jus dispositivum*. Já os negócios familiares pessoais — sabemos-lo — contêm na sua regulamentação quase somente normas imperativas (*jus cogens*).

São exemplos de normas supletivas, e, conseqüentemente, de efeitos correspondentes a elementos naturais dos respectivos tipos de negócio jurídico, os artigos 964.º (doação), 885.º (compra e venda), 1030.º (locação), etc.

IV— *Elementos acidentais.* São as cláusulas acessórias dos negócios jurídicos. Trata-se das estipulações que não caracterizam o tipo negociai em abstracto, mas se tornam imprescindíveis para que o negócio concreto produza os efeitos a que elas tendem.

É o caso das cláusulas de juros, da cláusula condicional, submetendo os efeitos do negócio a um evento futuro e incerto, da estipulação de lugar e tempo para o cumprimento da obrigação, da cláusula modal, na qual se impõe um encargo ao beneficiário de uma doação ou de um testamento, etc.

CAPÍTULO II

CLASSIFICAÇÕES DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

101. Negócios jurídicos unilaterais e contratos ou negócios jurídicos bilaterais

I — O Código Civil contém unia regulamentação geral do negócio jurídico, abran^gendo assim as duas modalidades: negócios jurídicos uni

O *critério* classificativo é o do número e modo de articulação das declarações integradoras do negócio.

Nos negócios unilaterais há uma só declaração de vontade ou várias declarações, mas paralelas, formando um só grupo. Se olharmos os autores das declarações, constataremos haver um só *lado*, uma só *parte*. É o caso do testamento, da renúncia à prescrição, da procuração (46.4).

Nos contratos ou negócios bilaterais há duas ou mais declarações de vontade, de conteúdo oposto, mas convergente. ajustando-se na sua comum pretensão de produzir resultado jurídico unitário, embora com um significado para cada parte. Há assim a *oferta ou proposta* e a *aceitação* ⁽⁴⁶⁵⁾, que se conciliam num *consenso*. É o caso paradigmático da compra e venda.

(-Pd Por isso os negócios unilate[ais a] ou só afectam directamente uma pessoa, que os pra uca , abandono de -m móvel). ou afectam outra pessoa, mas dr huindo 'Ire uma faculdade ou uma posição faval sv e 7 inunação, testamento. repúdio da Isc:riça C/ ou se afectar; outrem desfavomahmente, pressupõem um poder espeai contendo por uni contrato ou pela lei (v g declarações de resolução, revogação. escolha da prestação numa obrigação alternativas.

ed.⁴) Pode haver mais do que duas declarações- ou melhor mais do que dois lados ou partes. É o caso dos negócios pluilaterais (contratos de sociedade, contrato de cessão, onerosa ou gratuita, da posição contratual)

Importa fornecer algumas ideias gerais sobre cada uma das cate-

— *Acerca dos negócios unilaterais.* Importa focar as seguintes notas ou características do regime dos negócios unilaterais:

- a) *É desnecessária a anuência* do adversário; a eficácia do negócio unilateral não carece da concordância de outrem;
- b) Vigora, quanto aos negócios unilaterais, o princípio da tipicidade ou do *inutzerus clausus* (cfr. art. 457.);
- c) Uma importante distinção neste domínio é a que se deve estabelecer entre *negócios unilaterais reeceptícios* (ou recipiendos) e *negócios unilaterais não receptícios* (⁴⁶⁶); nos primeiros, a declaração só é eficaz, se for e quando for dirigida e levada ao conhecimento de certa pessoa. enquanto nos segundos basta a emissão da declaração. sem ser necessário comunicá-la a quem quer que seja.

Alguns exemplos de negócios unilaterais: testamento, renúncia a certos direitos (art. 940.º n.º 2; renúncia à servidão — m. 1569.º, n.º 5; renúncia ao usufruto — art. 1476e; renúncia à hipoteca — art. 731."; renúncia à consignação de rendimentos — art. 6631'; renúncia à prescrição — art. 302."), *mas não a remissão dos créditos* (cfr. art. 8634); promessa de cumprimento e reconhecimento de dívida (art. 458.º); promessa pública (art. 459."); confirmação dos negócios anuláveis (art. 288.º); ratificação dos negócios ineficazes (art. 268.º); revogação do mandato (art. 11708); revogação dum contrato a favor de terceiro (p. ex., seguro de vida, enquanto o terceiro não manifestar a sua adesão ou enquanto o promissário for vivo (art. 448.º); declaração de nomeação no contrato para pessoa a nomear (art. 4534); denúncia do an-endamento (arts. 1055.º do Cód. Civil e 68.º do Regime do Arrendamento Urbano); acto de instituição das fundações (arts. 185? e 186Y); aceitação ou repúdio de herança (arts. 2050.º e se^gs. e 2062? e segs.): etc.

Como resulta da respectiva noção, esta distinção pode ser reponada lambPm declaração n^pocial, em si mesma.

Nos exemplos acima apontados, são *não receptícios*, isto é. não carecem de ser dirigidos e levados ao conhecimento de pessoa determinada: o testamento, o acto de instituição das fundações, a promessa pública, a aceitação e o repúdio da herança; nos outros casos, estamos perante *negócios receptícios*.

Quanto às renúncias a direitos reais limitados ou à prescrição e à confirmação, porém, é discutida a sua natureza receptícia ou não receptícia; quanto à confirmação, uma corrente doutrinal italiana (BARBERO, FERRARA) qualifica-a como negócio receptício, mas MANUEL DE ANDRADE ⁽⁴⁶⁷⁾ deixava o problema em dúvida.

Parece que a melhor solução é a que entende estarmos, nos dois casos, perante *negócios não receptícios*. Com efeito, desde logo, as renúncias unilaterais só reflexamente produzem efeitos na esfera de terceiros. Mas, sobretudo, parece decisiva a ideia de que não se deve deixar influenciar a solução do problema da determinação dos requisitos jurídicos de eficácia de uma declaração neocial unilateral pela circunstância de ser, obviamente, necessário o conhecimento da declaração, para o destinatário dos seus efeitos a poder invocar. O problema põe-se justamente para as hipóteses em que, não sendo comunicada a declaração negociada ao beneficiário dos seus efeitos (p, ex., confirmação através dum acto jurídico com terceiro), este vem a ter conhecimento dela. Ora, dado que não há qualquer interesse que legitime a exigência da comunicação, parece que ambos os tipos negociais — renúncia e confirmação — devem ser qualificados como negócios unilaterais não receptícios. É a solução mais razoável, ponderados todos os interesses em causa (A").

^{1,71} Cfr. *Ob. cit.*, pág. 423. O carácter não receptício destes negócios unilaterais, desinadamente da confirmação, foi defendido na doutrina portuguesa, em trabalho publicado logo após a publicação do actual Código Civil (cfr. C. Mut. Pivro, *Xotas sobre Idgiffis lemas da doutrina geral do negócio Jurídico. segundo o foro Código* boa. 1967. pas. 2-21 e 239). Manifestou-se, em trabalho monográfico, em favor desta opinião de vista. RUI DE ALBUQUERQUE, *confirmação dos negócios causais*, Coimbra, 1971. págs. 180 e segs. Para a contrária, a favor de natureza não receptícia, F. Brito PEREIRA COELHO, *A renúncia abdicada no do-soo cc.*, COTECI bre. 1995, pág. 124.

^(4,5) Refira-se, ainda, que não parece haver razão para se opor os negócios não receptícios aos restantes, para efeitos do regime das falas e vícios de vontade, pois a

III — *Acerca dos contratos*. Não são integrados por dois negócios unilaterais: antes cada uma das declarações (proposta e aceitação) é emitida em vista do acordo.

Trataremos mais à frente, em título próprio, da matéria da formação do contrato.

Uma importante distinção é a que se faz entre contratos unilaterais e contratos bilaterais.

Os *contratos unilaterais* geram obrigações apenas para uma das partes (p. ex., a doação e o mútuo, se se entender que só existe depois da entrega da quantia mutuada). Os *contratos bilaterais ou sinalagmáticos* geram obrigações para ambas as partes, obrigações ligadas entre si por um nexo de causalidade ou correspectividade. Assim, a compra e venda, a locação, etc.

Importância desta distinção: a excepção de não cumprimento do contrato (art. 428.º) é privativa dos contratos bilaterais; mas não já a faculdade de resolução com fundamento em inadimplemento ou mora (469)

esta, existindo nos contratos bilaterais (é a tradicionalmente chamada «condição resolutiva tácita», prevista em geral no art. 801.º, n.º 2, e resultando *ex art. 808Y*), pode ter lugar também em alguns contratos unilaterais (art. 1140.º — resolução do comodato; art. 1150.º — mútuo oneroso).

Os autores referem também a categoria dos *contratos bilaterais imperfeitos*. Nestes há inicialmente apenas obrigações para uma das partes, surgindo eventualmente mais tarde obrigações para a outra parte, em virtude do cumprimento das primeiras e em dados termos. Não tem lugar nos contratos bilaterais imperfeitos a «condição resolutiva tácita». nem a excepção de não cumprimento do contrato,

si. lação dos imexcessos de terceiros e do comércio jurídico pode não diferir — cfr., neste sentido, Rui na ALARCÃO, «Reserva mental e declarações l-iao sérias. Declarações expressas e declarações tácitas — o silêncio». 1141.1. n.º 86. Lisboa, 1959. págs. 6-7, O. Mon', PH 10, 1DHOD., cit., N.ºs. 32-3, 48. e já A. FERRES Coe Gd, *Sociedades fietRisb e unipessoais*, Coimbra, 1948. pág. 50.

;(%) Sobre esta. cfr. João B.,^Prisr.; MACHADO, *Pressupostos da resolução por incumprimento*, sep. do BFD, 1979 (número especial dos *Estudos em Hotneita*; em ao Prof. Doutor TetReira Ribeiro; também em *Obra dispersa*, Braga, 1991. págs. t25 e segSp•

Exemplos: mandato (arts. 1157, 1158X, 1161.º, 1167.º); depósito (ens. 1185.º, 1186.º, 1187.º, 1196.º, 1199.º).

O mandatário e o depositário não beneficiam da condição resolutiva tácita, nem a lei lhes dá qualquer faculdade de resolução, pelo facto de não serem reembolsados das despesas feitas; também não podem invocar a excepção de não cumprimento do contrato. Claro que nos referimos ao mandato e ao depósito gratuitos (470).

102. Negócios entre vivos e negócios «mortis causa»

I — Os primeiros destinam-se a produzir efeitos em vida das partes; os segundos destinam-se a só produzir efeitos depois da morte da respectiva parte ou de alguma delas.

II — À primeira categoria pertencem quase todos os negócios jurídicos e na sua disciplina tem grande importância, por força dos interesses gerais do comércio jurídico, a tutela das expectativas da parte que se encontra em face da declaração negociai. Os negócios da segunda categoria são negócios «fora do comércio jurídico». no sentido de que, na sua regulamentação, os interesses do declarante devem prevalecer sobre o interesse na protecção da confiança do destinatário dos efeitos respectivos. Tal diversidade dos interesses prevalentes manifestar-se-á quanto a problemas como a divergência entre a vontade e a declaração, os vícios da vontade, a interpretação, etc.

III — Negócio *mortis causa* é, inequivocamente, o testamento: é um acto livremente revogável pelo testador (art. 2179.O, não sendo sequer renunciável a faculdade de revogação (a11. 2311.º); a transferência dos bens hereditários a favor dos herdeiros e legatários só se opera após a

(«eee A excepção de não cumprimento coreraco i«exceptto 1WH

acura cõnta do artigo 428' e é a aplicação do velho brocardo *cipodinzplerti ;dr e ste adisnolondtr*» O mandatário e o depositário, não podendo deduzir a excepção de não cumprimento do contrato, podem, todavia, invocar, verificados os pressupostos *respectivos*, o direito de retenção (e u. 754." e sege i. O direito de retenção pode, porém, di ve-- semente da *redreptio 1201: oditpled contratou,,*, ser excluído se a outra pano proser cau- ção suficiente

morte do testador arts. 2031.^o e 2179.^o n.º os herdeiros ou legatários não podem, em vida do testador, renunciar à sucessão ou dispor dela (art. 2028.^o, n.º 1 e 2).

IV — Haverá outros negócios *moras causa* no nosso direito, no regime do actual Código Civil?

A lei actual, na linha do Código de Seabra, *pi-orbe em princípio os pactos ou contratos sucessórios*, sob pena de nulidade, apenas os admitindo em alguns casos particulares (art. 2028X). Nestes termos, é nulo, p. ex., um contrato de alienação da própria herança mediante um preço ou uma renda vitalícia. Se estes negócios fossem admitidos, não poderiam considerar-se negócios *moras causa* puros, pois o seu carácter contratual forçosamente exigiria a sua irrevogabilidade, e, portanto, produziriam logo *inter vivos* efeitos vinculativos.

Quanto às *doações por morte*, a lei, proibindo-as também (art. 9462), estabelece, contudo, que serão havidas como disposições testamentárias (portanto serão livremente revogáveis), se tiverem sido observadas as formalidades dos testamentos (n.º 2 do art. 946.^o). Tais doações não têm assim autonomia em relação aos testamentos, salvo o aspecto formal de intervir nelas uma aceitação, e são, portanto, negócios *moras causa*.

A regra de proibição dos pactos sucessórios comporta excepções. O Código considera lícitas certas *disposições por morte feitas em convenção antenupcial*. Tais convenções podem ser, fundamentalmente, de dois tipos (471):

- a) Instituição contratual de herdeiro ou legatário *em favor de qualquer dos esposados*, feita pelo outro esposado ou por terceiro (art. 1700X n.º 1, H. a));
- b) Instituição contratual de herdeiro ou legatário *em favor de terceiros*, feita por qualquer dos esposados (art. 1700H, n.º 1, al.

As disposições *a favos dos esposados*, feitas por terceiro ou pelo outro esposado, são, sob o ponto de vista da presente classificação,

ou seja, de acordo com a hipótese do d. 20700.^o (cláusulas de reversão de fideicomis)

negócios híbridos ou mistos. Têm *características de negócio mortis causa*, pois só se verifica a transferência dos bens para o instituído depois da morte do disponente; por outro lado, porém, restringem ao disponente os seus poderes de disposição, pois este não pode revogá-los unilateralmente depois da aceitação, nem prejudicar o beneficiário por actos gratuitos de disposição (art. 1701.^o), o que constitui um *efeito* inter vivos do *acto*.

As disposições dos esposados *a favor de terceiro*, em convenção antenupcial, já eram válidas no direito anterior ao actual Código (por força de um Assento de 6 de Dezembro de 1927). Actualmente, serão livremente revogáveis como as disposições testamentárias, isto é, revestirão a natureza de negócios *mortis causa*? Ou será outra a sua natureza?

Há que distinguir duas hipóteses. Se o terceiro não interveio no acto como aceiteante, prescreve-se que a disposição tem valor meramente testamentário (art. 1704.^o). sendo, portanto, dada a sua revogabilidade, um negócio *mortis causa* (⁴⁷²). Se o terceiro interveio na convenção antenupcial como aceiteante, a disposição não é livremente revogável, estando sujeita ao regime das disposições entre esposados (art. 1705.^o), pelo que se trata também de um *negócio híbrido*.

O Código Civil faz ainda uma referência expressa, no artigo 1755.^o, nº 2. às doações por morte para casamento, que são doações feitas em vista de um casamento a um dos esposados pelo outro ou por terceiro. Trata-se de uma manifestação particular dos pactos sucessórios previstos no artigo 1700.^o, nº 1, al. *ai*. Em conformidade com esta sua natureza, estabelece-se que estão sujeitas ao regime desses pactos, em particular no que toca às restrições impostas à livre disposição dos seus bens pelo doador, e exige-se igualmente que sejam feitas na convenção antenupcial. Tratar-se-á, portanto, igualmente de *negócios híbridos* (473).

1- ²q É uma excepção à regra do artigo 2181.^o, que proíbe o «estabelecimento de doação».

1M¹) Estas doações por morte para casamento eram igualmente admitidas na vigência do Código de 1867 (arts. 1457.^o, 1171P. 1175.^o) e o seu regime ecoa substancialmente idêntico ao actual, em particular quanto às restrições ao poder de disposição do doador constantes do actual artigo 1701.^o

Resumindo o que ficou dito acerca dos negócios *morris causa*:

O testamento é um negócio *17101-115 causa*.

As doações por morte, sendo, em princípio, nulas, como, em regra, quaisquer outros pactos sucessórios, são objecto de uma conversão legal em disposições testamentárias.

Certos pactos sucessórios, contidos em convenções antenupciais, são válidos. Quanto a esses: as disposições a favor de um dos esposados, feitas pelo outro ou por terceiro, são negócios híbridos; as disposições a favor de terceiro feitas pelos esposados são negócios *monis causa*, se o terceiro não interveio na convenção antenupcial, e negócios híbridos se ele outorgou nesse acto (474).

103. Negócios consensuais ou não solenes e negócios formais ou solenes

I — Os negócios formais ou solenes são aqueles para os quais a lei prescreve a necessidade da observância de determinada *forma*, o acatamento de determinado formalismo ou de determinadas solenidades. Os negócios não solenes (*consensuais*, tratando-se de contratos) são os que podem ser celebrados por quaisquer meios declarativos aptos a exteriorizar a vontade negociai, porque a lei não *impõe uma determinada roupagem exterior* para o negócio.

Quando o negócio é formal, as partes não o podem realizar por todo e qualquer comportamento declarativo, a declaração negociai deve, nos negócios formais, realizar-se através de certo tipo de comportamento declarativo imposto pela lei (por escrito, através de certo tipo de documento, mediante uma cerimónia, etc.). Não é costume considerar-se a restrição, por vezes imposta pela lei, traduzida na exigência de uma declaração expressa e não apenas tácita, como bastante para se falar de um negócio formal.

(474) Nos trabalhos preparatórios do Código Civil encarou-se a possibilidade, que não vingou, de admitir outros pactos sucessórios: doação por mime por ocasião de estabelecimento de filho e promessa de tratamento igual dos herdeiros legítimos *de non me/Lu:indo*).

A exigência de forma para os negócios jurídicos — ou para certos negócios — é uma constante de todos os tempos. Em fases mais recuadas da história jurídica dos povos o formalismo era exigido para todos ou quase todos — os negócios, era muito aparatoso, com cerimónias cheias de ritualismo, e variava de tipo negociai para tipo negociai!. Tornava-se necessário o emprego de palavras ou de gestos muito precisos. a celebração em determinados locais. ante o tribunal ou ante testemunhas. Via-se na forma, que assim tinha de ser cumprida vigorosamente, o próprio fundamento da criação de vínculos jurídicos. Lentamente, sobretudo a partir do jusnaturalismo ⁽⁴⁷³⁾, passou a ver-se na vontade manifestada pelas partes o fundamento do negócio, sendo a forma um requisito suplementar, exigível, nalguns casos, para a sua validade. Hoje o formalismo é exigido apenas para certos negócios jurídicos, é *unifonne*, traduzindo-se praticamente na exigência de *documento escrito* (*C¹²⁶*), e está assim *simplificado*, relativamente aos direitos antigos.

— Princípio geral do Código de 1966 em matéria de formalismo negociai: *principio da liberdade declarativa, liberdade de forma ou CCM-sensualidade* (art. 219." — a validade da declaração negociai não depende da observância de forma especial, salvo quando a lei o exigir) (411).

Quando, nos casos excepcionais em que a lei prescrever uma certa forma (casos que, embora representem uma excepção, são numerosos e frequentes), esta não for observada, a declaração negociai é *nula* (art. 220.0).

Exemplos de negócios formais:

ai Para os quais a lei exige *documento autêntico*: constituição de associações (art. 168.º) e instituição de fundações por acto entre vivos

(⁴⁷³) Para indicações. cfr. o estudo de James GORDLEY. *Phttutoptlittat Cotitt s o" 11, tric ., t. Cartona Doar/fie*, Oxford, 1991, págs. 112 e segs.

(⁷⁰) Para o casamento exigem, quer o o.,namento canónico. quer a lei civil, ...99a cerimónia: a cerimónia da celebração

(⁷¹) No Acórdão do STJ de 24 de Abril de 1991 (BALI, n.º 406, 1991, págs. 629-34) decidiu-se que era válida a venda verbal de um automóvel, ficando, porém, o vendedor obrigado a emitir uma declaração. No momento do contrato ou posteriormente, que é exigida para efeitos de registo

(art. 1854, n.º 3). bem como a generalidade dos contratos de sociedade, como já sabemos (^{47s}); testamento, salvo algumas formas especiais (arts. 2204.º e segs.); compra e venda de imóveis (art. 87541, salvo se for compra e venda com mútuo (com ou sem hipoteca) de prédio urbano para habitação. ou de fracção autónoma para o mesmo fim, e desde que o mutuante seja uma instituição de crédito autorizada a conceder crédito à habitação (arts. 1.º e 2.º, n.º 1, do Dec.-Lei n.º 255/93, de 15 de Julho); doação de imóveis (art. 9474); outros actos de reconhecimento, constituição, aquisição, modificação, divisão ou extinção dos direitos de propriedade. usufruto, uso e habitação, superfície ou servidão, bem como de outros direitos reais sobre coisas imóveis (art. 80.º, n.º 1 e 2, alí. (i) e e), do Cód. do Notariado); contrato-promessa (e pacto de preferência, com eficácia real, desde que se exija escritura pública para o contrato prometido (arts. 4134, n.º 2. e 421.º) (⁴⁷⁹); mútuo de valor superior a C 20 000 (art. 1143.º, na redacção dada pelo Dec.-Lei n.º 243/98, de 6 de Novembro); etc.

h) Para os quais a lei obriga apenas ao *documento particular*: doação de móveis não acompanhada de tradição da coisa (art. 9474, n.º 2); mútuo de valor superior a € 2000 e igual ou inferior a € 20 000 (art. 11434) (^{4"}), em certos casos, contrato-promessa (art. 4104, n.º 2) e pacto de preferência (art. 415.º); renda vitalícia, se a coisa ou o direito alienado não exceder € 20 000 (art. 123948 transacção. em certos casos (art. 1250.º); arrendamento urbano (art. 74, n.º 1, do Regime do Arrendamento Urbano) e trespasse (art. 115.4 n.º 3, do mesmo diploma (4H));

^{4:5}) *supra*. n.º 76.

(^{47,1}) Se não for exigida escritura pública para o contrato prometido, bastará documento particular com reconhecimento da assinatura da. Só parte (m) que se aplica(m).

^{Me} Ao contrário do mútuo civil, o empréstimo mercantil e o de comerciantes, seja qual for o seu valor, admite todo o género de prava (art. 396.º do Cód. Comercial).

(¹) O Decreto-Lei n.º 64-V2000, de 22 de Abril revogou as alí. O e in) do n.º 2 do artigo 80.º do Cód. do Notariado e alterou o artigo 7.º, n.º 2, do Regime do Arrendamento Urbano (e a alí. tacitamente, o art. 1029.º, n.º 1, do Cód. Civil, dispensando escritura pública para os arrendamentos sujeitos a registo, para os arrendamentos para o comércio, indústria ou exercício de profissão liberal, para o trespasse, para a cessão de exploração e para a cessão da posição de arrendatário. Passou a bastar documento Particular.

locação financeira (art. 3.º, n.º 1. do Dec.-Lei n.º 149/95. de 24 de Junho ⁽¹⁸²⁾); constituição do estabelecimento individual de responsabilidade limitada e de sociedades unipessoais por quotas, salvo se implicarem transmissão de bens que exija escritura pública (anã. 2.º. n.º 1, do Dec.-Lei n.º 248/86 e 270.º-A, 4, do Cód. das Sociedades Comerciais, na redacção dada pelo Dec.-Lei n.º 36/2000, de 14 de Março); contratos de crédito ao consumo (art. 6.º n.º 1. do Dec.-Lei n.º 359/91. de 21 de Setembro); contratos celebrados com consumidores ao domicílio, e equiparados (arts. 13.º e 16.º, n.º 1, do Dec.-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril): etc.

Ao contrário do regime do Código anterior (art. 815.º **único**), *a renúncia a certos direitos*, como o de preferência, *não é um negócio formal* ⁽⁴⁸³⁾ e o mesmo se passa com a remissão de créditos.

Para as noções de documento autêntico ou documento particular, cfr. os artigos 363.º e segs. (44).

104. Negócios consensuais e negócios reais

I — Os negócios reais são aqueles negócios em que se exige, além das declarações de vontade das partes, formalizadas ou não, a prática anterior ou simultânea de um certo acto material.

^{CII2)} No caso de bens imóveis, ex Jd-se. porém, o reconhecimento presencia: das assinaturas das partes (bem como a certificação, pelo notário, da existência da licença de utilização ou de construção)

^[4] M Cfr. Acórdão do STJ de 27 de Outubro de 1972 in *RAU*, n.º 220, pág. 163, e Acórdão do STJ de 19 de Junho de 1979, M 847, pág. 305. Cfr., porém, E Brito PEREIRA COELHO, A renúncia abdicativa *no direito civil*. eJt., págs. 136 e segs. (defendendo a aplicação das regras de forma relativas à doação).

A renúncia à prescrição pode também ter lugar tacitamente — cfr os Acórdãos da Relação de Lisboa de 6 de Novembro de 1990 (sun, in att. n.º 401. 1990, pág. 630) e de 19 de Maio de 1994 (*CI*. 1994. III. pág. 95) e o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 Outubro de 1995, in *CI-STJ*, 1995 V págs: 72 (renúncia resultante de um pedido de moratória ou prorrogação do prazo de pagamento de dívida).

^(4j) O regime jurídico dos *documentos eletrónicos* e da assinatura digital foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 290-D199, de 2 de Agosto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 6212003. de 3 de Abril (que o republicou em anexo).

Na vigência do Código anterior indicavam-se, como exemplos, o depósito, o comodato, o mútuo, o penhor. Em face do Código Civil em vigor, esses contratos continuam a ser configurados como contratos reais, pois na sua definição não se fez referência a qualquer obrigação do depositante, do mutuante, etc., de entrega do objecto, antes se considera o acto material de entrega como elemento da estrutura do negócio (cfr. arts. 11852, 11292, 1142.º).

II — Esta figura dos contratos reais é um resquício da tradição romanista, que parece não desempenhar hoje, pelo menos quanto ao mútuo, ao comodato e ao depósito, uma qualquer função útil, isto é, não corresponder a qualquer interesse relevante. Porque é que o mútuo não se pode considerar perfeito com o simples acordo das partes, revestido da forma devida quando exigível? Qual o interesse que se opõe ao reconhecimento do direito do mutuário ou do comodatário de, após o acordo, exigirem a entrega do objecto para dele se servirem e, posteriormente, o restituírem?

Dada a impossibilidade de resposta satisfatória a estas dúvidas (salvo, eventualmente, para o caso do penhor), a doutrina tem entendido entre nós que um contrato de mútuo, nulo por falta de entrega da coisa, pode ser convertido num contrato-promessa de mútuo (⁴D *(ePactuni de mutuando)*). Na vigência do Código de Seabra, tal contrato-promessa, dado não se admitir então a execução específica das promessas de contrato, dava ao promitente-mutuário apenas o direito a uma indemnização, se o promitente-mutuante não o cumprisse. Hoje, porém, dado que o artigo 830.º do Código de 1966 consagra o princípio da execução específica dos contratos-promessa, substituindo por uma actuação judicial o comportamento do faltoso, poderia o promitente-mutuário obter a entrega da coisa.

Parece, porém, que nem sequer a referida conversão é necessária. Assim, se não se provar que as partes quiseram o contrato como real, este

(⁴af. n.º 1.º Mais loow 4a V", 7, SERRA, para c. em tal conversão não seria necessária. admitindo-se, em nome do princípio da liberdade negocial, um *contrato consensuado de mútuo*, como negócio atípico na fr. RLJ, ano 93 ") Cfr., sobre este problema, C. MORAES, *Curso do Direito Civil*, II e segs nota 1

deve ter-se por perfeito logo com o acordo das partes. Se se provar que as partes quiseram o contrato como real, então poderá haver uma conversão em contrato-promessa, mas este não será susceptível de execução específica.

105. Negócios obrigacionais, reais, familiares e sucessórios

I — O critério desta classificação diz respeito à natureza da relação jurídica constituída, modificada ou extinta pelo negócio.

A sua importância resulta da diversa extensão reconhecida à liberdade contratual (art. 405.º) em cada uma das categorias.

II — Quanto aos *negócios sucessórios* (p. ex., testamento, pactos sucessórios, renúncia à herança mas não já a partilha), este princípio sofre importantes restrições, resultantes de algumas normas imperativas do direito das sucessões (sucessão legítima, proibição dos pactos sucessórios,

Relativamente aos *negócios familiares pessoais* (casamento, permissão, adopção), a liberdade contratual está praticamente excluída, podendo apenas os interessados celebrar ou deixar de celebrar o negócio, mas não podendo fixar-lhe livremente o conteúdo, nem podendo celebrar contratos diferentes dos previstos na lei.

No tocante aos *negócios familiares patrimoniais* (convenções antenupciais), existe, com alguma largueza, a liberdade de convenção (art. 1698.º), sofrendo embora restrições (cfr. arts. 1699.º, 1714.º) (4).

Quanto aos *negócios reais* (p. ex., venda ou doação de coisa certa e determinada, negócio constitutivo de hipoteca, renúncia à hipoteca), fala-se deles nesta classificação no sentido de *negócios com eficácia real*. Isto é, são negócios reais quanto aos efeitos (*quoad effectum*) diversamente, na dicotomia negócios consensuais/negócios reais, estes últimos são-no quanto à constituição — (*quoad constitutionem*). Nos negócios reais quanto aos efeitos o princípio da liberdade contratual sofre considerável limitação, derivada do *principio de reciprocidade*, ou do ^{111(112)CMS}

^{L.26)} Cfr Maria Rila Lobo XA IER. *«miespufam»*. 'a privadz relações patrimoniais enrt n os cônjuges, Coimbra, 2000.

clausus, visto que «não é permitida a constituição, com carácter real, de restrições ao direito de propriedade ou de figuras parcelares deste direito senão nos casos previstos na lei» ⁽⁴³⁷⁾ (art. 1306.º). Só podem constituir-se direitos reais típicos, embora essa constituição possa resultar de um negócio inominado ou atípico.

No domínio dos *negócios obrigacionais* (p. ex., venda ou doação de coisa indeterminada, antedatamento, denúncia de arrendamento) vigora o princípio da liberdade negocia], quase inconfundavelmente, *quanto aos contratos*, abrangendo a liberdade de fixação do conteúdo dos contratos típicos, de celebração de contratos diferentes dos previstos na lei e de inclusão nestes de quaisquer cláusulas (art. 4052); *quanto aos negócios Luzi/ateis*. vi^g ora, porém, como já sabemos. o princípio da tipicidade (art. 457.º).

106. Negócios patrimoniais e negócios pessoais

I — O critério distintivo é, também, o da natureza da relação jurídica a que o negócio se refere.

A importância da distinção revela-se, aqui também, quanto à amplitude do princípio da liberdade contratual. Para além deste aspecto, porém, manifesta-se ainda quanto a outro ponto. Os negócios pessoais são «negócios fora do comércio jurídico», isto é, cuja disciplina, quanto a problemas como o da interpretação do negócio jurídico e o da falta ou dos vícios da vontade, não tem que atender às expectativas dos declaratórios e aos interesses gerais da contratação — do tráfico jurídico **mas** apenas à vontade real, psicológica do declarante. Esta prevalência da vontade real sobre a sua manifestação exterior exprime-se, por vezes, quanto aos negócios pessoais (casamento, perfilhação, legitimação, adopção), em textos especiais que se afastam da doutrina geral dos negócios jurídicos; na ausência de textos directos é um princípio, inferido da natureza dos interesses em jogo, que se impõe ao intérprete.

⁽⁴³⁷⁾ Quanto aos direitos de preferência. o Código resolveu, em sentido afirmativo, uma questão de difícil solução na vigência do Código de Seta: a de saber se, por convenção entre as partes, se podia criar um direito de preferência com eficácia real isfr. art. 421.Q. domínio do Código aZitell or largo sector da doutrina pronunciava-se no sentido da inadmissibilidade de direitos de preferência convencionais com eficácia real.

Na disciplina dos negócios patrimoniais (dos «negócios do comércio jurídico» ⁽⁴⁸⁹⁾), por exigência de tutela da confiança do declaratório e dos interesses do tráfico, a vontade manifestada ou declarada triunfa sobre a vontade real ⁽⁴⁸⁹⁾, assim se reconhecendo «o valor social da aparência» (na expressão de Emílio BETTU,

107. Negócios causais e negócios abstractos

O critério desta classificação é o da relevância, para os efeitos do negócio, da sua função económica ou social típica ou da relação jurídica que constituiu a sua *causa* (490).

Os negócios em que estas não relevam, por poderem preencher uma multiplicidade de funções e os efeitos do negócio serem separados da sua causa, designam-se como negócios *abstractos* — por exemplo, negócios eambiários, como o saque de um cheque ou o aceite de uma letra (ou, no ordenamento jurídico alemão, o negócio jurídico destinado à transmissão da propriedade). Na generalidade dos negócios jurídicos, contudo, o direito não isola o seu conteúdo da respectiva causa — são negócios *causais* (191).

(IK A distinção entre os «negócios fora do comércio jurídico» 1.,,.,Viciarsrer-kehrskeschdfic»), como serão, 52enericamente. os negócios pessoais e os negócios 17:01-1.1.s causo, e os «negócios do comércio jurídico» H Verkehrvessch;the;) baseia-se no facto de o tráfico jurídico se processar fundamentalmente através destes últimos, pelo que merece consideração o interesse da respectiva segurança e não é admissível um critério menos objectivado na resolução de questões como a da interpretação e das faltas e vícios da vontade. Esta caegor:a foi autonomizada na doutrina ermânica do século XIX. designadamente, por R berger, Danz, Kohler, etc Entre nós. cfr. A Fff RU(COR-REJ, Ed e interpieração tia teoria do ,7egocio. fl■ dençd.' ed., Coimbra, 1939. págs. 218 e segs. c «Valor do acto realizado por demente antes de instaurada a acção de interdição», RT, ano 72.º, 1954, págs. 290-6. 293. e Carlos Mora PiKro. Vtdor dos actos jurídicos dos dementes. cit., págs. 32 e segs. e 58-9. Mais indicações em Paulo MOTA Prato, Declaração tácita..., cit., págs. 269 c seg.

⁽⁴⁸⁹⁾ Exceptua-se, porém, um importantíssimo negócio patrimonial: o testamento.

⁽⁴⁹⁰⁾ Sobre a noção de causa do negócio jurídico (bastante discutida e que pode re'estir y ário5 sentidos) cfr. António PINTO MOffEICO, «Causa do negócio Juríd:co.), EncicloP édia Verbo edição século XXI, vol. 6, Editada: Verbo, LisboaSão Paulo. 1998.

⁽⁴⁹⁾ Para um caso em que se pre.sume. ate prova em contrário, a existência de causa, cfr o artigo 458.

108. Negócios onerosos e negócios gratuitos

— A *importância da distinção* manifesta-se, p. ex., em matéria de impugnação pauliana (art. 612.º n.º 1), de protecção do terceiro adquirente de boa fé *a domino*, por força da declaração de nulidade ou anulação dum negócio (art. 291.º n.º 1), de poderes de disposição do doador, no caso dos pactos sucessórios comidos em convenção antenupcial (art. 1701.º), de responsabilidade do cônjuge administrador dos bens comuns (art. 1682.º, n.º 4), de resolução dos actos em benefício da massa insolvente (art. 121.º n.º 1, do Cód. da Insolvência e da Recuperação de Empresas), etc. (491).

Como ideia geral pode reter-se a constatação de, nas doações (paradigma dos negócios gratuitos), se valorizarem frequentemente os interesses de terceiros e os do doador em maior medida do que os do donatário, quanto aos problemas em que está em causa a subsistência da doação.

II — A distinção dos negócios jurídicos em onerosos e gratuitos tem como critério o *conteúdo e finalidade do negócio* nos termos que a seguir se evidenciam (493).

Os *negócios onerosos* ou *a título oneroso* pressupõem atribuições patrimoniais de ambas as partes, existindo, segundo a perspectiva destas, um *nexo ou relação de corresponsabilidade* entre as referidas atribuições patrimoniais (normalmente traduzidas em prestações) ⁽⁴⁹⁴⁾. Cada

— a distinção reflecte-se, ainda, em numerosas outras normas do Código Civil — os artigos 42.º, r.º 2, 237.º n.º 2, 481.º, 849.º, 1129.º, 1148.º, n.º 1, 1151.º, 1649.º etc. Cfr., sobre a qualificação dos concursos públicos organizados por uma estação de televisão como negócios onerosos ou gratuitos (para o efeito de se considerar os prémios como bens comuns do casal ou próprios do participante — art. 1722.º, n.º I), o Acórdão do STJ de 9 de Fevereiro de 1990, in 393, 1990. pgs. 603-6.

Cfr. NI: sum, DE ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica*, II, cit., págs. 334 e seus.; GILVRO TELLES, *Manual das coisas ao; gerais*, ed., Coimbra, 2002. págs. 479 e seguintes.; ANDRÉS VARELA, *Ensaio sobre o conceito do modo*, Coimbra, 1955; LUIGI Mosco, *Onerosa e gratuita a submissão, ao passivo em guardando ai can-b-um* NIELÃO, 1942.

⁽⁴⁹¹⁾ Mas não necessariamente. A atribuição patrimonial pode traduzir-se na produção de um efeito jurídico, como, p. ex. - transferência ou constituição de um direito real, que não implique um acto material ou prestação.

uma das partes faz uma *atribuição patrimonial* que considera retribuída ou contrabalançada pela atribuição da contraparte. Cada uma das prestações ou atribuições é o *correspectivo (a contrapartida)* da outra, pelo que, se cada parte obtém da outra uma vantagem, está a pagá-la com um sacrifício que é visto pelos sujeitos do negócio como correspondente.

Não é necessário um equilíbrio ou uma equivalência das prestações ou atribuições patrimoniais, consideradas pelo seu valor objectivo ou normal. O *que releva* é a avaliação das partes ou, mais que a avaliação, a *vontade, o intento das partes*. Uma parte pode bem saber que o que dá vale muito mais ou vale muito menos que o que recebe, mas não pretende fazer ou receber uma liberalidade. A falta de equivalência objectiva ou usual das atribuições patrimoniais pode ter várias explicações (especial valor subjectivo da prestação para uma das partes, mesmo no plano económico: valor afectivo ou estimativo de um objecto; falta de capacidade ou habilidade para a negociação; urgência em concluir o negócio; etc.). De qualquer modo as partes *estão de acordo em considerar as duas atribuições patrimoniais Gonu, correspondivo tuna da outra*. Neste sentido pode dizer-se que no negócio oneroso as partes estão de acordo *em* que a vantagem que cada uma visa obter é contrabalançada por um sacrifício que está numa relação de estrita causalidade com aquela vantagem. As partes consideram as duas prestações ligadas reciprocamente pelo *vinculo da causalidade jurídica*.

Os *negócios gratuitos ou a titulo gratuito* caracterizam-se, ao invés, pela intervenção de uma intenção liberal *laninms donatuti, aninius betu-ficiandip*. Uma parte tem a intenção, devidamente manifestada, de efectuar uma atribuição patrimonial a favor da outra, sem contrapartida ou correspondivo ⁽⁴⁹⁵⁾. A outra parte procede com a consciência e vontade de receber essa vantagem sem um sacrifício correspondente.

Nos negócios gratuitos cria-se — e há acordo das partes sobre este ponto — uma vantagem patrimonial para um dos sujeitos sem nenhum equivalente. O acto é a título gratuito quando for realizado com uma *particular intenção ou causa que é a de proporcionar uma vantagem a outra parte*.

(⁹⁵) O que nem sempre significará altruísmo ou generosidade.

111 — São exemplos de negócios onerosos o arrendamento, o aluguer, a compra e venda, a empreitada, etc., e de negócios gratuitos as doações, o depósito, o mandato ou o mútuo gratuitos, isto é, sem retribuição (496).

Ao lado dos negócios onerosos e dos negócios gratuitos típicos, existem certas figuras negociais que são um esquema negocial genérico, susceptível de revestir várias formas concretas e, consequentemente, apresentar-se como onerosos ou gratuitos, como, p. ex., a cessão de créditos (art. 577.º), a assunção de dívida (art. 595.º), a cessão da posição contratual (art. 424.º), a remissão de dívida (art. 863.º). Nestes casos, a atribuição patrimonial verificada pode ter uma causa de tipo variado, consoante o negócio que lhe servir de base; por consequência, qualquer destes negócios pode revestir a forma de negócio oneroso ou de negócio gratuito.

IV — É possível a existência de *contratos unilaterais onerosos* (mútuo oneroso — art. 1145.º). Como se explica esta não coincidência entre os contratos onerosos e os contratos bilaterais?

É que nos contratos unilaterais onerosos a conspectividade estabelece-se não entre duas *obrigações* — só há obrigações por um dos lados, visto que são contratos reais —, mas entre duas atribuições patrimoniais que consistem numa prestação contemporânea da formação do negócio (a entrega de uma soma em dinheiro para ser utilizada) e numa obrigação (a de restituir o capital e pagar os juros).

No Código de Seabra regulava-se, em capítulo especial, o contrato de usura, que consistia num mútuo retribuído (art. 1636:9. Tal designação, todavia, raras vezes era empregue pelos contratantes, não obstante o empréstimo a juros ser frequentíssimo, dado o sentido pejorativo corrente das palavras usura e usurário. O actual Código designa o mútuo para cuja retribuição foram convencionados juros por *mútuo oneroso* (art. 1145.º), e reserva as designações de *usura* e de *negócio usurário* para

Por vezes as partes celebram um contrato *miszo*, recomendo a um dpo de negócio oneroso mas fixando o seu conteúdo com intenção liberal. É o *negotio mixtum*: *CHnidonwione*, em que as partes obtêm, p. ex. através de uma compra e venda por um preço baixo e intenção de liberalidade, resultados idênticos aos visados com uma doação.

os negócios jurídicos em que alguém, aproveitando conscientemente a situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de carácter de outrem, obteve deste a promessa ou concessão de benefícios excessivos ou injustificados (cfr. arts. 282.º, 283.º e 224.º). Quanto ao mútuo, há uma disposição especial qualificando-o de usurário, se foram estipulados juros anuais que excedam os juros legais, acrescidos de 3 ou 5 por cento, conforme exista ou não garantia real (art. 1146.º).

109. Contratos comutativos e contratos aleatórios

I — É uma subdivisão a estabelecer dentro dos contratos onerosos.

Nos contratos aleatórios as partes submetem-se a uma *álea*, a uma possibilidade de ganhar ou perder. A onerosidade consiste na circunstância de ambas estarem sujeitas ao risco de perder, embora, no final de contas, só uma venha a ganhar (⁴²⁷). Pode haver uma só prestação, dependendo de um facto incerto a determinação de quem a realizará (aposta, certos tipos de jogo), pode haver uma prestação certa e outra incerta, de maior montante do que aquele (seguro de responsabilidade civil, de incêndio, etc.), pode haver duas prestações certas na sua existência, sendo uma delas incerta no seu *Imantam* (seguro de vida).

E — Exemplos de contratos aleatórios: jogo, aposta (arts. 1245.º e segs.), seguro (arts. 425.º e segs. do Cód. Comercial), renda vitalícia (art. 1238.º), risco (art. 626.º do Cód. Comercial), venda de coisa futura com carácter aleatório, ou *etapa, 'spei* (art. 880.º, n.º 2), venda de bens de existência ou titularidade incerta (art. 881.0).

III — Quanto aos contratos de *jogo* e de *aposta*, encontram-se critérios de distinção diversos entre eles (⁴²⁸): a natureza do acontecimento a que as partes subordinam o cumprimento da prestação (jogo a cuja prá-

Só uma veio a ganhar, no sentido de que uma veio a receber muito mais do que pagou ou não veio a pagar mesmo nada

(⁴⁹⁸) Carlos Alberto da MOTA PINTO/Á[16:TO P N[1: NleNrs[Ro.(João CALVÃO DA SILVA, logo e ^{aposta/leu} *et pari/Game and bei*. Lisboa. 1982 págs. 9 e soes

tica se entregam os participantes ou assunto ou facto, passado, presente ou futuro, sobre o qual existe divergência de opiniões); os motivos, escopo, ou fim prosseguido pelos contraentes (de diversão ou lucro, por um lado, ou de esclarecer ou robustecer uma opinião, por outro (499)); o tipo de incerteza sobre o facto ou assunto em causa, incerteza, essa, que poderia ser objectiva (no jo ^{so}) ou apenas subjectiva (na aposta); a participação (jogo) ou falta de participação (aposta) das partes na questão em disputa, dependendo o resultado (o ganho ou a perda) dessa participação; e a própria relevância jurídica do contrato, que só existiria para a aposta (500).

O critério mais idóneo para a distinção entre o jogo e a aposta, que (em recebido a adesão maioritária da doutrina ⁽⁵⁰¹⁾), é o que aponta para a existência ou não de *participação das partes no acontecimento* de que depende o prémio, entendendo-se esta exigência, não no sentido de ter de existir certa actividade a cumprir por todos os jogadores, mas antes, e apenas, «no sentido de que são os próprios contratantes que, entregando-se a um jogo, participam na criação dos pressupostos, das condições de que depende a verificação do facto a que está subordinada a prestação acordada. No jo ^{so}, são as próprias partes quem, entrando em campo ou sentando-se a uma mesa, criam a possibilidade de um ganho ou de uma perda, dependendo o início e/ou o desenrolar do jogo, da intervenção de todos ou apenas de um jogador, independentemente de o resultado final não depender da habilidade, mas fundamentalmente, ou tão só, do factor sorte» (502).

Os contratos de jogo e de aposta não são contratos s álicos, nem constituem fonte de obrigações civis; porém, quando lícitos, são fonte de

⁽⁵⁰¹⁾ Este ¹⁵ ex o critério ~~distintivo~~ ^{distintivo} entre *Spiel* e *Wette*, apontado, no direito alemão por SPE¹ U¹, em PAI VCDT. *fidessuzbuch*. 59' :d., München, 2000, 762. n.º 3. paz. 880.

⁽⁵⁰²⁾ ¹ Dar. ¹ SSIM, PWES Da Umk' ANTt M₂5 ²: AREIA (com a colai: dc Matei Henrique VC-Xe.Ite *Código Ciu! :morado*. vol. Co:mbra. 1997. pág. 927.

⁽⁵⁰³⁾ C MOTA Pe<TC."A PINTO NIONTEIRO,1 C 'I \,C) DA SIA ", *oh ch* págs. 12-13 ' com =ais indicaçdes nas notas 15 e 161 Referendo também o critério da participação e o do motivo, v p. ex Orlando Gom;s. *Comi-amos*. 12." ed. Rio de Janeiro. 1951. pág 483