DR. JOSÉ TAVARES

PROF. DA FACULDADE DE DIREITO

OS PRINCIPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO CIVIL

VOL. I



: : : : Tipografia da : :
COIMBRA EDITORA, LIMITADA
: : : : : : : 1922 : : : : : : :

COIMBRA EDITORA, LIM.
LIVRARIA R. Ferreira Borges 73 | OFICINAS Avenida do Arnado
COIMBRA — 1922

PRIMEIRA PARTE

TEORIA GERAL DO DIREITO CIVIL

PRIMEIRA SECÇÃO

CONCEITO E ESPECIES DE DIREITO

CAPÍTULO I

DIREITO E RELAÇÃO JURÍDICA

SUMÁRIO:

1. — O Direito como um facto social necessário. Relação jurídica.
2. — Variedade infinita das relações jurídicas.
3. — Regras ou normas da vida social: Religião, Moral, Costume, Leis Económicas.
4. — Carácter e função específica da norma jurídica.
5. — Origem social do direito. A escola do direito natural e a escola histórica.
7. — Principais significados da palavra «Direito». Direito Objectivo e Direito Subjectivo.
8. — Distinção e relações entre o direito e a moral.
9. — Processo social da formação e desenvolvimento da norma jurídica.
10. — Função jurídica do Estado. Individualismo e socialismo.
11. — Direito positivo e direito natural.
12. — Direito e equidade.
13. — Relação jurídica. O direito adquirido. Instituto jurídico. O sistema jurídico e os códigos.
14. — Elementos constitutivos da relação jurídica. O sujeito e a capacidade jurídica.
15. — Objecto da relação jurídica. Cousas, bens e património.
16. — Factos jurídicos. Conceito e espécies.
17. — Garantia dos direitos: defesa pessoal e acção judicial.
18. — Classificação das relações e institutos jurídicos.

1. **O direito como um facto social necessário. Relação jurídica.** — Independentemente de quaisquer teorias ou doutrinas filósoficas sôbre a idea ou a natureza do *direito*, o certo é que êle nos aparece e se manifesta sempre como um fenómeno ou facto constante da vida social.

O homem é um ser essencialmente, eminentemente social. Viveu sempre em sociedade, e assim viverá sempre, porque só em sociedade pode viver.

Mas a vida em sociedade não é possível, nem mesmo se concebe, sem uma disciplina obrigatória entre os associados, isto é, sem um conjunto de regras ou preceitos reguladores das diferentes manifestações da actividade humana, de modo a tornar possível o bem-estar dos indivíduos e da colectividade.

A maior parte das relações da vida social são tão essenciais à existência e ao desenvolvimento do indivíduo e da colectividade, que as respectivas regras ou normas de disciplina precisam de se tornar efectivamente obrigatórias, impondo-se *coactivamente* a sua observância, pela intervenção da autoridade competente do poder público.

É precisamente esta regulamentação ou disciplina necessária das relações sociais que constitue a *ordem jurídica* na sociedade, e se chama *o direito*.

Relação jurídica é, pois, toda a relação da vida social regulada pelo *direito*.

2. — **Variedade infinita das relações jurídicas.** — Desde o nascimento até à morte se encontra o homem envolvido na imensa rêde das relações da ordem jurídica. Na vida do recem-nascido surgem imediatamente as suas relações sociais com o mundo exterior, que entram necessàriamente na ordem jurídica.

São relações de natureza pessoal, de ordem familiar, e de carácter patrimonial ou económico, que o fazem ingressar simultâneamente em todo o conjunto das regras do direito que regulam a vida das pessoas e das famílias, e a situação dos bens ou da fortuna pessoal que a cada um pertence.

Durante a sua infância, mesmo sem a consciência da sua situação na ordem jurídica, o indivíduo vai necessàriamente tomando parte, como sujeito das suas

relações jurídicas, em todas as modificações produzidas na sua vida pelo sucessivo desenrolar dos acontecimentos.

E ao entrar na fase de desenvolvimento físico e mental, que o torna apto a trabalhar e dirigir-se por si na vida, bem pode dizer-se que o indivíduo entra a cada passo em relações jurídicas com os seus semelhantes, pois que a vida se passa através duma série infinita de manifestações jurídicas.

Em quási todos os actos da nossa vida quotidiana, ainda nos que à primeira vista parecem mais insignificantes e banais, nós podemos descobrir o direito, pois êle é realizado pelos homens, até mesmo quando êles menos pensam ou se propõem praticar actos jurídicos. O viajante que à beira-mar apanha uma concha arremessada pelas ondas, o fumador que deita fora o resto do seu charuto, o camponês que semeando o seu campo lança algumas sementes sôbre o campo do vizinho, ignoram geralmente que praticam actos jurídicos: o primeiro realiza uma *occupatio,* adquirindo a propriedade duma *res nullius,* o segundo pratica um acto de *derelictio,* abandonando uma coisa sua, e o terceira dá lugar a uma figura de acessão, *a satio*, tornando o vizinho proprietário da semente lançada sôbre o seu campo.

Toda a vida social é invadida e dominada pelo direito, nas suas mais humildes como nas suas mais solenes manifestações, sendo infinitas as relações que êle origina e disciplina, quer essas relações sejam apenas de homem para homem, quer sejam entre o indivíduo e os diferentes agregados sociais, como a família, o município, o Estado e as múltiplas agremiações ou instituïções colectivas, quer de utilidade particular, quer de utilidade pública, ou ainda sòmente entre êstes diferentes agrupamentos (1).

(1) Ruggiero, *Istituzioni di Diritto Civile,* I, pág. 15 e 16.

3. **Regras ou normas da vida social: religião, moral, costume, leis económicas.** — Não são apenas as regras de direito que governam ou dirigem a vida social.

Há outras categorias de normas reguladoras da conduta do homem, tanto nas suas relações com os outros homens ou com os diversos agrupamentos sociais, como nas suas relações com os outros seres vivos e com a Divindade, ou ainda nas íntimas relações de consciência consigo mesmo.

São os preceitos da religião, da moral, os usos e costumes, e as leis da vida económica.

Obedece às normas da religião aquele que na sua conduta se inspira nos preceitos ditados por uma certa confissão religiosa. A observância destas normas é imposta pela fé e pelo respeito aos seus mandamentos; e a sua sanção consiste, em geral, na promessa de prémios ou castigos na outra vida, sendo por vezes também terrena e aplicada pelos representantes da Divindade.

Obedece às normas da moral aquele que se conforma com os princípios de honestidade e dignidade que constituem o sentimento ético geral da sociedade em que vive, cujo respeito lhe é imposto pelo império da própria consciência e pela fôrça da opinião pública.

E obedece às regras dos usos e costumes quem cumpre aqueles deveres de decoro, de honra, ou outros sentimentos próprios do meio e da época, cuja violação não é punida por sanções religiosas ou jurídicas, nem considerada em consciência um acto imoral, mas que em todo o caso provoca a reprovação geral como um acto inconveniente.

As normas religiosas são, como diz Vanni, as consideradas pelos crentes duma confissão religiosa especial como impostas e sancionadas pela Divindade, e as prescritas pela autoridade respectiva que se chama autoridade religiosa ou eclesiástica (1).

(1) Vanni, *Lezioni di Filosofia del Diritto*, pág. 68.

As normas religiosas não se referem somente às relações do homem com Deus, mas dominam a vida em quási todas as suas manifestações. Uma vez aceita uma dada concepção da Divindade, todas as relações da vida humana veem a ser dominadas por essa concepção.

Primitivamente as normas religiosas, morais e jurídicas apareciam confundidas na disciplina da vida social.

Nos primeiros tempos da humanidade a ferocidade dos povos só era moderada pela religião que êles praticavam espaventosamente, e porisso os costumes eram todos impregnados de crenças religiosas, donde resultou um direito divino, segundo o qual os homens consideravam as suas pessoas e as suas cousas como emanação dos deuses, avaliando a justiça pela solenidade das cerimónias religiosas.

O direito primitivo dos povos arianos, o *dharma* dos Índios, o *Thémis* dos Gregos, o *fas* dos Romanos, estava ainda confundido com a religião e a moral, fundando-se na fé divina, na crença de que os Deuses protegiam o justo e puniam o injusto.

As normas jurídicas são as primeiras a desprender-se das normas religiosas, continuando fundidas com a religião as normas da moral.

É porque, no dizer do Dr. Teixeira de Abreu, com o tempo vai-se restringindo o domínio social das divindades, o *temor dos deuses* diminue, e novas relações surgem entre os homens por virtude do constante desenvolvimento das condições da vida comum. Tornaram-se insuficientes as normas de carácter religioso para orientar as energias sociais dos associados, assegurando a existência e desenvolvimento da comunidade. O egoismo individual, que foi sempre o mais poderoso estímulo das acções humanas, e, ao mesmo tempo, a fraca repercussão na consciência individual dos aplausos ou censuras da opinião pública e dos castigos sôbrenaturais, provocaram a intervenção do Estado para fazer

respeitar pela *fôrça* aquelas normas de conduta cuja violação ia afectar a vida social nas suas condições de existência.

É então que o *direito* aparece (1).

Realizada a separação das regras do *direito* dos preceitos da *religião,* seguem-se longos períodos através dos quais a conduta humana é regulada simultâneamente por estes dois grandes princípios: a *Religião* e o *Direito;* e daí as duas maiores instituïções ou poderes da humanidade: a *Igreja* e o *Estado.*

Do primitivo núcleo das normas religiosas destacam-se também mais tarde as regras da *moral,* e do *uso* ou *costume.*

Com o predomínio das doutrinas positivistas acentuou-se a concepção filosófica denominada pelos escritores ingleses a «moral positiva», que vem a ser o *conjunto das normas vigentes numa certa sociedade em um dado momento histórico, que teem o seu fundamento nas ideas e sentimentos dominantes da colectividade,* mas que não são as ideas e os sentimentos da consciência religiosa. A sanção destas normas reside no *juízo de aprovação ou reprovação proferido pelo pensar e sentir da colectividade,* conforme a conduta do indivíduo é ou não harmónica com o preceito da regra moral. E êste juízo de apreciação não visa apenas o acto em si mesmo, mas penetra no íntimo daquele que o pratica, para avaliar a vontade *boa* ou *maléfica* do agente, conforme a sua intenção, e formula assim um julgamento sôbre o *valor moral* da pessoa.

As normas do *«uso* ou *costume»,* são «as regras de conveniência, de decência e decoro, de tacto nas relações sociais, de cortesia, e até de simples etiqueta ou cerimónia», baseadas também nas ideas e nos sentimentos da colectividade, e que implicam também um

(1) Dr. Teixeira de Abreu, *Curso de Direito Civil,* I, pág. 3 e 4.

juízo de aprovação ou reprovação social, mas que, não sendo as ideas e os sentimentos dominantes, não importam um julgamento do *valor moral* do indivíduo.

A distinção das normas da *moral positiva* ou do *costume* não obedece a um critério preciso de determinação, dando lugar a incertezas na sua aplicação concreta, quando se trata de estabelecer qual seja a norma a seguir num dado caso, e quando nas exigências de deveres opostos se apresentam várias normas em conflito.

E a incerteza é tanto mais grave quanto é certo haver diferentes morais particulares, ao lado da moral geral da colectividade.

É que, na verdade, a sociedade está organizada e diferenciada num grande conjunto de diversos agregados ou classes, em cada um dos quais se forma um modo próprio de pensar e de proceder, e se estabelecem normas especiais de conduta, que muitas vezes se encontram em conflito entre si e com as da moral geral.

E a dificuldade é agravada ainda pelo facto de muitos indivíduos adoptarem a chamada «moral independente», impondo a si mesmos princípios e normas de conduta, a que atribuem uma autoridade igual, e por vezes superior, à da moral geral. E esta moral independente tanto pode ser uma moral mais elevada e mais severa que a moral comum, como pode descer abaixo do nível moral até ao ponto de ser a sua própria negação.

E assim se vê como é difícil distinguir as normas da moral positiva das do costume, que podemos chamar moral usual ou consuetudinária. É por isso que a maior parte dos escritores não fazem tal distinção, considerando *normas morais* todas aquelas cuja violação determina na consciência geral da colectividade um movimento de reacção, que se traduz num juízo condenatório do acto.

Diz-se, e é certo, que o juízo de reprovação da

ofensa das normas do costume diverge profundamente do que se funda nas leis da moral; êste atinge toda a personalidade do agente, porque a violação da norma é um índice de imoralidade, emquanto que a violação duma *norma consuetudinária* é considerada apenas como uma inconveniência.

Emquanto que o juízo sôbre a violação duma norma moral se refere à intenção do agente, o relativo à prática do costume refere-se apenas ao comportamento ou forma exterior nas relações da sociabilidade.

Mas o que não há positivamente é um critério definido para determinar quais sejam as normas da moral em cada momento impostas pela consciência da colectividade.

É principalmente esta incerteza das normas morais que as separa das normas jurídicas (1).

A vida social é dominada em grande parte também pelas *leis económicas*.

O princípio edonistico, ou *lei do mínimo esfôrço*, segundo o qual os homens são geralmente dominados pelo desejo de conseguir a maior e melhor satisfação das suas necessidades mediante o mínimo possível de sacrifício pessoal, o interesse material, emfim, é indubitàvelmente, se não o único ou o predominante, um dos principais motivos determinantes e reguladores da conduta humana.

Muitas instituïções jurídicas teem o seu fundamento e o seu fim na estrutura económica da sociedade.

Mas, se é importantíssimo o factor económico como elemento da vida social e da vida jurídica, nem por isso é verdadeira a doutrina do *materialismo histórico*, que pretende reduzir à unidade do factor económico todas as manifestações da vida social do homem, formulando o princípio de que a vida social e a vida jurídica se explicam integralmente como uma função das condições da vida económica, ou que das transformações da estrutura económica da sociedade dependem as variações de todos os outros fenómenos sociais (Karl Marx, Engel, Labriola, Loria, etc.).

(1) Simoncelli, *Istituzioni di Diritto Privato Italiano*, pág. 16-20.

A verdade, porém, é, pelo contrário, que o interesse material não é o único, seja embora o principal, dos muitos motivos, morais, intelectuais, scientíficos ou artísticos, que impulsionam e governam a vida social.

Em muitas conjunturas, o movimento colectivo dos povos, assim como o procedimento de muitos homens, determina-se mais pela fôrça da inteligência, do sentimento, da idea da justiça, emfim, do que pela pressão do móbil económico.

O princípio edonístico, na frase de Simoncelli, não passa de uma hipótese, de mera abstracção dum dos múltiplos e vários factores da vida social. E o direito, precisamente porque tutela e garante o complexo de todas as fôrças individuais e sociais, não é nem pode ser a simples superstrutora dos fenómenos económicos e a sua história o puro reflexo das suas transformações (1).

4. **Carácter e função específica da norma jurídica.**— Para bem se estabelecer a diferenciação das normas jurídicas das outras normas de conduta social importa determinar o seu carácter e a sua função específica.

O carácter próprio da norma jurídica consiste precisamente na sua *obrigatoriedade real e efectiva*, ou seja, a determinação precisa e concreta da sua sanção, que outra cousa não é senão o efeito atribuído à violação da mesma norma.

(1) Simoncelli, *Ist.*, pag. 37 e 38.

É claro que todas as normas de conduta social, por isso mesmo que são regras de conduta, devem ser obrigatórias, devem ter uma *sanção:* a sua observância deve impor-se aos indivíduos, e a sua inobservância por parte dêstes deve ser dalgum modo punida.

Mas para as normas religiosas a *obrigatoriedade* não pode ser geral, pois só se concebe em relação aos crentes da respectiva confissão religiosa e a sua sanção só pode ter carácter sôbrenatural.

As normas morais, dada a sua incerteza e a concepção da moral particular e da moral independente, também dificilmente se concebem com um carácter de obrigatoriedade para toda a gente.

E ainda mesmo a respeito das normas morais consagradas pela consciência geral da colectividade, a sua *obrigatoriedade,* sendo geral, é certo, não tem contudo o carácter de *realidade e efectividade,* pois que a sua *sanção* tem apenas o carácter *ideal* ou *psíquico* do juízo de aprovação ou reprovação da consciência colectiva.

Pelo contrário, tratando-se de normas jurídicas, a sua obrigatoriedade é real e efectiva, porque a organização jurídica do Estado instituiu órgãos especiais, *o poder judicial ou tribunais de justiça,* destinados a verificar a observância da *lei* nas diferentes relações da vida social, e aplicar aos que a não tenham observado a respectiva *sanção,* que se traduz sempre numa penalidade, pois consiste afinal numa restrição da liberdade do infractor ou numa diminuïção da sua fortuna pessoal.

E porque as determinações ou decisões do poder judicial teem a fôrça potencial inerente da *coacção,* isto é, o poder de se tornarem efectivas, de se executarem, mediante o emprêgo da fôrça pública do Estado, se tanto fôr necessário, resulta que a obrigatoriedade da norma jurídica tem na verdade um carácter real e efectivo.

É neste sentido que se diz serem as regras de direito

as que são reconhecidas e aplicadas *coactivamente* pelo Estado, e que todo o direito é *positivo* (1).

Êste carácter próprio do *Direito* coordena-se com a sua função específica, da qual é uma derivação lógica, um corolário imediato.

As diversas normas de conduta na vida social teem todas um papel ou missão comum: disciplinar as actividades individuais de maneira a manter a ordem e realizar a harmonia dos interesses na sociedade, dirigindo-os para o fim supremo, que é a realização do bem.

Dentre elas destacam-se as normas jurídicas que, justamente pela sua maior importância, teem um carácter mais preciso e concreto de obrigatoriedade.

Os escritores caracterizam geralmente a função do Direito pela necessária garantia das condições fundamentais da existência e desenvolvimento da sociedade.

As normas religiosas e morais, tendo por fim assegurar a ordem e harmonia dos indivíduos na sociedade, também se destinam afinal a garantir a vida social.

A diferença está em que o Direito apenas garante as condições consideradas essenciais em cada momento histórico, e, por isso mesmo que se trata das condições mais importantes da vida social, a sua garantia tem um carácter mais positivo, a *obrigatoriedade coactiva.*

Para regular a actividade do homem na sociedade o direito procura estabelecer nas relações sociais uma ordem estável, que se chama a *ordem jurídica:* procura realizar na ordem jurídica a mesma regularidade e harmonia com que se desenvolvem os processos da natureza exterior. No mundo da natureza a ordem realiza-se por *necessidade física;* no mundo social por *necessidade jurídica.*

Tanto no seu fim como na sua função se encontra o fundamento da *necessidade,* propondo-se garantir

(1) Dr. Alves Moreira, *Instituições de Direito Civil Português,* I, pág. 2.

aquilo que é *necessário, fundamental* e *indispensável* à vida em comum (1).

5. **Origem social do direito. A escola do direito natural e a escola histórica.**—O direito, sendo um fenómeno social, é necessàriamente um produto resultante da própria organização e vida da sociedade humana.

Mas, sendo declarado e reduzido a preceitos ou regras pelos dirigentes da sociedade, profundas divergências separaram os filósofos sôbre a origem real do direito.

Nos séculos XVII e XVIII preponderou a concepção racionalista do direito, constituindo a chamada *escola do direito natural,* que considerava o direito como um produto da razão humana. Segundo esta escola, é pelo raciocínio sôbre a própria natureza humana que o homem organiza um sistema de direito ideal e perfeito, espécie de modêlo, do qual devem aproximar-se o mais possível as instituïções sociais.

Contra esta concepção metafísica se manifestou Montesquieu na obra *Esprit des lois,* mostrando que os homens não podem ser dirigidos por suas fantasias, e que pelo contrário as suas leis são ditadas pela natureza das cousas, isto é, por um conjunto de circunstâncias que explicam a sua infinita variedade, como o meio físico do país, a qualidade do terreno, a situação, a sua grandeza, o género de vidas dos habitantes, as suas inclinações, o seu comércio, os seus costumes (2).

Esta doutrina de Montesquieu, verificada no desenvolvimento histórico do direito, constituiu no princípio do século XIX *a escola histórica,* representada principalmente por Savigny, na Alemanha.

(1) Dr. Rocha Saraiva, *Construção Jurídica do Estado,* I, pág. 32; Filomusi Guelfi, *Enciclopedia Giuridica,* §§ 13 e 14; Simoncelli, *Ist.,* pág. 30.

(2) Montesquieu, *Esprit des lois,* I cap. 3.º; Capitant, *Introduction a l'étude du Droit Civil,* pág. 6.

Para esta escola, o direito, em vez de ser uma creação mais ou menos arbitrária do legislador, um produto teórico e abstrato do raciocínio, é uma resultante necessária das próprias relações sociais, que êle é destinado a regular e garantir; é um produto do desenvolvimento histórico da sociedade, que se impõe à consciência colectiva, ao espírito nacional, como conseqüência imediata das necessidades e aspirações de cada época.

Á medida que as condições da vida social vão mudando com o progresso e a civilização, o direito vai-se transformando correlativamente, adaptando-se sempre às novas situações.

Esta concepção evolutiva do direito impõe-se como verdade indiscutível, em face das transformações históricas por que teem passado as instituïções jurídicas.

Entretanto a doutrina da escola histórica exagerou a concepção evolutiva do direito até ao ponto de o considerar como um produto fatal do meio em que se forma, de modo que o legislador só pode intervir na sua formação para o reconhecer e declarar; o fatalismo preside à formação e ao desenvolvimento do direito, que se realiza por uma forma automática, independente da vontade do homem.

É nesta concepção automática que está o exagero da escola histórica.

Há sempre uma parte de iniciativa na função do legislador.

É certo que o legislador procede sob a influência de causas superiores à sua iniciativa, não podendo fazer direito arbitràriamente, sob o impulso dos caprichos da sua vontade.

Mas quando as necessidades sociais reclamam novas instituïções jurídicas, o legislador tem sempre uma certa iniciativa, porque pode sempre escolher, entre diversos sistemas ou soluções, o que mais adequado lhe parecer para a realização do fim proposto, e mais em harmonia com as condições do meio social.

Como diz justamente Capitant, o legislador não é uma máquina inconsciente, que se limite a reconhecer o direito (1).

6. **Conceito e fundamento do direito.** — O direito é norma das acções humanas na vida social, estabelecida por uma organização soberana e imposta coactivamente à observância de todos.

Como diz Ruggiero, êle surge como um produto da vida social, e como criação do espírito humano; pelos homens é criado e aos homens serve, pois que as suas acções governa, dirigindo-as para o fim supremo, que é a realização do bem.

O seu natural fundamento é portanto a *natureza humana*.

Não é possível conceber um complexo de normas reguladoras da vida dos outros seres inferiores, que não sejam as leis físicas, químicas ou biológicas. E quando alguns jurisconsultos romanos, como Ulpiano, falavam de um direito natural, que não é próprio e exclusivo dos homens, mas comum a êstes e aos animais (2), não pode entender-se que se trate de verdadeiras normas jurídicas, mas apenas de regras da natureza, em virtude das quais, assim como os homens se unem pelo matrimónio para procriar e educar a prole, também semelhantemente os animais se juntam pelo instinto da conservação da espécie para criar os seus filhos.

Podem os animais ser tomados em consideração pelo direito: mas isso não significa regime de relações jurídicas entre homens e animais, pois se trata de nor-

(1) Capitant, *Introduction à l'étude du Droit Civil*, pág. 7 e 9.

(2) *Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam jus istud humanis generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra quae in mari nascuntur, avium quoque commune est, hinc descendit maris atque feminae conjunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim caetera quoque animalia, feras istius juris peritia censeri.*

mas jurídicas ordenadas para fins sociais, como são, por exemplo, as que proïbem os maus tratos sôbre os animais domésticos, as quais teem por fim aperfeiçoar o sentimento humano, evitando o espectáculo degradante da brutalidade exercida contra seres vivos e sensíveis, que ao homem prestam constantes serviços.

Mas a natureza humana, base e fundamento do direito, não é a do homem no estado selvagem ou a natureza individual do homem isolado, que nem mesmo se compreende. É da *natureza social* do homem que deriva a concepção e a necessidade do direito.

É que os fins que o indivíduo não pode conseguir por si só, com as suas fôrças isoladas, podem ser atingidos na convivência social com a cooperação dos seus semelhantes. No seio da convivência humana integram-se as fôrças de cada um com as fôrças dos outros, e neste processo contínuo de integração de fôrças se consegue a realização dos fins.

Mas para que as fôrças individuais de cada um se possam combinar e integrar com as dos outros, e todas harmònicamente coordenadas se dirijam à realização do bem comum, é indispensável uma *ordem* devidamente regulamentada. A *ordem* exige que as actividades singulares sejam disciplinadas, coordenando-se e subordinando-se entre si, de modo que a de cada um seja não só possível em frente ou ao lado da dos outros, mas útil e profícua nos resultados finais. Por isso a liberdade individual, sôbre a qual o direito naturalmente se baseia, como um seu necessário presuposto, tem de ser mais ou menos limitada, tanto quanto fôr preciso para poderem coexistir as liberdades de todos: é precisamente na *coexistência* das diferentes *liberdades individuais* que se torna possível aquele processo recíproco de integração e combinação, de que depende a viabilidade dos fins sociais.

Ora a convivência social governada pela ordem e capaz de dar realização aos fins sociais, não é um qual-

quer informe agrupamento de homens; mas sòmente a agregação orgânica, sòlidamente constituída, que dá ao grupo social uma certa unidade e consistência política; é, emfim, a forma social que tem a sua mais elevada expressão na organização jurídica do Estado.

O modo como devem, em cada organismo social assim constituído, desenvolver-se as actividades particulares dos associados, e a medida em que, para a coexistência de todos, deve restringir-se ou limitar-se a liberdade de cada um, é uma questão de facto, de carácter eminentemente político e contingente, cuja solução está sujeita a critérios variáveis, conforme as condições de cultura, de civilização e de desenvolvimento social atingido por cada sociedade nas diferentes fases da sua existência.

É pois sôbre os conceitos de *ordem, de coexistência e de liberdade* que se funda o *direito*.

Foi partindo do conceito de ordem e harmonia que Dante o definiu: *realis et personalis hominis ad hominem proportio, quae servata servat societatem, corrupta corrumpit* (1).

E foi partindo do conceito da liberdade e do princípio da condicionalidade, que Kant o definiu: «o conjunto das condições, por meio das quais o arbítrio de cada um pode ser conciliado com o arbítrio dos outros, segundo uma lei universal de liberdade»; e Krause, acentuando ainda mais a ideia da condicionalidade: «a totalidade das condições dependentes da liberdade para a realização do próprio destino».

O direito é, pois, um *sistema de limites*.

Mas esta limitação da esfera de liberdade individual, único processo pelo qual se torna possível que cada um, exercendo a própria actividade dentro dos respectivos limites, seja colocado em situação de conse-

(1) *De Monarchia*, 2, 5.

guir o próprio aperfeiçoamento e colaborar no de todos, não é concebível, com os seus caracteres essenciais de obrigatoriedade e universalidade, senão emquanto emanar de uma autoridade soberana, à qual os indivíduos estejam sujeitos e devam obediência.

Surge assim a ideia de lei, isto é, uma norma obrigatória e universal, que se impõe a todos os indivíduos e disciplina a sua conduta nas relações exteriores, e que deriva da vontade geral dos consociados representada pelos órgãos do poder soberano, e cuja observância é tutelada e garantida pelo Estado. O conceito da coacção, ou seja a possibilidade de compelir os indivíduos à observância da norma que o poder soberano ditou, torna-se assim inseparável do direito.

E assim o direito é definido por muitos, com Jhering: «a garantia das condições de vida da sociedade na forma da coacção» (1).

7. **Principais significados da palavra «Direito». Direito objectivo e Direito subjectivo.** — Até aqui temos falado do *direito* considerado no seu aspecto mais geral de facto ou fenómeno social necessário, ou seja, como a norma imposta à conduta dos homens por um poder soberano (Estado), que tutela e garante a sua observância.

Mas a palavra «*Direito*» tem diversos significados, sendo quatro os principais: o direito no sentido *objectivo*, no sentido *subjectivo*, como expressão da «*Justiça*», e no sentido de sciência.

No primeiro sentido é a norma jurídica imposta à conduta humana, de que temos tratado — *Jus est norma agendi*.

É neste sentido que se emprega a palavra nas expressões: direito político, direito constitucional, direito

(1) Jhering, *Der Zweck im Recht*, I, pág. 434; Ruggiero, *Ist.*, I, pág. 19-23.

administrativo, direito civil, direito comercial; e também em frases como estas: «o direito proïbe que nos apropriemos das cousas alheias», «o direito impõe ao cônjuge o dever de fidelidade», «o direito dá-me a faculdade de gozar e dispor do que é meu».

No segundo sentido designa um poder ou faculdade reconhecido pela lei (direito objectivo) às pessoas, permitindo-lhes praticar certos actos — *Jus est facultas agendi*. É assim que se fala do «direito que tem o indivíduo de fazer testamento», do «direito que tem o proprietário de dispor das suas cousas», do «direito que tem o credor contra o devedor», e semelhantes. É também neste sentido que se emprega a palavra nas expressões «direitos civis», «direitos políticos» ou simplesmente no plural «direitos».

Na primeira acepção é o que na linguagem técnica se chama o *direito objectivo*, na segunda o que se chama o *direito subjectivo* (1).

No sentido objectivo, o *direito* é sinónimo de *lei*, e define-se: *regra ou norma de conduta social, cuja observância é coactivamente imposta pela autoridade pública*; é, emfim, o sistema de regras obrigatórias que regulam as relações dos homens em sociedade (Capitant) (2), ou seja, a norma social imposta pela sociedade constituída a si mesma e aos seus associados (Chironi e Abello) (3).

Subjectivamente considerado, o *direito* consiste na própria *garantia* fornecida pela função social do direito objectivo.

Na regulamentação e garantia da vida social o direito tem por fim proteger o desenvolvimento de

(1) Ruggiero, *Ist.*, I, pág. 23.
(2) Capitant, *Introduction*, pág. 1-3.
(3) Chironi e Abello, *Trattato di Diritto Civile Italiano*, I, pág. 6 e 109; Capitant, *obr. cit.*, pág. 1-3; Planiol, *Traité élémentaire de Droit Civil*, I, pág. 1; Dr. Teixeira de Abreu, *Curso de Direito Civil*, pág. 1.

todas as necessidades, harmonizando o bem-estar do indivíduo com o da comunidade.

Para êste efeito determina a esfera das diferentes actividades e o modo como podem ser exercidas, estabelecendo assim as faculdades ou garantias jurídicas de cada um.

Estas faculdades ou garantias são os direitos chamados *subjectivos*.

É o direito subjectivo que o nosso código civil define no art. 2.º: «*a faculdade moral de praticar ou de deixar de praticar certos factos*». Esta noção é, porém, muito imperfeita, pois confunde o direito e a moral, princípios que são essencialmente diversos.

O direito subjectivo é um interesse material ou moral garantido pela lei, que reconhece ao interessado o poder de praticar os actos necessários para realizar o mesmo interesse.

Tais são o direito de crédito, de propriedade, e os de família.

Ao direito subjectivo corresponde sempre uma *obrigação*, que o nosso código civil define no art. 2.º «*a necessidade moral de praticar ou de não praticar certos factos*».

A obrigação correlativa do direito subjectivo é, ou uma simples obrigação negativa, que recai sôbre toda a gente, e consiste em nada fazer que obste ao exercício do direito, como acontece no direito de propriedade, ou uma obrigação que recai sôbre uma pessoa determinada, colocando-a num certo estado de dependência em relação ao titular do direito, como acontece no direito do credor em relação ao devedor.

Mas que relação há entre o direito objectivo e o subjectivo?

O direito subjectivo é considerado como um domínio da vontade, um poder de querer, ou como um interesse humano juridicamente garantido; e a relação em que êle se encontra com o direito objectivo não é, por-

tanto, uma relação antagónica, pela qual um se contrapõe ao outro, nem uma relação cronológica, pela qual algum dêles é anterior ao outro. Pelo contrário, os dois nascem conjuntamente e concordemente da acção do homem, um como vontade geral, isto é, como acôrdo das vontades particulares, o outro como vontade particular, que se concretiza e manifesta como parte da vontade geral. São aspectos dum conceito único, embora figuras ou formações diversas.

É que com efeito, se o fenómeno jurídico se considera em relação à vontade geral da colectividade, êle aparece como norma reguladora da actividade do indivíduo, que limitando a sua natural liberdade coordena a sua acção com a dos outros, tornando o seu próprio interesse compatível com o de todos; mas, se o consideramos em relação com o indivíduo, êle aparece então como faculdade que a êste é reconhecida para proceder em conformidade com a regra objectiva, garantia que é tutelada e protegida pela organização jurídica (1).

Como diz o Dr. Alves Moreira, o direito subjectivo pressupõe necessàriamente o direito objectivo, ou uma lei que o reconheça e garanta, quer declarando-o expressamente, quer não o proïbindo, pois que, sendo o direito objectivo uma restrição da liberdade, determinando-se por êle os limites dentro dos quais se podem desenvolver as fôrças individuais, segue-se que onde essa limitação não existe há implicitamente o reconhecimento da liberdade individual.

É assim que no art. 3.°, n.° 1.°, da Constituïção se reproduziu o preceito que se encontrava consignado no § 1.° do art. 145.° da Carta Constitucional: «nenhum cidadão pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da lei» (2).

(1) Ruggiero, *Ist.*, I, pág. 23 e 24.
(2) Dr. Alves Moreira, *Instituições de Direito Civil Português*, I, pág. 4 e 5.

Pacchioni sintetisa por uma forma muito lúcida e expressiva as relações entre o direito objectivo e o subjectivo, dizendo que o direito em *sentido subjectivo* não é senão o reflexo do direito em *sentido objectivo*.

O direito objectivo, por exemplo, estabelece em que condições e entre que limites é admissível uma propriedade individual. Êste é o direito de propriedade em sentido objectivo. O direito de propriedade em sentido subjectivo é o complexo de actos e de pretensões que pode realizar e fazer valer todo o indivíduo que seja proprietário duma certa cousa.

O direito objectivo estabelece em que condições e em que limites pode um credor compensar-se, pelos bens do devedor, da falta de cumprimento da prestação a que êste estava obrigado. Isto é o direito das obrigações em sentido objectivo. O direito de crédito em sentido subjectivo é o complexo de pretensões e actos que pode realizar todo o credor em relação ao seu devedor.

O direito subjectivo vai até onde chega a correspondente norma de direito objectivo que constitue a sua base. Não se pode, portanto, conceber um direito subjectivo ao qual não corresponda uma norma de direito objectivo, e assim também se não pode fàcilmente conceber uma norma de direito objectivo à qual não correspondam direitos subjectivos (1).

A palavra *direito* emprega-se também como sinónimo de *justiça*, e designando a *sciência* que tem por objecto a vida jurídica.

Como sinónimo de *justiça* emprega-se a palavra *direito* precisamente para exprimir o que é *justo*, isto é, conforme com as condições de existência e desenvolvimento do indivíduo e da sociedade.

(1) Pacchioni, *Elementi di Diritto Civile*, pág. 16 e 17.

Como sciencia o *direito* constitue uma parte ou um dos ramos das sciências sociais, que teem precisamente por objecto o estudo dos fenómenos jurídicos, ou o próprio direito, tanto no sentido objectivo como no subjectivo.

8. **Distinção e relações entre o direito e a moral.**— Determinado o conceito da norma jurídica, importa agora fixar os caracteres distintivos da moral e as relações que existem entre as duas espécies de normas. O argumento é dos mais delicados, diz Ruggiero, porque as duas normas, emquanto por um lado nitidamente se separam, por outro manteem entre si relações tão estreitas que muito difícil se torna delimitar o seu respectivo campo de acção. É que não há, como diz o Dr. Rocha Saraiva, uma barreira fixa, permanente, que separe a moral do direito: regras hontem simplesmente morais teem hoje um carácter jurídico e vice-versa. A linha que as separa é uma linha flutuante, que se desloca com as fases da evolução social (1).

Entre o direito e a moral há uma relação tão íntima, que dum modo geral pode dizer-se que na moral se contém todo o direito, pois não é admissível um sistema de leis que não seja integralmente baseado em princípios morais.

A moral é o grande conjunto de regras de conduta social, uma parte das quais é tão necessária e imprescindível para a vida da sociedade, que precisam de ser formuladas em leis de fôrça obrigatória.

A moral é um género, de que o direito é uma espécie.

O direito limitando o seu campo à função de tutela ou garantia da vida social restringe-se ao que se chama o «*mínimo ético*», quer dizer, restringe-se a garantir

(1) Dr. Rocha Saraiva, *Constr. Jur.*, I, pág. 30; Ruggiero *Ist.*, I, pág. 24.

do campo ético só o que é estritamente necessário à vida em comum (1).

Em todo o caso é certo que esta coincidência do campo jurídico com o da moral nem sempre se verifica, porque se, por um lado, muitas regras de direito são por assim dizer amorais, nem morais nem imorais, por outro lado, há muitos actos reconhecidos pelo direito, apesar de contrários à moral, e muitos outros são proïbidos pela lei, embora consentidos pela moral.

O facto é que a moral e o direito teem uma base ética comum, e porisso os campos de acção das respectivas normas, embora se não confundam, entrelaçam-se a cada passo na direcção da conduta humana.

Assim quando o grande jurisconsulto romano Ulpiano, para designar o conteúdo da norma jurídica, diz: «*Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*», a indicação dêste tríplice preceito não pretende decerto delimitar o campo jurídico, pois é indubitável que viver honestamente, não ofender outrem e dar a cada um o que lhe pertence, são ao mesmo tempo normas do direito e normas fundamentais da moral.

O campo da norma moral tem certamente uma extensão mais ampla que o da norma jurídica; e êste conceito encontra-se expresso já em várias passagens dos textos romanos, como, por exemplo, esta do insigne jurisconsulto Paulo «*non omne quod licet honestum est*». Mas nem assim se fixam os limites dos dois campos, ou seja, a linha onde termina a norma jurídica e começa a imperar a regra moral.

Para bem distinguir a moral do direito é neeessário ter em vista que toda a acção do homem é constituída por duas fases ou dois momentos diversos: um interno, psíquico, volitivo, e outro externo, físico; um é a *inten-*

(1) Vanni, *Lezioni*, pág. 108 e seg.; Filomusi Guelfi, *Enciclopedia*, §§ 10, 11 e 12; Simoncelli, *Ist.*, pág. 36.

ção que determina a acção; o outro é o acto exterior; ora, emquanto que a norma moral se dirige ao primeiro e o domina, a norma jurídica dirige-se ao segundo.

Para a norma moral o que tem importância não é o acto em si, mas a intenção de quem o pratica; ela não aprecia o facto material, mas sim os propósitos do seu autor; de tal modo que, embora o acto produza efeitos úteis, êle não tem valor para a lei moral, se não é acompanhado da boa intenção do agente.

Pelo contrário, para a norma jurídica o que tem importância é o acto em si mesmo, nos seus efeitos externos, porque ela não precisa nem pretende governar o íntimo querer dos homens, mas sòmente a sua actividade nas relações do mundo externo.

Mas nem por isso se pode dizer que o direito prescinde sempre da consideração do elemento interno, e que a moral prescinde sempre da do elemento externo. O direito considera também o momento interno, quando investiga, por exemplo, se a vontade do agente teria sido viciada por dolo, êrro ou violência, e se o acto teria sido praticado por uma determinação da vontade ou se, pelo contrário, o efeito concreto teria excedido a intenção do agente; e, por seu lado, a moral considera também o momento externo, quando indaga o modo como à intenção correspondeu a execução.

A verdade é pois esta: que a moral toma em consideração predominante o momento interno das acções; o direito, principalmente o seu momento externo.

Daí a natureza distinta das duas normas, pelo diverso aspecto em que elas contemplam o mesmo acto do homem. E daí, por conseqüência, a diversa sanção de que uma e outra são acompanhadas.

A norma jurídica, dirigindo e regulando a actividade dos homens, constrange a sua liberdade entre limites determinados, que não é lícito ultrapassar; por isso e para isso precisa de uma sanção física, que consiste

precisamente no *constrangimento*, pelo qual o individuo é compelido à observância dos seus preceitos.

É pois a *coacção*, ou antes *a possibilidade da coacção*, que caracteriza a eficácia da norma jurídica.

Pelo contrário, a norma moral, dirigindo-se apenas à intenção, é naturalmente incapaz dum constrangimento externo, que é de facto incompatível com o seu conceito psíquico, porque a moral, avaliando o acto pela bondade intrínseca da intenção, dá valor exclusivo à expontaneidade, e a possibilidade dum constrangimento destruiria êste requisito essencial.

O critério distintivo entre as duas normas está, portanto, na *coercibilidade* para o *direito*, na *incoercibilidade* para a *moral*, que não tem qualquer sanção fora da consciência (remorso) ou da opinião pública.

Distintas as duas normas, elas não são, porém, antagónicas, nem mesmo vivem completamente separadas. Há, pelo contrário, entre elas muitas íntimas relações, que resultam, não só da sua origem comum, a consciência social, mas ainda do fenómeno de perpétua evolução, pelo qual normalmente as regras da moral tendem a transformar-se em regras de direito.

Abstraindo das regras jurídicas que podemos qualificar de amorais, porque não atingem a ética social, e abrangem uma esfera de acção do domínio exclusivo do direito, como são as relativas às formalidades externas dos actos, aos prazos ou termos, ao processo judicial e outras semelhantes, pode dizer-se de um modo geral que tudo aquilo que o direito prescreve, o prescreve também a moral, pois não é concebível que um sistema jurídico contenha ordens positivas ou negativas que repugnem ao senso moral; donde resulta que é vastíssimo o campo das acções humanas, em que imperam simultâneamente as duas espécies de normas (não matar, não roubar, respeitar os paes, criar e educar os filhos, etc.). E quando excepcionalmente aconteça que um preceito jurídico é contrário à moral, êle está neces-

sariamente condenado a desaparecer sob a pressão dos factores da ordem jurídica, entre os quais, ao lado da necessidade de realização dos fins sociais, impera com grande fôrça a moralidade dos meios adequados.

Não é verdadeira a proposição recíproca, isto é: que o preceituado pela moral seja também prescrito pelo direito. Como já vimos, o direito tem um campo de acção mais restrito, é o *mínimo ético* essencial à vida da sociedade. Mas subsiste em todo o caso o íntimo nexo jurídico-moral, na tendência dos preceitos morais para se tornarem jurídicos, tendência que se acentua e concretiza sempre que as necessidades de ordem moral se impõem à consciência comum como dignas de uma tutela mais eficaz do que a simples sanção moral.

De resto, muitas vezes o direito se refere de um modo expresso aos princípios morais, integrando-os no todo ou em parte como elementos fundamentais da ordem jurídica. São substancialmente morais os preceitos de bons costumes que impõem o pudor, a vergonha, a honestidade no comportamento, e semelhantes; pois o direito toma-os como base dos seus preceitos, não só quando pela lei penal pune os actos que lhes são contrários, mas também quando civilmente pune a sua violação, como, por exemplo, quando se declaram absolutamente nulos os actos e contratos contrários à moral pública (art. 10.°, 671.°, n.° 4.° e 692.° do código civil), e quando se reconhece ao doador o direito de revogar a doação por ingratidão do donatário (art. 1482.°, n.° 3.°, e 1488.°) (1).

As normas de conduta humana na vida social teem todas o mesmo fim e fundamento, que é a realização mais ou menos perfeita do princípio fundamental, estrutural e orgânico da vida das sociedades — a *solidariedade* de todos os seus elementos ou órgãos, a *solidariedade social*.

(1) Ruggiero, *Ist.*, I, pág. 24-27.

Compreende-se pois bem, diz o Dr. Rocha Saraiva, que ao lado do direito se elabore na consciência colectiva uma outra espécie de normas que, não tendo o carácter de necessidade da regra jurídica, prescrevem ao homem uma conduta que, não sendo indispensável à existência da sociedade, torna no entanto a vida social mais perfeita.

A moral desempenha, portanto, uma função *perfectiva*. Da função específica de cada grupo de normas deriva um conjunto de características formais com que se tem distinguido, uma da outra, as duas regras de conduta. Mas porque são formais não podemos elevar nenhuma delas a critério único e rigoroso de distinção, sob pena de relegar para um grupo normas que, pela função social que desempenham, devem pertencer ao outro grupo.

Os principais caracteres que, sob o ponto de vista formal, diferenciam o direito da moral são:

1.° O direito tem, em regra, maior certeza e determinação do que a moral;
2.° As regras jurídicas são bilaterais (reconhecem direitos e impõem obrigações); as regras morais são unilaterais (impõem simplesmente deveres);
3.° O direito refere-se provavelmente às acções externas e não às intenções, ao passo que a moral estende-se a todas as acções, olhando-as pelo seu lado interno;
4.° E porisso, o direito pode ser e é, em geral, garantido pela coacção: a moral não (1).

(1) Dr. Rocha Saraiva, *Constr. Jur.*, I, pág. 33-35.

9. **Processo social da formação e desenvolvimento da norma jurídica.** — O direito é positivamente um fenómeno social. O direito puramente individual não passa de mera abstracção ou concepção metafísica, sem correspondência de qualquer realidade na vida.

O direito exclusivamente individual não poderia mesmo existir, como existir não pode o indivíduo no estado de isolamento.

É porisso que a norma jurídica só se concebe como um produto resultante da própria organização e vida da sociedade humana.

Mas qual é o processo por que se forma, elabora e realiza a norma de direito?

A multiplicidade infinita de ideas, de teorias, doutrinas e sistemas filosóficos sôbre o problema da vida do direito constitui um verdadeiro labirinto, onde corre o risco de perder-se o mais experimentado cultor da sciência jurídica. Porisso nos não embrenharemos nele, e nos limitamos a expor os conceitos fundamentais que êle sugere.

Segundo o nosso modo de ver, todas as doutrinas se podem reduzir a cinco conceitos fundamentais: o conceito *racionalista* da escola do *direito natural*, o conceito *automático da escola histórica*, o *conceito político* da escola da *soberania do Estado*, o conceito *positivista* da escola *realista*, e o conceito *social* da escola *sociológica*.

Segundo o critério *racionalista* do direito natural, o processo da formação e realização da norma jurídica, ou direito objectivo, não é outra cousa senão o desenvolvimento e aplicação dos princípios fundamentais, universais e permanentes, formulados pela razão, para traduzir os direitos essenciais e indiscutíveis do indivíduo, porque são uma conseqüência da própria natureza humana.

Como reacção contra o carácter abstrato e metafísico da clássica doutrina do século XVIII surgiu, e desen-

volveu-se no século XIX, a doutrina da escola histórica, que nos seus exageros do conceito histórico-evolucionista do direito foi até ao ponto de formular o processo *automático* ou mecânico da formação e desenvolvimento das normas jurídicas, segundo o qual o direito se elabora e realiza como um produto fatal das condições do meio, não intervindo a obra do legislador senão para o reconhecer e declarar.

Como reacção contra o exagero da escola histórica surgiu e desenvolveu-se na doutrina dos escritores de direito público, sobretudo na Alemanha, o critério político da função legislativa soberana do Estado.

Tal é a doutrina dos dois maiores publicistas alemães, Laband e Jellinek, embora êste considere a criação exclusiva do direito pelo Estado, não um princípio teórico, mas o resultado dum processo histórico (1).

Como reacção contra o autoritarismo do critério político, e também contra o direito natural e o automatismo do direito histórico, apareceu uma corrente de escritores modernos, que se propõe aplicar ao exame dos fenómenos jurídicos sòmente o método positivo da observação das realidades.

Segundo esta doutrina, que denominamos o conceito *positivista* da escola *realista*, o direito forma-se e realiza-se pela construção das normas que em cada época social são consideradas pela generalidade dos indivíduos como necessárias e idóneas para a satisfação dos fins sociais.

O principal representante da moderna escola é o notável publicista Léon Duguit, professor em Bordeaux, que em todos os seus livros, e principalmente na última edição do seu *Traité de Droit Constitutionnel*, faz uma calorosa defesa da moderna doutrina.

Segundo Duguit a existência da regra de direito,

(1) Dr. Rocha Saraiva, *Constr. Jur.*, I, pág. 20.

com fôrça obrigatória para todos, governantes e governados, Estado e cidadãos, concebe-se sem necessidade de a fazer derivar dum princípio superior de ordem metafísica. Uma norma económica ou moral transforma-se em regra de direito, num dado momento, sem a intervenção do Estado. Certamente êste intervem muitas vezes, quási sempre nas nações modernas, que atingiram a fase legislativa da evolução jurídica. Mas não é esta intervenção que dá à regra o carácter de norma jurídica, nem teria fôrça para lho dar, se ela o não tivesse já por si mesma. Uma regra económica ou moral passa a ser norma jurídica quando na consciência da generalidade dos indivíduos que compõem um grupo social dado penetrou a noção de que o mesmo grupo, ou os indivíduos que nele são os detentores da maior fôrça, podem intervir para reprimir as violações da regra; por outras palavras, há regra de direito quando a massa dos indivíduos do grupo compreende e admite que uma reacção contra os transgressores da regra pode e deve ser socialmente organizada. Esta organização pode não existir ainda; pode ser embrionária ou esporádica; isso pouco importa. É no momento em que a massa dos espíritos a concebe, a deseja, e provoca a sua constituïção, que aparece a regra de direito (1).

Por fim, e como síntese das doutrinas das diversas escolas, na parte em que cada uma delas estabelece princípios certos e fàcilmente verificáveis pelos processos do método indutivo, não é difícil constituir sôbre bases scientíficas a doutrina, que nos parece a verdadeira, e que denominamos o conceito *social* da escola *sociológica*.

É, no fundo, e em parte, a mesma doutrina que entre nós já foi exposta pelo nosso distinto colega

(1) Duguit, *Traité*, pág. 35 e 36.

Dr. Rocha Saraiva, na sua obra excelente sôbre a *Construção Jurídica do Estado*.

O direito só é concebível como um fenómeno social, e a sua formação e desenvolvimento só se compreendem quando referidos à consciência colectiva, considerada como um fenómeno de coordenação, combinação e compenetração das consciências individuais.

«É que o direito é sem dúvida o producto dum processo psychico collectivo; em toda a communidade, o facto da solidariedade social determina a formação de ideias, sentimentos e convicções dominantes, quanto aos modos que a conducta humana deve seguir, às normas a que deve conformar-se. Estas ideias e sentimentos vem por vezes acompanhadas da *opinio necessitatis*, da persuasão de que determinadas normas devem a todo o custo observar-se e, assim, no grupo social, vontades convergentes impõem à vontade de cada indivíduo o cumprimento da regra de conduta».

«Aquellas ideias, sentimentos e convicções, em parte património herdado das gerações passadas e em parte elaboradas na geração presente por aquelle processo de combinação, a que já acima nos referimos, um caracteristico dos phenomedos sociaes, chamadas por Savigny *convicções juridicas*, por Ardigó *idealidades sociaes* e por Fouillée *ideias forças*, constituem a consciencia ethico-juridica dum povo».

«Estas idealidades sociaes, mais ou menos imprecisas e fluctuantes, que, vivendo diffundidas pelas consciencias dos associados, representam o lado interno da formação do direito, cristallizam-se depois, mediante um processo exterior, em formas mais ou menos precisas, visiveis e concretas (costumes, leis). E, fixadas estas, outras idealidades e pelo mesmo processo se vam formando e desenvolvendo, e consequentemente outros costumes e leis se vam elaborando e fixando».

«Nas phases primitivas da evolução juridica, a producção do direito pela consciencia social é directa e

immediata, isto é, domina o costume como fonte de direito; nas phases mais adiantadas daquella evolução, de harmonia com a lei da divisão do trabalho, no direito torna-se predominante a obra technica dum legislador que, por sua vez, se vale da obra do jurisconsulto, sôbre o espirito dos quaes actua sempre, é claro, a consciencia social, unica origem de todo o direito».

«Observamos, assim, duas partes distinctas no patrimonio juridico dum povo: um direito potencial, formado por aquellas idealidades que constituem a consciencia ethico-juridica desse povo; e um direito já realisado em costumes e leis, que é, por assim dizer, o precipitado historico daquelle direito ideal. Só nestes termos é admissivel a velha distincção do direito em natural e positivo e era já esta, sem dúvida, a ideia de Vico, quando definia o direito natural: «*il diritto ideale che corre in tempo*».

«O direito agita-se, pois, num movimento continuo de transformação paralello ao movimento das necessidades, ideias e sentimentos sociaes que o geram. Temos assim exposta a maneira natural e expontanea como a regra de direito nasce numa sociedade» (1).

Esta doutrina do ilustre professor parece-nos perfeitamente exacta.

Mas já não podemos dizer o mesmo do complemento que acrescenta, dizendo que a verdade é que a regra de direito existe independentemente do Estado, e que o seu desenvolvimento se realiza sem necessidade da intervenção do Estado, do que é prova exuberante a formação e desenvolvimento da norma consuetudinária (2).

Isto poderá ser verdade na formação do antigo direito, mas não o é positivamente na vida jurídica da sociedade moderna, em que a função técnica da formação e realização do direito pertence exclusivamente aos órgãos competentes do Estado.

(1) Dr. Rocha Saraiva, *Constr. Jur.*, I, pág. 14-16.
(2) Dr. Rocha Saraiva, *Constr. Jur.*, I, pág. 27.

Neste ponto o ilustre professor deixou-se influenciar pelo mesmo equívoco da escola histórica e da escola realista, as quais negam ao Estado a sua função jurídica predominante, determinadas por princípios diversos, que se reduzem ao preconceito fatalista da história, para a primeira, e ao preconceito liberal da política contemporânea, para a segunda.

Ora, a verdade é que na organização jurídica da sociedade actual o direito objectivo, ou seja, o direito positivo, só existe depois de formulado pelo Estado.

Hoje pode mesmo dizer-se que já não existe o direito consuetudinário, a não ser muito excepcionalmente..

As normas jurídicas dos antigos costumes encontram-se já reduzidas a leis escritas formuladas pelos órgãos do Estado.

E são esses mesmos órgãos que, observando o desenrolar constante das condições da vida social, e prescrutando as necessidades do país e as aspirações da consciência social, se apressam a dar-lhes satisfação por meio de novas leis e remodelações das antigas.

Sob êste ponto de vista é mais verdadeira a doutrina do conceito político. O êrro desta doutrina está apenas no carácter autoritário e discrecionário, que atribue ao poder legislativo do Estado.

A verdade é que nas sociedades modernas o Estado é quem organiza a ordem jurídica.

Mas no desempenho desta função não pode proceder arbitràriamente. O direito não é, não pode ser, uma criação do espírito, e muito menos o produto do capricho das vontades de quem representa e exerce os poderes políticos constituídos.

Pelo contrário, tem de conformar-se sempre com o estado das necessidades sociais da época (escola histórica), com os princípios fundamentais e superiores da justiça (direito nacional scientifico), e com as ideias,

sentimentos e aspirações da generalidade dos indivíduos (escola realista).

É que, com efeito, há em todas as doutrinas um fundo de verdade, que o espírito do sociólogo imparcialmente observador não pode deixar de reconhecer.

E a verdadeira doutrina é, portanto, a da escola sociológica, que na formação das regras de direito reconhece a influência de todos os elementos e factores que concorrem para a sua construção.

E esta conclusão é tão verdadeira que o próprio paladino do realismo jurídico, na sua última obra, embora insista na sua orientação realista, não hesita em afirmar que os sentimentos da sociabilidade e da justiça constituem a base e o fundamento de todo o direito (1).

10. **Função jurídica do Estado. Individualismo e socialismo.** — Referindo-nos à ordem jurídica das sociedades modernas, pode bem dizer-se, com Simoncelli, que o *direito* presupõe o *Estado*, assim como o Estado presupõe a *Sociedade*.

Por sociedade entende-se, em geral, todo o grupo organizado de homens, determinado pela necessidade comum de conseguir e realizar fins também comuns. E a organização implica um conjunto de normas reguladoras da conduta humana para um certo fim. As várias necessidades humanas, físicas, religiosas, morais, intelectuais, determinam os vários grupos sociais, que aumentam por isso em razão das necessidades sempre crescentes da civilização.

Por um lado, os fins e os interesses são conexos e interdependentes; por outro lado, são sempre dum modo geral os mesmos homens que diversamente se

(1) Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, 2.ª edition, pág. 47 e seg.

combinam nos grupos sociais para o prosseguimento dos fins humanos. E porisso necessàriamente os interesses e os grupos se coordenam e subordinam, conforme a sua importância para a vida social; e assim se forma o sistema de grupos, de interesses e de fins que se chama *sociedade humana*.

A vida social é a resultante de todas as necessidades e de todos os fins sociais; e dêles prevalecem os que mais directamente interessam à vida e à coexistência dos homens, segundo o grau de civilização.

A satisfação de todas as necessidades sociais importa a harmonia dos interesses; mas nem sempre a harmonia se realiza sem luta, acontecendo por vezes que um interesse se afirma egoìstamente contra os outros, e que um grupo tenta suplantar os outros grupos. Daí a necessidade dum poder superior, constituído para a garantia de todos, que estabeleça a medida e os limites dos interesses, que organize a ordem social e imponha o seu respeito por meio da coacção.

É a função jurídica do Estado (1).

Mas *qual* deve ser o critério orientador da actividade do Estado no exercício da sua função jurídica?

É o problema fundamental da liberdade, cuja solução tem sido disputada entre duas escolas opostas — a individualista e a socialista.

A doutrina individualista representa a escola clássica do direito natural. Partindo do princípio de que o direito tem por fim regular a actividade do indivíduo, considera o direito individual como a fonte de todo o direito, o facto jurídico primordial, anterior ao Estado, e superior à própria lei positiva; emfim, o homem, como pessoa dotada de pensar e querer, gosa por sua própria natureza, de direitos inatos, absolutos, que o

(1) Simoncelli, *Ist.*, pág. 7 e 8.

direito objectivo simplesmente vem reconhecer e regular.

Por conseqüência, não sendo a sociedade jurídica senão o conjunto dos direitos individuais, o fim do direito objectivo consiste apenas em assegurar o livre exercício dos direitos concorrentes e rivais; é, segundo a fórmula de Kant, realizar a coexistência dos direitos subjectivos, consistindo em limitar a liberdade de cada um na medida necessária para assegurar a liberdade de todos.

A conseqüência desta doutrina é a máxima restrição da esfera de acção da lei: considera, em princípio, a lei um mal, porque limita o uso dos direitos: e assim o ideal da justiça seria a máxima restrição do domínio da lei, deixando à actividade individual o máximo campo de desenvolvimento.

Na doutrina individualista há um princípio verdadeiro, o da iniciativa individual, que considera o respeito da liberdade e o desenvolvimento da actividade individual como condições essenciais da existência da própria sociedade.

Mas a essência da doutrina individualista, considerando o homem como a fonte primordial do direito, é uma concepção abstracta, em absoluta contradição com a realidade dos factos.

O direito tem o seu princípio e o seu fim na sociedade.

O homem isolado, que é já de per si uma abstracção sem realidade, ainda que de facto existisse, juridicamente não poderia existir, porque não podia gozar direitos nem estar sujeito a obrigações.

O direito só tem razão de ser nas relações sociais do homem.

Na determinação dos princípios fundamentais da justiça, deve, pois, tomar-se como ponto de partida a concepção social do homem.

O fim do direito será dirigir a actividade do homem nas suas relações sociais, no sentido que fôr mais harmónico com as condições de existência e desenvolvimento do indivíduo e da sociedade.

A primeira conseqüência é, ainda em harmonia com a doutrina individualista, a garantia da esfera de liberdade de cada indivíduo necessária para o desenvolvimento integral da sua actividade.

Mas o princípio individualista é insuficiente e perigoso, porque determinaria a eliminação dos fracos pelo triunfo opressivo dos fortes.

A existência da sociedade precisa do concurso solidário de todas as actividades que a compõem. E porisso não basta garantir a cada um a sua esfera de liberdade pessoal.

É necessário, além disso, fornecer a cada indivíduo os meios ou elementos de vida indispensáveis para o exercício da sua liberdade para o desenvolvimento das suas actividades.

Emfim, é preciso que o direito atenue tanto quanto possível a injustiça das desegualdades naturais e sociais, colocando os fracos em condições de poderem combater na luta pela vida.

Os direitos subjectivos, reconhecidos ao indivíduo pelo direito objectivo, devem ser regulamentados, não no interesse exclusivo do indivíduo, mas no interesse da sociedade: devem ser organizados socialmente, porque, na expressão de Ihering, os direitos individuais teem carácter social (1).

Em conclusão: a autonomia, a liberdade do indivíduo é condição do progresso social, e a sociedade é condição do desenvolvimento e da elevação do indivíduo. O ideal é, pois, uma organização em que o máximo de liberdade dos indivíduos se conjugue com o máximo de solidariedade do todo social (2).

---

(1) Capitant, pág. 12-15.
(2) Vanni, *Lezioni*, pág. 393 e seg.

Para êste ideal, diz bem Simoncelli, tende a organização social presente; nele se inspira a função do Estado moderno, que assenta em dois factos ou princípios fundamentais. O primeiro é que, dada a essência da natureza humana, embora se verifiquem no homem os sentimentos altruistas, o móbil principal da actividade humana é o interesse pessoal individual; todo o ideal de organização social que prescinda dêste facto é utopístico, e, comprimindo o interesse pessoal, reduz a actividade individual, que é o principal estímulo do progresso humano. Condição històricamente verificada e confirmada para o desenvolmento social é o reconhecimento da liberdade do indivíduo na esfera dos seus interesses, que é a maior conquista da época contemporânea, a emancipação social do homem: e todo o ideal de organização social que despreze êste facto repete erros e tiranias condenadas pela história e pela civilização (1).

Outro princípio fundamental é que, dada a identidade da natureza humana, todos os homens são juridicamente iguais, e todos devem poder desenvolver a sua actividade na satisfação das suas necessidades. O Estado tutela êstes elementos primários da vida e do desenvolvimento social, reconhecendo a cada homem uma esfera dentro da qual é livre, mas além da qual ofende os interesses e a liberdade dos outros; e daí o primeiro limite, o primeiro preceito do direito para a coexistência dos homens em sociedade — *neminem laedere.*

Mas a sociedade não é só coexistência de homens; é também cooperação, pois que a satisfação das necessidades humanas só pode realizar-se pela obra combinada de todos. Daqui um outro preceito da função jurídica do Estado, que garante a cooperação atribuindo a cada indivíduo uma retribuïção proporcionada ao ser-

(1) Raneletti, *Principii di Diritto Amministrativo,* n.º 10.

viço prestado: *unicuique suum tribuere.* E distingue-se a cooperação simples, que é a associação de trabalho, para a qual a retribuïção deve ser feita com a justiça que se chama *distribuitiva,* e a cooperação complexa, que é a divisão do trabalho, e dá lugar à troca de prestações entre os homens, para a qual a distribuïção se deve fazer com a justiça que se chama *comutativa,* devendo garantir a *equivalência* das prestações.

O Estado deve, pois, intervir na regulamentação do contrato de trabalho, assegurando ao trabalhador a justa remuneração do seu esfôrço.

Mas um modo de repartição exageradamente socialista, embora tècnicamente justo, que tivesse como resultado suprimir ou diminuir consideràvelmente a liberdade de iniciativa ou de acção, até ao ponto de esgotar ou mesmo apenas deprimir as fontes de produção, para ninguém seria um benefício: seria distribuïção, não da riqueza, mas da miséria social (1).

(1) Raneletti, *Principii di Diritto Amministrativo,* n.os 10 e 13; Simoncelli, *Istituzioni,* págs 10-12. A análise do sentimento de justiça, diz Duguit, foi feita por S. Thomaz de Aquino em termos que jàmais foram excedidos e que não é inútil reproduzir: «A justiça não tem realidade senão nas nossas relações com o próximo; ela não se aplica senão às acções e às cousas exteriores, e considerando-as sob um aspecto especial nas relações que elas são destinadas a estabelecer de um homem com outro.

A justiça particular aplica-se a cada pessoa privada enquanto esta pessoa se integra na comunidade, como a parte no todo. Ora, quando se trata da parte do todo, há duas espécies de ordens a considerar: a de parte a parte, a mesma que a duma pessoa privada a respeito de outra; tal é a ordem fixada pela justiça comutativa, que tem por objecto regular as relações mútuas entre as pessoas privadas. Há, em segundo lugar, a ordem que deve existir entre o todo e as suas partes, e é a mesma que reina entre a comunidade e as diversas pessoas que a compõem. Esta ordem é regulada pela justiça distribuitiva, que tem por objecto a repartição dos bens comuns segundo uma certa proporção. Por consequência, há realmente duas espécies de justiça, a comutativa e a distribuitiva. A forma geral de justiça é a egualdade. Nisto a justiça distribuitiva não difere da justiça comutativa. Sòmente a egualdade se toma na justiça distribuitiva segundo a relação geométrica, e na justiça comutativa segundo a relação aritmética. Cfr. Duguit, *Traité,* págs. 52 e 53.

11. — **Direito positivo e Direito natural.** — Direito natural e direito positivo são expressões muito freqüentes na linguagem da sciência jurídica, e geralmente empregadas como termos opostos.

Mas é curioso que à noção perfeitamente nítida e determinada do direito *positivo* corresponde a maior incerteza e indeterminação do chamado *direito natural*.

O direito positivo não é outra cousa senão o direito vigente em cada país, o direito objetivo, constituído em lei pelos competentes órgãos do Estado.

O conjunto de regras que realizam, nas diferentes sociedades juridicamente organizadas, e nos vários momentos históricos que elas atravessam, a ideia do direito, conforme a representação que em cada uma delas se forma da justiça, é o que se chama o *direito positivo*. Êste é, portanto, essencialmente nacional e histórico, isto é, corresponde aos caracteres próprios do povo que o adopta e do momento histórico em que o adopta. *Quod quisque populus ipse, sibi jus constituit*, diz-se numa passsagem das Institutas de Gaio, *id ipsius civitatis proprium est, vocaturque jus civile, quasi jus proprium ipsius civitatis*. É assim que se fala do direito português, do italiano, do direito inglês, etc., em relação aos caracteres nacionais de um ou doutro; e de um direito medieval ou do direito moderno, em relação ao tempo em que cada um teve fôrça obrigatória.

Mas sôbre o conceito do direito natural há tais divergências, que emquanto uns falam dêle para invocar os seus preceitos, outros contestam a sua existência; ao mesmo tempo os primeiros proclamam as mais contraditórias doutrinas em nome do mesmo direito natural.

Os que contestam a existência do direito natural afirmam que todo o direito é positivo, porque partem do princípio da coacção como elemento essencial e característico do direito, reconhecendo como jurídicas sòmente as normas declaradas pelo Estado obrigatórias (1).

Os que admitem o *direito natural*, designando-o assim, porque se funda na própria natureza, ou direito *racional*, emquanto se funda nas exigências da razão, formam dêle diversos conceitos, que podem reduzir-se a três: o conceito ideal da escola do direito natural, o conceito metafísico dos princípios superiores de direito, e o conceito moderno dos princípios de justiça social.

A escola do direito natural considerava o direito como um produto abstrato da razão, admitindo acima das leis positivas a existência de um direito ideal, constituído por um conjunto de princípios imutáveis, permanentes e universais, espécie de modêlo, do qual o direito positivo é apenas uma imitação. Êste conceito encontra-se já em várias passagens do direito romano. Já Paulo definia: *jus naturale, id quod semper bonum et aequum est*» e Justiniano dizia nas *Institutas*: «*Naturalia jura, quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quadam providentia constituta semper firma atque immutabilia permanent*».

Para esta escola, o papel do legislador consiste, pois, em aperfeiçoar a cópia, de maneira a aproximá-la o mais possível do modêlo.

«O direito natural, diz um discípulo desta escola, é a colecção de regras que é de desejar ver imediatamente transformadas em leis positivas» (2).

Mas já vimos como êste conceito ideal do direito caíu perante a concepção evolucionista da escola histórica.

Não foi, porém, de todo eliminado o conceito do direito natural, porque a própria escola histórica foi impugnada nos seus exageros.

O conceito de direito natural foi modificado, sendo

(1) Gianturco, *Istituzioni di diritto civile*, pág. 9.
(2) Oudot, *Premiers essais de philosophre du droit*, pág. 67.

aceite por muitos jurisconsultos no sentido de *«um pequeno número de máximas, fundadas sôbre a equidade e o bom senso, que se impõem ao legislador,* e segundo as quais a obra legislativa poderá ser apreciada» (1).

Segundo êste conceito, o direito natural não é a lei nem o ideal da lei: é a regra suprema da legislação.

O professor Planiol, um dos mais autorizados representantes desta doutrina, contrapõe ao conceito ideal de Oudot a ideia de que o direito natural se compõe de princípios superiores à lei, que seria, por conseqüência, inútil formular em artigos de direito positivo (2).

Esta concepção do direito natural não tem existência real, e é incompatível com a própria noção scientífica do direito.

Vimos, com efeito, que o direito se forma pela necessidade de regular e garantir as relações da vida social; e que só podem considerar-se de direito os princípios que são ou devem ser garantidos pela lei positiva.

Nestes termos não se compreende que princípios de direito haja tão superiores à lei que não carecem sequer de ser formulados em direito positivo.

De resto, os partidários dêste direito natural não formulam êsses princípios, apesar de dizerem que são em pequeno número; e alguns que formulam, como o direito de existência e de liberdade, o direito de trabalho e de propriedade, estão fora do referido conceito do direito natural, porque são expressamente consignados em artigos de direito positivo.

O conceito moderno do direito natural consiste nas ideias ou princípios fundamentais que inspiram e dirigem a organização jurídica.

É o princípio da justiça social, que não se pode

(1) Planiol, *Traité élémentaire de Droit Civil,* I, pág. 3.
(2) Planiol, I, pág. 4.

formular em regras fixas, mas representa em todo o caso uma aspiração da consciência jurídica da sociedade, que se pretende realizar por meio das leis positivas.

Em suma, o direito natural é o sistema de princípios que deve orientar o legislador na confecção das leis destinadas a realizar o ideal de justiça próprio de cada sociedade (1).

Assim o direito natural não é nem pode ser um conjunto de princípios certos e invariáveis, que forneça por si só ao legislador as soluções positivas das leis, precisamente porque estas, devendo ter a sua origem nas necessidades próprias de cada época e de cada sociedade, estão sujeitas a um processo contínuo de evolução, acompanhando sempre as mudanças determinadas pelas transformações sociais, resultantes das novas necessidades e dos novos costumes.

Mas em cada fase da evolução jurídica há sempre princípios de justiça, que devem orientar o legislador. São esses os princípios de direito natural.

Resumindo, por *direito natural* deve entender-se o conjunto de princípios fundamentais de justiça, que devem orientar o legislador, e compreende todas as instituïções jurídicas reclamadas pelas necessidades sociais, e ainda não traduzidas em leis positivas de direito objectivo.

Neste sentido o direito natural está subordinado a uma concepção scientífica, e tem uma existência real.

A distinção entre direito positivo e o direito natural é quási o mesmo que a clássica distinção do direito já constituído em lei *(jus constitutum)* e do direito que representa numa dada sociedade ainda uma aspiração a converter-se em direito positivo *(jus constituendum).* Na frase scintilante de Pacchioni, ao direito

(1) Saleilles, *École historique et droit naturel,* na *Revue trimestrielle de droit civil,* 1902, pág. 81 e 82, 96 e 97.

positivo, isto é, ao direito *tal como êle é*, sempre se contrapoz e há de contrapor o direitó ideal, isto é, o direito *tal como êle deve ser* (1).

Os escritores modernos, dominados quer pela orientação positivista de Conte, quer pela moderna doutrina do realismo, contestam a existência do direito natural, em qualquer dos seus conceitos.

É assim que Coviello conclue que, em vez de se falar de direito natùral em contraposição a direito positivo, deve antes falar-se de *ideia de justiça* em contraposição a direito; Ruggiero diz que o direito natural é apenas um conceito especulativo, que todavia tem exercido e exerce uma grande influência não só na sciência jurídica mas também sôbre a legislação; e Duguit não só contesta a existência dum direito natural, ideal e absoluto, mas até repele a concepção dos direitos individuais e naturais ou subjectivos (2).

É de notar entretanto que o próprio representante da escola realista reconhece em certo modo a existência dum direito natural, nos seus princípios fundamentais e permanentes da solidariedade e justiça social, aceitando mesmo para estes dois princípios superiores a designação de direito natural (3).

É que, na verdade, e apesar do carácter profundamente evolutivo das normas de direito, é certo que há princípios e preceitos de ordem jurídica, que são universais e permanentes, que fizeram sempre e sempre farão parte da consciência jurídica de todos os povos.

Esses são o direito natural, que tem, portanto, uma existência real e positiva.

E neste sentido se compreende e é admissível o preceito consignado no art. 16.º do nosso Código Civil,

(1) Pacchioni, *Elementi*, pág. 15.
(2) Coviello, *Manuale di Diritto Civile Italiano*, pág. 7; Ruggiero, *Ist.*, pág. 31; Duguit, *Traité*, 2.ª éd., pág. 115, 121, 18 e seg., 65, 127, 177.
(3) Duguit, *Traité*, pág. 71 e 72.

que, à semelhança do § 7.º do Código Austríaco, ordena ao juiz que decida conforme o direito natural, quando não haja na lei disposição ou princípio aplicável ao caso de que se tratar.

12. — **Direito e equidade.** — Ao lado da distinção entre o direito positivo e o direito natural importa examinar a distinção entre o *direito* e a *equidade*.

Equidade, a dizer verdade, diz Coviello, poderia equivaler a direito: com efeito, indicando aquela palavra igualdade, conveniência, ajustamento, significa aquilo que ao direito é essencial, isto é, formular normas convenientes, justas, adequadas à relação de facto — *Aequitas ipsa est justitia, in quantum utilitas dirigit et exaequat* (1).

E êste conceito da equidade tem para muitos tal importância, que dá lugar a uma qualificação especial do direito, o direito *equitativo (jus aequum)* em oposição ao direito *strito (strictum jus)* (2).

Mas geralmente emprega-se o têrmo equidade em oposição a direito, entendendo uns por equidade o direito natural, outros a moral, e ainda outros o próprio espírito da lei escrita (3).

Mas a verdade é que nenhum dêstes conceitos é aceitável, por isso mesmo que nenhum dêles dá à *equidade* a sua feição específica, que a distingue do direito e da lei.

O direito formula normas; mas estas normas são

(1) Coviello, *Manuale*, pág. 7 e 8.
(2) Ruggiero, *Ist.*, I, pág. 32.
(3) Entre os romanos havia também um tríplice conceito da equidade. Falava-se da *aequitas naturalis* e da *aequitas civilis*, significando a primeira a justiça ideal, que determina as modificações do direito existente, a que aspira a fazer-se direito, e a segunda a parte que já se integrou no direito vigente. Havia, além disso, a *aequitas praetoria* exercida pelo pretor, ainda mesmo contra os preceitos da Lei escrita. Bonfante, *Istituzioni di Diritto Romano*, pág. 8; Perozzi, *Istituzioni de Diritto Romano*, I, pág. 81 e seg.

gerais, correspondem a uma relação da vida, abstratamente considerada como tipo, tal como resulta da média extraída duma infinita variedade de casos; por isso acontece por vezes que a norma correspondente ao ordinário ou típico, e portanto abstratamente justa, não corresponde à realidade dum dado caso ocorrente, que apresenta circunstâncias particulares, e por isso neste caso concreto a norma revela-se inadequada ou injusta.

Tomar na devida consideração as circunstâncias especiais do caso concreto, e não aplicar a norma geral na sua rigidez, eis a função característica da equidade.

A equidade é, pois, a expressão da justiça num dado caso concreto (1).

E assim a define Windscheid: « é equitativo o direito que é proporcionado às relações de facto, isto é, aquele pelo qual todo o elemento das relações de facto, que merece ser tomado em conta, o é efectivamente, e não é tido em conta aquele que o não merece, e a todos se dá o valor que a sua indole exige» (2).

Na organização jurídica de Roma, em caso de conflito entre o direito e a equidade, intervinha o *pretor*, investido de *imperium*, que lhe permitia paralizar o efeito duma dada norma de direito civil, negando, no caso concreto, a pretensão ou acção judicial sôbre ela fundada, ou concedendo àquele contra o qual era movida a acção um meio de a tornar ineficaz *(exceptio)*, ou compelindo as partes a um acôrdo ou composição, ou tomando outras quaisquer providências de equidade.

E assim a equidade, em muitos casos, vinha a prevalecer sôbre o direito positivo, mediante a actividade jurisdicional do pretor.

Um processo jurídico semelhante se desenvolveu no direito inglês, onde a jurisdição equitativa do *Lord*

(1) Coviello, *Manuale*, pág. 8:
(2) Windscheid, *Diritto delle Pandette*, I, pág. 81.

Chancellor tem, com efeito, exercido acção muito semelhante à do pretor romano (1).

Assim como em Roma, ao lado do *Jus civile*, constituído pelas leis, pelos pareceres dos jurisperitos e pelas sentenças dos juízes, se foi formando o sistema do *jus praetorium*, assim também na Inglaterra, ao lado do sistema do *common law*, fundado nas antigas leis e na autoridade dos casos julgados, foi-se formando, por obra do Lord Chancellor, o sistema da equidade, com a única mas importante diferença de que, emquanto em Roma a jurisdição se conservou sempre unitária, na Inglaterra houve até 1873 duas distintas e paralelas jurisdições.

Quem tinha uma pretensão a fazer valer podia, à sua escolha, recorrer aos tribunais comuns (*Courts of Law*) ou aos tribunais de equidade *(Courts of Equity)*, seguindo o respectivo processo, que era rígido e formal nos primeiros, simples e maleável nos segundos, e invocando, no primeiro caso, o preciso reconhecimento do pretendido direito, e no segundo, o juízo que o tribunal houvesse de fazer em harmonia com os princípios e os ditames da equidade.

Êste dualismo de jurisdições, cheio de dificuldades e inconvenientes, foi abolido pela lei da organização judiciária em 1873 (Judicature Act), na qual se estabeleceu que para o futuro todos os juízes da *Alta Côrte* devem julgar segundo os princípios de direito e equidade, dando em *caso de conflito a prevalência aos últimos* (2).

O critério da equidade ainda se encontra consignado em muitos códigos modernos, mas com um alcance muito diverso.

(1) Jenks, *A Short History of english Law*. pag. 210 e seg.; Hannis Taylor, *Science of Jurisprudence*, pág. 296-297, 508-509.
(2) Em Selden's *Table Talck* encontra-se expressa a ideia popular sôbre a equidade: « Equity is a roguish thing» for that it varies as the length of the Chancellor's foot.—Pacchioni, *Elementi*, pág. 12-14.

Assim no Código civil italiano encontram-se algumas disposições (artt. 463.º, 578.º, 1124.º, 1652.º) ordenando ao juíz que decida conforme a equidade. E daí concluem os jurisconsultos que o juíz não póde recorrer à equidade senão nos casos expressamente contemplados na lei.

Outros códigos, como o alemão, seguem o mesmo sistema, mas aplicando a equidade a maior número de relações jurídicas.

Outros, como o suísso (art. 4.º), estabelecem o princípio geral de que o juiz deve julgar conforme a equidade quando a lei confia a decisão ao seu prudente critério ou a torna dependente das circunstâncias ou de motivos ponderosos.

O que se vê, portanto, é que no direito moderno, à excepção do inglês, a equidade não é reconhecida como norma de direito, mas apenas como um critério prático de administração da justiça nos casos concretos em que a lei, na impossibilidade de formular uma regra fixa, confia a decisão ao prudente arbítrio do julgador.

Mas não se admite o sistema do direito equitativo, como meio de corrigir os rigores da lei, ainda mesmo nos casos em que a regra de direito se apresente demasiadamente severa ou injusta na sua aplicação a uma dada hipótese.

O juíz deve aplicar sempre a lei tal como ela é, ainda mesmo quando seja evidente que ela não convém ao caso específico — *dura lex sed lex*. E a sentença iníqua servirá de estímulo aos órgãos da formação do direito para provêrem à sua correcção.

Teòricamente, diz Pacchioni, estas deduções são impecáveis.

Mas na prática as cousas passam-se um pouco diversamente. O princípio da equidade exerce necessàriamente uma pressão, à qual o juíz não póde sempre ou não quer subtraír-se, e que o leva por vezes a prescindir da norma que pròpriamente se refere ao caso, para evitar as suas injustas conseqüências, ou a recorrer aos

expedientes da interpretação para chegar a uma solução satisfatória (1).

No direito português, a exclusão do critério da equidade, como norma jurídica, revela-se por uma forma explícita, no facto de o código civil nem ao menos lhe fazer qualquer referência. No projecto primitivo do código civil (art. 13.º, que passou a ser o art. 16.º) ainda se consignava a equidade como fonte subsidiária do direito civil, isto é, como meio de resolver as questões de direito, quando na lei não há disposição aplicável ao caso de que se tratar. Mas êste critério foi substituído pelos princípios de *direito natural, conforme as circunstâncias do caso*, o que era, afinal, a mesma cousa no pensamento do autor do projecto, o grande jurisconsulto Visconde de Seabra, como êle próprio explicou em discussões posteriores sôbre o projecto (2).

O nosso direito não admite o princípio que permite ao juíz atender ao fim que o legislador teve em vista e não à sua vontade, para adaptar a lei às necessidades sociais. Só na falta de lei expressa, ou quando esta fôr obscura, é que o juíz poderá atender a essas necessidades, pronunciando um juízo equitativo, isto é, aplicando regras de direito que se adaptem às circunstâncias especiais do facto (3).

Em tais condições, o juízo equitativo é estabelecido pelo art. 16.º do código civil, não como reconhecimento da *equidade* como norma jurídica, mas como aplicação do *direito natural*.

Há também no código civil algumas disposições, como as dos art. 717.º, § 3.º, e 1232.º, em que se confia a decisão ao prudente arbítrio do julgador, tendo em atenção as circunstâncias do caso.

---

(1) Pacchioni, pág. 14 e 15.
(2) António Luís de Seabra, *Resposta às Reflexões do sr. Vicente Ferrer Neto Paiva*, pág. 50.
(3) Dr. Alves Moreira, pág. 36.

Em tais casos é que se pode dizer que o código implìcitamente aceita o princípio da equidade.

Perante o preceito do art. 3.º do código de processo comercial, segundo o qual *o juízo comercial é essencialmente juízo de equidade*, é que se poderá pensar que no domínio do direito comerciál foi implantado o sistema do direito pretoriano.

Mas tal pensamento é inaceitável, porque é incompatível com a orientação do nosso direito positivo e, muito especialmente com o preceito expresso do art. 3.º do Código Comercial, que manda resolver as questões de direito comercial pelo direito civil, sempre que na lei comercial ou em outras leis se não encontre norma aplicável.

Aquele juízo de equidade não pode corresponder a qualquer realidade jurídica, que não seja o poder soberano que teem os jurados dos tribunais de comércio de resolverem como entenderem e quiserem as questões de facto que lhes forem submetidas, sendo da sua competência.

O preceito do art. 3.º do código de processo comercial não passa de uma utopia, aspiração irrealizável.

13. — **Relação jurídica. O direito adquirido. Instituto jurídico. O sistema jurídico e os códigos.** — O direito regula as relações externas da vida social. E toda a regra de direito, desde o momento que existe, e só porque existe, governa todas as relações de facto a que ela pelo seu conteúdo se refere; por virtude dela a relação de facto torna-se relação de direito ou relação jurídica.

Relação jurídica, é pois, *toda a relação da vida social regulada pelo direito*; ou mais precisamente: «a relação da vida reconhecida pelo direito objectivo e por êle determinada e disciplinada» (1).

(1) Ruggiero, pág. 50; Simoncelli, pág. 39.

As relações jurídicas, como relações sociais que são, estabelecem-se entre os homens e entre êles e as cousas do mundo externo.

Mas ainda mesmo quando se estabelecem entre o homem e uma cousa, resolvem-se sempre em relações de *homem* para *homem*, pois que, sendo o direito constituído *hominum causa*, o *direito* não existe senão entre os homens. Só neste sentido é verdadeira a afirmação de Windscheid (1) dizendo que não são concebíveis relações entre homens e cousas; o direito governa as relações humanas e não as relações com os outros seres sensíveis mas não inteligentes (animais) ou com as cousas inanimadas. O grande civilista germânico levou ao exagêro êste ponto de vista verdadeiro, quando negou que nalguns direitos a relação jurídica se constitua directamente entre a pessoa e a cousa, como acontece nos direitos reais, nos quais se atribue à pessoa um poder imediato de domínio sôbre a cousa (2).

A relação jurídica está estabelecida ou constituída, nascida (nata), como dizem os italianos, quando estão realizados os acontecimentos ou praticados os actos que a ordem jurídica exige para a sua formação.

Ora a relação jurídica, exprimindo um vínculo jurídico, e portanto obrigatório, entre homens ou pessoas, desdobra-se necessàriamente em duas relações ou elementos distintos, ambos de carácter sujectivo, o interêsse ou a pretensão dum dos sujeitos (sujeito activo) e o dever jurídico correspondente do outro sujeito (sujeito passivo). O primeiro elemento da relação é o *direito subjectivo;* o segundo é a *obrigação* no seu sentido mais geral de dever jurídico.

O direito subjectivo diz-se constituído ou *adqui-*

(1) Windscheid, *Pandekten* I, pág. 173 e 174.
(2) Ruggiero, pág. 49.

rido quando se realiza o facto que, segundo a lei (direito objectivo), tem o efeito de integrar ou adjudicar o respectivo interêsse *exclusivamente* a certos e determinados sujeitos.

Esta atribuïção definitiva e exclusiva dum direito subjectivo pode dar-se sem intervenção da vontade, e mesmo sem o conhecimento do titular ou sujeito do direito. É o que acontece na transmissão hereditária, em que o herdeiro, no próprio momento da morte do *de cujus* (falecido autor da herança), fica *ipso facto* sendo o possuïdor e proprietário dos bens herdados.

E assim se compreende e justifica plenamente o pensamento de Savigny, quando definiu o *direito adquirido:* «uma esféra de domínio independente da vontade individual».

Onde falta a integração ou união do efeito jurídico *com uma* ou *mais pessoas determinadas,* não há um direito adquirido, mas apenas uma abstrata *faculdade,* comum a todos os homens ou a uma inteira classe de indivíduos.

Se a série dos acontecimentos ou actos necessários para o nascimento ou constituïção da relação jurídica não está ainda completamente realizada, temos, não um direito adquirido, mas uma simples *espectativa,* uma esperança de direitos *(spes juris).* Assim, para que haja o direito adquirido duma herança testamentária é necessária a morte duma pessoa (testador), a existência dum testamento válido e do sucessor nomeado no testamento; de modo que a falta de qualquer dêstes elementos faz do direito conferido pelo testamento uma simples esperança (1).

As relações jurídicas são, como já observamos, em número infinito e duma infinita variédade. Uma mesma

(1) Simoncelli, pág. 39.

espécie de relações jurídicas póde apresentar-se na realidade da vida com inúmeras modalidades.

«Quem compra um objecto, diz o Dr. Alves Moreira, realiza uma relação da vida real, em virtude da qual adquire o poder de dispôr dêsse objecto mediante um determinado preço, e essa relação é jurídica, porque os efeitos que dela derivam são regulados pelo direito (1).

Neste exemplo simples duma relação jurídica típica se póde verificar o facto da sua infinita variedade.

Tendo em vista a grande variedade dos objectos do mundo exterior, e, portanto, o seu diverso valor material e intrínseco, o seu diverso risco de deterioração, vê-se logo que podem ser muito diferentes as condições ou cláusulas ajustadas pelos contraentes no contrato de compra e venda.

Na realidade encontra-se efectivamente uma infinita variedade de contratos, e porisso de relações jurídicas, em matéria de compra e venda.

Mas as diferentes relações jurídicas coordenam-se e subordinam-se em relação a certos fins, de tal modo que se distribuem e organizam em certos grupos, classes, espécies e variedades, emfim, grupos mais ou menos compreensivos, segundo o elemento ou critério que servir de base à diferenciação e classificação.

Formam-se assim grupos típicos de relações jurídicas, cuja regulamentação obedece lògicamente a um determinado critério, e consiste porisso num conjunto de normas comuns às diferentes relações do grupo típico.

Cada grupo típico de relações jurídicas é o que se chama um *instituto jurídico,* ou também *instituïção jurídica.*

É de notar, porém, que alguns escritores definem o *instituto jurídico* sob o ponto de vista do direito objectivo, isto é, como sendo o complexo das normas que

(1) Dr. Alves Moreira, *Instituições,* I, pág. 121.

regulam relações jurídicas conexas (como propriedade, usufruto, servidão, etc.), de modo que o *instituto jurídico*, assim considerado, difere da relação jurídica como a norma difere do facto por ela regulado, ou o direito objectivo do subjectivo (1).

Para nós é indiferente considerar o *instituto jurídico* sob qualquer dos dois pontos de vista, pois o conceito é sempre o mesmo.

Assim se denominam institutos ou instituïções jurídicas a interdição por demência, a tutela, o poder paternal ou pátrio poder, o dote, a propriedade, a responsabilidade, o testamento, etc.

É certo, porém, que o termo *instituto* é mais próprio para designar os grupos menores de relações jurídicas, reservando-se o termo instituïção para os grupos maiores. E assim se dirá: a instituïção jurídica da família, da propriedade, dos contratos, etc.

Em todo o caso é intuitivo que cada relação jurídica deve subordinar-se a um tipo, a um instituto jurídico correspondente, de modo que os seus vários efeitos, desde a sua origem até à sua extinção assumem uma fisionomia própria, que permite sempre referir a relação ao instituto jurídico que a domina, ao instituto, cuja orgânica natureza, diz Savigny, se manifesta tanto na viva correlação das suas partes coustituitivas, como no seu progressivo desenvolvimento. E por isso o conteúdo duma relação jurídica, considerada esta como um organismo, consta não só dos efeitos, que a ordem jurídica assegura e garante como conseqüência do facto primordial que deu origem à relação, mas também dos outros acontecimentos ou factos que podem dar-se durante a vida da mesma relação.

Todos os institutos jurídicos dum mesmo ramo do direito devem coordenar-se num sistema, e só na grande

(1) Coviello, *Manuale*, pág. 11.

harmonia dêste sistema podem ser completamente compreendidos e perfeitamente integrados.

A cada sistema de institutos jurídicos constituindo um certo ramo de direito, o que se chama também *organismo de direito*, deve corresponder um *código*. O Código é, pois, a organização das regras que se referem a um certo ramo de direito, e pode bem definir-se, com Filomusi-Guelfi: «um sistema de direito no campo da legislação» (1).

14. — **Elementos constitutivos da relação jurídica. O sujeito e a capacidade jurídica.** — O conhecimento mais preciso do conceito da relação jurídica carece duma análise dos diversos elementos que a compõem: *a*) o sujeito da relação; *b*) o seu objecto; *c*) o facto que lhe dá origem ou a modifica; e *d*) a sua defesa ou garantia.

Toda a relação jurídica presupõe um sujeito, ao qual é atribuída uma faculdade ou pretensão, relativa a um fim ou interêsse, que o direito objectivo considera digno de protecção e garantia.

«A lei, diz o Dr. Alves Moreira, garantindo interêsses, coordenando-os, reconhecendo ou não a faculdade de praticar factos para um determinado fim, conforme considera ou não legítimo êsse fim, fixa os limites dentro dos quais podem formar-se relações jurídicas, mas não tem fôrça para as criar, para as concretizar na vida real».

«Para isso é necessário que o poder ou faculdade, cuja legitimidade a lei reconhece, se desenvolva, se exerça ou tenha a possibilidade de se exercer mediante uma vontade. Esta, ou seja a vontade do próprio titular do direito, ou represente apenas um instrumento por meio do qual se tornem ou possam tornar-se efectivos os podêres que por lei são atribuídos a uma pessoa,

(1) Simoncelli, pág. 46 e 47.

que não tenha vontade natural, em relação a determinados interêsses, é sempre necessária para que a ordem jurídica estabelecida na lei se torne efectiva. A lei, reconhecendo que um interêsse é legitimo, determina ou mede o direito subjectivo, e é pela vontade, pelo querer, pela acção, que o direito subjectivo se exerce».

«O exercício dos poderes atribuídos pela lei não é, porém, necessário para a existência do direito subjectivo; basta a faculdade moral de praticar ou não praticar um facto para que êsse direito exista» (1).

O sujeito do direito é a pessoa a quem pertence o interêsse jurídico, a quem é reconhecida a faculdade ou o poder jurídico relativo a um certo fim.

Mas como ao direito corresponde sempre a obrigação, também se considera como *sujeito passivo* daquele a pessoa sôbre quem esta recai.

A qualidade que o homem tem de ser sujeito de direitos e obrigações é o que se chama a *capacidade jurídica* ou *personalidade*.

Porisso ao homem, sujeito jurídico, se dá também o nome da *pessoa*. Mas nem só o homem é pessoa, como parece dar a entender o art. 1.º do código civil, dizendo: «Só o homem é susceptível de direitos e obrigações. Nisto consiste a sua capacidade jurídica, ou a sua personalidade».

O código também admite, e com êle todas as legislações, a personalidade de muitas entidades sociais, como o Estado, o município, a paróquia, a igreja, as misericórdias, e, em geral, todas as associações ou corporações legalmente constituídas (arts. 32.º, 33.º e 37.º).

Há, pois, duas espécies de pessoas: as individuais ou singulares, chamadas também *físicas, naturais* ou

(1) Dr. Alves Moreira, *Instituições*, I, pág. 127.

reais, e as colectivas, chamadas também *jurídicas, morais, místicas, ou ficticias* e *sociais* (1).

A disposição do art. 1.º do Código quis significar talvez que os animais não são sujeitos de direitos, embora haja leis de polícia destinadas a protegê-los contra o tratamento selvagem da parte do homem.

Mas êsse princípio é tão evidente que não precisa de ser formulado em lei.

Antigamente nem todos os homens eram *pessoas*, porque a instituïção da escravatura não reconhecia direitos aos escravos.

No direito moderno todos os indivíduos, sem distinção de sexo, nem de idade, nem de posição social, gosam de personalidade jurídica.

Mas é necessário distinguir a *capacidade de direito*, de simples *gôso*, ou *abstrata*, da *capacidade de facto*, de *exercício*, ou *concreta*.

Todos os indivíduos são sujeitos de direitos, mas não os podem exercer pessoalmente aqueles que, por sua idade ou estado mental, não se encontram realmente nas necessárias condições de capacidade de facto.

São os incapazes; e a sua incapacidade é declarada e regulada pela lei no próprio interêsse jurídico dos mesmos incapazes.

A incapacidade é, pois, a falta das condições necessárias para o exercício dos próprios direitos.

É *geral* ou *especial*, conforme se refere à generalidade dos direitos, ou só a certos e determinados actos jurídicos

(1) A palavra pessoa, que vem do latim *persona*, significava primitivamente a máscara de que os actores se serviam no palco, e que, no dizer de Aulio Gelio, servia para reforçar a voz; depois passou a significar o próprio papel ou função que o actor desempenhava, talvez porque na máscara se representava a personagem, que o actor encarnava. Os juriconsultos romanos empregavam-na para significar a função que o indivíduo representava na sociedade, ou o próprio indivíduo no exercício dessa função.

15. — **Objecto da relação jurídica. Cousas, bens e patrimónios.** — Objecto da relação jurídica, isto é, da faculdade ou poder atribuído ao sujeito activo, podem ser ou as cousas, ou os actos duma pessoa, ou eventualmente mesmo uma pessoa. É o objecto uma pessoa em algumas relações jurídicas, em que a faculdade conferida ao sujeito activo é um poder de soberania particular, que se exerce sôbre pessoas subordinadas a êste poder por motivos diversos. Tais são, nas relações de família, os poderes paternal e marital, pelos quais os filhos e a mulher estão sujeitos ao poder do pai e do marido; e nas relações entre o Estado e o cidadão, os poderes da soberania, em virtude da qual os indivíduos estão sujeitos ao poder soberano.

Mas é claro que em todos estes poderes a sujeição da pessoa não pode ir até ao ponto de destruir a liberdade, pois que situações de sujeição completa do homem, reduzindo-o ao estado de escravidão, não são mais permitidas no direito moderno, como eram entre os romanos e nas antigas civilizações. O que é discutível, como teremos ocasião de ver, é a existência de direitos, tendo por objecto a própria pessoa.

Em geral o objecto dos direitos é constituído pelas *cousas* do mundo externo e pelos *actos* ou *serviços* das pessoas.

O acto pode ser ou uma acção positiva ou negativa (omissão) e ter um conteúdo de utilidade económica ou de utilidade mèramente ideal ou espiritual, seja ou não susceptível de valor económico; mas deve ter sempre alguma utilidade, pois o direito não tutela relações que não tenham algum interêsse para o indivíduo ou para a sociedade (1).

Para simplificar a noção jurídica do objecto dos direitos, consideram-se como *cousas* tanto os seres

(1) Ruggiero, *Ist.*, I, pág. 51.

materiais como os serviços que o constituem, dividindo-se, como veremos, em *corporeas e incorporeas*.

E assim os próprios direitos subjectivos são considerados como cousas, sendo assim representados pelo seu próprio objecto.

As cousas, consideradas como objecto dos direitos, são de diversas espécies, que fazem variar muito a sua situação jurídica.

A divisão mais importante das *cousas* é em *móveis* e *imóveis* (cód. civ., art. 373.°); e tão importante, que convém desde já tomar conhecimento dela.

Cousas móveis são as que podem deslocar-se de um para o outro lugar sem modificar essencialmente a sua natureza.

Cousas *imóveis* são as que não podem deslocar-se, porque, pelo seu próprio modo de ser, teem uma situação fixa; tais são o terreno, ou *prédios rústicos,* e as casas ou *prédios urbanos* (cód. civ., art. 374.°).

A principal importância jurídica desta classificação consiste em que os legisladores, reconhecendo mais valor às coisas imóveis, cercam-nas sempre de mais sólidas garantias.

Mas, porque, ao lado dos prédios rústicos e urbanos há cousas tão importantes como estas, admitiu-se mais uma categoria artificial de cousas imóveis, que porisso se chamam *imóveis por disposição da lei,* como são as partes integrantes dos prédios rústicos ou urbanos, os direitos inerentes a estes, e certos títulos da dívida pública consolidada (cód. civ. art. 375), empregando-se para designar todas estas categorias a expressão *cousas imobiliárias* (art. 377.°).

Também os direitos inerentes às cousas móveis, visto que por sua natureza não são móveis nem imóveis, se chamam *móveis por disposição da lei* (art. 376.°), empregando-se a expressão *cousas mobiliárias* para designar êstes direitos e as cousas móveis por sua natureza (art. 377.°, § ún.).

As cousas ou direitos que pertencem a uma pessoa, e que podem reduzir-se a um valor económico, são os seus *bens* ou o seu *património*.

Deve, porém, notar-se que o património, no seu rigoroso sentido jurídico, abrange também as dívidas ou obrigações.

O património é o conjunto de relações de direito, apreciaveis em dinheiro, que tem por sujeito activo ou passivo a mesma pessoa.

No património há, ou pode haver, duas partes: a parte activa, formada pelos bens, e a passiva pelas dívidas.

Ficam, pois, fóra do património os direitos que não teem um carácter pecuniário, como os direitos de família e os direitos políticos.

«O Património representa uma universalidade jurídica independente dos elementos que o compõem. As modificações que se produzem no número dêstes elementos, as flutuações que aumentam ou reduzem o passivo ou o activo não alteram o carácter desta universalidade, e não a impedem de subsistir como entidade distinta. Os direitos que constituem o património podem extinguir-se e ser substituídos por outros, as dívidas podem igualmente desaparecer e dar lugar a novas dívidas: pode mesmo acontecer que a soma das obrigações exceda o valor da soma dos bens, que o passivo seja superior ao activo; todas estas transformações não modificam a unidade e a existência do património» (1).

O conceito jurídico do património, como conjunto dos bens e de obrigações pertencentes a cada pessoa, tem certa importância, porque dá lugar à divisão dos direitos em meramente *pessoais* e *patrimoniais*, sendo apenas estes que servem de garantia aos crédores, e que se transmitem por morte do respectivo titular aos seus sucessores.

(1) Capitant, *Introduction*, pág. 229.

16. **Factos jurídicos: conceito e espécies.** — Para que se estabeleça ou nasça uma relação jurídica, é necessário que um facto, um acontecimento qualquer, lhe dê origem. São, com efeito, os acontecimentos da vida em geral, que dão lugar à adquisição, modificação ou perda dos direitos, e não a lei ou a vontade do homem, como geralmente se diz.

A distinção que muitos escritores fazem entre adquisição ou perda de direitos por *lei*, ou por *vontade* do homem, em rigor não é exacta: a vontade, por si só, não é suficiente para produzir conseqüências jurídicas, se a lei as não reconhece ou declara como efeito da manifestação da vontade; do mesmo modo a lei, por si só, não pode produzir conseqüências jurídicas, emquanto não se produzirem certos factos, que são os presupostos da aplicação da mesma lei.

O que é rigorosamente exacto é o conceito da antiga máxima: *ex facto oritur jus*.

Factos jurídicos são, pois, todos os acontecimentos a que o direito objectivo atribui como efeito a adquisição, a modificação ou a perda dum direito subjectivo.

A *adquisição* dum direito dá-se tanto quando o direito adquirido não tinha existência anterior, como quando o direito adquirido passa do património dum sujeito, que o perde, para o daquele que o adquire.

O facto pelo qual se adquire o direito é o que se chama o *título* ou o fundamento do direito.

A perda ou extinção pode dar-se tanto objectivamente como apenas subjectivamente, conforme o direito deixa de existir de facto, desaparece, ou simplesmente muda de sujeito, sendo transferido para outro, que o adquire. Rigorosamente falando dá-se a *extinção* no primeiro caso, e a *perda* no segundo.

A *modificação* também pode ser objectiva ou subjectiva, conforme a alteração se refere ao conteúdo ou objecto do direito, ou ao seu titular ou sujeito.

A modificação no objecto pode ser quantitativa ou

qualitativa. É quantitativa quando o objecto do direito é aumentado ou diminuído, como no caso de se formarem nas correntes não navegáveis nem flutuáveis mouchões e aterros, os quais ficam pertencendo aos proprietários marginais (cód. civ. art. 2295.°), no caso de ser paga uma parte duma dívida, e outros semelhantes. A modificação é qualitativa, quando o objecto é substituído por outro de natureza diversa, como no caso de um prédio hipotecado ser destruído por um incêndio e estar segurado, porque então o crédor hipotecário tem o direito de se fazer pagar pelo valor do seguro, que por lei se substitue ao prédio (cód. civ., art. 891.°, n.° 3.° e 902.°).

A modificação subjectiva dá-se quando o sujeito do direito se conserva na sua situação, mas esta é alterada pela substituição dum sujeito singular por uma pluralidade de sujeitos, ou vice-versa.

Alguns autores entendem que também é modificação do direito a substituição completa do sujeito, como no caso de na mesma obrigação se substituir o crédor, ou de na mesma propriedade haver mudança de proprietário. A identidade dum direito, diz Pacchioni, é constituída tanto pelos seus elementos objectivos como pelos seus elementos subjectivos. A minha propriedade é a propriedade *minha;* quando ela deixa de ser minha, e passa a ser *tua*, passa a ser uma *outra* e *diversa* propriedade (1).

A verdade, porém, é que em tais casos não há pròpriamente uma modificação no direito: o que há é a extinção, ou melhor, a perda para o antigo sujeito ou titular do direito (2).

Os factos jurídicos são de diversas espécies. As principais classificações que dêles se fazem são: *a*) factos

(1) Pacchioni, *Elementi*, pag. 223.
(2) Windscheid, *Diritto delle Pandette*, I, pág. 254 e 255; Dr. Alves Moreira, *Instituições*, I, pág. 376 e 377.

jurídicos e factos simples; *b*) factos simples ou unitários e complexos ou compostos; *c*) positivos e negativos; e *d*) voluntários e involuntários ou naturais, lícitos e ilícitos, actos e negócios jurídicos.

a) *Factos jurídicos e factos simples.* Esta distinção, que pertence principalmente à doutrina e jurisprudência francesas, consiste em considerar como *factos jurídicos* as manifestações de vontade que produzem efeitos de direito, e como *factos simples* todos os outros factos a que a lei atribue conseqüências jurídicas.

Tal distinção é arbitrária, como justamente observa Coviello, porque todos os factos, voluntários ou não, desde que produzem conseqüências jurídicas, são factos jurídicos. Dos factos simples ou materiais que não produzem efeitos jurídicos não pode o direito ocupar-se.

b) *Factos simples ou unitários e factos complexos, compostos ou múltiplos.* Os factos jurídicos dizem-se *simples* ou *unitários* quando são constituídos por um só elemento de facto, ou ainda por mais do que um elemento, se todos se realizam simultâneamente. E dizem-se complexos, múltiplos ou compostos, quando constituídos por vários elementos que se realizam sucessivamente. Assim o contrato, sendo o acôrdo de duas ou mais pessoas sôbre um determinado objecto de direito, é um facto jurídico que se compõe de, pelo menos, duas distintas manifestações de vontade; mas, apesar disso, é um facto jurídico simples, se os contraentes se encontram presentes, e no mesmo momento realizam completamente o facto jurídico. Quando, porém, os contraentes estão ausentes, um deles faz a proposta, envia o projecto do contrato, o qual, só poderá concluir-se ulteriormente, quando o outro contraente fizer a sua declaração de vontade. O facto jurídico é complexo, pois consta de vários elementos que não podem realizar-se simultâneamente.

Nos factos jurídicos complexos os efeitos jurídicos normais só se produzem depois de realizados todos os

elementos de facto, porque só então o facto jurídico está completo ou *perfeito*. Emquanto falta algum dos elementos de facto, diz-se que há *pendência* da eficácia do facto jurídico; êste é incompleto ou *imperfeito*. Realizado o último elemento de facto, a eficácia jurídica não começa só neste momento, mas retrotrae-se ao momento em que se realizaram os primeiros elementos de facto. Diz-se então que há retroactividade. É uma excepção ao princípio de que os factos jurídicos só podem produzir efeitos para o futuro, mas que perfeitamente se justifica pela estrutura jurídica do facto complexo.

c) *Factos jurídicos positivos e negativos.* Esta distinção refere-se ao conteúdo do facto, conforme êle consiste na realização dum acto ou dum acontecimento, ou pelo contrário, numa omissão, abstenção, ou na falta de realização dum acontecimento. Mas nem toda a inexistência dum determinado evento ou circunstância, embora directamente relacionada com certos efeitos jurídicos, deve considerar-se como facto negativo. Por exemplo: alguns autores consideram como tal a inexistência duma dívida que foi paga pelo suposto devedor, fundando naquele facto negativo o direito de reclamar o pagamento indevido (cód. civ. art. 758.°).

A verdade, porém, é que êste direito é uma consequência directa do facto positivo do pagamento indevido, e não do facto negativo da inexistência da dívida.

d) *Factos jurídicos voluntários e naturais; lícitos e ilícitos; actos e negócios jurídicos.* Esta é a mais importante classificação dos factos jurídicos, podendo dizer-se que a sua teoria completa constitue a essência de todo o direito civil.

Factos naturais ou *materiais* são os acontecimentos da natureza capazes de produzir conseqüências na esféra jurídica duma pessoa, como a morte, a aluvião, a queda dum edifício; *factos voluntários* são as acções humanas devidas a um acto de vontade, quer

esta tenha em vista, quer não, produzir efeitos jurídicos. As acções humanas que não dependem da vontade também podem produzir efeitos jurídicos; mas então entram na categoria dos factos naturais, pois, como diz Ruggiero, não há diferença alguma entre o acto impensado dum demente e a acção da fôrça bruta.

Os actos voluntários são *lícitos* ou *ilícitos*, segundo são conformes ou contrários à lei.

Os actos lícitos são o que, em geral, se chamam os *actos jurídicos*, e que alguns autores distinguem em actos e *negócios jurídicos* entendendo-se por estes as manifestações de vontade destinadas a fins que a lei reconhece e garante. Esta distinção passou dos autores alemães para os italianos, e tem sido adoptada por alguns dos nossos colegas (1).

Nós, porém, preferimos a terminologia clássica de *actos jurídicos*, porque a expressão *negócios jurídicos* não se adapta bem ao conceito do *negócio*, na língua portuguesa, e porque, além disso, como veremos, os próprios partidários da nova terminologia não estão de acôrdo sôbre o preciso conceito do negócio jurídico.

17. **Garantia dos direitos: defesa pessoal e acção judicial.** — Os diferentes direitos, que constituem a personalidade jurídica e o património, deixariam de ter existência real, se não contivessem em si mesmos, como elemento integrador, o poder de realização, a fôrça de se tornarem efectivos, ou seja, a capacidade de defesa contra qualquer ameaça ou violação.

A garantia ou defesa do direito pode ser individual, exercida pelo próprio titular do direito ofendido (*vindicta privada*); e, com efeito, nas sociedades rudimentares assim acontece freqüentemente.

---

(1) Ruggiero, *Ist.*, pág. 223 e seg.; Coviello, *Manuale*, pág. 316 e seg.; Melucci, *Istituzioni di Diritto Civile*, pág. 314 e seg.; Dr. Alves Moreira, *Instituições*, pág. 381, 394 e seg.

Mas o sistema da defesa pessoal torna-se incompatível com o próprio desenvolvimento do direito, sobrepondo a êste o poder material da fôrça, e fomentando a desordem e a anarquia em vez da ordem e da justiça.

Por isso, a garantia efectiva do direito se organizou como uma função da própria sociedade, instituindo-se órgãos próprios para a decretar (*tribunais*), e fixando-se as regras e formas, pelas quais os interessados a devem reclamar, e ela lhes deve ser prestada (*processo*).

A garantia ou defesa judiciária do direito é o que se chama a *acção*, chamando-se *autor* ao titular do direito ofendido, quando recorre ao tribunal para obter a referida garantia, e *reu* a pessoa contra a qual é instaurada a acção.

O nosso código civil consignou esta doutrina nos quatro últimos artigos (2535.º-2538.º) (1).

Mas como em muitos casos pode acontecer que ao interessado não seja possível reclamar a tempo a acção judiciária, e muito menos recorrer à autoridade pública, para defender os seus direitos, a lei não podia deixar de reconhecer excepcionalmente, para esses casos, ao indivíduo o *direito de defesa pessoal*.

É assim que, nos arts. 486.º, 2354.º e 2367.º-2370.º, o código civil faz aplicação desta doutrina, permitindo ao indivíduo ofendido nos seus direitos usar da própria fôrça para repelir a ofensa, quando lhe não seja possível recorrer à autoridade pública, com a condição, porém, de não exceder os limites da justa defesa.

(1) «Art. 2535.º Ninguém é autorizado a fazer-se restituir ao exercício dos seus direitos por autoridade própria, salvo nos casos declarados na lei.

Art. 2536.º A lei estatue, por quais meios os lesados ou ameaçados nos seus direitos podem ser restituídos, indemnizados ou assegurados na fruição deles.

Art. 2537.º Estes meios são os juízos e as acções.

Art. 2538.º A organização e a jurisdição dos juízos são reguladas por leis especiais. As regras relativas às acções pertencem ao código de processo».

Também o código penal, no n.º 5.º do art. 44.º considera a *legítima defesa* como circunstância dirimente da responsabilidade criminal, determinando no art. 46.º os requisitos essenciais para que a defesa pessoal se considere legítima.

A acção é, pois, a garantia do direito por meio dos tribunais.

É, como já se dizia nas *Institutas*, *o jus persequendi in judicio quod sibi debetur*.

Mas nem todos os jurisconsultos concordam com êste conceito da acção como um *direito*, sustentando alguns que ela é simplesmente *um meio*.

Esta divergência, que foi muito debatida entre os escritores franceses, foi entre nós objecto de viva discussão nos trabalhos preparatórios do código civil.

O eminente jurisconsulto Visconde de Seabra, que foi o autor do código civil, partindo do princípio de que a acção, além de meio, é também um direito, incluía já no último título do código muitas regras relativas às acções.

Mas a comissão revisora do projecto do código, considerando a acção como um simples meio de garantir os direitos, resolveu eliminar esta matéria, entendendo que ela devia constituir a parte geral do código de processo.

A questão não pode ter outro valor prático, senão êste da sua colocação legal, o que aliás é de nenhuma importância real.

Entretanto, é certo que da própria razão de ser do fenómeno jurídico, que se chama *acção*, resulta que esta é um direito.

Mas entre os jurisconsultos, que aceitam êste conceito, levanta-se ainda divergência sôbre a natureza deste direito.

Sustentam uns que a acção-direito não é outra

cousa senão o mesmo direito reclamado nos tribunais, o direito no estado de luta.

Mas entendem outros que é um direito perfeitamente distinto.

Esta doutrina, que distingue a acção do direito que ela deve garantir, divide os direitos em duas categorias: *geradores,* os que a lei reconhece em primeiro lugar, e *sancionadores* (acções), os que teem por fim fazer valer aqueles.

Segundo esta doutrina, a acção é um direito tão distinto, independente do direito gerador, que há direitos sem acção, e a acção pode existir sem direito gerador.

Como exemplo típico de direito gerador sem acção apresenta-se o das dívidas de jogo (cód. civ., art. 1542.°), que não podem ser exigidas judicialmente, havendo todavia direito gerador, porque o jogador, embora tenha pago indevidamente o que perdeu, não pode exigir a restituição do que assim pagou; de modo que o crédor-jogador tem direito a receber a dívida do jogo, embora não possa exigi-la.

A verdade, porém, é que não há aqui direito algum; o que há é apenas um facto consumado, que a lei não anula, precisamente porque não quer conhecer relações jurídicas fundadas no jogo.

Como exemplo de direito sem acção, apresenta-se também o crédor que deixou prescrever a dívida.

O crédor que durante trinta ou vinte anos, conforme o devedor está em má ou boa-fé, não exige dêle o pagamento da dívida, não pode mais exigi-la; a sua acção é paralizada pela prescrição extintiva (cód. civ., art. 535.°).

O direito do crédor, diz Capitant, sobrevive, mas no estado de direito imperfeito, porque é privado da sua principal vantagem; em tal caso, diz-se que a obrigação é *natural,* porque o devedor não pode ser coagido a pagar; mas se lhe repugna alegar a prescrição, e, com efeito, a não alega, então é obrigado a pagar, porque o

juiz só pode conhecer dela por virtude de reclamação do interessado (cód. civ., art. 515.°) (1).

Mas, em primeiro lugar, não é exacto que neste exemplo haja direito sem acção; o contrário é que poderia dizer-se, isto é que neste caso há acção sem direito, porque não pode contestar-se ao crédor o direito de demandar judicialmente o devedor; a prescrição não paraliza a acção senão pelo facto de se ter extinguido a obrigação do devedor, ou, o que é o mesmo, o direito do crédor.

De resto, a verdade é que o direito subsiste, mesmo depois do prazo da prescrição, embora seja um direito imperfeito ou resoluvel, isto é, dependente da condição do devedor não se prevalecer do benefício da prescrição.

Até este momento existe, pois, o direito, e, com êle, a respectiva acção; e esta é, com efeito, paralizada pelo facto de o devedor alegar a prescrição, se esta se verificar.

Portanto, ainda neste caso a acção está essencial e indissoluvelmente ligada ao direito.

O único argumento que, em nosso entender, pode invocar-se para dizer que a acção é um direito independente do direito subjectivo, que é o seu objecto, é que todo o indivíduo pode propor nos tribunais as acções que quiser, ainda que realmente sejam inexistentes os direitos que reclama.

Mas ainda assim mesmo se não prova a independência da acção, porque em tal caso existe, de facto, a acção material, o processo judiciário, mas não existe acção-direito, porque não há direito a garantir, e o resultado final será necessáriamente a declaração da inexistência da acção.

Por outras palavras: a acção será julgada impro-

(1) Capitant, pág. 88; e nota 2.

cedente e não provada, como se diz na linguagem do fôro.

A acção não é, pois, senão uma qualidade ou um elemento intrínseco do direito subjectivo.

O que póde dizer-se é que a acção representa, além disso, um direito subjectivo púbiico, que o sujeito do direito tem contra o Estado, para reclamar a garantia dos seus direitos (1).

É muito interessante a doutrina do professor italiano Chiovenda, que sustenta a distinção e autonomia do direito e da acção.

Define a acção «o poder jurídico de realizar a condição para a execução da vontade da lei»; isto é, o poder que pertence a certas pessoas de realizar a condição que permite aos agentes do poder público intervir para sancionar o direito. A acção é o exercício dum direito subjectivo. Mas um direito subjectivo de acção não existe só. Ao lado dêle, e distinto dêle, existe um outro direito subjectivo, e parece que a acção não é outra cousa senão a realização dêsse direito. Mas não é assim; os dois direitos coexistem e são independentes um do outro. A acção, diz Chiovenda, é um direito existente por si mesmo. Nasce sempre do facto de alguém transgredir uma regra de direito quando tem obrigação de se conformar com ela. A acção é distinta do direito subjectivo derivado desta regra; os dois direitos podem ser coordenados; mas são separados e distintos. Teem uma origem diferente; estão sujeitos a um regime diferente; podem pertencer a sujeitos diferentes. Os objectos dos dois direitos são diferentes. Para o direito, é uma certa prestação; para o direito de acção, é o funcionamento da fôrça coactiva do Estado (2).

(1) Dr. José Alberto dos Reis, *Processo Ordinário, civil e Comercial*, pág. 68.

(2) Chiovenda, *Principii di Diritto Processuale*, pág. 29 e seg.

18. — **Classificação das relações e institutos jurídicos.** — Como vimos, as relações jurídicas agrupam-se, coordenam-se em instituïções ou institutos jurídicos diversos. O *instituto jurídico* abrange e significa tanto o sistema das relações jurídicas que o formam, como o conjunto das regras do direito que as disciplinam.

A classificação das diferentes relações jurídicas deve, pois, fazer-se tanto no ponto de vista do próprio conteúdo da relação como no do direito que a regula.

No primeiro aspecto é a classificação dos direitos subjectivos; no segundo é a classificação do direito objectivo.

Vamos estudar precisamente em dois capítulos sucessivos o direito *objectivo* e o *subjectivo*. E dêsse estudo resultará, portanto, o conhecimento das diferentes espécies de relações e institutos jurídicos no ponto de vista da sua diferenciação e classificação.

Por ora limitamo-nos a consignar a divisão mais geral, que é em relações de direito público e de direito privado, e a classificação germânica das instituïções do direito privado, que constitue a moderna sistematização do direito civil.

Todas as relações jurídicas da vida social se passam, com efeito, ou entre os indivíduos considerados como particulares (direito privado), ou entre os particulares como membros do Estado e entre êles e o Estado ou alguma das diferentes organizações constitutivas do mesmo Estado (direito público).

As relações de direito privado traduzem-se necessàriamente em relações de dependência entre indivíduos ou pessoas (*obrigações*) ou em relações directas e imediatas com as cousas do mundo externo (*direitos reais*).

As relações de carácter individual, pessoal ou de obrigação são muito diferentes, conforme teem ou não um carácter essencialmente *patrimonial*.

As que se traduzem num valor económico, suscep-

tível de ser reduzido a dinheiro, constituem as obrigações no sentido próprio ou *técnico*.

As que não teem necessàriamente carácter patrimonial são principalmente as relações de família, tanto as derivadas do casamento legalmente celebrado (família legítima), como as resultantes do simples facto biológico da procreação (família ilegítima).

Por seu lado, as relações patrimoniais dão lugar a um quarto grupo de relações jurídicas, que são as da transmissão do património por morte do indivíduo, constituíndo o direito da *sucessão*.

Esta classificação dos institutos jurídicos tem entre nós importância muito especial, porque foi precisamente por ela que se fez a organização legal do estudo do direito civil nas nossas Faculdades de Direito.

O estudo do direito civil está distribuído por três cadeiras, abrangendo respectivamente:

a) *Noções gerais e elementares do Direito Civil;*
b) *Obrigações e Direitos Reais;*
c) *Direito de Família e Sucessões.*

CAPÍTULO II

DIREITO OBJECTIVO

SUMÁRIO:

19. — Conceito e caracteres do direito objectivo: norma jurídica ou regra de direito. — A lei.
20. — Orgão de formação e aplicação da norma jurídica.
21. — Forma e conteúdo da norma jurídica.
22. — Direcção da norma jurídica.
23. — Sanção da norma jurídica. A coacção.
24. — Objecto da norma jurídica. Relações jurídicas de direito público e de direito privado.
25. — Divisão do direito em público e privado: direito interno e internacional. Crítica da divisão.
26. — Divisão do direito público: direito político ou constitucional, administrativo, penal ou criminal, judiciário ou processual, internacional, eclesiástico ou dos cultos.
27. — Divisão do direito privado em civil e comercial.
28. — Evolução do conceito de direito civil. O art. 3.º do código civil e o art. 2.º do código comercial.
29. — Caracteres distintivos e relações entre o direito civil e o comercial. A doutrina da comercialização do direito civil.
30. — Fontes do direito civil: noção e classificação.
31. — O costume como fonte de direito.
32. — Doutrina e jurisprudência.
33. — A lei única fonte formal do direito: art. 5.º do código civil. A lei no sentido técnico e no sentido lato. Decretos, regulamentos, instruções, portarias e posturas.
34. — Diferentes espécies de leis. Leis interpretativas, imperativas, prohibitivas, permissivas ou facultativas e directivas.
35. — Leis de interêsse e ordem pública e de interêsse privado, declarativas, supletivas ou subsidiárias.
36. — Leis gerais, especiais e excepcionais. Direito universal, geral, comum ou normal, e direito particular ou local, singular ou anómalo. Normas de conservação e de atribuição. Regras normativas e construtivas ou técnicas.
37. — Formação, promulgação e publicação das leis.
38. — Vigência das leis: continente, ilhas, colónias e estrangeiro. Rectificação de diplomas legais já publicados.
39. — Ignorância da lei ou êrro de direito.
40. — Revogação das leis.
41. — Fontes subsidiarias do direito civil. Preenchimento das lacunas da lei. Casos omissos

19. **Conceito e caracteres do direito objectivo: norma jurídica ou regra de direito. A lei.** — Da análise anteriormente feita de fenómeno ou facto social denominado o *direito* resulta que êle é, no seu aspecto objectivo ou formal, a ordem da sociedade considerada em cada momento histórico *necessária* e *obrigatória*.

O *direito objectivo* é a *lei* no seu sentido mais geral.

E assim se explicam e compreendem perfeitamente as definições mais ou menos divergentes na forma, que dêle dão os autores.

Regra ou norma de conduta social, cuja observância é coactivamente imposta pela autoridade pública, o definimos nós, adoptando a definição do Dr. Teixeira d'Abreu. (1)

Para Vanni, «é o complexo das normas gerais impostas à acção humana nas relações externas, e feitas valer pela autoridade do Estado para garantir os indivíduos e a comunidade na consecução dos seus fins». (2)

Para Ruggiero, «é o complexo das regras impostas aos indivíduos, nas relações externas, com carácter de universalidade, emanadas dos órgãos competentes segundo a constituïção e tornadas obrigatórias mediante a coacção». (3)

Para Coviello, «é a ordem das acções tendentes à satisfação dos vários interesses humanos, imposta e garantida pela autoridade social». (4)

Para Pacchioni, «é o complexo das normas de conduta garantidas pelo Estado em um determinado momento da sua história». (5)

(1) Dr. Teixeira d'Abreu, *Curso,* pág. 1.
(2) Vanni, *Lezioni,* pág. 68.
(3) Ruggiero, *Istituzioni,* pág. 35.
(4) Coviello, *Manuale,* pág. 8 e 3.
(5) Pacchioni, *Elementi,* pág. 1.

Para o Dr. Alves Moreira, «é a vontade geral, manifestada por órgãos competentes, em regras que determinam e coordenam as relações sociais, tornando-as obrigatórias» (1).

Em todas as definições se revela bem o conceito fundamental e comum da *lei — ordem social necessária obrigatória.*

Coviello fixa em três os seus caracteres essenciais: *a imposição* (comando), *a sancção* e *a generalidade.* Uma norma que não implique imposição é apenas uma máxima doutrinal ou um conselho. Uma imposição sem sanção externa não pode ser senão um preceito moral. Uma norma que não regule uma relação por forma geral e abstracta não pode considerar-se jurídica; sendo o direito uma regra de coexistência social, importa ordem, egualdade, exclusão de arbítrio individual, efeitos que presupõem o carácter geral e abstracto da norma. Uma disposição reguladora dum caso concreto será providência administrativa, sentença, negócio jurídico, e não uma norma de direito.

Não se deve confundir a norma jurídica com o que se pode chamar regra doutrinal jurídica (que os alemães chamam dogma jurídico). Com efeito, a norma jurídica determina aquilo que *deve* ser em conformidade com o direito; a regra doutrinal indica aquilo que é conforme com o direito; o autor da primeira é o legislador, da segunda é o intérprete; porisso uma tem valor obrigatório, a outra não. As regras doutrinais teem valor scientífico, sendo fundadas nas normas jurídicas; mas das regras doutrinais, ainda que sejam lógicas e scientíficamente exactas, não é lícito deduzir regras jurídicas; de contrário, a sciência jurídica transformar-se-ia no próprio direito, e o jurisconsulto tomaria o lugar do legislador. O que os jurisconsultos romanos já douta-

(1) Dr. Alves Moreira, *Instituições,* pág. 4.

mente ensinaram na regra; *non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est regula fiat.* Mas aparecem às vezes nas leis regras doutrinais, que porisso mesmo não teem o carácter de normas obrigatórias; o ofício do legislador é *imperare non docere* (1).

Um exame mais completo da técnica do direito objectivo exige a análise dos elementos componentes da norma jurídica: *a*) *órgão* de formação e aplicação; *b*) *forma e conteúdo; c*) *direcção; d*) *sanção;* e *e*) *objecto* (2).

20. **Orgão de formação e aplicação da norma jurídica.** — Toda a norma jurídica, qualquer que seja a sua fonte ou origem mais ou menos remota, provêm directamente do Estado, que no exercício da função jurídica a declara ou formula.

Pois que é função do Estado disciplinar as fôrças individuais e colectivas, é intuitivo que só ao Estado pertence determinar o que deve ser *direito*, isto é, fixar e declarar as normas jurídicas, segundo as quais os indivíduos devem dirigir a sua conduta.

Neste sentido se pode dizer que todo o direito é positivo, e que tem por único órgão de formação e de aplicação o Estado, pois nenhum outro poder, fóra do que é constitucionalmente soberano, pode ditar normas obrigatórias, e garanti-las pela coacção externa.

Não é, portanto, direito objectivo, nem o direito denominado *racional* ou *natural*, nem o direito que a sciência prepara (direito *scientífico*), quando não coincide com o direito vigente, nem tão pouco aquele que se encontra em formação na consciência geral da colectividade, mas ainda não reconhecido pelo Estado.

É certo que o Estado não pode crear o direito *ex*

(1) Coviello, *Manuale*, pág. 9 e 10.
(2) Simoncelli, *Ist.*, pág. 21 e seg., Ruggiero, *Ist.*, pág. 35 e seg.

novo ou *ex nihilo*. Para o formular é necessário que êle exista já substancialmente, quer nas necessidades reais da vida social e na consciência dos elementos preponderantes na vida colectiva, ou ainda nos trabalhos scientíficos tendentes ao aperfeiçoamento incessante das condições da vida social.

E também é certo que o Estado não pode crear o direito artificial ou arbitràriamente; mas, pelo contrário tem de se conformar com a realidade da vida, com as ideias e com os sentimentos dominantes em cada momento histórico.

Mas a verdade real e positiva é, em todo o caso, que a norma jurídica ou regra de direito objectivo só existe, só aparece, quando declarada e formulada pelos órgãos competentes do Estado.

É o que denominaremos a *teoria* ou *concepção estadoal do direito*.

Esta teoria é relativamente recente, e opõe-se em certo modo à doutrina clássica da formação expontânea e evolutiva do direito, pelo desenvolvimento dos usos e costumes na prática constante das regras que se revelam como as mais idóneas para dirigir a conduta dos homens na realização da finalidade social.

E, com efeito, em períodos anteriores da evolução do direito, principalmente nos tempos antigos, a creação das normas jurídicas reconhecia-se não só na actividade do Estado, como poder soberano, mas também, e em grande parte, directamente no povo, nos seus usos e costumes, como fonte imediata de direito objectivo.

Mas com a nova organização jurídica e política dos Estados modernos, com a aplicação do princípio constitucional da divisão dos poderes políticos, pelo qual só ao *poder legislativo* compete, em regra, fazer as leis, e sobretudo com a codificação, que, iniciada no fim do século XVIII, se difundiu largamente no século XIX, e domina agora quási todos os Estados, o costume não só

perdeu a maior parte da sua importância, mas assumiu em geral um carácter novo, convertendo-se na maior parte dos ramos de direito em simples fonte indirecta ou mediata do direito, pois não é êle, mas sim o Estado, que declara e fixa a norma jurídica. A norma consuetudinária só é regra de direito, emquanto o Estado lhe reconhece a eficácia e lhe dá, por uma expressa declaração, o valor de norma geral e obrigatória.

Mas o Estado só estabelece as normas jurídicas por meio dos órgãos para êste fim competentes segundo a sua constituïção política.

Elaborada e estabelecida a norma jurídica pelo órgão competente, outro órgão, o *poder executivo* se encarrega de promover a sua observância ou execução geral. E, por fim, outro órgão, o *poder judicial*, é o competente para declarar o sentido e alcance da norma, na sua aplicação aos casos concretos de situações jurídicas duvidosas ou controvertidas.

O Estado é, pois, sempre o órgão vital da lei.

Na aplicaçao da lei o *juiz* tem naturalmente de começar pela averiguação da existência da norma invocada e verificação da sua validade constitucional.

Até que ponto o órgão jurisdicional tem competência para apreciar a constitucionalidade da lei é um dos mais delicados problemas da ordem jurídica e política, cujo exame sumário terá o seu lugar no estudo sôbre a interpretação e aplicação da lei.

Entretanto, e como corolário da doutrina exposta, podemos desde já assentar neste supremo princípio: a norma que promana dum poder incompetente não é de direito, e portanto não tem fôrça obrigatória (1).

(1) Simoncelli, *Ist.*, pág. 28 e seg.; Filomusi-Guelfi, *Encicl.* § 26; Savigny, *Sistema del Diritto Romano*, I, pág. 67 e seg.; Ruggiero, *Ist.*, I, pág. 35-37.

21. **Forma e conteúdo da norma jurídica.** — A fórma em que se traduz a norma jurídica é a duma imposição, uma ordem impondo aos homens uma determinada conduta; quem a não observa comete uma violação da lei, que é corrigida pela respectiva sanção ou penalidade.

A imposição contida na lei não pode lògicamente assumir senão a fórma duma ordem positiva ou duma ordem negativa; na primeira o preceito declara aquilo que se deve fazer (imperativo) e que sem a norma se poderia não fazer; na segunda aquilo que se não deve fazer (proíbição). Já o grande jurisconsulto Modestino dizia: *legis virtus haec est imperare vetare permittere punire;* e Quintiliano: *lex omnis . . . aut jubet aut vetat aut permittit.*

A verdade é, porém, que todo o preceito, qualquer que seja a sua fórma, pode afinal reduzir-se a um imperativo, porque também a norma que proíbe pode conceber-se positivamente como ordem de observar o preceito proíbitivo. E, vice-versa, toda a norma pode reduzir-se a uma fórma negativa, porque o preceito de fazer pode figurar-se como proíbição de não fazer ou de fazer diversamente do que o preceito ordena.

Mas o que se tem em vista na distinção é o seu conteúdo substancial nas relações da esfera de liberdade atribuída a cada um, pois que, concebida idealmente a liberdade do indivíduo como a faculdade de proceder como lhe aprouver, o direito intervem com os seus preceitos reguladores, impondo ao indivíduo determinados actos e procedimentos, e proíbindo-lhe outros.

E assim, sendo certo que todo o organismo do direito dá lugar a uma ordem geral, que é positiva emquanto impõe a observância dos preceitos, e ao mesmo tempo é negativa emquanto proïbe a sua inobservância, é certo também que os diferentes preceitos da lei, dirigindo-se à actividade dos indivíduos, são sempre ou ordem de fazer alguma cousa (*leis imperativas*) ou proíbição de fazer alguma cousa (*leis proíbitivas*).

O direito não se reduz ao papel duma simples limitação negativa da esfera de liberdade do indivíduo, proíbindo os actos que ou poderiam constituir ofensa da liberdade doutrem ou são considerados como nocivos para a finalidade da convivência social; mas exige além disso uma directa e imediata subordinação dos indivíduos a essa mesma finalidade, impondo-lhes determinados actos e prestações.

Pertencem à última espécie as disposições que impõem o pagamento de impostos, o dever de assistência entre os cônjuges, a obrigação de alimentos entre os parentes, etc. E são proïbitivas, por exemplo, todas as leis penais, ainda que formuladas sob a fórma positiva, as que proíbem o exercício do comércio a certas categorias de pessoas, como militares e magistrados, as que não premitem o casamento dos parentes mais próximos, e outras semelhantes.

Mas não é a fórma da redacção do preceito que decide do seu carácter imperativo ou proíbitivo, havendo imperativos expressos numa fórmula negativa, e vice-versa proïbições expressas numa fórmula positiva. O que é decisivo é a substância, o conteúdo real da norma, e êste só pode verificar-se pondo o preceito em relação com a esfera da liberdade do indivíduo.

É muito discutida a questão de saber se ao lado destas duas espécies de normas existe uma terceira, constituída pelas que nem ordenam nem proíbem, mas só permitem, e por isso se chamam *permissivas* ou *facultativas*.

Não parece de facto que entre a ordem de fazer e a de não fazer seja necessária ou admissível uma terceira figura, que se reduz a uma permissão de fazer.

Fóra daquilo que a lei ordena ou proíbe está a esfera da liberdade e da autonomia individual, sendo consentido aos indivíduos proceder livremente, pois que nenhuma restrição nesse campo lhes é imposta pelo direito. Esta esfera de liberdade constitue o *lícito jurídico*; e êste, resultando implìcitamente, por determinação negativa, do complexo dos imperativos e das proíbições legais, não tem necessidade de ser particularmente determinado com normas especificas, nem mesmo poderia sê-lo, dada a infinita extensão do campo em que pode mover-se a actividade humana.

Assim argumentam aqueles que negam a possibilidade racional da existência de normas permissivas, ou pelo menos as contestam como categoria autónoma e distinta das outras duas espécies. E outros ainda acrescentam que as normas expressas em forma de permissão entram necessàriamente nas duas categorias fundamentais, reduzindo-se sempre a uma ordem ou a uma proíbição (1).

A argumentação é, em si, abstractamente exacta. Entretanto é certo que muitas normas permissivas existem em todas as organizações jurídicas, embora no ponto de vista abstracto não devessem existir, visto que o campo do *lícito jurídico* é precisamente determinado pelas outras duas categorias de normas.

Importa, pois, averiguar se as normas permissivas teem efectivamente uma função e um conteúdo especial que as diferencia daquelas e constitue a razão da sua existência e autonomia. Ora, consideradas no seu conteúdo, estas normas teem uma função própria que consiste: ou em suprimir uma anterior proíbição, quando a norma actual permite o que uma anterior proíbia; ou em fazer cessar uma restrição duma norma anterior, de modo que esta deve agora aplicar-se sem excepções; ou em resolver autenticamente uma dúvida provocada por outra norma; ou, finalmente, em determinar e regular

(1) Windscheid, *Pandette*, I, pág. 81; Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni di Diritto Civile*, I, pág. 48; Perozzi, *Ist. di Dir. Rom.*, I, pág. 57 e 58; Thon, *Rechsnorm und subjectives Recht*,, pág. 292 e seg; Reisberger, *Pandekten*, I, pág. 114; Savigny. *Sist. del Dir. Rom.* I, pág. 80.

com mais precisão as condições objectivas ou subjectivas, sob cuja observância deve praticar-se uma acção ou uma omissão (1).

Alguns autores consideram ainda, em relação à forma e conteúdo, uma quarta categoria de normas — as *meramente negativas*. São as que declaram que a um determinado facto não deve aplicar-se nem uma ordem imperativa nem uma proïbição, ou que, verificado um certo facto, deve cessar uma ordem imperativa ou proïbitiva relativa a outro. Como exemplo do primeiro caso cita Windscheid a regra segundo a qual não há obrigação de pagar as dívidas de jôgo (Cód. Civ., art. 1542.°), e do segundo as regras que declaram extinta a obrigação pelo pagamento (Cód. Civ., art. 749.° e 759.°) e prescritas as acções pelo decurso de trinta anos (Cód. Civ., art. 535.°).

Nesta espécie de normas de conteúdo negativo entraria também a regra geral, estabelecida como base de toda a ordem jurídica, dispondo que, àlém das limitações e obrigações estabelecidas pelas normas imperativas ou proïbitivas, nenhumas outras são impostas aos indivíduos. A função de tal norma seria precisamente a de fechar a abóbada do edifício jurídico, demonstrando-se assim a impossibilidade de lacunas na estrutura e construção do organismo jurídico. (2)

22. **Direcção da norma jurídica.** — A regra de direito, imperativa, proïbitiva ou permissiva, contém sempre uma ordem dirigida à universalidade dos indivíduos sujeitos à sua soberania, e de todos exige a observância. Já Papiniano dizia: *Lex est comune praeceptum.*

(1) Savigny, *Sistema*, I, pág. 80; Gluck, *Erlauterung der Pandekten*, I, §§ 14 e 15; Filomusi-Guelfi, *Enc. Giur.*, pág. 30; Del Vecchio, *Il Concetto del Diritto*, pág. 85 e seg.

(2) Windscheid, *Pandette*, I, pág. 80; Zitelmann, *Lücken im Recht*, pág. 19 e seg.; Ruggiero, *Ist.*, I, pág. 37-41.

Êste carácter de universalidade, ou antes de generalidade, subsiste ainda mesmo quando a lei é destinada a governar a conduta de determinados grupos vivendo no seio da convivência social, e se aplica, portanto, só a uma determinada classe de pessoas. E assim também, quando a norma, desviando-se dos princípios fundamentais, e inspirando-se em conceitos de utilidade particular, contém regras que, em confronto com as normas gerais e comuns, se podem qualificar de excepcionais ou sigulares, nem por isso deixa de ser de eficácia universal ou geral, desde que seja sempre aplicável a todos aqueles e a todas as relações, que se encontrem nas especiais condições por ela previstas.

A universalidade consiste precisamente em que, dados os presupostos e as condições visadas pela norma, esta se aplica a todas as relações por ela compreendidas, sendo indiferente que seja maior ou menor o número de pessoas e de relações assim abrangidas.

Mas, portanto, não são normas as providências tomadas para certos casos concretos, singulares ou individuais. E é princípio fundamental de toda a boa organização política absterem-se os poderes legislativos de tomar deliberações de carácter singular ou individual.

Há porém matérias em que o preceito não pode deixar de ser individual, por ser necessária para regular uma determinada relação a intervenção do órgão legislativo, ou seja porque uma norma geral assim o determina, ou porque motivos políticos de oportunidade e conveniência assim o aconselham. É o que se dá, por exemplo, com a lei que fixa a chamada *lista civil* ou os vencimentos do Chefe do Estado, e com as leis que concedem pensões às viúvas ou às famílias dum funcionário, ou a quaisquer pessoas que tenham prestado um serviço relevante à Nação, e outras semelhantes.

Mas estas são as chamadas leis formais que, como

já observámos, não constituem rigorosamente direito objectivo, precisamente porque não teem o necessário carácter de generalidade.

Esta doutrina, que parece tão simples e intuïtiva, tem contudo encontrado opositores, ou por entenderem que a universalidade da norma não é carácter essencial do direito (Laband) (1), ou por entenderem que o preceito singular ou individual é ao mesmo tempo universal, emquanto se dirige aos funcionários públicos a quem compete a sua execução (Filomusi-Guelfi). (2)

Justamente observa, porém, Ruggiero que a doutrina de Laband não é fàcilmente demonstravel, não sendo fácil conceber normas que criam direito objectivo, emquanto não se aplicam senão a um só caso ou indivíduo; e, quanto à explicação de Filomusi, que só aparentemente se pode reconhecer o carácter de generalidade em tais normas, porque o dever dos funcionários, de dar-lhes execução, não deriva do preceito particular, mas antes da norma de carácter universal que garante a cada um os seus direitos, e porisso também os concedidos particularmente a uma certa pessoa (3).

A direcção pessoal da norma jurídica é questão controvertida.

Em geral afirma-se que ela se dirige aos sujeitos, isto é, aos indivíduos a quem a regra de direito impõe, proïbe ou permite fazer alguma cousa. Outros entendem que se dirige aos órgãos do Estado, aos funcionários públicos, a quem compete a obrigação de fiscalizar o respeito às leis e exigir de todos a sua observância. Também aqui justamente observa Ruggiero que nenhuma das duas teses é rigorosamente exacta. Vê só um lado da relação entre o Estado e os sujeitos a doutrina

(1) Laband, *Staatsrecht*, II, pág. 1 e seg.
(2) Filomusi-Guelfi, *Enc.*, pág. 73.
(3) Ruggiero, *Ist.*, I, pág. 42 e 43.

que considera os funcionários públicos como os únicos destinatários da norma jurídica. O fim da norma é governar a acção dos sujeitos; e por isso a estes, primeiro que aos órgãos, ela é dirigida: e a função dos órgãos é apenas o meio de assegurar a sua universal observância.

Mas por outro lado nem sempre e necessàriamente a norma se dirige aos cidadãos. Ás vezes dirige-se exclusivamente aos funcionários, porque se não trata apenas de lhes cometer o encargo genérico de promover a observância da lei por parte dos indivíduos, mas sim de lhes impor certos deveres que não incumbem nem poderiam incumbir aos cidadãos. Todas as normas chamadas de aplicação, por determinarem o modo como uma outra norma deve ser executada, são em geral dirigidas apenas aos órgãos do Estado; e isto pode dizer-se também, duma maneira geral, das chamadas leis formais como são, por exemplo, a lei de finanças (lei anual das receitas e despesas do Estado), as que aprovam concessões de serviços públicos, o reconhecimento da capacidade a associações ou outros entes colectivos, e outras semelhantes (1).

23. **Sanção da norma jurídica. A coacção.** — A obrigatoriedade é elemento essencial da norma jurídica. Na função do direito a obrigatoriedade é definida e protegida por uma fôrça, que se propõe assegurar pelos meios mais adequados a observância da norma jurídica.

Esta fôrça inerente à norma jurídica compõe-se de dois momentos, um interno, em que ela se manifesta como fôrça psíquica, e outro externo, em que se manifesta como fôrça física *(coacção)*.

Como fôrça psíquica o direito dirige-se à vontade, e procura despertar nela um motivo eficaz de obediência,

(1) Ruggiero, *Ist.*, I, pág. 43 e 44; Filomusi-Guelfi, *Enc.*, pág. 77 e seg.; Thon, *Rechtsnorm und subjectives Recht*, pág. 140 e seg.; Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, pág. 214 e seg.

exercer uma espécie de constrangimento sôbre a consciência. É por isso que nas leis à disposição principal, que constitue a substância do imperativo, se acrescentam muitas vezes disposições secundárias determinando as conseqüências ou penalidades *(sanção)* resultantes da infracção da norma.

Assim como o direito subjectivo tem como elemento integrante e necessário a garantia da acção, assim a lei ou o direito objectivo tem como garantia da sua observância a respectiva sanção.

E assim pode dizer-se, com Coelho da Rocha, que a lei se compõe de duas partes essenciais:

a) a *parte dispositiva,* que também se chama *edito,* isto é, a expressão da vontade do legislador, e

b) a *sanção,* que é a pena imposta aos transgressores dos preceitos legais (1).

Esta penalidade pode revestir diferentes formas, consistindo: em obrigar o transgressor a indemnizar a pessoa lesada das perdas e danos que lhe causou (cod. civ. arts. 705.º, 711.º, 2361.º, etc.); em o compelir judicialmente àquilo a que se obrigou (art. 709.º); em o privar de certos direitos ou impor-lhe certas obrigações (art. 1234.º); ou, emfim, na nulidade dos actos praticados em contrário das disposições da lei (art. 10.º).

O acto praticado contra a disposição da lei nem sempre é nulo, porque muitas vezes a mesma lei estabelece uma penalidade ou sanção diferente.

É, por exemplo, o caso de a viúva casar antes de decorridos tresentos dias depois da morte do marido, sem fazer verificar prèviamente se está ou não grávida, como preceitua o art. 1233.º do código civil.

(1) Coelho da Rocha, *Instituições de Direito Civil Português,* § 2.º.

Em tal caso o casamento não é nulo; e simplesmente os cônjuges ficam sujeitos à sanção do art. 1234.º, segundo o qual a viúva perderá todos os lucros nupciais que por lei ou convenção tenha recebido ou haja de receber por parte do marido anterior, e o segundo marido não poderá contestar a sua paternidade relativamente ao filho que nascer passados cento e oitenta dias depois do casamento.

E também há excepcionalmente regras de direito que não teem sanção alguma.

É o que acontece, por exemplo, com a primeira parte do artigo 142.º do código civil ordenando que os filhos devem em todo o tempo honrar e respeitar seus pais.

Estas são as normas que os romanos chamavam *leges imperfectae,* por serem desprovidas de um dos seus elementos essenciais, a *sanção,* e por isso, na técnica mais rigorosa do direito, não constituem leis pròpriamente ditas. Tais normas, diz Coviello, são jurídicas só aparentemente, mas não na substância; exprimem apenas uma máxima moral, um desejo do legislador, mas não um preceito jurídico.

Das *leges perfectae,* que são providas de *sanção,* ainda os romanos distinguiam as *leges minus quam perfectae,* isto é, aquelas cuja infracção não importa a nulidade do acto praticado em contravenção do seu preceito, como no caso do artigo 1233.º do código civil (1).

A nulidade dos actos contrários à lei não tem sempre a mesma natureza e alcance.

Umas vezes a nulidade tem um carácter absoluto, e é total, abrangendo todos os efeitos do acto. Diz-se então que a nulidade é *absoluta* ou *radical,* e o acto é considerado como *inexistente.* Diz-se absoluta esta

(1) Coviello, *Manuale,* pág. 15.

nulidade, porque pode ser reclamada por todos aqueles que tenham nela qualquer interesse legítimo. É, por exemplo, o caso de uma convenção ante-nupcial feita por documento particular, ou do testamento feito por um demente ou per um menor de 14 anos (código civil, artigo 1097.º e 1764.º).

Outras vezes a nulidade do acto tem um carácter mais restrito, ou porque nem todos os interessados a podem reclamar, como nos contratos feitos por incapazes (art. 695.º), nos actos praticados pela mulher sem a necessária autorização do marido (art. 1200.º); ou porque a nulidade só pode ser reclamada num certo prazo, como nos casos de êrro e coacção (arts. 689.º e 690.º); ou porque pode ser sanada pela ratificação (art. 696.º); ou, enfim, porque a nulidade é apenas parcial, como no caso de um contrato em que haja ao mesmo tempo estipulações legais e ilegais.

A estas espécies de nnlidades dá-se geralmente o nome de *nulidades relativas*. E os actos assim inválidos dizem-se simplesmente *anuláveis*, para os distinguir dos outros que se dizem *nulos* ou *inexistentes*.

Além do motivo psicológico da sanção, isto é, do receio das conseqüências prejudiciais resultantes da inobservância da lei, há ainda outros impulsos ou motivos de carácter mais elevado, que em geral determinam a vontade dos indivíduos, levando-os ao cumprimento expontâneo dos preceitos legais.

Êsses motivos superiores são: o respeito pelo poder que ditou a norma; o respeito pela norma em si mesma, como fundamento e garantia da ordem jurídica; todos os sentimentos designados pela fórmula genérica de sentimentos sociais (sociabilidade, simpatia, subordinação à colectividade); todos os sentimentos pessoais de carácter ético (honra, dignidade pessoal); emfim, todo o complexo de motivos derivados da persuação da bondade intrínseca da norma, ou da sua justiça.

Mas quando os motivos psíquicos e morais não são

bastantes para dominar a vontade, então a norma jurídica manifesta-se como fôrça física constrangendo o indivíduo à observância do seu preceito.

A *coacção* é, pois, elemento essencial da norma jurídica. Não se póde, porém, afirmar esta doutrina dum modo absoluto, porque em muitas relações a coacção só pode exercer-se nos limites consentâneos com a natureza das cousas e das mesmas relações. Há, com efeito, certos pontos ou campos da esfera jurídica, onde fica excluída a possibilidade de qualquer coacção.

Assim, no direito internacional, faltando um poder superior capaz de fazer valer a norma jurídica, pois como tal não pode ainda considerar-se a *Sociedade das Nações*, a norma jurídica não tem assegurada uma sanção idónea; a única sanção possível reside ainda na fôrça das armas, que não é verdadeiramente uma sanção jurídica. E também na vida interna dos Estados há certas relações de direito público, especialmente as que se referem às atribuições conferidas aos mais altos poderes do Estado, que ficam sem qualquer sanção, precisamente porque lhes falta a imposição duma fôrça superior. Salandra pôs bem em relêvo como as leis da constituïção não poderiam reger-se nem funcionar se não fôssem completadas e interpretadas mediante um complexo de normas de moral constitucional (1).

Mas ainda mesmo no campo do direito privado há certas relações jurídicas que teem carácter de intimidade, e que, presupondo a expontaneidade do sentimento, fogem a qualquer coacção. Tais são a assistência conjugal, o respeito filial, os deveres da honestidade e da lealdade no cumprimento das obrigações.

Tudo isto, conclue Vanni, não tira à norma jurídica o carácter da irrefragavel obrigatoriedade; mas simplesmente mostra como o direito não atingiu ainda nem

(1) Salandra, *Diritto e Politica*, discorso inaugurale per l'anno accademico 1906-07.

pode atingir uma perfeita e completa organização para a universalidade das relações necessàriamente jurídicas. Mas do facto de em algumas relações jurídicas faltar a coercibilidade não se deve nem pode concluir que ela falte no complexo orgânico da ordem jurídica.

E ao quesito, se a coacção é ou não elemento essencial do direito, Vanni justamente responde que êste é um modo de pôr a questão não só errado, mas tal que a torna insoluvel.

O que deve é ponderar-se que a fôrça do direito se realiza em dois momentos diferentes, o psíquico e o externo ou físico; que algumas vezes falta o segundo, e então só com o primeiro se pode contar para a garantia da ordem jurídica.

Deve, portanto, concluir-se que elemento essencial do direito não é a coacção efectiva, mas sim a *possibilidade eventual da coacção* (1).

24. **Objecto da norma jurídica. Relações jurídicas de direito público e de direito privado.** — Objecto da norma jurídica são as relações dos homens entre si e com o mundo externo. A norma jurídica tem por fim ou função especifica a garantia destas relações; é um meio para um fim — garantir as relações sociais mais necessárias. Mas não se garante por garantir; garante-se a realização dum fim, que forma precisamente o objecto da garantia.

O conteúdo ou objectivo final do direito é constituído portanto pelos *fins da vida*; e pois que a realização dum fim racional ou legítimo constitui um bem, e a ideia de *bem* implica a de *interesse*, o conteúdo do direito em geral revela-se no campo dos bens e interesses humanos. Porisso o direito, que no seu primeiro

(1) Simoncelli, *Ist.*, pág. 24 e seg.; Ruggiero, *Ist.*, I, pág. 44 e seg.; Vanni, *Lez.*, pág. 79 e seg.; Filomusi-Guelfi, *Enc.*, §§ 11.

momento, ou no seu aspecto mais geral, se apresenta como um prncípio de ordem, apresenta-se agora como um órgão de interesses, e, como tal, não considera senão aquilo que constitue verdadeiramente um interesse compreendido num sentido amplo; o direito protege não só os interesses materiais e económicos, mas também os ideais, morais e intelectuais; não protege, porém, todos os interesses, mas sòmente os que teem carácter e importância social predominante.

Portanto o conteúdo objectivo do direito é constituído por um sistema de fins, de bens ou interêsses da vida; e nêste mesmo conteúdo encontramos o fundamento da divisão mais geral do direito em público e privado.

Com efeito os vários fins humanos podem ser: ou fins privados, que pertencem aos indivíduos, e teem carácter privado, ou fins públicos, que pertencem à comunidade organizada, ao Estado, e teem carácter público, ou mesmo à comunidade internacional dos Estados, e teem carácter universal.

Daí a divisão clássica do direito em público e privado.

Tal divisão é um dos mais delicados poblemas da sciência jurídica. Teòricamente é impossível estabelecer entre os dois campos uma linha divisória nítida e absoluta, pois não é possível separar o campo da acção do indivíduo do da sociedade a que êle pertence. E històricamente, a determinação dos confins dos dois campos do direito tem sido a causa de todas as lutas sociais, determinadas pelo esfôrço das diferentes classes no sentido de fazer entrar no campo do direito público aquelas normas que para elas representavam uma vantagem (1).

(1) Simoncelli, *Ist.*, pág. 30 e 31.

25. **Divisão do direito em público e privado: Direito interno e internacional. Crítica da divisão.** — A divisão clássica do direito em público e privado vem já do direito romano: *Publicum jus est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet.*

O critério romano da utilidade, como base da distinção entre direito público e privado, tem sido geralmente criticado, porque todo o direito é ao mesmo tempo de interêsse individual e social.

Por isso os jurisconsultos tomaram por outro caminho, tomando por base o sujeito do direito e a natureza das relações sociais que formam o seu objecto.

E, assim, entende-se por *direito público* o que determina e regula a organização do Estado e as suas relações com os indivíduos na sua qualidade de cidadãos, isto é, de membros ou órgãos do organismo do mesmo Estado.

Direito privado é o que regula as relações sociais dos indivíduos considerados como particulares, e as das entidades sociais ou corporações quando consideradas também como particulares.

Com efeito, o próprio Estado, os seus diferentes agregados, como o município, a freguesia, e os institutos de utilidade pública, podem ser também considerados particulares, sendo nesta qualidade sujeitos de direitos privados, como os indivíduos.

A fonte principal das relações de direito privado é o contrato; porisso essas relações, mesmo quando o Estado intervem, são relações de igualdade; e as leis que o constituem são, em grande parte, de carácter supletivo, isto é, teem por fim interpretar e completar a vontade das partes contratantes.

Pelo contrário, no direito público o que predomina é a autoridade do Estado, o *jus imperii*, de modo que as relações são, em geral, de desigualdade, porque

uma das partes, ou qualquer dos seus agregados, impõe a sua vontade.

Assim, dizem alguns escritores que, emquanto o direito privado é um *jus voluntarium*, o direito público é um *jus necessarium*.

O direito privado é precisamente o que se chama o *direito civil*, embora seja geralmente adoptada a sub-divisão do direito privado em *civil* e *comercial*.

Tanto o direito público como o privado subdivide-se em *nacional* ou *interno* e *internacional*, conforme regula relações de direito que se realisam integralmente dentro de um mesmo Estado, ou relações que, por qualquer dos seus elementos se encontram em contacto com a legislação de dois ou mais Estados.

A divisão tradicional de direito tem sido impugnada com os seguintes fundamentos:

a) Todo o ramo do direito é ao mesmo tempo privado e público;

b) A distinção não pode basear-se na diversidade dos sujeitos, porque o indivíduo e a família, sujeitos do direito privado, pertencem também ao direito público, aquele nas suas relações com o Estado, e esta em todas as disposições preceptivas e proïbitivas da sua constituïção; o próprio Estado e as suas frações orgânicas também pertencem ao direito privado nas relações sôbre propriedade e contratos;

c) também não é fundamento aceitável, como já vimos, o critério da utilidade particular ou pública, porque sendo o Estado um organismo composto de indivíduos organizados em diferentes agregados sociais (económicos, familiares, administrativos, políticos e morais), é condição essencial da sua vida a solidariedade dos interesses, sendo, portanto, as leis úteis para o Estado ou para a sociedade úteis também para os indivíduos, e vice-versa; por isso alguns pretendem valorizar o critério da utilidade, dizendo que o direito público tem por fim directo e imediato o interesse

público, e só derivadamente o particular, e o direito privado tem por fim directo e principal o interesse particular, e mediatamente o interesse público; mas ainda assim permanece a indeterminação das esferas dos dois direitos;

d) de resto, em todo o direito privado há disposições de *interesse e ordem pública,* como as que regulam a organização da propriedade e da família, que teem por fim e fundamento a utilidade pública.

Conquanto esta crítica seja bem fundamentada, é certo que a divisão pode admitir-se, tomando como base ao mesmo tempo o sujeito do direito e a natureza das relações jurídicas, segundo a definição indicada dos dois ramos de direito.

E ainda que por vezes alguma indeterminação se apresente para classificar certas relações jurídicas, não é isso motivo bastante para abandonar uma divisão que acompanhou toda a evolução do direito.

Como diz o Dr. Laranjo, esta distinção tem uma genese histórica tão larga e uma base prática tão ampla e tão útil que a tornam imprescindível. Os códigos das nações, as obras de jurisprudência, a nomenclatura do direito, tudo está tão impregnado dela, que é impossível qualquer trabalho de sciência jurídica tornar-se inteligível sem se lhe fazerem referências quási constantes (1).

26. **Divisão do direito público: direito político ou constitucional, administrativo, penal ou criminal, judiciário ou processual, internacional, eclesiástico ou dos cultos.**—A complexa multiplicidade das funções do Estado e das correspondentes relações da sua vida interna e externa, dá lugar a outras tantas categorias de normas jurídicas destinadas a regular os diferentes ramos da sua actividade.

(1) Dr. Laranjo, *Principios de direito politico,* I, pág. 11. No mesmo sentido Dr. Teixeira de Abreu, *Curso,* pág. 18 e 19.

Daí a divisão do direito público em vários ramos ou espécies, que se reduzem a séis: a) *direito político ou constitucional;* b) *direito administrativo;* c) *direito penal ou criminal;* d) *direito processual ou judiciário;* e) *direito internacional;* e f) *direito eclesiástico ou cultual.*

a) *Direito político ou constitucional.* O Estado consiste na organização jurídica dum *povo,* vivendo com a maior independência possível num *território* determinado, no qual impõe a ordem e assegura a realização dos fins sociais por meio da autoridade constituída pela sua própria organização jurídica em *poder político, poder público supremo ou soberania.* É o que na doutrina mais comum dos publicistas se exprime dizendo que a *população,* o *território* e a *soberania* são os elementos essenciais do Estado.

Portanto, para se organizar juridicamente, o Estado precisa em primeiro lugar fixar as normas que devem presidir à sua organização fundamental ou suprema, isto é, as normas reguladoras da constituïção e funcionamento dos órgãos do poder político e das relações entre a soberania política e os seus súbditos, ou seja entre os governantes e governados.

E pois que o Estado tem dois objectivos supremos a que se reduzem todos os outros mais ou menos importantes, mais ou menos secundários, isto é, formular a norma jurídica e realizar os seus fins, segue-se que a soberania política se desdobra em duas grandes categorias de poderes ou funções, uma que preside à confecção das leis e outra à execução destas e à administração do bem público. Mas, na execução das leis e na administração do bem público, a acção do Estado desempenha funções essencialmente diversas, quando faz aplicação da lei aos casos concretos de ofensa da ordem jurídica (*função jurisdicional*), e quando se traduz em actos de govêrno ou de execução geral das leis (*função executiva ou administrativa*).

Daí a distinção dos três poderes ou órgãos constitucionais do Estado, o *legislativo*, o *executivo* e o *judiciário*, e a determinação dos limites e funções próprias de cada um como objecto do direito constitucional.

E princípios fundamentais da organização do Estado, e, portanto, de direito constitucional são todos aqueles que traduzem a garantia das liberdades individuais, como são, a liberdade de pensamento, de religião e de imprensa, a liberdade de trabalho, comércio e industria, a liberdade de reünião e associação, a inviolabilidade da propriedade e do domicilio, e outros princípios semelhantes.

É por isso que em quási todas as constituïções políticas se encontram, ao lado das normas reguladoras da organização e atribuïções dos poderes do Estado, consignados os direitos e garantias individuais. Na nossa constituïção constituem essas garantias o título II (art. 3.º e 4.º).

(•) *Direito político ou constitucional* é, pois, o que determina a organização fundamental do Estado, regula as suas funções superiores de direcção e coordenação da actividade social, e estabelece a garantia das liberdades individuais.

b) *Direito administrativo.* Determinadas as normas fundamentais da organização e vida do Estado, segue-se naturalmente o sistema de normas segundo as quais deve dirigir-se e disciplinar-se a actividade concreta dos órgãos executivos do Estado e as suas relações com os cidadãos na realização dos fins sociais.

A acção do Estado na realização efectiva dos fins sociais, económicos, financeiros, morais e intelectuais, consiste fundamentalmente na bôa execução das leis e gerência do património colectivo. Nisto consiste a função administrativa do Estado ou a administração pública.

É, pois, necessário determinar os órgãos da administração pública e definir as suas funções, fixando os

limites da esféra de acção de cada um. Toda a administração do Estado se divide assim em vários ramos ou ministérios, cada um dos quais preside a uma parte da vida pública; a polícia, a segurança interna e a direcção dos diferentes agentes e institutos da administração geral, quer central, quer local (ministério do interior); a defesa externa e as relações com os outros Estados (guerra, marinha e negócios extrangeiros); a adquisição e o emprêgo dos meios financeiros necessários para o desempenho dos serviços públicos (finanças); os meios destinados à organização e funcionamento dos tribunais (justiça); o fomento do progresso material (agricultura comércio e indústria); e o densenvolvimento intelectual e artístico (instrução).

Mas o Estado, como organismo geral e central de toda a vida colectiva, é impotente para, por êle só, satisfazer todos os interesses públicos.

Daí a necessidade da criação de outros organismos menores, quer de carácter territorial, como a Província e o Município, destinados à gestão dos interesses locais ou regionais, quer de carácter institucional, destinados a fins de interesses geral e humanitário, para que se mostram insuficientes tanto o Estado como aqueles entes autarticos da administração regional ou local; tais são os hospitais, os asilos, as misericórdias, e em geral todos os estabelecimentos de beneficência ou utilidade pública.

Todos estes entes colectivos se intregam na vida administrativa do Estado, e, por isso, as normas que regulam a sua organização e funcionamento entram no campo do *direito administrativo*, que pode definir-se: o conjunto de normas que regulam a actividade do Estado e dos outros agregados territoriais e institucionais que se integram na função do Estado para a realização dos fins sociais.

c) *Direito penal ou criminal.* Estabelecida a ordem jurídica, é função essencial do Estado a sua

defesa constante. E diversa é esta função do Estado, conforme se trata não só dos meios tendentes a evitar as ofensas ou infracções da ordem jurídica (função ou defesa preventiva), mas também de reintegrar ou estabelecer a ordem jurídica violada ou ameaçada, corrigindo ou punindo os actos contra ela praticados (função ou defesa repressiva).

A defesa preventiva pertence naturalmente aos órgãos do poder executivo, especialmente aos da polícia e segurança interna, e, por isso, entra no campo do direito administrativo.

A defesa repressiva, por isso mesmo que incide sôbre casos concretos de infração da ordem jurídica, pertence à função do poder jurisdicional.

Mas o acto contrário à ordem jurídica apresenta-se em duas modalidades ou figuras essencialmente distintas, conforme a sua maior ou menor gravidade. Se o acto ilícito é tão grave, que ofende as condições, não só necessárias mas essenciais, da vida social (ilícito penal) produzindo alarme e profunda perturbação na colectividade, e pondo em perigo o pacífico desenvolvimento da vida colectiva, constitue o que se chama *crime* ou *delito*, e a sua repressão só pode ser eficaz pela aplicação duma pena severa, que em regra consiste na privação da liberdade, e pode ir até à da vida. Se o acto ilícito não é tão grave, e apenas ofende a ordem jurídica dos interesses particulares (ilícito civil), o seu correctivo consiste em penalidades mais brandas, que em regra consistem na nulidade do acto ilícito e na indemnização dos prejuízos causados.

Emquanto que o *ilícito civil* é do domínio do direito privado, o *ilícito penal* pertence ao direito público, por isso mesmo que ofende o próprio Estado.

Assim se constitue um ramo especial do direito público, para:

a) determinar na série vastíssima dos actos ilícitos aqueles que pelo seu carácter anti-social revestem a figura de crimes e merecem a sanção punitiva, independentemente da responsabilidade civil do criminoso pela reparação do dano causado;

b) estabelecer as condições, os limites da imputabilidade do agente, conforme a liberdade da vontade, a idade e o estado mental, e determinar as circunstâncias que excluem, atenuam ou agravam a responsabilidade do criminoso;

c) fixar as penas, ou sejam de castigo pessoal, ou apenas pecuniárias, para cada espécie de crimes, proporcionando-as equitativamente com a gravidade do mal causado, com o grau de responsabilidade e com a série mais ou menos completa dos actos praticados pelo criminoso para a consumação do crime, que pode ter ficado em simples tentativa ou ter sido frustrado; e, por fim,

d) estabelecer os meios preventivos do crime (substitutivos penais) pela criação de institutos próprios para correcção, educação e aperfeiçoamento dos prováveis candidatos à criminalidade.

O *direito penal*, ou antes *criminal*, pode, pois, definir-se: o conjunto de normas que regulam a defesa preventiva e repressiva contra os factos ofensivos das condições essenciais da vida social, pela imposição de certas penas e meios educativos apropriados.

Dada a gravidade do julgamento condenatório em matéria penal, compreende-se que o arbítrio do julgador seja restrito nos precisos termos da lei.

E daí dois princípios fundamentais que dominam todo o direito penal: só podem ser considerados crimes os factos como tais especificados pela lei — *nullum crimen sine lege;* e não pode aplicar-se uma pena, qualquer que seja a sua natureza, sem uma precisa disposição da lei — *nulla poena sine lege.*

d) *Direito judiciário ou processual.* A administração da justiça, sendo função essencial do Estado, desde que foi banido o sistema da defesa pessoal ou

vindicta privada, dá lugar a um outro ramo de direito público, que é o direito *judiciário* ou *processual,* por alguns chamado simplesmente *processo.*

Para o exercício da sua função jurisdicional o Estado precisa de ditar as normas reguladoras da organização, competência e funcionamento dos órgãos destinados a administrar a justiça, isto é, a aplicar a lei nos casos concretos de violação da ordem jurídica.

Estas normas constituem precisamente o direito *processual,* que deve antes denominar-se *judiciário,* porque regula, não sòmente a forma pela qual nos tribunais competentes se fazem valer os direitos e as obrigações, mas também o modo como se organizam as diferentes espécies e categorias de tribunais (*organização judicial*) e se determina a sua respectiva esfera de atribuïções (*jurisdição e competência dos tribunais*).

A êste ramo de direito público pertencem ainda, não só os meios que tem o titular ou sujeito dum direito subjectivo contestado ou duvidoso (*autor*) para o fazer valer coactivamente (*acções*), mas também os que tem o possível ou efectivo infractor da ordem jurídica (*réu*) para se defender e provar a legitimidade do seu procedimento (*excepções*).

Direito judiciário é, pois, o conjunto de normas reguladoras da organização e competência dos tribunais e da forma pela qual se fazem valer coactivamente os direitos e obrigações de cada um.

Os autores italianos e franceses, em geral, dividem o direito processual em *penal* e *civil.* E alguns, sôbretudo entre os franceses, consideram o *processo civil* como um ramo do direito privado (1).

A verdade é, porém, que todo o direito processual,

(1) Simoncelli, *Ist.,* pág. 49; Capitant, *Introd.,* pág. 20; Planiol, *Traité Élémentaire de Droit Civil,* I, pág. 16. E também nós, nas lições que fizemos em 1904, aceitamos esta doutrina, tendo-a abandonado mais tarde, pois em verdade todo o processo é de direito público.

ainda mesmo o relativo aos direitos privados, é de direito público, por sua própria natureza, pois que faz parte duma das funções essenciais do Estado, que é a função *jurisdicional,* ou seja a função de julgar ou sentenciar em todas as ofensas da ordem jurídica ou em todas as relações controvertidas entre as respectivas partes ou sujeitos.

Ora, nas relações jurídicas do direito processual, uma das partes ou sujeitos principais é o Estado representado pelo órgão jurisdicional.

Nem a competência dos tribunais nem a forma do processo podem ser alteradas pela vontade das partes, em obediência aos velhos princípios do direito romano —*jus publicum privatorum pactis mutari non potest; privatorum conventio juri publico non derogat.* A mesma doutrina é freqüentemente invocada nas decisões da nossa jurisprudência, dizendo-se que as *formalidades do processo, por serem de direito público,* não podem ser alteradas por vontade das partes (1).

Nem invalida esta doutrina o princípio do *juízo arbitral,* consignado nos arts. 44.° e 45.° do nosso Código de Processo Civil, segundo o qual é facultado às partes, não só escolher um ou mais árbitros para decidirem, mesmo *ex aequo et bono,* as questões sôbre as quais lhes é permitido transigir, mas também designar a forma de processo a adoptar.

É que o tribunal arbitral, embora de instituïção dos particulares, não deixa de ter carácter essencialmente público, sendo por assim dizer um órgão delegado do Estado para administração da justiça.

A divisão do processo em penal e civil é incompleta, porque, além destas duas espécies é preciso considerar ainda, pelo menos, o processo *administrativo* e o *comercial.*

(1) Dr. Teixeira de Abreu, *Curso,* pág. 23; Ruggiero, *Ist.,* I, pág. 73 e 74.

O direito processual é o que se chama também geralmente *direito adjectivo,* o regulador das formalidades do processo, em oposição ao *direito substantivo,* determinador dos direitos e obrigações.

e) *Direito internacional.* Ao lado dos diversos ramos do direito público interno de cada Estado existem as normas reguladoras das relações entre os diferentes Estados, constituindo o chamado *direito internacional.*

Os Estados, do mesmo modo que os indivíduos, não podem viver, não podem realizar todos os seus fins, na situação de isolamento; por isso, muitas relações se estabelecem entre êles, que no mais amplo conceito da comunidade universal são os sujeitos duma verdadeira sociedade internacional, como os indivíduos são os sujeitos da sociedade nacional de cada Estado e dos diferentes agregados sociais que neste se integram.

As relações internacionais eram antigamente muito raras, em virtude do isolamento em que normalmente viviam os povos, tornando-se até impossíveis quando surgiam Estados, como o romano, que se elevavam a um tal poder de dominação, que submetiam todos os outros, destruindo a sua autonomia e independência. Mas com o andar dos tempos, o progresso da civilização e o desenvolvimento da vida política dos diferentes Estados, aumentaram e intensificaram cada vez mais as relações entre êles, que de meras relações de facto, governadas apenas por normas de cortezia, de moral ou de política, passaram a ser verdadeiras relações jurídicas, reguladas por normas de carácter obrigatório.

O carácter jurídico das normas reguladoras das relações internacionais do Estado é, porém, muito discutido entre os publicistas, por lhes faltar a precisa obrigatoriedade coactiva das regras de direito positivo interno dos diferentes Estados.

Não há, com efeito, um órgão ou poder legislativo internacional competente para formular as normas jurídicas adequadas, nem tão pouco tribunais da justiça internacional.

A Sociedade da Nações, com a sua Assemblea, instituída pelo Pacto das Nações, que faz parte do Tratado de Versailles, está, por assim dizer, ainda no período embrionário de formação. E o projecto do Tribunal Permanente de Justiça Internacional, mandado elaborar pelo art, 15.º daquele pacto, não passa por ora de mera esperança.

Por outro lado, os mais cruentos episódios da grande guerra, e os que já depois da paz se teem repetido na recente guerra greco-turca, dão uma certa fôrça aos scépticos do direito internacional.

Entretanto parece-nos que a relativa incerteza das normas da vida internacional dos Estados não é motivo bastante para lhes negar o carácter jurídico.

Como diz Ruggiero, a fonte de tais normas está na própria vontade dos Estados soberanos que as adoptam e formulam nos seus tratados e convenções, quer essa vontade se conceba como uma vontade comum ou colectiva, quer como um concurso de vontades singulares coordenadas, que acordam na fixação dos preceitos pelo íntimo convencimento da sua necessidade; e a obrigatoriedade reside na recíproca limitação das diversas soberanias, que, embora seja uma simples autolimitação, não pode deixar de ser considerada obrigatória, por ser declarada e estatuída pelos legítimos representantes dessas mesmas soberanias.

Falta, é verdade, o órgão da imposição coactiva; mas nem por isso as normas deixam de ser jurídicas, pois só a possibilidade da coacção, e não a coacção efectiva, constitue elemento essencial e permanente do direito.

O vasto campo das relações internacionais não se reduz às dos Estados entre si, considerados como entes soberanos e sujeitos de direito público; há também uma infinidade de relações entre os cidadãos de diversos Estados ou entre indivíduos dum Estado e os outros Esta-

dos emquanto estes se apresentam como sujeitos de direitos privados. Estas relações são o objecto do outro ramo do direito internacional, o *direito internacional privado*, que tem a sua fonte, não só no direito interno de cada país, mas nas convenções internacionais dos Estados, como a convenção da Haia, de 1902, que estabeleceu as normas reguladoras dos conflitos de leis dos diversos Estados em matéria de casamento, de divórcio, de separação dos cônjuges, e de tutela dos menores.

Direito internacional é, pois, o que regula as relações jurídicas que se estabelecem entre os diversos Estados.

Direito internacional público é o que regula as relações entre os Estados considerados como poderes soberanos.

Direito internacional privado é o que regula as relações jurídicas que por algum dos seus elementos se encontram no domínio de leis de diversos Estados.

O direito internacional diz-se *privado*, não emquanto regula as relações entre cidadãos de Estados diversos, porque então é puro direito interno, mas emquanto *estabelece as normas para decidir por qual, entre as leis de diferentes Estados, devem ser reguladas as relações jurídicas privadas entre cidadãos de Estados diversos relativas a actos praticados no extrangeiro ou a cousas aí situadas.*

Por isso, diz bem Simoncelli que o direito internacional privado tem carácter público: como regulamento de competência entre as leis de diversos Estados funda-se em princípios de natureza essencialmente pública.

E é por isso que ao direito internacional privado pertencem também as normas que regulam os conflitos de leis em matéria de direito penal e judiciário (1).

f) *Direito eclesiástico ou dos cultos.* Fazem

(1) Simoncelli, *Ist.*, pág. 53; Ruggiero, *Ist.*, pág. 75 e 76.

parte do direito público as normas que regulam as relações do Estado com as Igrejas, sobretudo com a Igreja Católica considerada como uma grande instituïção pública. O carácter público da constituïção da Igreja provem-lhe de toda a sua evolução histórica, começando na sua origem, que é anterior à dos Estados modernos; e mantem-se pela enorme extensão numérica e territorial, que bem pode dizer-se universal, pois que jámais instituïção alguma a igualou; e conserva-se indestrutível pela sua influência social, em virtude dos seus ensinamentos, das suas organizações e do domínio que exerce sôbre a consciência dos homens.

E por isso ainda mesmo nos Estados que, receiosos do poder da Igreja Católica, fundando-se no princípio da liberdade de crenças religiosas e dos respectivos cultos, decretaram o regimen da separação como sistema de relações entre o Estado e as Igrejas, as respectivas normas teem um carácter eminentemente público.

Entre nós, por exemplo, o decreto de 20 de Abril de 1911, que estabeleceu o regimen da separação, juntamente com o decreto de 22 de fevereiro de 1918, que lhe fez algumas modificações, constitue um código de direito público, que não pode incluir-se em qualquer dos outros ramos.

Na organização dos estudos nas nossas faculdades de direito constitue o objecto dum curso a que se dá o nome de *direito dos cultos*.

Mas, em verdade, não há razão para se abolir a tradicional denominação de *direito eclesiástico*, tanto mais que o Estado, apesar do regimen da separação, já reconheceu a importância social e política da Igreja Católica, restabelecendo as relações diplomáticas entre os dois poderes.

Direito eclesiástico ou *dos cultos* é, pois, o *conjunto de normas emanadas do Estado para regular a acção da Igreja e as suas relações com ela.*

Não se deve confundir com o *direito canónico*, o

direito próprio da Igreja Católica, assim denominado por ser constituído principalmente pelos *canons* ou decisões dos concílios universais ou ecumenicos (1).

27. **Divisão do direito privado em civil e comercial.** — Ao contrário do direito público, o privado apresenta um carácter muito unitário.

Por muito tempo êle resistiu à divisão ou separação em ramos diversos, e só numa época relativamente recente se formulou a única que tem importância, a sua divisão em *direito civil* e *comercial*,

Esta divisão que, no dizer de Ruggiero, pode hoje considerar-se definitivamente aceita pela sciência e pela legislação, funda-se na diversa natureza que uma dada relação jurídica pode revestir em razão da qualidade comercial dos sujeitos, dos actos ou dos bens.

O direito privado regula as relações jurídicas de carácter particular, relações entre os indivíduos ou entre êles e as colectividades, incluindo o próprio Estado, e ainda entre estas mesmas, sempre que se apresentem como pessoas particulares, isto é, fora do exercício de funções públicas.

Estas múltiplas e variadíssimas relações reduzem-se a duas ordens ou grupos fundamentais, correspondentes aos dois fins supremos a que se dirige toda a actividade do homem: a procreação e conservação da espécie e a utilização das cousas do mundo para sua subsistência e bem-estar.

Família e *património* são, pois, os dois centros das duas grandes esferas das relações de direito privado.

Mas entre os dois grupos fundamentais outras distinções aparecem, impondo-se necessàriamente no sistema duma organização scientífica do direito privado.

(1) Simoncelli, *Ist.*, pág. 51; Ruffini, *Diritto eclesiástico*, pág. 123 e seg.; Raneletti, *Principii*, pág. 412.

Há relações do indivíduo como membro da família com os outros membros dela (*direitos de família*) e relações que são independentes da situação familiar. Não só o homem é sujeito de direitos, pois como pessoas são também considerados os entes colectivos. E à qualidade de pessoa é inerente um conjunto de poderes ou faculdades, que constituem os *direitos da personalidade* ou o *direito das pessoas*.

Nas relações relativas ao património os direitos que competem às pessoas ou incidem directa e imediatamente sôbre as cousas (*direitos reais*), ou só mediatamente recaem sôbre as cousas, referindo-se directamente a certa pessoa que tem o dever jurídico de dar ou fazer ou não fazer alguma cousa (*direitos de obrigação*). E finalmente, teem grande importância e assumem feição especial as relações patrimoniais derivadas da morte do indivíduo, constituindo o *direito da sucessão*.

Eis a síntese de todo o direito privado, e dum modo geral a substância do *direito civil*.

Dêle se destacou um ramo menor, o *direito comercial*, porque as exigências particulares da vida mercantil tornaram indispensável uma disciplina jurídica mais simples, mais maleavel, que não se continha nos velhos moldes do direito civil.

A qualidade de comerciante exigia uma disciplina jurídica particular, e o desenvolvimento do comércio tornou indispensável a adopção de novas regras de direito.

O direito comercial, que a princípio se estabeleceu como um desvio do direito privado, como uma norma de excepção para a classe dos comerciantes, assumiu depois uma completa autonomia e independência, como corpo de leis que regulam o exercício do comércio (1).

O direito civil é, portanto, o direito privado geral e comum, isto é, o conjunto de normas que regulam os

(1) Ruggiero, *Ist.*, pág. 78 e 79.

direitos das pessoas como particulares e as relações patrimoniais que não tenham por objecto actos de comércio.

O direito comercial é o que regula a situação jurídica dos comerciantes e as relações que teem por objecto actos de comércio.

Mas não faltam autores que impugnam a distinção dos dois ramos do direito privado, negando a necessidade e a conveniência da sua separação, e afirmando a necessidade de os refundir no mesmo corpo de doutrina e de legislação.

A questão tem sido debatida principalmente na Itália, onde as duas correntes — a da unidade e fusão, e a da autonomia e saparação dos dois ramos de direito privado — são representadas pelos dois eminentes comercialistas, professores Vivante e Vidari (1)

(1) Contra a autonomia do direito comercial apresenta Vivante os seguintes argumentos:

a) a dualidade do direito privado, inspirada na idea de que os comerciantes formam uma classe distinta dos cidadãos, contraria a homogeneidade da nossa constituição social;

b) determina gravissimas questões de índole social e política; porque:

1) conserva em flagrante contraste com os princípios da igualdade social uma classe privilegiada, cuja actividade é regulada por uma lei especial, que a favorece em prejuízo dos outros cidadãos;

2) dificulta a administração da justiça, visto reclamar frequentes investigações preliminares sôbre se um determinado acto jurídico é ou não de natureza comercial, e daí as controversias sôbre a competência dos tribunais;

3) prejudica a aplicação do direito pela dificuldade de aplicar as suas disposições quando os dois códigos, civil e comercial, regulam o mesmo instituto;

4) exerce uma perniciosa influência no progresso scientífico, pela grande deficiência no código comercial de regras gerais e pela grande abundância de particularidades nas normas dos vários institutos;

5) não é possível precisar os limites das duas leis civil e comercial, pela dificuldade de caracterizar e distinguir nitidamente os actos civis e comerciais.

A escolha ortodoxa ou conservadora alega, por seu lado, pela boca de Vidari:

a) a separação do direito comercial e do direito civil explica-se pela diversa natureza das relações sociais que um e outro são chamados a disciplinar; embora o comércio deixasse de ser monopólio duma ordem de cidadãos, as leis comerciais ainda actualmente regulam o exercício profissional do comércio e a prática de qualquer acto desta indústria, e, porisso, uma certa ordem de factos económicos;

b) a dificuldade em assinar os confins das duas legislações não é razão para negar que sejam distintas, e que entre elas haja limites; da mesma forma que a afinidade reciproca do direito constitucional e do direito administrativo, e a dificuldade de lhes assinar os limites, não são motivo para unificar aqueles. De resto, a determinação dos limites tornar-se-ía fácil com a substituição da distinção entre actos civis e comerciais pela distinção entre comerciantes e não comerciantes;

c) o facto de ser a lei civil insuficiente para regular algumas instituições, sendo necessário recorrer à lei comercial, não prova contra a autonomia dos dois direitos, visto que as exigências de cada uma das relações são diversas, carecendo as instituições comerciais de mais liberdade e havendo institutos e órgãos que seriam inúteis e nocivos na vida civil;

d) sob o ponto de vista patrimonial: no direito civil, os bens são considerados no seu valor de uso, e no direito comercial no seu valor de troca; etc. Conf. Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, I, pág. 1-37; Vidari, *Corso di diritto commerciale*, I, pág. 761 e seg.

28. **Evolução do conceito de direito civil. O art. 3.º do Código Civil e o art. 2.º do Código Comercial.** — *A* expressão *direito civil* é a tradução do *jus civile* dos romanos.

É, pois, no direito romano que se encontra o seu primitivo sentido.

Ora o *jus civile* era para os antigos o direito próprio dum povo independente — *quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id vocatur jus civile quasi jus proprium ipsius civitatis* (Gaius, *Institutiones*, I, 1).

Para os romanos o direito civil era, pois, o *direito de Roma*, ou o direito dos Quirites, *jus Quiritium*.

O direito civil opunha-se ao *jus gentium*, que compreendia as regras comuns a todos os povos, *quod omnes gentes utuntur*.

De modo que, se a expressão *direito civil* tivesse conservado a sua primitiva significação, significaria em cada país o seu direito próprio, para nós o direito português, para os franceses o direito francês, etc.

Mas não acónteceu assim.

O conceito do direito civil foi sucessivamente variando.

Passou primeiro a significar o direito romano; depois o direito público e privado de cada Estado, em oposição ao direito canónico ou eclesiástico; depois restringiu-se ao direito privado, e finalmente significa apenas o direito privado comum, isto é, o direito privado com exclusão da parte especial para o comércio (direito comercial).

Durante toda a idade-média a expressão *direito civil* designou o direito romano, porque foram as colecções do *corpus juris civilis* dos romanos que serviram de fonte directa ao direito dos outros povos e aos trabalhos de todos os jurisconsultos.

E, porque o *corpus juris civilis* compreendia tanto o direito público como o privado, significava também o direito próprio do Estado, em oposição ao da Igreja.

Neste sentido se encontra ainda a expressão *direito civil* nos estatutos dados à universidade de Coimbra pelo grande Marquês de Pombal (Livro 2.º, cap. 2.º).

A transformação seguinte do conceito do direito civil, para passar a designar apenas o direito privado, tem uma explicação histórica muito simples.

O *jus civile* compreendia o direito público e o privado; encontram-se no *corpus juris civilis* muitas disposições relativas aos magistrados, aos funcionários municipais e muitos outros.

Mas depois da queda do império romano estes textos do direito público não tiveram mais valor algum, pois que os Estados modernos passaram a governar-se por outros princípios políticos; e porisso os jurisconsultos sòmente iam procurar ao *corpus juris civilis* as regras do direito privado (1).

E, finalmente, como nos tempos modernos as necessidades especiais do comércio reclamaram a constituïção dum direito especial, o comercial, que se separou do direito civil, ficou êste a significar simplesmente o direito privado comum ou geral.

(1) Planiol, I, pág. 9 e 10, Dr. Laranjo, dag. 12, nota.

O conceito do direito civil como direito privado é consignado no art. 3.º do código civil:

«Se os direitos e obrigações se limitam às relações recíprocas dos cidadãos entre si, como meros particulares, ou entre os cidadãos e o Estado, em questões de propriedade ou de direitos puramente individuais, esses direitos e obrigações constituem a capacidade civil dos cidadãos, denominam-se direitos e obrigações civis, e são regidos pelo direito privado contido no código civil, excepto na parte em que são regulados por lei especial».

Tendo em vista a noção do direito privado, conclue-se que a noção legal do direito civil, segundo o art. 3.º do nosso código civil, é equivalente.

A noção legal do direito civil abrange, pois, também o direito comercial, e, com efeito, as relações jurídicas do comércio estão compreendidas na definação do art. 3.º do código civil.

Entretanto o legislador português, seguindo aliás o exemplo dos outros países, separou do direito civil um regimen jurídico especial para o comércio, constituindo o direito comercial, e organizando o respectivo código.

De modo que para as relações jurídicas do comércio há uma lei especial, geralmente diferente da lei civil, e é, portanto, indispensável fixar o critério distintivo dos actos de comércio e dos da vida civil, para sabermos qual o direito aplicável, nos diversos casos particulares.

Êsse critério está consignado nos dois primeiros artigos do código comercial: o art. 1.º declara: *«a lei comercial rege os actos de comércio, sejam ou não comerciantes as pessoas que neles interveem»*; e o art. 2.º diz: *«serão considerados actos de comércio todos aqueles que se acharem especialmente regulados*

neste código, e, além dêles, todos os contratos e obrigações dos comerciantes, que não forem de natureza exclusivamente civil, se o contrário do próprio acto não resultar».

Vê-se, pois, que há duas categorias de actos comerciais:

a) Os que se encontram especialmente regulados no código comercial, que são chamados *objectivos*, por serem comerciais por si mesmos, independentemente das pessoas que os praticam; e

b) Os que apesar de não serem especialmente regulados no código comercial, são considerados comerciais, por serem praticados por comerciantes, desde que não sejam de natureza exclusivamente civil, e porisso se chamam *subjectivos*, pois que a sua comercialidade resulta da qualidade da pessoa que os pratica.

Nestas condições, o critério prático, para verificar se um dado acto é ou não comercial é muito simples.

Em primeiro lugar averigua-se se o acto está especialmente regulado no código comercial; e no caso afirmativo, conclue-se logo que é comercial. E, no caso negativo, é preciso atender às pessoas que praticaram o acto; se entre elas não há comerciante algum, o acto é civil; mas se há algum comerciante o acto é comercial, se satisfizer comulativamente a estas duas condições:

a) Não ser o acto de natureza exclusivamente civil, isto é, não ser regulado exclusivamente pela lei civil; e

b) Não resultar do próprio acto que êle nada tem com o exercício do comércio (1).

(1) Para maior desenvolvimento desta doutrina pode ver-se o nosso artigo sôbre a *determinação dos actos de comércio*, no n.º 7 dos *Estudos Jurídicos*.

29. **Caracteres distintivos e relações entre o direito civil e o comercial. A doutrina da comercialização do direito civil.** — O direito civil constitue, pela vastidão do seu objecto, o ramo mais complexo do direito.

As suas principais instituições são: o direito da personalidade, a família, os direitos reais sôbre as cousas, a propriedade, os contratos, as obrigações, e as sucessões.

Cada uma delas só de per si constitue um grande capítulo da sciência do direito.

Da sua complexidade resulta que a sua evolução se faz muito lentamente, de modo que, nas suas linhas gerais, as regras jurídicas do direito civil moderno reproduzem ainda, em grande parte, as velhas fórmulas do direito romano.

O formalismo do antigo direito, determinado por velhos preconceitos, revive ainda hoje nos códigos civis.

Á complexidade objectiva ou material do direito civil junta-se a sua complexidade formal.

Da mesma complexidade resultou naturalmente, pela diversidade de costumes e necessidades de povo para povo, que o direito civil apresenta modalidades muito diferentes de país para país.

Complexidade, imobilidade e diferenciação são, pois, os caracteres gerais distintivos do direito civil, ao contrário dos do direito comercial, que são a *universalidade, a unidade e a simplicidade.*

O carácter universal e cosmopolita do comércio atribuiu naturalmente ao direito mercantil a mesma facilidade de adaptação a todos os povos, apesar das profundas diferenças de costumes e de leis que constituem o seu organismo social e jurídico.

O comércio, tendo por função primária e principal colocar as utilidades ao alcance da satisfação das necessidades humanas, nasceu e desenvolveu-se em todas as partes do mundo sob o império das mesmas necessida-

des, revestindo aproximadamente as mesmas formas nos seus processos e nas suas operações.

Por isso se diz justamente que o direito comercial é *universal e cosmopolita.*

E daí a natural tendência para a sua unificação universal, tendência que se manifesta claramente na identidade dum grande número de preceitos, que se encontram nos códigos e leis comerciais dos diferentes países, e na semelhança de quási todas as instituïções mercantis, regulamentadas pelo direito comercial moderno.

E pois que o comércio é fundamentalmente idêntico em todos os povos, a *tendência unitária* do direito comercial não só tem realidade nas instituïções mercantis, mas constitue uma aspiração scientífica, proclamada pelos mais notáveis comercialistas, tanto em seus escritos, como nas discussões dos congressos internacionais.

Da natureza económica do comércio resulta ainda para o direito comercial um outro carácter específico que importa assinalar. É a necessária *simplicidade* das suas formas jurídicas.

Se o comércio tem por função económica principal facilitar a circulação da riqueza, é evidente que todos os obstáculos ou demoras, que se oponham ao rápido exercício das suas operações, são contrários ao desenvolvimento do comércio, e portanto, ao espírito do direito mercantil.

Se em toda a indústria é uma verdade o provérbio inglês *«time is money»*, é-o mais no comércio do que em qualquer outra, pois que a celeridade e a actividade nas transacções supre muitas vezes a deficiência de capital.

Por isso mesmo, e para que seja eficazmente garantido o crédito, justamente considerado a alma do comércio, é indispensável que o direito comercial assegure, por suas leis, o rigoroso cumprimento das obrigações e a rapidez dos processos comerciais perante os respectivos tribunais de justiça.

Assim se justifica a simplicidade das formas do processo comercial, bem como dos contratos e títulos de crédito da vida mercantil (1).

Mas o direito civil tem com o comercial as mais próximas relações.

E tão íntimas elas são que muitos dos mais eminentes comercialistas propugnam com entusiasmo a fusão dos códigos civil e comercial.

A família, a propriedade, os contratos e obrigações são os eixos sôbre que gira todo o direito civil, e todas essas instituïções prestam ao direito comercial elementos importantíssimos para o seu desenvolvimento.

A capacidade para contratar no comércio é a mesma que no direito civil, e tanto num como no outro depende intimamente da constituïção da família. As limitações impostas à mulher casada para exercer o comércio teem o seu fundamento no direito familiar, assim como as condições em que o menor pode continuar o exercício da indústria comercial legada por seus pais ou por qualquer outra pessoa. O mesmo fundamento tem a necessidade de inscrever no registo comercial as escrituras ante-nupciais dos comerciantes, para que os bens das suas mulheres escapem ao desastre da sua falência.

Quanto à propriedade basta notar que tanto as cou-

(1) Para se fazer uma idea concreta desta simplicidade, basta confrontar as formas jurídicas de alguns contratos comuns ao direito civil e ao comercial. Assim, segundo o Código Civil (art. 1534.º), o mútuo de quantia excedente a duzentos mil réis só pode ser provado por escrito, assinado pelo próprio mutuário ou reconhecido como autêntico; e se exceder a quatrocentos mil réis, só pode provar-se por escritura pública; enquanto que o empréstimo mercantil entre comerciantes, seja qual fôr o seu valor, admite todo o género de prova (Cód. com., art. 396.º).

O contrato civil de penhor só pode produzir os seus efeitos, com relação a terceiros, pela entrega da coisa empenhada, e existindo o respectivo acto autêntico ou autenticado donde conste a soma devida, a espécie e natureza do objecto do penhor (Cód. Civ., art. 858.º); porém, o penhor mercantil entre os comerciantes, ainda por quantia excedente a duzentos mil réis, para produzir efeitos para com terceiros, basta que se prove por escrito (Cód. Com., art. 400.º).

sas móveis como as imóveis são objecto próprio do direito civil e comercial, conquanto dêste o sejam mais as primeiras do que as segundas.

De resto, em matéria de obrigações, tanto um como outro são de natureza eminentemente contractual, sendo idênticos os princípios jurídicos fundamentais.

Por isso a refundição dos dois ramos do direito privado tem sido defendida por distintos escritores, sobretudo na Itália.

E porque as necessidades da vida contemporânea exigem a reforma do direito civil, no sentido de se lhe adaptar as instituïções do direito comercial, na parte aplicável, tem-se dado a esta tendência o nome de *comercialização do direito civil.*

30. **Fontes do direito civil: noção e classificação.** — Por *fontes* do direito civil não se pode deixar de entender a sua origem ou causa geradora, ou seja, o sistema de factos que lhe dão o ser.

Neste sentido as fontes do direito objectivo, ou subjectivo, não são outra cousa senão as próprias necessidades individuais ou sociais, que êle é destinado a satisfazer.

Mas não é dêste sentido natural das fontes do direito que tratamos agora, porque assim consideradas, as fontes confundem-se com o próprio direito, e o seu estudo é, portanto, o de todas as instituïções jurídicas.

Aqui trata-se dum conceito mais restrito, que é o *próprio* ou *técnico,* referindo-se apenas ao direito objectivo, e consiste nos factos sociais em que *se concretiza e forma o direito,* ou seja nos diferentes modos pelos quais êle se forma.

No ponto de vista histórico, em relação às legislações antigas, entende-se por *fontes* os diplomas ou documentos em que se contêm o direito, e ainda os trabalhos dos jurisconsultos da época.

Alguns escritores fundando-se na existência de órgãos sociais especialmente encarregados do reconhe-

cimento ou declaração formal do direito (poder ou função legislativa), consideram como *fontes* do direito positivo os *órgãos sociais dos quais o direito emana directamente,* ou antes, *as instituïções cuja vontade a todos obriga* (1).

Esta noção, porém, é demasiado restrita, porque reduz as fontes do direito a uma só — *a lei* — sendo certo que na vida social há outros factos por meio dos quais êle se fixa e determina.

A noção das fontes refere-se tanto aos direitos subjectivos como ao direito objectivo.

Mas só das dêste tratamos agora, porque as dos direitos subjectivos, como as fontes originárias do direito, só podem determinar-se a propósito de cada instituïção jurídica.

Quando muito pode fazer-se uma simples indicação genérica, como a do art. 4.° do código civil, que faz uma espécie de classificação dos direitos civis, baseada nas suas fontes ou fundamentos.

E assim dir-se-ia que as fontes do direito são:

a) *a própria natureza humana;*

b) *os actos do homem, só, ou de acôrdo com outrem;* e

c) *a disposição da lei.*

Mas esta classificação é rejeitada pela doutrina positiva sôbre a natureza e a origem do direito que só reconhece como verdadeira fonte dos direitos as condições da vida social.

A própria lei não é a fonte dos direitos subjectivos, pois que a sua função se limita a reconhecê-los e garanti-los.

Os escritores divergem na determinação das fontes do direito objectivo.

---

(1) Dr. Teixeira de Abreu, *Curso,* pág. 63; Cogliolo, *Filosofia del diritto privato,* pág. 40.

Uns só admitem duas fontes — *a lei e o costume* (1); outros ainda uma terceira — *a jurisprudência dos tribunais* (2); outros ainda mais, como os *princípios gerais de direito e a equidade* (3).

Partindo da ideia de fonte do direito considerada como a instituïção em que se traduzem ou se encontram as regras obrigatórias da vida social, tem de se concluir que a *lei* é a unica fonte do direito positivo.

Mas esta noção parece-nos imperfeita, porque a lei não é pròpriamente a fonte, mas antes o próprio direito.

A noção de fontes do direito tem necessàriamente um alcance mais largo, compreendendo também os elementos da vida social que cooperam na sua formação.

E, assim, devemos distinguir três espécies de fontes do direito:

a) as *imediatas ou formais*, que são *as leis*, no seu sentido mais geral de regras sociais obrigatórias;

b) as *mediatas*, ou *geradoras*, que são: *o costume*, a sciência do direito e a jurisprudência dos tribunais (4);

c) as *fontes subsidiárias* do direito, isto é, os preceitos jurídicos aplicáveis aos casos não previstos na lei.

31. **O costume como fonte de direito.** — O *costume* representa na formação histórica do direito a sua primeira e principal fonte geradora.

Foi pela repetição geral e uniforme de certas regras de vida social, impostas à consciência dos povos pela

(1) Planiol, pág. 5.
(2) Capitant, pág. 22 e seg.
(3) Chironi e Abello, pág. 22 e seg.
(4) Chironi e Abello, log. cit., também dividem as fontes em *imediatas* e *mediatas*; mas dão à segunda espécie um sentido diferente, considerando-as como *elementos subsidiários* do direito objectivo, isto é, como *fontes da interpretação das leis (costume, autoridade das sentenças dos tribunais, princípios gerais de direito e equidade)*.

necessidade de regular por certa forma as relações humanas, que se formou e fixou o direito nas primitivas sociedades.

O *costume*, no sentido jurídico, é precisamente a regra de vida social que, por sua observância geral, constante e uniforme, passa a ser considerada obrigatória pela opinião comum (*opinio juris vel necessitatis*).

Assim se formou o chamado *direito consuetudinário* ou *não escrito (jus non scriptum)*, que é anterior ao direito traduzido em *lei* pelo poder público, chamado *direito escrito (jus scriptum)*.

E tal foi a fôrça do *costume* como fonte geradora do direito, que dos usos e costumes de carácter jurídico se fizeram colecções semelhantes às do direito escrito, as quais durante muitos séculos constituiram a principal fonte formal do direito.

Mas à medida que na organização e vida das sociedades se vai operando a diferenciação dos órgãos e o aperfeiçoamento das funções sociais, o costume vai perdendo o seu valor como fonte geradora do direito, até ser completamente substituído pela função legislativa, que organiza o direito escrito em todos os ramos da actividade social.

Por isso, e com razão, os mais autorizados civilistas franceses (Demolombe, Aubry, e Rau) consideram o costume como uma fonte definitivamente esgotada, porque nas sociedades modernas a função de legislar pertence exclusivamente a órgãos especiais, sob a designação geral de *poder legislativo*.

Em todo o caso a autoridade do costume é ainda hoje reconhecida em alguns ramos de direito, nomeadamente no direito político, no administrativo, no internacional e no comercial.

Alguns códigos comerciais modernos, como o italiano, consideram mesmo os *usos* do comércio como direito aplicável aos factos não regulados na lei comer-

cial (casos omissos), constituindo o chamado direito subsidiário.

Também no projecto do nosso código comercial (art. 3.º) se mandava recorrer aos *usos* do comércio, sempre que as questões comerciais não puderem ser resolvidas nem pelo texto da lei comercial, nem pelo seu espírito, nem pelos cosos análogos nela prevenidos.

Mas logo na primeira revisão do projecto, feita pela comissão de legislação comercial da câmara dos deputados, foi eliminada esta disposição, adoptando-se o direito civil como subsidiário da lei comercial

Ainda assim os *usos* mercantis não foram inteiramente excluídos do direito comercial, pois que em vários artigos o código manda ainda recorrer a eles (arts. 68.º, n.º 6.º e 7.º, 232.º, § 1.º, 238.º, 269.º, 271.º, § único, 273.º, § único, 382.º, 404.º, 508.º, n.º 5.º, 539.º, 559.º, § único, 569.º e outros).

Mas são apenas os usos chamados *interpretativos e técnicos*, destinados a completar ou interpretar as disposições dos actos e contratos.

Mas como fonte geral do direito foi justamente eliminado o costume, porque no estado actual de desenvolvimento do direito, mal se compreende a sua observância em concorrência com as disposições da lei positiva.

Os usos regularmente estabelecidos, constituindo regras jurídicas admissíveis e de carácter geral, foram há muito convertidos em lei.

Os de formação recente, que porventura se possam elaborar, não adquiriram ainda a sanção da consciência colectiva, capaz de lhes conferir fôrça jurídica.

De resto, as regras consuetudinárias são quási sempre de difícil verificação. Já a Rota de Genova dizia: *Consuetudo est difficillimae probationis.*

Os costumes, nas suas relações com a lei, podem ser: *secundum legem, praeter legem* ou *contra legem.*

Os costumes conformes com a lei não teem nem deixam de ter autoridade jurídica.

Os costumes contrários à lei são indiscutìvelmente inadmissíveis.

Só poderia, pois, haver dúvida sôbre o valor dos costumes *praeter legem*, isto é, aqueles que se referem a actos ou relações não regulados na lei positiva.

Mas estes mesmos não devem ser adoptados como fonte geral de direito, porque se são ainda incertos ou imperfeitamente constituídos, não satisfazem a uma condição essencial das regras jurídicas — a certeza e precisão.

E se estão já regular e definitivamente constituídos, já devem ter sido apropriados pela legislação.

Antes do código civil o costume era uma verdadeira e importante fonte geradora e formal do direito.

E é por isso que o código, em alguns dos seus artigos, manda respeitar direitos adquiridos por *uso* e *costume*, como no art. 438.º, relativamente às águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis, no art. 444.º, § único, relativamente às águas das fontes e nasceutes, no art. 453.º, § único, relativamente às águas pluviais, no art. 2273.º, § único, relativamente às servidões contínuas não-aparentes e às descontínuas.

As condições para que o costume tivesse fôrça de lei foram fixadas no § 14.º da lei de 18 de agosto de 1769, chamada *lei da boa razão*, e eram três:

a) *não ser o costume contrário à lei escrita;*
b) *ser conforme à boa razão;*
c) *ter mais de cem anos de duração.*

Hoje, no direito privado português, a função do costume é meramente interpretativa ou integrante da vontade das partes.

Assim foi êle considerado no art. 1628.º do código civil, onde se manda atender ao *costume da terra* para determinar o prazo do arrendamento, quando as partes o não estabeleceram expressamente; no art. 1629.º,

onde se preceitua que o senhorio deve prevenir o arrendatário, e êste aquele, do fim do arrendamento, com a antecipação *usada na terra*, se o contrato é por tempo indeterminado; e, dum modo geral, no art. 684.º que manda atender ao *uso* e *costume* para determinar a *vontade* ou *intenção* das partes, quando dos termos do contrato, e da sua natureza e circunstâncias ela não resulte claramente; e no art. 704.º onde se preceitua que os contratos obrigam tanto ao que neles é expresso, como às suas conseqüências usuais e legais (1).

O costume não é, pois, actualmente, norma ou fonte de direito; aplica-se apenas nos casos especiais determinados na lei, por mandado desta, e para suprir o silêncio das partes, cuja vontade se deve presumir ser conforme ao que era de uso no local e no momento em que a relação jurídica se formou.

Não se trata, pois, do *direito costumeiro* mas *dum simples facto:* dos usos da localidade em certo momento, de mera repetição de factos, que podem ser recentes, e cujo valor jurídico deriva simplesmente da lei, que os manda tomar em consideração (2).

Aos *usos* de carácter supletivo ou interpretativo chamam alguns autores *usos convencionais;* e com razão, porque a sua origem se filia na prática uniforme de subordinar as convenções a certas regras ou cláusulas. Como diz um escritor alemão, eles são apenas a condensação e como que o sedimento de cláusulas ori-

(1) Conf., no mesmo sentido os arts. 68.º, n.º 6 e 7; 232.º, § 1.º; 238.º; 248.º; 269.º; 271.º, § ún.; 382.º; 404.º; 508.º, n.º 5; 539.º; 559.º, § ún. e 569.º do cód. com.

(2) O código civil fala de *costume*, e *de uso e costume*, em diversos artigos; mas estas palavras são tomadas como sinónimas, embora algumas vezes o legislador pareça significar o contrário. A palavra *uso* tem no direito civil um sentido particular, considerado como faculdade (cód. civ., art. 2254.º); mas emprega-se também, como sinónimo de *costume*, e uma e outra expressão para designarem o *direito costumeiro* ou *direito não escrito*, e a simples repetição habitual de factos. Conf. Ferreira Borges, *Dicionário jurídico-comercial*, vb. *uso*.

ginàriamente convencionadas entre as partes, e que só por isso se tornam para elas obrigatórias (1). A lei impõe a sua observância, por presumir que as partes quiseram voluntàriamente subordinar-se a essas regras quando formaram a convenção ou relação jurídica, visto que nada em contrário disseram.

Eles só teem de comum com o *direito consuetudinário* o seu *elemento externo* ou material, que é constituído pela prática constante de factos idênticos e múltiplos durante um certo lapso de tempo; mas falta-lhes o chamado *elemento psicológico* do direito costumeiro, a *opinio juris vel necessitatis,* que consiste na convicção geral de que o costume é absolutamente obrigatório, podendo a sua observância ser judicialmente reclamada (2).

Muitas vezes os homens se conformam também com os *usos da terra,* ou por simples tolerância, ou por dever de boa vizinhança, ou por não terem vantagem alguma em romper com hábitos estabelecidos, mas sem de modo algum os considerarem obrigatórios; esses usos não constituem, porém, direito consuetudinário, porque igualmente lhes falta o indicado elemento psicológico.

Nalgumas localidades há, por exemplo, o uso de entrar nos prédios alheios para aí colher cogumelos, e outros frutos expontâneos do solo, que o proprietário ordinàriamente não aproveita; ou entrar no leito das correntes comuns, tirando de lá areia para as construções, apesar do disposto no art. 382.º, §§ 3.º, 4.º e 5.º do cód. civ., que atribue aos proprietários marginais a propriedade do leito ou álveo das correntes desta espécie; o de apascentar o gado nos pinhais e outros prédios particulares incultos, etc.

(1) Gény, *Méthode d'interpretation,* pág. 130 e 371; Planiol, pág. 14.

(2) Lacantinérie et Fourcade, *Des Personnes,* I, pag. 23.

Com eles se conformam, em geral, os proprietários, não por os considerarem *obrigatórios*, mas pelas expostas razões, ou por outras equivalentes.

Tais usos não podem constituir, portanto, uma norma jurídica, porque esta se impõe a todos pela fôrça; e nem mesmo podem considerar-se *usos convencionais*, porque outra é a sua fôrça e os seus efeitos, visto que os usos convencionais obrigam as partes que a eles voluntária e tàcitamente se sujeitaram, ao passo que aqueles a ninguém obrigam: são actos de mera tolerância, que nem mesmo constituem posse (art. 474.° § 1.°).

Temos, pois, três espécies de usos e costumes, com o mesmo elemento material ou externo: os *legais*, os *convencionais*, e os de *simples tolerância*. Os primeiros constituiram normas jurídicas, cuja observância a todos se impunha coactivamente; os segundos são normas de proceder, que só obrigam as partes quando estas voluntàriamente querem submeter-se a eles, expressa ou tàcitamente; os terceiros não teem fôrça alguma obrigatória.

Convém, por isso, examinar sempre atentamente a natureza do uso e costume invocado, para definir os seus efeitos.

Como regra geral, podemos dizer que *a prova do uso se faz como a de qualquer facto jurídico*, segundo as regras do direito comum, quer se trate de *usos legais*, quer de *usos convencionais* (1).

Dêste princípio resultam conseqüências importantes, que convém assinalar; assim:

a) a existência do uso deve ser provada em cada processo por quem o tiver invocado (cód. civ., art. 2405.°); não podendo o juiz aplicá-lo simplesmente por ter dêle conhecimento pessoal, ou mesmo porque noutro processo reconheceu a sua existência. É o contrário do

(1) Coelho da Rocha, § 173.°; Pereira e Sousa, *Primeiras linhas sôbre processo civil*, not. 419.

que sucede com a lei, que o juiz deve conhecer e aplicar expontâneamente, ainda que não seja alegada pelas partes, salvo em casos muito excepcionais (1).

b) A decisão judicial sôbre a existência ou não existência do uso é da exclusiva competência dos tribunais de primeira e segunda instância, porque só eles podem conhecer da prova dos factos (2).

32. **Doutrina e jurisprudência.** — A sciência do direito não é, nem pode ser, outra cousa senão o ramo da sociologia, ou das sciências sociais, que estuda os fenómenos jurídicos.

Ora o estudo scientífico dos fenómenos jurídicos compreende tanto o direito já constituído (*jus constitutum*) como o direito reclamado pelas necessidades sociais, mas ainda não declarado (*jus constituendum*).

É no trabalho de elaboração do direito novo, na análise e reforma ou renovação do direito vigente, que mais intensamente se acentua a função da sciência jurídica, como a principal fonte geradora do direito.

Por outro lado, a parte da sciência jurídica que tem por objecto o estudo analítico e interpretativo das leis do direito vigente, e que pròpriamente se chama *jurisprudência* constitui também uma fonte importante do direito, mas não é uma fonte geradora, senão na parte em que fornece esclarecimentos ao legislador para reformar e aperfeiçoar as disposições legais.

Enquanto se limita a interpretar a lei, isto é, a determinar o seu verdadeiro sentido, na sua aplicação às relações concretas da vida social, a jurisprudência constitui apenas uma *fonte mediata* (Chironi e Abello), no sentido de fonte da interpretação das leis.

De resto é evidente que as conclusões da sciência do direito, ou as opiniões dos jurisconsultos nos dife-

(1) Essas excepções veem expressas no art. 2406.° do cód. civil.
(2) Dr. Teixeira de Abreu, *Curso*, pág. 72 e seg.

rentes problemas jurídicos, não podem por si só constituir direito obrigatório; não teem senão o valor e a autoridade dos princípios e fundamentos em que se baseiam.

Também a jurisprudência dos tribunais, na sua missão de aplicar a lei nos diferentes casos controvertidos, constitui uma fonte de direito, que no ponto de vista das relações entre as pessoas a quem se aplica a decisão judiciária, pode dizer-se que faz lei.

A fórmula clássica — *a sentença faz lei entre as partes* — traduz bem êste carácter da jurisprudência dos tribunais.

É certo que na generalidade dos casos o tribunal não faz, ou pelo menos, não deve fazer mais do que aplicar os preceitos do direito vigente; e, portanto, a regra jurídica imposta às partes pela decisão judicial não é uma criação do juiz, mas uma simples aplicação da lei já existente.

Quer dizer: sendo bem nitidamente estabelecida a separação ou diferenciação dos órgãos ou funções sociais, de modo que o poder legislativo é quem exclusivamente declara o direito, ou faz as leis, e competindo ao poder judicial apenas a sua aplicação às questões discutidas pelos interessados, parece que a jurisprudência dos tribunais nunca pode dar origem a uma regra de direito.

E assim é, com efeito, enquanto os tribunais se limitam a interpretar e aplicar os textos de lei existentes, e que, de facto, regulam as questões submetidas à sua apreciação e julgamento.

Mas nem sempre é assim. Pode acontecer muitas vezes, diz Capitant, que a disposição legal, aplicável às questões controvertidas, já não esteja em harmonia com o desenvolvimento económico presente, embaraçando o movimento do comércio jurídico, e levantando protestos que se manifestam sob a forma de litígios. Quando assim é, a jurisprudência não fica insensível às reclamações das partes. Por uma interpretação livre e

audaciosa, procura dar satisfação a estas exigências, adoptando uma solução mais equitativa, mais conforme com as novas necessidades sociais. Quando, por uma longa série de decisões, ela consagrou assim uma regra nova, não é possível considerá-la como exprimindo a vontade do legislador; é forçoso reconhecer o seu carácter próprio e independente.

«O fenómeno é ainda mais frisante quando se trata de resolver as dificuldades resultantes da conclusão de novas operações jurídicas formadas pelas modificações que se operam nas condições económicas da sociedade, e ainda não previstas pelo legislador. Aqui o juiz não interpreta, cria o direito. Cria-o primeiro duma maneira concreta, porque o seu julgamento não tem valor e autoridade senão para o litígio em questão. Mas quando, por virtude da reprodução da mesma espécie, a solução adoptada se generalisou e uniformisou, e não é posta em dúvida, ela assume na opinião geral, o carácter dum verdadeiro preceito abstracto, aceito por todos como obrigatório.

E êste preceito não deve a sua autoridade senão ao conjunto das decisões que o formularam» (1).

Esta função dos tribunais, como fonte geradora do direito é o que se chama o *poder pretoriano* da jurisprudência, designação proveniente do nome dos magistrados romanos, *pretores*, que tinham a faculdade de modificar os preceitos rigorosos da lei, harmonizando-a com as circunstâncias especiais em que tinha de ser aplicada.

Mas êste problema da função pretoriana dos tribunais é objecto de questão entre os jurisconsultos, sôbretudo em França, recusando muitos à sua jurisprudência o carácter de fonte formal do direito, pois que o princípio de direito político, que estabelece a separação dos

(1) Capitant, pág. 32 e 33.

poderes, não permite aos juízes formular regras com fôrça de lei (1).

A tese contrária, porém, tem sido defendida por muitos civilistas modernos, tanto na França como na Alemanha (Lambert, Langlois, Esmein, Gierke) (2).

Por nossa parte entendemos que, na verdade, a jurisprudência não pode admitir-se como fonte formal do direito, porque as suas decisões, por mais uniformes, constantes e duradouras que sejam, não chegam a constituir lei ou regras de fôrça obrigatória.

A fôrça obrigatória que lhe atribui Capitant não tem existência real.

Os mesmos tribunais podem de um momento para o outro mudar de orientação, enquanto sôbre a matéria não houver lei positiva que lhes imponha a maneira de decidir e julgar.

Entretanto é certo que a jurisprudência é fonte geradora ou mediata do direito, porque as suas decisões divergentes e as suas decisões uniformes em matérias ainda não reguladas nas leis, fornecem ao legislador elementos valiosos para a formação do direito novo, além de terem já estabelecido direito para os casos definitivamente julgados.

E podemos dizer, com Capitant, que o direito produzido pela jurisprudência dos tribunais tem, como o direito consuetudinário, a vantagem de ser um direito modelado sôbre o vivo, saído do comércio jurídico, nascido da luta dos interêsses em presença, experimentado por uma série de aplicações, organizado sôbre uma série de experiências, e portanto bem adaptado às situações que deve reger.

(1) Gény, *Méthode d'interprétation*, pág. 431 a 438.
(2) Capitant, pág. 34, nota.

33. **A lei única fonte formal do direito; art. 5.º do código civil. A lei no sentido técnico e no sentido lato. Decretos, regulamentos, instruções, portarias e posturas.** — A lei, no seu sentido próprio e técnico é, como já dissemos, a regra de direito formulada pelo poder legislativo, que é constituído pelo Congresso da República (art. 7.º e 26.º, n.º 1.º, da constituïção).

Mas, como o poder executivo e os corpos administrativos podem também formular disposições com fôrça obrigatória, como as leis, a palavra lei, em sentido mais amplo, compreende também esses diversos diplomas legais, que são os *decretos*, os *regulamentos*, os *regimentos*, as *posturas*, e podem incluir-se também as *instruções* e as *portarias*.

O poder executivo, representado pelo Govêrno, sendo encarregado de fazer executar as leis formuladas pelo poder legislativo, e devendo em todas as circunstâncias, tomar medidas ou providências em harmonia com as necessidades da administração pública, estabelece as disposições que julga necessárias e convenientes.

As medidas de carácter geral que o govêrno ordena oficialmente, e publicamente, por meio do *Diário do Govêrno*, teem o nome genérico de *decretos*. São expedidos e assinados pelo Chefe de Estado e referendados pelos respectivos ministros (arts. 48.º e 49.º da constituïção).

Podemos distinguir diferentes espécies de decretos:

a) Os decretos chamados *legislativos* ou *delegados*, por serem uma autorização ou delegação do poder legislativo, com o fim de estabelecer leis novas, ampliar ou completar as existentes; por exemplo: o código civil instituiu o registo civil, determinando no art. 2457.º, que a parte orgânica das respectivas repartições e a forma do registo seriam determinadas em regulamentos especiais; e assim foi publicado o regulamento ou decreto regulamentar de 28 de novembro de 1878, agora substituído pelo código de registo civil.

b) Os decretos chamados *ditatoriais* ou *com fôrça de lei,* que compreendem medidas legislativas para as províncias ultramarinas, no intervalo das sessões parlamentares, nos termos do art. 87.º da constituïção, ou medidas excepcionais em caso de estado de sítio, nos termos do art. 26.º, n.º 16.º, §§ 1.º, 2.º e 3.º, ou providências legislativas que o govêrno toma para o continente e ilhas, usurpando as funções do poder legislativo, com fundamento no n.º 9.º do art. 47.º, quando assim o reclamam necessidades imperiosas e impreteríveis; nestes casos, o govêrno tem de submeter à apreciação do parlamento, logo que êste se reüna, as medidas tomadas; é o que se chama o *bill de indemnidade* ou *a lei de isenção da responsabilidade ministerial.*

c) Os *decretos regulamentares,* publicados pelo govêrno, no exercício das suas próprias atribuïções (art. 47.º, da constituïção), que não estabelecem direito novo, mas simples disposições destinadas a facilitar a execução das leis ou decretos a que se referem; estes regulamentos só são obrigatórios, conformando-se com as respectivas disposições legais. Muitas vezes distingue-se o decreto regulamentar do *regulamento,* que forma o seu objecto, publicando-se separadamente o regulamento e o decreto que o aprova.

Os regulamentos chamam-se muitas vezes *regimentos,* e isto acontece principalmente quando teem por objecto a organização ou o funcionamento de tribunais ou corporações; *regimento* se chama por exemplo, o regulamento das câmaras, e o da administração da justiça no ultramar (20 de fevereiro de 1894).

d) Finalmente, há os decretos, que podemos chamar de simples expediente, e que não constituem lei, no sentido da norma jurídica de carácter geral; são os que o Govêrno publica para cada um dos actos de administração, que exigem esta forma autêntica e solemne de publicidade, como, por exemplo, os de nomeação para os cargos públicos.

Como disposições de fôrça obrigatória emanadas do govêrno, mas que, à semelhança da última classe de decretos, não constituem lei geral, porque só são obrigatórias para as autoridades a quem são dirigidas, e para os casos a que especialmente se referem, podem ainda considerar-se as *instruções e portarias.*

As instruções são ordens dos ministros, em que se esclarecem os diplomas legais, e resolvem as dificuldades que se levantam na sua execução. Podem ser aprovadas por um decreto, e então equivalem aos regulamentos.

As portarias são ordens do chefe de Estado transmitidas, e assinadas pelo respectivo ministro, às autoridades subordinadas. Teem muitas vezes por fim satisfazer interesses não garantidos nas leis.

Verdadeiras leis, no seu sentido amplo, são as disposições estabelecidas pelos corpos administrativos, e pelas autoridades da administração, quando se conteem dentro dos limites das suas atribuïções.

Êsses diplomas teem o nome de regulamentos, e chamam-se posturas os que são ordenados pelas câmaras municipais, para a polícia do concelho.

34. **Diferentes espécies de leis. Leis interpretativas, imperativas, proïbitivas, permissivas ou facultativas e directivas.** — As leis, consideradas em relação ao seu objecto, isto é, em relação ao direito que estabelecem, estão naturalmente sujeitas às mesmas divisões do direito.

Mas, além disso, as leis podem ser de diversas espécies, conforme os pontos de vista sob os quais as consideramos.

Assim, relativamente à sua parte dispositiva ou *edito*, as leis são inovadoras, e chamam-se *dispositivas,* ou limitam-se a esclarecer o sentido duma lei já existente, e chamam-se *interpretativas.*

As leis dispositivas subdividem-se em *preceptivas e facultativas ou permissivas.*

As preceptivas subdividem-se ainda em *imperativas e proïbitivas*.

Alguns escritores chamam também *preceptivas* às *imperativas*, fazendo apenas a subdivisão das leis dispositivas em três espécies *imperativas, proïbitivas e facultativas*.

Em relação à maior ou menor extensão das relações jurídicas que regulam, as leis dividem-se em *gerais, especiais e excepcionais*.

Em relação à natureza das relações jurídicas, as leis dividem-se em duas grandes categorias: *leis de interêsse e ordem pública* e *leis de interêsse particular*, chamadas também *declarativas* ou *supletivas* da vontade dos interessados.

As leis *interpretativas* são as que teem por fim determinar o sentido e o alcance de uma lei anterior.

É o que se chama a interpretação autêntica das leis, atribuïção do poder legislativo (constituïção, arts. 7.° e 26.°, n.° 1.°) fundada no princípio, formulado já pelos jurisconsultos romanos, de que o próprio autor das leis é o mais competente para as esclarecer — *Ejus est interpretari legem cujus est condere*.

A lei interpretativa não é, pois, uma lei nova, distinta da lei interpretada, confundindo-se com esta, para constituir uma só e mesma disposição.

Contudo é de grande importância a distinção entre a lei interpretativa e a inovadora ou dispositiva, porque é muito diversa a sua aplicação aos efeitos jurídicos dos actos praticados anteriormente à sua publicação, como veremos a propósito da retroactividade das leis.

A distinção das leis dispositivas em *preceptivas e facultativas* tem sido combatida por alguns escritores; por uns, com o fundamento de que não há realmente leis facultativas, porque a lei envolve necessàriamente uma ordem, à qual todos são obrigados a obedecer; e, por outros com o fundamento de que tais leis são completamente inúteis, pois que o direito da liberdade só

tem as limitações expressamente declaradas na lei, e por conseqüência, qualquer indivíduo pode praticar todos os factos que a lei lhe não proíbe, e ninguém pode em caso algum ser obrigado a praticar aqueles que a lei não ordena. Assim, por exemplo, o princípio legal que reconhece ao indivíduo a faculdade de fazer ou não fazer testamento (cód. civ., art. 1763.°), parecendo de lei facultativa, é afinal de carácter preceptivo; *imperativo* porque manda respeitar os direitos resultantes do testamento, e *proïbitivo* porque proíbe a toda a gente que se oponha ao exercício daquela faculdade (1).

Mas é certo que a lei é meramente permissiva em relação ao testador; neste caso, como em geral, as leis *facultativas* teem êste carácter em relação àqueles que delas se querem aproveitar.

Também se não pode dizer que as disposições facultativas sejam inúteis, porque muitas vezes pode haver dúvida se uma certa hipótese está ou não compreendida no preceito imperativo ou proíbitivo, sendo então necessário declarar expressamente que tal se não dá (2).

Ás leis *facultativas*, ou *permissivas*, que deixam ao arbítrio do indivíduo *praticar* ou *não praticar* certos factos, opoem-se as leis *preceptivas, imperativas* ou *proïbitivas*.

A lei preceptiva estabelece uma ordem que se impõe ao indivíduo.

Se esta ordem é negativa, se consiste em obrigar o indivíduo a não praticar certos factos, a lei *é proïbitiva* (cód. civ. art. 2042.°).

Se a ordem é positiva, se consiste em obrigar a praticar certos factos, a lei *é imperativa* (cód. civ. art. 414.°).

---

(1) Mazzoni, *Istituzioni di diritto civile italiano*, I, pág. 29 e seg.

(2) Dr. Teixeira de Abreu, *Curso*, pág. 109; Bianchi, *Corso di codice civile*, I, n.° 11.

Antigamente os jurisconsultos ligavam à distinção entre as leis facultativas e preceptivas uma importância que ela não tem.

É assim que o nosso grande civilista Coelho da Rocha dizia no § 32.º das suas *Instituïções de Direito Civil:*

> «a disposição das leis imperativas e proíbitivas não pode ser derogada por convenção dos cidadãos; a das facultativas ou permissivas sim, excepto se a sua observância interessa à ordem pública ou aos bons costumes».

Mas ésta doutrina é inadmissível, no direito moderno, porque também as leis imperativas e proíbitivas podem ser alteradas pela vontade das partes, sempre que não pertençam à classe das chamadas leis de *interêsse e ordem pública* (cód. civ. art. 10.º, § ún.).

Nas leis *dispositivas* se devem também compreender os preceitos ou regras de carácter doutrinal ou teórico, em que o legislador procura estabelecer os princípios pelos quais se orientou para regular determinados assuntos, que raras vezes serão absolutamente inúteis, embora muitos autores considerem essas disposições impróprias do direito positivo. Tais preceitos, a nosso ver, dando ao interprete elementos para bem determinar as ideias fundamentais do autor da lei sôbre as matérias nela reguladas, são, em geral, instrumentos valiosos de interpretação, e como tais não podem ser postos de lado ou amesquinhados.

No mesmo caso estão as *definições* dos diversos actos e contratos, que em grande número se encontram no nosso código civil; pois é nessas definições que se acham traçados os limites dentro dos quais teem de ser aplicados os preceitos reguladores dos mesmos actos e contratos.

Todavia, dados os seus caracteres especiais, teem alguns escritores proposto que daqueles preceitos se fizessse uma categoria especial ao lado das leis *dispositivas e interpretativas;* dando-lhes Mazzoni a designação de *leis directivas,* em atenção à sua natureza particular. (1)

35. **Leis de interêsse e ordem pública e de interesse privado, declarativas, supletivas ou subsidiárias.** — Sob o ponto de vista da influência ou relação que existe entre a autoridade da lei e a vontade das partes, o que importa, pois, é a distinção entre as chamadas leis de interesse e ordem pública e as leis de interesse privado, chamadas também declarativas, interpretativas ou supletivas da vontade dos interessados.

O direito privado tem principalmente por objecto os limites e condições em que pode e deve desenvolver-se a actividade das pessoas.

Ora, a regulamentação dos interesses privados, deve ser confiada à própria iniciativa dos interessados, em vez de ser imposta pela autoridade do Estado.

O direito privado tem por fim promover e garantir e não embaraçar ou impedir, o livre desenvolvimento das actividades individuais.

O direito privado é, na sua maior parte, dominado pelo princípio da autonomia da vontade, segundo o qual os particulares podem fazer os actos e contratos que quiserem, e regular, como melhor lhes aprouver, as conseqüências jurídicas que das suas operações resultam.

O código civil consigna a cada passo a supremacia dêste princípio (arts. 4.º, 10.º, 42.º 672.º, 684.º, 1096.º e muitos outros).

Mas o princípio da autonomia da vontade dos interessados não dispensa a intervenção da lei para regular as diferentes relações jurídicas provenientes do exercício da actividade humana.

É porque muitas vezes os homens não estabelecem

(1) Dr. Teixeira de Abreu, *Curso,* pág. 109-110.

nìtidamente o conjunto de direitos e obrigações, que querem atribuir aos seus actos e contratos, ou absteem-se mesmo de os determinar, tornando-se então indispensável que a lei intervenha, para suprir o silêncio ou as deficiências da vontade dos interessados.

É por isso que uma grande parte das leis de direito privado são destinadas a completar ou suprir a vontade das partes, sendo chamadas *interpretativas, declarativas, supletivas* ou *subsidiárias,* porque os interessados podem excluir a sua aplicação, substituindo por outras as suas disposições.

Mas nem todas as leis do direito privado teem êste carácter de regras supletivas ou subsidiárias.

O princípio da autonomia da vontade deixa de ser respeitado sempre que se lhe opõem motivos de interêsse geral que afectam condições fundamentais da existência e da ordem social.

Quer dizer: há um conjunto de relações sociais, tão importantes para a sociedade, que não pode deixar-se o seu regimen jurídico dependente do arbítrio dos particulares.

As leis que regulam estas relações não podem ser alteradas ou desacatadas pelos indivíduos, e por isso se chamam de *interêsse* e *ordem pública.*

E a razão de ser destas leis, que assim limitam a liberdade dos indivíduos, impondo-lhes a observância de certas regras, em actos que se referem aos seus interêsses, é nìtidamente exposta pelo professor Capitant:

«Em primeiro lugar, o legislador deve evitar que a actividade do homem se exerça no sentido contrário ao interêsse da colectividade. A liberdade do indivíduo só pode ser fecunda e útil se tem fins conformes à ordem social».

É assim, por exemplo, que a lei não permite contratos contrários à moral pública (cód. civ. art. 671.º, n.º 4.º).

«Em segundo lugar, continúa Capitant, para que a

liberdade do indivíduo seja eficaz é necessário que o legislador compense, por medidas protectoras, as desigualdades existentes entre os homens, e provenientes quer do estado físico, quer da situação económica dos indivíduos, afim de impedir que, no comércio jurídico, os fracos estejam à mercê dos fortes» (1).

O nosso código civil reconhece expressamente a distinção entre as leis de mero *interêsse privado* e as de *ordem pública,* no art. 10.º e seu § único:

> «os actos praticados contra a disposição da lei, quer esta seja proibitiva, quer preceptiva, envolvem nulidade, salvo nos casos em que a mesma lei ordenar o contrário».
>
> «§ único. Esta nulidade pode, contudo, sanar-se pelo consentimento dos interessados, se a lei infringida não fôr de interêsse e ordem pública».

Mas quais são as *leis de ordem pública?*

A sua determinação concreta é problema insolúvel, precisamente porque é impossível traduzir em uma fórmula clara e precisa o conceito geral dos princípios de ordem pública, e por isso mesmo o legislador não pode fazer a declaração legal dos preceitos desta natureza.

A qualificação dos preceitos de ordem pública só pode fazer-se pela investigação scientífica e lógica do pensamento e do espírito que inspira as diferentes instituïções jurídicas.

Não pode adoptar-se como regra positiva o critério duma definição da *ordem pública,* porque essa definição tem sempre o inconveniente de ser mais ou menos vaga e indecisa (2).

---

(1) Capitant, pág. 39.

(2) Assim: De Rossi considera como princípios de ordem pública o conjunto de normas reguladoras do estado e da capacidade das pessoas; para Borsari, a ordem pública consiste na tranquilidade, no estado político do país, no sentimento da honestidade geral; Fiore considera de ordem pública as leis cujo fim directo e principal é o

Nesta matéria é forçoso confessar que a sciência do direito moderno não consegue ir além da definição clássica, que considera *de ordem pública* os preceitos destinados a garantir e defender principalmente os interesses da colectividade, isto é, as condições fundamentais da vida moral e jurídica da sociedade.

Só em cada instituïção jurídica é que se pode, pela investigação do verdadeiro sentido da lei, determinar qual é o grau da sua fôrça obrigatória, para se concluir se as partes podem deixar de a observar, por ser considerada de ordem pública.

De resto, é impossível fixar à *priori* um critério fixo, pelo qual se possam classificar essas leis.

Entretanto os jurisconsultos são geralmente concordes em considerar como leis de *interêsse e ordem pública:*

a) as leis sôbre o estado e a capacidade, entendendo por *estado* a situação ou qualidade do indivíduo, de que lhe resultam diversos direitos e obrigações (menoridade, demência, casamento, parentesco, etc.);

b) as leis que regulam a organização da família;

c) as leis fundamentais sôbre a organização da propriedade;

d) as disposições que obrigam o autor dum delito a reparar o dano causado;

e) as leis destinadas a garantir os terceiros contra os prejuízos que lhes advenham dos actos jurídicos em que não tenham tomado parte (1).

Os comentadores clássicos do código civil francês

interêsse de terceiros e a conservação das instituïções: o Dr. Marnoco e Sousa define como princípios de ordem pública os preceitos que se referem à constituïção fundamental de cada um dos agregados sociais, e que por isso são também condições necessárias à existência e ao desenvolvimento do Estado. Dr. Marnoco e Sousa, *Execução extraterritorial das sentenças civis e comerciais*, pág. 230 e 232.

Pode também vêr-se a crítica das diferentes fórmulas em Vareilles-Sommieres, *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois.*

(1) Capitant, pág. 40 e 41.

adoptaram durante muito tempo a doutrina de que as leis proïbitivas são sempre de ordem pública; e que são igualmente de ordem pública as leis imperativas, quando a ordem que conteem equivale a uma proïbição (1).

Mas esta doutrina foi abandonada, porque não se harmonizava com muitas disposições do direito civil. Esta doutrina é absolutamente a de Coelho da Rocha, a respeito da distinção entre as leis facultativas e as preceptivas, como dissemos anteriormente, porque, na verdade, não há distinção entre leis imperativas e proïbitivas, sendo certo que todas as leis imperativas são afinal proïbitivas; proïbem que se faça o contrário do que a lei ordena.

A distinção entre leis imperativas e proïbitivas é apenas uma questão da forma em que está redigido o preceito legal.

A distinção entre as leis de ordem pública e de interêsse privado corresponde exactamente à que alguns autores, como Ruggiero e Simoncelli, fazem entre normas *absolutas* ou *coactivas* e *dispositivas, supletivas, declarativas* ou *subsidiárias.*

Esta distinção baseia-se na maior ou menor energia da fôrça obrigatória das leis, no sentido de que umas são dotadas duma obrigatoriedade incondicionada e inderogável, enquanto que outras são de abrigatoriedade condicionada ou derogável pela vontade dos interessados, no sentido de que estas podem regular certas relações jurídicas por um regime diverso do estabelecido na lei.

É absoluto ou coactivo todo o direito público, onde só excepcionalmente se admite que a ordem jurídica seja modificada pela vontade dos interessados, como na instituïção do juízo arbitral e da competência territorial (arts. 44.º e 21.º do código de processo civil).

(1) Merlin, *Répertoire*, v.º Nullité.

E é igualmente absoluto todo o direito privado constituído pelas *leis de ordem pública*, que os romanos designavam pelo mesmo nome de *jus publicum*.

No âmbito das *leis de mero interêsse privado* falta êste elemento da obrigatoriedade absoluta: o direito não tem aqui motivo para sobrepor a vontade universal da lei à dos indivíduos, pois que das relações jurídicas privadas é melhor juiz e regulador o próprio interessado. As relações são disciplinadas por uma maneira geral e uniforme pelo direito objectivo, sòmente dum modo subordinado e condicional, isto é, para o caso em que os interessados não tenham manifestado a sua vontade de querer uma diversa disciplina.

Quando esta disciplina particular é estabelecida pelos interessados, nos termos da autonomia do seu poder de disposição, por contrato, testamento ou outro acto jurídico, é pelas suas disposições que se regula a relação jurídica; quando os interessados não dispõem, intervem o regulamento predisposto pelo direito objectivo, integrando ou suprindo, a falta ou deficiência da manifestação da sua vontade. Por isso ao direito objectivo nesta função particular se chama *dispositivo* ou *declarativo*, ou ainda *supletivo, subsidiário, indicativo* ou *interpretativo*.

Assim, por exemplo, se um indivíduo não fez testamento, ou só dispoz de parte dos seus bens para depois da sua morte, a lei intervém com as suas disposições sôbre a sucessão legítima ou *ab intestato*, para regular as relações jurídicas da sua sucessão.

Alguns autores, como Filomusi-Guelfi e Simoncelli, fazem distinção entre leis dispositivas e supletivas: são da primeira espécie, quando o direito objectivo dita os seus preceitos para o tipo normal da utilidade colectiva, mas reconhece ao indivíduo a faculdade de os derogar ou alterar no caso particular, por exemplo, o caso da sucessão *ab intestato*; são da segunda categoria, quando o direito reconhece que normalmente compete aos particulares regular as suas relações, e só intervem para suprir ou completar a vontade dos interessados, como acontece muitas vezes nos contratos.

No direito dispositivo, o preceito legal é o *prius* e a vontade privada é o *posterius*; no supletivo é *prius* a vontade, *posterius* o preceito.

Mas trata-se duma distinção puramente teórica, sem alcance prático, pois que tudo se reduz sempre ao mesmo fenómeno — uma norma que vigora com maior ou menor extensão, sòmente nos casos em que a vontade dos interessados se não tenha manifestado ou tenha sido incompleta (1).

36. **Leis gerais, especiais e excepcionais. Direito universal, geral, comum ou normal, e direito particular ou local, singular ou anomalo. Normas de conservação e atribuïção. Regras normativas e construtivas ou técnicas.** — O princípio da igualdade perante a lei, proclamado pela revolução francesa, constitue um dos axiomas fundamentais da organização social.

Dái resulta para as leis o seu carácter de universalidade ou generalidade, em virtude do qual elas são aplicáveis a todas as pessoas, a todos os bens, e a todos os actos, a respeito dos quais possam verificar-se as mesmas relações jurídicas.

Neste sentido bem pode dizer-se que todas as leis são *gerais*.

Mas nesta matéria não deixa de ter aplicação o velho provérbio — *não há regra sem excepção*.

Muitas vezes o legislador, obedecendo a motivos de interêsse geral, reconhece a necessidade de adoptar, para certos ramos da actividade social um regime jurídico diferente do que se acha estatuído na lei geral.

Foi assim que do direito privado geral e comum,

(1) Filomusi-Guelfi, *Enc.*, pág. 87; Ruggiero, *Ist.*, pág. 67; Simoncelli, *Ist.*, pág. 33.

ou direito civil, se separou o direito privado especial do comércio.

É assim que do direito civil geral sôbre a ocupação se separou um ramo especial para as minas (cód. civ., art. 467.°), que se chama o direito minerário.

Vê-se, pois, que em relação à sua maior ou menor amplitude há duas espécies de leis — *gerais* e *especiais*, conforme regulam todo um conjunto de relações sociais, ou apenas certa e determinada espécie dêsse género.

Mas nem só as leis especiais restringem o campo de aplicação das leis gerais.

Há também as leis *excepcionais*, que regulam, por modo contrário ao estabelecido na lei geral, certos factos ou relações jurídicas, que, por sua natureza, estariam compreendidos nela.

Um exemplo característico de lei geral e de lei excepcional é o dos arts. 672.° e 1671.° do código civil.

Tanto as leis *especiais* como as *excepcionais* excluem a aplicação do direito geral e comum a certos factos; mas há entre as duas espécies diferenças profundas, que dão lugar a efeitos e regras bem distintas, na aplicação dumas e outras.

Basta notar que nos próprios preceitos das leis especiais também há disposições de excepção, de modo que aquelas, em relação a estas, também são gerais.

O que distingue a lei geral da especial é que esta regula matérias ou assuntos diversos dos regulados por aquela, podendo deixar de ser opostas e incompatíveis as respectivas disposições.

Pelo contrário, o objecto da lei excepcional é o mesmo da lei geral; simplesmente esta deixa de ser aplicada *em certos e determinados casos* que, sem a lei excepcional, seriam regulados pela lei geral; de modo que o preceito da lei excepcional é oposto ou contrário ao da lei geral.

Como justamente observa Bianchi, falando-se de disposição de *lei excepcional*, presupõe-se necessàriamente a existência de outras leis ou princípios gerais, cuja aplicação foi por aquela limitada, subtraindo-lhes casos que rigorosamente neles estariam compreendidos. E sendo óbvio que a regra geral deve manter o seu pleno vigor obrigatório emquanto o próprio legislador o não tiver expressamente negado, é forçoso dar à disposição excepcional uma *interpretação restritissima;* de modo que, para qualquer outro caso, que não seja identicamente o que foi taxativamente contemplado na excepção, é preciso recorrer à regra geral, pois não pode a excepção ampliar-se por qualquer analogia de casos ou identidade de motivos.

É a doutrina expressa no art. 11.° do nosso código civil: «a lei, que faz excepção às regras gerais, não pode ser aplicada a nenhuns casos, que não estejam especificados na mesma lei».

Mas falando de *leis especiais*, enuncia-se antes um conceito de sua natureza comparativo com outras leis gerais, cujas disposições poderiam também regular as matérias particulares submetidas àquelas leis especiais, no caso de estas não existirem; mas nem por isso estas leis especiais trazem verdadeiras limitações ao vigor e aplicação das leis gerais, pois que o legislador não subtrai a estas casos particulares nelas compreendidos, mas julgando que determinadas matérias particulares e complexas não podem ser convenientemente reguladas com as normas do direito comum, sujeita-as a normas pròpriamente suas, não opostas às gerais, mas distintas delas.

Não pode, por isso, aplicar-se a estas leis aquele princípio da *interpretação restritissima*, que vale para as leis excepcionais, pois embora elas não possam aplicar-se a matérias diversas daquelas para que foram particularmente estabelecidas, podem, no entanto, aplicar-se por analogia a casos semelhantes, sendo da mesma natu-

reza, e também a casos idênticos, embora de natureza diversa, mas análoga. (1)

A determinação rigorosa do carácter *excepcional* ou *especial* de qualquer lei é de grande importância, como se infere do que fica dito; pois daí deriva a necessidade de a interpretar *restritivamente ou não*. Algumas vezes acontece que o legislador não formula *expressamente* a regra geral, à qual a excepcional se refere; mas esta supõe sempre a sua existência.

É nesta íntima conexão entre as duas leis que se origina uma regra de interpretação, conhecida por *argumento a contrario sensu*, cuja aplicação deve ser muito escrupulosa, pelos grandes perigos que encerra, e que, em parte, derivam precisamente das dificuldades que existem para a determinação das próprias leis excepcionais, quando a lei geral não é expressa. (2)

A divisão das leis em gerais, especiais e excepcionais corresponde precisamente à divisão que muitos autores fazem do direito objectivo em direito *universal* ou *geral* e *particular* ou *local*, e direito *geral* ou *comum*, *regular* ou *normal*, e *singular*, *especial*, *excepcional*, *anomalo* ou *individual*.

O direito diz-se *universal*, *geral* ou *comum*, em oposição a *particular* ou *local*, conforme se trata de normas obrigatórias em todo o território nacional ou apenas em certas regiões ou localidades.

Esta distinção, que tem ainda grande importância nos Estados federais, onde há um direito comum a todos os Estados da Federação e um direito próprio de cada um dos Estados federados, não tem hoje importância nos Estados unitários, onde o princípio da unidade de legislação substituiu as antigas leis regionais ou locais (estatutos, forais, costumes, etc.). Entre nós apenas os usos e costumes, ou as praxes seguidas no sítio ou na

(1) Bianchi, I, n.º 12.
(2) Dr. Teixeira de Abreu, *Curso*, pág. 111 e seg.

terra, são por vezes mandados observar como fonte mediata ou subsidiária, tanto pelo código civil como pelo comercial (supra, n.º 31).

Alguns autores, como Ruggiero, identificam na mesma categoria as normas *excepcionais* e as *especiais*, integrando-as no mesmo grupo, a que chamam direito *singular* ou *anomalo*, em oposição ao direito geral ou comum, também denominado *regular* ou *normal*.

Esta doutrina funda-se em que aquelas duas espécies de normas teem afinal a mesma natureza, pois ambas consistem num desvio do sistema geral do direito, em virtude duma *ratio* ou *utilitas* particular, que determinou o legislador a formular regras diferentes para certas relações. Porque, de resto, as normas de direito especial ou excepcional também teem carácter de generalidade, pois se aplicam a todos os casos que se apresentem nas condições dos submetidos à respectiva norma. E por isso Ruggiero entende que as normas de direito excepcional também são susceptíveis de interpretação extensiva ou analógica, e considera errónea a doutrina contrária, geralmente ensinada, ou pelo menos só em parte verdadeira.

Quando o direito singular forma um sistema orgânico de normas, disciplinando toda uma certa matéria, bem pode também para êle ter lugar a interpretação analógica nos casos não contemplados pelas suas normas particulares, mas pertencentes à matéria regulada por aquele sistema, como acontece, por exemplo, no direito comercial, onde a analogia certamente não é excluída (1).

Mas precisamente esta conclusão, sendo verdadeira, não confirma aquela doutrina.

É que o direito comercial não é um direito excepcional no sentido técnico das leis excepcionais, o qual

(1) Ruggiero, *Ist.*, pág. 65 e 66.

consiste num regime jurídico contrário, e não apenas diferente, do regime instituído na lei geral.

O direito comercial é pròpriamente um direito especial, à semelhança do direito mineiro, e como tal o qualifica implìcitamente, e lògicamente, o art. 3.º do nosso código civil.

Mas tratando-se de normas verdadeiramente excepcionais, isto é, contendo disposições opostas às do direito geral ou comum, é intuitivo que elas não devem aplicar-se senão restritivamente aos casos nelas contemplados.

«A lei, que faz excepção às regras gerais, dispõe o art. 11.º do código civil, não pode ser aplicada a nenhuns casos, que não estejam especificados na mesma lei». E semelhantemente determina o art. 4.º das disposições preliminares do código civil italiano que «as leis de excepção às regras gerais não se extendem além dos casos nelas expressos».

Finalmente, às normas de direito geral ou comum opõem-se também as regras de *direito individual* ou *singular* pròpriamente dito, abrangendo uma certa relação concreta e de facto, ou uma certa e determinada pessoa como, por exemplo, a lei que fixa a lista civil do Chefe do Estado, a que concede a qualidade de cidadão a um estrangeiro, etc. Tais actos, por isso mesmo que são individuais, não constituem normas de direito objectivo, e apenas podem ser fonte de direitos subjectivos, semelhantemente aos actos jurídicos ou às decisões judiciais.

Podem ser aplicação de princípios gerais de direito e podem ser uma excepção, constituindo neste caso o que se chama *o privilégio*, quer concedam alguma cousa não permitida pelas normas gerais do direito (*autorização*), quer isentem da observância de alguma obrigação geral e comum (*dispensa*) (1). Finalmente, para con-

(1) Coviello, *Manuale*, pág. 17 e 18.

cluir a análise das diferentes espécies de leis ou normas jurídicas, vamos referir duas divisões que, apesar de apresentadas por dois autores de reconhecida autoridade, não nos parecem destinadas a grande futuro.

Chiovenda classifica as leis em *normas de conservação* e *normas de atribuïção*, conforme teem por fim:

a) prover à conservação dos sujeitos jurídicos, da sua organização e dos bens que teem como próprios; ou

b) regular a atribuïção dos bens da vida a cada um dos sujeitos jurídicos (1).

Não é fácil descortinar o alcance desta distinção, e muito menos o seu mérito scientífico ou valor prático.

Por seu lado Duguit apresenta uma distinção das regras de direito, a que atribui grande importância, em *regras normativas* e *regras construtivas* ou *técnicas*.

Regra de direito *normativa* ou norma jurídica pròpriamente dita, diz Duguit, é a regra que impõe a todo o homem vivendo em sociedade uma certa abstenção ou uma certa acção. Ela ordena ou proïbe, como se preferir dizer; porque ordem imperativa e proïbitiva são, na realidade, cousas idênticas, sendo a proïbição a ordem de uma certa abstenção, e a ordem imperativa a proïbição de uma certa abstenção.

Regras de direito *construtivas* ou *técnicas* são as estabelecidas para assegurar na medida do possível o respeito e a aplicação das regras de direito normativas. Elas organizam medidas; tomam disposiçõs; fixam competências; numa palavra, criam vias ou processos de direito destinados a assegurar a sanção da norma jurídica.

Para se reconhecer a fraca consistência da distinção é suficiente ponderar a seguinte passagem do próprio autor:

«Nas legislações civis vê-se antes de tudo normas

(1) Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, pág. 25.

construtivas, que criam e organizam a técnica necessária para pôr em acção as regras normativas que são em pequeno número e determinam as obrigações dos indivíduos nas suas relações recíprocas. Se se tomar o Código de Napoleão como exemplo, fazendo abstracção do direito de família, encontramos nele apenas três normas jurídicas, nem mais uma: a liberdade das convenções, o respeito da propriedade, e a obrigação de reparar o prejuízo causado a outrem por culpa (*par une faute*). Todas as outras disposições são de ordem técnica ou construtiva; recebem a sua fôrça obrigatória das três regras normativas cuja realização teem por fim assegurar» (1).

37. **Formação, promulgação e publicação das leis.** — Para que uma lei exista com fôrça obrigatória, é necessário que seja elaborada ou formulada pelos órgãos competentes, que seja posta em execução, e que não tenha sido substituída por outra, ou deixe de vigorar por disposição da mesma lei.

No período de duração duma lei devemos distinguir os seguintes momentos ou fases:

a) *formação da lei;*

b) *promulgação;*

c) *publicação;*

d) *começo de execução ou vigência;* e por fim,

e) *a revogação,* isto é, o termo ou cessação da sua vigência.

As condições da formação e promulgação referem-se às leis pròpriamente ditas, isto é, ás regras de direito formuladas pelo órgão competente (*poder legislativo*).

O processo da formação da lei abrange uma série de momentos distintos, determinados pela maneira como está organizado e funciona o poder legislativo, que pertence ao Congresso da República, constituído pela Câmara dos deputados e pelo Senado (arts. 7.º e 26.º da constituïção).

(1) Duguit, *Traité de droit constitutionnel,* 2.ª ed., I, pág. 40 e 41.

O primeiro momento é a apresentação da *proposta* ou *projecto de lei* ao parlamento.

Depois segue-se a discussão e a votação.

Sendo o projecto de lei aprovado por ambas as câmaras sucessivamente (art. 29.º da constituïção), ou por uma só das câmaras legislativas, quando a outra se não tenha pronunciado na sessão legislativa seguinte (art. 32.º), ou em sessão conjunta das duas câmaras quando há divergência (arts. 33.º e 34.º), converte-se em lei.

A lei está assim completamente formada.

Mas para ter fôrça obrigatória, carece ainda de duas condições: a *promulgação* e a *publicação*.

A *promulgação* é o acto pelo qual o chefe do Estado atesta ao corpo social a existência da lei, e ordena a sua execução (1).

A *publicação* é o acto pelo qual a lei se torna, ou se presume tornar, conhecida de todos.

Consiste em imprimir as leis no jornal oficial do Govêrno (2).

(1) A constituïção dispõe no art. 30.º: «A forma da promulgação é a seguinte: — Em nome da Nação, o Congresso da República decreta, e eu promulgo, a lei (ou resolução) seguinte».

(2) Entre nós são as leis também publicadas *oficialmente* em volumes ou folhetos pela Imprensa Nacional, por virtude de autorização concedida pelo decreto de 19 de Agosto de 1833.

Os folhetos ou volumes separados, que em geral conteem as leis ou decretos de maior extensão ou importância, trazem a indicação de serem *edição oficial,* e são publicados em formato pequeno, para mais fácilmente poderem manusear-se; em formato maior se publica anualmente a *Colecção oficial da legislação portuguesa,* que, além dos diplomas legislativos e regulamentares, publicados no *Diário do Govêrno,* pode conter «todos os que tiverem fôrça de obrigar, quer se achem inéditos, quer estejam impressos em escritos avulsos, uma vez que de ordem dos respectivos ministros e secretários do Estado sejam para isso rubricados pelos oficiais maiores das secretarias de Estado por onde os mesmos diplomas se tiverem expedido (portaria de 3 de setembro de 1850, art. 2.º).

Na *colecção oficial* compreendem-se as nossas leis desde 1821 até à actualidade. Das leis anteriores àquela data, só temos colec-

A fôlha oficial do govêrno, que já antigamente se chamara *Diário do Govêrno,* e por decreto de 31 de outubro de 1859 passara a denominar-se *Diário de Lisboa,* passou de novo a denominar-se *Diário do Govêrno,* por decreto de 11 de dezembro de 1868, que diz no art. 1.º: «A fôlha oficial do Govêrno denomina-se *Diário do Govêrno,* e tem por fim publicar as leis, actos e documentos oficiais». E a portaria de 22 de fevereiro de 1879 determinou que «sómente são obrigatórias as leis que se publicam no *Diário do Govêrno* e que havendo discordância entre as publicações feitas no *Diário,* e as que se fazem avulsas, é por aquelas e não por estas que as autoridades devem guiar-se».

A publicação das leis faz-se no jornal oficial do Govêrno, para o continente e ilhas adjacentes, conforme o disposto no decreto de 19 de agosto de 1833. Para as colónias o decreto de 27 de setembro de 1838 e as portarias de 28 de março de 1856 e 30 de maio de 1868 determinaram que nenhuma lei, decreto, portaria ou regulamento se execute sem determinação expressa do Ministério da Marinha e Ultramar. E as portarias de 30 de outubro de 1863 e 21 de setembro de 1868 determinaram que nenhuma lei, decreto ou regulamento se reputa válido no Ultramar sem ter sido publicado no *Boletim oficial* da respectiva província (1).

ções particulares, das quais as mais importantes são a de Andrade e Silva (1603 a 1700) e a de Delgado da Silva (1750 a 1820), cujo valor e autoridade dependem exclusivamente do maior ou menor escrúpulo e cuidado dos colectores; e também actualmente se publicam colecções particulares, que vão reproduzindo os mais importantes diplomas publicados no *Diário do Govêruo,* à medida que esta publicação se faz.

(1) A portaria-circular de 17 de outubro de 1868 determinou que, para a publicação no Boletim oficial de todas as leis e ordens régias insertas no *Diário de Lisboa* e contendo disposições expressas para o Ultramar, não era necessária uma determinação especial, disposição esta que a portaria de 1 de setembro de 1869 declarou restrita às leis, decretos, portarias ou quaisquer outros diplomas expedidos pelo ministério da Marinha e Ultramar, porque para os espedidos pelos outros ministérios era indispensável determinação expressa

A *publicação* é uma formalidade indispensável, porque não se concebe a observância de regras que não sejam conhecidas.

A *promulgação* e a *publicação* diferem no seguinte: a primeira, sendo como que um atestado autêntico da existência da lei, torna-a *executória,* atribuindo-lhe a fôrça coerciva, que até aí não tinha; a segunda, tendo por fim dá-la a conhecer aos cidadãos, pela *divulgatio promulgationis,* torna a lei *obrigatória.*

Entretanto, certo é que a promulgação constitue uma simples solenidade, que não tem outra razão de ser senão mostrar a autoridade superior do Chefe do Estado, porque de facto, nada acrescenta ao valor real da lei.

Embora a *publicação* das leis as não torne conhecidas senão duma pequena parte dos cidadãos, constitue em todo o caso presunção absoluta de que todos ficam por esta forma notificados da sua existência com fôrça obrigatória.

Ninguém pode, por conseqüência, invocar o desconhecimento da lei, para se livrar da sua observância.

da Direcção geral do Ultramar, tendo depois o decreto de 5 de outubro de 1869 preceituado que (art. 7.º, § ún.) aos governadores do Ultramar seria remetida em cada mala uma relação das ordens que devessem cumprir, com indicação do número do *Diário* em que saíssem impressas.

A portaria de 15 de fevereiro de 1894, depois alterada pela de 30 de novembro do mesmo ano, estabeleceu as regras para a publicação dos diplomas oficiais, entre êles em primeiro lugar os de carácter legislativo, nos respectivos Boletins, e a portaria de 25 de julho de 1895 determinou que, depois de publicados nos *Boletins oficiais* os diplomas que mandam dar ali execução a quaisquer leis ou regulamentos em vigor no continente, é suficiente, para serem executados, a sua publicação no *Diário do Govêrno,* ou na *Colecção Geral de Legislação,* sem que seja preciso reproduzi-los nos *Boletins.*

A portaria de 23 de janeiro de 1908, resolvendo dúvidas que se suscitaram na interpretação das disposições relativas à aplicação ao Ultramar, das leis, decretos, portarias e regulamentos vigentes no reino declarou, de harmonia com o parecer da Junta Consultiva do Ultramar, que «a jurisprudência em vigor com respeito à aplicação das leis do reino ao Ultramar é ainda a estabelecida pelo decreto de 27 de setembro de 1838 e pelo de 5 de outubro de 1869, art. 7.º e § ún., e mais disposições paralelas» e que «subsiste a doutrina da portaria

Aquela presunção absoluta impõe-se como uma necessidade impreterível, porque, não sendo assim, todos podiam desacatar as leis, sob o pretexto de as não conhecerem.

Em harmonia com esta doutrina, dispõe o código civil no art. 9.º:

> «Ninguém pode eximir-se de cumprir as obrigações impostas por lei, *com o pretexto da ignorância desta*, ou com o seu desuso».

Bruschy sustentou, no *Manual de Direito Civil*, que o desconhecimento ou ignorância da lei é motivo legal para uma pessoa se eximir ao cumprimento das obrigações, que a mesma lei impõe, desde que seja um facto real, e não um simples pretexto, como, por exemplo, no caso de um indivíduo andar em viagem pelo mar, e praticar um acto permitido pela lei vigente ao tempo em que embarcou, mas proïbido pela lei vigente ao tempo em que foi praticado.

Esta interpretação do art. 9.º é fundada no argumento *a contrário sensu*, assim deduzido: se o artigo proïbe que se invoque o *pretexto* da ignorância da lei,

régia de 30 de maio de 1868, devendo, porém, entender-se que, com respeito às leis que no Ultramar foram postas em execução por ordem do Govêrno, sómente as providências acessórias, conexas e complementares que as explicam não carecem de nova ordem do mesmo Govêrno para serem ali aplicadas».

A portaria de 30 de maio de 1911 mandou «suscitar a rigorosa observância do disposto nos decretos com fôrça de lei de 27 de setembro de 1838 e de 5 de outubro de 1869, que regulam a publicação nos *Boletins oficiais* de leis, decretos, portarias e outros quaisquer diplomas oficiais promulgados na metrópole».

A lei orgânica da administração civil das províncias ultramarinas, n.º 277, de 15 de agosto de 1914, preceitua que (base 14.ª, n.º 4.º), compete ao governador com o voto afirmativo do Conselho do Govêrno «regulamentar a execução das leis, decretos e mais diplomas emanados da metrópole que disso carecem». Segundo a lei n.º 1022, de 20 de agosto de 1920, que regula o funcionamento dos Conselhos legislativos das Colónias e a escolha e atribuições de Altos Comissários, a mesma função regulamentar pertence ao Governador, com o voto do Conselho Executivo (§ ún. do art. 2.º e art. 6.º e § ún.).

para fugir às obrigações que ela impõe, é porque essa ignorância aproveita, sendo *real*, e não *pretextada*.

Mas a interpretação de Bruschy tem sido unânimemente regeitada, porque não foi essa a vontade do legislador, nem poderia ser, em face da doutrina exposta sôbre o efeito jurídico da publicação das leis.

Se o legislador quisesse uma tal doutrina, tê-la-ia consignado claramente.

Mas para isso era inútil o preceito do art. 9.º, pois que, do facto de ser a ignorância da lei motivo legal de escusa, de modo algum se poderia concluir que o simples *pretexto* dessa ignorância produzia o mesmo efeito. (1)

Nem mesmo no direito antigo a ignorância da lei dispensava da sua observância, pois já o decreto de 9 de setembro de 1747 estabelecia o princípio de que não há ignorância que releve de observar as leis, porque elas são públicas, escritas e diuturnas, e no Alvará de 10 de junho de 1755 se dizia que não pode alegar-se ignorância do que a todos se faz público.

No direito romano a ignorância da lei só aproveitava às mulheres, aos menores, aos soldados e aos rústicos, porque todas as outras pessoas as deviam saber; mas a *Coelho da Rocha* pareceu esta regra muito dura, e por isso a não adoptou entre nós, estabelecendo um meio termo entre a doutrina mais tarde consignada no nosso código civil e o preceito romano, opinando que «as leis do reino, sendo públicas, escritas e diuturnas não admitem ignorância que releve; porém se pela lei fôr proïbido um facto, até aí lícito ou indiferente, o transgressor poderá defender-se com a ignorância, para ser aliviado da pena». (2)

(1) Dr. Teixeira de Abreu, *Curso*, pág. 98.

(2) *Inst.* § 26.º, e not.; Melo Freire, L. IV. Tit. 4.º § 10.º e Lobão, Direito emphytèutico, § 419.º, opinavam, em face do estado caótico da nossa legislação, que a ignorância da lei aproveitava ao transgressor.

De resto, a doutrina de que a publicação regular das leis constitue presunção absoluta da sua notificação a todos os indivíduos, é um dos princípios axiomáticos consignados pelos escritores de direito, como sendo insusceptíveis de qualquer impugnação (1).

38. **Vigência das leis: continente, ilhas, colónias e extrangeiro. Rectificação de diplomas legais já publicados.** — É, como acabamos de vêr, a publicação que atribui às leis a sua fôrça obrigatória.

Mas não é logo a seguir à publicação que começa a vigência da lei, a não ser que a mesma lei assim o determine, porque a presunção absoluta da sua chegada ao conhecimento de todos os cidadãos seria um absurdo, se não mediasse um certo intervalo de tempo *(vacatio legis)*, que se reputa indispensável, mas suficiente, para que, com efeito, a lei publicada se torne conhecida.

A fixação do começo da vigência das leis tem-se feito geralmente pelo chamado método sucessivo, que consiste em adoptar um prazo mais ou menos longo, tomando em consideração a distância das diversas localidades.

Êste método vigora ainda entre nós, tendo sido consignado no art. 1.º da lei de 9 de outubro de 1841, onde se dispõe que as leis começarão a vigorar, em Lisboa e seu termo, três dias depois daquele em que forem publicadas no jornal oficial do Govêrno, nas restantes terras do continente do reino, quinze dias depois da mesma publicação; e, nas ilhas adjacentes, oito dias depois da chegada da primeira embarcação que conduzir a participação oficial da lei; mas depois dispôs o art. 1.º da lei de 1 de julho de 1913: «As leis terão a data da sua publicação, e entram em vigor em todo o continente, salvo declaração especial, no terceiro dia

(1) Chironi e Abello, pág. 27 e seg.; Capitant, pág. 42.

depois de publicadas, e nas ilhas adjacentes no décimo dia depois da partida do vapor que levar a participação oficial» (1).

Para as colónias, à falta de preceito legal, tem-se entendido que as leis começam a vigorar, na capital da província, três dias depois da publicação no Boletim Oficial, e, quinze dias depois, nas restantes terras. Esta doutrina funda-se na analogia da lei de 9 de outubro de 1841, e parece-nos que, apesar de ter sido esta lei revogada pela de 1 de julho de 1913, o mesmo tem de se entender ainda hoje, não só porque esta lei é manifestamente inaplicável às colónias, mas porque aquela só se pode dizer revogada para o continente e ilhas (2).

O método sucessivo, sendo determinado simplesmente pela dificuldade de levar ràpidamente as leis ao conhecimento de todas as localidades, já hoje não tem razão de ser, para o continente, pelo menos, dada a grande facilidade das comunicações.

Mas, além disso, tem o inconveniente de poder originar graves conflitos de direito constituídos à sombra de leis diversas, pois que as relações jurídicas podem estabelecer-se entre pessoas, ou em relação a cousas, que residam ou estejam em lugares muito distantes.

(1) Na palavra «lei», tomada aqui em sentido genérico, como já o fôra na lei de 9 de outubro de 1841, compreendem-se tanto os diplomas emanados das câmaras legislativas e promulgados pelo presidente da República, como os decretos legislativos, regulamentos, regimentos e em geral todos os diplomas que contenham regras de direito (*Revista de legislação e jurisprudência*, ano XLVIII, pág. 168). Foi sem fundamento algum e contra a jurisprudência estabelecida que a portaria de 22 de março de 1901 declarou às alfândegas que o disposto no art. 1.º da lei de 9 de outubro de 1841 era só aplicável aos diplomas emanados do poder legislativo e que, portanto, aos decretos, portarias e mais resoluções de execução permanente ou transitória, devem as alfândegas dar pronto cumprimento logo que nas mesmas casas fiscais seja recebido o *Diário do Govêrno* em que forem publicados tais diplomas, qualquer que seja a natureza ou alcance das suas disposições. Dr. Carneiro Pacheco, *Código Civil Actualizado*. Vol. I, pág 2.

(2) Em sentido contrário, Dr. Carneiro Pacheco, *Código Civil Actualizado*, I, pág. 5.

Por isso é preferível o método chamado *sincrónico*, ou *instantâneo*, que consiste em fixar um certo dia para o começo da vigência da lei em todas as localidades, pelo menos para o continente e ilhas adjacentes.

Este método torna-se particularmente recomendavel, e mesmo indispensável, quando se trata de leis muito extensas e complexas, que exigem necessàriamente um prazo muito maior que o fixado nas leis de 9 de outubro de 1841 e 1 de julho de 1913.

Foi o que se fez, por exemplo, para os códigos civil, de processo civil, comercial, de processo comercial, etc.

Para o código civil, a lei de 1 de julho de 1867, que o aprovou, determinou no art. 2.º:

> «As disposições do dito código começarão a ter vigor em todo o continente do reino e nas ilhas adjacentes, seis meses depois da publicação da presente lei no *Diário de Lisboa*».

Em harmonia com esta disposição, foi fixado o dia 22 de março de 1868 como o primeiro da vigência do mesmo código, e também como o da sua promulgação, para todos os efeitos nele previstos, nos termos do art. 3.º da mesma lei.

Mas, em vez de tornar o começo da vigência dependente do dia da publicação, é preferível fixar logo com precisão o dia em que a lei deve entrar em vigor, como se fez para alguns daqueles códigos, porque se evitam assim as dúvidas sôbre a contagem do tempo, como aconteceu com o código de processo civil, sendo muito questionado o dia em que entrou em vigor, por não ter sido feita integralmente a sua publicação no mesmo número do *Diário*.

E quando entram em vigor no estrangeiro as leis portuguesas? Certos funcionários portugueses no estrangeiro (por ex.: os cônsules) e até, em certos casos, funcionários estrangeiros teem de observar a lei portuguesa, sendo-lhes, pois, necessário saber quando entra em vigor uma nova lei. Ou esta indica um dia certo

para a sua entrada em vigor, como fez o art. 1.º, § 1.º, do decreto n.º 6462 de 21 de março de 1920, que aprovou o regulamento consular, e já o fizera o art. 1.º, § 1.º, do decreto de 24 de dezembro de 1903, que aprovou o regulamento anterior, caso em que a dificuldade não surge; ou a nova lei nada preceitua a tal respeito, e então é preciso recorrer aos preceitos gerais, para se determinar o momento em que as leis entram em vigor no estrangeiro. Ora não o dizia a lei de 1841. Não o diz a lei de 1 de julho de 1913. A solução, visto que é preciso adoptar uma, diz o Dr. Carneiro Pacheco, será, atingido o terceiro dia da sua publicação no *Diário do Govêrno*, considerá-la em vigor no estrangeiro logo que ali chegue o texto oficial da lei.

Impõe-se a fixação de um prazo referido à publicação no *Diário do Govêrno*, suficiente para que, no estado actual das comunicações, se possa presumir o conhecimento do texto oficial da lei no estrangeiro.

Os inconvenientes apontados cessariam com a adopção da seguinte medida: art... A vigência da lei começará, salvo declaração especial, nos termos seguintes:

a) no continente cinco dias e nas ilhas adjacentes trinta dias depois de publicada no *Diário do Govêrno;*

b) na província de Macau cinco dias, de S. Tomé e Príncipe e do Estado da Índia quinze dias, de Cabo-Verde, Guiné e Timor um mês, de Angola e Moçambique três meses depois de publicada no respectivo Boletim Oficial;

c) fora do território português quatro meses depois de publicada no *Diário do Govêrno*.

E para evitar a fraude à lei:

Art... Se um indivíduo residente em qualquer ponto do território português à data da publicação da lei fôr praticar noutro ponto do território nacional ou no estrangeiro qualquer acto regulado pela mesma lei, antes que esta entre aí em vigor, tal acto ficará sujeito

à nova lei se se provar que a deslocação teve por fim evitar a sua aplicação (1).

São freqüentes as rectificações que no *Diário do Govêrno* se fazem a textos legislativos já publicados. Em numerosos casos constituem alterações irregulares, envolvendo matéria legislativa nova, introduzidas a pretexto de retificação de quaisquer inexactidões tipográficas, ora feitas por um secretário geral dum Ministério, ora por um director geral, ora por um chefe de repartição ou outro funcionário de categoria inferior, e até anònimamente.

Que estranho poder legislativo êste! O texto das rectificações assim feitas, e, triste é dizê-lo, são-no quási todas assim, não tem existência legal, é nulo, não podem os tribunais observá-lo.

O texto legislativo publicado só pode ser rectificado em diploma de igual valor.

Para que as alterações de doutrina que, a título de rectificação, teem sido irregularmente introduzidas no texto publicado de diplomas legislativos passem a ter existência legal e como tais sejam observadas, é preciso que um diploma de fôrça igual à do texto alterado lhes dê vigor (2).

Quando, porém, a rectificação, total ou parcial, haja sido feita com as formalidades legais e importe alteração de preceitos, é preciso determinar o momento da sua vigência. Será o da lei rectificada dando-se à rectificação o valor de lei interpretativa (Cód. Civ., art. 8.º)? Ou, considerada uma lei nova, entrará em vigor no prazo normal de vigência das leis?

(1) Estas medidas faziam parte dum projecto de lei que o Dr. Carneiro Pacheco apresentou em sessão da Câmara dos Deputados de 3 de agosto de 1918; Dr. Carneiro Pacheco, *Código Civil Português Actualizado*, 1, pág. 5 e 6.

(2) Com êste objectivo apresentou o Dr. Carneiro Pacheco um projecto de lei em sessão da Câmara dos Deputados de 3 de agosto de 1918.

Duas hipóteses se podem dar: *a*) ter sido inexactamente publicado o texto legal, de que se faz agora a reprodução fiel, ou *b*) ter sido na primeira publicação reproduzido com fidelidade o texto, de modo que a rectificação envolve alteração não só do texto publicado mas do próprio original. No primeiro caso, como o preceito publicado não existia sequer, é evidente que o preceito publicado como rectificação, constituindo direito novo, entrará em vigor no prazo normal. No segundo caso, êste preceito não rectifica mas revoga o texto anteriormente publicado e por isso, do mesmo modo, aplica-se-lhe o prazo normal da vigência das leis (1).

O período de vigência da lei dura enquanto as suas disposições não forem substituídas por outras, isto é, enquanto não fôr revogada.

Se houver uma lei de execução temporária, prèviamente fixada, então a lei deixará de vigorar no tempo estabelecido na mesma. Decorrido êsse tempo a lei caducou.

39. **Ignorância da lei ou êrro de direito.** — O princípio de que a ignorância da lei a ninguém aproveita, tal como se encontra formulado no art. 9.º do código civil, é tão intuitivo que nem seria necessária a sua disposição legislativa.

Mas o princípio assim formulado não é rigorosamente verdadeiro, porque, se é verdade que ninguém pode eximir-se de cumprir as suas obrigações legais, com o pretexto de ignorância da lei, também é certo que o *êrro de direito*, isto é, a ignorância ou o conhecimento inexacto dum preceito de lei, pode ser causa de nulidade dum acto jurídico, e, portanto, da inexistência legal das obrigações dêle resultantes (art. 659.º do cód. civ.).

(1) Dr. Carneiro Pacheco, *Cód. Civ. Actual.*, I, pág. 5-7.

O princípio expresso nas fórmulas romanistas *«error juris non excusat», error juris cuique nocet», «nemo jus ignorare censetur»* é, pois, uma regra cheia de excepções, como justamente observa Coviello (1).

Daí surgiram várias doutrinas para estabelecer o critério distintivo dos casos em que o êrro de direito é prejudicial, e daqueles em que êle pode ser invocado. E assim se confundem muitas vezes dois conceitos diversos. Um é que a lei tem fôrça obrigatória independentemente do conhecimento dos que a ela estão sujeitos; o outro é que se pode invocar o êrro de direito como presuposto ou causa de certos factos dos quais a lei faz derivar conseqüências jurídicas. Ora, sôbre o primeiro não pode haver questão, mas sôbre o segundo pode fazer-se uma investigação.

Isto significa que o preceito do art. 9.º do código civil deve entender-se no sentido de que, entrada a lei em vigor, ninguém pode eximir-se do seu cumprimento, embora alegue ignorância, que será havida por mero pretexto, salvo nos actos jurídicos em que, nos termos do art. 659.º, pode ser causa de nulidade (2).

Mas sendo certo que o êrro de direito pode, como qualquer outro êrro de facto, invocar-se como presuposto dum facto jurídico, isto não importa uma excepção ao princípio da eficácia obrigatória universal da lei, mesmo para com aqueles que a ignoram: é, quando muito, uma excepção à regra que presume mero pretexto a alegação da ignorância da lei.

Assim se vê como é errónea a opinião daqueles que distinguem entre as leis de ordem pública e as de interêsse privado, dizendo que nunca é motivo de escusa a ignorância ou êrro relativo às primeiras, e que o é sempre o relativo às segundas.

Nem a lei faz tal distinção entre as duas espécies

(1) Coviello, *Manuale*, pág. 44.
(2) Dr. Alves Moreira, *Inst.*, pág. 19.

de normas, nem o consente o próprio fundamento da obrigatoriedade universal das leis. Com efeito, é de interêsse social também a segurança das combinações privadas. e ela faltaria se, concluído um contrato, expressa e minuciosamente determinadas todas as suas condições, pudesse um dos contraentes recusar-se a cumprir as suas obrigações, alegando e provando que as respectivas regras de direito eram por êle ignoradas ou que estava em êrro sôbre o seu significado.

O art. 659.º do nosso código civil, à semelhança do art. 1109.º do italiano, nem sequer faz a restrição do art. 1084.º do código de Parma, que só admitia a invocação do êrro de direito como causa de nulidade dos contratos em relação às leis de interêsse privado, negando-a para as leis de ordem pública.

De modo que a única distinção a fazer é no fim que tem em vista aquêle que invoca a ignorância ou o êrro de direito.

Se o fim é paralizar a eficácia obrigatória da lei, isto é, subtrair-se às obrigações que a lei determina, ou evitar as conseqüências da sua inobservância (pena, nulidade, perda de direito), não pode ter-se em conta a alegada ignorância ou êrro de direito, pois que as leis são igualmente obrigatórias para todos, sem atenção às condições subjectivas do conhecimento de cada um. Mas se o fim é outro muito diverso, isto é, demonstrar que falta ou existe o presuposto exigido pela própria lei para um certo facto jurídico, tem de admitir-se como regra que a ignorância ou o êrro de direito pode invocar-se como qualquer outro êrro de facto. E, portanto, o êrro de direito pode invocar-se não só como causa de anulação dum acto jurídico, quando tenha sido o seu único ou principal motivo, mas também para aproveitar os efeitos benéficos da *boa-fe*, a qual presupõe sempre um êrro. Não é aceitável a distinção do jurisconsulto romano, segundo a qual o êrro de direito aproveitaria sòmente *suum petentibus*, mas não *adquirere volentibus* (1. 7. D. 22. 6.).

Há, pois, como diz Coviello, a respeito do êrro de direito duas regras distintas e aparentemente contrárias: *error juris non excusat, error juris excusat;* mas uma não contradiz nem constitui limitação à outra, porque distinto é o seu respectivo campo de aplicação (1).

40. **Revogação das leis.** — A revogação é o acto que tira à lei a sua fôrça obrigatória, ou porque foi suprimida pura e simplesmente, ou porque as suas disposições foram substituídas pelas de uma lei nova.

A revogação, relativamente ao seu conteúdo ou alcance, pode ser *total* ou *parcial*, conforme são revogadas todas as disposições duma lei, ou só parte delas.

Alguns escritores dão o nome de *abrogação* à revogação total, e chamam *derogação* à revogação parcial (2).

É uma terminologia arbitrária, e sem vantagem prática.

Relativamente à forma porque foi feita, a revogação ou derogação pode ser *expressa* ou *tácita*.

É *expressa* quando a lei nova declara que ficam sem efeito certas leis anteriores, no todo ou em parte; tal é a revogação das leis civis anteriores ao código civil feita pelo art. 5.º da lei que aprovou e promulgou o mesmo código.

Revogação *tácita* é a que resulta necessàriamente da incompatibilidade existente entre as disposições duma lei nova e as de outras leis anteriores.

Estas são revogadas na medida em que o seu conteúdo é incompatível com o da nova lei.

A fórmula — *fica revogada a legislação em contrário* — que geralmente constitui o último artigo das leis, é uma disposição supérflua, porque não é outra cousa senão a confirmação legal do princípio da revogação

(1) Coviello, *Manuale*, pág. 45 e 46.
(2) Chironi e Abello, pág. 31; Dr. Alves Moreira, *Inst.*, pág. 20.

tácita. É uma fórmula expressa de revogação tácita, ou uma revogação tácita em forma expressa.

A incompatibilidade de duas ou mais disposições legais dá-se quando elas são por tal modo antinómicas, opostas, ou contrárias, que se torna impossível executá-las simultâneamente.

Nestas condições, não pode deixar de prevalecer a última, porque é essa que representa a vontade do legislador.

Tratando-se do confronto ou concurso duma lei geral e duma especial, pode dizer-se que, em princípio, não há revogação, porque não há incompatibilidade entre elas, pois que, sendo diversos os seus objectos, do domínio da primeira está excluído o da segunda.

Daí o princípio — *a lei geral não revoga a especial — legi speciali per generalem non derogantur* (1).

Mas êste princípio cessa perante a manifestação da vontade do legislador em contrário, que pode revelar-se na adopção de preceitos jurídicos incompatíveis com os da lei especial.

Mas, por outro lado, apesar de serem diversos os objectos da lei geral e da especial, a jurisprudência afirma, como princípio absoluto, a regra sem excepção, *que a lei especial revoga a lei geral* (2).

Deve notar-se, porém, que esta máxima é inexacta, porque não há aqui uma verdadeira revogação, a não ser na parte em que haja incompatibilidade de disposições. Mas, em geral, não há, pois que a lei especial regula matérias determinadas, para as quais deixa de ter aplicação a lei geral, que, entretanto, fica em vigor na generalidade das suas disposições.

A propósito da revogação, discutem os escritores duas questões interessantes:

(1) Baudry-Lacantinerie e Houcques-Fourcade, *Traité de droit civil*, I, pág. 96.
(2) Dr. Alves Moreira, *Inst.*, pág. 21.

A lei perderá a sua fôrça obrigatória, quando as circunstâncias, que a determinaram desaparecem definitivamente?

E poderá a lei ser revogada pelo estabelecimento dum uso contrário, ou pelo desuso, isto é, pelo não-uso prolongado durante um largo período de tempo?

Em nosso entender, a resposta tem de ser negativa em ambas as questões.

Na actual organização jurídica, se o poder legislativo é o único competente para fazer as leis, é do mesmo modo o único competente para as revogar.

Quando desaparecem as necessidades sociais que determinaram uma certa lei, uma de duas cousas acontece: ou surgem novas necessidades no lugar das velhas, ou não; no primeiro caso, o legislador tem o dever de formular novas leis, revogando expressa ou tàcitamente as leis anteriores; no segundo caso, a lei, embora não tenha aplicação, fica subsistindo, porque podem novamente surgir as circunstâncias que lhe deram origem.

A questão é no fundo a mesma que a da revogação pelo não-uso, que os escritores regeitam uniformemente.

Sôbre o poder revogatório do costume é que há divergências, havendo quem sustente, como Capitant, que uma lei deve considerar-se revogada, sempre que os interessados deixem de a observar, para se regularem por um costume estabelecido em vez dela (1).

Mas não nos parece aceitável esta doutrina, porque o costume só por si não constitue direito, no estado actual do desenvolvimento jurídico da sociedade, constituindo apenas uma fonte geradora do direito que o legislador pode converter em lei.

E só então é que se pode considerar revogada a lei velha.

(1) Capitant, pág. 48.

41. **Fontes subsidiárias do direito civil. Preenchimento das lacunas da lei — casos omissos.** — A complexidade e o desenvolvimento progressivo das relações sociais, por um lado, e, por outro, a impossibilidade de formular regras de direito que previnam e regulam todas as diferentes hipóteses, que podem dar-se nas relações jurídicas conhecidas, dão lugar à necessidade das *fontes subsidiárias* do direito, isto é, à determinação de princípios que, na falta de disposição legal, devem aplicar-se na decisão das questões jurídicas.

É o que se chama o direito *subsidiário*. É o direito regulador dos *casos omissos*, ou integrador das *lacunas* da lei, como dizem alguns autores.

E a sua determinação é tanto mais indispensável, quanto é certo que nenhum juiz pode recusar-se a julgar, sob o pretexto de falta ou obscuridade da lei, por falta de provas ou por qualquer outro motivo que não seja a sua incompetência legal, sendo considerada como *denegação de justiça* a recusa a proferir despacho sôbre qualquer objecto que lhe seja requerido, ou a dar sentença sôbre questão pendente, ou a cumprir, nos termos da lei, as decisões dos tribunais superiores (código de processo civil, arts. 97.º e 1092.º, n.º 4.º).

Os legisladores teem adoptado diversas fontes subsidiárias para o direito civil, sendo as principais o *direito romano*, as *leis estrangeiras*, a *equïdade*, os *princípios gerais de direito*, a *analogia* e o *direito natural*.

Entre nós, a lei de 18 de Agosto de 1769 determinou, no § 9.º, que o direito romano fôsse considerado como subsidiário das leis pátrias, sendo conforme com a *boa razão* ou direito natural.

E nos Estatutos da Universidade (Liv. II, Tít. V, Cap. III) estabeleciam-se as seguintes regras para verificar se um dado preceito das leis romanas era ou não conforme com a boa-razão:

a) verificar se a lei é fundada em alguma razão peculiar do povo romano; e

b) consultar o uso que da mesma lei fazem as nações modernas, examinando as obras dos seus melhores jurisconsultos e as disposições dos seus códigos.

Mas o código civil, seguindo a corrente das modernas legislações, proscreveu por completo o direito romano, e com razão o fez, porque o direito romano já não pode harmonizar-se com as condições e circunstâncias da moderna civilização; e, de resto, as disposições aproveitáveis do direito romano foram já há muito assimiladas pelos códigos contemporâneos.

Ao lado do direito romano também foi entre nós fonte de direito o direito canónico, que ainda hoje terá porventura de ser excepcionalmente aplicado em questões de matrimónio católico (art. 1069.° do código civil) celebrado antes do decreto n.° 1 de 25 de Dezembro de 1910, que aboliu para os efeitos civis esta forma de casamento.

De resto, o direito canónico não é mais fonte de direito entre nós.

A sua influência, todavia, sôbre a evolução do direito pátrio foi poderosíssima, encontrando se nele a origem de alguns institutos actuais e das transformações que sofreram alguns outros, que o direito romano legou aos povos modernos; chegando a ser necessário que o nosso legislador tomasse providências especiais para evitar a sua preponderância sôbre a lei nacional em muitos casos (cit. lei de 18 de agosto de 1769), pois as *Ordenações Afonsinas* (Liv. II, tít. IX, §§ 1.° e 2.°), *Manuelinas* (Liv. II, tít. V) e *Filipinas* (Liv. III, tít. LXIV) consideravam o direito canónico como subsidiário nos casos não determinados por lei do reino, ou estilo da côrte, ou costumes dêstes reinos antigamente usado, e que *envolvessem pecado*.

Também não é aceitável o *direito estrangeiro*, como direito regulador dos casos omissos, não tanto pela diversidade de costumes, condições e circunstâncias, que separam os diferentes povos, mas porque a

adopção de tal direito subsidiário teria como conseqüência a maior anarquia e incerteza, visto que muitas vezes as regras de direito são diferentes nos códigos.

A equïdade não satisfaz como direito subsidiário, porque é uma noção jurídica abstracta, e tão imperfeita, que não pode traduzir-se em ideias positivas e concretas.

A noção mais aceitável da equïdade é, em nosso entender, a da justiça relativa, ou seja, a conciliação dos interesses em harmonia com as circunstâncias particulares em que se apresentam.

Mas, qualquer que seja a noção adoptada, subsiste sempre o vago e indefinido da fórmula jurídica, e, por conseqüência, o arbítrio dos tribunais.

Foi naturalmente por isso que a comissão revisora do projecto do código civil, por proposta do vogal Levy Maria Jordão, eliminou do artigo 13.°, correspondente ao artigo 16.° do código, o critério da *equïdade*, como direito subsidiário, para o substituir pelos *princípios de direito natural, conforme as circunstâncias do caso*.

O critério dos *princípios gerais do direito* foi adoptado pelo código civil italiano.

Por princípios gerais de direito não se pode deixar de entender o conjunto de ideias fundamentais que inspiram e justificam as diferentes instituïções jurídicas.

Á primeira vista parece um critério que deve aceitar-se sem hesitações nem discussão, porque faz parte da própria constituïção fundamental do direito.

Mas, por isso mesmo, entendemos que não serve *para direito subsidiário*, pois que faz parte integrante do próprio direito já formulado.

Quer dizer: os princípios gerais de direito constituem um valiosíssimo elemento para a interpretação das leis. Portanto, não são *direito subsidiário*, porque êste consiste precisamente no direito aplicável aos casos omissos, isto é, que não estão compreendidos na lei devidamente interpretada ou esclarecida.

A analogia, isto é, a disposição de outra lei que regula um caso, ou uma relação jurídica semelhante, é que constitui um verdadeiro tipo de direito subsidiário.

Esta espécie é consignada no art. 16.º do código civil:

> «Se as questões sôbre direitos e obrigações não poderem ser resolvidas, nem pelo texto da lei, nem pelo seu espírito, nem pelos *casos análogos, prevenidos em outras leis*, serão decididas pelos *princípios de direito natural*, conforme as circunstâncias do caso».

A analogia é geralmente considerada como elemento de interpretação, mas não como direito subsidiário.

É, com efeito, um elemento da interpretação das leis, como veremos, emquanto referida a leis da mesma natureza.

Mas constitui verdadeiramente direito subsidiário, quando referida a leis de natureza diversa, como no caso do direito civil, nos termos do referido art. 16.º.

Êste diverso modo de conceber a analogia corresponde a dois distintos conceitos: *a analogia de lei* ou *legal*, e a *analogia de direito* ou *jurídica*, importando a primeira a aplicação dos preceitos de lei reguladora dos casos semelhantes, e a segunda a aplicação dos princípios gerais de direito.

Alguns autores, como Coviello, consideram como analogia de lei sòmente a que se emprega para um caso novo relativo a um instituto jurídico já disciplinado pela lei; e analogia de direito a que tem por objecto regular uma nova matéria, isto é, um conjunto de relações que constituem um instituto jurídico ainda não disciplinado pela lei (1).

(1) Coviello, *Manuale*, pág. 84.

E é de notar que, independentemente de qualquer disposição tão nítida como a do nosso código civil, alguns escritores modernos do direito civil já acentuam esta função especial da analogia como fonte subsidiária do direito (1).

De resto, é evidente que a adopção da *analogia* para direito subsidiário se impõe como uma das melhores fontes, porque é de presumir que o legislador teria, com efeito, consignado a mesma regra para os casos idênticos ou muito semelhantes, se os tivesse presentes no momento da confecção das leis.

O art. 16.º do nosso código consigna esta fonte subsidiária, nas palavras:

> «nem pelos casos *análogos*, prevenidos em *outras leis*».

A redacção do art. 16.º, nesta parte, é incorrecta, porque as questões não se resolvem pelos *casos análogos*, mas sim *pelas leis* que regulam êsses casos.

As *Ordenações do reino* já referiam a analogia como elemento de aplicação da lei a casos não prevenidos nela expressamente, como se vê no livro 3.º do título 69: «*porque não podem todos os casos ser declarados em lei, procederão os julgadores de similhante a similhante*»; e no tit. 81 § 2.º do mesmo livro, onde se lê «*e isto que dicto é em estes casos aqui especificados haverá logar em quaisquer outros similhantes em que a razão pareça ser igual*».

Sôbre o alcance das palavras «outras leis» do art. 16.º tem havido quatro opiniões:

a) como significando só as outras disposições do código;

b) significando, não só as outras disposições do

(1) Lacantinerie e Houcques-Fourcade, I, pág. 229-230.

código, mas também qualquer outra legislação vigente;

c) significando tanto as leis nacionais como estrangeiras; e

d) significando quaisquer leis pátrias em vigor, menos o código civil (1).

A última é, sem dúvida, a mais razoável; mas não nos parece inteiramente exacta.

É preciso modifica-la no sentido de que as palavras «*outras leis*» se referem a quaisquer leis, que não sejam a lei aplicável à questão de que se trata.

Quer dizer: o art. 16.º regula não só para o código civil, mas para toda a legislação civil. De modo que tratando-se, por exemplo, duma questão de direito mineiro, se ela não vier resolvida na respectiva legislação especial, pode resolver-se pelos preceitos do código civil, que regulem casos análogos.

Alguns autores não reconhecem na analogia o carácter de fonte de direito, pois que ela consiste em fazer aplicação dum preceito legal regulador duma hipótese semelhante, em que a razão de decidir seja a mesma. De modo que a fonte subsidiária não se encontra na analogia em si mesma, mas na lei que se aplica, por um motivo de semelhança entre o caso omisso e o caso previsto e regulado na lei (2).

Entretanto é certo que, em relação a cada espécie de leis, não podemos deixar de considerar como direito subsidiário as disposições de outras leis, que regulem casos análogos a outros, que por aquelas deviam ter sido regulados, mas não foram previstos.

Não se pode contestar que, nos termos do art. 16.º do código civil, são subsidiárias das leis civis todas as

(1) Pode vêr-se uma análise minuciosa e a crítica muito sensata destas interpretações na monografia do Dr. Vasconcelos Portocarrero, *Questões de jurisprudência teórica e prática*, pág. 103 e segs.; o autor pronuncia-se pela última.

(2) Dr. Vasconcelos Portocarrero, *obr. cit.*, pág. 121 e 122.

outras leis vigentes, ou sejam, as regras análogas nelas estabelecidas.

Mas a *analogia* é insuficiente, porque bem pode acontecer que em toda a legislação vigente não haja uma disposição que regule um caso análogo ao que se pretende resolver.

Por isso é necessário adoptar um outro tipo de direito subsidiário, com a amplitude bastante, para fornecer ao prudente arbítrio dos tribunais elementos de decisão em todos os casos submetidos ao seu julgamento.

Foi assim que a comissão revisora consignou, no final do art. 16.º, *os princípios de direito natural, conforme as circunstâncias do caso*, em vez da *equidade*, que era adoptada pelo autor do código, no projecto primitivo.

Não se pode dizer que esta formula do *direito subsidiário* resolva as dificuldades e incertezas, que resultariam da fórmula dos *princípios gerais de direito*, da *equidade*, ou mesmo da *doutrina e jurisprudência*, que também por alguns tem sido encarada como fonte subsidiária do direito.

Em todo o caso tem a vantagem de traduzir o espírito ou a filosofia do código civil, que foi baseado nos princípios da escola do direito natural.

Por outro lado, como houve a prudência de adoptar uma fórmula mais concreta e positiva que a do direito natural puro ou abstracto, visto que se mandou tomar em consideração *as circunstâncias do caso*, a fórmula adoptada tem a vantagem de ser bastante elástica, para se poder amoldar às modernas ideias do direito natural.

De resto, a verdade é que num sistema de direito positivo já regularmente desenvolvido e organizado, pode bem dizer-se, com os escritores que contestam a necessidade dum direito subsidiário (Gabba, Windscheid, e outros), que não há realmente casos omissos ou lacu-

nas na lei, porque em todo o organismo jurídico há elementos e princípios suficientes para resolver todas as questões (1).

Entretanto a questão dos casos omissos ou lacunas da lei é objecto de profunda divergência entre os jurisconsultos.

Existem, e não podem deixar de existir, lacunas em toda a organização jurídica, ainda a mais perfeita e completa, afirmam uns, porque não há legislador capaz de prever e disciplinar todos os casos, e ditar regras para todas as relações, que só novas e imprevistas necessidades originaram. A ordem jurídica está por isso cheia de lacunas, pois que onde falta uma norma, quer expressa, quer implicita e integravel pelos processos lógicos da interpretação, bem pode dizer-se que há um espaço vasio, no qual, faltando a vontade da lei, pertence ao juiz a função de construir a regra de direito aplicável.

Não existem, afirmam outros, nem podem existir lacunas: por mais imperfeita ou antiquada que seja a organização jurídica, é sempre por si suficiente para dominar todo o mundo das relações humanas, em virtude daqueles princípios gerais que formam a sua base e teem a fôrça de expansão bastante para em todo o tempo subordinar à sua disciplina os novos aspectos da vida social.

Entre as duas opiniões extremas está a intermédia sustentado por Zitelmann, e perfilhada por Ruggiero. É que não há lacunas nos casos de disposições do direito positivo consideradas impróprias, ou por conterem uma disciplina diversa da que seria adequada, ou por não conterem disciplina alguma onde seria necessário que a houvesse; mas há verdadeiras lacunas, não quando a lei deixa de prever e regular certas relações, porque mais ou menos explìcitamente sempre as regula, mas sim

(1) Dr. Vasconcelos Portocarrero, pág. 161 e 162.

quando, tendo-as previsto e regulado, deixou no âmbito das normas indeterminadas ou imprecisas um qualquer ponto ou momento, para cuja indeterminação ou imprecisão se apresentam várias soluções, sem que a mesma lei indique qual dentre elas é a preferível.

Só então, quando surgem e se manteem irredutíveis as diversas soluções jurídicas concretas, mais ou menos divergentes ou contraditórias, e, depois de longo debate na doutrina e no fôro, nenhuma das diversas opiniões e sentenças consegue triunfar, renovando-se incessantemente as oscilações da jurisprudência, sem mais esperanças de conciliação, é só então que é lícito dizer-se que há uma lacuna.

Mas para a preencher não é idónea, portanto, a interpretação ordinária.

É preciso que em tais casos intervenha a interpretação autêntica, pois que nada mais podem fazer a judicial e a doutrinal (1).

Tendo na devida conta tudo quanto fica exposto sôbre os casos omissos, parece-nos que a verdadeira doutrina é a da existência de lacunas nas leis.

Até os códigos civis mais recentes, o suíço, e o brasileiro, moldados no maior monumento da técnica da moderna sciência jurídica, que é o código alemão, reconheceram expressamente a existência de casos omissos e a necessidade de os regular por um preceito de lei, seguindo aliás orientações na aparência diametralmente opostas.

Emquanto que o código brasileiro se encostou a uma doutrina clássica, como é a do art. 3.º das disposições preliminares do código civil italiano, o código suíço adoptou a orientação aparentemente arrojada duma corrente moderna, que defende o alargamento do poder discrecionário do juiz na decisão das controvérsias jurí-

(1) Ruggiero, *Ist.*, pág. 150 e 151.

dicas, até ao ponto de lhe atribuir função legislativa no preenchimento das lacunas da lei (1).

Mas a doutrina de Zitelmann e Ruggiero também é profundamente verdadeira na sua final conclusão, isto é, que para o preenchimento das lacunas da lei só há um verdadeiro processo, que é o da interpretação autêntica, isto é, a intervenção do legislador com uma nova lei.

Isto é tão certo que não hesitamos em afirmar que para resolver os casos omissos é indiferente adoptar qualquer dos sistemas, ou qualquer dos clássicos — a analogia, a equidade, o direito natural, os princípios gerais do direito — ou o moderno da função legislativa do juiz, ou mesmo não adoptar sistema algum.

Sempre que um juiz inteligente se encontra em face duma insuficiência da lei, o seu julgamento será certamente o mesmo, será o que lhe parecer mais justo, qualquer que seja a fórmula de direito subsidiário adoptada pelo legislador.

(1) Art. 3.º do código italiano: «Na aplicação da lei não se pode atribuir-lhe senão o sentido que resulte claro do próprio significado das palavras segundo a sua conexão e da intenção do legislador. Quando uma controvérsia não se possa decidir por uma precisa disposição de lei, atender-se-á às disposições que regulam casos semelhantes ou matéria análoga; quando o caso fique todavia duvidoso decidir-se-á conforme os princípios garais de direito».

Mais simplesmente, mas igualmente, dispõe o art. 7.º do código brasileiro: «Aplicam-se nos *casos omissos* as disposições concernentes aos casos análogos, e, não os havendo, os princípios gerais de direito».

Art. 1.º do código suiço: «A lei aplica-se a todas as questões jurídicas às quais pode referir-se a letra ou o sentido duma sua disposição. Nos *casos não previstos pela lei* o juiz decide segundo o costume, e, na falta dêste, segundo a regra que êle adoptaria como legislador».

CAPÍTULO III

DIREITO SUBJECTIVO

SUMÁRIO:

41. — Diversos conceitos do direito subjectivo.
43. — O direito subjectivo como domínio ou poder da vontade do indivíduo.
44. — O direito subjectivo como interêsse jurídicamente garantido.
45. — O direito subjectivo como interêsse dirigido pela vontade ou como vontade sôbre um interêsse.
46. — O direito subjectivo como garantia ou acção judiciária.
47. — O verdadeiro conceito do direito subjectivo — o poder jurídico do interêsse.
48. — Diversos significados da expressão *direito subjectivo*.
49. — A crítica negativista dos direitos subjectivos.
50. — A nova técnica das situações jurídicas objectivas e subjectivas. Crítica.
51. — Elementos constitutivos do direito subjectivo: interêsse, sujeito, poder, garantia ou acção.
52. — Direito subjectivo e situações jurídicas similares: personalidade, capacidade, faculdade, espectativa e pretensão.
53. — Dever jurídico ou obrigação.
54. — Classificação dos direitos subjectivos.
55. — Classificações puramente formais ou empíricas dos direitos subjectivos.
56. — Classificação legal dos direitos civis: direitos originários e adquiridos. Caracteres dos direitos originários.
57. — Classificação doutrinal e objectiva dos direitos civis: direitos não patrimoniais ou pessoais e direitos patrimoniais.
58. — Direitos sôbre a própria pessoa.
59. — Direitos reais e direitos de crédito ou obrigação.
60. — Confronto dos direitos reais e de obrigação.
61. — Classificação germânica dos direitos civis.

42. **Diversos conceitos do direito subjectivo.** — Indicando os mais importantes significados da palavra *«direito»*, expuzemos sumàriamente os diversos conceitos do direito subjectivamente considerado.

No seu aspecto ou no seu modo de ser subjectivo (*facultas agendi*), o direito tem sido concebido, ora

como um poder da vontade para a realização dum certo fim (*Windscheid*) ou como uma esfera de acção do domínio da vontade (*Savigny*), ora como o próprio fim ou interêsse juridicamente garantido (*Ihering*), ora como a combinação do interêsse e da vontade (*Bekker, Jellinek, Michoud*), e ainda como a própria garantia judiciária das relações jurídicas (*Thon, Barthélemy*).

Torna-se, pois, necessário examinar cada um dêstes diferentes conceitos, para ver se a alguma conclusão positiva se pode chegar, visto que a espécie ou categoria do chamado direito subjectivo tem sido vivamente criticada por muitos escritores modernos da escola realista, sobretudo por Duguit, que ainda na última edição do seu *Traité de Droit Constitutionnel* emprega os mais desesperados esforços para demonstrar a inexistência dos *direitos subjectivos*.

43. **O direito subjectivo como domínio ou poder da vontade do indivíduo.** — Êste pode dizer-se o principal, o clássico conceito do direito subjectivo, pois que foi o emitido pelo patriarca da escola histórica e patrocinado pelo mais notável representante da escola civilista alemã.

O direito é um poder, que pertence à pessoa, em virtude da ordem jurídica, de proceder segundo as normas do direito objectivo: é uma esfera de acção, como diz Savigny (1), na qual a vontade da pessoa reina, e reina soberanamente com o nosso assentimento; é uma esfera de domínio independente da vontade individual.

O principal representante da teoria da vontade é o célebre pandectista Windscheid. Na sua doutrina há duas categorias de direitos subjectivos.

O direito subjectivo da primeira categoria é o poder de exigir uma certa atitude, acção ou abstenção,

(1) Savigny, *Sistema del diritto romano*, I, pág. 36.

de uma ou de muitas pessoas que pretendam opor-se à actividade do titular dêste poder.

A ordem jurídica ou direito objectivo, diz Windscheid, permite ao titular dêste poder servir-se ou não da regra por ela formulada e imposta, bem como de fazer uso ou não dos meios ou processos de direito que lhe são garantidos contra quem opõe uma resistência ao exercício do mesmo poder. É, pois, a vontade do titular do poder que é determinante para a realização da norma jurídica. A ordem jurídica dispoz da sua autoridade em favor do titular; depende da vontade dêste que a norma se realize ou não; ela transformou-se assim no seu direito.

Mas a expressão «direito subjectivo» é tomada num outro sentido, quando se diz, por exemplo: o proprietário tem o direito de alienar os seus bens, de ceder o seu crédito, de revogar o seu testamento, de despedir o seu arrendatário. Nestes exemplos e outros semelhantes, entende-se por direito a soberania da vontade para criar direitos da primeira espécie, para modificar ou suprimir direitos estabelecidos.

E, assim, para compreender as duas espécies, dá Windscheid a seguinte definição: «o direito subjectivo é um poder de vontade (*Willensmacht*) ou uma soberania da vontade (*Willensherrschaft*) concedidos pela ordem jurídica». No primeiro caso *é apenas um poder* que consiste na faculdade de fazer realizar a ordem jurídica, pondo em movimento a fôrça material do Estado destinada a coagir as vontades resistentes. No segundo caso, *é uma soberania*, porque é o poder de criar uma situação jurídica, de dar vida a uma norma jurídica (1).

A teoria de Windscheid foi alvo de severas críticas, opondo-se-lhe objecções graves, e algumas verdadeiramente insoluveis.

(1) Windscheid, Pandekten, 7.ª ed., I, pág. 87 e seg.

Em primeiro lugar foi Jhering, sustentando que a definição deve basear-se no interesse jurídico e não na vontade. A esta observação ainda Windscheid respondeu bem que muitas vezes se tem justamente ponderado que a substância do direito não reside no interêsse, mas sim na decisão tomada pela ordem jurídica para a protecção do interêsse; sem dúvida a ordem jurídica confere direitos em vista dum fim, que é proteger os interesses daquele a quem os confere. Mas na definição do direito não deve intervir o fim em vista do qual êle é conferido, mas sòmente aquilo que constitue a essência do direito.

As objecções mais graves foram as dirigidas contra o próprio conceito da vontade como substância do direito.

A vontade não pode ser a substância do direito subjectivo, porque a subordinação duma vontade a um certo direito é absolutamente independente da intervenção da vontade do titular do direito, e por conseqüência, a substância do direito subjectivo é independente da vontade real do seu titular, e existe sem a intervenção desta vontade. E isto é tão certo e evidente, que muitos indivíduos incapazes de querer (creanças, dementes) teem incontestàvelmente direitos, e há mesmo muitos direitos que existem realmente, e às vezes durante toda a vida dos seus titulares ou sujeitos, sem que estes o saibam.

Não se pode, pois, dizer que o direito subjectivo seja um poder de querer.

A esta objecção respondeu primeiro Windscheid, dizendo que a ordem jurídica na concessão dum direito considera como elemento essencial, não pròpriamente a a vontade do titular, mas antes um certo conteúdo desta vontade. Mas, reconhecendo a insuficiência da resposta, modificou-a na última edição das Pandectas, dizendo: deve-se partir da ideia de que a vontade constitutiva da substância dos direitos subjectivos da primeira categoria

(*Willensmacht*) é verdadeiramente a vontade da ordem jurídica, e não a vontade do titular do direito.

«É a vontade da ordem jurídica que é determinante».

É forçoso confessar que Duguit tem razão para dizer: «é incontestável que, dando esta resposta, Windscheid se poz em contradição consigo mesmo e deu um golpe muito grave na teoria da vontade».

Com efeito, se a vontade, que constitue a substância dos direitos subjectivos, é, para toda uma categoria e porventura a mais importante dêstes direitos, a vontade do legislador e não a vontade do titular do direito, porque não é assim também para a outra categoria (*Willensherrschaft*)?.

Quando se reconhece que a primeira categoria de direitos subjectivos (*Willensmacht*) é a vontade do legislador que constitue a substância do direito, isto equivale a dizer que nos encontramos no puro domínio do direito objectivo, e que não há lugar para um direito do sujeito, mas apenas um efeito da determinação da lei, ou seja, um reflexo do direito objectivo (*Reflexrecht*). Ora, se em certos casos o direito subjectivo é apenas um reflexo do direito objectivo, porque não é também o mesmo para os outros casos?

Kelsen também pôs em relêvo a contradição do conceito da vontade da ordem jurídica com a própria definição do direito subjectivo, como poder de querer garantido pela ordem jurídica.

Se é, com efeito, a vontade da ordem jurídica que forma o substractum do direito subjectivo, não pode ser uma vontade reconhecida e garantida pela mesma ordem jurídica; uma tal vontade deve necessàriamente ser outra diversa da da ordem jurídica, pois não se compreende como esta reconheça e garanta a sua própria vontade, pois não se concebe o que seja querer o seu próprio querer.

Por outro lado, além desta contradição, também se não concebe como a vontade da ordem jurídica pode

converter-se no direito subjectivo daquele em cujo favor intervém o direito objectivo. A isto responde Windscheid que a ordem jurídica cede o conteúdo da sua vontade à da pessoa do titular.

Mas então é o conteúdo da vontade do sujeito, e não o da vontade da ordem jurídica, que forma o substractum do direito subjectivo; e daí uma nova contradição. E em todo o caso é inconcebível como os incapazes, os ausentes, e em geral os que ignoram a existência do seu direito, poderiam receber e exercer a vontade cedida pela ordem jurídica.

Pelo que respeita aos direitos subjectivos da segunda categoria, afirmava não haver dúvida possível de que a sua essência reside no poder da vontade do seu titular.

Mas nem assim se salvava a teoria da vontade (*Willenstheorie*).

Kelsen e Kipf mostraram bem que os direitos da segunda categoria de Windscheid não existem como figuras jurídicas autónomas, porque se reduzem afinal a um direito dos da primeira categoria. Windscheid definia-os como tendo por objecto uma situação que consiste em poder crear, modificar ou extinguir direitos da primeira categoria: o proprietário que aliena as suas cousas não exerce um direito distinto do seu direito de propriedade, assim como o eleitor que vota não faz outra cousa que não seja exercer o seu direito de eleitor, ou cumprir a sua obrigação de votar, se o voto é obrigatório.

Os direitos da segunda categoria não são, portanto, senão manifestações da capacidade jurídica contida nos direitos da primeira categoria.

«O direito subjectivo, diz Kelsen, que tem por objecto os actos da segunda categoria de Windscheid, não é um direito de fazer estes actos. O direito de adquirir, de transferir um direito e, em suma, o direito a um direito ou sôbre um direito, é um desdobramento

supérfluo e verdadeiramente impossível da noção do direito e lògicamente tão inconcebível como o seria a *vontade de querer*» (1).

44. **O direito subjectivo como interêsse juridicamente garantido.** — É o que se pode chamar o conceito objectivo do direito subjectivo, em oposição à teoria da vontade, que é um conceito exclusivamente subjectivo.

Foi Jhering que o formulou como uma resultante lògicamente derivada da sua análise crítica da teoria da vontade.

Esta concepção, diz Jhering, é aceitável para o direito objectivo: não se pode indicar a essência do direito no sentido objectivo por uma forma mais concisa e mais precisa que dizendo que êle é *a vontade colectiva*. Com efeito, é da essência do direito objectivo o poder de se realizar, isto é, ter em si mesmo uma fôrça de realização, um poder de se impôr a todas vontades resistentes, e isto, qualquer que seja o seu objecto, qualquer que seja o seu fim. Ora o direito objectivo não pode existir como tal, se não emanar duma certa vontade que tenha o poder de se impôr. Esta vontade que faz o direito objectivo, que formula a norma jurídica, é a vontade do legislador, do Estado, quando o direito objectivo é expresso na lei escrita, e a vontade da colectividade, vontade mais ou menos consciente, quando o direito objectivo é consuetudinário.

Do direito objectivo pode, pois, dizer-se, e basta dizer, que a sua substância reside na vontade geral, sem haver necessidade de determinar o conteúdo desta vontade, pois é o carácter desta vontade que lhe dá o seu carácter essencial, isto é, o carácter de regra imperativa tendo um poder de realização.

---

(1) Kelsen, *Hauptprobleme der Staatslehre*, pág. 585 e seg.; Duguit, *Traité*, pág. 180 e seg.

Mas já o mesmo não pode dizer-se do direito subjectivo.

Dizendo-se que a vontade é a substância do direito subjectivo, pode querer-se dizer que a vontade geral é a substância do direito subjectivo como ela é a do direito objectivo, no sentido de que o direito de um sujeito deve estar em relação com a vontade geral, de tal modo que o direito subjectivo é a unidade concreta da vontade do Estado e do particular, ou seja um fragmento da vontade geral que se tornou concreto e vivo numa pessoa particular. Tudo isto, diz Ihering, é exacto; mas se o direito subjectivo não é senão isto, então na realidade êle não tem uma existência independente da do direito objectivo: é simplesmente uma conseqüência da aplicação do direito objectivo, um simples *reflexo* do direito objectivo.

Se se quer dizer que é a vontade do sujeito a substância do direito subjectivo, se se define o direito subjectivo um poder de vontade do sujeito, então, diz Ihering, formula-se o princípio de um sistema não só incompleto, mas inteiramente falso. Um tal conceito leva a fazer da vontade o objectivo final de todo o direito, a identificar a capacidade jurídica com a capacidade de querer, emfim, «a reduzir o direito subjectivo a um fragmento circunscrito da substância da vontade».

Se a personalidade e a capacidade jurídica, diz ainda Ihering, são cousas idênticas à capacidade de querer, como é então que todas as legislações do mundo reconhecem e protegem nas creanças e nos dementes, não só o lado puramente humano da personalidade, o corpo e a vida, mas também a capacidade patrimonial, como nas pessoas capazes de vontade? Responder que a lei protege neles a possibilidade de uma futura capacidade de querer, não passaria de uma triste e inconcebível escapatória.

E, portanto, nem a vontade geral ou vontade da ordem jurídica, nem a vontade do sujeito, podem constituir a substância do direito subjectivo.

A verdadeira substância do direito subjectivo encontra-se no proveito, na utilidade, no interesse *(Genuss)* do sujeito. O sujeito do direito é aquele a quem a lei destina a utilidade do mesmo direito. A missão do direito não é outra senão garantir-lhe esta utilidade. Os direitos não existem para realizar a ideia da vontade jurídica abstracta; servem, pelo contrário, para garantir os interesses da vida, para prover às suas necessidades, para realizar os seus fins. A utilidade *(Genuss)*, e não a vontade *(Willen)*, é a substância do direito subjectivo.

Se o direito subjectivo tivesse por substância ùnicamente a vontade, toda a convenção que não contivesse cousa alguma de ilícito ou imoral produziria efeitos de direito, mesmo uma convenção que não tivesse em vista interesse algum. Ora isto não é assim, porque não tem razão de ser; e é sem razão que muitos filósofos e juristas teem afirmado, em princípio, o valor abstracto de toda a convenção.

O elemento substancial do direito reside pois na utilidade, no interesse. E não se trata apenas do interesse material apreciável em dinheiro, mas de todos os bens, de todos os interesses materiais e morais no sentido mais largo, a personalidade, a liberdade política, física, intelectual, económica, o estado do indivíduo na família e na sociedade.

Todo o direito existe para assegurar ao homem uma vantagem qualquer, para cooperar na realização dos fins da vida. O destino de todo o direito é o homem.

Qualquer que seja a diversidade dos interesses aos quais corresponde um direito, êste é sempre a expressão de um interesse, reconhecido pelo legislador como exigindo e merecendo protecção. E assim surge o segundo elemento do direito, o elemento formal, a protecção do direito, a acção pela justiça. A utilidade não constitui por si mesma senão uma situação de facto,

que qualquer pode a todo o momento abalar ou destruir, se tiver para tanto os meios necessários. Esta situação só se torna estável quando a ordem jurídica se decide a protegê-la, a assegurar a sua realização. O gôzo da utilidade converte-se então em direito subjectivo. A segurança jurídica ou o gôzo garantido do interesse é o elemento formal do direito, indispensável para que haja direito.

«Direitos subjectivos são, pois os interêsses juridicamente protegidos» (1).

A teoria do interêsse tem um carácter tão acentuadamente positivista, corresponde por tal forma à realidade da vida, que a crítica contra ela dirigida, mesmo na Alemanha, não conseguiu derruir os seus fundamentos.

Duguit mesmo, o mais pertinás adversário de todas as concepções do direito sujectivo, vê-se sèriamente embaraçado para contradizer a doutrina de Ihering.

As três páginas (189-191) do seu livro, que é repleto de erudição e de talento, são por certo uma das passagens mais inconsistentes e hesitantes da bela obra. Basta notar que Duguit quási se limita a reproduzir a crítica de Kelsen, que êle próprio considera de carácter puramente escolástico e metafísico.

Para Kelsen a objecção fundamental e principal é esta: «o elemento *fim* é um elemento material, e por outro lado, a viabilidade duma acção é um elemento puramente formal; ora, um elemento jurídico formal não pode ser fundado sôbre um elemento jurídico material; há nisto alguma coisa metòdicamente, lògicamente impossível».

Outra objecção de Kelsen é que a doutrina do interêsse equivale à admitida pelos partidários do direito natural objectivo, porque sendo o interêsse substancial do direito subjectivo tudo o que pertence à esfera da

(1) Ihering, *Esprit du droit romain, trad. Meulenaère*, II, pág. 326; e *Zweck im Recht*, pág. 414 e seg.

liberdade, os direitos subjectivos duns são precisamente as limitações da liberdade natural dos outros. E portanto Ihering não faz mais do que *subjectivar* o elemento de liberdade do direito natural (1).

Diz-se também que a teoria do interêsse se reduz afinal à da vontade, porque, ou se trata do interêsse como tal considerado pelo sujeito do direito, e isso é uma cousa puramente psíquica, que só a consciência de cada um pode apreciar, e então é a vontade do titular do direito; ou trata-se do interêsse como tal considerado pelo legislador, e então o direito subjectivo, sendo uma manifestação da vontade da ordem jurídica, não é afinal senão um reflexo do direito objectivo.

Como se vê, as críticas assim feitas à doutrina de Ihering não passam de torneios de dialética abstracta, que nada valem para invalidar uma teoria positiva.

Por fim Duguit julga ter encontrado numa passagem de Ihering um argumento decisivo contra a sua doutrina. É o reconhecimento de certos casos em que se verifica um interêsse concreto certo, e ao mesmo tempo uma protecção jurídica, e que todavia não constitui direito subjectivo.

É, por exemplo, o caso do comerciante ou industrial que tem interêsse na aplicação duma lei aduaneira, e que, apesar de haver certas sanções sociais para assegurar a aplicação duma tal lei, não tem contudo o direito subjectivo de fazer cobrar a taxa aduaneira. Isto é assim, diz Ihering, porque o industrial não tem acção para pedir a aplicação da lei aduaneira, e se há uma protecção jurídica, ela é independente da vontade do interessado. Mas então, replica Duguit, se quando há uma protecção jurídica independente da vontade do interessado, não há direito subjectivo, não se pode defini-lo simplesmente um interêsse juridicamente prote-

(1) Kelsen, *Hauptprobleme der Staarslehre*, pág. 571 e seg.

gido; falta, para que haja direito subjectivo, um outro elemento, que não pode ser senão a vontade do sujeito.

Estamos em dizer que a crítica do notável publicista à doutrina de Ihering é a melhor defesa que dela se poderia fazer.

A conclusão de Duguit não tem a mais leve sombra de lógica. E a sua apreciação do caso exemplificado por Ihering não tem o menor fundamento. Naquele caso não há direito subjectivo para o industrial precisamente porque lhe falta a acção judiciária; que Ihering expressamente estabeleceu definindo, como aliás referiu Duguit, a fórmula «*jurídicamente protegido*» no sentido de que só constitui direito subjectivo o interêsse assistido da acção judiciária.

De resto, no referido exemplo não há um direito subjectivo do comerciante ou industrial, porque êsse direito pertence ao Estado que impôs a barreira alfandegária.

Entretanto a teoria do interesse, só de per si, parece-nos ainda insuficiente para definir o direito subjectivo.

É que, segundo observa justamente Ruggiero, assim como a doutrina da vontade peca pelo formalismo e pela unilateralidade, emquanto concebe o poder de querer como qualquer cousa de abstracto, prescindindo do interêsse que tem em vista, assim a teoria do interesse, emquanto tem o mérito de dar relêvo ao conteúdo real e concreto do direito, cai também, noutro sentido, no mesmo vício da unilateralidade.

O interêsse não constitui, com efeito, só de per si, a substância do direito subjectivo, mas apenas o seu objectivo final; por isso, se é verdade e certo que, afim de tutelar um interêsse, e naturalmente um interêsse digno de protecção jurídica, o direito objectivo confere direitos aos indivíduos, não é no interêsse, ou pelo menos nele sòmente, que está a essência do direito subjectivo (1).

(1) Ruggiero, *Ist.*, I, pág. 189 e 190.

Por outro lado diz-se ainda, e Ruggiero também repete a objecção, que nem todos os interesses garantidos pela lei constituem direitos subjectivos, havendo alguns que, embora protegidos juridicamente, não se elevam à dignidade de direito subjectivo (1).

Mas casos dêstes só encontrámos nas obras consultadas o referido por Duguit, o qual, como já vimos, não é procedente.

A verdade entretanto é, como acabamos de vêr, que para a estrutura completa do direito subjectivo são insuficientes os dois elementos da construção de Ihering—o elemento objectivo *(fim* ou *interêsse)* e o elemento formal *(garantia* ou *acção)*.

Alguma cousa falta ainda. Mas êsse alguma cousa não é positivamente a vontade: nem a vontade do titular, que muitas vezes não tem lugar na existência dos direitos, nem tão pouco a vontade geral da ordem jurídica, que é apenas a expressão do direito objectivo.

45. **O direito subjectivo como interêsse dirigido por uma vontade, ou vontade sôbre um interêsse.** — Demonstrada a inconsistência da teoria da vontade e dada a imperfeição da doutrina do interêsse, era natural que os juristas procurassem uma solução no embate ou combinação das duas. Foi o que efectivamente aconteceu.

Assim se exprime um dos mais eminentes representantes da moderna escola do direito civil italiano:

«A doutrina que nos parece mais perfeita é aquela que, resultante do choque das duas anteriormente expostas, as harmoniza tomando como critério, não exclusivamente o conceito do poder de querer ou o do interêsse, mas ambos conjuntamente». O direito subjectivo pode por isso definir-se, segundo esta ulterior concepção, na qual de resto se inspira a grande maioria dos escritores:

(1) Ruggiero, *loc. cit.*; Mayer, *Le Droit Administratif Allemand*, pag. 133; Dr. Rocha Saraiva, *Constr. Jur.* I, pág. 50, 51, 70.

«o *poder de vontade* do homem de proceder, para a satisfação dos próprios interêsses, em conformidade com a norma jurídica» (1).

E, assim, dando a preferência a um ou ao outro dos dois conceitos, a maior parte dos autores constroi ou adopta a sua definição.

Sob êste ponto de vista é muito interessante o notável professor de direito público Jellinek, que nas duas primeiras edições (1892 e 1900) do seu livro magistral *System der Subjektiven oeffentlichen Rechte* expôs sucessivamente as duas modalidades da combinação, definindo na primeira o direito subjectivo como o *interêsse* protegido por uma fôrça de vontade, e na segunda como um *poder de querer* dirigido sôbre um bem ou interêsse (2).

Entre os italianos predomina o conceito da vontade, o que se explica talvez por ser a última fórmula de Jellinek.

Entre nós predomina o conceito do interêsse, talvez por ser a fórmula francesa de Michoud.

Melucci diz: «*Direito subjectivo* é a pretensão à utilidade e interêsse, que cada indivíduo pode tirar de cada uma das relações sociais, observado e respeitado (o interêsse), conformemente ao direito objectivo, por aqueles com quem êle está em relação» (3).

Coviello define: «*Poder de proceder* na satisfação dos próprios interesses garantidos por lei» (4).

Simoncelli define: «O *poder* que a ordem jurídica reconhece à vontade do homem de fazer valer um interesse» (5).

Capitant define: «um *interêsse* de ordem intelectual ou material, protegido pelo direito objectivo, que

(1) Ruggiero, *Ist.*, pág. 190.
(2) Dr. Rocha Saraiva, *Const.*, pág. 52.
(3) Melucci, *Ist. di dir. civile*, pág. 121.
(4) Coviello, *Manuale*, pág. 18.
(5) Simoncelli, *Ist.*, pág. 40.

dá, para êste efeito, àquele que dêle é investido, o poder de praticar os actos necessários para obter a satisfação dêsse interêsse» (1).

Michoud define: «É o *interêsse* de um homem, ou de um grupo de homens juridicamente protegido por meio do poder reconhecido a uma vontade de o representar ou de o defender» (2).

Os Drs. Alves Moreira e Rocha Saraiva definem: «Um *interêsse* juridicamente protegido mediante o reconhecimento de uma vontade que o representa (3).

Em vista da exposição e crítica que fizemos de cada uma das duas teorias fundamentais do direito subjectivo, não pode deixar de se concluir que também não é satisfatória a teoria da conjunção ou combinação, em qualquer das duas modalidades.

Desde que a teoria da vontade é falsa, ou pelo menos insubsistente, porque não explica nem pode explicar os direitos de sucessão atribuídos aos nascituros (cód. civ., art. 1777.º) e os direitos ignorados pelos respectivos titulares, como por exemplo, os que podem advir aos ausentes, a inclusão do elemento da vontade do sujeito como essencial na estrutura do direito subjectivo é bastante para a afectar de vício ou defeito que a torna inviável.

Comtudo, não podendo deixar de reconhecer a influência que esta doutrina exerce na teoria geral do direito, e particularmente no direito civil, não deixaremos de expôr os seus traços fundamentais.

Entre os autores franceses foi principalmente Michoud quem, inspirando-se directamente na doutrina alemã, tentou construir e desenvolver a teoria do direito subjectivo.

(1) Capitant, *Introd.*, pág. 3 e 75.
(2) Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, I, pág. 105.
(3) Dr. Alves Moreira, *Ist.*, pág. 4; Dr. Rocha Saraiva, *Const.*, pág. 51.

Diz Michoud, e bem, que o fundamento do direito subjectivo não se encontra na vontade.

É necessário reconhecer com Jellinek que a vontade abstracta não existe, e que ela só existe pelo seu conteúdo; não é a vontade em si mesma que o direito objectivo protege, mas só a vontade que tem um certo conteúdo.

Não se pode querer sem querer alguma coisa, diz Michoud; é êste conteúdo que forma o objecto da protecção legal, não unicamente porque a vontade o quer, mas porque êle é conforme ao ideal da ordem e da justiça tal como êle foi concebido pelo legislador. A lei protege, não a vontade, mas o interêsse que esta vontade representa.

Assim o interêsse é o elemento fundamental do direito subjectivo. O titular do direito é o ser colectivo ou individual em cujo interêsse êste direito foi reconhecido. Mas isto não quer dizer que a vontade não seja também um elemento essencial do direito. Só há direito quando existe uma vontade capaz de o fazer valer e de o pôr em actividade (1). Pouco importa, de resto, que esta vontade seja a do sujeito do interêsse protegido ou a de um outro sujeito; basta que ela seja capaz de pôr em acção o interêsse protegido.

E aí está como Michoud formulou a sua concepção do direite subjectivo.

Segundo afirma Duguit, a concepção de Michoud foi directamente inspirada na doutrina do escritor alemão Bekker.

Para Bekker, em todo o direito subjectivo há dois elementos: a utilidade ou interêsse (*Genuss*), e o elemento poder de disposição, poder de actuar, de fazer valer o interêsse, de o pôr em acção, quer gerindo-o ou dispondo dêle, quer defendendo-o contra quem quer que o ofenda ou se proponha ofendê-lo. Êste é o elemento vontade que Bekker chama *Verfügung*. Daí a sua teoria do sujeito do direito. O sujeito é simples, quando o mesmo ente reúne a utilidade e o poder de disposição, o interêsse e a vontade, o *Genuss* e a *Verfügung;* é complexo, quando o elemento interêsse pertence a um ser distinto do que tem a vontade para o pôr em acção (1).

(1) Êste é, como vimos, o ponto falso da teoria da vontade.

O autor que mais aprofundou a noção de direito subjectivo, diz Duguit, foi certamente o professor Jellinek, que no seu célebre livro sôbre os direitos públicos subjectivos construiu um sistema exclusivamente subjectivista, mas absolutamente contrário à doutrina individualista tradicional dos direitos naturais do homem.

Para êle, a doutrina individualista, segundo a qual o indivíduo, só porque é homem, é titular de direitos subjectivos, que se impõem ao Estado, é inadmissível, pois conduz pura e simplesmente à negação do direito público. O direito subjectivo não pode crear o direito objectivo. Todo o direito subjectivo presupõe a existência duma ordem jurídica, dum direito objectivo, duma norma jurídica pela qual êle é creado, reconhecido e protegido. Foi o direito objectivo que elevou o homem do processo da vida natural aos actos e às situações de ordem jurídica. Seria confundir o facto com o direito, conceber o direito subjectivo como o elemento primário, tirando de si mesmo a norma aplicável ao seu reconhecimento e à sua protecção.

O direito subjectivo é pois uma criação do direito objectivo: tal é o postulado fundamental de toda a doutrina.

O direito objectivo é uma regra formulada pelo Estado, sujeito êle próprio do direito subjectivo da soberania (*Herrschaft*), regra que deve aplicar-se a sujeitos de vontade. Toda a regra de direito é uma norma das

(1) Bekker, *Zur Lehre von Rechtsubjekt, Jahrbucher für die Dogmatik*, XII, 1873, pag. 1 e seg.; Duguit, *Traité*, pág. 193 e 194.

vontades; o direito objectivo é o sistema de normas estabelecidas por uma vontade para regular a actividade doutras vontades, as suas relações entre elas, para limitar estas vontades reciprocamente.

Esta regra forma direitos sujectivos. Mas visto que ela limita certas vontades a respeito doutras, os direitos subjectivos não podem ser senão os poderes que a lei reconhece às vontades, em face das quais a actividade das outras se encontra limitada. O direito subjectivo é, pois, e não pode ser senão um poder de vontade, impondo-se a outras vontades. Não se pode ter um direito senão contra um sujeito de direito. O particular, do mesmo modo que o Estado, não pode ter direitos contra uma cousa.

Mas não basta o conceito do poder da vontade. Não se pode querer só por querer, absolutamente; só se pode querer concretamente qualquer cousa. É pois psicològicamente impossível admitir que um poder de querer seja concedido, em si mesmo, abstractamente, pela ordem jurídica. A ordem jurídica só pode conceder o poder de querer alguma cousa.

A relação dum sujeito com êsse «alguma cousa» forma o conteúdo de toda a regra de direito que concede direitos subjectivos. Tornar possível a um sujeito a utilidade dêsse «alguma cousa» é precisamente o fim da ordem jurídica creando um direito subjectivo. Por outras palavras, a ordem jurídica, editando uma regra, prosegue um bem, quere assegurar um bem no sentido geral da palavra. Êste bem, considerado em relação com um sujeito determinado, constitue um interêsse. E assim aparece o segundo elemento do direito subjectivo, o interêsse, isto é, o fim visado pela ordem jurídica no que diz respeito à situação dum determinado sujeito.

O interêsse é, portanto, um elemento substâncial do direito subjectivo. Mas não é o único, e foi sem razão que os partidários de Ihering eliminaram o elemento vontade. É absolutamente necessário conser-

vá-lo. O poder da vontade, se não tem um objecto, um conteúdo, não é cousa alguma, e por conseqüência não pode ser um direito; é uma situação de facto, e nada mais. O interêsse reconhecido e protegido pelo direito objectivo só constitue um direito subjectivo, se há uma vontade que o faz valer e entra em relação com outra vontade humana. O direito objectivo tem em vista bens, que se convertem em interesses, desde que se referem a sujeitos. Mas a ordem jurídica aplica-se às vontades dêstes sujeitos. Por conseguinte, o direito subjectivo só pode existir se uma vontade se aplica ao bem que a ordem jurídica teve em vista.

Finalmente Jellinek dá uma definição do direito subjectivo inteiramente semelhante à de Bekker e de Michoud: «o direito subjectivo é o bem ou o interêsse protegido pelo reconhecimento dum poder de vontade humana». E também como aqueles autores acrescenta que, èmbora o elemento vontade e o elemento interêsse pertençam necessàriamente um e outro à noção de direito subjectivo, pode entretanto acontecer que o destinatário do interêsse e o titular da vontade não sejam o mesmo; e assim se explica como pode haver sujeitos de direito subjectivo que não teem vontade, como as creanças e as colectividades, associações e fundações (1).

46. **O direito subjectivo como garantia ou acção judiciária.** — Alguns autores teem emitido a idea de que o direito subjectivo consiste apenas na possibilidade de pôr em movimento uma garantia jurídica reconhecida pela lei, pelo direito objectivo. Seria a possibilidade de pôr em movimento uma *via de direito*, como diz Duguit.

Esta doutrina foi desenvolvida principalmente na Alemanha por Thon, no seu livro interessante sôbre a *norma jurídica e o direito subjectivo* (*Rechtsnorm und Subjektives Recht*).

(1) Duguit, *Traité*, pág. 192 e seg.

Segundo Thon, o direito objectivo, expressão da vontade da colectividade, contém um conjunto de preceitos, de regras imperativas, impondo-se ao homem, à sua vontade. Estas normas podem ser violadas. Há uma sanção organizada, que consiste em novos imperativos dirigidos quer a particulares, quer a órgãos do Estado. Ora, quando a norma jurídica é violada, entram em acção os imperativos que a sancionam.

É então que surge o direito subjectivo na possibilidade de pôr em movimento uma via de direito destinada a corrigir ou reprimir a violação cometida contra o imperativo do direito objectivo.

A substância do direito subjectivo está, portanto, neste poder ou pretensão jurídica (*Anspruch*), que Thon define: «o poder (*Macht*) concedido pela ordem jurídica de realizar as condições para a efectivação dos imperativos que impõem a certos órgãos do Estado (em geral os tribunais) a obrigação de dar a protecção jurídica».

Em França uma doutrina análoga à de Thon foi desenvolvida por Barthélemy, na sua interessante Tese de doutoramento — *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés*.

Barthélemy, depois de analizar as diversas teorias sôbre a natureza do direito subjectivo, conclui que êle deve ser definido como a possibilidade de accionar em justiça; sempre que há poder legal duma acção judiciária há um direito subjectivo, que deve, pois, definir-se: «aquele cuja realização pode ser obtida por um meio jurídico à disposição do sujeito». Êste meio jurídico é *a acção judiciária*. O que caracteriza o direito subjectivo é o poder da vontade do sujeito sôbre um interêsse. Êste poder exerce-se por meio da acção em justiça (1).

Mas vê-se no fundo da doutrina de Barthélemy a

(1) Barthélemy, *Essai*, pág. 21 e 22; Duguit, *Traité*, pág. 206 e 207.

teoria da vontade sôbre o interêsse, contràriamente a Thon, segundo o qual é preciso eliminar completamente da noção do direito subjectivo tanto o elemento vontade como o elemento interêsse, com o alcance que lhe dão as respectivas teorias.

O conceito jurisdicional de Thon, restringindo o direito subjectivo à possibilidade das vias de direito ou a acção judiciária é absolutamente inaceitável. Basta recordar que êle é precisamente a protecção jurídica de Ihering, e portanto, apenas um dos elementos constitutivos do direito subjectivo.

Além disso enferma do vício fundamental, que é defeito irremediável, de confundir o direito com a acção.

Segundo êste conceito meramente formal, só haveria direito quando houvesse violação da norma jurídica, quando é certo que freqüentemente, se não a maior parte das vezes, a vida dos direitos de cada um se desenvolve e realiza normalmente, sem necessidade de recorrer à intervenção dos órgãos jurisdicionais do Estado.

Por outro lado, observa bem Duguit, a acção só nasce quando há uma violação do direito subjectivo; ora, se a acção por si só é que constitui o direito subjectivo, há neste conceito alguma cousa manifestamente ilógica: fazer nascer um direito subjectivo da violação do direito objectivo. Pode conceber-se em rigor que o direito objectivo conceda um direito subjectivo; mas não se concebe fàcilmente que da violação do direito objectivo nasça um direito subjectivo (1).

47. **O verdadeiro conceito do direito subjectivo. — O poder jurídico do interêsse.** Quando enunciámos (supra, n.º 7) os diferentes significados da palavra «*direito*», dissemos que, subjectivamente considerado, o direito consiste na própria garantia fornecida pela função social do direito; que é um interêsse material ou moral garan-

(1) Duguit, *Traité*, pág. 206 e 207.

tido pela lei, que reconhece ao interessado o poder de praticar os actos necessários para realizar o mesmo interêsse.

Nestes conceitos, que nada teem de metafísico, ou mesmo transcendente, e que, pelo contrário, são duma extrema simplicidade, e traduzem bem a realidade dos factos na vida social, não é difícil encontrar os verdadeiros e essenciais elementos do chamado *direito subjectivo*.

E assim o que se vê na estrutura do direito subjectivo é a conjunção de três elementos:

a) um *interêsse* considerado de tal importância para a realização dos fins da vida social, que se torna imprescindível assegurá-lo por uma forma eficaz; e portanto,

b) a sua *garantia* pelos meios judiciários competentes (acção);

c) a sua atribuïção a alguém que tenha o *poder* de utilizar o interêsse, ou em benefício próprio ou em benefício da colectividade.

Em três palavras, portanto se pode sintetizar toda a estrutura do direito subjectivo: é o *poder jurídico do interêsse*.

Efectivamente toda a vida do direito consiste na constituïção e no desenvolvimento duma série infinita de relações de interêsses, que teem na lei a sua disciplina ou regulamentação adequada.

Ora o objecto final ou mediato da relação jurídica é constituído pelas cousas do mundo externo e pelos actos ou omissões das pessoas; mas o seu objecto imediato, ou seja o seu conteúdo, consiste precisamente na situação estabelecida para as mesmas pessoas, que são os sujeitos da relação jurídica, em virtude da qual uns ficam com o poder de fazer ou exigir alguma cousa e outros com o dever de praticar ou de não praticar certos factos.

Pois êsse poder de realizar certos interêsses, quando assistido da respectiva garantia jurídica, é que constitui

justamente o que se chama direito subjectivo, em oposição ao dever correlativo ou obrigação. E dizemos *justamente*, porque, com efeito, a garantia dum poder jurídico presupõe a sua *atribuïção*, ou pelo menos a *possibilidade de atribuïção*, a alguém, isto é, a um sujeito, que o possa utilizar ou gerir.

Muitas vezes o beneficiário actual do interêsse não é o seu verdadeiro dono ou proprietário, e todavia o direito dêste não deixa de existir realmente, ainda mesmo que de facto nunca chegue a realizar-se. É o que acontece, por exemplo com a herança deixada a nascituros (cód. civ. art. 1777.º). Á morte do testador, os herdeiros repartem entre si a herança; mas a lei assegura e garante o direito aos nascituros compreendidos na instituïção do testamento, confiando a sua guarda e gerência aos herdeiros actuais.

Outro exemplo bem frisante da distinção entre o sujeito actual e o sujeito possível ou futuro dum direito é o que se dá com os bens dos ausentes que, passado um longo período de ausência, passam para os herdeiros prováveis ou conhecidos, mantendo, porém, o ausente ou os seus outros herdeiros um certo direito de propriedade, embora mais restrito, sôbre os mesmos bens (cód. civ. art. 78.º-81.º).

Outras vezes o beneficiário de interêsse, por virtude da sua indeterminação individual, não pode ser o seu detentor e administrador; mas nem por isso êste deixa de ter um poder jurídico sôbre o mesmo interêsse, constituindo portanto, um direito subjectivo.

É o que acontece com as instituïções de utilidade pública a que a lei reconhece a personalidade jurídica, e na doutrina se denominam *fundações*.

A *fundação* é a constituïção dum património colectivo, isto é, um fundo económico ou conjunto de bens ou valores, destinados a uma obra de utilidade geral, como um hospital, um asilo, uma biblioteca pública, um museu, etc.

Para a realização social dêste interêsse, dada a impossibilidade de atribuir o respectivo pôder jurídico aos seus beneficiários, institui-se um órgão especial encarregado da guarda e administração do património e da realização dos seus fins, atribuindo-lhe naturalmente os respectivos poderes jurídicos ou direitos subjectivos.

É por isso que lògicamente se dá a êsses órgãos o nome de *pessoas colectivas*.

Doutrinas há na aparência ou na forma semelhantes à nossa, mas no fundo muito diferentes; são as de Saleilles e Hauriou, que por isso vamos expôr resumidamente.

Saleilles vê no poder, na fôrça jurídica posta ao serviço do interêsse, a verdadeira essência do direito subjectivo. O direito é qualquer cousa de vivo e não uma fôrça inerte. Falar de interêsses, é encarar o direito pelo seu fim abstracto e não na sua actividade concreta. O interêsse é um elemento secundário, o poder o elemento fundamental do direito subjectivo Mas não basta êste poder material, êste querer agir, não basta a vontade considerada como simples fôrça psicológica; é necessário uma vontade capaz de compreender, uma vontade ajudada pela inteligência, que virtualmente, pelo menos, tenha, com a consciência do seu direito, a capacidade de conceber-lhe as conseqüências e aplicação exterior.

Resumindo êstes três elementos e tendo em consideração o carácter social do direito, como produto da consciência colectiva, Saleilles apresenta o seguinte conceito de direito subjectivo: «*um poder* posto ao serviço de interêsses de carácter social e *exercido por uma vontade* autónoma» (1).

Por seu lado Hauriou vê em todo o direito uma síntese de três elementos, *poder, interêsse* e *função*

(1) Saleilles, *De la personnalité juridique*, pág. 540.

social, combinados em proporções variáveis, mas existindo sempre. Esta síntese prática consegue-se mediante o equilíbrio entre os três elementos referidos, equilíbrio que se obtém em circunstâncias muito diversas, conforme o estado geral da sociedade, predominando nuns casos o elemento poder e noutros o interêsse ou a função.

Em muitos casos êstes elementos encontram-se divorciados, isto é, o poder é atribuído a uma pessoa ou uma entidade que não é ao mesmo tempo beneficiária do interêsse. Os poderes que a administração exerce vivem dissociados dos interêsses correspondentes; os interêsses são interêsses dos administrados e os poderes pertencem à administração. As atribuïções da administração, por isso que se não reünem, formando uma síntese prática, com os interêsses a que se referem, não dão origem a *direitos completos*, mas a simples poderes.

Nos casos em que os interêsses não formam com o poder uma síntese prática, por isso que pertencem a pessoas distintas, o *direito* só aparece quando, por uma ficção, se introduz o conceito da *representação*. Os direitos de administração do marido, do tutor, etc. existem, porque se admite que o marido e o tutor *representam* os interêsses da mulher e do menor, reconstituindo-se assim, na sua pessoa, a síntese do direito.

Hauriou, para encontrar sempre interêsses pessoais nas pessoas que exercem poderes jurídicos, diz que os funcionários públicos teem interêsse em conservar os benefícios que tiram da função. E, por outro lado, diz que a função pública tende a patrimonializar-se, para se tornar, na medida do possível, uma cousa do funcionário, afim de combinar com os interêsses dêste a função social e a competência.

Em harmonia com esta doutrina deveria considerar-se como um direito subjectivo a situação do funcionário público. Mas Hauriou não vai até aí, dizendo que é apenas uma situação legal e regulamentar.

Com razão o Dr. Fesas Vital vê aí uma verdadeira contradição (1).

Como se vê, há uma diferença fundamental entre a nossa concepção do direito subjectivo e as de Saleilles e Hauriou.

Emquanto que estas referem sempre o poder jurídico á vontade do beneficiário do interêsse ou dum seu representante, considerando sempre a vontade como elemento essencial do direito, nós entendemos que o direito, como garantia de interêsses pessoais, e por isso se diz subjectivo, pode existir e existe, com efeito, muitas vezes, independentemente da vontade do directo interessado, como acontece com os direitos dos nascituros, dos incapazes e dos ausentes, e até mesmo contra a própria vontade, como acontece com o direito dos herdeiros, que pode por estes ser repudiado, mas pode ser reclamado pelos seus credores (cód. civ. art. 2040.º).

O equívoco de todos os escritores, que referem sempre o direito subjectivo à vontade dum sujeito, está em considerar o direito apenas no seu estado de movimento, no seu exercício, isto é, na sua defesa contra qualquer ataque ou na sua realização efectiva, na sua utilização ou aplicação ao seu fim próprio.

É o que se pode e deve chamar o *estado dinâmico* do direito.

Mas a dinâmica dos direitos presupõe necessàriamente a sua existência anterior, a sua constituïção, e muitas vezes a sua permanência no estado de inacção.

É o que se pode e deve chamar o seu *estado estático*.

De resto, êste duplo aspecto da situação ou estado dum direito, nada tem de abstracto ou de metafísico.

É simplesmente uma aplicação intuitiva do princípio da mecânica que considera as fôrças no seu estado

(1) Hauriou, *Principes de droit public*, pág. 32 e seg.; Dr. Fesas Vital, *Do acto jurídico*, pág. 61.

dinâmico, pois, com efeito, o chamado direito subjectivo é, no conceito geral de todas as doutrinas, uma fôrça da vida social.

Ora a existência dum direito no seu estado *estático* não carece da intervenção de qualquer vontade, mas apenas do seu reconhecimento e garantia pelo poder da lei ou do direito objectivo.

Tendo em consideração as observações feitas sôbre a natureza da figura jurídica denominada o *direito subjectivo*, podemos finalmente formular a sua definição: *é o poder de existência e realização reconhecido e garantido pela lei aos interêsses pessoais, quer de carácter individual quer de carácter social.*

48. **Diversos significados da expressão «direito subjectivo».** — Determinado o verdadeiro conceito do direito subjectivo, convém, e é mesmo necessário, pôr em relêvo os diversos sentidos que teem sido atribuídos à expressão *«direito subjectivo»*, porque esta análise permite avaliar com precisão a crítica negativista que do direito subjectivo se tem feito.

Não conhecemos nas obras dos autores uma determinação mais ou menos precisa, uma enumeração mais ou menos completa, dos diferentes significados atribuídos à expressão *«direito subjectivo»*. E todavia é certo que a expressão se encontra freqüentemente empregada em sentidos diversos, por vezes até no mesmo autor.

Da doutrina dos vários autores que temos consultado e citado resulta que a expressão *«direito subjectivo»* tem sido empregada, pelo menos em sete diversos sentidos: o sentido *amplo* de toda e qualquer faculdade jurídica ou poder legal; o sentido, que nós consideramos o *próprio* ou *técnico*, dum *poder jurídico* atribuído a uma pessoa, quer individual, quer colectiva; o sentido *mais restrito* de direitos individuais; o sentido *ainda mais restrito* de direitos individuais natu-

rais; o sentido *psicológico* de poder ou qualidade duma vontade de se impôr a outras vontades; o sentido *particular* dum poder constituído por um acto de manifestação duma vontade individual (acto jurídico pròpriamente dito) no exercício dum poder legal e em vista dum fim também legal; finalmente o sentido *restritíssimo* de *direito adquirido*, em oposição a simples expectativa de direito (*spes juris*).

Dêstes diversos sentidos só os dois primeiros são aceitáveis porque só êles traduzem todo o verdadeiro conceito do direito subjectivo.

Dos outros, uns, como o *psicológico* e o *dos direitos naturais*, são meramente tendenciosos para dar fôrça à crítica negativista do direito subjectivo; os outros, embora traduzam conceitos contidos no conceito real do direito subjectivo, são contudo inaceitáveis por serem mais ou menos restritos.

O sentido mais geral do direito subjectivo é admissível, porque tratando-se duma faculdade ou poder reconhecido e garantido por lei, não pode deixar de ser atribuído aos indivíduos ou às colectividades, pertence portanto, a um sujeito qualquer, e daí lògicamente a qualificação de subjectivo.

É, por exemplo, a liberdade de trabalho, a liberdade de pensamento ou de crenças, a faculdade de apropriar aquilo que legìtimamente se pode adquirir, o poder conferido em geral aos parentes de exigir alimentos, etc.

Mas êstes poderes jurídicos gerais, em virtude mesmo dêste seu carácter de generalidade, podem em certo modo dizer-se impessoais, e portanto, objectivos.

É porisso que no sentido *próprio ou técnico* só consideramos rigorosamente como direitos subjectivos os poderes jurídicos atribuídos a certos e determinados sujeitos ou pessoas. Exemplos típicos de direitos subjectivos, como tais considerados por quási todos os autores, são o direito de crédito, o direito de propriedade, o direito à legítima, etc.

Mas é de notar que, mesmo a respeito dêstes, ainda há que distinguir o aspecto geral do direito em relação a todas as pessoas que se encontram na mesma situação, e o aspecto particular e concreto do direito pertencente a certas pessoas ou relativo a certas cousas.

Assim, por exemplo, o direito de propriedade é puramente direito objectivo enquanto se refere às normas que determinam as condições e os limites em que uma pessoa qualquer pode adquirir uma cousa e dispoir dela como lhe aprouver. Mas o direito de propriedade já é considerado no sentido subjectivo quando se refere ao complexo de poderes, isto é, de actos que pode praticar, ou de pretensões que pode fazer valer, o proprietário duma cousa qualquer. Entretanto êste direito subjectivo, por isso mesmo que é geral para todos os proprietários, e portanto em certo modo impessoal, bem pode qualificar-se de direito subjectivo objectivo.

De modo que, no sentido próprio técnico, o direito de propriedade só é rigorosamente um direito subjectivo quando se refere aos poderes de certa pessoa sôbre as suas cousas.

O sentido restrito de direitos individuais é o dos escritores que, à semelhança de Pacchioni, definem direito no sentido subjectivo o poder que tem o indivíduo de reclamar do Estado a tutela dum interêsse próprio, nos limites em que êste é garantido por uma norma de direito objectivo (1).

Mas do contexto das obras dêstes escritores resulta que o indivíduo sujeito do direito é afinal a pessoa, ou individual ou colectiva, e, portanto, êste sentido restrito do direito subjectivo deve referir-se ao sentido próprio ou técnico.

O sentido mais restrito dos *direitos naturais* é

(1) Pacchioni, *Elementi.*, pag. 16 e 17.

indicado sobretudo pelos escritores que, á semelhança de Duguit, e entre nós o Dr. Fesas Vital, contestam a noção ou a existência de direitos subjectivos.

São também estes mesmos escritores que referem o conceito psicológico dos direitos subjectivos.

E são também estes escritores que referem o sentido particular de direitos subjectivos como os poderes criados por um acto de vontade do homem em harmonia com as normas do direito objectivo, isto é, no exercício dum poder legal e em vista dum fim também legal (1).

Mas a verdade é que estes conceitos do direito subjectivo são inaceitáveis: o dos *direitos naturais,* no sentido da escola clássica do direito natural, isto é, como direitos inatos, invioláveis, sagrados, emanados directa e exclusivamente da própria natureza humana, e por isso anteriores e superiores à lei, porque a moderna sciência social e positiva do direito não admite semelhante concepção; o sentido *psicológico* dos direitos subjectivos é igualmento repelido pela sciência moderna, por ser um conceito abstracto, metafísico, e que é tendenciosamente referido por aqueles escritores para melhor fundamentarem a sua guerra à concepção dos direitos subjectivos; e o sentido dos direitos estabelecidos por um acto jurídico em conformidade com a lei, sendo verdadeiro, não é em todo o caso aceitável por ser demasiado restrito. Com efeito, direitos ou situações jurídicas perfeitamente iguais resultam também de factos naturais, como por exemplo, a morte que confere aos herdeiros legítimos do falecido um direito subjectivo, uma situação jurídica idêntica à que lhes seria conferida pelo acto jurídico do testamento, se não fôssem herdeiros legítimos.

Finalmente, o sentido restritíssimo dos direitos subjectivos, como *direitos adquiridos,* em oposição a

(1) Duguit, *Traité,* pág. 3, 7, 8, 113, 114, 127, 199, 200; Dr. Fesas Vital, *Acto jurídico,* pág. 68 e 82.

simples esperanças de direitos, é indicado por alguns autores de grande autoridade, como Coviello e Simoncelli, mas parece-nos inaceitável, por ser demasiado restrito, pois confunde os direitos subjectivos com os direitos definitivamente realizados, excluindo assim muitos poderes jurídicos como, por exemplo, o direito de testar, de dispôr dos próprios bens em vida, o direito à legítima, e tantos outros, que entram evidentemente no conceito positivo do direito subjectivo (1).

49. **A crítica negativista dos direitos subjectivos.** — Depois da análise que temos feito dos diversos conceitos do direito subjectivo e dos vários sentidos desta expressão, vê-se bem como é destituída de fundamento a crítica negativista dos direitos subjectivos.

Foi sobretudo Duguit quem empreendeu a mais acerba crítica contra a concepção e existência do direito subjectivo, filiando, é certo, a sua doutrina no positivismo de Comte, que já escrevia na sua *Política Positiva:* «não pode haver verdadeiros direitos senão quando os poderes regulares emanam das vontades sobrenaturais; no estado positivo, que não admite título celeste, a idea de direito desaparece irrevogàvelmente (2).

Mas Duguit desenvolveu em todos os seus livros esta idea do fundador do positivismo, e na última edição do seu *Traité de Droit Constitutionnel,* todos os quatro primeiros capítulos, dos seis que formam o primeiro volume, estão impregnados, em muitas dezenas de páginas, desta idea, constantemente repetida, de que o direito subjectivo não existe, não passa de concepção puramente abstracta, de uma hipótese metafísica, que em nada corresponde à realidade da vida, e que é, por-

(1) Coviello, *Manuale,* pág. 21; Simoncelli, *Ist.,* pág. 39.
(2) Auguste Comte, *Politique Positive,* I, 361.

tanto, necessário eliminar definitivamente esta noção da sciência do direito.

Mas estas afirmações do escritor brilhante são sempre baseadas em qualquer dos dois erróneos conceitos do direito subjectivo, ou o conceito *naturalista* dos direitos inatos ou o *psicológico* do poder da vontade individual.

E assim é fácil a Duguit dizer a cada passo: «le droit subjectif est un pouvoir de volonté qui implique la subordination d'une volonté humaine à la volonté humaine de ce pouvoir; il est cela et ne peut être que cela; il est cela ou il n'est rien» (1).

Realmente, partindo desta concepção, é lógica a negação do direito subjectivo, visto que, no ponto de vista jurídico positivo da sciência moderna, as vontades humanas não podem deixar de se considerar iguais, não se compreendendo por isso fàcilmente a superioridade, a subordinação duma às outras vontades.

Mas precisamente o conceito que serve de base ou ponto de partida para a crítica de Duguit é tudo o que há de mais inconsistente, para não dizermos falso.

O direito subjectivo não é um poder da vontade humana, mas sim um poder da ordem jurídica conferido às pessoas para a realização dos seus legítimos interêsses.

Esta atribuïção do poder jurídico às pessoas titulares do interêsse serve também de motivo a Duguit e aos seus partidários para as suas críticas, dizendo que tal atribuïção só se pode fazer mediante uma pura ficção, que é a representação para os direitos reconhecidos aos incapazes, e a criação artificial das pessoas colectivas para os direitos atribuídos às corporações e fundações. Ora, dizem os negativistas, a sciência positiva do direito não pode, nem precisa, basear-se em construções de técnica artificial ou metafísica.

(1) Duguit, *Traité*, pág. 127 e passim.

Nós responderemos simplesmente que nem na representação dos incapazes, nem na creação das pessoas colectivas, há qualquer artifício ou ficção. Há, pelo contrário, pura e simplesmente, a verdadeira expressão técnica de realizar pràticamente um fim social e jurídico. É um processo realista, positivo, de organizar uma instituïção idónea para o exercício duma função social e jurídica.

Há indivíduos que, embora incapazes, teem interêsses legítimos perfeitamente iguais aos das pessoas capazes. Pois bem: o processo naturalmente indicado para proteger e defender êsses interêsses é encarregar alguém de os gerir como representante do sujeito a quem pertencem tais interêsses. Daí a instituïção do pátrio poder para os filhos menores, da tutela para os menores sem pais e para os dementes, e da curatela para os outros incapazes, como os surdos-mudos, os pródigos, os ausentes.

Constituem-se patrimónios destinados a um fim de interêsse comum ou geral, que não pertencem em propriedade particular aos sujeitos compreendidos na instituïção. Pois, do mesmo modo, o processo natural, e portanto realista e positivo, de realizar tais fins é organizar uma corporação ou entidade para a gerência do património colectivo e sua aplicação ao fim para que foi instituído. Nada mais simples, nada mais prático, e portanto mais conforme com a realidade da vida.

De resto, para se reconhecer até onde vão os exageros da doutrina negativista, basta notar que ela conduz necessàriamente à própria negação dos direitos das crianças e dos alienados.

Foi assim que Duguit, falando da protecção dos interêsses materiais e morais das crianças, no parágrafo intitulado «*l'infans et l'insensé ne sont pas sujets de droit*», não hesitou em escrever: «Cette protection existe réellement; mais elle ne constitue pas un droit pour l'insensé ou l'infans. Elle consiste en une

série de défenses qui sont adressées aux autres hommes de faire quoi que ce soit qui puisse léser les intérêts moraux ou matériels des individus privés de raison. Cela suffit pour assurer la protection de celui-ci, sans qu'on ait besoin d'maginer qu'il est un sujet de droit subjectif. Il ne l'est plus que l'animal domestique qui est protégé par la loi Grammont contre les mauvais traitements» (1).

É simplesmente inverosimil, para não dizer incrivel. A doutrina dêste parágrafo é suficiente para por si só condenar a crítica negativista.

50. **A nova técnica das situações jurídicas objectivas e subjectivas. Crítica.** Para substituir a tradicional distinção do direito objectivo e subjectivo, criaram os partidários da doutrina negativista dos direitos subjectivos a nova técnica dos poderes legais, constituindo duas espécies de situações jurídicas, as objectivas e as subjectivas.

A nova técnica tem como principais representantes Duguit e Jèze, e entre nós o Dr. Fesas Vital, que fez a exposição da sua doutrina no livro *Do acto jurídico* e uma aplicação dela, muito interessante, em um artigo sôbre a retroactividade da lei, publicado no Boletim da faculdade de Direito de Coimbra.

É, porém, na segunda edição da obra de Jèze, *Les principes généraux du Droit Administratif,* que se encontra a síntese mais completa da nova doutrina, que passamos a extratar.

Segundo Jèze, a análise jurídica conduz sempre o observador a verificar uma manifestação de vontade e a determinar os efeitos jurídicos produzidos por esta manifestação de vontade. E isto é verdade tanto para o direito público, como para o direito privado, que se ocupa exclusivamente e sempre das manifestações de vontade.

(1) Duguit, *Traité,* pág. 338. — No sentido da crítica negativista do direito subjectivo se manifestou também o Dr. Jaime Gouveia na sua Dissertação de doutoramento — *Construção jurídica da propriedade.*

Determinar a competência dum funcionário público ou a capacidade dum indivíduo, é dizer o que poderá juridicamente querer o funcionário ou o indivíduo, em que condições (de tempo, de lugar, de forma, etc.) deverá êle querer, para que a manifestação da sua vontade tenha um valor jurídico, isto é, para que a fôrça pública faça realizar, em caso de inexecução, os efeitos jurídicos pretendidos.

Em suma, o direito não é outra cousa senão uma regulamentação de competências. Aquilo que o indivíduo quer no círculo da sua competência é assegurado pelo direito, em caso de necessidade pelo emprêgo da fôrça.

A competência é o poder de querer um efeito jurídico; o exercício do poder de querer é a manifestação de vontade; a manifestação de vontade é o acto jurídico.

E, portanto, toda a essência do Direito reside no *acto jurídico*, que é a manifestação de vontade, no exercício dum poder legal, em vista de produzir um efeito de direito.

O acto jurídico presupõe sempre o poder jurídico. Exemplifiquemos.

Dizer que um indivíduo tem a *nacionalidade francesa* significa em direito que êste indivíduo tem o poder de querer certas cousas, de praticar certos actos jurídicos; e, por outro lado, quer dizer que outros indivíduos têm o poder de querer que o nacional francês faça certas prestações. É o que se compreende na expressão *direitos e obrigações* resultantes da nacionalidade francesa. O *status* de nacional francês é pois um conjunto de *poderes e deveres;* mas como um dever é sempre correlativo dum poder doutro indivíduo, a análise jurí-

dica termina sempre no poder de querer certos efeitos jurídicos, de praticar certos actos jurídicos.

Dizer que um indivíduo é *proprietário dum imóvel* determinado, significa que êsse indivíduo tem o poder de querer certas cousas ou praticar certos actos jurídicos em relação com êsse imóvel; mas, por outro lado, significa que outros indivíduos teem o poder de exigir do proprietário certas prestações ou de praticar certos actos jurídicos, em razão do mesmo imóvel. A propriedade sôbre uma cousa determinada é pois um conjunto de poderes e deveres, em relação com essa cousa; ou, mais simplesmente, um conjunto de poderes pró ou contra o proprietário; e o exercício dêstes poderes traduz-se por actos jurídicos, como vendas, arrendamentos, doações, acto criador da dívida da contribuïção predial, expropriação por utilidade pública, etc.

Dizer que um indivíduo é *juiz* significa que êste indivíduo tem, em certas condições, o poder de querer certas cousas, de manifestar a sua vontade em vista de produzir um efeito jurídico, ou seja, de praticar certos actos jurídicos; mas, por outro lado, significa também que outros indivíduos teem o poder de exigir do juiz certas prestações, a manifestação da sua vontade em vista de produzir um efeito jurídico: assim, o juiz, requerido nos termos da lei para conhecer duma acção judiciária, não pode recusar-se a julgar. A função de juiz é pois um conjunto de poderes de que êle está *investido*, ou que certos indivíduos teem *contra* êle; e o exercício dêstes poderes manifesta-se pelo acto jurídico do julgamento.

Ora os poderes de que estão investidos os indivíduos são de duas espécies: 1.° *gerais* ou *impessoais*; 2.° *individuais*.

Os primeiros são os que pertencem a todos os indivíduos que se encontram nas mesmas condições de facto. Exemplo: os poderes jurídicos relativos à propriedade duma casa são os mesmos, *qualquer que seja o proprietário*. Não há poderes de propriedade organizados para X, e outros diferentes organizados para Y. *O regimen jurídico da propriedade é o mesmo para todos os proprietários duma mesma categoria de cousas*. São pois poderes jurídicos *gerais, impessoais*; e as respectivas situações jurídicas são igualmente *gerais, impessoais, objectivas*. Do mesmo modo, todos os funcionários duma mesma categoria, como *juízes, prefeitos, maires*, teem poderes que são *gerais, impessoais, objectivos*.

Mas há poderes jurídicos cujo conteúdo é determinado por uma maneira particular para um certo indivíduo, e então não é a lei ou o regulamento que faz esta determinação, mas sim a manifestação de vontade dum funcionário público ou dum indivíduo particular. O poder jurídico é neste caso *individual, subjectivo*; e do mesmo modo a situação jurídica é *individual* e *subjectiva*.

Por exemplo: em virtude duma venda o comprador torna-se devedor do preço de 100.000 para com o devedor; a situação jurídica das duas partes é uma *situação particular, individual*. É o comprador X que é devedor da quantia de 100.000, pagável em tais e tais condições. O *conteúdo* do poder jurídico do vendedor Y contra X é *especial* para o caso particular de que se trata — dívida de 100.000; — êste conteúdo foi determinado pela manifestação de vontade das duas partes X e Y. A situação jurídica não é pois geral, impessoal, objectiva; ao contrário ela é *individual, particular, subjectiva*.

Do mesmo modo, em virtude duma condenação em multa proferida pelo juiz, o delinqüente X torna-se devedor ao Tesouro da quantia de 1.000, por exemplo; o conteúdo desta obrigação não é geral e impessoal; a situação jurídica é particular para X, é *pessoal, individual, subjectiva*.

Muitas vezes acontece que em virtude dum acto

jurídico, um indivíduo fica investido de *vários* poderes e mesmo deveres. Em tal caso não se deve dizer que êle está *numa* situação jurídica, pois que êle se encontra em *várias* situações; e pode acontecer que não sejam da mesma natureza, isto é, que umas sejam *gerais, impessoais, objectivas,* e outras *particulares, individuais, subjectivas.*

Por exemplo: em seguida a um acto de venda, o vendedor Y fica investido de vários poderes e deveres. Tem *poderes:* um crédito contra o comprador pelo pagamento do preço convencionado; e para a cobrança dêste crédito tem diversos poderes, como a acção, o poder de arrestar ou penhorar os bens do comprador, o poder de fazer rescindir (antes da entrega) a venda por falta de pagamento do preço, etc. E inversamente tem *deveres:* transferir a propriedade, entregar a cousa, garantir o comprador contra turbação de terceiro, etc. Cada um dêstes poderes, cada um dêstes deveres, constitui uma situação jurídica, que importa *considerar em si.* Não há só a situação jurídica do vendedor; há *as* situações jurídicas *múltiplas* em que êle se encontra. Assim, o poder de exigir o preço é uma situação jurídica *individual, subjectiva.* Ao contrário, os outros poderes do vendedor são situações jurídicas *gerais, impessoais, objectivas;* todo o vendedor tem estes poderes, que são *criados* e regulados *exclusivamente* e *impessoalmente* pela lei, e não pela vontade do vendedor e do comprador.

Não basta fazer a distinção das situações jurídicas em *gerais* e *individuais;* é preciso determinar o *critério* pelo qual elas se reconhecem.

a) *Caracteres essenciais das situações jurídicas objectivas.* São quatro êsses caracteres, e resultam como lógica conseqüência do mesmo carácter geral e impessoal destas situações: 1.º são *gerais e impessoais;* 2.º *permanentes;* 3.º *modificáveis pela lei;* 4.º *insusceptíveis de renúncia geral.*

1.º A situação jurídica creada pela *lei* ou pelo *regulamento* é a mesma para todos os indivíduos que se encontram nas mesmas condições de facto; é geral e impessoal, e por isso se diz também *legal* ou *regulamentar.* Por exemplo, o *poder eleitoral,* direito de voto ou de sufrágio; a *competência,* ou o conjunto de poderes e deveres, ou direitos e obrigações dos funcionários públicos.

2.º A situação jurídica geral e impessoal é *permanente,* porque os respectivos poderes e deveres não se extinguem com o seu exercício; existem *emquanto vigora a lei ou o regulamento que os organiza.* É o que acontece tanto com o poder eleitoral como com a competência.

3.º A situação jurídica geral, impessoal, legal ou regulamentar, *é modificável,* como a própria lei ou regulamento que a organiza.

4.º O poder jurídico geral, impessoal, legal, regulamentar, *objectivo,* não pode ser objecto duma *renúncia geral, absoluta.* Por exemplo, o eleitor não pode validamente renunciar, *dum modo geral,* absoluto, ao seu poder eleitoral. Um indivíduo não pode renunciar, *duma maneira geral,* ao direito de fazer vendas, locações, exercer o comércio, adquirir imóveis, etc., porque a lei é geral, aplica-se a todos, e não poderia depender dum indivíduo que uma lei lhe fôsse ou não aplicável, o que faria perder à lei o seu carácter de generalidade.

Há comtudo duas observações capitais a fazer, diz Jèze. A primeira é que, em princípio, o indivíduo investido dum poder legal pode *abster-se* de o exercer. Mas nem essa faculdade tem o funcionário público em relação aos poderes que são deveres, como a não tem o eleitor no sistema do voto obrigatório. A segunda é que, se a renúncia absoluta é ilícita, a *renúncia relativa, para certos casos particulares* é, em princípio, lícita. Assim um indivíduo não pode renunciar absolutamente ao

exercício do comércio, mas pode fazer uma renúncia relativa a um certo comércio em certo local.

b) Caracteres essenciais das situações jurídicas subjectivas. As situações jurídicas *individuais* ou subjectivas teem quatro caracteres essenciais, que são precisamente os opostos aos das situações gerais e impessoais: 1.º a situação subjectiva é *individual, particular;* 2.º é *temporária,* isto é, o poder desaparece logo que é exercido; 3.º é *insusceptível de ser modificada pelas leis* e regulamentos; 4.º é *renunciável.*

1.º É o caso do vendedor Y que tem o poder de reclamar do comprador X o preço de 100.000; o contribuinte X, que tem obrigação de pagar o imposto de 1.000; o condenado X em multa, que tem obrigação de entrar no Tesouro com a quantia de 1.000, etc. As duas espécies de situações jurídicas distinguem-se nitidamente. Como a lei e o regulamento só devem ser destinados a crear situações gerais e impessoais, segue-se que *nunca* a lei ou o regulamento dá origem a uma situação individual.

2.º O poder que tem o vendedor Y para reclamar o preço *desaparece* desde que o comprador X pagou, cessando assim o seu dever. Do mesmo modo a obrigação do contribuinte X *extinguiu-se* pelo pagamento.

3.º O conteúdo do poder jurídico individual *não pode ser mudado ou alterado* pela lei ou pelo regulamento; o legislador não pode decidir que o crédito de 100.000, do vendedor Y contra o comprador X, passará a ser de 50.000. Mas é necessário ter presente que no acto da compra e venda, além do poder jurídico individual do crédito, há também podêres gerais, como o da acção, da penhora, da acção de rescisão, etc. Ora, êstes podêres gerais podem ser modificados por lei, não só em relação aos créditos futuros, mas também para os *actuais.*

4.º O titular dum crédito pode *renunciar* ao poder de o reclamar, pode perdoar ao devedor. É o que se

chama também a remissão da dívida. Êste poder de renúncia do credor é evidente.

Finalmente, Jèze faz notar que na situação jurídica subjectiva ou individual não há sempre necessàriamente uma relação entre dois sujeitos, um *activo* e outro *passivo.* Se muitas vezes aparecem os dois sujeitos, como na venda, no emprestimo, etc., em muitos casos só aparece um dos dois. Por exemplo, no caso do contribuinte X, que tem de pagar 1.000 de imposto, onde está o sujeito *activo?* Não é evidentemente o agente público encarregado da cobrança. Do mesmo modo em todos os casos em que um indivíduo é devedor duma quantia que deve entrar em *cofre público,* ou credor duma quantia a receber por um *cofre público.* Em qualquer dêsses casos não se pode dizer que um dos sujeitos seja o Estado, o departamento (província), ou a comuna (município), pois que a *personalidade moral* de tais entidades não passa duma ficção, tendo por objecto crear um sujeito activo ou passivo onde na realidade nenhum existe. Ora para Mr. Jèze, a teoria das pessoas morais é um dogma, uma religião em que êle não acredita. O direito deve ser uma sciência dos factos e não uma colecção de sonhos e imagens. É necessário deixar as ficções e as imagens para os poetas (1).

Para completo conhecimento da nova técnica das situações jurídicas, é necessário coordena-las com os actos jurídicos que as determinam ou criam, pois que, segundo a moderna escola, situações jurídicas, isto é, poderes e deveres legais, só de actos jurídicos podem resultar.

Por outro lado, actos jurídicos, para a moderna doutrina, são apenas as manifestações de vontade de indivíduos (governantes, agentes públicos ou simples particulares) no exercício dum poder legal e em vista

(1) Gaston Jèze, *Les Principes Généraux de Droit Administratif,* pág. 7-16.

de produzir um efeito de direito. Êste efeito de direito pode ser: *crear* uma situação jurídica; *investir* um indivíduo numa situação jurídica já criada ou *retira-lo* dessa situação jurídica; *reconhecer, verificar ou certificar (constatar)* uma situação jurídica pre-existente.

E assim, tomando por base o próprio conteúdo dos actos jurídicos, vê-se que êles se reduzem a alguma das quatro seguintes espécies:

1.° actos *creadores* de situação jurídica *geral, impessoal* (actos *legislativos,* compreendendo os *regulamentares*);

2.° actos *creadores* de situação jurídica *individual* (*actos jurídicos pròpriamente ditos* ou *stricto sensu,* declarações de vontade *unilaterais* ou *contratuais*);

3.° actos que teem o efeito de *investir* um indivíduo numa situação jurídica geral, num status legal, ou de o retirar dela (*actos-condição*, assim denominados, porque são a condição de aplicação a um indivíduo dum *status,* isto é, de uma situação jurídica geral, ou dum poder legal);

4.° actos que teem apenas o efeito de *reconhecer, verificar* ou *certificar (constater)* uma situação jurídica *geral,* ou uma situação jurídica *individual,* ou *um facto (actos jurisdicionais*, ou sejam, os actos do juiz no exercício das suas funções).

É necessário pôr bem em relêvo os elementos essenciais de cada uma das categorias de actos jurídicos. Mas antes de mais nada é preciso acentuar dois princípios comuns a todos êles: 1.° todo o acto jurídico é *sempre* uma manifestação de vontade dos indivíduos; 2.° e só é acto jurídico o *exercício dum poder legal.*

Isto não quer dizer que os *factos* ou *actos materiais* ou *extra-voluntários*, ou as manifestações de vontade que não sejam o exercício dum poder legal, não tenham importância jurídica, pois, com efeito, há factos materiais e actos ilícitos que determinam conseqüências jurídicas; mas tais factos ou actos-não são actos jurídicos.

São elementos essenciais do *acto jurídico:* 1.° uma manifestação de vontade; 2.° o exercício dum poder legal. Logo, a falta de qualquer dêles, importa a *inexistência* do acto jurídico. Se existem os dois elementos, mas algum dêles é irregularmente expresso ou exercido, o acto jurídico existe, mas é *irregular.* É assim que na terminologia do direito público se distingue entre *úsurpação de poder*, acto praticado sem poder legal, e *excesso do poder*, acto praticado no *exercício irregular* dum poder legal.

Vejamos quais são os caracteres essenciais das diferentes espécies de actos jurídicos, seguindo sempre a doutrina de Jèze.

a) *Acto legislativo.* Os actos jurídicos distinguem-se uns dos outros pelo seu *conteúdo*, isto é, pelo *efeito jurídico* pretendido pelo autor do acto.

O acto *legislativo* ou *regulamentar* reconhece-se no facto de *organizar* ou *criar* uma situação jurídica *geral, impessoal, objectiva; cria, organiza* um poder jurídico *geral, impessoal, objectivo;* contém essencialmente uma regra de direito, uma norma jurídica. Numa palavra, é uma *lei.* E pouco importam a qualidade do autor do acto, as formas ou o processo da sua realização.

É por isso que não há diferença de *natureza jurídica* entre a lei pròpriamente dita, os *decretos-leis,* quer sejam os *decretos ditatoriais* ou *com fôrça de lei*, os *decretos regulamentares*, e os simples *regulamentos, portarias, posturas, instruções* ou *circulares*, desde que sejam ordens de carácter geral emanadas no exercício dum poder legal.

b) *Acto jurídico stricto sensu.* Os actos criadores de situações jurídicas individuais, como a venda, a doação, o empréstimo, a condenação em multa, a lista nominativa de imposto directo (entre nós *matriz* da contribuição), etc., reconhecem-se pelo seu *conteúdo jurídico*, pelo efeito produzido pela manifestação do

autor do acto, quaisquer que sejam a qualidade do autor ou as formas do acto.

Os actos criadores de situações jurídicas individuais classificam-se: 1.° manifestações *unilaterais* de vontade, como a condenação em multa e a matriz da contribuïção predial; 2.° manifestações *bilaterais* de vontade ou *contratos*, como venda, empréstimo, etc.

Os actos unilaterais e os contratos teem o mesmo conteúdo, a mesma natureza jurídica; só diferem pela autoria e pela forma. No acto unilateral, o efeito jurídico é produzido pela manifestação de vontade dum só indivíduo, ou de vários, mas dirigindo-se no mesmo sentido, querendo todos o mesmo efeito jurídico. No acto bilateral ou contratual, o efeito jurídico é produzido pelas manifestações de vontade de dois ou mais indivíduos querendo efeitos jurídicos diversos, sendo as suas vontades determinadas uma pela outra. Assim, por exemplo, na venda, o vendedor quer receber o preço, e o comprador quer adquirir a cousa.

É necessário distinguir do *contrato* o *acôrdo de vontades não criador de situações jurídicas individuais*, como por exemplo, a *lei pròpriamente dita*, na organização legislativa dos Estados modernos, o *julgamento* proferido por tribunal colectivo, e até mesmo o *casamento*, porque êste acto não cria uma situação jurídica individual.

É preciso ainda ir mais longe: nem todo o acôrdo de vontades criador de situação jurídica individual é um contrato. Por exemplo: a decisão dum tribunal colectivo condenando em multa o delinqüente. É que o contrato supõe um elemento específico: as vontades concordantes devem emanar de indivíduos que se proponham efeitos jurídicos distintos. É o que se traduz muito bem na expressão «manifestação *bilateral* de vontades», muito mais explícita que o termo *contrato*.

Em suma: *todo o contrato é um acôrdo de vontades; m nem todo oes acôrdo de vontades é um contrato.*

E deve notar-se que a natureza do acto criador de situação jurídica individual não é modificada pela *qualidade* do autor. Assim o Parlamento pratica um acto jurídico *stricto sensu*, e não *um acto legislativo*, quando vota uma pensão individual, ou quando aprova um convénio financeiro com uma companhia. Atendendo à *forma*, diz-se que estes actos são leis, mas no rigor da técnica não são (1).

c) *Acto-condição.* Os actos-condição, isto é, as manifestações de vontade que teem por objecto investir ou colocar um indivíduo numa situação jurídica geral e impessoal, ou conferir-lhe o exercício regular dum poder legal, designam-se assim, porque são, com efeito, a *condição sine qua non* do ingresso dum indivíduo num certo status legal ou regulamentar.

Tais são, por exemplo, o decreto de naturalização dum estrangeiro, a decisão dum tribunal declarando a falência dum comerciante, a interdição dum demente ou dum pródigo, ou decretando o divórcio ou a separação de pessoas e bens, ou condenando um criminoso na pena de prisão, de degredo, etc.

É necessário distinguir o *acto-condição* do acto *criador* de situação jurídica individual. O ponto de semelhança é que o acto visa um caso individual. Mas é fácil distinguir os dois actos atendendo ao seu conteúdo jurídico. No acto-condição não se cria uma situação jurídica individual; a situação *existe já*, e além disso, em vez de ser individual, é *geral e impessoal*, já se encontra criada e regulada na respectiva lei ou regulamento.

A natureza jurídica do *acto-condição* é independente da qualidade do autor do acto e da forma dêste.

Assim, o Parlamento faz um *acto-condição*, quando

(1) Qnando muito poderemos dizer que são leis *formais*, em oposição às *leis materiais*, ou leis pròpriamente ditas.

declara a utilidade pública de qualquer serviço ou trabalho como preliminar da expropriação por utilidade pública, ou quando vota a lei anual de fixação e autorização das despesas e receitas do Estado *(orçamento)*.

Atendendo à forma dêstes actos, diz-se geralmente: *«lei declarativa de utilidade pública, lei orçamental»*. São expressões inexactas, pois que pelo seu conteúdo estes actos não são legislativos; são actos-condição.

A *forma* do acto é indiferente: umas vezes o acto é *unilateral*, outras é *bilateral*; ora é a manifestação de vontade *dum só* indivíduo, ora é um *acôrdo de vontades*.

O próprio contrato de venda é, em certo ponto de vista, um *acto-condição* bilateral.

A venda é um *acto-criador* de situação jurídica individual, mas é também um *acto-condição*. É que o fim visado pelos contraentes, vendedor e comprador, não é um fim único. Há vários efeitos jurídicos pretendidos pelas partes: 1.º criação de numerosas situações jurídicas *individuais*: obrigação de pagar o preço, obrigação de fazer a entrega da cousa vendida; 2.º aplicação a um indivíduo de numerosas situações jurídicas *gerais impessoais*: aplicação do *status legal* de proprietário ao comprador, aplicação ao vendedor do *status legal* de credor *privilegiado*, de titular da acção judiciária, etc., etc.

A venda é pois, para certos efeitos, um *acto jurídico stricto sensu*, e para outros, um *acto jurídico condição*. E o mesmo é de dizer para a maior parte dos actos creadores de situações jurídicas individuais, que são ao mesmo tempo actos-condição.

d) *Acto jurisdicional*. O acto jurisdicional é a manifestação de vontade, no exercício dum poder legal, que tem por objecto verificar ou certificar (*constater*) uma *situação jurídica* (geral ou individual) ou *factos*. A essência do acto jurisdicional é uma verificação (*constatation*) de situação jurídica ou de factos.

Mas nem toda a *constatação* é um acto de jurisdição. Só é *jurisdicional* a *constatação* que *tem fôrça de verdade legal — Res judicata pro veritate habetur*.

É o legislador quem decide *discrecionàriamente* que, em certos casos, a constatação feita por um certo indivíduo tem fôrça de verdade legal. Depende pois *exclusivamente* do legislador que uma dada constatação seja ou não um acto jurisdicional.

E pouco importa o *autor* do acto. Um juiz, também na esfera da sua competência, pratica actos que não são de jurisdição, mas sim actos criadores de situação jurídica individual e actos-condição, como são os actos chamados de jurisdição graciosa, medidas conservatórias, providências *ad litem*, etc. E, por outro lado, há agentes públicos que não teem *ordinàriamente* a missão de julgar, mas que *excepcionalmente* praticam actos de jurisdição, como é o Senado em França quando funciona como Supremo Tribunal de Justiça (*Haute Cour de Justice*).

E também pouco importam as formas do acto, como o *debate contraditório* e a *publicidade*. O que caracteriza o acto é a sua *essência*.

A maior parte das vezes ao acto de jurisdição propriamente dito acresce uma decisão, uma manifestação de vontade, de natureza jurídica diferente. É que o julgamento, ou antes o que em geral se chama o julgamento, não é um acto jurídico único, mas um conjunto de actos jurídicos.

Consideremos, por exemplo, o papel do juiz na acção do vendedor pedindo a condenação do comprador ao pagamento de 100.000. O papel do juiz é constatar *com fôrça de verdade legal* a situação jurídica individual do crédito de 100.000. Mas não pára aí o papel do juiz. O juiz é *ordinàriamente* encarregado de deduzir da constatação que fez uma ou mais conseqüências lógicas. Quando condena o comprador a pagar o preço, não faz senão formular uma dessas conseqüências — a

principal delas. Mas não é a única. Outra conseqüência é que os agentes da fôrça pública devem intervir para fazer realizar a situação jurídica constatada pelo juiz, no caso de inexecução pelo devedor. É, pois, necessária uma *ordem dirigida aos agentes* para executarem a condenação. Ora esta ordem, apesar de conseqüência lógica da constatação, não é em França dada pelo juiz, mas sim pelo Presidente da república. Isto prova que a decisão de condenação e a ordem de execução são actos distintos do acto jurídico da constatação; que não é essencial na função do juiz a prática de actos que são conseqüências lógicas da constatação. A única cousa *essencial* é a *constatação com fôrça de verdade legal.*

Consideremos ainda, continua Jèze, o processo criminal. É julgado um crime em audiência geral (Cour d'assises), isto é, pelo *júri* e pelos *juízes* (Cour).

Aqui encontramos nìtidamente separados os diferentes actos jurídicos. O júri faz a *constatação com fôrça de verdade legal.* Mas é o tribunal que pratica o outro acto jurídico — *a condenação.* Aqui é evidente a demonstração de que são actos jurídicos distintos a *constatação* e a *decisão* de condenação (1).

Resumida a doutrina da nova técnica das situações jurídicas objectivas e subjectivas, tal como ela é exposta pelo seu principal propagandista, vejamos qual é o seu mérito scientífico e jurídico prático.

(1) A êste respeito há profunda divergência entre Jèze e Duguit, pois êste considera como elemento essencial o acto jurídico da *decisão.* Com êste conceito concorda o Dr. Fesas Vital, afastando-se, porém, de Duguit e concordando com Jèze em que a *característica essencial* do acto de jurisdição *é a fôrça de verdade legal* atribuída pelo legislador à constatação. Cfr. Jèze, pág. 32 e seg.; Dr. Fesas Vital, pág. 155 e seg.

Parece-nos que é sem dúvida Duguit quem está na verdade. Precisamente os exemplos apresentados por Jèze o demonstram. Em qualquer dos dois julgamentos referidos, o civil e o criminal, não só a condenação é elemento essencial do acto de jurisdição, mas é ela que constitui o julgamento pròpriamente dito. E tanto assim é que, muitas vezes, apesar-de a verificação dos factos (constatação) ser no sentido da condenação, o juiz tem de proferir uma sentença absolutoria, em virtude de outros factos ou motivos de direito que se opõem à condenação.

A fôrça de verdade legal atribuída a uma verificação de certos factos não é característica essencial da função jurisdicional. Há muitos factos a cuja constatação oficial a lei atribui a fôrça de verdade legal e que nem por isso são de jurisdição. É o que acontece, por exemplo, com a apreciação feita pelo júri tanto nos exames de Estado como nos exames académicos.

Parece-nos que não é muito relevante, para não dizermos nulo.

A construção do edifício jurídico é de uma aparência arquitectónica sedutora; mas os alicerces são de areia, a base não tem fundamento sólido, e a abóbada não tem consistência.

O postulado fundamental, que faz assentar todo o edifício em actos da vontade individual, em manifestações de vontade de indivíduos, governantes, agentes públicos ou simples particulares, não é uma verdade jurídica, porque é contrária à própria essência do direito, como norma que se impõe necessàriamente às vontades individuais.

Na multiplicidade infinita das manifestações ou situações da vida jurídica impera mais a necessidade, a fôrça das circunstâncias, a própria natureza das cousas, do que a vontade dos homens.

A própria lei, que só impròpriamente se chama a vontade do legislador, que é a base de toda a ordem jurídica, *o acto legislativo*, como se exprime Jèze, não é positivamente o produto ou a expressão da vontade dos indivíduos que exercem o poder legislativo. Mas é antes a resultante forçada, necessária, dum complexo sistema de fôrças, dum conjunto de circunstâncias que se impõem irresistìvelmente à inteligência e à determinação dos governantes.

É um facto de observação freqüente que muitas vezes os parlamentos são forçados pela fôrça das circuns-

tâncias a votar leis contra a vontade dos indivíduos que os compõem.

Não é verdade que a lei, ou o acto legislativo, que outra cousa não é senão a expressão formal da ordem jurídica, seja o elemento ou a fôrça *criadora* das situações jurídicas gerais e impessoais.

A lei não é mais do que a fórmula pela qual a inteligência do homem exprime a maneira de disciplinar a vontade dos indivíduos, em ordem a uma conveniente organização e regulamentação das relações sociais necessárias, que são precisamente as situações jurídicas.

E se da base da construção do edifício jurídico passarmos à sua cúpula, que é a sanção ou a realização efectiva da ordem jurídica pelo exercício da função jurisdicional do Estado, ainda mais evidentemente a análise jurídica nos revela a inexistência do poder da vontade.

O acto jurídico característico da missão do juiz não é, não pode ser, um acto da vontade. Mas é antes um acto de necessidade, que se impõe forçadamente à sua inteligência, obrigando-o a aplicar inexoravelmente o preceito da lei, ainda mesmo contra a sua vontade.

É interessante que Jèze faz bem a verdadeira distinção entre *a manifestação de vontade* e a *manifestação de inteligência*, dizendo que a manifestação da vontade é sempre uma manifestação de inteligência, mas que a recíproca não é verdadeira. Não faz, porém, a verdadeira aplicação desta doutrina à análise jurídica. Se a fizesse, teria de concluir que os dois pólos extremos da ordem jurídica — a lei e a função jurisdicional — não são manifestações da vontade, mas sim manifestações e aplicações necessárias da inteligência.

A lei é a expressão da norma reguladora das necessidades sociais. E o juiz não deve ser senão o instrumento executor da lei na sua aplicação aos casos concretos da vida jurídica.

Se do aspecto puramente scientífico da doutrina passarmos à análise concreta da técnica, ainda mais visível se mostra a sua imperfeição.

A análise das duas espécies de situações jurídicas e das quatro espécies de actos jurídicos seria assunto bastante para um volumoso trabalho. Não é pois aqui o seu lugar oportuno, e por isso temos de limitar a nossa observação a alguns casos bem nítidos da improcedência da técnica no campo do direito civil.

Em primeiro lugar, não é verdade que os actos jurídicos, como manifestações de vontade, sejam a única e exclusiva fonte criadora de situações jurídicas subjectivas.

A verdade é que também certos factos naturais ou extravoluntários originam situações jurídicas.

Por exemplo, o facto material do dano ou prejuízo causado a um indivíduo por outro constitui êste na obrigação (situação subjectiva) de indemnizar aquele pelo valor atribuído ao dano. Os partidários da técnica contestam esta afirmação, dizendo que o crédito ou direito da indemnização não existe pelo simples facto material causador do prejuízo, mas apenas surge ou nasce com a manifestação de vontade da vítima quando se resolve a reclamar a indemnização, no exercício do poder legal que a lei lhe confere para a exigir.

É manifesta a inconsistência da técnica. Pois, se a lei confere êsse poder de reclamar a indemnização, é porque o crédito ou direito da indemnização já existe desde o momento em que foi praticado o dano. E tanto assim é que o direito à indemnização nem mesmo é exclusivamente pessoal da vítima, podendo ser reclamado pelos seus herdeiros, se a vítima falecer antes de ter manifestado a sua vontade de o reclamar (cód. civ. art. 2366.º).

Por outro lado, há situações jurídicas duma altíssima importância na vida civil, perfeitamente definidas e reguladas na doutrina clássica dos direitos subjectivos, mas que na técnica das situações jurídicas consideradas

como efeito de actos de manifestação de vontade individual não teem explicação plausível ou interpretação definida.

Consideremos, por exemplo, a situação do filho ilegítimo antes de perfilhado, que na linguagem jurídica se chama simplesmente filho natural.

Segundo a técnica êste filho não tem uma situação jurídica de família em relação ao pai, visto que nenhum acto jurídico de reconhecimento, quer pelo pai, quer pelo juiz, declarou ainda a sua situação de filho.

Ora isto é positivamente a negação manifesta da realidade jurídica, pois que o filho natural, que se encontrar nas condições legais de poder reclamar o reconhecimento da sua filiação, tem incontestàvelmente um direito de família reconhecido e garantido pela lei que é o de fazer declarar a sua situação de filho de seu pai, com a garantia dos respectivos direitos ao nome, alimentos e de sucessão no património paterno.

Mas consideremos ainda a sua situação jurídica depois de perfilhado ou reconhecido.

A perfilhação pode ser feita: ou voluntàriamente, por acto do pai, ou judicialmente, por sentença do juiz competente.

Se é feita voluntàriamente, a técnica diz que se trata dum acto-condição.

Mas se é feita judicialmente, ou há-de dizer-se que se trata dum acto jurisdicional, e daí a incoerência dum acto que tem sempre o mesmo conteúdo, ou os mesmos efeitos, ser qualificado em duas categorias diferentes; ou então, para salvar a harmonia, e esta será provàvelmente a orientação dos partidários da técnica, dir-se há que a perfilhação judicial, não é acto jurisdicional, mas sim acto-condição.

Pretender, porém, excluir da categoria do acto ou função jurisdicional o julgamento da acção de investigação de paternidade ilegítima seria decididamente a auto-condenação da técnica.

Seria interminável a série dos casos em que a nova doutrina se mostra insuficiente para explicar os factos da vida jurídica. E por isso concluímos que, pelo menos no campo do direito civil, tal doutrina não é aceitável.

51. **Elementos constitutivos do direito subjectivo: interêsse, sujeito, poder, garantia ou acção.** O direito subjectivo significa precisamente o que se chama poder legal, e abrange, portanto, todas as situações jurídicas, tanto as denominadas objectivas como as subjectivas.

E da análise do conceito do direito sujectivo resultam os quatro elementos: *interêsse, sujeito, poder, garantia ou acção.*

a) *Interêsse.* A utilidade real, isto é, o interêsse, constitue o elemento material ou o conteúdo objectivo do direito. A realização dos interêsses necessários é o fim do direito. Por isso êste protege não só os interêsses ou necessidades materiais, mas também os de carácter intelectual ou moral. Mas nem todos os interêsses são garantidos pela lei.

Determinar as diferentes utilidades que a ordem jurídica deve elevar à categoria do direito subjectivo é função da vontade colectiva expressa nas leis, muito variável no tempo e no espaço, conforme o grau de civilização e as condições de vida de cada povo.

Dum modo geral só pode dizer-se que a tutela jurídica apenas protege os fins que correspondem a necessidades humanas verdadeiras e sérias, como tais reconhecidas pela sociedade juridicamente organizada, e não quaisquer interêsses ou desejos que os indivíduos arbitràriamente pretendam só para fins particulares.

Daí a distinção entre *direito* e *interêsse*, que tem uma grande importância no direito administrativo. Há muitos deveres, que a ordem jurídica põe a cargo das administrações públicas em proveito dos cidadãos, mas estabelecidos mais em vista duma utilidade geral

que da utilidade individual. Sem dúvida que os cidadãos teem um legítimo interêsse no cumprimento de tais deveres; mas porque as normas respectivas não teem um fim individual, o cidadão como particular não tem a garantia da acção para coagir a administração, e não é, por conseqüência, sujeito dum direito.

E esta distinção alguma importância tem no direito privado, onde, em regra, apenas se trata de *direitos*, mas onde há também algumas figuras jurídicas de simples *interêsses*. E o que se verifica, por exemplo, na situação jurídica do crédor de dívida de jôgo, nos termos do art. 1542.° do código civil (1).

b) *Sujeito*. Todo o direito pertence a um sujeito, que é o seu titular, senhor ou dono, proprietário, no sentido mais geral desta palavra.

Mas êste princípio não deve ser tomado em sentido absoluto, porque, se é certo que normalmente não pode haver direito sem sujeito, também é verdade que às vezes falta momentâneamente o sujeito, ou porque havia um que desapareceu, ou porque o direito surge sem direito actual, mas na esperança provável de vir a tê-lo.

Casos típicos de direitos sem sujeito actual eram no direito romano os do cidadão que caía prisioneiro do inimigo, pois perdia, além da capacidade civil, todos os direitos de que estava investido: as suas relações jurídicas não se extinguiam, porém; eram-lhe reservadas, conservando-se num estado de pendência, para o caso de êle voltar à pátria (*jus postliminii*), extinguindo-se definitivamente, se morresse no cativeiro. No direito moderno o caso duma disposição testamentária a

(1) Outros exemplos encontram-se, segundo Chironi e Abello, *Trattato*, pág. 129, em alguns institutos de direito familiar, como relações entre os cônjuges, pátrio poder; e Coviello, *Manuale*, pág. 20, figura o caso de reparação do dano, que não é concedida quando alguém tenha sido privado duma vantagem de facto, que não formava conteúdo dum direito e não constituia por isso uma vantagem jurídica, embora quem dela gosava tivesse interêsse em conserva-la.

favor de nascituros (art. 1777.° do cód. civ.), e a dum título ao portador abandonado ou perdido pelo seu possuídor e ainda não apropriado por outrem. E tanto no direito romano como no moderno direito o caso da herança jacente.

Êste estado de pendência ou suspensão, em que um direito existe sem um sujeito, nada tem de ilógico ou de contraditório com o conceito do direito subjectivo. Justificado pela utilidade reconhecida como oportuna pela ordem jurídica, explica-se perfeitamente, como ensinava Ihering, pela distinção dum duplo aspecto do direito subjectivo: um lado e um efeito activo, isto é, a pertença duma faculdade ao titular, e um lado, um efeito passivo, que consiste no vínculo que domina a cousa ou subordina a pessoa, a que o direito se refere. Não pode o primeiro aspecto conceber-se sem um sujeito, pois que êle se identifica com a figura jurídica do titular; mas bem pode conceber-se isoladamente o segundo, como vínculo objectivo na espectativa dum sujeito futuro.

E bem se explica também a existência temporária dum direito sem sujeito, pelo duplo aspecto em que nós considerámos o direito subjectivo: no seu estado *estático* ou *potêncial* e no seu estado *dinâmico* ou *juncional*.

O sujeito natural do direito é o homem, ou seja a pessoa física. Por isso no código Hermogeniano se dizia: *Cum igitur, hominum causa omne jus constitutum sit, primo de personarum statu dicemus*. E banida a distinção entre homens livres e escravos, todos os indivíduos são sujeitos de direitos, todos teem personalidade ou capacidade jurídica.

Mas nem só ao homem individualmente considerado é reconhecida a qualidade jurídica de pessoa ou sujeito de direitos.

Muitas vezes um fim social não pode ser realizado com as fôrças dum só indivíduo, tornando-se necessária a reünião de dois ou mais e a constituïção dum

património especialmente destinado à sua consecução. E para isso se formam organismos ou entes mais ou menos complexos que, para realizar o seu fim social, carecem de desenvolver uma actividade idêntica à das pessoas naturais ou físicas, sendo como estas vivificadas por uma vontade consciente, e por conseqüência, dotadas duma correspondente individualidade ou personalidade jurídica.

Assim se constituem as chamadas pessoas colectivas, cujo atributo de capacidade jurídica, em vez de ser uma ficção ou pura creação artificial da lei, é, pelo contrário, uma resultante da própria necessidade ou natureza das cousas, traduzindo uma verdadeira expressão da realidade da vida social.

Segundo uma distinção tradicional, todas as várias figuras de colectividades assim organizadas se podem reduzir a dois tipos fundamentais.

Ou existe com efeito uma organização de pessoas, reünidas para a realização dum fim comum e funcionando como um *todo* ou unidade orgânica, de tal modo que o conjunto se distingue nitidamente dos singulares membros que o compõem, com uma vontade que é diversa da vontade dos membros e não é a simples soma das suas vontades individuais, mas é a sua resultante psicológica; é o que os romanos chamavam *corpus, collegium* ou *societas*, que na linguagem escolástica se chamava *universitas personarum*, e no direito moderno se denomina *corporação*.

Ou começa por existir um complexo de bens, um património, destinado por um ou mais indivíduos a um fim de utilidade social, como o tratamento de enfermos, a assistência aos pobres, às crianças ou aos velhos, o culto da religião, o desenvolvimento da instrução, etc., instituindo-se para êsse fim uma administração adequada, e temos então o que os romanos chamavam *piae causae*, os escolásticos *universitas bonorum*, e no direito moderno se denomina *fundação*.

O tipo mais perfeito, a mais elevada categoria de pessoas colectivas é o Estado, em cuja estrutura estão integradas as categorias semelhantes e subordinadas das diversas corporações administrativas territoriais (*instituições* ou *entes autárticos*), como a província ou departamento, a comuna ou município, e a paróquia ou freguezia. E na organização complexa do Estado ou das suas fracções orgânicas se integram também todas as fundações e corporações institucionais de utilidade pública dotadas de personalidade jurídica. Dentro do Estado, mas ao lado dos indivíduos, e semelhantes a êstes, vivem ainda as associações ou corporações de interêsse particular, que. pròpriamente se denominam *sociedades*, dotadas igualmente duma individualidade jurídica distinta da dos associados (cod. civ. art. 32.º e seg.; cod. com. art. 13.º e 108.º).

c) *Poder ou faculdade.* A vida do direito subjectivo, ou seja a realização do interêsse, exige que êste seja provido duma fôrça potencial de movimento, isto é, que a pessoa sujeito do direito o possa utilizar ou exercer. É por isso que o *poder* ou *faculdade* de realização do interêsse, de consecução do fim, é um elemento essencial do direito subjectivo.

É só neste sentido que se pode dizer que o direito subjectivo é um poder de querer, um domínio ou soberania da vontade.

E não pode tratar-se, é claro, duma vontade abstracta, mas sim duma vontade concreta, com um conteúdo determinado em harmonia com o próprio conteúdo da norma jurídica ou direito objectivo. Nem se pode pensar, portanto, numa vontade do indivíduo completamente separada e distinta da vontade geral, pois que, como o direito objectivo é a vontade geral, isto é, o acôrdo das vontades particulares, que precisamente dá forma à norma jurídica, o direito subjectivo tem de ser uma parte integrante da vontade geral. Por outras palavras: quando surge o interêsse a que o direito

objectivo quere dar protecção, e são determinadas as condições do interêsse sob as quais o direito objectivo lhe concede a tutela, a norma abstracta concretiza-se e dá vida a um poder ou a uma faculdade do indivíduo titular do interêsse, que assim se torna titular do direito subjectivo.

O conteúdo dêsse poder ou faculdade é determinado pelo próprio conceito do direito objectivo.

Se o direito objectivo manda, dum modo geral, fazer ou não fazer alguma cousa, o direito subjectivo concretiza-se no poder que tem cada um de querer e proceder em conformidade com a norma jurídica, poder que só assim é tutelado e protegido pelo direito. Mas isto não quere dizer que haja sempre necessàriamente um querer efectivo. Pode de facto faltar a vontade, como acontece com os incapazes, e faltar do modo mais absoluto, quando a vontade inexistente do incapaz não pode ser suprida pela vontade dum representante, por faltar uma qualquer representação. Precisamente porque se não exige um querer efectivo, também os incapazes podem ser titulares ou sujeitos de direitos. E assim se explica do mesmo modo como podem possuir direitos aqueles que ignoram tê-los. É que a vontade do direito subjectivo não é só a vontade autónoma do indivíduo titular, mas é principal e essencialmente a vontade da ordem jurídica (1).

d) *Garantia ou acção*. Finalmente, para que o poder de realização dos interêsses pessoais constitua um direito subjectivo é necessário que tenha carácter obrigatório ou jurídico, isto é, que seja eficazmente assegurado pela fôrça coactiva do direito objectivo.

Essa garantia é precisamente o que se chama a *acção*, no seu sentido mais geral, isto é: a fôrça inerente ao direito subjectivo, em virtude da qual o interessado

(1) Ruggiero, *Ist.*, pág. 190 e seg.

pode reclamar dos órgãos jurisdicionais competentes do Estado o seu respeito em caso de ameaça, e a sua reparação em caso de ofensa ou violação.

Na vida do direito, diz Simoncelli, a paz é a regra, pois que o direito se realiza normalmente pelo cumprimento expontâneo dos deveres. Quando é violado ou ameaçado, sobrevém a crise; é o momento da defesa. O poder jurídico do direito subjectivo desenvolve-se normalmente no gôzo pacífico daquilo que constitui o seu conteúdo; mas quando o gôzo é impedido (violação) ou ameaçado, surge o interêsse da defesa jurídica.

Quando o direito dá ao seu titular a pretensão de constranger outrem a respeitá-lo, diz-se que o direito gera a acção, o direito dá acção, ter direito significa ter acção, e vice-versa.

Êste conceito, que identifica a acção com o direito subjectivo, é o que se encontra expresso nos arts. 13.°, 2536.° e 2537.° do nosso código civil, segundo os quais a lei, ao mesmo tempo que reconhece um direito, confere as acções necessárias para que o interessado o faça valer em juízo, isto é, pela intervenção do tribunal ou órgão jurisdicional competente.

A acção é, pois, o poder de pôr em movimento a função jurisdicional e a fôrça do Estado para fazer valer o interêsse. E daí a conhecida definição do direito subjectivo, como *interêsse garantido por acção*, para exprimir que a acção é a verdadeira pedra de toque dos direitos subjectivos, e que só assumem esta figura jurídica os interêsses aos quais o Estado concede uma acção para os fazer valer em juízo.

Mas não se deve confundir a acção com o próprio direito.

Todo o direito contém a acção *em potência;* compreende-a hipotèticamente, isto é, para o caso que surja o interêsse da defesa jurídica, que deve chamar-se o interêsse de accionar, ou *interêsse judiciário*, para o distinguir do interêsse que forma o conteúdo do

direito subjectivo; êste tem sempre lugar e desenvolve-se normalmente mesmo na vida expontânea do direito, enquanto que aquele só surge quando a satisfação dêste é impedida ou ameaçada.

Por isso quando se fala de *acção*, diz-se alguma cousa mais do que o simples direito: diz-se *direito* mais o *interêsse judiciário* de o fazer valer. Neste sentido, direito e acção exprimem conceitos diferentes, e por isso alguns autores teem pretendido sustentar que a acção é em si mesma um direito independente. (1)

Esta distinção entre o direito e acção explica a fórmula tradicional usada nos actos e contratos de transferência de bens, como vendas, doações, testamentos, etc., dizendo-se muitas vezes que se transfere ou cede o *direito* e *acção*.

Mas a verdade é que a distinção não pode ir até ao ponto de se separar a acção do direito, pois como vimos, a acção é em todo o caso um elemento ou uma qualidade intrínseca do próprio direito, e portanto, é manifesto que o direito contém em si mesmo a acção.

Quando muito poderá dizer-se que, além da acção como garantia do direito, há também a acção como direito público subjectivo ou direito abstracto de accionar (supra, n.º 17).

52. **Direito subjectivo e situações jurídicas similares: personalidade, capacidade, faculdade, espectativa e pretensão.** — Determinado o conceito e os elementos do direito subjectivo, é oportuno confrontá-lo com as figuras jurídicas similares. Já vimos como êle se distingue do interêsse jurídico e da acção judiciária. Vejamos agora como se distingue das outras figuras jurídicas com que por vezes se confunde.

Do facto jurídico ou princípio fundamental da personalidade resulta para o homem um conjunto de poderes ou faculdades, que lhe não podem ser negados ou retirados sem se destruír o próprio princípio da personalidade. São os poderes que se chamaram *direitos inatos*, e que a escola do direito natural concebeu como preexistentes ao seu reconhecimento pelo Estado, declarando-os porisso *absolutos* e *imprescritíveis*; êsses poderes promanam, é certo, da própria natureza humana e social do seu sujeito, mas a verdadeira fonte da sua existência encontra-se no Estado, isto é, na sociedade juridicamente organizada.

(1) Simoncelli, *Ist.*, pág. 41 e 42.

São sempre *direitos essenciais* da pessoa um conjunto de liberdades garantidas ao homem pelo direito objectivo, liberdades de pensamento e de acção, liberdades civis ou políticas, sem as quais, em maior ou menor escala, se não concebe a existência duma sociedade. O indivíduo é assistido dum sistema de garantias pessoais, como o direito à liberdade, à integridade, à vida, à honra, que constituem o conceito da personalidade, e porisso muitas vezes se designam pela expressão «*direito de personalidade*».

Mas nem por isso se pode dizer, no rigor da técnica jurídica, que a *personalidade* é um direito subjectivo precisamente porque ela é o presupôsto necessário de todos os direitos subjectivos. O que poderia dizer-se é que a personalidade é a síntese *máxima* dos direitos subjectivos.

E também não é de rigor dizer-se que a capacidade jurídica constitue um direito subjectivo, pela mesma razão de ser uma condição ou presupôsto essencial dos direitos subjectivos. Como já sabemos, o conceito da capacidade jurídica geral ou abstracta identifica-se com o da personalidade, em harmonia com a exacta doutrina da segunda parte do art. 1.º do código civil.

Alguns autores, como Coviello, vão ainda muito mais longe na distinção entre o direito subjectivo e a capacidade jurídica, dizendo que êle se distingue das

qualidades jurídicas, como a capacidade de direito ou de proceder (agire) em geral, a capacidade de administrar ou de dispôr, de contratar, de doar ou fazer testamento, não sendo terminologia própria o falar-se dum direito de contratar ou de fazer testamento, de adquirir, de vender, de doar, etc. Segundo esta doutrina, as qualidades jurídicas não são outra cousa senão aptidões naturais do homem reconhecidas pelo direito objectivo: constituem um estado de facto, mas não um poder de agir, uma actividade, que é uma das características do direito subjectivo. São pois presupostos do direito, mas não direitos (1).

Com esta doutrina não concordamos. É confundir a capacidade geral ou abstracta, isto é, *a capacidade de gôzo de direitos* com a *capacidade concreta* ou de *exercício* dos direitos.

As *qualidades jurídicas*, consideradas como manifestações concretas de capacidade jurídica, isto é, como situações jurídicas do indivíduo, que lhe permitem pôr em movimento os seus direitos, constituem em si mesmo direitos subjectivos, sendo perfeitamente correcto dizer-se «*direito de contratar*», «*direito de fazer testamento*», «*direito de dispôr dos seus bens*», etc., porque na verdade êstes poderes jurídicos reconhecidos aos indivíduos capazes constituem verdadeiros direitos subjectivos, não lhes faltando a garantia da acção judiciária.

Emprega-se muitas vezes a expressão «*faculdade jurídica*», quer para significar o mesmo que *direito*, quer para exprimir conceitos muito diversos.

Pondo de lado, diz Coviello, os significados mais ou menos inexactos e absurdos atribuídos a tal expressão, consideremos os dois mais plausíveis geralmente empregados.

(1) Coviello, *Manuale*, pág. 19.

Alguns chamam faculdade jurídica à abstracta potencialidade de ter ou adquirir direitos; outros consideram faculdades jurídicas as conseqüências dum direito, constituindo o seu natural conteúdo e os seus vários modos de manifestação.

Ora a faculdade jurídica no primeiro sentido difere certamente do direito, sendo o seu necessário presuposto, e não é outra coisa senão a capacidade jurídica.

No segundo sentido, diz Coviello, a diferença é mais teórica do que prática: praticamente chamam-se direitos aqueles poderes que, em rigor, formando o conteúdo dum direito, poderiam chamar-se faculdades; mas teòricamente há diferença, e esta consiste em que um direito, mesmo quando acessório dum outro direito, como o penhor ou a hipoteca, tem uma vida própria, e é regulado por normas próprias e diversas das que regulam o direito principal; emquanto que as faculdades não têm senão a mesma vida do direito do qual formam parte integrante, não têm existência por si ou vida autónoma. Assim, o direito da personalidade humana importa o direito à integridade do corpo, à honra, às várias liberdades civis, etc.; o direito de propriedade contém o de gozar e dispôr das próprias cousas, e de gozar e dispôr delas pelos modos diversos permitidos pela lei; e o mesmo é de dizer para os outros direitos, como os do pátrio poder, da autoridade marital, etc.

Ora todos êstes poderes que dizemos direitos, para nos conformarmos com a linguagem comum, não tendo uma existência autónoma, pois não pode conceber-se um direito à vida independente do direito da personalidade, ou um direito de dispôr independente do direito de propriedade, não são outra coisa senão *faculdades jurídicas*, ou seja, o conteúdo dum direito, manifestações ou aplicações dêste.

E assim, dada esta distinção, conclue-se que é inexacto conceber alguns direitos, especialmente o de

propriedade, como direitos complexos, como um conjunto de vários direitos.

Isto seria exacto, se as várias faculdades, consideradas como parcelas dum direito que é a sua soma, fôssem com efeito direitos por si mesmos, independentes, preexistentes, ao menos lògicamente, em relação ao direito que delas resultaria. Mas se, pelo contrário, elas não têm vida própria, e não podem conceber-se anteriores ao direito de que são o conteúdo, é claro que o direito de propriedade, como o direito de personalidade, e todos os direitos em geral (porque todos em grau maior ou menor têm várias faculdades por conteúdo) não são uma soma, mas sim uma unidade: só é exacto dizer que o direito, único em si, tem uma variedade maior ou menor de manifestações. (1)

Não nos parece que esta doutrina traduza a realidade da vida jurídica. Basta observar o que se passa com o direito de propriedade. Tanto é verdade ser êle um direito complexo, constituído por diversos direitos fraccionários, que muitas vezes se desdobra, pertencendo parte a um indivíduo e parte a outro.

É o que se dá, por exemplo, quando um indivíduo deixa o usufruto dum prédio a uma pessoa e a propriedade a outra. Emquanto dura o usufruto, é o usufrutuário quem tem o direito de gozar ou fruir o prédio, e o proprietário o direito de dispôr dêle, no sentido de o alienar, doar, hipotecar, etc..

E assim consideramos proferível a técnica do nosso código civil, que nos arts. 2169.º e 2170.º considera o direito de propriedade como um direito composto de diversos direitos elementares, especiais ou fraccionários —direito de fruïção, direito de transformação, direito de exclusão e defesa, direito de restituïção e indemnização, direito de alienação.

(1) Coviello, *Manuale*, pág. 20 e 21.

Os diversos poderes ou faculdades, que formam o conteúdo dum direito, devem, pois, considerar-se como outros tantos direitos subjectivos.

Outra distinção, que fazem muitos autores, é entre *o direito* e a *expectativa de direito*.

Assim, diz Coviello, para que haja direito é necessário que se tenha realizado um *facto* adquisitivo. Mas quando o facto principiou a realizar-se e não está ainda concluído, isto é, quando o facto adquisitivo consta de vários elementos que se realizam necessàriamente em tempos diferentes, e só um ou alguns deles se realizaram, o direito não existe ainda, mas é uma simples expectativa, ou seja a esperança, fundada sôbre o elemento de facto já realizado, de que o facto jurídico possa completar-se e fazer nascer o direito. Em geral, as expectativas de direito não são tuteladas pela lei, precisamente porque não são ainda direito. Mas há casos em que a lei tutela, mais ou menos eficazmente, também a expectativa, na previsão da eventualidade de se tornar direito. Assim o código civil admite que os presumidos herdeiros do ausente requeiram a declaração de ausência. Assim também não se pode por doação dispor de modo a prejudicar a porção de património reservada pela lei a certos herdeiros (1).

Esta distinção entre *direito* e *expectativa de direito*, nos termos em que foi formulada por Coviello, não nos parece aceitável, pois confunde no mesmo conceito *o direito, o direito subjectivo* e *o direito adquirido*, o que, de resto, expressamente afirma quando expõe e aprecia a teoria dos direitos adquiridos (2).

Ora a verdade é que as chamadas *expectativas* de direito contrapõem-se aos direitos qualificados como *adquiridos*, e não a quaisquer situações jurídicas que,

(1) Coviello, *Manuale*, pág. 21 e 22.
(2) Coviello, *Manuale*, pág. 101.

embora não confiram um direito definitivamente constituído, não deixam todavia de conter um poder jurídico de interêsse, e portanto um direito subjectivo.

Na doutrina dos *direitos adquiridos*, esta categoria jurídica é uma *espécie* do *género* «direito subjectivo», contrapondo-se às outras espécies do mesmo género, que são as simples *faculdades jurídicas* e *expectativas* que constituam já um direito.

E esta doutrina fàcilmente se verifica nos mesmos exemplos apresentados por Coviello.

Assim o poder, que a lei confere aos herdeiros presumidos do ausente, de requerer a declaração judicial da ausência, para o efeito de lhes ser dada a posse dos seus bens, não constituindo um direito adquirido sôbre êsses bens, mas uma simples expectativa, não deixa em todo o caso de ser um verdadeiro direito, pois é um poder jurídico sôbre os mesmos bens, que lhe é garantido por uma acção judiciária.

Do mesmo modo, a faculdade que teem os herdeiros legitimários de fazer anular ou reduzir judicialmente a doação que haja prejudicado a sua porção legitimária, não constituindo um direito definitivamente estabelecido senão à morte do doador, não deixa entretanto de ser um poder jurídico relativo aos bens do doador, devidamente garantido pela lei, e por conseqüência, um verdadeiro direito subjectivo.

Finalmente, muitos autores, sobretudo na Alemanha, distinguem do direito subjectivo a *pretensão* (Anspruch).

Não nos parece porém, diz Coviello, que possa e deva distinguir-se o direito da *pretesa*, que alguns denominam *ragione*, não só porque na doutrina alemã, que propugna tal distinção, não se encontra nítida e uniformemente determinado o conceito da *pretensão*, mas ainda porque, tomando em conta o que nas diversas opiniões é comum e fundamental, não se obtem um conceito bem distinto do direito subjectivo. Com efeito, pela palavra «pretensão» designa-se geralmente a direcção ou incidência (*indirizzo*) do direito sôbre a pessoa obrigada a respeita-lo. Mas é evidente que esta direcção, ou se considera abstractamente, e no estado potencial, e então não é senão o que alguns escritores italianos denominam a *exigência de respeito*, a qual para quem como nós define o *direito subjectivo* como *poder*, constitue a própria essência do direito, pois que, se êste é poder garantido pela lei, não pode ao mesmo tempo deixar de ser exigência de respeito para todas as outras pessoas; ou se considera em concreto, isto é, como exigência natural dum respeito para quem desconheceu ou violou o direito, e então é o próprio direito que manifesta a sua eficácia coactiva, passando da condição que se poderia dizer *estática* para aquela que poderia em contraposição chamar-se *dinâmica*.

Se a eficácia coactiva em concreto se pode realizar por via judiciária, como acontece com os direitos privados, a direcção do direito contra a pessoa que o violou ou desconheceu toma o nome especial de *acção*. Dêste modo, se bem se atende mais à substância das cousas do que à diversidade das palavras, direito subjectivo, pretensão e acção não teem conceitos distintos, mas são antes três aspectos diversos em que um único e mesmo conceito pode ser considerado (1).

Parece-nos contudo que os três conceitos não podem confundir-se. De facto a pretensão só aparece quando o direito é ameaçado ou violado; e ainda então ela pode manifestar-se e ser satisfeita sem ter de se chegar ao recurso extremo da acção.

53. **Dever jurídico ou obrigação.** — Da análise do conceito do direito subjectivo e dos seus elementos estruturais ou componentes resulta clara e necessàriamente que a todo o direito duma pessoa corresponde, para

(1) Coviello, *Manuale*, pág. 22 e 23.

uma outra, ou muitas outras pessoas, a necessidade de o respeitar, isto é, de se sujeitar ao poder jurídico que constitui o seu conteúdo, praticando ou abstendo-se de praticar os factos impostos ou proïbidos pela ordem jurídica que no direito se contém. É precisamente o que se chama o *dever jurídico* ou *obrigação*, e que o nósso código civil define no art. 2.º, como a necessidade moral, em contraposição a necessidade física, de praticar ou de não praticar certos factos.

Se o direito é um poder ou faculdade de proceder em vista duma vantagem ou dum interêsse garantido pela lei, é evidente que deve corresponder-lhe nas outras pessoas a obrigação de respeitar aquela actividade, e intervir, no caso de falta do devido respeito, a garantia da autoridade social.

O dever jurídico ou *obrigação* é, pois, o complemento necessário, a contrapartida ou o reverso do direito subjectivo, e a sua característica essencial, como do próprio direito objectivo é a coercibilidade.

O poder dos indivíduos, que pela norma jurídica é garantido, pode ser considerado sob dois aspectos ou funções. Ou abstractamente e isoladamente, como poder de fazer ou de não fazer; ou concretamente, em relação a algum ou a todos os outros homens, como pretensão ou faculdade de exigir um certo comportamento, uma acção ou uma abstenção, ou seja duma ou mais pessoas determinadas e particularmente obrigadas para com o titular do direito, ou seja de todas as outras pessoas.

E a recíproca é igualmente verdadeira: a toda a obrigação ou dever jurídico corresponde necessàriamente um direito subjectivo. Se a ordem jurídica obriga o depositário a restituir a cousa depositada (cód. civ. art. 1435.º, n.º 2.º), e proïbe o proprietário duma fonte de desviar o curso das águas em prejuízo dos proprietários inferiores ou dos indivíduos duma povoação que dela se abastece (cód. civ. arts. 447.º e 449.º), é porque

o titular do direito correlativo tem a faculdade de exigir do sujeito da obrigação a prática dum facto, que no caso é a restituïção da cousa, ou uma omissão, que no caso é o não desvio do curso das águas; se a ordem jurídica proïbe as ofensas ao direito de propriedade, é porque o titular do direito tem a faculdade de exigir de todos os outros que o não perturbem no exercício do seu direito de propriedade.

A obrigação, portanto, ou é universal e negativa, emquanto consiste no dever de abster-se de todo e qualquer acto que perturbe ou impeça o exercício da faculdade que pertence ao titular do direito; ou é particular, isto é, dum só ou de muitos, e pode ser positiva ou negativa, emquanto só certas e determinadas pessoas são obrigadas para com o titular do direito a praticar alguns factos ou a abster-se de praticar outros.

Direito e dever jurídico ou obrigação são, portanto, situações jurídicas concomitantes e conjugadas: a todo o direito corresponde um dever, como a todo o dever corresponde um direito; um e outro não são senão aspectos opostos do mesmo fenómeno, e surgem por isso a um tempo inseparàvelmente, de modo que é inútil e destituída de fundamento a investigação destinada a verificar se a faculdade surge primeiro que o dever, ou o dever antes da faculdade (1).

Não é, pois, de aceitar a doutrina dos autores que admitem, como Coviello, a existência de deveres jurídicos a que não corresponde um direito (2).

O dever, como o direito, supõe um sujeito dotado de vontade e actividade; uma cousa não pode considerar-se como sujeito de obrigações, e só em sentido impróprio se pode falar de cousa obrigada, como quando se diz que o património do devedor está obrigado ao pagamento das dívidas.

(1) Ruggiero, *Ist.*, pág. 191 e 192.
(2) Coviello, *Manuale*, pág 23.

E o dever tem por sujeito uma pessoa diversa da que é sujeito do direito. Se às vezes se verifica que a mesma pessoa, que tem direito de praticar um determinado facto, tem também o dever de o praticar, como acontece na maior parte dos direitos públicos e em alguns direitos de família, é porque em tais casos o exercício do direito não é só no interêsse próprio, mas também, e por vezes principalmente, no interêsse de outrem, que tem por isso um direito correlativo daquele dever. Mas isto não significa que o direito e o dever correlativo residam na mesma pessoa; nesta encontra-se um direito e mais um dever que lhe é conjunto.

Outras diferenças entre direito e dever resultam lògicamente da sua oposta natureza, sendo o direito *poder ou faculdade*, e o dever, pelo contrário, *necessidade*. Por isso, enquanto cada um pode renunciar ao próprio direito, ninguém pode livrar-se por si do cumprimento do dever; enquanto que os direitos de conteúdo patrimonial podem em regra transferir-se para outrem, não pode quem está obrigado substituir-se por uma outra pessoa na obrigação, sem o consentimento do interessado; enquanto que é válido o acto jurídico em que se faz depender a adquisição dum direito da vontade do interessado, é nulo aquele em que se faz depender a existência da obrigação da mera vontade do devedor (1).

54. **Classificação dos direitos subjectivos.** — Os direitos subjectivos estão naturalmente subordinados à mesma divisão do direito objectivo (direitos públicos, administrativos, penais, eclesiásticos, judiciários, civis e comerciais).

Mas, para o nosso estudo, o que importa é a divisão geral em *públicos* ou *políticos* e *privados* ou *civis*.

(1) Coviello, *Manuale*, pág. 23 e 24.

A dificuldade em precisar os termos desta divisão é precisamente a mesma que se dá na distinção clássica dos dois ramos do direito objectivo.

Os escritores caracterizam-nos por diversos modos.

Uns entendem por direitos *públicos* ou *políticos* os que fazem participar o indivíduo no govêrno do seu país, como o direito de voto, de ser jurado, de exercer uma função pública, etc.; estes direitos não pertencem a todos os indivíduos, mas pertencem a todos os que se encontrarem nas condições de os exercer, nos termos das leis políticas e administrativas.

Alguns autores reservam o qualificativo de *políticos* para os tradicionais *jus suffragii* e *jus honorum*, enquanto que os direitos públicos são multiformes e de índole muito variada (direito de cobrança dos impostos, direito dos empregados à promoção, à inamovibilidade, direitos cívicos, etc.) e pertencem tanto ao direito constitucional como ao direito administrativo (1).

Os direitos *privados* ou *civis* são os que constituem a esfera de actividade garantida ao indivíduo; ao contrário dos primeiros, pertencem a toda a gente, porque a existência do indivíduo só é possível com a garantia de certos direitos indispensáveis, direitos de fazer respeitar a sua pessoa, a sua liberdade, de comprar, de vender, de ser proprietário, etc.

É que um homem pode viver sem direitos políticos, mas não sem direitos civis (2).

Esta distinção tem o inconveniente de considerar como privados certos direitos, que são essencialmente públicos, como os direitos fundamentais da personalidade humana, o direito de existência e o de liberdade.

Por isso os próprios representantes da divisão admitem na classificação dos direitos civis um grupo

(1) Coviello, *Manuale*, pág. 24.
(2) Capitant, pág 76.

à parte, a que dão o nome de *direitos públicos*, resultando assim a contradição de admitir direitos privados públicos.

Outros escritores distinguem os direitos públicos e privados pelo critério do seu sujeito, conforme pertencem ao Estado ou a qualquer dos seus órgãos, incluindo o indivíduo, considerados no seu modo de ser político, ou a qualquer destas entidades considerada como particular.

É o que Chironi e Abello exprimem por esta forma: «o *direito público* exprime o poder do associado como tal, e o *privado* o poder do associado como *indivíduo*, que procura o seu interêsse particular» (1).

Esta distinção é a que corresponde à do direito objectivo em público e privado, nos termos em que a definimos.

Só tem o inconveniente prático resultante de ser por vezes difícil decidir quando é que o sujeito do direito funciona como órgão do Estado, e quando como simples particular.

Não faltam autores, sôbretudo na Alemanha, a sustentar que os direitos subjectivos públicos não podem pertencer a outro sujeito que não seja o Estado, negando assim a existência de direitos públicos individuais. Assim, por exemplo, o direito de eleitorado pertencente ao cidadão não seria um direito subjectivo, porque direitos não pode ter o cidadão contra o Estado, o qual como ente político soberano dita aos súbditos as suas normas, impõe obrigações e limitações, mas não as suporta.

Mas, como justamente observa Ruggiero, êste conceito deve ser repelido como uma exageração do da soberania do Estado, pois não pode contestar-se que quando o cidadão exerce uma faculdade como membro

(1) Chironi e Abello, pág. 113.

da sociedade, para a realização dum fim que não é do seu interêsse particular, mas do interêsse geral de todos, e portanto do Estado como representante de todo social, essa faculdade, desde que é garantida pela ordem jurídica, ascende à dignidade dum verdadeiro e próprio direito subjectivo. (1)

55. **Classificações puramente formais ou empíricas dos direitos subjectivos.** — Encontram-se nos escritores várias divisões dos direitos subjectivos, fundadas em critérios meramente formais ou empíricos, que apesar de não terem grande importância scientífica ou prática, importa contudo conhecer e ter presentes, porque são em todo o caso elementos mais ou menos valiosos da técnica jurídica.

a) Direitos geradores e sancionadores. Como já vimos (supra n.º 17), esta divisão dos direitos corresponde à distinção entre o *direito* e a *acção*, e à divisão do direito objectivo em *substantivo* e *adjectivo*. Denominam-se *geradores* os direitos que a lei reconhece e determina em primeiro lugar, e *sancionadores* os que teem por objectivo ou fim fazer valer os primeiros.

b) Direitos afirmativos e negativos. Dizem-se *afirmativos* os direitos que autorizam o respectivo titular a uma acção positiva, ou seja, a praticar certos actos; e *negativos* os que permitem ao sujeito omitir ou deixar de fazer qualquer cousa, que seria obrigado a fazer, se prescindisse dêsse direito. (2)

c) Direitos principais e acessórios. Dizem-se *acessórios* aqueles direitos que servem para reforçar ou aumentar outros direitos, que porisso se dizem *principais*. É o que se dá, por exemplo, com o

(1) Ruggiero, *Ist.*, pág. 201.
(2) Chironi e Abello, pág. 115.

penhor e com a hipoteca, em relação ao crédito por êstes meios garantido, ou com a servidão estabelecida num prédio a favor de outro. Esta categoria de direitos estabelece uma relação de dependência. Mas, diz Coviello, a índole e o alcance de tal dependência, não sendo iguais para cada um dos diversos direitos acessórios, mas variando de caso para caso, não se pode lògicamente deduzir conseqüências gerais do carácter acessório dum direito; e porisso a distinção resulta pràticamente inútil (1).

Entretanto é certo que, pelo menos, uma conseqüência resulta como regra geral: é que a transmissão ou extinção do direito principal importa a transmissão ou extinção do direito acessório.

d) Direitos transmissíveis e intransmissíveis. Esta distinção funda-se no facto de o direito poder ou não ser transferido do titular a quem pertence para um outro sujeito.

Em geral os direitos subjectivos privados podem ser transferidos duma para outra pessoa, pelos diferentes modos de adquisição determinados pelo direito objectivo, e que são vários conforme a diversa natureza intrínseca do direito a transmitir.

A transferência ou transmissão dum direito consiste precisamente na sua passagem do domínio duma para o de outra pessoa, e pode realizar-se só em relação a certos e determinados direitos, ou em relação à totalidade dos direitos duma pessoa, como na sucessão por morte. Mas nem todos os direitos são susceptíveis de transmissão: há alguns em tão íntima conexão com a pessoa do seu titular, que não podem passar para outra pessoa, e por isso se dizem *pessoalíssimos* ou simplesmente *pessoais*. São, em primeiro lugar, os direitos públicos e os que constituem o próprio conteúdo da

(1) Coviello, *Manuale*, pág. 29.

personalidade, como o direito à vida, à honra, ao nome, aos títulos nobiliárquicos ou scientíficos; em segundo lugar, os direitos que constituem o *status* familiar, como o direito a alimentos, o poder paternal, marital, e o de tutela ou curatela sôbre os incapazes; e finalmente, certos direitos que, embora de carácter patrimonial, estão indissoluvelmente ligados à pessoa do sujeito, como o usufruto, o uso e a habitação, e que por isso se extinguem com a pessoa do seu titular. (1)

e) Direitos absolutos e relativos. Antes de mais nada é de notar, como diz Coviello, a impropriedade da expressão, pois que, em sentido próprio, não há direitos absolutos, todos os direitos são relativos. O direito é sempre uma relação de uma pessoa para com outra, e é sempre um poder limitado pela coexistência de outros direitos iguais.

Diz-se porém que há direitos absolutos, no sentido de direitos que teem uma eficácia universal, isto é, contra todos, quando todas as pessoas, menos o próprio sujeito do direito, são obrigadas a respeitá-los; emquanto que direitos relativos são aqueles que teem apenas uma eficácia particular, limitada a certas e determinadas pessoas, sôbre quem impende a respectiva obrigação. Aos primeiros corresponde sempre uma obrigação universal e negativa—*neminem laedere;* aos segundos corresponde uma obrigação particular ou pessoal, e positiva ou negativa conforme o conteúdo especial da prestação a que estão obrigadas as pessoas vinculadas na relação jurídica.

A característica dos primeiros é que a obrigação correlativa impende sôbre toda a gente e consiste em nada fazer que perturbe a existência e o exercício do direito; uma lesão do direito pode provir de quem quer que entre os terceiros por qualquer modo o ofenda. É

(1) Ruggiero, *Ist.*, pág. 200.

por isso a respectiva acção de reintegração do direito ou indemnização do dano causado tem lugar, em abstracto, contra todos os terceiros, e, em concreto, contra aquele que de facto ofendeu o direito. A característica dos segundos é que a obrigação correlativa impende apenas sôbre as pessoas particularmente vinculadas a uma certa prestação, isto é, a dar, a fazer ou não fazer alguma coisa, de onde resulta que a ofensa do direito só é possível por parte das pessoas particularmente obrigadas, e portanto, a direcção ou incidência da respectiva acção está originàriamente fixada desde o momento em que se constituiu a relação jurídica.

Direitos absolutos são, pois, os direitos constitutivos da personalidade, e dum modo geral, os direitos que a pessoa exerce directamente sôbre as coisas sujeitas ao seu domínio, que se denominam direitos reais.

Direitos relativos são os chamados direitos de crédito ou de obrigação, e também se denominaram *pessoais* por consistirem no vínculo obrigatório, em virtude do qual certas e determinadas pessoas se encontram sujeitas para com outras ao dever duma certa prestação.

Mas profunda divergência existe nos autores sôbre a qualificação a dar aos direitos familiares, pois emquanto uns, como Ruggiero, os colocam entre os absolutos, e outros, como Coviello, os consideram como relativos, entendem outros que teem ao mesmo tempo natureza absoluta e relativa. (1)

Ora, a verdade é que todos os direitos teem um carácter absoluto, no sentido de que a toda a gente se impõe a obrigação de não perturbar as relações jurídicas dos outros.

A característica atribuída aos direitos de crédito não significa que para êstes não exista também um dever geral negativo de não os perturbar, nem mesmo que a respeito dêles não exista a possibilidade de turbação por parte dos terceiros. Pode, com efeito, o meu devedor ser impedido por um terceiro de me pagar as dívidas, ou ser por um terceiro destruída a coisa que êle me deve; e contra semelhante lesão a lei estabelece a respectiva acção protectora. Mas o que aqui se protege, diz Ruggiero, não é a relação de crédito; é antes um outro direito que é absoluto, e vem a ser, o direito de propriedade que sôbre a coisa tem o meu devedor, no segundo caso, e no primeiro caso o direito que eu tenho à integridade do meu património, do qual faz parte o meu direito de crédito. (1)

(1) Ruggiero, *Ist.*, pág. 199; Coviello, *Manuale*, pág. 29.

A distinção é tão subtil que, na verdade, é melhor concluir que todos os direitos são absolutos.

E querendo manter-se a distinção, a respeito dos direitos de família, terá de concluir-se que uns são relativos e que outros são absolutos.

f) Outras distinções. Os chamados direitos potestativos. Outras distinções menos importantes ainda se encontram nos autores, como, por exemplo: direitos *divisíveis* e *indivisíveis*, *presentes* e *futuros*, *originários* e *derivados*. A primeira distinção corresponde à divisão das obrigações em divisíves e indivisíveis, e será oportunamente examinada.

A distinção em presentes e futuros não tem importância, pois emquanto um direito não existe, pode ser uma esperança mais ou menos fundada, mais ou menos provável, mas não é um direito.

A distinção dos direitos em originários e derivados ou adquiridos, é feita por critérios e com significados diversos. Assim Ruggiero considera *originários* os que advêm ao titular, independentemente duma sua actividade destinada a adquiri-los; e *derivados* os que adquiriú por efeito e conseqüência dum facto por êle praticado. (2)

(1) Ruggiero, *Ist.*, loc. cit.
(2) Ruggiero, *Ist.*, pág. 199.

Não se vê bem o alcance desta distinção. Mas dos termos em que está formulada tem de concluir-se que, por exemplo, o direito de sucessão dum herdeiro será originário ou derivado, conforme êle não haja ou haja aceitado a herança. Se assim é, tanto basta para não dever aceitar-se tal distinção.

Mais compreensível é a distinção dos direitos em originários e adquiridos, tal como se encontra nos arts. 4.º, 359.º, 2382.º e seg. do nosso código civil, entendendo-se por direitos *originários* os que resultam da própria natureza do homem e são a fonte ou origem de todos os outros, e *adquiridos* os que resultam de qualquer facto, próprio ou alheio, que segundo a lei é capaz de os produzir.

Ás categorias tradicionais de direitos subjectivos teem alguns autores modernos acrescentado uma nova categoria — a dos chamados *direitos potestativos* (*Rechte des rechtlichen Könnens*). São os direitos que tem uma pessoa de influir com a sua declaração de vontade na condição jurídica doutra pessoa, sem o concurso da vontade desta, ou fazendo cessar um estado jurídico existente, ou produzindo um novo efeito jurídico. São os direitos de produzir outros direitos. Como exemplos indicam-se: 1.º o direito de pedir a anulação, a revogação ou a rescisão dum acto jurídico, de pedir a separação pessoal entre os cônjuges, o direito de pedir a divisão da coisa comum, o direito de resgate, etc.; 2.º o direito de pedir a colocação de marcos, a comunhão de muro e parede meia, a passagem ou aqueduto forçado, e semelhantes; e segundo alguns, 3.º o direito de testar, o direito de aceitar ou repudiar uma herança, de ocupar as cousas sem dono, etc. As características de tais direitos são duas: a primeira é que o direito consiste sempre no poder de declarar a própria vontade com o fim de obter um efeito jurídico, a segunda é que falta um correspondente dever em outra pessoa. Com efeito, quando a vontade declarada produz por si, ou com o

concurso da declaração judicial, os seus efeitos para com outra pessoa, permanece sempre extranha a vontade desta; se esta não pode evitar o efeito jurídico, nada tem que fazer para o produzir e sòmente se encontra num estado de sujeição.

Com Coviello entendemos que não é de aceitar a nova categoria de direitos subjectivos. Em primeiro lugar, porque não se pode falar de direito a que não corresponde um dever, positivo ou negativo, genérico ou específico; qualquer que seja o conceito do direito subjectivo, implica sempre uma relação do sujeito com outra ou outras pessoas sôbre quem recái a necessidade do seu respeito, ou seja, o dever jurídico. Em segundo lugar os chamados direitos potestativos ou não são direitos, ou se o são, não são direitos existentes por si mesmos, ou, se são autónomos, em nada diferem de todos os outros (1).

56. **Classificação legal dos direitos civis. Direitos originários e adquiridos. Caracteres dos direitos originários.** — O nosso código, fazendo a classificação dos direitos civis, tomando por base a origem ou título em que os mesmos se fundam, dividiu-os em *originários* e *adquiridos*.

Á doutrina fundamental desta divisão encontra-se no art. 4.º:

«Êstes direitos e obrigações derivam:

1.º *Da própria natureza do homem;*

2.º *De facto e vontade própria, independentemente da cooperação de outrem;*

(1) Coviello, *Manuale*, pág. 30. Entre os defensores da categoria dos direitos potestativos estão: Zitelmann, *Internationalen Privatrecht*, I, pág. 140, II, pág. 20 e 32; Chiovenda, *L'azione nel sistema dei diritti*, pág. 106 e seg.; *Principii di diritto processuale civile*, pág. 35 e seg.; Messina, *Su' cosidetti diritti potestativi, in Studii in honore di Fadda*, VI. *Contra*: Galante, *Riv. critica di Dir. e Giurispr.*, I, n.º 3; Simoncelli, *Lezioni di diritto Giudiziario*, pág. 226 e seg.; Mortara, *Commentario*, IV, pág. 34 e seg. Rocco, *Sentenza Civile*, n.º 38.

3.º *De facto e vontade própria e de outrem conjuntamente;*

4.º *De mero facto e vontade de outrem;*

5.º *Da mera disposição da lei».*

Em harmonia com êstes princípios, que são de carácter doutrinal, e por isso não teem lugar próprio numa lei positiva, o código trata na segunda parte *(Da aquisição dos direitos)* dos direitos *originários* e dos que se *adquirem* pelos diferentes modos ou títulos mencionados no art. 4.º.

Os direitos originários são definidos pelo art. 359.º: *«Dizem-se direitos originários os que resultam da própria natureza do homem, e que a lei civil reconhece e protege como fonte e origem de todos os outros.»*

Não define o código expressamente o que sejam *direitos adquiridos;* mas resulta claramente da sua doutrina que são *os resultantes dum facto praticado pelo sujeito dêles ou por um terceiro.*

Vê-se, pois, que o autor do código, nesta matéria, não fez mais do que reproduzir a velha distinção dos direitos, segundo a escola do direito natural, em *absolutos, primitivos, naturais* ou *originários* e *relativos, derivados, secundários, condicionais, hipotéticos* ou *adquiridos.*

Esta distinção dos direitos pode dizer-se hoje completamente abandonada pela sciência jurídica, porque a verdade é que não há direitos originários; todos são adquiridos, porque todos resultam de facto e vontade dos homens.

Os chamados direitos originários não são uma simples e necessária resultante da natureza humana, mas sim do facto da constituïção e vida da sociedade. E tanto assim é que nem sempre foram reconhecidos e garantidos *(escravatura).*

Neste ponto a escola histórica venceu de vez a escola do direito natural.

Considerando, porém, não só aceitável, mas até indispensável para firmar em bases sólidas toda a ordem jurídica, a distinção dos direitos *originários* ou *naturais* e *adquiridos* ou *condicionais*, no sentido de que há direitos tão fundamentais e essenciais à personalidade humana, que sem êles nem mesmo se pode conceber a existência pacífica da sociedade, e por isso nenhum legislador pode deixar de reconhecer e respeitar, embora em épocas passadas hajam sido desconhecidos ou desrespeitados, e por uma aberração da própria natureza social do homem, ainda por vezes o sejam ou venham a ser na vida das sociedades modernas.

Há princípios fundamentais de justiça que foram, são e serão sempre reclamados pela consciência jurídica universal. São os princípios que constituem a essência da personalidade e da dignidade humana, e que devem impôr-se sempre à consideração e respeito do legislador da lei positiva. São emfim os princípios do direito natural scientífico, que importa opôr e impôr sempre às pretenções autoritárias e absorventes dos detentores do poder político.

Interpretada neste sentido a doutrina do nosso código civil, que é ainda hoje um dos monumentos mais grandiosos da legislação moderna, ela é aceitável.

Não se contentou o autor do código em definir os chamados direitos originários.

Classificou-os, definiu as suas espécies, e fixou os seus caracteres fundamentais, nos artigos 359.º-368.º.

Se atendermos ao carácter doutrinal da matéria, e a que, no campo da própria doutrina do direito natural, havia divergências importantes, não se pode deixar de reconhecer que ela não devia ter sido consignada no código.

Mas esta opinião não vingou nos trabalhos da comissão revisora, porque, diz-se, o autor do código tinha tanto amor à sua teoria de direitos naturais, que, se ela fôsse retirada, abandonaria os trabalhos da revisão.

E pois que no código se encontram os direitos originários, necessário é que dêles façamos uma ligeira análise.

De resto, a classificação é admissível no sentido de considerar os chamados direitos originários como os *direitos fundamentais* da personalidade, e os adquiridos como direitos *secundários*, que não são mais do que manifestações dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais são classificados pelo art. 359.º em cinco espécies:

«1.º o *direito de existência;*
«2.º o *direito de liberdade;*
«3.º o *direito de associação;*
«4.º o *direito de apropriação;*
«5.º o *direito de defesa*».

O direito de existência é definido no art. 360.º: «*o direito de existência não só compreende a vida e integridade pessoal do homem, mas também o seu bom nome e reputação, em que consiste a sua dignidade moral.*»

A sanção ou garantia do art. 360.º encontra-se não só nas disposições do código penal, onde são incriminadas e punidas as ofensas contra as pessoas (homicídio, ferimentos, ameaças), e também contra a sua honra e reputação, constituindo os crimes de injúria, difamação e calúnia, mas também no próprio código civil (arts. 2367.º e seg.), onde se determina a responsabilidade dos que ofendem outrem por meio de factos criminosos.

O direito de liberdade é definido no art. 361.º «*o direito de liberdade consiste no livre exercício das faculdades físicas e intelectuais, e compreende o pensamento, a expressão e a acção.*»

As três manifestações do direito de liberdade são reguladas pelos arts. 362.º-364.º.

«Art. 362.º: *o pensamento é inviolável.*»

«Art. 363.º: *o direito de expressão é livre, como o pensamento; mas o que dêle abusar, em prejuízo*

da sociedade ou de outrem, será responsável na conformidade das leis.»

«Art. 364.º: *o direito de acção consiste na faculdade de praticar livremente quaisquer actos; mas o que dêle abusar, atentando contra os direitos de outrem ou da sociedade, será responsável nos termos das leis.*»

Só o pensamento é absolutamente livre, como facto psicológico que é, e independente do direito, emquanto se não traduz em manifestações exteriores. Mas logo que se exteriorisa, fica sob a acção do direito, tendo até uma importância capital, tanto no direito civil, onde a *intenção* das partes é geralmente a lei dos contratos e subordina os efeitos do testamento, como do direito criminal, onde a falta de intenção criminosa é circunstância dirimente da responsabilidade. (1)

As outras duas manifestações do direito de liberdade sofrem as restrições impostas pelas condições da vida e da ordem social, para que os seus abusos não ofendam os direitos do indivíduo ou da sociedade.

São as limitações impostas pela solidariedade dos diferentes elementos da vida social.

Mas acontece muitas vezes que a autoridade do Estado, por intermédio do órgão legislativo, impõe tais restrições ao exercício do direito de liberdade, que em muitas das suas manifestações chegam a ser a negação do próprio direito.

O direito de associação é definido no art. 365.º: «*o direito de associação consiste na faculdade de pôr em comum os meios ou esforços individuais, para qualquer fim, que não prejudique os direitos doutrem ou da sociedade.*»

O direito de associação é uma consequência necessária da lei da sociabilidade.

---

(1) Dr. Teixeira de Abreu, *Curso de Direito Civil*, pág. 41.

O espírito de associação obedece em todas as manifestações da sua vida à acção de duas fôrças simultâneas: a tendência psicológica para o convívio em sociedade, determinada pela insuficiência das faculdades do indivíduo, por um lado; e, por outro lado, a vantagem que resulta do princípio mecânico da soma ou composição de fôrças, segundo o qual o efeito da resultante é maior do que a soma aritmética dos efeitos das singulares componentes.

Da combinação da sociabilidade com o princípio mecânico da associação resulta a necessidade e a vantagem constante da formação de agregados sociais.

Por isso a associação, sendo uma necessidade orgânica essencial da vida humana, constitue um dos direitos fundamentais da personalidade.

Mas, como os outros direitos, teem de sofrer as limitações impostas pelos outros direitos individuais e sociais.

O direito de apropriação é definido no art. 366.º «*o direito de apropriação consiste na faculdade de adquirir tudo o que fôr conducente à conservação da existência, e à manutenção e ao melhoramento da própria condição. Êste direito, considerado objectivamente, é o que se chama propriedade.*

§ único. O direito civil só reconhece a apropriação quando é feita por título ou modo legítimo.»

«Reconhecidos como essenciais à existência do homem em sociedade os direitos de integridade física e moral, e o de liberdade, o *direito de apropriação* não podia deixar de aparecer desde logo no quadro das relações jurídicas de qualquer povo, como sua lógica e necessária conseqüência. O livre exercício das faculdades humanas (art. 361.º), dirigidas no sentido de procurar no meio biológico e social os elementos necessários à conservação da existência, e ao melhoramento da própria condição, é um dos primeiros factos que se acolhem à tutela do direito nas sociedades em-

brionárias, porque corresponde a necessidades fundamentais da vida. Negar o direito de apropriação, seria negar o direito de existência, porque o homem para viver carece de procurar fóra de si certas utilidades, que por vezes só pode alcançar mediante o próprio trabalho.» (1)

O exercício do direito de apropriação dá origem à *propriedade*, que o nosso código define: a *faculdade que o homem tem, de aplicar à conservação da sua existência, e ao melhoramento da sua condição, tudo quanto para êsse fim legitimamente adquiriu e de que, portanto, pode dispôr livremente* (*art. 2167.º*).

O fundamento jurídico da propriedade é definido por Puglia nos seguintes termos: «Reconhecido o direito de liberdade *psico-orgânica* e *o direito de trabalho*, é conseqüência lógica o reconhecimento do *direito de propriedade*, isto é, do direito de possuir as coisas alcançadas pelo exercício daqueles direitos, e dispôr delas livremente, sem ofensa dos direitos de outrem, ou melhor, nos limites determinados pelas necessidades do convívio social. O direito de propriedade individual não pode, consequentemente, ser posto em dúvida, a não ser que se queira destruir o verdadeiro conceito da personalidade jurídica, negando a legitimidade do exercício de algumas importantíssimas funções da actividade psico-orgânica. O que pode todavia discutir-se é o modo como deve ser regulado o exercício daquele direito, de maneira que os interêsses de alguns não prevaleçam sôbre o interêsse da colectividade com grave dâno dos outros.» (2)

Reconhecendo a necessidade de fixar legalmente os limites daquele direito, o nosso código civil começa por desde logo recusar a protecção da lei aos actos de

(1) Dr. Teixeira de Abreu, *Curso*, pág. 44.
(2) Puglia, *Rivista di Filosofia scientifica*, VI, 372-373.

apropriação, que não tenham sido feitos por *título* ou *modo* legítimo (*§ único do art. 366.º*), entendendo-se por *título* o fundamento justificativo da aquisição, e por *modo* a forma de aquisição, ou a tomada da posse. (1)

O direito de defesa é definido no art. 367.º: «*o direito de defesa consiste na faculdade de obstar à violação dos direitos naturais ou adquiridos.*»

Já vimos (n.º 17.º e 51.º) como êste direito pode ser exercido, e como êle é mesmo o elemento essencialmente constituitivo de todo o direito.

Finalmente o art. 368.º determina os caracteres principais dos direitos originários: «*os direitos originários são inalienáveis, e só podem ser limitados por lei formal e expressa. A violação dêles produz a obrigação de reparar a ofensa.*»

57. **Classificação doutrinal e objectiva dos direitos civis: Direitos não patrimoniais ou pessoais e direitos patrimoniais.** — O nosso código não faz a classificação dos chamados direitos adquiridos, que são os direitos civis pròpriamente ditos, limitando-se a classificar os factos que lhe servem de fonte ou origem, segundo a doutrina consignada no art. 4.º, e desenvolvida na segunda parte, e que são: a *ocupação*, a *posse*, a *prescripção*, o *trabalho*, os *contratos*, a *gestão de negócios* e as *sucessões*.

Entretanto, é muito conveniente fazer uma classificação dos direitos civis, em relação ao seu próprio objecto, porque só assim se pode formar dêles um conhecimento verdadeiramente scientífico.

Esta classificação encontra-se, com algumas variantes, na doutrina dos jurisconsultos, sendo a sua divisão principal, a dos direitos *reais* e *pessoais* ou de *crédito*, estabelecida já pelos jurisconsultos romanos.

(1) Dr. Dias Ferreira, *Código civil português*, (2.ª edição), I, 275.

As principais divisões objectivas dos direitos civis são três:

a) a divisão geral dos direitos em direitos da *personalidade* ou meramente *pessoais* e direitos *patrimoniais*, com a subdivisão dêstes em *reais* e de *crédito;*

b) a divisão, adoptada por alguns escritores franceses (Capitant), que só difere desta em estabelecer dois grupos em vez do primeiro — os direitos fundamentais da personalidade, chamados *públicos*, *naturais* ou *direitos do homem*, e os da *família;* e por fim.

c) a classificação germânica que estabelece quatro grupos — os *direitos das obrigações*, os *direitos reais sôbre as coisas*, os *direitos de família* e os *direitos de sucessão*.

Os direitos meramente *pessoais* são os que teem por objecto qualidades da pessoa irredutíveis a um valor pecuniário.

Duma maneira geral pode dizer-se que neles se compreendem os direitos de *família;* mas é certo que alguns dêstes direitos, como o de sucessão e o de alimentos, teem objecto de valor económico.

É por isso que alguns escritores, como Capitant, estabelecem as duas categorias — *públicos* e de *família* — em vez dos meramente *pessoais*. (1)

A classificação que nos parece mais perfeita é a resultante da combinação das diversas variantes das duas primeiras divisões, em harmonia com a doutrina de Ruggiero, devidamente modificada.

Em primeiro lugar aos *direitos patrimoniais* contrapõem-se os *não patrimoniais*, que outros chamam *pessoais*.

Mas esta última expressão tem o inconveniente de se prestar a diversos conceitos ou significados:

1.º direitos não patrimoniais;

(1) Capitant, pág. 76, 86 e 87.

2.° direitos essencialmente inerentes à pessoa, que pertencem ao indivíduo só pelo facto de ser pessoa, e por isso alguns chamam *pessoalíssimos;*

3.° direitos que uma pessoa tem em relação a outra, isto é, *direitos de crédito* ou de *obrigação*, contrapondo-se aos *direitos reais* ou direitos sôbre as coisas sem relação com pessoas determinadas;

4.° direitos reais, ou outros, por tal modo ligados à pessoa do sujeito, que se extinguem com a sua morte, como o usufruto, o uso e a habitação, não se transmitindo com a herança; e

5.° Direitos que só podem ser exercidos pelo próprio sujeito ou pelo seu legítimo representante, como o direito a alimentos.

O critério diferencial das duas grandes categorias de direitos é dado pelo conteúdo económico do poder jurídico e pelo conceito de património. *Património* é, segundo a definição mais frequente, o complexo de bens pertencentes a uma pessoa e tendo uma utilidade económica que pode avaliar-se em dinheiro; segundo outros, é o conjunto dos direitos que teem por objecto coisas e bens económicos. Mais precisamente pode ainda definir-se o complexo das relações jurídicas pertencentes a uma pessoa, que teem uma utilidade económica e são por isso susceptíveis de avaliação pecuniária. Na determinação do conceito jurídico do património não há que atender à sua efectiva consistência. Sob o ponto de vista económico, sendo o património composto dum activo e dum passivo, há que distinguir entre património líquido ou nítido, isto é, o conjunto de coisas e valores depurado das dívidas, e património bruto ou global constituído pelo conjunto de relações patrimoniais antes daquela dedução. Mas juridicamente também é património o conjunto de relações patrimoniais em que o passivo excede o activo, não constituindo portanto para o sujeito uma riqueza em sentido económico.

São portanto *direitos patrimoniais* os susceptíveis

de avaliação pecuniária, e que por isso constituem para o sujeito o seu património; o qual, para certos efeitos, é pela lei considerado como uma unidade orgânica (*universitas juris*), e, assim, tratado como um só todo, independentemente dos singulares direitos que o compõem: por exemplo, o património do defunto, a *hereditas*, ou o do falido, que para os efeitos da sucessão e do processo da falência, são considerados como uma *universalidade jurídica.*

Não são patrimoniais, e são, portanto, *meramente pessoais,* os direitos que não dão ao seu titular uma imediata utilidade económica e não são por isso directamente apreciáveis em dinheiro, como são os direitos da personalidade e os das relações puramente pessoais de família.

Não deve, porém, confundir-se com a patrimonialidade a possibilidade de que dum direito derive eventualmente para o seu titular uma vantagem económica.

Se, com efeito, um direito não patrimonial é ofendido ou violado, surge para o sujeito, em virtude da protecção da ordem jurídica, uma pretensão legalmente fundada contra o autor da ofensa pela indemnização do dâno, quer êste seja material, quer seja simplesmente moral. Se o dâno é material, é fácil ao juiz uma avaliação directa em moeda para fixar a indemnização ou reparação; se o dâno é moral, também não é difícil fixar, além da reparação penal aplicável, uma condenação pecuniária como compensação dada à vítima da ofensa, em substituïção das vantagens económicas ou não económicas que perdeu por efeito da mesma ofensa; mas nem num nem noutro caso a indemnização altera a natureza do direito, que era e permanece de natureza não patrimonial, pois que uma coisa é o direito em si, no seu conteúdo objectivo, outra cousa é a sua violação e o efeito que daí resulta para o património do ofendido, ao qual a violação faz adquirir um direito de crédito.

Característica geral dos dois grupos de direitos é a

transmissibilidade duns e a intransmissibilidade dos outros. Mas também se não deve confundir patrimonialidade com transmissibilidade, nem identificar os dois conceitos. São, é certo, intransmissíveis os direitos da personalidade, os poderes familiares, em geral todos os direitos não patrimoniais. E podem em regra transmitir-se os patrimoniais. Mas alguns há entre êstes que não admitem separação da pessoa a quem pertencem. Tais são, por exemplo, os direitos de uso e habitação que, sendo manifestamente patrimoniais, não podem ser transmitidos pelo titular para outra pessoa (cód. civ. art. 2254.°).

Os direitos não patrimoniais, conclue Ruggiero, resumem-se, pois, nas duas categorias: *direitos pessoais* e *direitos de família*. (1)

Mas, como vimos, a expressão «*pessoais*» teem diversos significados. E, por outro lado, alguns direitos de família, como o de alimentos, e de sucessão legítima, e os relativos aos bens familiares, teem essencialmente carácter patrimonial.

Por isso, parece-nos conveniente modificar os termos da classificação, dizendo que todos os direitos civis são *meramente pessoais* ou *patrimoniais*, subdivindo-se os primeiros em direitos *pessoalíssimos* ou da *personalidade* e *direitos das relações pessoais de família*, e os segundos em *direitos reais* e *direitos pessoais de crédito* ou de *obrigação*.

Os direitos da personalidade são os fundamentais e originários de todos os outros, porque são as faculdades ou poderes essenciais da qualidade jurídica de pessoa, faculdades ou poderes jurídicos cujo desconhecimento, na frase de Coviello, negaria ao homem a dignidade de pessoa. (2)

(1) Ruggiero, *Ist.*, pág. 202-203.
(2) Coviello, *Manuale*, pág. 25.

As várias faculdades contidas nos direitos fundamentais da personalidade podem conceber-se, com os escritores antigos, como direitos essenciais ou conaturais da pessoa humana, mais exactamente do que fazem muitos dos modernos, que os consideram e chamam direitos sôbre a própria pessoa. Compreendem em primeiro lugar o direito à própria existência física e moral, ou seja, o direito à vida, à integridade, à honra. Em segundo lugar compreendem uma série de faculdades entre as quais se incluem as chamadas liberdades cívicas, como as de consciência, de opinião, de religião, de imprensa, de associação, etc.

Além dos direitos fundamentais da pessoa, há outros com êles intimamente conexos, embora não tenham igual importância, tais como o direito ao nome, aos títulos honoríficos, ao brazão, etc.

Muitos autores não consideram como privados os direitos da personalidade, pela razão de que êles não são regulados pelo direito privado ou civil, mas sim pelo direito público (constitucional, penal e administrativo). E é por isso que fazem a classificação dos direitos pessoais em *publicos* e *familiares*. Mas se, como diz bem Coviello, o critério para distinguir o carácter duma norma, e o do direito que dela deriva, não pode ser meramente topográfico, tal doutrina parece-nos infundada, pois que os diversos poderes ou faculdades fundamentais da personalidade não emanam exclusivamente do vínculo político que prende o indivíduo ao Estado, mas sim da própria concepção jurídica do indivíduo, e o Estado não faz mais do que reconhecer e regulamentar os poderes jurídicos da personalidade individual, que por isso não podem deixar de ser considerados como direitos privados. (1)

Os direitos familiares, denominados também direi-

(1) Coviello, *Manuale*, pág. 26.

tos pessoais relativos, são os que resultam das relações em que o sujeito está no grupo familiar com os outros membros do grupo. O seu principal fundamento é o casamento ou matrimónio que cria vínculos entre os cônjuges e entre êstes e a prole, e daí os poderes familiares, pátrio ou paternal, marital e de tutela (família legítima). Mas direitos surgem também do facto da procreação fora do matrimónio (família ilegítima), e nalguns países, como na Itália, Alemanha, Suíça, Brasil, também do acto jurídico da adopção ou filiação civil (família civil). (1)

58. **Direitos sôbre a própria pessoa.** — Dado o conceito da personalidade e dos direitos da personalidade, parece que o direito pessoal por excelência, o direito máximo da personalidade, deveria ser o direito do homem sôbre si mesmo ou o direito sôbre a própria pessoa — *jus in se ipsum*.

Há, porém, grande divergência entre os autores sôbre a admissibilidade dos direitos sôbre a própria pessoa.

Windscheid formúla assim a teoria dos direitos sôbre a própria pessoa: do mesmo modo que a vontade do titular dum direito sôbre uma cousa é declarada decisiva pela ordem jurídica quando concede um direito real, assim também ela deve ser decisiva para a sua própria pessoa, tanto em relação à sua existência física como em relação à sua existência psíquica. O direito à vida, à integridade do corpo, à honra, à exteriorização ou realização concreta das próprias actividades físicas ou psíquicas, não importando uma acção sôbre as pessoas ou coisas de outrem, representa poderes que o homem tem sôbre si mesmo, sôbre as próprias fôrças físicas ou intelectuais. Daí o direito sôbre o próprio corpo, sôbre o próprio nome, sôbre a própria imagem, e portanto o direito de dispôr da própria vida, do próptio cadáver, das partes do próprio corpo, e assim sucessivamente. (1)

(1) Ruggiero, *Ist.*, pág. 207.

Procurando explicar o sentido da teoria dos direitos sôbre a própria pessoa, observa Ruggiero que não deve entender-se como um direito sôbre a personalidade em si mesma, porque esta, sendo o presuposto de todos os direitos e coincidindo com o conceito da capacidade jurídica, não pode conceber-se como o próprio objecto dos direitos. Os direitos constitutivos ou integrantes da personalidade (direito à vida, à integridade pessoal, à honra, ao nome, à imagem, etc.) é que podem dizer-se direitos sôbre a própria pessoa, e dividem-se em duas categorias, conforme o objecto do direito é a pessoa física, o elemento corpóreo do sujeito, ou é constituído pelas qualidades e atributos psíquicos e intelectuais, isto é, o seu elemento incorpóreo ou imaterial. (2)

Relativamente aos direitos constitutivos da personalidade sôbre o seu elemento físico e material, todo o problema se reduz a saber se a pessoa tem um direito sôbre o próprio corpo; e a questão apresenta-se num tríplice aspecto, referindo-se ao corpo da pessoa viva, ao cadáver e às partes destacadas do corpo em vida. E entendem os defensores da teoria que a solução não pode deixar de ser afirmativa em todos os três casos.

No primeiro caso entendem que não pode tratar-se dum direito de propriedade, que a pessoa tenha sôbre o próprio corpo, ou mesmo dum direito patrimonial; mas trata-se dum direito pessoal, pois que ao homem é garantida pelo direito objectivo a faculdade natural que êle tem de dispôr do próprio corpo, da própria vida, da própria actividade física. E deve concluir-se, como

(1) Windscheid, *Pandekten*, I, pág. 177.
(2) Ruggiero, *Ist.*, I, pág. 204 e 205.

conseqüência lógica de tal premissa a existência dum direito ao suicídio ou à automutilação, ou à destruição do feto, como *portio viscerum*, por parte da mãe. É uma questão a resolver pelas regras particulares que o direito positivo de cada povo, e em cada momento histórico da sua civilização, considere oportuno formular no sentido de limitar ou suprimir tais direitos. E com efeito várias limitações desta ordem existem na organização jurídica de todos os povos cultos, ditadas por motivos de ordem pública ou de bons costumes, que não permitem certos abusos da liberdade, ainda quando praticados sôbre a própria pessoa. Em virtude do respeito devido à própria dignidade humana, a ninguém é permitido entregar-se em escravidão. Mesmo no direito romano, que admitia a escravidão, era reprovada a venda da própria pessoa, em homenagem ao alto conceito da liberdade; e se por uma antiga disposição do edito dos pretores, que se manteve ainda no direito de Justiniano, cái em escravidão o cidadão maior de vinte anos que dolosamente se deixa vender como escravo para participar no preço da venda, a escravidão representa em tal caso uma pena pelo despréso da própria liberdade, e não o reconhecimento da eficácia jurídica do negócio da compra e venda. E o direito moderno tanto protege a liberdade do homem mesmo nas relações da vida privada, que nem consente contratos de prestação de serviços domésticos em que alguém se obrigue por toda a vida ou por tempo indeterminado (cod. civ. arts. 1371.° e 1373.°)

No segundo caso, dizem os partidários do direito sôbre o próprio corpo, não se pode deixar de reconhecer um direito de disposição do próprio cadáver, embora também a respeito dêste se imponham limitações determinadas por motivos de polícia ou de saúde pública, de moral ou de ordem pública, que negam eficácia a disposições contrárias àquela que é o destino natural do cadáver, isto é, a sua deposição na sepultura, ou ainda,

embora excepcional mas justificadamente, a sua ulilização para fins scientíficos.

E dizem finalmente que no terceiro caso é indiscutível a constituïção dum verdadeiro direito de propriedade sôbre as partes destacadas do corpo, como o cabelo e os dentes, que ao contrário do cadáver se transformam em cousas comerciáveis.

Mais complexa é a questão, diz Ruggiero, quando se consideram os direitos relativos ao elemento imaterial da personalidade, em virtude das várias figuras que êles revestem de direito ao nome, à firma comercial, à marca de comércio e de indústria, ao título nobiliárquico, ao brazão, ao emblema, à produção de obras literárias, scientíficas, artísticas ou industriais, etc. Emquanto alguns autores lhes negam a qualidade de direitos subjectivos, não constituindo êles outra cousa diversa da própria personalidade, outros observam que a actividade psíquica do homem, na realização dêstes direitos, dá lugar, se não para todos, ao menos para uma certa categoria, como os direitos da produção intelectual e industrial, a entidades que se destacam da pessoa, de modo que o direito mais do que sôbre a própria pessoa se concretiza numa cousa que está fora dela. E assim conclue que a verdade é antes esta: emquanto alguns se apresentam como direitos sôbre a própria pessoa (direito ao nome, ao título), o objecto dos outros não é certamente a pessoa, mas sim a cousa que é produzida pela actividade psíquica ou intelectual, ou seja, o produto do trabalho intelectual ou industrial (1).

Exposta a teoria dos direitos sôbre a própria pessoa, é fácil verificar que ela não resiste ao exame dum critério jurídico positivo.

Contra ela foram opostas duas objecções de carácter geral e doutrinário, que os seus partidários não podem

(1) Ruggiero, *Ist.*, I, pág. 205-207.

resolver satisfatòriamente: em primeiro lugar, nem as fôrças físicas nem as psíquicas ou intelectuais, como concretizações da multiforme actividade humana, podem destacar-se do homem de quem promanam, e representar-se como entidades autónomas ou partes separadas da pessoa, a qual constitui um todo orgânico insusceptível de ser decomposto nas funções e nos elêmentos que o compõem; em segundo lugar, pretender-se que a própria pessoa seja objecto dum direito subjectivo é ir de encontro à dificuldade invencível de dar simultâneamente à pessoa duas funções contraditórias e inconciliáveis, isto é, ser ao mesmo tempo sujeito e objecto dum mesmo direito.

Mas, se do aspecto geral è abstracto da teoria passarmos ao seu aspecto particular e concreto, ainda mais sensível se revela a sua inconsistência ou falta de fundamento na realidade da vida jurídica.

O direito sôbre a própria pessoa é inadmissível mesmo quando referido ao seu elemento material ou corpóreo.

Com efeito, tratando-se do corpo em vida, tal direito teria como necessária consequência o direito de suicídio, de venda da própria pessoa, de provocar ou consentir o abôrto, de prostituïção, e em geral, de dispor por qualquer modo do próprio corpo ou da própria liberdade, como de cousa que nos pertence.

Ora a verdade é que nenhuma legislação de povos cultos admite semelhantes direitos, que são incompatíveis com a própria dignidade humana e contrários à existência normal da sociedade.

Os próprios partidários da teoria do *jus in se ipsum* não admitem tais direitos, considerando a sua negação como restrições do direito sôbre a própria pessoa, determinadas por motivos e sentimentos da ordem pública. Simplesmente a explicação não tem mérito algum, pois que não reconhecer tais direitos o mesmo é que negar o próprio direito sôbre a pessoa.

O notável sociólogo criminalista Enrico Ferri influenciado por esta teoria ainda pretendeu defender o direito ao suicídio na monografia *L'omicidio-suicidio*. Mas a doutrina não conseguiu vingar, e o código penal italiano (art. 370.º) pune todos aqueles que hajam induzido outrem ao suicídio ou lhe tenham prestado auxílio para pôr em prática o triste desígnio. E nem seria de todo inconcebível, diz Ruggiero, um dos partidários da teoria, a repressão penal da tentativa de suicídio. Da sua não punição não pode concluir-se a existência do direito ao suicídio: não se pune, porque não é razoavel nem humano agravar os sofrimentos morais e físicos do suicida com o sofrimento da pena (1).

O nosso código penal pune o abôrto (art. 358.º), a automutilação (art. 367.º), o duelo (art. 381.º), e os crimes contra o pudor (art. 391.º e seg.), não só por motivos de móral e ordem pública, mas porque a ordem jurídica não reconhece o direito de dispor do próprio corpo.

Relativamente ao cadáver, os próprios defensores da teoria, reconhecem que se trata de cousa insusceptível de comércio, de que portanto não pode dispor o próprio sujeito nem a sua família.

Fica, pois, reduzido o direito sôbre o próprio corpo às partes dêle destacadas, o que na verdade não é um direito sôbre a pessoa, mas simplesmente um direito sôbre uma cousa pela pessoa produzida.

E é justamente o que acontece com os direitos da personalidade sôbre o seu elemento imaterial ou intelectual. Trata-se de direitos de defeza das suas qualidades essenciais ou atributos, ou das produções das suas faculdades, mas não de direitos sôbre a própria pessoa.

O poder que de facto o indivíduo tem de praticar

(1) Ruggiero, *Ist.*, pág. 206, nota.

muitos actos de disposição do seu corpo e da sua honra, sem que a lei intervenha com qualquer sanção proïbitiva, não significa o reconhecimento dum direito sôbre a própria pessoa, mas apenas a existência de certas faculdades da ordem moral que não entram na esfera da ordem jurídica.

O próprio direito à imagem, de que falam geralmente os partidários da teoria, não é garantido por qualquer acção judiciária, a não ser como um meio de defeza contra os atentados ao direito à honra ou à dignidade da pessoa.

Coviello aprecia justamente êste pretendido direito, dizendo que êle consistiria no poder de impedir outrem de tirar, sem permissão, a nossa imagem, e de a reproduzir ou utilizar para qualquer fim, ainda que inofensivo. Seria, por assim dizer, um prolongamento do direito sôbre o próprio corpo, e como êste absoluto e intangível. Mas é de notar que ou a imagem se considera em si mesma, e então não pode ser objecto de direito, pois outra cousa não é senão a própria sombra do corpo; ou se considera reproduzida num quadro, num busto, numa chapa fotográfica, e então é antes o objecto dum direito de autor. Não é de admitir um direito de proïbir a produção ou reprodução da nossa imagem, executada para fins lícitos e inofensivos, como se fôsse um direito exclusivo da pessoa: em primeiro lugar, porque não há regra de direito ou princípio jurídico que imponha ao autor dum quadro, dum busto ou dum retrato a proïbição do seu direito de autor; em segundo logar, porque não se vê nas modernas condições sociais um interêsse sério, que não seja mera e caprichosa susceptibilidade, para impedir sempre e em todo o caso a publicidade da própria imagem, e que como tal deva ser tutelado pelo direito. Sòmente quando a imagem seja reproduzida em circunstâncias ou para fins tais que ofendam um dos direitos da personalidade, como o da honra, entendida não só como

reputação social, mas ainda como sentimento pessoal de dignidade, é que se poderá invocar a tutela jurídica, não para defender um pretendido direito à imagem, mas sim o direito à honra ou à integridade pessoal. (1)

59. **Direitos reais e direitos de crédito ou de obrigação.** — Dizem-se *direitos reais* os que atribuem ao titular um poder imediato sôbre uma cousa, poder que ou é pleno e ilimitado, isto é, exerce-se em toda a sua extensão sôbre a cousa sujeita ao domínio da pessoa, e dá lugar à propriedade, que é o direito real mais completo, o direito real por excelência; ou é menos pleno, e exerce-se só em parte, limitadamente a algumas utilidades económicas das cousas, e dá lugar aos direitos reais menores, aos direitos reais sôbre cousa alheia, como a servidão e o usufruto.

Direitos de crédito ou de obrigação são os que derivam duma relação imediata entre duas ou mais pessoas, em virtude da qual uma (devedor) fica adstrita a uma determinada prestação (dar, fazer ou não fazer alguma cousa), e outra (credor) tem o poder de exigir esta prestação.

O *direito real (jus in re)* recai directa e imediatamente sôbre uma cousa, de modo que entre o sujeito do direito e o seu objecto não aparece intermediário algum, podendo por isso exercer-se contra toda e qualquer pessoa.

O *direito de obrigação (jus in rem ou ad personam)* é a faculdade de exigir de certa e determinada pessoa a prestação dum facto ou duma cousa, de modo que a relação entre o sujeito do direito e o seu objecto é indirecta ou imediata, realizando-se por intermédio de outra pessoa.

---

(1) Coviello, *Manuale*, pag. 26, nota.

Mas qual é precisamente o critério de distinção entre as duas espécies dos direitos patrimoniais?

A doutrina clássica considera decisiva a natureza da relação, por quanto esta se constitue directamente *sôbre uma cousa* ou *com uma pessoa:* nos direitos reais há uma relação imediata da pessoa sôbre a cousa, em virtude da qual ao titular é conferido sôbre esta e contra todos um poder directo e imediato; nos direitos de crédito ou obrigações há uma relação imediata entre duas ou mais pessoas determinadas, relação que mediatamente pode referir-se a uma cousa.

No primeiro caso a relação dá lugar a um poder imediato sôbre a cousa, sem necessidade de intermediário algum; no segundo a um poder contra a pessoa obrigada; no primeiro caso há uma sujeição da coisa ao nosso poder, no segundo um vínculo de pessoa determinada, obrigada por efeito dêste a uma prestação. Conseqüência directa desta diversa relação jurídica é que aos *direitos reais* corresponde um *dever geral* ou *universal*, isto é, de todos os terceiros a quem o poder não pertence, e *negativo*, porque êles estão para com o titular simplesmente obrigados a abster-se de qualquer ofensa daquela relação; aos *direitos obrigatórios* corresponde um *dever particular*, porque só quem está vinculado é obrigado para com o titular, e *positivo* ou *negativo*, conforme o devedor é obrigado a dar ou fazer, ou a não fazer alguma cousa.

Á doutrina clássica opõe-se a de Windscheid, segundo a qual não se concebem relações entre homem e cousas, pois que relações jurídicas só podem existir de homem para homem, sendo por isso necessário basear a definição do direito real sôbre a relação entre o titular e os outros homens, e não sôbre a relação entre o homem e a cousa. E visto que o direito de obrigação é também uma relação entre pessoas, o critério distintivo deve ser êste: emquanto o direito de crédito dá lugar a uma relação entre duas ou mais pessoas determinadas,

o direito real dá lugar a uma relação de uma pessoa com todas as outras e a uma relação de conteúdo absolutamente negativo.

O exagêro dêste conceito negativo do direito real levou alguns autores, como Thon, a afirmar que nos direitos reais não há faculdades mas sòmente proïbições: uma proïbição imposta pela norma jurídica a todos, menos ao titular do direito, de intrometer-se nas coisas que constituem o objecto do direito. Na mesma orientação dizem outros, como Roguin, que o direito real tem de considerar-se como um *feixe de deveres passivos*, impostos à totalidade dos homens, tendo cada uma das *fibras* que o compõem a mesma natureza dos direitos de crédito ou de obrigação. (1)

Mas o carácter universal e negativo da obrigação correspondente ao direito real é insuficiente para o definir, pois que outros direitos há de obrigação correlativa idêntica, que não podem qualificar-se como direitos reais. Tais são todos os direitos da personalidade que teem também por obrigação correlativa a abstenção universal de quaisquer factos que os possam ofender. É, como nos direitos reais, uma obrigação *universal e negativa.*

As conseqüências extremas da concepção negativa dos direitos reais levaram alguns autores, como Schlossmann, a reduzir a categoria dêstes direitos a um simples expediente terminológico, e mostram que não é possível defini-los num ponto de vista meramente negativo sem cair no grave inconveniente de tirar ao poder jurídico sôbre as cousas o seu conteúdo positivo.

Por isso, conclue Ruggiero, é preciso definir positivamente o direito real, tomando como elementos característicos o poder que ao titular pertence sôbre a cousa e o carácter imediato da relação jurídica que su-

(1) Roguin, *La règle de droit*, pág. 256.

jeita a cousa àquele poder. Em perfeita contraposição está o poder conferido pelos direitos de obrigação, pois que êstes não atribuem ao titular um poder imediato e independente sôbre as cousas, mas apenas a faculdade de exigir duma pessoa alguma cousa.

A essência da relação jurídica do *direito de obrigação* consiste em ligar pelo menos duas pessoas, sujeitando uma delas a prestar à outra uma cousa ou um facto.

A prestação de cousas pode consistir: *a*) na alienação da propriedade de certa cousa; *b*) na alienação temporária do uso ou fruïção de certa cousa; *c*) na restituição de cousa alheia ou no pagamento de cousa devida (cód. civ. art. 714.º). A prestação de factos consiste na prática ou na abstenção de certos factos, pois a palavra *facto* abrange tanto os *actos* como as *omissões* (cód. civ. arts. 711.º — 713.º).

A obrigação considerada em si mesma, independentemente das pessoas que nela intervem, constitue um *crédito* ou um *débito*, conforme é considerada no seu lado activo ou no seu lado passivo. De modo que a respectiva relação jurídica só pode existir e realizar-se entre pessoas certas e determinadas, que são os respectivos sujeitos activo e passivo — o *credor* e o *devedor*.

Vê-se portanto que o objecto do direito de crédito ou de obrigação é a prestação dum *facto*, e não uma cousa, como acontece no direito real. Mesmo quando se trata de cousas certas e determinadas, nas relações de obrigação, o objecto é a prestação da cousa, que é um facto do homem. A relação entre o sujeito do direito e a cousa é *indirecta* ou *mediata*, realizando-se por intermédio do devedor, ao contrário do que acontece nos direitos reais, em que tal relação é *directa*, realizando-se imediatamente sôbre a cousa que é o objecto do direito.

É por isso que o direito real se diz *jus in re*, e o

direito de crédito ou de obrigação *jus in rem, ad rem* ou *ad personam*. (1)

60. **Confronto dos direitos reais e de obrigação.** — Especializando as características diferenciais das duas categorias de direitos, os autores fazem diversos confrontos, que em todo o caso se reduzem a uma idéa fundamental — a *maior energia* ou *eficácia* dos direitos reais.

Quem é proprietário, diz Pacchioni, está numa posição bem mais segura que a do simples credor. O proprietário duma cousa pode revinvidicá-la do poder de qualquer terceiro que a detenha (*droit de suite*), emquanto que o credor só pode exigí-la do seu devedor. O mesmo é de dizer dos outros direitos reais confrontados com direitos de crédito de igual conteúdo. Se eu adquiro um direito real de passagem sôbre o terreno do meu visinho em benefício do meu, estou seguro de que êste meu terreno poderá sempre para o futuro gozar esta vantagem; mas se adquiro o mesmo direito de passagem só por vínculo obrigatório, isto é, como direito pessoal ou de crédito contra o que actualmente é proprietário do prédio serviente, já não tenho a mesma segurança, pois êle pode até colocar-se na impossibilidade de me deixar passar, vendendo o prédio a um terceiro. A maior energia do direito real manifesta-se também na falência do devedor, pois que em tal caso todos os credores, que não tiverem qualquer privilégio ou garantia concorrem em igualdade de condições à massa do devedor falido, para receberem uma quota proporcional dos seus créditos; emquanto que os titulares de direitos reais teem preferência (2).

Semelhantemente Cornil, ilustre professor de direi-

(1) Dr. Teixeira de Abreu, *Curso*, pág. 49 e seg.; Ruggiero, *Ist.*, pág. 208-210.

(2) Pacchioni, *Elementi*, pag. 218.

to romano na Universidade de Bruxelas, caracteriza as diferenças entre as duas espécies de direitos: a) o titular do direito real tem *um direito de reivindicação* (droit de suite), isto é, pode invocar o seu direito contra quem quer que detenha a cousa; pois que há relação directa da pessoa para a cousa, o titular do direito real pode seguir nas mãos de qualquer detentor a cousa afectada ao direito real. Pelo contrário, o direito de obrigação não cria relação directa de pessoa para cousa: o credor não pode chegar à cousa devida senão por intermédio do devedor; só pode reclamá-la do devedor e não pode segui-la nas mãos dum terceiro; b) o direito real confere ao seu titular *um direito de preferência:* quando uma mesma cousa é reclamada ao mesmo tempo por duas pessoas, por uma em virtude dum direito real e por outra em virtude dum direito de obrigação, a primeira será sempre preferida à segunda. Exemplos: uma mesma cousa é reclamada por um usufrutuário e por um arrendatário; ou antes, uma cousa é revinvidicada pelo proprietário e penhorada por um credor do possuïdor (1).

Filomusi-Guelfi reduz a três as notas diferenciais das duas figuras jurídicas, segundo a doutrina clássica:

a) No direito real estabelece-se para todos os membros da comunidade o dever geral e negativo de respeitar a relação jurídica; no direito de obrigação há um dever especial imposto a uma ou mais pessoas (dever positivo, *facere*, ou negativo, *non facere*).

b) Como conseqüência, no direito real há uma acção real (*actio in rem*) que se dirige contra todo aquele que desconhece ou ofende a relação (*contra quemcumque possidentem*); no direito de obrigação a acção (*actio in personam*) é pessoal, não pode dirigir-se senão contra o obrigado ou os obrigados.

(1) Cornil, *Droit Romain*, pág. 167.

c) Emquanto que nos direitos de obrigação a acção nasce com o próprio direito, e no processo, que eventualmente pode surgir, o réu é determinado, no direito real a acção nasce com a violação, e no eventual processo o réu não é determinado, porque em abstrato pode ser qualquer membro da comunidade social, determinando-se sòmente com a violação do direito. (1)

Alguns autores levam mais longe a análise de confronto dos direitos reais e de obrigação, apresentando um maior número de características diferenciais.

Assim o Dr. Teixeira de Abreu enumera seis importantes diferenças entre êles:

1) Os direitos reais enunciam-se mais fàcilmente do que os direitos de crédito; ao passo que nos primeiros basta fazer referência a dois elementos, *o sujeito* e *o objecto*, os segundos só podem determinar-se com a referência a um outro elemento, *o sujeito da obrigação;*

2) O objecto dos direitos reais é sempre uma cousa determinada; os direitos de obrigação teem por objecto a prestação duma cousa ou dum facto;

3) O sujeito passivo do direito de obrigação é sempre determinado; ao passo que no direito real a obrigação correlativa pesa sôbre toda a gente;

4) A violação e ofensa dos direitos de obrigação só pode resultar de facto do devedor; a dos direitos reais de facto de qualquer pessoa;

5) Ao direito real corresponde sempre uma obrigação negativa universal *sem carácter patrimonial;* ao direito de crédito uma obrigação particular, positiva ou negativa, *de carácter patrimonial;*

6) O direito real, recaindo directamente sôbre a cousa, acompanha-a sempre nos seus destinos, podendo

(1) Filomuso-Guelfi, *Diritti Reali*, pág. 7.

ser oposto a qualquer pessoa que posteriormente adquira sôbre ela direitos reais da mesma ou diferente natureza, incompatíveis com aquele, salvo o caso de registo (cód. civ. art. 951.°); o direito de obrigação, tendo só uma relação indirecta com a cousa, não impede que o devedor se obrigue para com várias pessoas, não tendo nenhuma delas preferência em relação às outras sôbre quaisquer bens do devedor. Assim, constituído o usufruto sôbre um prédio, embora êste seja vendido depois, não pode o comprador impedir o usufrutuário de exercer os seus direitos; mas pode aquele que se obrigou a vender certo prédio a Pedro, contrair a mesma obrigação para com Paulo, sem que o primeiro tenha preferência em relação ao segundo. Na impossibilidade de satisfazer a todos, é o devedor responsável por perdas e danos perante aqueles a quem faltou (cód. civ. art. 711.°). (1)

Mas à especificação das características diferenciais a crítica moderna tem oposto muitas dificuldades.

Assim, a primeira característica desta enumeração é puramente formal, e por isso insuficiente para definir a diversa natureza das duas espécies de direitos.

A segunda, referindo-se apenas ao objecto dos direitos, não só é insuficiente, mas além disso, tem o defeito de não ser rigorosamente exacta, ou pelo menos de não traduzir sempre a realidade da respectiva relação jurídica. Com efeito, nas obrigações que teem por objecto a prestação de cousa determinada bem se pode dizer que o objecto é afinal uma cousa, como nos direitos reais; é o que acontece, por exemplo, com a venda de certa cousa, e com o arrendamento que, sendo geralmente considerado como um direito de obrigação, é também por alguns considerado como um direito real.

E o mesmo se pode dizer dum modo geral das outras

(1) Dr. Teixeira de Abreu, *Curso*, pág. 57 e seg.

notas diferenciais que, no dizer de Filomusi Guelfi, são características normais de diferença, mas não essenciais, sendo certo que elas teem excepções no direito positivo.

A verdade é que, como justamente observa Ruggiero, entre os dois tipos de direitos há várias figuras intermédias, que não é fácil integrar na classificação sistemática, visto não serem direitos reais puros, porque participam dos caracteres da obrigação, nem são direitos puros de obrigação, porque há neles elementos de realidade: são relações jurídicas em que o elemento real e o obrigatório se encontram misturados, com predomínio ora dum ora do outro, e algumas vezes sem se poder determinar o predomínio de qualquer dêles.

Há com efeito relações em que o direito real é acompanhado de uma obrigação *de fazer* imposta a determinada pessoa, o que, segundo a doutrina clássica, constitue o objecto próprio dos direitos de obrigação. E o que se verifica, por exemplo, na enfiteuse, onde ao direito real do enfiteuta se ajunta a obrigação de pagar ao senhorio directo um fôro ou canon anual (cód. civ., art. 1653.°), sendo por isso que entre os escritores italianos tem sido muito discutida a natureza da enfiteuse. Figuras diversas destas relações de natureza incerta existiam no direito romano: na *servitus oneris ferendi*, na qual o proprietário do prédio serviente, contràriamente à regra geral «*servitus in faciendo consistere nequit*» é obrigado a *um facere*, isto é, a reparar a parede ou a coluna em que se apoia o edifício visinho; na *superficie*, em que ao superficiário, a quem pertence um direito real sôbre o edifício construído em terreno alheio, incumbe a obrigação de pagar ao proprietário do solo um *salarium* anual: e em muitas outras relações que apresentam diversamente combinados o elemento real e o obrigatório, como a *cautio damni infecti*, a *actio noxalis*, a *actio de pauperie*, e muitas outras.

Como devem qualificar-se estas relações em que o direito real se desnatura pela obrigação de um *facere* que o acompanha, e o direito obrigatório se desnatura pela faculdade conferida ao credor de intentar a acção *contra quemcumque possidentem*, e de perseguir assim a cousa onerada com uma acção de carácter real? São designadas com locuções que reflectem o seu duplo elemento (*obrigações reaes, obligationes propter rem* e *onus reais*); mas toda a tentativa de as reduzir à unidade, para as integrar no tipo do direito real ou do direito obrigatório, é na opinião de Ruggiero trabalho baldado, pois que em cada uma há desvios mais ou menos profundos, ora das regras dos direitos de crédito, ora das dos direitos reais.

Devem, portanto, definir-se antes como direitos de natureza mixta, que participam da realidade e da obrigatoriedade (1).

61. **Classificação germânica dos direitos civis.** — Esta classificação agrupa, como já dissemos, os direitos civis em quatro categorias: *direitos das obrigações, direitos reais, direitos de família* e *direitos de sucessão*.

Chamamos-lhe germânica, não por ser exclusiva dos escritores alemães, pois que também é geralmente adoptada pelos italianos; mas é porque, na Alemanha, adquiriu tanta autoridade, que serviu de base a organização do novo código civil germânico.

A classificação germânica, não apresenta, em nosso entender, superioridade alguma sôbre a classificação tradicional.

Os direitos de família, tendo por objecto as relações familiares, isto é, as que ligam diferentes pessoas

(1) Ruggiero, *Ist.*, pág. 210-211; Filomusi-Guelfi, *Diritti Reali*, pág. 7 e 9.

pelo facto natural do parentesco, reduzem-se sempre a direitos pessoais ou de obrigação.

Por seu lado, os direitos de sucessão resolvem-se em direitos reais ou em direitos familiares.

Com efeito, o direito de sucessão tem a sua origem no testamento ou na constituïção natural da família (cód. civ. art. 1735.º e 1969.º), salvo o direito sucessório da fazenda nacional (art. 1969.º n.º 6.º), que afinal pode dizer-se também fundado na constituïção da grande família política, que é o Estado.

Quando é fundado no testamento do autor da sucessão, o direito sucessório só existe depois da morte do testador; é um direito efectivo sôbre o seu património, que é, por conseqüência, constituído por direitos reais ou por direitos de obrigação.

Se o direito sucessório é de sucessão legítima, constitue um direito familiar, antes da morte do autor da herança, e um complexo de direitos reais ou de crédito, verificada a sua morte.

Parece-nos, pois, que a classificação germânica não difere essencialmente da divisão tradicional, e não fez mais do que torná-la mais complicada e ininteligível.

Sob o ponto de vista doutrinal e legislativo, em que se notabilizou a classificação, sendo adoptada no plano geral de organização dos códigos civis germânico, brasileiro e suíço, e na sistematização scientífica do direito civil, em alguns tratados modernos, como o do *Dr. Alves Moreira, Chironi e Abello, Pacchioni, Ruggiero*, etc., tem a classificação alguma vantagem, se bem que sob êste ponto de vista seria mais perfeita uma classificação dos direitos que reflectisse as principais instituïções do direito civil.

Mas neste sentido é imperfeita a classificação germânica, que não faz referência a muitas instituïções do direito civil, e algumas delas fundamentais, como a *personalidade*, os *contratos*, a *responsabilidade*, etc..

Bem sabemos que, por um esfôrço de lógica mais ou menos rigoroso, se incluem os direitos destas instituïções nos quatro termos da classificação germânica. Mas em todo o caso subsiste a imperfeição indicada.

Entretanto adoptamos na exposição do direito civil a sistematização germânica, porque ela tem entre nós um carácter oficial e legal, sendo consignada na organização do ensino do direito civil nas nossas Faculdades de Direito.

SEGUNDA SECÇÃO

SISTEMA DO DIREITO CIVIL

CAPÍTULO IV

CODIFICAÇÃO DO DIREITO CIVIL

SUMÁRIO:

62. — Conceito da codificação.
63 — Mérito da codificação. A escola do direito natural e a escola histórica.
64. — Movimento da codificação civil. Os códigos modernos.
65. — Diferentes sistêmas na codificação do direito civil.
66. — Sistema romano das Institutas. Suas variantes. Código austriaco e Cimbali.
67. — Sistema do Código francês. Código italiano, espanhol e outros.
68. — Sistema baseado na classificação dos direitos ou nas obrigações. Sistêma germânico.
69. — Sistema das categorias das relações jurídicas do indivíduo.
70. — Sistema baseado no objecto dos direitos.
71. — Sistema derivado da própria vida jurídica do sujeito do direito.
72. — Confecção do Código civil. Suas fontes.
73. — Mérito do Código civil.
74. — Vigência do Código civil. Revogação do antigo direito. Legislação posterior.

62. **Conceito da codificação.** — A codificação não é outra coisa senão um processo de organização jurídica, que consiste em reduzir a *códigos* as leis dos diferentes ramos do direito.

Um *código* é a organização sintética, sistemática e scientífica, das leis de um certo ramo de direito. (1)

Os escritores costumam caracterizar a função dos códigos, principalmente pela unificação do direito.

É assim que em França, diz Capitant, no princípio do século XIX, se sentiu a necessidade de codificar o direito privado, para acabar com a profunda diversidade do direito antigo. Do mesmo modo a Itália, depois a Alemanha, tendo realizado a sua unidade política, completaram-na pela confecção dum código civil. (2)

Mas a verdade é que a função unificadora dos códigos não é a sua única, nem mesmo a sua principal razão de ser.

Nos países onde o direito está unificado, nem por isso a codificação deixa de ser necessária e útil, para facilitar o conhecimento do direito, e sobretudo para o aperfeiçoar, reduzindo-o a sistematizações scientificamente ordenadas.

De resto, a unificação do direito tanto se podia realizar com a obra da codificação, como por meio de leis avulsas e fragmentárias sôbre as diferentes matérias jurídicas.

A função própria dos códigos é o aperfeiçoamento técnico da construção das normas jurídicas.

63. **Mérito da codificação. A escola do direito natural e a escola histórica.** — O aparecimento do código civil francês (1804) provocou, no princípio do século XIX, uma

(1) A palavra *código* é a tradução de *codex*, que primitivamente significou, entre os Romanos, a reünião de pequenas tábuas de madeira cobertas por uma camada de cêra, onde se escrevia por meio dum estilête; estas tábuas eram reünidas de modo a formar um caderno. Mais tarde, no século IV, a palavra *codex* passou a significar as colecções de leis, como os *codices Gregorianus, Hermogenianus* e *Theodosianus,* que no ano 529 foram substituídos pelo *Codex de Justiniano.* E nesta significação se manteve sempre, até que o progresso jurídico transformou as antigas colecções nos códigos modernos.

(2) Capitant, pág. 50. No mesmo sentido, Planiol, pág. 7.

grande questão sôbre as vantagens ou inconvenientes dos códigos, questão que se debateu principalmente na Alemanha, entre Thibaut e Savigny, representando respectivamente as doutrinas da escola filosófica ou do direito natural e as da escola histórica.

Thibaut e a sua escola, partindo do princípio fundamental da existência de um direito natural comum a todos os povos, reclamavam a unificação do direito germânico, imitando a França na confecção dum código civil.

Pelo contrário, Savigny, partindo do princípio fundamental da sua escola, que considera o direito como um produto histórico, que se vai formando e transformando continuamente na evolução das condições sociais, aliás muto variáveis de povo para povo, impugnava a idea da codificação, com o fundamento de que os códigos faziam cristalizar o direito, constituindo assim um obstáculo enorme ao seu desenvolvimento normal.

A codificação, dizia Savigny, desconhece o carácter histórico e evolutivo do direito, fixando-o como se êle fôsse imutável, e, esgotando as outras fontes da sua produção, paraliza o seu desenvolvimento ulterior. O direito perde assim a sua plasticidade, sendo encerrado num modelo que o deforma. E particularmente a Alemanha parecia a Savigny um terreno muito próprio para o desenvolvimento consuetudinário do direito, e por isso muito refractário à sua codificação. (1)

Os factos encarregaram-se de pôr têrmo à discussão, condenando a doutrina de Savigny contra os códigos.

Quási todos os países teem codificado o seu direito privado, tanto o civil como o comercial, e até o processo.

(1) A discussão entre Thibaut e Savigny começou por um folheto do primeiro intitulado *Uber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland* (1814), ao qual Savigny respondeu também com um folheto — *Vom Beruf unserer Zeit fur Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814).

A própria Alemanha, onde por muito tempo triunfou a doutrina de Savigny, acabou por se submeter ao império dos factos, organizando os seus códigos civil e comercial.

Na própria Inglaterra, que é a pátria mais dedicada do direito consuetudinário, há muito tempo já que magistrados e escritores reconhecem o atrazo e o cáos em que se encontra o direito, proclamando, por conseqüência, a necessidade de reconstruir as instituïções jurídicas pelo sistêma da codificação. (1)

A necessidade da codificação é hoje reconhecida geralmente, sobretudo para o direito privado.

«Há, com efeito, um momento, diz Capitant, em que, na vida de um povo, a codificação se torna uma verdadeira necessidade social. Ela é então acolhida como um benefício, porque simplifica e vulgariza o direito e coloca-o ao alcance de todos, e sobretudo, por que as regras editadas pelo legislador são condensadas em um livro único, e não há mais necessidade, para as descobrir, da erudição que exige o conhecimento de costumes antigos e variados ou de leis numerosas e distintas. (2)

Mas não é só por simplificar e vulgarizar o direito que a codificação se impõe. Nem mesmo nos parece que seja esta a principal e característica função dos códigos.

Aquela idea do professor Capitant só é verdadeira

(1) Já em 1870 Holland, no seu folheto *Essays upon the form of the law*, acentuava a enorme confusão da jurisprudência inglesa, constante de 50 volumes de costumes e 1200 casos julgados, concluindo que

> «uma dada matéria do direito inglês se parece menos a uma superfície plana bem definida do que a um córte vertical de uma formação geológica.»

E em 1885 Pavitt, no seu *Droit anglais codifié*, esperava que um dia, e não longe, os seus concidadãos se levantariam com serenidade e com fôrça contra o estado do direito — *Ce jour-là, au lieu du chaos, l'Angleterre aura un Code.*

(2) Capitant, pág. 52 e 53.

em relação ao direito objectivo, isto é, em relação ao conhecimento geral e superficial das leis.

Pelo que respeita ao direito subjectivo, isto é, ao conhecimento profundo do próprio conteúdo das leis, a codificação não o simplifica nem o vulgariza; e a prova disso é que os códigos só são bem conhecidos pelos poucos que, durante muito tempo, se dedicam ao seu estudo.

O que a codificação faz é organizar scientificamente o direito, reduzindo-o a um sistêma orgânico de princípios de vida social, em vez de um amontoado incoerente e confuso de leis avulsas.

E, sob êste ponto de vista, a verdade é que os códigos, em vez de serem obstáculo ao desenvolvimento do direito, constituem poderosos elementos da sua evolução progressiva, porque em cada fase da sua existência representam naturalmente o último grau de aperfeiçoamento das instituïções jurídicas.

É que, na verdade, a confecção dum código provoca sempre um intensivo trabalho de crítica e de elaboração das doutrinas jurídicas, por parte de todos os elementos ou órgãos destinados a exercer ou auxiliar a função jurídica.

A doutrina e a jurisprudência realisam nesse momento, e no mais elevado grau de intensidade, a sua função de fontes produtoras do direito.

Entretanto, é curioso que os próprios partidários da codificação lhe atribuem também inconvenientes graves.

Sem se chegar a dizer, com Savigny, que os códigos produzem a imobilização do direito, diz-se, porém, que êles produzem uma espécie de miragem absolutamente desfavorável aos progressos da sciência jurídica.

Um código, sobretudo um código civil, logo que é promulgado, adquire um tal prestígio, que durante algum tempo esconde aos olhos dos jurisconsultos todo o movimento da evolução do direito.

Daí resulta, diz-se, a tendência para considerar o código um monumento definitivo e indestrutível, no qual se não deve tocar senão com muito cuidado e circunspecção, e quando uma reforma é reconhecida como absolutamente indispensável. Por isso os projectos de reforma são geralmente vistos com desfavor, e combatidos por aqueles mesmos a quem compete intepretar e aplicar a lei.

É o que até certo ponto se tem dado com o nosso código civil, que precisa de reformas importantes em alguns dos seus capítulos, mas que, na verdade, se tem conservado quási imobilizado, à sombra do respeito bem merecido, é certo, mas também muito exagerado que se tem consagrado à obra da codificação.

Em 1903 foi apresentada na câmara dos deputados uma proposta de lei tendente a modificar e interpretar algumas das mais importantes disposições do código civil, que carecem de reforma ou interpretação.

Á parte os defeitos de que era afectada a proposta, é certo que as suas disposições correspondiam em grande parte às indicações da jurisprudência e aos princípios da sciência do direito.

Mas, apesar disso, a proposta de lei sucumbiu a certa altura da discussão, ou antes, perante o ataque parlamentar, sem que, ao menos, se substituisse por outra mais perfeita.

Contudo, se não podemos deixar de reconhecer êste facto do prestígio imobilizador dos códigos, não o consideramos, porém, como um inconveniente da codificação.

Êle é antes um sintoma da imperfeição e do conservantismo do processo legislativo, e ao mesmo tempo um sinal de falta de energia scientífica e renovadora nos diferentes cultores da sciência do direito.

Como inconveniente da codificação, diz-se também que os jurisconsultos se concentram no campo restrito das regras e fórmulas dos códigos, com prejuízo dos princípios que constituem pròpriamente a sciência do

direito; que os códigos são, em todo o caso, uma cristalização do direito, porque fora dêles fica o direito novo, que necessàriamente se vai formando com as mudanças da vida social e com o aparecimento de novas instituïções jurídicas; e que, por conseqüência, assim se vai operando pouco a pouco uma profunda scisão entre a doutrina e a jurisprudência, entre o direito teórico e o aplicado (1).

A verdade, porém, é que estes factos, na parte em que porventura possam representar inconvenientes, verificam-se também, e até com mais gravidade, no sistema legislativo avulso, com o grande predomínio do direito consuetudinário, aliás incompatível com as necessidades de precisão e certeza do direito moderno.

De resto, nada se opõe a que os códigos acompanhem o progresso jurídico, modificando-os sempre ao sabor das novas circunstâncias.

64. **Movimento da codificação. Os códigos modernos.** — O fenómeno da codificação é tão frequente na formação histórica do direito, que bem pode dizer-se com Ruggiero que êle constitui uma lei natural da evolução jurídica. Várias e muito diferentes são as causas que o teem determinado: umas vezes foi a necessidade de simplificar e ordenar as várias regras jurídicas dispersas em leis diversas e contidas em usos e costumes variados, dando-se certeza e estabilidade ao direito; outras vezes a necessidade de reduzir à unidade e uniformidade as legislações diversas vigorando nas diferentes partes do território dum mesmo Estado, sobretudo quando a codificação é o resultado dum movimento de unificação política; outras vezes foi a necessidade de introduzir reformas radicais na nova organização social

(1) Pode ver-se uma exposição brilhante dêstes pretendidos inconvenientes da codificação em Capitant, pág. 53 e segs.

e política resultante duma revolução; e muitas vezes são diversas causas que simultâneamente influem no movimento da codificação.

Assim aconteceu na idade antiga, quando depois de grandes perturbações sociais na Grécia e em Roma a legislação de Solon e das XII táboas deram ao povo um corpo único de leis inovadoras sôbre o passado; e quando no fim dum período de muitos séculos da evolução do direito romano o imperador Justiniano realizou a grande obra de compilação do *corpus juris civilis* constituído pelas três notáveis colecções: *Codex*, compilação das *leges* ou constituïções imperiais, *Digesta* ou *Pandectae*, compilação do *Jus*, isto é, das regras de direito contidas nos trabalhos dos jurisconsultos, e *Institutiones*, compilação sintética das regras de direito contidas nas obras dos jurisconsultos clássicos e nas constituïções imperiais, constituindo uma espécie de compêndio ou manual destinado ao uso das escolas.

O mesmo acontece também na idade moderna quando ao findar do século XVIII e no princípio do século XIX se desenhou na Europa o grande movimento da codificação moderna, que bem depressa se difundiu nas nações americanas.

Foi a necessidade de coleccionar os elementos dispersos duma legislação que se tornara confusa e incongruente e de unificar o direito das várias regiões, regidas umas pelo direito escrito e outras pelo direito consuetudinário (*droit coutumier*) constituído por uma série infinita de costumes locais e gerais, e foi ao mesmo tempo a profunda transformação social produzida pela revolução francesa, a causa complexa que determinou em França a codificação civil de 1804. Foi a necessidade de estabelecer uma legislação única capaz de consolidar a unidade política que provocou a codificação de 1865 na Itália e a de 1896 na Alemanha; foi principalmente a necessidade de simplificar o direito que determinou a codificação de 1794 na Prússia, a de

1811 na Áustria e a de 1863 na Saxónia; e foi, por fim, o espírito de imitação e o sucesso dos primeiros códigos, principalmente do francês, que levaram os outros Estados da Europa e da América, à excepção da Inglaterra e dos Estados Unidos, a fazer a codificação das suas leis.

Mas qualquer que tenha sido a causa imediata e particular para cada Estado, o certo é que o movimento da codificação foi devido principalmente às doutrinas filosóficas do século XVIII e teve a sua primeira elaboração na escola do direito natural.

O momento decisivo teve a sua realização no fim do século XVIII e no princípio do século XIX, com a publicação dos códigos civis da Prússia, da Áustria e da França, que constituíram três tipos diferentes da legislação civil moderna.

Já em 1756 tinha sido publicada na Baviera uma compilação de leis civis sob o nome de *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* (*Bayrisches Landrecht*).

Mas a verdadeira obra da codificação moderna foi a que se realizou na Prússia, em 1794, com o *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*, na França em 1804, com o *Código de Napoleão*, e na Áustria em 1811, com o *Código civil austriaco*.

Enquanto que o código bávaro havia deixado ainda subsistir como subsidiário o direito romano, as três novas legislações, elaboradas sob a influência directa das doutrinas da escola do direito natural, tiraram ao direito romano toda a autoridade como fonte de direito. Mas a codificação que acima de qualquer outra plantou como que um marco miliário na marcha ascencional da evolução jurídica foi indubitàvelmente a do código civil francês, dando o mais vigoroso impulso à corrente codificadora na Europa e na América.

Elaborada ao calor das idéas e das reformas da revolução, a nova legislação civil saíu das mãos de Bonaparte toda moldada nos novos princípios, e tanto

mais robusta e vital, quanto mais decididamente os seus compiladores souberam desembaraçar-se das velhas idéas e das antigas instituïções. E a influência exercida por ela foi tão grande, que a maior parte dos códigos modernos foram moldados pelo francês, sendo muitas das suas disposições uma verdadeira cópia.

Formulado pela Assemblea constituinte em 1791 o princípio da necessidade dum código de leis civis comuns a todo o reino, foi o encargo de compilá-lo conferido pela Convenção a Cambacères, que em nome do Comité de legislação apresentou em 9 de agosto de 1793 o seu primeiro projecto, o qual foi regeitado por parecer pouco revolucionário, tendo igual sorte os dois projectos que apresentou depois no ano II e no ano IV, bem como o projecto apresentado por Jacqueminot no ano VIII, o qual nem sequer chegou a ser examinado.

A glória devia pertencer a Bonaparte. Em 13 de agosto de 1800 o primeiro Cônsul nomeou uma comissão de quatro membros (Tronchet, Bigot de Préameneu, Portalis e Malleville), confiando-lhe o mandato de organizar o código em quatro meses, submetendo o projecto ao exame dos tribunais superiores de revista (*Cassation*) e de apelação (*Appel*), que propuzeram muitas modificações. Constitucionalmente as leis deviam ser elaboradas pela secção de legislação, e o projecto aprovado pela assemblea geral do *Conseil d'État*, submetido ao parecer do *Tribunat*, e por fim apresentado ao *Corps Législatif*, que o aprovava ou regeitava. Em face da oposição do Tribunado, o Corpo legislativo regeitou o primeiro título do projecto, e igual sorte se preparava para os outros, o que levou o primeiro Cônsul, a quem exclusivamente pertencia a iniciativa das leis, a retirar todos os projectos pela mensagem de 3 de janeiro de 1802, para tomar em seguida a enérgica deliberação de reduzir a 50 o número de membros do Tribunado, excluindo assim os que lhe eram hóstis.

E assim conseguiu Napoleão que no prazo dum ano (março de 1803 a março de 1804) fôssem discutidas e aprovadas as 36 leis que constituíram o código civil, e que pela lei de 21 de março de 1804 foram reünidas sob o nome de *Code civil des français*.

Duas edições oficiais foram depois publicadas: uma pela lei de 3 de setembro de 1807, que o pôz em harmonia com o novo regime imperial e lhe deu o nome de *Code Napoléon;* e outra pela ordenação de 17 de julho de 1816, que substituiu as expressões correspondentes do regime imperial pelas equivalentes da realeza, enquanto a Carta de 1814 lhe havia restituído o primitivo nome, o qual foi definitivamente mudado para *Code Napoléon* pelo decreto de 27-30 de março de 1852.

Apreciando o mérito da grande obra, de que Napoleão justamente se orgulhava pela parte activa que teve na sua elaboração (1), diz Ruggiero: «perfeição e defeitos existem nele, mas muito mais aquelas de que estes, pela clareza da redacção, pela precisão e expressão geral das suas normas, que evitam cuidadosamente os particularismos excessivos e são por isso aptas para todos os desenvolvimentos ulteriores por parte da jurisprudência, e sobretudo pelo carácter positivamente prático, despido de todo o doutrinarismo, que o distingue profundamente do código civil alemão, publicado um século mais tarde. Do seu valor são prova dois factos: que êle serviu de modêlo à maior parte dos Estados da Europa e da América, quando se resolveram a codificar o seu direito civil, e alguns Estados até o adoptaram como próprio (por exemplo, Westfalia, Hanover, Granducados de Francfort, Baden e Nassau, reino de Nápoles, cantões de Genebra e de Berne); e embora modifi-

(1) São memoráveis as palavras proferidas pelo desterrado em Santa Helena: «A minha glória não é ter ganho quarenta batalhas. Aquilo que ninguém destruirá, o que viverá eternamente, é o meu código civil, são as actas do Conselho de Estado».

cado por uma extensíssima série de leis posteriores, depois de mais de um século de vigência subsiste ainda hoje como obra vital e capaz, em virtude, é certo, da mais ampla liberdade que a jurisprudência tem conquistado, de reger uma sociedade radicalmente transformada em relação à que era a sociedade do princípio do século XIX, e de disciplinar uma série de relações jurídicas e sociais, que as novas sociedades teem creado, e de que um século antes nem sequer se suspeitava a existência» (1).

O exemplo da codificação francesa não só se difundiu ràpidamente nas outras nações latinas ou de civilização semelhante, mas na própria Alemanha provocou um forte movimento em favor da codificação do direito civil. E, não obstante a polémica doutrinária, tornou-se intenso e geral o desejo de ter um código civil único, que estabelecesse um sistema completo e exclusivo de normas para todas as matérias de direito civil. A êste desideratum opunha-se porém o fraccionamento político dos diversos países alemães, que tinham as suas respectivas legislações particulares: *direito territorial da Prússia,* o *código austríaco,* o *código saxónico,* o *código francês,* etc.

Ao passo que se foi realizando a unificação política, foi-se acentuando a tendência para a unidade jurídica. Com a Confederação dos Estados do norte operou-se uma relativa centralização do poder legislativo para todos os países confederados, e o produto da actividade dêste órgão único foram o *código geral de comércio* e a *ordenação cambiária.* E com a creação do Império alargou-se a competência legislativa do poder central, até que pela lei de 20 de dezembro de 1873 se estendeu a todas as matérias de direito civil. Desde então começou activamente o trabalho da codificação.

(1) Ruggiero, I, pág. 101-110.

Uma comissão preparatória, de que fazia parte o grande comercialista Goldschmidt, dispõe o plano e o método de trabalho, com a indicação das matérias que deviam entrar no código; depois uma outra comissão, de que faziam parte práticos e dois eminentes teóricos, o romanista Windscheid e o germanista Roth, elaborou o primeiro projecto do código civil germânico, que foi apresentado ao parlamento em 1887, sendo publicado com os *Motivos* em 5 volumes.

O projecto foi alvo de severas críticas, censurando-se-lhe o caracter excessivamente doutrinário e romanístico, o seu alheamento da vida e do povo, não garantindo eficazmente a protecção dos fracos, e concluía-se, portanto, que era necessário modificá-lo *ab imis* ou pô-lo de parte. E reconhecendo-se que uma radical transformação só podia ser feita por novos homens, e não apenas por juristas mas por práticos, foi nomeada outra comissão composta de numerosos membros representando os vários interêsses nacionais (industriais, bancários, minerários) e as várias correntes de idéas (conservadores e reformistas), embora não fôssem cultores de doutrinas jurídicas.

Assim foi elaborado o segundo projecto, que transformou radicalmente o primeiro, simplificando-o e aproximando-o das tradições do direito germânico. Apresentado no parlamento, foi por êste submetido ao exame duma comissão de vinte e um membros, que o reviu e aprovou, sendo finalmente votado pelo Bundesrath, e publicado em 18 de agosto de 1896, para começar a vigorar em 1 de Janeiro de 1900.

O professor italiano Ferrara aprecia assim o código germânico: «representa pela técnica, profundeza e vastidão, um dos mais altos monumentos legislativos. Ordem sistemática, sólida construção dos princípios jurídicos, generalidade e certeza das suas disposições, precisão terminológica, e depois um cuidado constante pelas necessidades do comércio, pela boa-fé, pela pro-

tecção dos fracos, constituem os méritos imorredouros desta grande obra legislativa. O código germânico é pròpriamente a antítese do francês e do nosso. Enquanto o génio latino se expande ligeiro e elegante, esboçando os institutos numa pincelada, com raios de luz e com sombreados, o génio alemão, pelo contrário, é medido, sistemático, profundo, estuda e descrimina todos os aspectos e lados dos institutos, com um exame completo e rigoroso de análise, mas por isso mesmo o regulamento resulta por vezes complicado, dogmático, duro» (1).

Depois do código alemão a Suíça elaborou também o seu código civil, com a mesma perfeição de técnica legislativa e de sistema scientífico, se bem que mais sóbrio ainda de doutrinarismo, com carácter mais prático e mais simples. O projecto foi preparado por Huber, e apresentado à Assembleia federal em 1904; sendo aprovado pelo Conselho Nacional e pelo Conselho dos Estados em 1907, o código foi publicado nas três línguas nacionais em 2 de janeiro de 1908, para começar a vigorar em 1 de janeiro de 1912.

Tem apenas 977 artigos, abrangendo os direitos das pessoas, direitos reais, da família e de sucessão, pois que as obrigações são reguladas pelo *Código federal das obrigações,* de 30 de março de 1911, que substituiu o de 1881.

Finalmente, com a mesma orientação dos códigos alemão e suíço, foi promulgado no Brasil, pela lei n.° 3071 de 1 de janeiro de 1916, para entrar em vigor em 1 de janeiro de 1917, o *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil,* que contém uma *parte geral,* com três livros, tratando respectivamente das *pessoas,* dos *bens* e dos *factos jurídicos,* e uma *parte especial,* com quatro livros, tratando de *direito de família,* do

(1) Ferrara, *Trattato di diritto civile italiano,* I, pág. 172.

direito das cousas, do *direito das obrigações* e do *direito das sucessões.*

O código brasileiro é o fruto duma longa elaboração doutrinal e parlamentar. Depois do insucesso dos projectos de Teixeira de Freitas, em 1859, Nabuco de Araújo, em 1872, Felício dos Santos, em 1881 e Coelho Rodrigues, em 1890, para a organização dum código civil, foi em 1899 incumbido desta missão o ilustre jurisconsulto e professor da Faculdade de Direito de Pernambuco Dr. Clovis Bevilacqua, que em novembro do mesmo ano apresentou o seu projecto, precedido de um substancioso relatório justificativo da obra.

O ministro da Justiça e Negócios Interiores, Epitácio Pessoa, nomeou uma comissão de jurisconsultos para o rever, apresentando-o, depois de revisto, em 1900, ao Presidente da república, que em 17 dêsse mês o apresentou ao Congresso. Nesse mesmo dia resolveu o Congresso discuti-lo na sessão do ano seguinte, enviar exemplares do projecto ao Supremo Tribunal Federal, aos magistrados superiores, às Faculdades de Direito, aos Presidentes dos Estados, ao Instituto da Ordem dos Advogados e aos jurisconsultos que a mesa da Câmara julgasse conveniente, para que no prazo de seis meses apresentassem emendas ou observações.

O autor do projecto foi estudando os pareceres recebidos na secretaria da Câmara e respondeu aos das Faculdades de Direito do Rio de Janeiro e de Minas Gerais, do Instituto da Ordem dos Advogados e do jurisconsulto António Coelho Rodrigues.

Aberta a sessão parlamentar de 1901, foi o projecto deposto na mesa da Câmara, pelo prazo de dez dias, afim de serem apresentadas emendas, sendo depois publicado com estas e submetido a uma comissão de vinte e um deputados, a qual iniciou os seus trabalhos de revisão em 27 de julho dêsse ano, terminando-os em 18 de janeiro de 1902, e apresentando o projecto

revisto e emendado em sessão de 26 dêsse mês e ano, com um longo relatório de Sílvio Romero.

Depois de rápida discussão foi o projecto aprovado, e enviado ao Senado em 8 de abril de 1902 (1). O Senado havia já nomeado em 22 de março uma comissão especial para estudar o projecto, da qual foi presidente e relator o notável jurisconsulto Rui Barbosa, que no dia 3 de abril apresentou um extenso parecer, criticando a redacção do projecto, com emendas à maior parte dos artigos. O projecto foi depois estudado no Senado ainda por três comissões nomeadas em 1908, 1909 e 1911, mas só a última apresentou parecer em 13 de setembro de 1912 aprovando quasi tôdas as emendas de Rui Barbosa, votando-se depois de curta discussão o projecto em dezembro do mesmo ano de 1912.

Voltou o projecto ao Congresso com 1757 emendas. Foi nomeada uma comissão para apreciar essas emendas, a qual apresentou o seu parecer em 11 de abril de 1913, e em julho de 1915 terminou a discussão e votação, rejeitando-se 94 das emendas do Senado. Em 22 do mesmo mês e ano voltou o projecto ao Senado, onde foram mantidas 24 dessas emendas, voltando à Câmara, que ainda rejeitou 9, sendo afinal o projecto definitivamente aprovado e redigido em sessão conjunta das comissões da Câmara e do Senado (2).

Sôbre o mérito intrínseco do Código civil brasileiro, não temos dúvida em perfilhar a apreciação que dêle fez

(1) Todos estes trabalhos preparatórios foram publicados em oito volumes com o título: *Projecto do código civil brasileiro. Trabalhos da comissão especial da Câmara dos deputados.* E em 1906 publicou Clovis Bevilacqua o seu livro *Em defesa do projecto do código civil brasileiro.*

(2) Os trabalhos da revisão do Senado foram publicados sucessivamente em quatro volumes sob o título: *Projecto do código civil brasileiro. Trabalhos da comissão especial do Senado.* E o trabalho da comissão da Câmara sôbre as emendas do Senado foi publicado sob o título: *Emendas do Senado ao projecto da Câmara, n.º 1, 1902, do código civil brasileiro, com o parecer da comissão especial.*

o ilustre professor da Faculdade de Direito do Rio de Janeiro, Dr. Paulo de Lacerda, num artigo publicado no *Jornal de Comércio*, daquela cidade, em 25 de dezembro de 1915, dizendo que «o Código Civil Brasileiro é o maior monumento de codificação jurídica da América.»

E para se reconhecer a importância que tem para nós o novo código, basta notar que, sendo constantes e imensas as relações jurídicas luso-brasileiras, a cada passo temos de fazer aplicação da lei brasileira, até mesmo nos nossos tribunais, pois que nas relações jurídicas internacionais muitas vezes se aplica a lei nacional dos sujeitos da relação (cód. civ., art. 27.º).

65. **Diferentes sistemas na codificação do direito civil.** — A organização do código civil exige um critério scientífico, destinado a sistematizar com a perfeição possível todo o conjunto de preceitos e princípios do direito civil.

Mas compreende-se bem que, tratando-se de matéria tão vasta e complexa, muitos são naturalmente os sistemas propostos.

Pondo de parte a análise de cada um dêles, o que importa, porém, é conhecer os principais tipos a que êsses diversos sistemas se reduzem.

Ora, os principais são:

a) o sistema romano das *Institutas;*

b) o sistema do código de Napoleão;

c) o sistema baseado na classificação dos direitos nas obrigações;

d) o sistema baseado nas categorias de relações jurídicas do indivíduo;

e) o sistema baseado no objecto dos direitos; e

f) o sistema baseado nas próprias condições da vida jurídica do sujeito dos direitos.

66. **Sistema romano das Institutas. Suas variantes — Código austríaco e Cimbali.** — As *Instituïções* do direito romano, geralmente conhecidas pelo nome de *Institutas*, constituem precisamente uma sistematização sintética do *jus civile*, mandada fazer por Justiniano, com o fim de servir para o ensino do direito.

O critério adoptado derivou naturalmente da própria constituïção do direito subjectivo, cuja análise nos revela os três elementos: *sujeito* ou *pessoa*, *objecto* ou *cousa*, e *garantia* ou *acção*.

Assim se diz logo no princípio das *Institutas*: *Omne autem jus quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones.*

E assim o direito civil foi dividido nos três tratados ou partes clássicas — as *pessoas*, as *cousas* e as *acções*.

A sistematização tripartida do direito romano preponderou até ao século XVIII, ou, pode mesmo dizer-se, até à fase da codificação moderna, iniciada pelo código francês; mas já no século XVII começou a ser fortemente combatida, sobretudo na Alemanha, onde os jurisconsultos proclamavam a necessidade de adoptar um critério mais rigoroso, que fôsse baseado na própria classificação dos direitos.

O combate foi iniciado principalmente por Leibnitz, com o fundamento de que, sendo o sujeito e o objecto elementos essenciais de todo o direito, não tinha lógica, e era inadmissível, um sistema que separa as pessoas das cousas.

Na mesma ordem de idéas Blondeau classificou de absurda a triangulação das *Institutas*, equiparando-a ao sistema que dividisse a Botânica em três capítulos: jardineiro, terreno e plantas (1).

Como variantes do sistema romano, devemos mencionar o sistema do código austríaco e o sistema proposto por Cimbali.

(1) Cogliolo, *Saggi sopra l'evoluzione del diritto privato*, pág. 85 e segs.; Bélime, *Philosophie du droit*, pág. 526 e segs.

O código austríaco divide o direito civil em três partes — *direitos das pessoas, direitos sôbre as cousas* e *disposições comuns*, compreendendo nesta última:

a) garantia dos direitos e obrigações;
b) a transformação dos mesmos;
c) modos por que se extinguem; e
d) a prescrição e o usocapião.

O sistema do código austríaco foi elogiado por Cimbali, um dos mais brilhantes cultores italianos do direito civil moderno, no seu folheto sôbre *Lo studio del diritto civile negli stati moderni*, porque muito se parece com o sistema proposto por Cimbali na sua bela obra *La nuova fase del diritto civile*.

Nessa obra genial, que é uma das melhores e porventura a mais brilhante exposição e crítica dos problemas fundamentais da renovação do direito civil, propôs Cimbali para o novo *Código do direito privado social* a organização em três partes: *pessoas*, *cousas* e *relações jurídicas*.

As duas primeiras são a estática do direito, ou sejam, os elementos que o constituem em si mesmo; e a terceira é o direito em vida, em acção, é a sua dinâmica.

Muito semelhante é também o sistema apresentado por Müklenbruch, na sua *Doctrina Pandectarum*, dividindo o direito em duas partes, uma geral e outra especial, sendo esta dividida em três capítulos: *pessoas*, *cousas* e *obrigações*.

As variantes da tripartição romana teem a vantagem de substituír a matéria da terceira parte, as *acções*, por um outro grupo de factos jurídicos, que tem a sua razão de ser à parte do tratado das pessoas e das cousas, enquanto que as acções pertencem ao processo, e não ao direito civil substantivo.

Em todo o caso, qualquer dêstes sistemas tem sempre o defeito de separar os elementos essencialmente constituïtivos do direito, sendo certo que êles são inseparáveis; e, àlém disso, não estabelecem uma coordenação lógica entre as diferentes partes, de modo a mostrar a sua interdependência como elementos do mesmo todo orgânico.

67. **Sistema do código francês. Código italiano, espanhol e outros.** — Os autores do código de Napoleão não adoptaram integralmente a trilogia do direito romano, mas estabelecêram uma outra tripartição quási idêntica.

O código francês é dividido em três partes ou livros:

I — *Des personnes;*

II — *Des biens et des différentes modifications de la proprieté;*

III — *Des différentes manières dont on acquiert la proprieté.*

É, no fundo, o sistema romano, apenas com a modificação de ser eliminado o tratado das acções, e de ser desdobrado em dois o tratado das cousas.

Além dos três livros, o código francês tem um título preliminar, que se compõe apenas de seis artigos de princípios gerais sôbre a formação e a aplicação das leis.

O sistema do código francês tem sido criticado por falta de lógica e de sistematização scientífica na ordem e disposição das matérias.

Basta notar que o livro III (art. 711.º a 2281.º) é mais de duas vezes maior que os dois primeiros reünidos; e êste facto é devido à reünião, que nele se faz, de sete grandes matérias ou capítulos do direito civil: as sucessões, as doações e testamentos, a teoria geral das obrigações, as regras próprias dos contratos especiais, os regimens matrimoniais, os privilégios e hipotecas, e a prescrição.

Entretanto a maior parte dos civilistas franceses defendem o sistema do código, dizendo que o purismo rigoroso de lógica e sistematização scientífica, sendo, com efeito, necessário e muito importante para o ensino ou para a confecção dum livro doutrinário, não tem a mesma razão de ser na organização dum código. Nos códigos, dizem, não é mesmo possível atingir a perfeição scientífica, porque êles não são, nem devem ser, outra cousa senão um conjunto de regras de carácter exclusivamente prático, que devem ser formuladas com toda a precisão e clareza.

Um código não pode ser de modo algum um sistema filosófico de doutrinas e teorias.

O que deve ser é um sistema de preceitos legais, ordenados lògicamente, de modo a tornar fácil a sua compreensão.

Numa palavra: o processo legislativo é muito diferente do processo scientífico.

E, como obra legislativa, o código francês tem satisfeito as exigências de muitos legisladores, que o tomaram por modêlo na disposição geral das matérias.

É assim que nos códigos italiano, espanhol e outros, foi adoptada a mesma divisão em três partes.

Mas a verdade é que o sistema do código francês está longe de ser aceitável, mesmo no ponto de vista legislativo, porque, além dos defeitos já indicados, não dá uma idea de conjunto da constituïção e vida do organismo do direito civil.

68. **Sistema baseado na classificação dos direitos ou nas obrigações — Sistema germânico.** — No fim do século XVIII, quando se acentuou o descrédito do sistema romano, surgiu na Alemanha, e passou depois para a França, a idea de organizar a sistematização do direito, tomando por base a própria classificação dos direitos, ou a própria obrigação como elemento jurídico correspondente a todo o direito.

Mas a idea de organizar o sistema do direito civil, tomando por critério o sistema das obrigações, não tomou raízes no terreno da sciência, e muito menos no da legislação.

Com razão tem sido regeitado o critério das obrigações, porque seria realmente estranho um sistema de direito em que se atendesse mais à obrigação do que aos próprios direitos, que se pretende definir e regular.

Seria tomar o acessório e secundário, em vez do primário e principal.

E assim o eminente jurisconsulto António Luís de Seabra, que foi o autor do nosso código, se justificava plenamente na sua *Apostila à censura do Sr. Alberto de Morais Carvalho, sôbre a primeira parte do Projecto do Código civil:*

«A obrigação é um elemento secundário, uma idea relativa, que presupõe necessàriamente a existência de um direito. E posto que o direito indique também necessàriamente a idea de uma obrigação, geral ou particular, é certo que o direito pode nascer, subsistir, e perecer independentemente da obrigação, o que não acontece à obrigação em relação ao direito. O direito exprime um princípio absoluto e independente, — a obrigação um princípio subordinado e dependente».

E assim compreende-se bem como, nesta ordem de ideas, prevalecesse a idea de tomar como ponto de partida, para a sistematização jurídica, a própria classificação dos direitos, tanto mais que a das obrigações só poderia lògicamente fazer-se subordinada a dos direitos correlativos.

Êste sistema desenvolveu-se principalmente entre os escritores alemães, podendo caracterizar-se como diferenciados três tipos de sistematização, correspondentes às principais classificações dos direitos subjectivos. O primeiro dêstes sistemas, representado por Leibnitz, é o da classificação dos direitos, segundo a sua origem ou fundamento, compreendendo direitos que resultam:

a) da própria natureza;
b) das convenções;
c) da posse;
d) da sucessão;
e) dos delitos.

Êste sistema foi criticado por Bélime, por ser muito incompleto e destituído de lógica, pois que, entre outros defeitos, não tinha lugar para as provas, e distribuia a mesma categoria de direitos, como, por exemplo, as servidões, pelos diferentes capítulos do código, conforme a sua diversa causa jurídica (1).

Outro sistema, representado por Thibaut, é o que corresponde, até certo ponto, à classificação dos direitos em meramente *pessoais* e *patrimoniais*, com a subdivisão dêstes em *reais* e de *crédito* ou *pessoais*.

Thibaut, na sua obra *System des Pandekten Rechts*, dividia todo o sistema jurídico em duas partes, uma de princípios gerais, e a outra (parte especial), em que expunha pròpriamente o direito civil, era dividida em três secções:

I — Direito de governar (direito financeiro e policial, compreendendo neste o poder paternal e a tutela);
II — Direitos reais;
III — Direitos pessoais.

Também esta sistematização foi já criticada por Bélime, como sendo excessivamente didática, e por isso imprópria para uma obra legislativa (2).

De modo que o sistema que vem a prevalecer, entre os jurisconsultos que perfilham esta orientação, é o da classificação dos direitos, segundo os diferentes grupos

(1) Bélime, pág. 529.
(2) Bélime, pág. 530 e segs.

de relações jurídicas, que nós chamamos a classificação germânica.

O sistema foi exposto e adoptado por Savigny na sua obra clássica sôbre o *Sistema do Direito romano moderno;* e teve na Alemanha um tal sucesso, que foi seguido por muitos dos melhores escritores, e foi consagrado na organização do código civil, que está dividido precisamente nas cinco partes de Savigny: *parte geral, direito das cousas, direito das obrigações, direito de família* e *sucessões.*

Também êste sistema foi criticado por Bélime, como sendo muito complicado, e por isso inferior ao do código de Napoleão, onde é muito mais fácil encontrar, segundo aquele escritor, os preceitos reguladores de qualquer relação jurídica (1).

Mas é certo que o sistema triunfou na Alemanha, tem sido adoptado pelos modernos escritores, e foi consagrado pelos modernos códigos civis (Suíça e Brasil).

Parece-nos inaceitável a classificação germânica dos direitos, sob o ponto de vista scientífico, pelas razões já expostas (supra n.º 61), embora não perfilhemos a crítica de Bélime, pois que no código germânico é tão fácil encontrar os preceitos legais procurados, como nos códigos moldados pelo código de Napoleão. Mas podemos aceita-la como sistema legislativo, tanto mais quanto é certo que ela tem vantagens como sistema doutrinário.

69. **Sistema das categorias de relações jurídicas do indivíduo.** — Êste sistema tem o seu fundamento no próprio objecto do direito, que é o conjunto das relações particulares e sociais dos cidadãos.

Sendo assim, um critério, que naturalmente se

(1) Bélime, pág. 532 e segs.

apresenta, é determinar as diferentes espécies de relações jurídicas do indivíduo, para traçar o plano geral dum código civil.

Foi assim que Vadalá-Papale, examinando as diferentes relações sociais do indivíduo, e reduzindo-as a três séries ou grupos, apresentou como plano de organização scientífica do código civil a sua divisão em três partes:

I — Relações do indivíduo com o Estado;
II — Relações do indivíduo com o património;
III — Relações familiares (1).

Êste sistema é inferior a qualquer dos outros, porque, além de compreender as relações jurídicas do direito públíco, limita-se a fazer a distinção dos direitos patrimoniais e familiares.

70. **Sistema baseado no objecto dos direitos.** — O objecto dos direitos traduz-se, como já dissémos, em *cousas* e *actos* ou *serviços.* E neste elemento constituïtivo dos direitos procuraram alguns jurisconsultos basear a sistematização do direito civil.

Mas esta base foi abandonada, por insuficiente.

Referindo-se a êste sistema, assim se exprimia o autor do nosso código civil, na sua *apostila* já referida:

« Poderiamos nós fundar o nosso sistema no objecto do direito? Não, certamente, ou se considere êsse objecto como *cousas,* ou como *serviços; não as cousas,* porque seria impossível resumi-las, classifica-las, e compreende-las todas na massa existente e possível; *não os serviços,* pela sua própria natureza variável e indefinida; e *não as cousas* e *serviços,* porque só acidentalmente

(1) Vadalá-Papale, *Il Codice Civile italiano e la Scienza,* pág. 41 e segs.

aparecem como elemento do direito, e o direito não seria o que é, se não assentasse sôbre princípios certos e invariáveis».

Contra esta doutrina insurgiu-se o ilustre jurisconsulto brasileiro Teixeira de Freitas, no seu opusculo *Nova apostila à censura do Sr. A. de M. Carvalho sôbre o Projecto do Código Civil Português*, dizendo: «que o sistema do código podia certamente fundar-se no objecto do direito, que são *cousas e serviços;* a divisão primária estava pois à flor da terra nesta dualidade, *direitos reais, jura in re*, e *direitos pessoais*, que se dividiam depois em direitos pessoais de relações de família, *jura potestalis*, e em direitos pessoais das relações civis, direitos pessoais sôbre as cousas, *jura in rem;* todavia o autor do projecto, considerando em separado as coisas e os serviços, dizendo dumas que lhe não podiam servir de fundamento, porque seria impossível classificá-las e compreendê-las todas na sua massa existente e possível; dizendo doutros que lhe não podiam servir de fundamento pela sua natureza variável e indefinida, concluia que as coisas e os serviços não podiam ser a base da divisão do código».

Mas eram falsas ao mesmo tempo a conclusão e as premissas, concluía o jurisconsulto brasileiro. Era claro que as coisas, por si só, não podiam servir de fundamento ao código, nem também os serviços por si sós; mas, de o não poder ser cada uma destas coisas de per si, não se seguia que o não podessem ser ambas; concluir de uma para outra impossibilidade era cometer o sofisma de atribuir ao todo o que só era verdade de cada uma das partes. O objecto do direito eram *coisas* e *serviços;* não se demonstrava pois, coisa alguma, quando se demonstrava que não se podia constituir um código com um só dêsses elementos.

Também não era exacto, dizia Teixeira de Freitas, que as coisas e os serviços se não podessem classificar; todos os códigos e o próprio projecto faziam das cousas

as divisões necessárias para o direito, e do mesmo modo faziam também a divisão das estipulações ou contratos; sem tais classificações, cuja possibilidade se negava e cuja existência se via, seria mesmo impossível qualquer código e o próprio ensino do direito (1).

A conclusão que naturalmente resulta é que, na verdade, o sistema do objecto dos direitos é insuficiente, reduzindo-se afinal ao da distinção dos direitos reais e pessoais.

71. **Sistema derivado da própria vida jurídica do sujeito do direito.** — Foi o sistema adoptado pelo autor do nosso código; e por nossa parte entendemos que é o mais aperfeiçoado entre os que conhecemos e deixamos expostos.

Eis como êle o deduziu:

«Para chegarmos a êste resultado, entendemos que o melhor meio seria emanciparmo-nos de quaisquer preconceitos: fechar os livros, e consultar ùnicamente a própria natureza das cousas, que ràramente deixa de responder com proveito a quem sabe interrogá-la.

«Qual é o nosso fim? dissemos. — Expôr o direito civil na sua ordem mais simples e natural. Ora essa ordem não pode ser fundada senão na mesma natureza do direito. *E que é o direito civil? — Sem dúvida o complexo das regras ou disposições legais, que determinam e regem as relações privadas dos cidadãos entre si.* — Ora, quais são os elementos jurídicos essenciais nestas relações? — O sujeito dos direitos, ou seja o credor, — o sujeito da obrigação, ou seja o devedor, — e o objecto dêsses mesmos direitos e obrigações.

«Poderiamos nós fundar o nosso sistema no objecto

(1) Dr. Laranjo, *A organização dos estudos na faculdade de direito. Livros adoptados e expositores mais seguidos*, artigo publicado no *Instituto*, vol. XLI, 3.ª série, n.º 3, pág. 176-178.

do direito? Não, certamente, ou se considere êsse objecto como cousas, ou como serviços.

«Poderiamos nós fundar o nosso sistema debaixo do ponto de vista das obrigações? Também não.

«Restava-nos pois o sujeito do direito, e foi êsse o ponto de vista que adoptamos na formação do nosso plano.

«Mas como no sujeito do direito há necessàriamente duas ideas predominantes e distintas, — o poder ou seja a autonomia, a faculdade imanente, — e a acção, ou faculdade prática, — cumpria definir a primeira, antes de tratar da segunda, — ou por outras palavras — era necessário começar pelo princípio — definir primeiro a capacidade do ente jurídico, em que se resume a sua existência ideal, antes de entrar no exame da vida que lhe é própria, — *no reconhecimento dos meios porque pode adquirir os elementos externos necessários à sua existência, e de como os pode fruïr, conservar e defender.*

«Achamos pois, que todo o direito (no sentido determinador ou regulador) necessàriamente devia referir-se a quatro pontos capitais, que podiam servir como de pontos de triangulação no levantamento da nossa carta jurídica — a saber:

«1.° Natureza do ente jurídico (capacidade);

«2.° Seus meios de vida (aquisição);

«3.° Fruïção dêsses meios (propriedade);

«4.° Conservação (violação, defesa dos direitos).

«Os jurisconsultos, que teem dado alguma atenção às teorias metódicas, reconhecerão fàcilmente que o nosso plano é inteiramente novo, lógico, simples, natural, e completo, pois não pode haver espécie alguma de direitos, que não entre necessàriamente em alguma das casas indicadas. Para ser entendido basta pronùncia-lo, — e para enuncia-lo bastam quatro palavras.

«Em harmonia com esta doutrina acha-se o nosso Código Civil dividido em quatro partes, na primeira das

quais se trata *da capacidade civil*, na segunda *da aquisição de direitos*, na terceira *do direito de propriedade*, e na quarta *da ofensa dos direitos e da sua reparação*».

72. **Confecção do Código civil. Suas fontes.** — A necessidade de codificar o nosso direito civil havia-se manifestado já antes do regimen liberal.

As Ordenações Filipinas, além do defeito de terem sido outorgadas por um soberano extrangeiro, estavam longe de constituir um verdadeiro código, e não correspondiam já às necessidades da época.

Por isso logo em 1641 os procuradores dos concelhos pediram em côrtes a formação dum código civil.

A insuficiência das Ordenações agravou-se ainda mais com a acumulação sucessiva de muitas leis, que se foram publicando, e sobretudo com as grandes reformas pombalinas.

Por isso em 1778 foi nomeada uma junta ou comissão para rever a legislação civil.

Mas, como esta junta não levasse a termo os seus trabalhos, foi encarregado, em 1783, o grande jurisconsulto Dr. Pascoal José de Melo Freire de elaborar um trabalho de reforma dos livros 4.° e 5.° das Ordenações, trabalho que foi feito e chegou a ser revisto por uma comissão, para êsse fim nomeada.

O advento do regimen liberal fez naturalmente caducar êsses trabalhos, e em sessão das côrtes constituintes de 8 de fevereiro de 1821 foi apresentado um projecto de decreto para a formação de um código civil, deliberando as côrtes em 27 de agosto de 1822 oferecer um prémio a quem melhor trabalho apresentasse, deliberação que foi convertida em lei de 3 de setembro do mesmo ano.

Oferta igual foi repetida por decreto de 25 de abril de 1835, para quem apresentasse até 10 de janeiro de 1837 um projecto de Código, que merecesse ser aprovado.

Não tendo sido aprovados os trabalhos apresentados, foi nomeada uma comissão em 10 de dezembro de 1845,

para redigir os códigos penal e civil; mas a comissão nada fez sôbre o código civil.

Por decreto de 8 de agosto de 1850 foi encarregado de organizar o código civil o eminente jurisconsulto e magistrado António Luís de Seabra, que foi depois Visconde de Seabra.

No mesmo decreto foi nomeada uma comissão composta de professores da Faculdade de Direito, para rever, juntamente com o autor do projecto do código, os trabalhos por êle apresentados para discutir o plano geral do código (1).

Mas depois o encarregado do projecto julgou prefe-

(1) Esta comissão, que era composta dos Drs. Vicente Ferrer Neto Paiva, Manuel António Coelho da Rocha, Joaquim José Pais da Silva e Domingos José de Sousa Magalhães, reuniu por diversas vezes em Coimbra, no ano de 1850, discutindo em diversas sessões o plano geral do projecto, e um quadro das matérias conformes a êsse plano, revendo 490 artigos, mas os seus trabalhos foram interrompidos, resolvendo António Luís de Seabra elaborar sósinho o projecto, apresentando-o à revisão depois de completo.

Cinco anos depois, em sessão da câmara dos deputados de 22 de junho de 1855, apresentava êle, com efeito, a primeira parte do projecto, relativa ao *estado das pessoas*, compreendendo 14 títulos e 381 artigos; e três anos passados, apresentava ao govêrno, ja completo, o chamado *Projecto primitivo*, para cujo exame e revisão foram agregados à antiga comissão os seguintes jurisconsultos: Abel Maria Jordão de Paiva Manso, Alexandre Herculano, António de Azevedo Melo e Carvalho, António Gil, António de Oliveira Marreca, Francisco António Fernandes da Silva Ferrão, Francisco Jerónimo da Silva, João Baptista da Silva Ferrão de Carvalho Martens, Joaquim Filipe de Soure, Joaquim José da Costa Simas, Levy Maria Jordão, Rodrigo Nogueira Soares, Vicente Ferreira Soares, José Antonio Ferreira Lima, José Júlio de Oliveira Pinto.

Iniciou esta comissão os seus trabalhos em 9 de março de 1860; e pela última vez se reuniu em 30 de agosto de 1865, dando por finda a sua missão, e nomeando uma sub-comissão, composta por Seabra, Vicente Ferrer, Alexandre Herculano, José Júlio de Oliveira Pinto, para darem ao *Projecto do código* a redacção definitiva.

Foram seis as edições do *projecto do código civil*, dadas à publicidade, três pelo Visconde de Seabra, e as restantes pela *Comissão Revisora*. A primeira, que apenas abrangia a 1.ª parte foi impressa em Lisboa, na Imprensa Nacional, em 1857 sob o título de *Projecto do código civil português;* a segunda foi impressa em Coimbra, na Imprensa da Universidade, em 1858, sob o título de *Código civil português*, projecto redigido por António Luís de Seabra; a terceira, tem o mesmo título, com a indicação, na capa, de ser a 2.ª

rível trabalhar por si só, e apresentar o trabalho depois de todo concluido.

Concluiu-o em 1858, e a comissão revisora, embora completasse e melhorasse em muitos capítulos várias disposições do projecto, não fez profundas alterações na sua doutrina, a não ser a supressão da matéria das *acções*, que formava o objecto dos títulos I a IX do livro II da quarta parte do código.

Por esta questão de método resolveu o autor do projecto abandonar os trabalhos da comissão em 1863, resultando provavelmente dêste facto muitas das desarmonias e incoerências que existem entre muitas disposições do código.

Depois de revisto foi o projecto apresentado às côrtes, sendo aprovado quási sem discussão nem alterações, excepto na matéria do casamento civil, onde se estabeleceu o princípio, aliás de simples aparência, de que esta fórma do casamento era só para os não católicos.

As fontes de que se serviu o autor do código, na elaboração dos seus preceitos, foram principalmente:

a) o nosso direito anterior, e os trabalhos dos nossos jurisconsultos, especialmente a obra magistral de

edição, e foi também impressa em Coimbra, no ano de 1859; a quarta foi impressa em Lisboa, na Imprensa Nacional, em 1863, com o título seguinte: *Código civil português*, redigido por António Luís de Seabra e *examinado pela respectiva Comissão Revisora*, tendo indicado, em notas algumas resoluções desta comissão; a quinta, publicada nm 1864, tem o mesmo título, e a indicação de que é 2.ª *edição*, e o último projecto em 1865, tem o título de *Código Civil Português*.

Em 1869 foram publicadas as *Actas das sessões da Comissão Revisora*, onde resumidamente se indicam as principais alterações introduzidas nos projectos, sôbre os quais a revisão ia sendo feita, mas geralmente sem indicação das razões que as determinaram. As diversas edições do projecto feitas pela comissão revisora, correspondem às revisões, que iam sendo feitas, a primeira das quais foi baseada sôbre o projecto de 1859, e abrange no volume das *Actas* as primeiras 370 páginas, a segunda, baseada no projecto de 1863, de páginas 371 a 505, e a terceira, baseada no projecto de 1864 começa em pág. 507.

Coelho da Rocha, *Instituïções de direito civil português;*

b) o código de Napoleão, e os seus comentadores, nomeadamente Marcadé e Demolombe;

c) outros códigos extrangeiros, como o austríaco e o sardo;

d) o projecto do código civil espanhol de 1851, e o do código italiano, bem como o comentário de Goyena sôbre aquele projecto.

73. **Mérito do Código civil.** — O nosso código civil não pode deixar de ser considerado como um dos melhores monumentos da codificação do século XIX.

No confronto dos diferentes sistemas de codificação do direito civil, o do nosso código é o que obedece a uma dedução mais lógica, e, além disso, tem a vantagem de dar uma perfeita idea de conjunto da constituïção e vida do organismo jurídico.

Também na sistematização das matérias, em cada uma das quatro partes do código, se observa geralmente uma ordem lógica, que permite fàcilmente relacionar umas com outras as diferentes instituïções do direito civil.

A própria redacção dos artigos obedece, em geral, aos preceitos da terminologia jurídica e às exigência da tecnologia das leis, que podem reduzir-se aos requisitos de *precisão, clareza* e *simplicidade.*

Emfim, o simples confronto da redacção do nosso código com a dos melhores do extrangeiro, como o italiano, o espanhol, e o alemão, dá-nos imediatamente a impressão de que êle constitui um magnífico monumento jurídico, que não só imortalizou o falecido Visconde de Seabra, mas é uma glória da jurisprudência pátria.

Entretanto devemos confessar que alguns defeitos se encontram na obra legislativa do código civil, sendo os principais:

a) abundância de artigos com matéria puramente doutrinal;

b) incoerências na disposição das matérias, desarmonias com o próprio sistema do código, como, por exemplo, a matéria dos direitos originários na segunda parte, e a dos alimentos na primeira;

c) incoerências e até contradições entre muitos artigos, resultantes muitas delas de alterações feitas pela comissão revisora;

d) imperfeições de redacção, que por vezes podem dar lugar a equívocos ou erros, na maneira de interpretar e aplicar a lei;

e) falta de muitas disposições, que seriam necessárias para resolver questões de direito importantíssimas;

f) preceitos legais injustos e inadmissíveis, como são os que negam qualquer direito de família aos filhos adulterinos e incestuosos, e alguns dos que regulam a substituïção fideicomissária;

g) enfim, subordinação completa dos preceitos do código aos princípios da escola individualista, com desprezo completo pelas mais legítimas reclamações do socialismo scientífico.

Mas a verdade é que a maior parte dêstes defeitos são comuns a todos os códigos, porque não há sabedoria nem inteligência que os possa evitar numa obra tão vasta e complexa.

Outros são uma conseqüência lógica das idéas dominantes da época, e por isso não invalidam o mérito incontestável do código.

Como justamente observa o Dr. Teixeira de Abreu, os progressos da sciência jurídica nos últimos tempos e as transformações das condições da vida social tornam necessária a reforma do código civil; mas a grande maioria das suas disposições permanecerá ainda por longos anos, pois não se lhe avantaja a doutrina dos mais recentes códigos extrangeiros, nem as reclamações

da jurisprudência afectam substancialmente a sua orientação (1).

Com o propósito de adaptar o código civil às novas condições sociais foram recentemente promulgados vários decretos, principalmente em 1910, 1918 e 1919, destacando-se sôbretudo o decreto de 31 de outubro de 1910, sôbre o direito de sucessão, e as chamadas *leis da família*, que são o decreto de 3 de novembro de 1910, instituindo entre nós o divórcio e os decretos n.º 1 e n.º 2 de 25 de dezembro de 1910, sôbre o casamento civil e sôbre os filhos.

Mas precisamente estas reformas fragmentárias do código civil, de natureza essencialmente política, são bem a prova da inconveniência das revisões parcelares dos grandes monumentos legislativos. Nem realizam a grande obra da revisão legislativa necessária, nem traduzem, mas até em parte contrariam, aspirações da consciência jurídica da nação.

74. **Vigência do código civil. Revogação do antigo direito. Legislação posterior.** — Pelo art. 2.º da Carta de lei de 1 de julho de 1867, que aprovou e promulgou o código civil, começaram as suas disposições a vigorar *em todo o continente do reino e nas ilhas adjacentes*, seis meses depois da sua publicação no *Diário de Lisboa*, que era então o jornal oficial do Govêrno; ficando o govêrno autorizado, pelo art. 9.º da mesma lei, a tornar o código extensivo *ás províncias ultramarinas*, ouvidas as estações competentes, e fazendo-lhe as modificações que as circunstâncias especiais das mesmas províncias exigissem.

A publicação do código no *Diário de Lisboa* concluíu-se em 21 de setembro de 1867, começando porisso a vigorar em 22 de março de 1868, excepto naquelas

(1) Dr. Teixeira de Abreu, *Curso*, pág. 378.

disposições, cujas execução dependia absolutamente da existência de repartições públicas ou de outras instituïções, que ainda não estavam criadas, pois o art. 4.º daquela lei deixou a fôrça obrigatória dessas disposições dependentes do funcionamento das referidas instituïções.

No intuito de aperfeiçoar o código civil, e para evitar a dispersão dos preceitos legais sôbre matéria civil, dispoz o art. 7.º da citada lei de 1 de julho de 1867, que uma comissão de jurisconsultos seria encarregada pelo govêrno, durante os primeiros cinco anos da execução do código civil, de receber todas as representações, relatórios dos tribunais e quaisquer observações relativamente ao melhoramento do mesmo código e à solução das dificuldades que pudessem dar-se na sua execução. Esta comissão proporia ao govêrno quaisquer providências, que para o indicado fim lhe parecessem necessários ou convenientes.

Os desejos do legislador, porém, não alcançaram realização prática. E sem aplicação ficou também, até hoje, a disposição do art. 6.º da mesma lei de 1 de julho de 1867, onde se determina que «*toda a modificação no direito, que de futuro se fizer sôbre matéria contida no código civil, será considerada como fazendo parte dêle, e inserida no lugar próprio, quer seja por meio de substituição de artigos alterados, quer pela supressão de artigos inúteis, ou pelo adicionamento dos que forem necessários*»; pois não obstante as muitas alterações feitas no código civil por diplomas diversos, que serão indicados mais adiante, nenhuma edição oficial se publicou nesses termos.

A carta de lei, que aprovou e promulgou o código civil, não se contentou com a fórmula superabundante de revogação tácita, consignada no seu art. 10.º e dispoz no art. 5.º:

«Desde que principiar a ter vigor o código civil, ficará revogada toda a legislação anterior,

que recáia nas matérias que o mesmo código abrange, quer essa legislação seja geral, quer seja especial».

Esta fórmula de revogação expressa não foi muito feliz, porque deu lugar a duvidar se abrangia também a legislação administrativa, comercial, fiscal, etc., a que, por vezes, o código faz referência.

E a idea de que toda essa legislação, na parte em que podia ser afectada pelo código civil, ficava assim revogada, era até certo ponto confirmada pelo facto de o código civil resalvar a legislação especial anterior nas hipóteses reguladas por alguns artigos, como, por exemplo, nos artigos 1411.º, 1540.º, 1604.º, etc.

Mas, como por outro lado o art. 3.º do código civil declára, dum modo geral e positivo, que os direitos e obrigações civis são regulados pelo direito privado contido no código civil, *excepto na parte que é regulada por lei especial*, prevaleceu a opinião de que a fórmula revogatória do art. 5.º da carta de lei apenas abrangia a legislação anterior de carácter civil.

E esta foi a doutrina oficialmente consagrada no decreto de 18 de novembro de 1869, pelo qual o govêrno tornou o código civil extensivo ao ultramar, usando da autorização que lhe fora conferida pelo art. 9.º da carta de lei do mesmo código.

No art. 6.º do referido decreto diz-se:

> «Desde que principiar a vigorar o código civil, ficará revogada toda a legislação anterior que recaír nas matérias *civis* que o mesmo código abrange».

A autorização conferida pelo art. 9.º da carta de lei ao govêrno dava-lhe poderes para modificar o código em harmonia com as circunstâncias especiais das províncias ultramarinas. E com efeito o govêrno introduziu-lhe algumas modificações, constantes do referido decreto, que tiveram principalmente por fim resalvar os *usos e costumes* dos indígenas, que foram mandados codificar (1).

De modo que, sendo resalvados esses usos e costumes, no ultramar todas as relações civis, constituídas depois da promulgação do código civil, são por êle, ou por outras leis posteriores, exclusivamente reguladas, sendo inadmissível a invocação de quaisquer preceitos de leis civis anteriores, a não ser as de leis especiais.

Tendo mais de cinqüenta anos de vigência, o código civil constitue ainda hoje quási a única fonte formal do direito civil português, pois que a legislação posterior a êle, e modificando, esclarecendo, ou completando as relações de direito civil, é relativamente de pequena importância. A maior parte desta legislação, até 1891, foi coleccionada pelo falecido professór Dr. Sanches da Gama, sob o título de *Legislação complementar do código civil português*.

Depois de 1891 muitos diplomas legais, de alguma importância, teem sido publicados sôbre diversas matérias, que directa ou indirectamente modificam e revogam algumas disposições do código civil.

Além dos códigos de processo civil, comercial e processo comercial e da nova reforma penal de 1884, que se fundiu com o código penal de 1852, para formar o código penal vigente, de 1886, devemos mencionar:

— decreto de 30 de setembro de 1892, regulamentado pelo decreto de 14 de dezembro do mesmo ano, estabelecendo a remissão obrigatória dos fóros, e revogando o art. 1701.º, que proïbia a sub-enfiteuse;

— decreto de 1 de dezembro de 1892, com o regu-

(1) Alguns dêsses códigos encontram-se na legislação complementar do código civil.

lamento de 19 do mesmo mês e ano, que modificou o código civil sôbre o regimen das águas;

— decreto de 10 de janeiro de 1895, que tornou facultativa a remissão dos fóros, e restringiu a constituïção da sub-enfiteuse ao caso de aproveitamento de terrenos incultos;

— lei de 21 de maio de 1896, que regula a propriedade industrial e comercial, fazendo modificações ao regimen do trabalho segundo o código civil;

— decreto de 21 de outubro de 1907, equiparando os salários aos vencimentos dos funcionários públicos, não podendo, pois, ser penhorados (cód. proc. civ. art. 815.º, n.º 4.º);

— decreto de 18 de outubro de 1910, substituindo o juramento pela palavra de honra;

— decreto de 31 de outubro de 1910, que introduziu alterações importantes no direito de sucessão;

— decreto de 3 de novembro de 1910, instituindo o divórcio;

— decreto n.º 1 de 25 de dezembro de 1910, estabelecendo o casamento civil como exclusiva fórma legal de matrimónio;

— decreto n.º 2 de 25 de dezembro de 1910, fazendo alterações ao direito de filiação do código civil;

— decreto de 13 de fevereiro de 1911, (código de registo civil) instituindo o registo civil obrigatório;

— decreto de 20 de abril de 1911, estabelecendo o regimen da Separação das Igrejas do Estado;

— decreto de 23 de maio de 1911, restabelecendo e regulando a remissão obrigatória dos fóros, ampliando o direito de preferência aos proprietários de prédios confinantes a prédios encravados e restabelecendo a proïbição da sub-enfiteuse;

— decreto de 27 de maio de 1911, instituindo a Tutoria da Infância (completado por lei de 24 de abril de 1912);

— lei de 10 de junho de 1912, alterando algumas disposições do código de registo civil;

— lei de 26 de junho de 1912, regulando as expropriações por utilidade pública;

— lei de 7 de junho de 1913 — Lei da caça;

— art. 39.º da lei de finanças de 30 de junho de 1914, estabelecendo que a remissão de fóros se faça a dinheiro;

— lei de 13 de abril de 1917, regulando a concessão de minas;

— decreto de 22 de fevereiro de 1918, modificando o regimen da Separação da Igreja do Estado, estabelecido no decreto de 20 de abril de 1911;

— decretos n.º 4174 de 26 de abril de 1918 e n.º 4431 de 30 de maio 1918, em vigor na parte referente à separação por mútuo consentimento e revogado quando ao resto pelo decreto 5644 de 10 de maio de 1919;

— decreto 4676 de 11 de julho de 1918, permitindo às mulheres o desempenho de funções públicas, e que sejam testemunhas dos actos de estado civil e de actos notariais;

— decreto 5411 de 17 de abril de 1919, regulando o arrendamento de prédios rústicos e urbanos;

— decreto n.º 5644 de 10 de maio de 1919, sôbre a liberdade de testar;

— decreto n.º 5646 de 10 de maio de 1919, regulando a responsabilidade resultante de desastres por meio de transportes terrestres;

— decreto n.º 5647 de 10 de maio de 1919, que revoga as disposições que inibem as mulheres de fazer parte de instituïções pupilares, quási-pupilares, conselhos de família, de serem procuradoras em juízo, de intervirem como testemunhas instrumentárias em actos entre vivos ou em testamento e de serem fiadoras;

— decreto n.º 5649 de 10 de maio de 1919, permitindo que as mulheres possam ser nomeadas oficiais de registo civil e conservadoras de registo predial;

— decreto n.º 5784 de 10 de maio de 1919, alterando

o regimen das águas estabelecido pelo decreto de 1 de dezembro de 1892;

— decreto n.º 5787 de 10 de maio de 1919, regulando a exploração das águas minerais;

— decreto n.º 7073 de 16 outubro de 1920, instituindo o Casal de família e decreto n.º 7074 da mesma data aprovando o respectivo regulamento;

— lei 1364 de 18 de setembro de 1922, autorizando o govêrno a codificar as disposições relativas à organização e funcionamento do notariado e registo predial, ampliando-as, suprimindo-as ou modificando-as. Ao abrigo desta autorização foram publicados os decretos:

n.º 8273 de 18 de setembro de 1922 contendo a codificação do notariado e revogando expressamente os decretos de 14 de setembro de 1900, 5625 de 10 de maio de 1919, o art. 10.º da lei 1231 de 27 de setembro de 1921 e toda a legislação por estes diplomas revogada;

e n.º 8347 de 21 de outubro de 1922 codificando as disposições relativas aos diversos actos de registo predial.

Muitos outros diplomas teem sido publicados, modificando, interpretando ou completando várias disposições da lei civil. Mas neste lugar temos apenas em vista a indicação da legislação civil complementar mais importante, pois que o exame das suas disposições terá o seu lugar no estudo das diferentes instituïções do direito civil.

CAPITULO V

OBRIGAÇÕES

SUMÁRIO:

75. — Diversos significados do termo «obrigação». Conceito técnico.
76. — Elementos constitutivos da obrigação.
77. — Natureza do vínculo obrigatório.
78. — Carácter patrimonial das obrigações.
79. — Diversas modalidades no vínculo obrigatório. Obrigações condicionais, modais e a termo. Principais e acessórias.
80. — Objecto das obrigações. — *A prestação*. Caracteres ou requisitos da prestação.
81. — Diferentes espécies de obrigações quanto ao objecto. Obrigações indivisíveis.
82. — Obrigações genéricas e alternativas.
83. — Obrigações pecuniárias, líquidas e ilíquidas.
84. — Os sujeitos da obrigação. Sua determinação. Diferentes espécies de obrigações quanto ao sujeito. Obrigações de sujeito activo indeterminado. Obrigações singulares e plurais; simplesmente conjuntas e solidárias.
85. — Obrigações solidárias. Solidariedade activa e passiva.
86. — Fontes das obrigações. Classificação clássica ou romanista e classificações modernas.
87. — Diferentes espécies de obrigações quanto às fontes. Obrigações civis e comerciais.
88. — Obrigações voluntárias: unilaterais e bilaterais ou contractuais. Ofertas e promessas a pessoa indeterminada. Gestão de negócios.
89. — Noção de contrato. Conceito romano e conceito moderno. Fundamento da sua obrigatoriedade.
90. — Diferentes espécies de contratos. Classificação.
91. — Elementos constituïtivos e efeitos dos contratos.
92. — Obrigações delituais. O ilícito civil e o penal. Teoria da responsabilidade civil.
93. — Obrigações involuntárias.
94. — Garantia das obrigações ou acção. Obrigações perfeitas e imperfeitas. Obrigações naturais.
95. — Efeitos das obrigações. Seu cumprimento.
96. — Falta de cumprimento. Perdas e danos. O dolo, a culpa e a mora.

97. — Meios conservatórios ou de defesa das obrigações. Acção subrogatória e acção revogatória.
98. — Caução ou garantia do cumprimento das obrigações. Fiança.
99. — Penhor. Consignação e adjudicação de rendimentos. Arresto e penhora. Direito de retenção.
100. — Privilégios creditórios. Hipoteca.
101. — Transmissão das obrigações: sucessão, cessão e subrogação.
102. — Extinção das obrigações.

75. **Diversos significados do termo «obrigação». Conceito técnico.** — A palavra *obrigação* apresenta-se numa série de sentidos, que importa descriminar para evitar confusões.

Na mais lata acepção significa toda a espécie de vínculo ou sujeição da pessoa, qualquer que seja a sua fonte ou causa, ou o seu conteúdo. E assim, por um lado, compreende todo o dever imposto pela moral, pela conveniência, pela honra ou pelos usos sociais (*dever moral*); e, por outro lado, todo o dever imposto pelas normas jurídicas, quer de direito público, quer de direito privado (*dever jurídico*).

Mas é claro que no ponto de vista do direito civil só nos interessam as obrigações reguladas pelas suas normas.

Ora, a *obrigação* do direito civil pode significar:

a) Num sentido mais geral, toda a limitação da liberdade imposta pela ordem jurídica, em virtude da qual uma pessoa deve praticar ou abster-se de praticar certos factos (cód. civ., art. 2.º);

b) Num sentido mais restrito, que é o *próprio* ou *técnico*, a relação jurídica autónoma, de carácter patrimonial, em virtude da qual uma pessoa (*devedor*) fica adstrita para com outra (*credor*) a uma certa prestação;

c) Num sentido ainda mais restrito, a situação jurídica do devedor, isto é, como sinónimo de *dívida*, embora esta expressão se empregue geralmente para exprimir as obrigações de dinheiro;

d) Noutro sentido igualmente restrito, a situação jurídica do credor, isto é, como sinónimo de *crédito* ou direito de crédito; e finalmente,

e) num sentido particular, o *título* ou documento em que se contém a situação jurídica do devedor (1).

Todos estes conceitos da obrigação correspondem à realidade da vida jurídica, e por isso pode dizer-se que todos eles são mais ou menos técnicos. Mas dizemos que o segundo é o *próprio* ou *técnico*, para significar que se trata precisamente da categoria jurídica contraposta ao *direito real*, e como êste muito diferente das relações jurídicas da família e da sucessão.

Em todas estas relações jurídicas há também obrigações; mas são obrigações resultantes ou dependentes dessas relações, e por isso mesmo são reguladas pelo seu respectivo regimen jurídico; emquanto que as obrigações pròpriamente ditas, ou no *sentido técnico*, são constituídas entre duas ou mais pessoas, independentemente de qualquer outra relação jurídica preexistente entre essas pessoas.

Assim, por exemplo, o dever da prestação alimentícia entre os parentes, o dever de obediência dos filhos para com os pais, e o dever dêstes de os educar, são verdadeiras obrigações, mas não no sentido próprio ou técnico, porque derivam de outras relações jurídicas preexistentes entre os respectivos sujeitos.

O nosso código, e o mesmo acontece com os outros códigos modernos, não dá uma definição técnica da obrigação.

Mas quási todos os modernos civilistas apresentam o mesmo conceito da obrigação, com pequenissimas variantes na forma de o exprimir, precisamente porque neste capítulo o direito moderno conservou substancial-

(1) Alguns autores ampliam mesmo êste conceito ao facto ou causa geradora da relação jurídica. Ruggiero, *Ist.*, I, pág. 71; Dr. Alves Moreira, *Inst.*, II, *Obrigações*, pág. 8.

mente o sistema do direito romano, e por isso não fazem mais do que reproduzir as definições admiràvelmente construídas pelos jurisconsultos romanos.

As mais notáveis são duas: uma que se encontra nas Institutas de Justiniano: *Obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis jura*, onde a relação entre o credor e o devedor é caracterizada como um *vinculum juris*, tendo por conteúdo uma prestação (*alicujus solvendae rei*), e por sua natureza intrínseca a coercibilidade (*necessitate adstringimur*); e a outra encontra-se no Digesto, atribuída a Paulo: *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum ant servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum vel praestandum;* e por ela se descreve com mais precisão o conteúdo ou o objecto do vínculo obrigatório.

O vínculo tem por objecto uma prestação; e esta pode consistir ou em um *dare* (que na doutrina romana significa transmissão de propriedade), ou em um *facere* que, abrangendo também o *non facere*, compreende toda a espécie de facto do homem, acção ou omissão, ou em um *praestare*, no qual se conteem prestações particulares que não entram nas duas primeiras categorias, e em geral são responsabilidades acessórias a outras obrigações principais, como são a responsabilidade pelo dolo, pela culpa, pela evicção e outras semelhantes (*praestare dolum, culpam, diligentiam, periculum, casum, evictionem*, etc.).

A eficácia ou valor jurídico duma obrigação pròpriamente dita consiste no direito reconhecido ao credor de realizar por equivalência sôbre o património do devedor a prestação que lhe é devida, no caso de o devedor a não satisfazer.

Nós, definimos, portanto, a obrigação, no sentido *próprio* ou *técnico:* um vínculo jurídico, autónomo e

patrimonial, estabelecido entre duas ou mais pessoas, em virtude do qual uma, ou mais que uma, fica adstrita para com outra ou outras a uma certa prestação.

Alguns autores incluem na definição o elemento da vontade como origem ou fonte das obrigações, dizendo que o vínculo é constituído por um facto voluntário (1). Mas não perfilhamos esta doutrina, pois, como veremos, há obrigações que não resultam de factos voluntários.

76. **Elementos constitutivos da obrigação.** — Analizando a estrutura do vínculo obrigatório, os autores não são conformes na determinação dos seus elementos constituitivos. Emquanto uns, como Pacchioni, só acentuam dois elementos, isto é, o *dever* imposto ao devedor, e a *garantia* ou o direito conferido ao credor, outros como Ruggiero, distinguem três requesitos essenciais: um *vínculo jurídico* que liga uma pessoa a outra; o *duplo sujeito*, activo (credor) e passivo (devedor), entre os quais se estabelece o vínculo; e a *prestação*, que é o objecto da obrigação, constituindo por um lado o seu fim, pela vantagem que o credor procura realizar, e por outro a limitação imposta ao devedor em que êle se constitui de fazer ou omitir alguma cousa (2).

Parece-nos insuficiente e pouco rigorosa qualquer das duas análises. A de Pacchioni não põe em relêvo o elemento objectivo nem a causa ou fonte das obrigações. A de Ruggiero, além de não mencionar o elemento causal, tem o inconveniente de considerar como elemento a própria obrigação, pois outra cousa não é o vínculo jurídico que a constitui.

Entendemos por isso que na diferenciação dos elementos ou requesitos essenciais da obrigação não há

(1) Dr. Alves Moreira, *Obrig.*, pág. 8.
(2) Pacchioni, *Elementi*, pág. 420; Ruggiero, *Ist.*, pág. 72 e 73.

senão que aplicar o mesmo processo de determinação dos elementos da relação jurídica, a saber:

a) *objecto*, isto é, a prestação que pode ser positiva ou negativa;

b) *sujeito*, que é constituído, pelo menos, por duas pessoas, credor, ou sujeito activo, e devedor, ou sujeito passivo;

c) *facto originário*, ou *fonte*, isto é, todo o facto que, por vontade do devedor ou por disposição da lei, dá existência à obrigação; e

d) a *garantia* ou *acção judicial*, ou seja, a sanção jurídica do vínculo obrigatório.

É pois o vínculo, em que se traduz a relação de dependência do devedor para com o credor, que constitui a essência da obrigação.

77. **Natureza do vínculo obrigatório.** — O vínculo obrigatório é um vínculo abstracto, de carácter pessoal, jurídico e patrimonial: liga a pessoa do devedor à do credor; tem carácter jurídico, porque garante ao credor a pretenção de exigir do devedor uma certa prestação; e é patrimonial, porque o credor tem o direito de poder satisfazer-se pelo património do devedor, na falta de cumprimento da obrigação.

Mas diversas concepções doutrinais se teem proposto definir a verdadeira direcção ou incidência do vínculo obrigatório. A doutrina mais antiga, concebendo o vínculo obrigatório como uma relação de dependência pessoal, ou de sujeição da pessoa do devedor à pessoa do credor, chega a conceber a pessoa do devedor como o objecto próprio da obrigação. Mas tal concepção só pode admitir-se no regimen do primitivo direito romano, quando o *nexum* conferia ao credor um verdadeiro poder, que lhe permitia pela *manus injectio* apoderar-se da pessoa do devedor e reduzi-la à escravidão; já não se harmoniza, porém, com o estado mais

adeantado do direito romano, depois que a *lex Poetelia* aboliu a execução pessoal e estabeleceu o novo princípio da execução patrimonial — *pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esse*. E muito menos pode harmonizar-se com o estado do direito moderno, em que o respeito pela liberdade pessoal aboliu o regimen da prisão por dívidas e instituíu o princípio de que ninguém pode ser coactivamente forçado a praticar um facto de interêsse particular — *nemo potest precise cogi ad factum*.

Em contraposição à clássica teoria subjectivista surgiu a concepção objectivista ou patrimonial, concebendo o vínculo obrigatório como uma relação entre o credor e o património do devedor, ou mesmo, segundo alguns, como uma relação entre os dois patrimónios, considerando-se assim o património do devedor como o próprio objecto da obrigação. Se é certo que a moderna concepção patrimonial do vínculo obrigatório corresponde em grande parte à realidade dos factos, também é verdade que tem o defeito extremo oposto, isto é, de eliminar do conceito do vínculo a pessoa do devedor, para só considerar o seu património como elemento principal, quando êle não é senão o elemento secundário ou subsidiário, funcionando como garantia material do cumprimento da prestação. A verdade é que o vínculo se estabelece entre as pessoas, e que a prestação é devida pelo devedor e só por êle pode ser cumprida, quando a obrigação consiste numa acção ou omissão de carácter pessoal, e não em um facto que se realise por uma efracção patrimonial.

O verdadeiro conceito do vínculo obrigatório é o que o considera incidindo sôbre um certo facto da actividade do devedor. Quem se obriga limita a sua liberdade relativamente a certo acto, emquanto está adstrito a praticá-lo ou omiti-lo, pois que afóra o vínculo obrigatório nenhuma norma imperativa ou proïbitiva a isso o constrangeria, e a isso êle está adstrito no interêsse ou para vantagem do credor. Isto não significa porém

que a vontade do devedor seja o objecto da obrigação, pois que em homenagem à liberdade individual a vontade não pode ser objecto dum poder estranho, nem por mais extenso que seja o conteúdo do vínculo obrigatório é admissível uma sujeição vitalícia da actividade geral do obrigado (cód. civ., art. 1371.°); são apenas actos particulares que a pessoa do devedor é obrigada a praticar ou omitir em benefício do credor, e que para êste tradúzem uma vantagem, para aquele importam uma limitação; a êsses actos se dirige o vínculo, que por isso normalmente se dissolve com a sua prestação. Estes dois aspectos da relação, o interêsse que para o credor tem a prestação e a limitação imposta ao devedor, constituem a própria substância do vínculo obrigatório; são dois lados ou momentos inseparáveis do mesmo fenómeno; de modo que um não pode subsistir onde falte o outro. E assim se explica como não pode haver vínculo obrigatório quando o devedor não fique sujeito, ainda que em mínima parte, a uma limitação efectiva, como acontece quando alguém se obriga a uma prestação impossível ou que não seja séria (Cód. Civ., arts. 669.°-671.°) (1).

78. **Carácter patrimonial das obrigações.** — Um dos caracteres do vínculo obrigatório é a *patrimonialidade* da prestação, isto é, a possibilidade da sua realização substituindo-se a prestação não cumprida por uma efracção equivalente do património do devedor. O princípio em si, abstractamente considerado, é intuitivo, porque êle traduz precisamente a garantia natural e normal do cumprimento da obrigação. Mas o seu significado e alcance concreto foi muito discutido entre os romanistas e é ainda muito discutível na doutrina civilista moderna.

A questão tem sido formulada e examinada no sentido de decidir se para existir vínculo jurídico-obrigatório deve a obrigação ter valor e carácter patrimonial.

(1) Ruggiero, *Ist.*, II, pág. 74 e 75.

O problema apresenta-se em todos os casos em que na obrigação se estabeleça como prestação um facto, que não tenha em si e por si, nem directa nem indirectamente um valor patrimonial, isto é, um facto que tendo um mero valor moral ou espiritual, não é susceptível, segundo os sentimentos e os usos gerais, de ser reduzido a uma certa quantia em dinheiro, ou a uma qualquer utilidade económica. Mas a questão não tem razão de ser, diz Ruggiero, quando, embora se tenha estipulado como prestação um facto puramente moral, as partes lhe tenham preventivamente atribuído um valor patrimonial, como acontece sempre que, não tendo a prestação carácter económico, haja sido estabelecida como substitutivo equivalente uma outra de conteúdo económico, ou quando, para assegurar a prestação não económica, se estipula uma pena para o caso de não cumprimento, porque em tal caso a obrigação tem na pena ou no correspondente substitutivo o seu carácter patrimonial.

A maior parte dos autores resolvem o problema no sentido afirmativo, isto é, que na falta daquela estipulação preventiva, a prestação precisa de ter em si mesma um carácter económico pecuniário, baseando esta doutrina na conhecida passagem do Digesto (fr. 9, § 2, D. 40.7), segundo a qual, dizem, só pode ser objecto de obrigação o que pode ser prestado em dinheiro — *quae pecunia praestari possunt.*

Mas a êste texto opõem romanistas eminentes, como Ihering e Windscheid, outras passagens das fontes romanas, onde firmam a doutrina oposta de que o carácter pecuniário não é requesito essencial da obrigação.

E não é suficiente, como diz Ruggiero, o princípio formulado no direito moderno que obriga aquele que contrai uma obrigação a cumpri-la exactamente ou, na sua falta, a reparar os danos causados (Cód. Civ., art.

702.° e 705.°). Para resolver adquadamente o problema é necessário distinguir bem da própria prestação o interêsse que nela tem o credor; a circunstância de terem muitos confundido êste com aquela é talvez, como observa Scialoja, a causa principal da divergência e das dificuldades na solução do problema. Ora, conclui Ruggiero, é indubitável que nada impõe a necessidade dum interêsse económico no credor: o interêsse do credor pode ser puramente ideal, afectivo ou moral, contanto que seja sério e lícito, e portanto digno de protecção jurídica. Mas, pelo contrário, o objecto da prestação deve ter necessàriamente um conteúdo económico, ou em todo o caso ser susceptível de uma avaliação patrimonial; de contrário faltaria à pretensão do credor a possibilidade concreta de realizar-se, no caso do não cumprimento, sôbre o património do devedor, e além disso incluir-se-ia no conceito jurídico de obrigação um grande número de deveres que, apesar de se contraírem a cada passo nas relações sociais, ninguém pensará em fazer valer pela coacção de qualquer juízo ou tribunal (1).

Esta doutrina parece-nos lógica e correctamente deduzida, tendo até a sua consagração legal nos arts. 669.° e 671.°, n.° 2.°, do nosso código civil, segundo os quais é nulo o contrato que tiver por objecto um acto insusceptível de avaliação patrimonial. Mas afigura-se-nos ainda incompleta ou insuficiente para resolver o problema, não enunciando um critério positivo prático para a determinação da patrimonialidade dos diferentes actos da vida civil.

Com efeito, como tal não pode considerar-se o critério do sentimento geral e dos usos ordinários da vida social, indicado na doutrina de Ruggiero; é demasiado

(1) Ruggiero, *Ist.*, II, pág. 76 e 77; Scialoja, *Diritto delle obrigazioni*, pág. 45, 73.

genérico e abstracto para fornecer uma solução positiva; a sua aplicação dá lògicamente o resultado de ter de considerar-se cada facto como susceptível ou insusceptível de avaliação económica; quando a verdade é que um mesmo facto pode ser ou não ser susceptível de avaliação pecuniária, conforme as circunstâncias particulares de lugar ou de tempo em que se produziu.

Entre nós o problema foi examinado pelo Dr. Alves Moreira, mas em termos que não consideramos de solução definitiva.

«Como já notamos, diz o ilustre professor e notável civilista, a prestação a que se obriga o devedor pode ter por objecto quaisquer interesses do credor, tanto os de ordem patrimonial, como os de ordem moral. Um indivíduo pode obrigar-se a não tocar piano durante certas horas do dia ou da noite, para não incomodar um visinho. O interêsse que êste pode ter em que se não toque piano não tem carácter patrimonial; e como êle não pode coagir o visinho a não tocar piano, se a obrigação não fôr constituída de modo que, deixando de ser cumprida, o credor tenha direito a outra prestação, a prestação a que o sujeito passivo da obrigação ficou adstrito não terá valor exigível (art. 671.°, n.° 2.°) e a obrigação não produzirá consequentemente efeitos jurídicos».

«Sempre que o conteúdo da obrigação sejam interesses de carácter moral, é necessário que, por vontade das partes ou por disposição da lei, se fixe bem ou possa fixar a indemnização a que o credor fica tendo direito, no caso de não ser cumprida a prestação. Se assim não suceder, o credor só poderá tornar efectivo o seu direito, no caso de a obrigação não ser voluntàriamente cumprida, contra os bens do devedor, e, como o interêsse do credor é de carácter moral e não pode determinar-se a prestação pecuniária que corresponde a êsse interêsse, segue-se que o credor ficará sem acção

contra o devedor, pois que esta só podia recair sôbre o seu património».

«No código civil alemão declara-se (art. 241.°) que em virtude da obrigação o credor tem o direito de exigir do devedor uma prestação, sendo intencionalmente que se não fez referência ao valor pecuniário da prestação, para significar que a obrigação se constituia validamente sempre que houvesse um interêsse legítimo para o credor, embora êste fôsse de carácter exclusivamente moral. No mesmo código preceitua-se (art. 253.°), porém, que em relação a um dano que não tenha carácter patrimonial, a reparação só pode ser exigida nos casos fixados na lei. Vê-se, pois, que a disposição consignada neste artigo restringe o princípio formulado no art. 241.°, por quanto, no caso de inexecução duma obrigação que não tenha de per si valor pecuniário, o credor não poderá exigir a indemnização, ficando assim sem acção contra o devedor».

«Embora a prestação represente para o credor um interesse moral ou afectivo, há de haver sempre uma prestação pecuniária que, por vontade das partes ou disposição da lei, lhe corresponda» (1).

É fácil verificar que nenhuma das doutrinas referidas é de aceitar como solução definitiva. Em primeiro lugar, se o facto constituitivo da prestação é insusceptível de se reduzir a um valor económico, temos de concluir, pelo menos em face do nosso direito (cód. civ., arts. 669.° e 671.°, n.° 2.°), que a obrigação é nula; e, portanto, nula é também a prestação subsidiária, que preventivamente foi fixada por vontade das partes, pois que no fundo ela não é senão uma cláusula penal, estipulada para o caso do não cumprimento da obrigação principal (cód. civ., art. 673.°). De contrário tinhamos de admitir que as partes podem arbitràriamente atribuir

(1) Dr. Alves Moreira, *Obrigações*, pág. 16 e 17.

valor económico a actos que realmente o não teem, o que equivaleria a inutilizar o preceito terminante de nulidade consignado nos arts. 669.°, 671.°, n.° 2.°, e 673.° do código civil.

Em segundo lugar deve notar-se que não basta considerar um dado facto em si mesmo abstractamente, para decidir se êle é ou não susceptível de avaliação patrimonial; mas é necessário averiguar se o mesmo facto, em certas circunstâncias particulares, pode representar realmente um interêsse económico para o credor, porque em tal caso, terá o credor direito a exigir a indemnização dos prejuízos causados pela infracção do devedor, sem necessidade de ter sido fixado um valor determinado por vontade das partes (cód. civil, art. 705.°).

E assim no caso de a prestação consistir em o devedor não tocar piano em certas horas, a obrigação será ou não exigível, e, portanto, susceptível ou não de reparação patrimonial, conforme se provar ou não que o credor tem efectivamente um interêsse económico no seu cumprimento. É uma questão de facto que deve ser decidida pelo prudente arbítrio do juiz, em harmonia com as circunstâncias do caso concreto.

De resto, a verdade é que as disposições referidas do código alemão, qualquer que seja a interpretação a dar-lhes, não são as do nosso código, onde, como vimos, se encontram disposições muito diferentes, e em nosso entender, muito mais precisas.

79. **Diversas modalidades no vínculo obrigatório. Obrigações condicionais, modais e a termo. Obrigações principais e acessórias.** — Quando o vínculo obrigatório se constitue por um acto jurídico, isto é, por uma declaração de vontade destinada a produzir certos efeitos de direito, podem ser estipuladas certas determinações acidentais ou acessórias, que tornam a eficácia da obrigação dependente de certas circunstâncias eventuais ou de tempo,

ou que a façam acompanhar de uma outra obrigação acessória ou correlativa (cód. civ., art. 672.º e seg.).

Essas determinações acidentais, que se chamam geralmente as modalidades dos actos jurídicos, ou cláusulas acessórias, são a *condição*, o *modo* e o *termo*.

A condição é a determinação da vontade que faz depender os efeitos do acto de um acontecimento futuro e incerto. Diz-se *suspensiva* ou *resolutiva*, conforme do acontecimento futuro se faz depender a subsistência ou a cessação dos efeitos jurídicos do acto (art. 678.º e 680.º).

O *modo* não é expressamente mencionado no código, mas os escritores são geralmente conformes em o definir como o encargo imposto a algum dos sujeitos da relação jurídica.

O *termo* é o tempo em que devem produzir-se ou cessar os efeitos jurídicos do acto; e por isso, à semelhança da condição, se diz *suspensivo, ex die* ou *a quo*, e *resolutivo, in diem* ou *ad quem*, ou ainda *inicial* e *final* (1).

No nosso código são muitas as expressões em que se traduz a modalidade do termo: *prazo certo, prefixo, estipulado, estabelecido, convencionado, dia certo, dependentes de termo, tempo prefixo, a prazo, por tempo determinado* (arts. 711.º, 741.º, 843.º, 844.º, 863.º, 877.º e 1641.º).

Das modalidades ou determinações acidentais, que constituem as obrigações condicionais, modais ou a termo, há que distinguir as obrigações denominadas *subsidiárias* ou *acessórias*, pois estas são as que se relacionam com outra obrigação, que é *principal* e constitue o seu fundamento, só sendo em regra exigível

(1) Ruggiero, *Ist.*, I, pág. 267.

a obrigação acessória no caso de inexecução da principal, como acontece com a pena convencional ou cláusula penal (art. 673.º).

Há também obrigações acessórias estabelecidas por lei. Podem diferentes pessoas ficar adstritas ao cumprimento da mesma obrigação, respondendo uma na falta da outra. É o caso prevenido pelo art. 2368.º, segundo o qual as pessoas que presenciarem uma agressão, e que, podendo sem risco auxiliar o agredido, deixarem de o fazer, serão subsidiàriamente responsáveis por perdas e danos.

A responsabilidade subsidiária nas obrigações pode resultar também de estipulação em acto jurídico, como acontece com a fiança (cód. civ., art. 818.º). O credor só pode proceder contra o fiador depois de executados todos os bens do devedor (art. 830.º), porque a sua responsabilidade é subsidiária ou acessória, e por isso só deve tornar-se efectiva no caso de não cumprimento da obrigação por parte do principal devedor.

80. **Objecto das obrigações — a prestação. Caracteres ou requesitso da prestação.** — Do conceito da obrigação resulta que o seu objecto próprio ou imediato consiste no facto da prestação a que está adstrito o devedor, e não a cousa ou serviço que êste deve prestar, e que constitui apenas o objecto mediato. Dentro dos limites naturais e legais em que um indivíduo pode constituir-se em obrigação, todas as formas da actividade humana podem pois traduzir-se em objecto das obrigações, podendo a prestação consistir em qualquer acto ou facto do devedor, quer positivo, quer negativo, ou seja, em um *dare*, um *facere* ou um *non facere*.

Os limites naturais e legais da obrigação são determinados por certos caracteres ou requesitos da prestação, indispensáveis para que uma obrigação possa ter existência jurídica.

a) A prestação deve ser *possível*, pois ao que é impossível ninguém pode ser obrigado — *ad impossibilia nemo tenetur*. Mas o princípio *impossibilium nulla obligatio*, expressamente consignado no Digesto (fr. 185, D. 50.17) não é verdadeiro em toda a sua latitude. É necessário distinguir a impossibilidade objectiva ou absoluta, que se verifica em relação a todos, e a relativa ou subjectiva, que só existe para alguns, devendo admitir-se sòmente a primeira como causa de nulidade da obrigação, porque se a prestação não é possível para o devedor, mas é possivel para outros, então a obrigação converte-se na prestação do *id quod interest*, isto é, de uma indemnização que representa o interêsse do credor em obter a prestação originária ou o dispêndio feito para a realizar por outrém. É assim que o nosso código determina no art. 670.°: nos contratos só se considera como fìsicamente impossível o que o é absolutamente em relação ao objecto do contracto, mas não em relação à pessoa que se obriga.

A conversão da prestação num. *id quod interest* especial é de admitir ainda no caso de impossibilidade absoluta, segundo a moderna teoria do interêsse negativo (*negatives Vertrags-interesse* ou *Vertrauensschaden*), quando se verifiquem circunstâncias particulares que justifiquem uma responsabiludade por parte do devedor. Se êste promete uma prestação impossível e o promissário ignora sem culpa sua a impossibilidade objectiva da prestação, a obrigação deve subsistir, embora convertendo-se numa reparação, devida pelo facto de o devedor, que pela sua promessa deu à outra parte a certeza de obter uma prestação, e autorizou-a a confiar no seu cumprimento. Mas a indemnização não abrange todo o interêsse positivo, que o credor tem em qualquer caso de não cumprimento da obrigação; limita-se ao interêsse negativo, isto é, aos prejuízos que sofreu e às despesas que fez por ter acreditado, com base na confiança sugerida pelo devedor, na validade da obrigação (1).

A impossibilidade superveniente não importa a nulidade da obrigação; a única impossibilidade que obsta à constituïção do vínculo obrigatório é a originária, existente ou previsível ao tempo em que se constitui a obrigação, emquanto que a superveniente não anula a obrigação, mas extingue-a ou transforma-a, segundo as regras que regulam o não cumprimento por culpa, dolo ou caso fortuito (2).

b) A prestação deve ser *lícita*, ou, como outros dizem, jurídica ou legalmente possível, integrando-se êste requesito no anterior. Ilícita ou legalmente impossível é toda a prestação que, considerada em si mesma ou no fim que tem em vista, é contrária à lei, à ordem pública, à moral ou aos bons costumes (cód. civ., art. 671.°, n.° 4.°).

Não é possível enumerar os casos concretos de prestações ilícitas, dada a sua infinita variedade; nem todos são expressamente previstos nas leis, devendo a maior parte das vezes deduzir-se o seu carácter ilícito do complexo sistema da ordem jurídica. Para citar alguns exemplos, diremos que são nulos: a promessa de cometer um crime ou violar uma lei, como a promessa de dinheiro, ou outra cousa, para que alguém cometa um crime ou se abstenha de o cometer; a prestação de serviço doméstico por toda a vida de qualquer das par-

(1) A teoria do interêsse negativo foi consignada no § 307 do código alemão: «quem, ao celebrar um contrato que tenha por fim uma prestação impossível, conhece ou deve conhecer a impossibilidade da prestação, é responsável pela indemnização do dano que a outra parte sofreu por ter confiado na validade do contrato, mas não além da medida do interêsse que esta parte tem na validade do contrato. A responsabilidade cessa, se a outra parte também conhece ou deveria conhecer a impossibilidade».

(2) Ruggiero, *Ist.*, II, pág. 89.

tes (art. 1371.º); o pacto *de dolo non praestando* (art. 1055.º); o pacto de indivisão perpétua (arts. 2180.º e 2185.º); o pacto sôbre sucessão futura (art. 2042.º); o pacto de renúncia antecipada da prescrição (art. 508.º); e, em geral, todas as convenções que tenham por fim suprimir ou diminuir a liberdade pessoal, religiosa ou matrimonial e outras semelhantes (1).

c) A prestação deve ser *determinada*, ou pelo menos *determinável*, com base em critérios ou elementos preventivamente fixados (art. 671.º n.º 3.º).

Seria inconciliável com o carácter da *necessitas*, que é inerente à obrigação, uma prestação de facto indeterminada, ou cuja determinação fôsse deixada, sem critérios preventivos, ao arbítrio do devedor ou do credor; poderia um prestar cousa irrisória, e o outro exigir cousa que excedesse a potencialidade patrimonial do obrigado. O grau de indeterminação admissível pode variar de um mínimo, que é o das obrigações consistentes na alternativa de uma ou de duas prestações, até um máximo, que é o da prestação de uma cousa que pertence a um gênero muito amplo. Os critérios de determinação podem também ser muito variáveis. Dum modo geral basta notar que a determinação pode depender, ou de uma circunstância exterior, como a fixação dos preços num certo mercado, ou da vontade dum terceiro chamado a fixar o conteúdo da prestação com um *arbitrium boni viri*, e até mesmo, dentro de certos limites, da vontade de uma das partes, contanto que não seja o seu mero arbítrio (arts. 716.º, § único, 1263.º, 1265.º, 1546.º e outros).

O que se torna sempre necessário, diz o Dr. Alves Moreira, é que o objecto da prestação, já pelas cláusulas do negócio jurídico, já por disposição da lei, possa ser determinado de forma que a obrigação represente um valor pecuniário. Quando assim não suceda, não se formará um vínculo jurídico. Se um indivíduo, por exemplo, vender um animal, sem se indicar a sua espécie, não assumirá obrigação alguma, pois que a prestação a que êle se comprometeu não poderia determinar-se de forma que, no caso de inexecução, lhe correspondesse um valor exigível (1).

(1) Ruggiero, *Ist.*, II, pág. 90.

Aos três requesitos essenciais da prestação acrescentam alguns autores o carácter *patrimonial* ou *económico*, e outros ainda o da *coercibilidade* ou *coacção*. Mas, como já vimos pela análise do conceito e dos elementos das obrigações, estes caracteres são antes próprios do *vinculum juris*, que constitue a essência da relação jurídica, pois que a prestação, considerada em si mesma, pode deixar de representar um valor económico.

81. **Diferentes espécies de obrigações quanto ao objecto. Obrigações indivisíveis.**— A prestação, e portanto a obrigação pode ser:

a) *Positiva* ou *negativa*, segundo consiste em um *dare* ou em um *facere*, ou em um *non facere*.

A obrigação de *dar* consiste ou em transmitir a propriedade ou outro direito real, ou na simples entrega duma cousa em posse, em uso ou em depósito. Esta obrigação importa naturalmente a de conservar a cousa até à entrega, e a responsabilidade do devedor por todo o risco ou perigo, estando em mora, ou seja em atrazo no cumprimento da obrigação da entrega, ainda mesmo que antes da mora a cousa se encontrasse a risco e perigo do credor (cód. civ., art. 717.º).

(1) Dr. Alves Moreira, *Das Obrigações*, pág. 59.

A obrigação de *fazer* consiste na prática de uma ou mais acções determinadas e lícitas, na prestação de serviços ou prática de factos da mais variada natureza; e há que distinguir nesta espécie de prestações as que teem carácter stritamente pessoal, pois só podem ser prestadas pela própria pessoa do devedor, e as que não teem tal carácter, de modo que podem com igual vantagem para o credor ser prestadas por outra pessoa (art. 712.°). É o que na linguagem técnica se chama prestações *não fungíveis* e *fungíveis*.

A obrigação de *não fazer* consiste em omitir em benefício do credor qualquer cousa que doutro modo o obrigado teria o direito de fazer. A *solutio*, que nas duas espécies precedentes consiste na entrega da cousa ou na prestação do facto prometido, realiza-se nesta espécie mediante uma abstenção, mais ou menos prolongada, que mantem inalterado o estado de facto estabelecido pela obrigação. A contravenção do devedor dá lugar à reparação do dano, e pode o credor exigir que seja destruída, à custa do devedor, qualquer obra que êste tenha feito (art. 713.°).

b) *Simples* ou *complexa*, segundo há uma só prestação ou muitas, mas ligadas por um nexo, que reduzindo-as a uma unidade inscindível faz com que a obrigação não possa dizer-se cumprida senão quando todas estejam satisfeitas.

Pode numa mesma obrigação cumular-se com uma prestação de dar uma de fazer e uma de não fazer; e pode cada obrigação de dar, de fazer ou de não fazer abranger por sua vez vários objectos, quando alguém se obriga a dar várias cousas, a praticar ou não praticar vários factos.

Mas a obrigação de prestação complexa distingue-se nitidamente da de prestações *cumulativas* ou obrigação *simplesmente conjunta*. Esta tem lugar quando

várias prestações de natureza diversa constituem o objecto da obrigação, ou quando uma prestação de natureza única tem vários objectos ou se desdobra em mais do que uma prestação, mas de tal modo que entre as diversas prestações ou entre os diversos objectos da mesma prestação não existe aquele nexo jurídico que dá unidade à obrigação; em tal caso, em vez de uma obrigação temos na realidade diversas obrigações, cada uma das quais tem por objecto uma prestação singular. Já Ulpiano dizia, em tais casos, que as obrigações são tantas quantos os objectos; e deve por isso concluír-se que assim como a *solutio* se scinde numa série de *solutiones*, podendo o devedor cumprir separadamente as singulares prestações, assim também a sorte de cada uma das particulares obrigações é independente da das outras.

Mas para que uma obrigação cumulativa se considere formada de tantas prestações distintas e separadas quantos forem os objectos que formam o seu conteúdo, é necessário que isso resulte claramente dos termos e condições em que se constituiu o *vinculum juris*, e isso pode resultar quer da diversidade de prazos ou de lugares para o seu cumprimento, quer de outras circunstâncias que revelem a diversidade de obrigações.

De contrário, a obrigação terá de considerar-se uma só, embora complexa, por virtude do princípio do cumprimento integral da prestação (cód. civ., art. 721.°).

c) *Momentânea* ou *transitória*, e *duradoura* ou *contínua*, segundo se cumpre num só momento, ou, pelo contrário, se traduz numa acção ou omissão continuada, renovando-se ou prolongando-se por mais ou menos tempo; momentânea é, por exemplo a prestação duma quantia de dinheiro; contínuas são normalmente todas as prestações negativas, e entre as positivas, por exemplo, as do locador, do depositário, do tutor, que devem respectivamente deixar gozar a cousa locada

durante o tempo do contrato, guardar a cousa recebida em depósito emquanto êste não fôr levantado, administrar os bens do pupilo emquanto durar a tutela.

As espécies mais importantes de obrigações em relação ao seu objecto são as determinadas pela divisibilidade ou indivisibilidade da prestação e pelo maior ou menor grau da sua determinação. São as obrigações *divisíveis* e *indivisíveis*, *genéricas*, *alternativas*, *pecuniárias*, *líquidas* e *ilíquidas*.

A divisibilidade ou indivisibilidade da obrigação tem grande importância não só para o modo de cumprimento, mas também por causa do chamado fenómeno da refracção, em virtude do qual a prestação se reparte pelos diferentes devedores ou pelos diferentes credores, quando há mais do que um sujeito activo ou passivo.

O duplo princípio, que o devedor não pode realizar por partes a *solutio*, mas deve cumpri-la integralmente e por uma só vez, e de que todo o crédito ou débito se fracciona em tantos créditos ou débitos parciais quantos são os titulares ou obrigados, se vários credores ou vários devedores participam desde a sua origem na relação obrigatória, ou várias pessoas sucedem ao único credor ou devedor originário, sofre com efeito, ou pode sofrer, grandes modificações, ou mesmo ser derogado, pela divisibilidade ou indivisibilidade da obrigação.

Sendo certo o princípio de que o devedor é obrigado a fazer a prestação indivisa, ainda quando ela seja susceptível de se decompor em partes (art. 721.º), é certo também que a decomposição pode ser consentida pelo credor que aceite receber a prestação mediante soluções parciais; e a prestação que fôr indivisível será integralmente devida por cada um dos devedores herdeiros do devedor único e a cada um dos credores herdeiros do credor único, embora em princípio cada um não seja obrigado a dar ou autorizado a exigir senão a sua quota parte (art. 2115.º).

É pois de capital importância determinar o carácter divisível ou indivisível da obrigação.

Ora, em princípio, uma obrigação diz-se divisível ou indivisível, conforme é ou não susceptível de ser, sem prejuízo da sua substância ou do seu valor económico, fraccionada em duas ou mais prestações homogeneas e de conteúdo qualitativamente igual à prestação originária ou total.

Mas, para a divisibilidade ou indivisibilidade das obrigações, é decisiva em primeiro lugar a natureza da prestação, em segundo lugar a vontade das partes, e por fim a determinação da lei (1).

O nosso código, seguindo o critério abstencionista sôbre a definição, causas e efeitos das obrigações indivisíveis, foi ainda mais longe do que os códigos austríaco, alemão e suíço, nos quais há dois artigos sôbre os efeitos da indivisibilidade (2).

---

(1) Ruggiero, *Ist.*, II, pág. 93 e 94. Convém observar, diz Ruggiero, que toda esta teoria da divisibilidade e indivisibilidade das obrigações foi objecto, nos tempos passados, de longas e intrincadas controvérsias, e de laboriosas investigações dogmáticas, entre as quais ficou célebre a *Extricatio labyrinthi dividui et individui*, de Dumoulin (Molineo), no século XVI. As suas ideas e critérios para classificar os vários casos de indivisibilidade influiram directamente na doutrina de Pothier, no seu *Traité des obligations*, donde passaram para os códigos francês e italiano, cujas disposições não são isentas de obscuridade e confusão, tornando por isso intrincada e aspera a matéria, e servindo de obstáculo à doutrina civilista para a sua construção dogmática. Muito oportunamente tinha o código austríaco (§§ 889 e 890) suprimido qualquer definição da indivisibilidade e a indicação das suas causas; análogo sistema seguiram o código germânico (§§ 431 e 432) e o suíço das obrigações (art. 79, 80).

Segundo a teoria de Molineo a indivisibilidade pode ser de três espécies: *a*) *individuum contractu vel natura*, se a prestação tem por objecto um facto ou uma cousa por natureza indivisível, isto é, tal que nem *contractu* poderia tornar-se divisível; *b*) *individuum obligatione*, se o objecto, em si divisível, foi pelas partes considerado indivisível; *c*) *individuum propter incongruitatem solutionis*, se o objecto, capaz de divisão, deve considerar-se indivisível para os efeitos da *solutio*, que não deve executar-se por partes.

(2) O código alemão formula a teoria da indivisibilidade nos §§ 431 e 432, dispondo no primeiro que, se houver vários devedores duma prestação indivisível, ficam obrigados como devedores solidários; e no segundo que, se houver vários credores com direito a uma

O nosso código nem mesmo se refere à indivisibilidade na parte geral das obrigações. E apenas a ela se refere no art. 1444.º, para as obrigações dos depositantes e depositários, determinando que se aqueles forem solidários, observar-se há o disposto nos arts. 750.º e 751.º.

Do silêncio do código não deve porém concluir-se que êle rejeitou toda a teoria da indivisibilidade, mas sim que deixou ao cuidado da doutrina e da jurisprudência a sua determinação e alcance, devendo mesmo presumir-se que o legislador considerou suficiente a doutrina ensinada pelos nossos melhores escritores, e nomeadamente a do grande Coelho da Rocha, que se encontra sintetizada no § 120 e na nota E da magistral obra clássica das *Instituições de Direito Civil Português*, tendo-se em consideração, é claro, as modificações necessàriamente resultantes de quaisquer preceitos consignados no código ou em leis posteriores.

E assim em nosso entender bem pode adaptar-se ao nosso código civil a doutrina de Ruggiero, que distingue três espécies de indivisibilidade:

a) *Indivisibilidade por natureza* é a das obrigações cuja prestação não é capaz de divisão. Esta capacidade verifica-se em regra nas prestações de dar, nas quais, podendo conceber-se quotas intelectuais do direito a transmitir (como o de propriedade, usufruto, enfiteuse), é possível transmitir sucessiva e separadamente quotas homogénias do mesmo direito.

---

prestação indivisível, o devedor, se os credores não forem solidários, não pode pagar senão a todos conjuntamente, e cada credor não pode exigir a prestação senão de todos os devedores. Cada credor pode exigir que se consigne a cousa em depósito para todos os credores, ou quando não seja própria para ser consignada, que seja entregue a um depositário nomeado judicialmente. Os factos que dizem respeito a cada um dos credores nenhum efeito produzem em relação aos outros.

As prestações tendo por objecto cousas materialmente indivisíveis, mas susceptíveis de divisão intelectual, devem considerar-se divisíveis ou indivisíveis, conforme fôr ou não divisível o direito que, por virtude da obrigação, deva constituir-se sôbre essas mesmas cousas. Assim, tendo-se prometido a venda dum prédio e ficando êste, por morte do proprietário, em comum aos seus herdeiros ou legatários, a obrigação da venda pode cumprir-se em actos sucessivos alienando cada um deles a sua quota parte. Se a promessa respeitar, porém, à constituição duma servidão sôbre êsse prédio, a obrigação é indivisível porque indivisível é o direito de servidão (art. 2269.º).

A susceptibilidade de divisão falta em regra nas prestações *ad non faciendum*, porque em contravenção se incorre também praticando só em parte o acto proibido.

A prestação *ad faciendum* é divisível ou indivisível, conforme o resultado do *facere* deva ser uma acção contínua, duas ou mais cousas diversas ou quantidades duma mesma cousa, ou, pelo contrário, uma cousa única e individual, um acto singular ou uma prestação momentânea.

b) *Indivisibilidade subjectiva* verifica-se nas prestações material ou objectivamente divisíveis, mas que as partes quiseram considerar como indivisíveis. Em tais casos é decisiva a intenção das partes, que tirando à relação obrigatória a sua natural divisibilidade a converte numa obrigação incapaz de divisão. E a intenção, quando não seja expressamente declarada, pode deduzir-se do carácter que ás partes atribuíram à prestação como meio de conseguir um único objectivo final, de modo que deva excluir-se a idea de que elas possam ter tido em vista uma série de prestações separadas em vez do único resultado final. Na obrigação de construir uma casa, por exemplo, o cumprimento realiza-se por

prestações parciais: alicerces, paredes, soalhos, tectos, portas, janelas, etc.; e pode a construção ser feita por vários empreiteiros. Mas quando se contrata a construção duma casa em globo, a obrigação é indivisível, porque as partes tiveram em vista a conclusão do edifício no seu conjunto ou resultado final. Como diz Coelho da Rocha, a obrigação que um arquitecto contrai de fazer uma casa pode dividir-se entre êle e os seus sócios na mesma empreitada, e talvez entre os seus herdeiros no caso de falecer antes de a concluir; mas, como quem encomenda tal obra tem em vista a casa pronta, reputa-se esta obrigação indivisível, pois que não há de obrigar-se cada um dos sócios, ou dos herdeiros, pelo seu pedaço (1).

c) *Indivisibilidade legal,* que não deriva da natureza da prestação, nem depende da vontade das partes, é a imposta por disposição da lei, como é a dos fiadores da mesma obrigação, e que se verifica nos mesmos casos em que não é admissível o benefício da excussão (cód. civ., art. 830.º e 835.º, § ún.).

Quanto aos efeitos da divisibilidade ou indivisibilidade, é de notar que, embora a categoria das obrigações indivisíveis seja distinta das solidárias, de que trataremos no sujeito das obrigações, todavia nas consequências é manifesta a analogia entre elas; e assim se explica que alguns dos códigos modernos, como o alemão, reduzam as suas regras à disciplina das obrigações solidárias (2).

O conceito da divisibilidade ou indivisibilidade das obrigações só tem importância quando há mais do que um sujeito activo ou passivo, porque se na obrigação houver só um credor e um devedor, é indiferente que a

(1) Coelho da Rocha, *Ist.*, § 120 e nota E; Dr. Alves Moreira, *Obrig.*, pág. 60.
(2) Ruggiero, *Ist.*, II, pág. 94-96.

prestação seja divisível ou indivisível, pois em qualquer dos casos tem de ser cumprida integralmente, e não por partes, salvo se outra cousa foi estipulada no contrato ou fôr determinado na lei (art. 721.º).

Mas quando numa obrigação houver pluralidade de credores ou devedores, é necessário determinar os efeitos da indivisibilidade tanto em relação aos credores como em relação aos devedores.

Como já observamos, dado o silêncio do código, deve entender-se aplicável a doutrina clássica ensinada por Coelho da Rocha, segundo a qual as obrigações indivisíveis teem os efeitos das solidárias, tanto em relação aos credores e devedores originários, como em relação aos seus herdeiros (1).

Portanto, e em harmonia com os arts. 731.º e 750.º e seg., que regulam as obrigações solidárias, deve concluir-se que, nas obrigações indivisíveis com pluralidade de sujeitos, cada devedor responde pela totalidade da prestação, e cada credor tem direito a recebê-la por inteiro.

O Dr. Alves Moreira entende que esta doutrina só é admissível em relação aos credores, mas não em relação aos devedores, porque a responsabilidade de cada um dos devedores pela totalidade da prestação só tem lugar nos precisos e restritos termos do art. 731.º, que em nenhum dos seus números menciona o caso das obrigações indivisíveis (2).

Mas a verdade em nosso entender é que as obrigações indivisíveis estão precisamente compreendidas no n.º 1.º do art. 731.º, que se refere às obrigações solidárias.

Em harmonia com a doutrina exposta não pode deixar de entender-se que se dois ou mais devedores

(1) Coelho da Rocha, *Inst.*, § 120.
(2) Dr. Alves Moreira, *Obrig.*, pág. 61 e seg.

assumem o compromisso de uma obrigação indivisível, isto equivale a responsabilizarem-se solidàriamente, como se exprime o referido art. 731.º, n.º 1.º.

82. **Obrigações genéricas e alternativas.** — Vimos que o objecto da obrigação, isto é, a prestação, pode ser simples, um só, e múltiplo ou complexo, traduzindo-se numa pluralidade de prestações. E vimos também que a pluralidade de prestações ou constitui uma unidade inscindível (obrigação ou prestação complexa pròpriamente dita), ou se desdobra numa série de prestações (obrigação conjuntiva ou cumulativa).

Nas obrigações em cujo objecto figura uma pluralidade de prestações há uma terceira espécie: é aquela em que a pluralidade não é unitária nem conjuntiva, mas sim disjuntiva ou alternativa.

Obrigação *alternativa* é, pois, aquela em cujo objecto figuram várias prestações, mas de modo que uma só dentre elas é devida, e sendo prestado um dos objectos a obrigação está cumprida, e portanto extinta.

Alguns autores procuram explicar psicològicamente a concepção duma vontade que se dirige a um *aut-aut* (1).

Mas é êsse um problema que nos não interessa no ponto de vista do direito positivo, sendo suficiente observar que tal manifestação da vontade tem em freqüentes aplicações concretas a sua plena razão de ser na necessidade, que podem ter as partes ou a lei, de obrigar o devedor a prestar um dentre vários objectos, segundo fôr determinado pelo devedor, pelo credor ou por um terceiro, ou ainda pela sorte, de modo que, prestado um, todos os outros deixam de ser devidos, visto que o interêsse do credor está satisfeito.

Êste conceito da obrigação alternativa tem levado

(1) Bernstein, *Zur Lehre vom alternativen Villen und alternativen Rechtsgeschaften.*

alguns escritores a considera-la como uma obrigação condicional, pois é como se se dissesse que um objecto não é devido com a condição de ser prestado outro, ou vice-versa que um é devido, com a condição de não ser prestado outro. Isto é efectivamente a conseqüência do *aut-aut*, que tem sempre em si alguma cousa de condicionado. Mas não se verifica aqui o conceito técnico da *conditio*, como inaplicável e erróneo é também um outro conceito da obrigação alternativa, considerando-a como uma pluralidade de obrigações tendo cada uma por objecto uma das prestações disjuntivamente estabelecidas (1).

A alternativa tanto pode ser entre duas prestações como entre mais, embora o código (art. 733.º e seg.) só fale de duas; e aplica-se em todo o caso o princípio de que o devedor se liberta prestando uma das que são disjuntivamente compreendidas no vínculo, mas sendo excluída a faculdade de prestar parte duma cousa e parte de outra (art. 733.º).

O fenómeno característico destas obrigações é o que se chama a *concentração*, em virtude do qual, no acto do cumprimento ou ainda antes, o objecto da obrigação, que era relativamente indeterminado, se determina dum modo definitivo.

A concentração pode ter lugar por dois modos e em dois momentos diversos.

Em regra tem lugar no acto do cumprimento, no momento da *solutio*. Mas como esta presupõe a escolha ou designação do objecto a prestar, é de facto a escolha o momento e o modo por que a concentração se realiza.

Não diz o código como se faz e a quem pertence a escolha. Mas os princípios da justiça e nomeadamente os preceitos dos arts. 684.º, 685.º, 717.º, 728.º, 733.º, 734.º,

(1) Ruggiero, *Ist.*, II, pág. 97.

740.°, 744.°, 1691.° e 1829.°, levam-nos a formular as seguintes regras:

a) a escolha pode ser feita pelo devedor, pelo credor, ou por um terceiro, ou ficar a designação dependente da sorte, conforme fôr estipulado ou resultar do título da obrigação;

b) na falta de estipulação, pertence ao devedor, pelo princípio de que, em caso de dúvida, deve decidir-se no sentido mais favorável ao devedor;

c) o nosso código, ao contrário do francês (art. 1190.º) e do italiano (art. 1178.°), não exige declaração expressa para que o credor tenha o direito da escolha; e por isso pode êste direito inferir-se das várias circunstâncias em que se tenha constituído a obrigação (1).

Mas se a concentração se realiza pelo próprio facto do cumprimento, não se realiza porém com a simples declaração da escolha, a não ser que esta seja definitiva.

E muito duvidoso e discutido o momento em que a declaração se torna definitiva, sôbretudo quando a escolha pertence ao devedor ou ao credor, pois que geralmente reconhece-se-lhes o *jus variandi*. A determinação do momento até ao qual se deve reconhecer a faculdade de mudar a escolha feita, contanto que não esteja ainda feito o pagamento, é questão que alguns resolvem declarando obrigatória e irretratável a declaração de escolha unilateralmente feita e notificada à outra parte. Outros, como Ruggiero, entendem como mais justo que só se considere definitiva e irretratável a declaração de escolha notificada e aceita pela outra parte, sendo suficiente a aceitação tácita, que pode revelar-se pelas circunstâncias, e até mesmo pela atitude que tenham tomado o devedor e o credor em face da declaração (1).

(1) Dr. Alves Moreira, *Obrig.*, pág. 87; *O Direito*, vol. 29, pág. 145 e 225.

Nós entendemos, em virtude do art. 716.°, que por analogia tem de aplicar-se às obrigações alternativas, ser suficiente a comunicação da escolha à outra parte.

Independentemente da escolha e da *solutio*, a obrigação alternativa torna-se simples e determinada pela impossibilidade superveniente de todas as prestações menos uma. Aqui, diz Ruggiero, a concentração tem lugar por efeito dum evento natural, que tem a mesma virtude da declaração de escolha. Esta doutrina, em harmonia com o art. 1180.° do código italiano, nem sempre é verdadeira em face do nosso art. 734.°. Quando a escolha pertence ao credor, e as cousas a prestar se tenham perdido por culpa ou negligência do devedor, pode o credor escolher a restante ou o valor da outra; e portanto a obrigação conserva-se alternativa.

Se a impossibilidade era existente já no momento em que se constituiu a obrigação, esta embora contraída em modo alternativo seria simples e determinada desde o seu início, por ser só um dos seus objectos possível, como teria ficado nula, se todos fôssem originàriamente impossíveis (2).

Em certo modo semelhantes às obrigações alternativas, embora fundamentalmente distintas, e pode mesmo dizer-se opostas, são as chamadas *facultativas* ou com *faculdade alternativa*.

Estas são simples, isto é, teem uma única prestação, seja simples, seja complexa; mas são acompanhadas de uma faculdade concedida ao devedor, de livrar-se do vínculo, prestando um outro objecto.

A diferença entre as duas categorias costuma expri-

(1) Ruggiero, *Ist.*, II, pág. 98.
(2) Ruggiero, *Ist.*, II, pág. 98 e 99.

mir-se por uma fórmula escolástica tradicional, dizendo-se para as facultativas *«una res est in obligatione, plures in facultate solutionis»*, e para as alternativas *«plures sunt in obligatione, una autem in solutione»*. E não é pequena a diferença quanto aos efeitos que produz na vida da obrigação; com efeito, se o objecto é sempre único, decisiva para a sorte da relação é sempre e sòmente a sorte dêste, nada importando a do outro objecto *in facultate solutionis*. Donde resulta que, tornando-se impossível a prestação estabelecida como objecto da obrigação, esta extingue-se, e o devedor não é obrigado a dar a outra; se, pelo contrário, é esta que se torna impossível, a obrigação permanece simples, sendo apenas perdida para o devedor a faculdade de livrar-se com a prestação facultativa (1).

Os tipos mais caracteristicos de obrigação facultativa, referidos pelos civilistas italianos, com base nos arts. 1042.º e 1534.º do código italiano, são dois: a situação dos coherdeiros favorecidos na partilha em que algum foi lesado em mais do quarto; e a do comprador quando o vendedor tenha sido lesado em mais de metade do valor. Segundo o código italiano os lesados teem o idreito de rescindir o acto. É o que se chama a acção de *lesão enorme*. Por seu lado os lesantes podem livrar-se pagando aos lesados o respectivo suplemento do preço ou do valor da quota hereditária.

Mas êste direito de reparação por lesão enorme não foi reconhecido pelo nosso código; e por isso a verdade é que no nosso direito pouca importância tem á categoria da *facultas alternativa* (2).

(1) Ruggiero, *Ist.*, II, pág. 100 e 101.

(2) E assim se explica que o nosso eminente civilista e professor Dr. Alves Moreira, para expôr e ilustrar esta categoria de obrigações, se visse forçado a citar o § 264 do código alemão, que não nos parece conter uma obrigação facultativa, e por outro lado um exemplo prático, que nos parece pouco feliz.

«Assim, diz o Dr. Alves Moreira, se A, vendendo um cavalo a B, se recusar a entrega-lo, e se estiver estipulado, para o caso do não cumprimento do contrato, a pena de 20$000 reis, B pode pedir ou só a execução do contrato ou a correspondente indemnização, ou só a cláusula penal (art. 676.º, § 1.º). A obrigação era simples, tendo por objecto o cavalo, mas resolve-se para o credor numa prestação em alternativa. Donde resulta que, se o cavalo tiver perecido em virtude de caso fortuito, o comprador não terá direito a indemnização nem á pena convencional, e o vendedor terá direito ao preço, visto que o cavalo ficou pertencendo em propriedade ao comprador, desde que se efectuou o contrato. *Obrig.* pág. 70 e 71.

Muito semelhantes às obrigações alternativas são as obrigações genéricas. São aquelas em que as prestações não são individualizadas, mas indicadas pelo género ou espécie a que pertencem, de modo que deve prestar-se uma determinada quantidade dos objectos assim indicados. O tipo mais freqüente é o da obrigação de dar uma certa quantidade de cousas pertencentes a um *genus*, o qual pode ser mais ou menos circunscrito, conforme forem mais ou menos numerosas as qualidades específicas preestabelecidas para a sua determinação (como, por exemplo, 100 cabeças duma manada de cavalos, 100 cavalos argentinos, 100 cavalos), mas que não pode alargar-se até ao ponto de abranger a máxima categoria das cousas, tal que tirasse ao objecto da prestação todo o grau de determinação, como por exemplo, um animal. No seu conceito entram porém todas as espécies de prestação, e não apenas as de dar um objecto susceptível de poder determinar-se por número, pêso, medida ou quantidade.

A nota característica de tais obrigações está, pois, em que o objecto próprio delas é o *genus*, a que pertencem as singulares prestações. E a consequência prática mais importante é que para elas não tem lugar, em regra, a extinção por impossibilidade superveniente. E isto se mostra com mais evidência nas obrigações de dar, em virtude do clássico princípio *«genus nunquam perit»*.

Mas êste princípio não deve entender-se em termos

absolutos, porque se o *genus* é por tal forma delimitado, que já de per si constitue uma porção muito circunscrita do género mais amplo a que êle pertence, então um *interitus*, ou perda de todas as espécies que o compõem, é já possível e admissível, tendo como necessária conseqüência a extinção da correlativa obrigação, como, por exemplo, se perecessem todos os cavalos da manada, ou se perdesse todo o vinho da adega donde devia tirar-se a quantidade devida.

Dá-se também nestas obrigações o fenómeno da concentração, que se realiza pelo cumprimento ou pela especificação; o vínculo que abrangia, não os singulares objectos individualizados, mas o género abstrato, concentra-se sôbre o que efectivamente se vem a prestar; e êste pode ser um qualquer, contanto que tenha os caractéres do género. Comtudo o direito moderno aceita a regra do direito romano justinianeu: o devedor, assim como não é obrigado a prestar a melhor das espécies do género, também não pode prestar a pior (arts. 716.º, § un., e 1827.º) (1).

(1) Ruggiero, pág. 101 e 102. Doutrina em parte muito diferente ensinava o Dr. Alves Moreira: «Em alguns casos a designação faz-se pela referência a um certo número de cousas concretamente determinadas por circunstâncias acidentais, como o lugar, e que, tendo as mesmas qualidades, podem indiferentemente substituir-se umas às outras (fungíveis), sendo pelo pêso, contagem ou medida que se fixa a prestação. Assim, na venda dum moio de trigo dum determinado celeiro, de cem litros de vinho duma determinada pipa, ou de mil laranjas dum certo pomar, o objecto da obrigação não é indicado genèricamente; acha-se concretamente determinado, tornando-se apenas necessário o pêso, medição ou contagem para tornar efectiva a prestação. A estas obrigações, que se podem chamar de *quantidade*, refere-se o art. 1551.º, dispondo que as vendas de cousas que se costumam provar, pesar, medir ou experimentar antes de serem recebidas, consideram-se feitas debaixo de condição suspensiva».

«Se nos exemplos que acabamos de dar, o objecto do contrato não fôsse uma determinada quantidade de trigo, vinho e laranjas, mas todo o trigo, vinho ou laranjas, do celeiro, da adega ou do pomar, não haveria uma obrigação de quantidade, nem genérica, mas a venda de cousa certa e determinada, cuja propriedade ficaria pertencendo imediatamente ao comprador».

«Quando a designação do objecto da prestação respeite a um determinado conjunto de cousas, mas estas não possam substituir-se indiferentemente umas pelas outras, como na hipótese de se vender um quadro duma determinada galeria, ou um cavalo duma certa manada, ou um livro duma estante, não haverá uma obrigação genérica, pois que a indicação do objecto não se faz apenas por um conjunto de caractéres comuns, achando-se concretamente determinado um certo grupo a que a cousa pertence; e não haverá também uma obrigação de quantidade, pois que o objecto da prestação não se determina pela contagem, pêso ou medição, exercendo, neste caso, a escolha uma função importante».

«Nos exemplos referidos a obrigação será na maior parte dos casos alternativa, devendo ter-se em consideração, para distinguir esta obrigação da genérica, que na obrigação alternativa a indeterminação respeita a cousas ou factos individualmente determinados, ao passo que na genérica tem-se em conta não cousas ou factos individualmente determinados, mas qualidades comuns a muitos indivíduos, podendo todos êles ser objecto da prestação. *Obrig.*, pág. 74 e 75.

83. **Obrigações pecuniárias, líquidas e ilíquidas.** — O dinheiro é muitas vezes objecto da prestação, quer desde o início, como no empréstimo, quer por transformação posterior do primitivo objecto, ao qual veio substituir-se uma prestação em dinheiro. Êste é mesmo um fenómeno muito freqüente, pois se verifica em todas as obrigações não pecuniárias, que por falta de cumprimento determinam a condenação judiciária do devedor: toda a condenação resolve-se afinal necessàriamente numa prestação pecuniária, dada a incoercibilidade imediata das prestações do homem.

Sob dois aspectos pode o dinheiro ser considerado na relação jurídica: ou como denominador comum dos valores e instrumento geral de troca, e então atende-se, não às singulares espécies representativas do valor, mas sim à sua quantidade pelo valor total que representam num dado negócio; ou se considera o dinheiro como uma verdadeira e própria mercadoria, e neste caso atende-se precisamente às singulares moedas, tendo-se em consideração não só a substância metálica de que são formadas, mas também a forma que o Estado lhes imprimiu pela cunhagem. Exemplo típico de relações em que o dinheiro é considerado neste segundo aspecto é a venda

de certas e determinadas moedas de ouro, ou o depósito de uma quantidade de moedas metálicas sem faculdade de uso para o depositário; em tais casos o objecto da prestação é constituído por aqueles determinados *corpora nummorum*, quer como espécie dum *genus* (venda), quer precisamente aquelas espécies individuais, de modo que nem outras do mesmo género se podem prestar (depósito). Tipo das outras relações é o empréstimo de dinheiro sob a forma do mútuo, pois aqui não se tomam em consideração as singulares espécies, nem mesmo o *genus*, e o devedor pode livrar-se prestando qualquer outro género de moedas, contanto que o valor total seja equivalente ao recebido.

Mas entre êstes dois extremos há situações intermédias, em que a moeda, embora considerada como simples meio de troca, é porém tomada em consideração especial pelo diverso valor que uma dada espécie adquiriu num certo momento da economia pública dum país; e como as partes podem preventivamente fixar a qualidade de moeda que deve prestar-se no pagamento, deve a lei intervir, quer para fixar o modo de cumprimento das prestações pecuniárias, quando as partes o não tenham determinado, quer para limitar a liberdade destas quando as suas convenções, ou por imporem a prestação duma moeda sem curso legal, ou por excluírem certas espécies, ou por qualquer outro modo, atentem contra o poder soberano que o Estado tem para fixar os valores das moedas, e para dar ou tirar o curso legal a certas espécies emitidas por êle ou por outro Estado.

As dificuldades proveem do diverso valor que as várias moedas teem ou podem ter nas relações com os valores de todas as outras mercadorias ou nas relações entre as diferentes espécies metálicas, e, se ao lado da moeda metálica se introduz o papel-moeda, da relação que aquela tem com êste, e do regime monetário para uma e para o outro adoptado.

Toda a moeda metálica é susceptível de um tríplice valor:

a) o *intrínscco*, isto é, o valor do metal fino e da liga contida em cada pêso cunhado;

b) o *extrínseco* ou *nominal*, isto é, aquele que o Estado lhe atribue pelo cunho *(forma publica percussa)*, dando a cada pêso um valor de troca, que deve estar em relação com o valor intrínseco, mas não coïncide com êle;

c) o *comercial*, valor de curso ou *valor corrente*, que representado pelo valor que se lhe dá no comércio, está sujeito às oscilações das trocas mercantis, e sobretudo às da troca internacional.

Quando ao lado da moeda metálica se introduz a circulação fiduciária, a moeda de papel, que não é dinheiro, mas um mero representativo da correspondente quantidade de moeda metálica, pode:

a) ou conservar a sua função de mero representativo adoptado para maior comodidade das trocas, e assim, emquanto tem a forma e o valor que lhe dão o Estado e os estabelecimentos bancários que em nome e por concessão dêle a emitem, entra na circulação monetária e deve ser recebida pelas repartições públicas e pelos particulares *(curso legal)*, mas pode sempre exigir-se do emitente a conversão em moeda metálica;

b) ou ser declarada inconvertível, de modo que todos teem obrigação de a receber como dinheiro, sem a possibilidade de exigir a conversão metálica *(curso forçado)* (1).

(1) Entre nós o regimen da circulação fiduciária das notas do Banco de Portugal, regulado principalmente pela lei de 29 de Julho de 1887, pelo decreto de 9 de Julho de 1891, autorizado pela lei de 30 de Junho do mesmo ano, e pelos Estatutos do Banco aprovados por decreto de 13 de abril de 1892, é precisamente o do *curso forçado*.

O regimen monetário é o monometalismo de ouro, quer dizer: só

O princípio fundamental regulador das obrigações pecuniárias é o consignado no art. 723.°: «as prestações em dinheiro serão feitas na forma convencionada».

Na falta de convenção, o princípio geral, embora se não encontre expressamente formulado na lei, não pode deixar de ser êste, que resulta dos princípios fundamentais do direito das obrigações, e especialmente dos preceitos reguladores do regimen monetário; o devedor pode fazer a prestação em qualquer espécie de moeda, metálica ou fiduciária, contanto que tenha curso legal, e pelo seu valor nominal.

Mas o princípio fundamental da autonomia da vontade das partes, dada a frequente insuficiência das cláusulas nos actos jurídicos, carecia de ser regulamentado e completado com disposições de lei supletiva. É o que se procurou fazer nos arts. 724.°-727.° do nosso código, onde se regulam as seguintes hipóteses: *a*) pagamento em moeda metálica de certa e determinada espécie; *b*) pagamento em reis (agora escudos e centavos); *c*) pagamento em moeda de certo metal.

a) Quando se estipula que o pagamento será feito em moeda metálica de certa espécie, como libras, moedas de 10 ou 5 escudos, far-se-á na moeda convencionada, existindo ela legalmente, embora tenha variado de valor entre o tempo do contrato e o do pagamento, e ainda

há uma moeda *principal* ou de *curso forçado ilimitado*, que é a moeda de ouro. Tendo sido regulado pelas leis de 29 de Julho de 1854, 31 de Maio de 1882, 21 de Julho de 1899 e 8 de Agosto de 1908, pelas quais a unidade monetária era o real, foi remodelado pelo decreto de 12 de Maio de 1911 e pela lei de 21 de Junho de 1913, que estabeleceram como unidade monetária o escudo de ouro. Deverá haver moedas de ouro de 10, 5, 2, e 1 escudo, e continuam a ter curso legal as moedas de ouro inglesas denominadas soberanos e meios-soberanos, com os valores de 4$50 e 2$25. Há moedas de prata com os valores de 1 escudo, 50, 20 e 10 centavos; e moedas de bronze-nickel com os valores de 4, 2 e 1 centavos. Ninguém pode ser obrigado a receber em qualquer pagamento mais de 10 escudos em moeda de prata, nem mais de 1 escudo em moedas de bronze-nickel.

que essa variação haja resultado de disposição de lei (art. 724.° e 1638.°). Não existindo já essa espécie de moeda, o pagamento será feito em moeda corrente ao tempo em que haja de verificar-se, calculando-se para êsse fim o valor da moeda estipulada pelo que ela tinha na conjuntura em que deixou de correr (art. 725.°) (1).

b) Consistindo a prestação em escudos, satisfaz o devedor pagando a mesma soma numérica, ainda que o valor da moeda tenha sido alterado (art. 727.°), contanto que o pagamento seja em moeda com curso legal. Mas havendo diversas espécies de moeda e tendo as notas curso forçado, acontece frequentemente ser diverso o valor das diferentes moedas, e diferente o seu valor nominal do valor real e do corrente. É, porém, ao valor nominal que tem de se atender, conforme o disposto no art. 727.°.

c) Se se estipulou o metal da moeda em que deve ser feito o pagamento, sem que, aliás, se tenha estipulado a espécie dela, o devedor fa-lo-á em moeda corrente ao tempo do pagamento, contanto que seja do metal estipulado (§ ún. do art. 727.°).

O § ún. do art. 727.° parece referir-se só ao caso de se ter estipulado o pagamento em reis (em escudos) e de acrescer a esta estipulação a declaração da espécie do metal. Mas é evidente que a mesma regra, até por maioria de razão, se aplica também ao caso de apenas se ter estipulado a espécie de metal.

(1) Pelo projecto primitivo do código (art 1593.°) devia pagar-se em moeda equivalente pelo valor que tinha a que deixou de circular ao tempo do empréstimo. A Comissão revisora (Actas, pág. 98) alterou essa disposição, no intuito de aproximar mais a equação dos valores, sendo mais próximo da época do pagamento o tempo em que a moeda deixa de circular.

O código alemão (§ 245) dispõe que se uma dívida de dinheiro se deve pagar numa moeda determinada, que ao tempo do pagamento tenha deixado de correr, deve fazer-se o pagamento como se não houvesse sido fixada essa moeda.

Foi em virtude da crise financeira de 1891 que o decreto de 9 de Julho dêsse ano deu curso forçado às notas do Banco de Portugal.

Em face desta situação tem-se pretendido sustentar que todos os pagamentos estipulados em certas moedas podem ser feitos em notas do Banco de Portugal, não só porque teem curso forçado, mas ainda porque são representativas de moedas de ouro.

Mas semelhante doutrina é manifestamente anti-jurídica, porque os arts. 723.° e 727.° do código civil não foram revogados por nenhum preceito das leis sôbre o regimen monetário ou sôbre a circulação fiduciária.

Por isso até os pagamentos estipulados em moeda extrangeira, que não tenha curso legal entre nós, devem ser feitos conforme o estipulado; e não o podendo ser em espécie, devem sê-lo pelo valor da moeda convencionada (1).

Entendemos até que, em face dos preceitos do nosso Código civil, se se estipulou que o pagamento será feito em moeda não depreciada, o devedor deve ser obrigado a pagar o valor correspondente a moeda de ouro.

As obrigações pecuniárias, ou que tenham de resolver-se em prestação pecuniária, podem ser *líquidas* ou *ilíquidas*. Dizem-se líquidas aquelas cujo valor é determinado em moeda, ou determinável no prazo de nove dias (art. 765.°, § 1.°). E dizem-se ilíquidas aquelas cujo quantitativo não está determinado nem pode ser assim ràpidamente determinado, sendo necessário recorrer à avaliação ou liquidação judicial, pelos meios processuais competentes.

(1) Ruggiero, pág. 104 e 105; Dr. Alves Moreira, *Obrig.*, pág. 95 e seg.

84. **Os sujeitos da obrigação. Sua determinação. Diferentes espécies de obrigações quanto ao sujeito. Obrigações de sujeito activo indeterminado. Obrigações singulares e plurais: simplesmente conjuntas e solidárias.** — Toda a obrigação pressupõe um duplo sujeito, *activo*, a quem pertence o direito de crédito, e *passivo*, a quem o vínculo impõe a necessidade de fazer a prestação. E ambos em princípio devem ser determinados, pois só entre pessoas certas se pode estabelecer um vínculo obrigatório.

Entretanto é possível em muitas obrigações uma relativa indeterminação dos sujeitos, sendo em todo o caso necessário que êles sejam determináveis sôbre a base de certos factos prèvistos no momento em que se constitue a obrigação.

Assim pode acontecer: ou que originàriamente o vínculo se constitua sendo um dos sujeitos indeterminado, mas determinável mais tarde em virtude de uma dada circunstância; ou que o vínculo se estabeleça em favor dum credor ou contra um devedor certo, mas, porque a obrigação é inerente a uma determinada relação com certa cousa e não radicada naquele sujeito, ela muda contìnuamente de sujeito cada vez que nessa relação entra uma nova pessoa; no primeiro caso a indeterminação é inicial e destinada a desaparecer logo que se verifique a circunstância que há-de definitivamente fixar o vínculo num certo sujeito; no segundo caso é de natureza contínua, porque a obrigação, enquanto por um lado se fixa a cada momento nas pessoas que se encontram naquela relação, passa a novos titulares logo que outras pessoas se lhes veem substituir na mesma relação.

A esta segunda espécie se aplica a feliz qualificação de obrigações *ambulatórias*, que Ferrini foi buscar às fontes romanas (1).

(1) Ferrini, *Pandette*, pág. 551.

São todas as relações obrigatórias em que o vínculo surge pelo simples facto de alguém se encontrar numa relação de propriedade, de posse ou doutro direito real com a cousa à qual êle é inerente: a *actio noxalis,* as várias *actiones in rem scriptae* do direito romano, a obrigação de pagar o *canon* enfitêutico (fôro) ou o *solarium* anual do direito de superfície, o tributo público ou a *décima,* que incumbe a quem se encontra naquela relação de direito real com o prédio; a obrigação de reparar o muro na *servitus oneris ferendi* ou de suportar as despesas de conservação do prédio serviente; os ónus reais, ou *Reallasten* do direito germânico e, em geral, todas as chamadas *obligationes propter rem,* são exemplos de obrigações passiva ou activamente *ambulatórias.*

A indeterminação, quer inicial, quer contínua, pode referir-se ao credor, se é incerto a quem pertence o crédito, ou ao devedor, se é incerto quem terá de fazer a prestação. São exemplos do segundo caso quási todos os que acima referimos. Do primeiro os mais importantes são os *títulos ao portador* e as *ofertas* ou *promessas feitas ao público.*

Mas os casos de indeterminação passiva são geralmente conseqüência de direitos reais, e, portanto, não pertencem ao domínio das obrigações no sentido técnico. Eis a razão por que a maior parte dos autores, ao tratarem da indeterminação dos sujeitos, se referem apenas às obrigações de *sujeito activo indeterminado.*

Vejamos, pois, em que consistem os dois principais tipos destas obrigações.

a) *Títulos ao portador* são os títulos de um crédito representado por um documento no qual está indicada a pessoa do devedor, mas não se determina a do credor. Esta determinação faz-se pela posse do documento, o qual, transmitindo-se pela simples tradição manual, não consigna as sucessivas transmissões; de

modo que, assim como a sua tradição produz a transferência do crédito, assim a sua posse é causa suficiente para investir o detentor no respectivo direito de crédito. Exemplos mais freqüentes e conhecidos dêstes títulos são os títulos da dívida pública dos Estados ou dos entes administrativos que se integram na sua organização, as acções e obrigações de sociedades ou outras emprezas legalmente constituídas, as guias de transporte ou bilhetes de passagem em caminhos de ferro ou outras emprezas transportadoras, os bilhetes de entrada em teatros ou outros espectáculos, o cheque sôbre casas bancárias, sempre que nestes diferentes documentos se não menciona o nome da pessoa que tem direito à respectiva prestação; e títulos ao portador são sempre as notas de Banco.

O título ao portador diferencia-se nitidamente do título *nominativo*, em que o credor é indicado no documento e a transmissão se efectiva ou pela cessão em acto separado ou pela transferência consignada no próprio documento (declaração de pertence); e distingue-se do *título à ordem,* cujo tipo principal é a *letra,* em que também se indica o nome do credor, mas o crédito é estabelecido não só a favor do credor, mas também *à sua ordem,* isto é, em favor de quem quer que fôr indicado por êle ou pela pessoa a quem êle o transmitir (tomador), e a transmissão opera-se pela simples declaração ou mesmo só pela assinatura do tomador feita no documento *(indosso),* ficando assim registadas as sucessivas transmissões.

É porém muito discutida a natureza jurídica do título ao portador.

Segundo a mais antiga concepção, e talvez ainda hoje a mais geralmente aceita, o título ao portador é apenas o documento probatório de uma *obligatio in incertam personam,* isto é, uma obrigação consensual entre o emitente e aquele que primeiro toma o título. Outros, vendo também no título um simples documento

probatório, consideram a obrigação constituída entre o emitente e aquele dentre os sucessivos possuïdores que apresentar o título a pagamento. Outros consideram o título como uma verdadeira mercadoria creada ou produzida pelo consenso do emitente e do tomador. Estas são as teorias contratuais.

As concepções modernas ou teorias unilaterais, baseadas no conceito da declaração unilateral de vontade, reduzem-se a duas: a teoria da *emissão*, segundo a qual uma declaração unilateral de vontade é fonte de obrigação para quem a faz ou emite, consignando-se no título ao portador por tal forma que quem quer que venha a ser o possuidor do título deve ser considerado como o destinatário da declaração; e a teoria da *incorporação*, defendida sobretudo por autores alemães, considera a obrigação consubstanciada ou materializada no próprio título, objectivando-se ou identificando-se com êle por tal forma que segue sempre as suas vicissitudes, mudando de titular com a mudança da detenção, e extinguindo-se se o documento desaparece (1).

Os títulos ao portador teem a sua regulamentação no direito comercial e nas leis especiais; e discute-se muito entre os autores italianos se êles podem admitir-se no direito civil, questão que o código civil alemão (§ 793.° e seg.) e o suíço das obrigações (arts. 846.° e 847.°) resolveram afirmativamente. Os italianos pronunciam-se geralmente pela solução negativa, apesar de o seu código em dois artigos (498.° e 707.°) se referir aos títulos ao portador.

Mas nós entendemos, e apesar de o nosso código dêles não falar, que os títulos ao portador são perfeitamente admissíveis na vida do direito civil, pois que a êles se não opõe o regimen geral das obrigações.

(1) A análise minuciosa das muitas e variadas teorias dos títulos de crédito encontra-se na Dissertação de doutoramento do Dr. Mário de Figueiredo — *Títulos de crédito*. Especialmente para os títulos ao portador veja-se a Dissertação de doutoramento do Dr. José Alberto dos Reis — *Dos títulos ao portador*.

b) *Ofertas ao público* são as dirigidas a uma pluralidade indeterminada de pessoas, entre as quais se determinará depois pela aceitação a que se tornará titular do direito de crédito. Podem distinguir-se duas espécies: ou se trata duma proposta de contrato dirigida a pessoa incerta, o que é muito freqüente na vida mercantil nas múltiplas formas por que os comerciantes por meio de anúncios, de exposição de mercadorias, de aparelhos automáticos, e outros meios, se comprometem a vender a mercadoria ou a prestar um serviço a quem aceitar a oferta, ou são promessas públicas de recompensa ou prémio, feitas por particulares, sociedades ou entes morais a quem praticar ou tiver praticado uma certa acção, a quem, por exemplo, encontrar e entregar um objecto perdido, assegurar à justiça a prisão de um criminoso, apresentar a melhor obra num concurso artístico, literário ou scientífico, a quem fizer uma determinada descoberta, ou fizer outras cousas semelhantes.

Perfeita a oferta no momento em que chega ao conhecimento dos destinatários, que são todos aqueles que quiserem ou puderem aceitá-la, ela produz os seus efeitos vinculando aquele que a emitiu para com quem quer que a tenha aceitado.

A teoria jurídica da oferta ao público parte do conceito da eficácia obrigatória das promessas unilaterais, baseada quer na aplicação da *pollicitatio* do direito romano, quer no princípio do direito germânico que reconhece obrigatoriedade às manifestações unilaterais de vontade. A promessa por anúncios públicos não é senão uma forma dos actos jurídicos unilaterais, em que o emitente de uma declaração de vontade fica vinculado independentemente da correspondente declaração de vontade da outra parte.

Esta doutrina teve a sua consagração legislativa nos códigos civis alemão (§§ 657-661) e brasileiro (art. 1512 e 1514), onde se disciplina a promessa de recompensa ao público (*Auslobung*), declarando-se obrigado o promitente a cumprir a promessa quando alguém do povo tiver realizado a operação ou produzido o resultado, a que era destinado o prémio, ainda mesmo que não haja procedido por causa da promessa, e independentemente de qualquer declaração de aceite.

Os autores franceses e italianos, com base nos seus respectivos códigos são geralmente concordes em regeitar esta doutrina, declarando inaceitável a obrigatoriedade da promessa unilateral, por não haver na lei um preceito legal que a autorize, e porque, segundo aqueles códigos, as obrigações só podem resultar de um contrato, de um quási-contrato (que só pode ser a gestão de negócios alheios ou o pagamento indevido), de um delito, de um quási-delito, ou da lei. E concluem, portanto, que a promessa unilateral deve ser considerada como uma oferta de contrato, integrando-se na figura comum das propostas contratuais, as quais, sendo perfeitas só quando chegam ao conhecimento dos destinatários, nem assim se tornam irrevogáveis, e só vinculam quando o contrato tenha sido concluído. A sua disciplina é, por conseqüência, a mesma que para toda a oferta contratual estabelece o art. 36.º do código comercial italiano, que presupõe a aceitação: e assim a obrigatoriedade só existe quando a aceitação da oferta tenha chegado ao conhecimento do proponente, ou mais pròpriamente, como diz Ruggiero, quando o destinatário tenha empreendido a execução (1).

No nosso direito também não há disposição reguladora das ofertas ou promessas dirigidas ao público, podendo entretanto aplicar-se-lhes, quanto mais não seja

(1) Ruggiero, *Ist.*, pág. 125 e seg. e aut. aí cit.

por analogia, os preceitos relativos aos contractos entre ausentes (arts. 649.º, 651.º-655.º).

O Dr. Alves Moreira, fundando-se em que as disposições relativas às propostas de contrato entre ausentes presupõem que estas são dirigidas a pessoas determinadas, e que tais propostas só se tornam obrigatórias, pelo que respeita ao cumprimento da prestação que forma o seu conteúdo, depois da aceitação, entende que as propostas ao público não constituem só de per si um vínculo obrigatório, não podendo pelo nosso código considerar-se como negócios jurídicos unilaterais, embora como tais devessem ser regulados (1).

(1) Assim se exprime o notável professor:

«Considerando-se a promessa de recompensa como proposta de contrato a pessoas incertas, a consequência será que por essa promessa o seu autor só ficará adstrito, antes da aceitação, a indemnização de perdas e danos quando a retrate, não ficando vinculado pela promessa ao seu cumprimento específico. Para que se desse êste vínculo, podendo assim considerar-se a promessa de recompensa como um negócio jurídico unilateral, era necessário que a lei o declarasse, e não existe no nosso direito disposição alguma em que se atribua tal eficácia à promessa de recompensa».

«Como vimos, em matéria de obrigações que se constituam mediante declaração da vontade, o princípio sancionado no nosso código civil é que a vontade só se torna irrevogável pela aceitação. É êste pois o princípio que temos de aplicar».

«Poderá considerar-se aceitação a prática do facto por que é devida a recompensa, quando desta tenha conhecimento quem o realiza. Se houver falecido, porém, a êsse tempo o promitente, o contrato não poderá considerar-se formado, visto que não pode dar-se o acôrdo das vontades. Os herdeiros do promitente poderão considerar-se, porém, responsáveis pela proposta, como se está houvera sido dirigida a uma pessoa determinada, quando não tenha conhecimento da morte quem realiza o facto pelo qual é devida a recompensa».

«O contrato fica, segundo o nosso código civil, perfeito pela aceitação, desde que esta se dê dentro do prazo fixado na proposta ou na lei. Esta fixa prazo para as propostas feitas a pessoas determinadas, que não estejam presentes. Para as promessas feitas a pessoas incertas, não há prazo fixado pela lei, podendo entender-se que essas promessas, quando nelas se não fixe prazo, subsistem enquanto não forem revogadas. Se ao tempo da revogação já se tiver realizado o facto a que a promessa respeitava, entendemos que, considerando-se êsse facto como aceitação, o promitente ficará adstrito ao cumprimento da promessa».

«São êstes os princípios que, por analogia, julgamos aplicáveis às promessas de recompensa». *Obrig.*, pág. 704 e 705.

Em face dos arts. 651.º e seg. do código civil, parece-nos, porém, que as ofertas ao público constituem verdadeiras propostas de contracto entre ausentes, que produzem desde logo os seus efeitos jurídicos vinculando o proponente. Nenhuma daquelas disposições do código restringe a sua aplicação a pessoas determinadas, e nada se opõe portanto a que se apliquem igualmente a pessoas incertas, o que em todo o caso teria de fazer-se por analogia, em face do preceito de direito subsidiário consignado no art. 16.º.

Por outro lado, a doutrina, que torna o vínculo obrigatório dependente da aceitação do destinatário da proposta, não é a que se encontra no nosso código civil, que no art. 649.º, o que torna dependente da aceitação é apenas a perfeição ou conclusão do contrato.

Mas a apresentação da proposta constitue, imediatamente, e sem necessidade de aceitação, um vínculo obrigatório pelo qual o proponente fica adstrito a manter a sua proposta, nos termos do art. 653.º, e portanto, a cumprir a promessa feita, não lhe sendo permitido retratar-se, isto é, retirar a proposta, sob pena de responder pelas perdas e danos que pela sua retratação causar.

PLURALIDADE DE SUJEITOS. Como vimos, dois teem de ser pelo menos os sujeitos da obrigação (obrigações *singulares*), mas podem ser, e, com efeito, muitas vezes são mais (obrigações *plurais*). É muito freqüente o caso de a um só credor estarem sujeitos dois ou mais devedores, ou de em face de um só devedor se encontrarem dois ou mais credores, ou ainda de a dois ou mais crédores estarem obrigados dois ou mais devedores, seja porque originàriamente assim se constituiu o vínculo, seja porque mais tarde ao credor ou devedor único se substituíu uma pluralidade de sujeitos.

Dada a pluralidade de sujeitos, três hipóteses são possíveis: ou que a obrigação se decomponha dando

lugar a tantas obrigações menores quantos forem os credores ou os devedores; ou que, embora capaz de scindir-se, não possa decompôr-se, porque se opõe o obstáculo da indivisibilidade; ou, emfim, que o vínculo seja inscindível em razão do seu título, por ter a vontade das partes ou a lei atribuído à relação obrigatória uma unidade tal que não permite o seu fraccionamento em várias obrigações.

Ás três hipóteses correspondem três diversas espécies de obrigações plurais: as *parciais* ou *simplesmente conjuntas*, as *indivisíveis* e as *solidárias*.

Já estudamos as indivisíveis, que no fundo outra cousa não são senão obrigações solidárias. Examinemos pois as duas espécies — *parciais* ou simplesmente *conjuntas* e *solidárias*.

Quando uma obrigação é assumida por várias pessoas, é regra geral que ela se fracciona em tantas obrigações separadas e independentes, quantos são os devedores. E os autores formulam o mesmo princípio, fundando-se nas regras da comunhão, também para o caso de a obrigação ser constituida em favor de vários credores. Tanto num caso como noutro dizem que a relação é *una* apenas formalmente e em razão da causa que lhe deu vida; mas na realidade cada credor só tem direito a uma quota da prestação devida, e só por uma quota é obrigado cada um dos devedores, de modo que cada uma das quotas constitue por si o objecto próprio e autónomo das singulares obrigações parciais — *concursu partes fiunt*. A medida em que deve fraccionar-se a prestação, dizem ainda, é determinada pelas regras da comunhão: a quota dos diferentes compartes é a que fôr estabelecida no título da obrigação, e no silêncio dêste aplica-se a norma geral de que as quotas se presumem iguais.

Assim dispõe o nosso código para o caso de pluralidade de devedores, no art. 731.º:

«Sendo vários os obrigados a prestar a mesma

cousa, responderá cada um dêles proporcionalmente, excepto:

1.° se cada um deles se responsabilizou solidàriamente;

2.° se a prestação consistir em cousa certa e determinada, que se ache em poder de algum deles, ou se depender de facto que só um deles possa prestar;

3.° se pelo contracto outra cousa tiver sido determinada.»

E não diversamente acontece, diz Ruggiero, se a pluralidade se forma por sucessão hereditária. O princípio acolhido desde o mais antigo direito romano, e depois sempre mantido, é que débitos e créditos se dividem de direito entre os herdeiros — *nomina hereditaria ipso jure inter heredes divisa sunt* (1).

(1) Ruggiero, pag. 129. No mesmo sentido diz o dr. Alves Moreira:

«Nas obrigações em que haja simples conjunção de devedores ou de credores, a prestação fracciona-se de forma que há, quer objectivamente, quer subjectivamente, tantos vínculos de obrigação, quantos são os sujeitos activos e passivos. Assim, sendo Pedro devedor a Joaquim e António de três contos de reis, haverá duas obrigações: sucedendo a Pedro três filhos e sendo na partilha a divida atribuída a todos eles, haverá seis obrigações (art. 2115.°). Estas obrigações dividem-se, pois, ou fraccionam-se, e as partes dos credores e dos devedores devem considerar-se como outros tantos créditos e débitos distintos e independentes uns dos outros. Nestas obrigações cada credor não pode exigir mais do que a sua parte no crédito e cada devedor só fica adstrito ao pagamento da sua parte na dívida, sendo completamente autónoma cada uma das obrigações em que a obrigação conjunta se desdobra. Assim a interrupção da prescrição que se dá em favor de um dos credores, não aproveita aos outros credores e, para que produza efeito quanto aos outros devedores, é necessário que a causa de que essa interrupção deriva se dê em relação a todos êles (art. 557.°). Se algum dos devedores se tornar insolvente, é o credor quem sofre o prejuízo que dessa insolvência resulta, e não os outros devedores».

«Atenta a comunidade de origem da obrigação, pode o credor demandar diferentes devedores e podem vários credores demandar o mesmo devedor para o cumprimento da prestação (cod. de proc. civ., art. 6.°); mas esta coligação de réus ou de autores no mesmo processo envolve pedidos diversos, e cada um dos autores ou dos réus pode fazer valer direitos ou meios de defêsa que, embora respeitem à obrigação conjunta considerada objectivamente, só a êles aproveitem. *Obrig.*, pág. 34 e 35».

Esta doutrina da divisão das obrigações conjuntas, entre os herdeiros do credor originário, não nos parece aceitável em face do nosso código civil; em virtude do princípio formulado no art. 2016.°: «Cada um dos coherdeiros pode pedir a totalidade da herança, a que fôr chamado conjuntamente com outros, sem que o demandado possa opôr-lhe a excepção, de que a herança lhe não pertence por inteiro».

Parece-nos que, por igual ou maior razão, pode cada um dos coherdeiros pedir ao devedor do autor da herança a totalidade da sua dívida, sem que se lhe possa opôr a excepção da divisão.

E sobretudo depois da modificação do art. 8.° do código de processo civil pelo decreto n.° 4618, de 13 de Julho de 1918, parece-nos indubitável o nosso modo de vêr. Diz o art. 8.°: «E permitido pedir separadamente a qualquer dos interessados a parte que lhe competir na responsabilidade comum, ou a anulação de qualquer acto na parte que lhe disser respeito».

«Pode qualquer sócio, herdeiro ou comparte em cousa comum ou indivisa, pedir a totalidade dessa cousa em poder de terceiro, sem que êste possa opôr-lhe que esta não lhe pertence por inteiro, e pode também pedir a parte que lhe competir quando a cousa fôr divisível».

A doutrina da divisão em face do código italiano resulta do seu art. 1204.° (1).

Mas no nosso código não se encontra semelhante disposição, e o art. 2115.° apenas se refere aos herdeiros do devedor.

Uma verdadeira unidade da obrigação, não obstante

(1) Diz o art. 1204.° do código italiano: «A obrigação que é capaz de divisão, deve executar-se entre o credor e o devedor como se fôsse indivisível. A divisibilidade não é aplicável senão aos seus herdeiros, os quais não podem exigir o crédito, nem são obrigados a pagar a divida senão nas porções a êles respeitantes, ou naquelas pelas quais são obrigados como representantes do credor ou do devedor».

a pluralidade dos sujeitos, verifica-se quando a relação é constituída de modo que qualquer dos credores pode exigir a totalidade da prestação, como se fôsse o único credor, ou qualquer dos devedores é obrigado a prestar a totalidade, como se fôsse devedor único.

As obrigações em que o vínculo se apresenta com êste carácter chamam-se *solidárias;* e o vínculo que prende os sujeitos destas obrigações tem o nome de *solidariedade,* porque cada um deles é autorizado a exigir, ou obrigado a executar, a totalidade da prestação — *in totum* ou *in solidum* —; ou também *correalidade,* segundo a terminologia dos textos romanos — *plures rei stipulandi* ou *promittendi, correi credendi* ou *debendi;* e distingue-se em solidariedade *activa* ou *passiva,* conforme a pluralidade está do lado dos credores ou do lado dos devedores.

85. **Obrigações solidárias. Solidariedade activa e passiva.** — Do conceito da solidariedade resulta que a obrigação solidária não se fracciona em tantas obrigações parciais quantos os credores ou os devedores.

A obrigação solidária constitui, em virtude das relações que se estabelecem entre os seus sujeitos, uma obrigação única; e esta unidade não resulta da indivisibilidade da prestação por causa da própria natureza do seu objecto, mas sim da vontade das partes ou da disposição da lei.

Na solidariedade activa cada um dos credores pode exigir do devedor a *solutio,* como se fôsse credor único; na solidariedade passiva cada devedor fica adstrito ao cumprimento integral da obrigação, como se fôsse devedor único; e na solidariedade que é ao mesmo tempo activa e passiva, pode qualquer dos credores exigir de qualquer dos devedores a totalidade da prestação, como se houvesse apenas um credor e um devedor.

É como se entre os credores solidários, e do mesmo modo entre os devedores, houvesse um vínculo de

mútua representação, pelo qual se constitui a unidade objectiva da obrigação, sendo esta assim constituída pela vontade das partes ou por disposição da lei.

Mas, diz bem o Dr. Alves Moreira, a aplicação rigorosa do princípio da mútua representação e do da unidade objectiva da obrigação pode conduzir a consequências completamente erróneas, pois que não só está no arbítrio das partes, quanto à solidariedade que se forma em virtude de um negócio jurídico, determinar os efeitos que dela derivam, e que podem ser mais ou menos amplos, mas os legisladores nem sempre se teem orientado pelos referidos princípios nos efeitos que atribuem à solidariedade, já quando esta é imposta por lei, em normas coactivas, já quando as partes se limitam a estabelecê-la, e ela é regulada por normas de carácter suplectivo (1).

A natureza intrínseca da solidariedade, qualquer que seja a fonte donde ela promana, consiste na unidade da obrigação, que se apresenta como um vínculo único, tendo uma única causa e destinado a uma única e idêntica prestação. Mas esta afirmação carece de esclarecimentos, diz Ruggiero, tendo sido objecto de vivas e por vezes obscuras disputas, alimentadas em grande parte pelas famosas controvérsias agitadas no campo romanístico acêrca dos conceitos de *solidariedade* e *correalidade.*

É necessário antes de tudo tomar como ponto de partida estes dois princípios bem assentes: é da essência da obrigação solidária, que a prestação, uma vez feita, produz a extinção do vínculo, donde resulta que, se o único devedor pagou a um dos credores, ficou desonerado em relação a todos, e se um só dos condevedores pagou ao credor único, todos os outros ficam igualmente desonerados em relação a êsse credor; e era

(1) Dr. Alves Moreira, pág. 36.

regra geral do direito romano clássico a extinção da obrigação solidária em virtude da *contestatio litis*, quer dizer, que sendo proposta a respectiva acção por um dos credores ou contra um dos devedores solidários, e por toda a prestação, a obrigação ficava extinta em relação aos outros.

Ora nas fontes romanas notava-se que o efeito da *contestatio litis* não era o mesmo para todas as obrigações solidárias; emquanto para algumas se declarava que elas se extinguem em virtude da acção judiciária, para outras ao contrário (e estas eram as dos tutores adstritos à mesma tutela, dos depositários da mesma cousa, dos *mandatores* obrigados a pagar uma dívida alheia, e dos responsáveis por um mesmo delito) a eficácia extintiva da *contestatio* não tem lugar, declarando-se que elas só se extinguem com o pagamento integral e efectivo. Os múltiplos e constantes esforços feitos pelos jurisconsultos, desde a glosa em deante, para explicar a razão daquela singular diversidade, não pareceram coroados de sucesso senão quando Keller e Ribbentrop (1) julgaram poder fundar aquela diferença numa diversidade substancial dos dois grupos de obrigações. Considerando que onde a *contestatio* deixava de ter eficácia extintiva, é porque a obrigação não era única, mas múltipla e conjunta, isto é, composta de tantas obrigações quantos os devedores, embora todas concentradas no mesmo objecto, formularam a conclusão de que se devia distinguir no conceito geral da solidariedade duas categorias: a *correalidade*, representada especialmente pelo caso de uma promessa feita por dois ou mais devedores, em que a obrigação é verdadeiramente *una* (*una eademque obligatio*), de modo que não sendo possível reclama-la em juízo senão integralmente, a *contestatio* ainda que só com um dos devedores extingue-a para todos os outros; e a *solidariedade* verdadeira e própria, ou solidariedade *em sentido estrito*, em que as obrigações são várias e autónomas, tantas quantos os devedores tendo embora um idêntico objecto, de modo que a reclamação judicial de uma não importa a extinção das outras, que sòmente se extinguem com a efectiva satisfação do crédito.

(1) Keller, *Ueber Litis Contestation und Urtheil*, e Ribbentrop, *Zur Lehre von den Correalobligationen*, cit. por Ruggiero, pag. 132.

Assim surgiu a doutrina do duplo vínculo de *solidariedade simples* e de *correalidade*, que não só imperou por muito tempo nas escolas romanistas, mas exerceu uma certa influência nas teorias civilistas, estabelecendo a respeito das obrigações solidárias passivas a distinção entre *solidariedade perfeita*, que corresponderia à correalidade romana e teria lugar nas obrigações solidárias por contracto, e *solidariedade imperfeita*, que seria a solidariedade em sentido estrito e teria lugar nas obrigações derivadas de delito ou quási-delito.

Foram sobretudo Ascoli e Eisele que combateram toda esta artificiosa construção, e demonstraram como as diversas e contraditórias decisões das fontes romanas são devidas sòmente a interpolações do direito justinianeu.

Porque Justiniano (1. 28 C. 8. 41) aboliu nas obrigações correais passivas a eficácia extintiva da *contestatio* a respeito daqueles que não tinham sido partes no processo, limitando-a ao devedor contra quem a obrigação foi reclamada em juízo, uma série de interpolações foram introduzidas nos textos genuinos dos clássicos, para lhes fazer declarar, contràriamente ao que neles se dizia, que não a *contestatio*, mas só o efectivo pagamento, tinha a virtude de extinguir a relação obrigatória.

Mas em alguns textos a correcção foi omitida por mero engano ou inadvertência; emquanto que noutros não foi propositadamente introduzida, porque nestes se tratava de correalidade activa, à qual não se referia a abolição.

O conceito de correalidade não é, pois, nem por direito romano, nem pelo direito moderno, diverso do da solidariedade. E deve ser igualmente regeitada a outra construção, tendente a distinguir na obrigação solidária duas classes ou categorias diferentes, concebendo-a ora como um vínculo único com pluralidade de relações subjectivas, ora como uma multiplicidade de vínculos, cada um dos quais tem um objecto igual ao dos outros, por tal modo que, dada a unidade da causa, a prestação por parte de um dos devedores ou a favor de um dos credores importa a extinção de todos os outros vínculos.

A concepção do nosso código, à semelhança do francês e do italiano, é a da unidade da obrigação e do uniforme tratamento de todas as espécies, qualquer que seja a causa ou fonte geradora do vínculo solidário. Isto não impede, porém, que a respeito de cada um dos vários sujeitos a obrigação possa ter características próprias e especiais, que a diferenciem em parte do vínculo que liga os outros. E assim, embora o nosso código não contenha disposição igual à do art. 1187.º do italiano (1), entendemos que tal disposição não pode deixar de subentender-se, e que, na verdade, a obrigação pode ser *in solidum*, ainda que um dos devedores seja obrigado dum modo diverso do outro ao pagamento da mesma cousa, como, por exemplo, quando a obrigação de um é condicional e simples a do outro, ou se um tem para pagar um termo que não é concedido ao outro. Estas diferenças eventuais não implicam uma multiplicidade de obrigações, mas quando muito uma diversa modalidade do mesmo vínculo em confronto com os

(1) Diz o código italiano no art. 1187.º: «A obrigação pode ser *in solido*, ainda quando um dos devedores seja obrigado dum modo diverso do outro ao pagamento da mesma cousa; como quando a obrigação de um é condicional e simples a do outro, ou se um tem para pagar um termo que não é concedido ao outro.»

vários sujeitos. De resto, dizer, como costumam muitos e eminentes juristas, que na obrigação solidária há uma multiplicidade de obrigações com unidade objectiva, é proposição que pode ser inofensiva quando mire sòmente a pôr em relêvo que a relação obrigatória, adstringindo a um credor ou a um devedor mais sujeitos ao mesmo tempo, é composta de uma série de vínculos parciais ligando cada um apenas duas pessoas, mas reünindo-se todos num feixe pela identidade da causa e do objecto.

E assim, em toda a obrigação solidária há que distinguir nìtidamente o seu lado externo da relação interna, que liga entre si os diversos sujeitos activos ou passivos. Se pelo lado externo cada um dos devedores, como cada um dos credores, se apresenta como se fôsse único credor ou devedor, de modo que podendo cada um exigir e sendo cada um obrigado a prestar a totalidade, pode dizer-se que o devedor que paga satisfaz uma dívida sua e o credor recebe um crédito seu, nas relações internas dos sujeitos activos ou passivos é necessário ter em consideração o íntimo vínculo que os prende e que por sua vez constitue a causa determinante do vínculo da solidariedade (contrato, testamento, delito, etc.). Assim, e só assim, se deve resolver o quesito, se entre os vários *correi debendi* ou *credendi* existe um direito de regresso, isto é, uma acção destinada a chamar à responsabilidade comum os condevedores em favor daquele que tiver pago, ou a compelir o credor que tiver recebido a partilhar entre os concredores o benefício da prestação cumprida; decidir, se, e em que medida, o objecto da prestação, ou seja o benefício ou o encargo que ela representa, se divide entre os credores ou os devedores, depende precisamente do vínculo que os liga na sua relação interna.

Alguns jurisconsultos pretendem disciplinar estas relações internas, e fundar o direito de regresso nos conceitos do mandato e da sociedade. Independentemente do motivo especial que pode levar as partes a

contraír um vínculo com vários sujeitos activos ou passivos, quando um dos devedores paga ou um dos credores exige, paga ou exige, diz-se, em virtude dum mandato tácito e recíproco, em virtude duma relação de sociedade, pela qual cada um gere ao mesmo tempo o negócio próprio e o alheio. Mas tendo-se justamente observado que a um tal conceito se não pode recorrer, quando a solidariedade é imposta por lei, e que sobretudo repugna falar de mandato recíproco nos casos de responsabilidade legal por delito, foi aquele conceito substituído, para a maior parte dos autores, pelo conceito mais largo da representação: cada um dos compartes no débito ou no crédito deve considerar-se, por virtude do seu próprio acto jurídico ou da lei, como representante dos outros, e também como órgão e representante da comunidade em relação aos terceiros.

Não faltam, é certo, objecções contra esta concepção; mas é preciso reconhecer que ela não só traduz a própria concepção do legislador (arts. 753.º e 754.º), mas é a mais adequada para explicar o direito de regresso, e reduzir a um princípio único a divisão do débito e do crédito entre os diversos interessados, quer a solidariedade derive da vontade das partes, quer seja estabelecida pela autoridade da lei (1).

Convém examinar separadamente as relações externas e internas na solidariedade activa e na passiva.

a) SOLIDARIEDADE ACTIVA. O princípio fundamental na relação externa, isto é, entre os credores, por um lado, e devedor comum por outro, é que cada credor é considerado como crédor da totalidade da prestação. Donde resulta: 1) cada credor pode exigir a prestação por inteiro, e o pagamento feito a qualquer dos credores livra o devedor em relação a todos; 2) o devedor

(1) Ruggiero, pag. 131-135.

demandado por qualquer dos credores não pode opôr a excepção da divisão pelos credores e pretender pagar por partes, porque não lhe diz respeito a relação interna entre credores; 3) o devedor tem a livre escolha do credor a quem pretende fazer o pagamento, emquanto não fôr judicialmente demandado por outro, pois que desde êste momento a relação creditória fixou-se definitivamente por virtude da *contestatio litis*, no credor que exerceu a *petitio* (art. 750.º e 751.º).

Na relação interna que liga entre si os credores tudo depende dos termos em que o vínculo foi estabelecido. Na falta de estipulação especial a lei presume, e não podia deixar de presumir, um interêsse comum entre êles (art. 751.º *in fine*); e com base neste interêsse terá lugar a divisão do benefício que a obrigação contém, por meio da acção de regresso concedida a cada um dos credores contra aquele que recebeu, para obter as respectivas quotas, que serão iguais ou desiguais, conforme o título. Mas trata-se, é claro, de uma simples presunção legal, que pode ser excluída pela vontade das partes, podendo mesmo acontecer que as suas estipulações excluam o direito de regresso.

b) SOLIDARIEDADE PASSIVA. Também nesta o princípio fundamental regulador das relações externas é que cada devedor é considerado como único, e portanto obrigado pela totalidade da prestação. Donde resulta: 1) o credor pode dirigir-se à sua escolha a qualquer dos devedores para exigir a prestação por inteiro; 2) o devedor demandado, como é pessoalmente obrigado pela totalidade, não pode invocar o *beneficium divisionis*, nem pretender pagar só a sua quota parte. (1); 3)

(1) O código de processo civil (art. 327.º) confere ao devedor solidário, que fôr demandado pela totalidade da divida, o direito de fazer citar os outros devedores, e determina que aquele que não

uma vez cumprida só por um ou alguns dos devedores a prestação, todos os outros ficam desonerados; 4) o credor pode proceder contra um, contra alguns ou contra todos conjuntamente, mas tendo demandado só um ou alguns, só pode demandar os outros depois de verificada a insolvência dos já demandados, ao contrário do que dispõe o código italiano (art. 1190.º), segundo o qual as instâncias judiciais contra um dos devedores não tiram ao credor o direito de promover outras semelhantes contra os outros devedores; 5) se a prestação se tornar impossível por culpa dalgum dos devedores, as conseqüências do facto culposo recaem sôbre o autor dêle, mas nem por isso os outros coobrigados se livram da obrigação; simplesmente o devedor culpado será o responsável pela indemnização de perdas e danos, e os outros apenas serão responsáveis nos limites da *aestimatio rei* (art. 752.º-755.º).

Nas relações internas dos devedores vigora o mesmo princípio da solidariedade activa, segundo o qual se presume a comunidade de interesses, e portanto, a divisão entre êles do encargo da obrigação (art. 754.º). Mas esta regra não tem um valor absoluto e irrevogável: ela é antes subsidiária ou supletiva do que se houver disposto no título da obrigação, o qual pode excluir no todo ou em parte o princípio da divisão, devendo mesmo entender-se que esta não tem lugar desde que se prove que a dívida foi contraída só no interêsse de um ou alguns dos devedores. E é uma simples presunção a igualdade das quotas dos coobrigados, podendo o título determinar uma diversa medida na repartição do débito. Do princípio da divisão resultam as seguintes regras

comparecer ou deixar de defender-se será condenado conjuntamente com o demandado. Mas é claro que êste direito estabelecido no código de processo não importa o benefício da divisão, e por isso não modifica o preceito do art. 752.º do código civil.

consignadas nos arts. 1199.º, 1200.º e 1201.º do código italiano, e que devem igualmente aceitar-se perante o nosso código, embora não expressa e completamente formuladas: 1) O devedor que pagou por inteiro pode exigir de cada um dos outros a sua quota, mas não mais (art. 754.º); 2) se um dêstes se tornou insolvente, a sua quota será repartida pelos outros, incluindo o que pagou (art. 754.º *in fine;* 3) se o crédor renunciou a acção a respeito de algum dos devedores, e um ou mais dos outros se tornam insolventes, a porção dêstes é repartida por todos os solventes, incluindo aqueles que foram por aquela renúncia dispensados da obrigação *in solidum;* 4) se o negócio pelo qual foi contraída a dívida *in solidum* apenas interessa um dos coobrigados, êste é responsável por toda a dívida para com aquele ou aqueles que hajam pago, porque êstes são, em relação a êle, meros fiadores.

Explicando e justificando esta última regra, que se encontra no art. 1201.º do código italiano, diz bem Pacchioni:

«Mas uma cousa é ser devedor e outra é ser, para certos efeitos, como tal considerado. Se eu para facilitar o crédito a um bom amigo que tem necessidade de uma certa quantia, me obrigo solidàriamente com êle, mas sem receber um real do dinheiro que obtivemos por empréstimo, é certo que respondo plenamente com o meu património se êle não paga a dívida; mas ninguém poderá dizer que eu sou devedor da quantia que não recebi, a não ser que se queira negar (o que seria absurdo) a distinção conceitual entre o dever e a garantia do dever. Certamente se o amigo pelo qual eu assim me responsabilisei não satisfaz o seu débito, deverei — se quero evitar o processo e a execução sôbre os meus bens — pagar por êle; é porém evidente que, pagando, pago não uma dívida minha, mas a dívida de outrem. E tanto isto é verdade que, depois de ter pago posso logo proceder pela acção de regresso contra o

amigo, que é o único verdadeiro devedor, para rehaver a quantia por mim paga, como se a devesse, embora, na verdade, não a devendo» (1).

Da exposição que temos feito dos princípios fundamentais do instituto da solidariedade resulta em máxima evidência a sua grande importância, tanto teórica como prática, no regime das obrigações.

E, pois, necessário determinar precisamente quando é que a obrigação plural é solidária, quer pelo lado activo, quer pelo passivo.

É um problema grave e muito delicado, dada a sua manifesta e grande importância. E parece todavia muito simples, visto que sôbre êle se não notam divergências entre os autores.

Escritores nacionais e estrangeiros são geralmente concordes em formular a êste respeito as seguintes regras:

a) a ***solidariedade não se presume,*** sendo, portanto, necessário que seja expressamente formulada pela vontade das partes ou por disposição da lei; mas para se estabelecer a solidariedade voluntária, não é necessário empregar palavras sacramentais, sendo relevantes quaisquer expressões equivalentes, como, *um por todos, todos por um, todos os devedores obrigados ao cumprimento integral, cada credor fica com direito à prestação por inteiro,* etc.;

b) a *solidariedade activa só pode resultar da vontade dos interessados,* enquanto qué a passiva é também estabelecida em certos casos por disposição da lei (arts. 1348.º, 1904.º, 2371.º, 2372.º, 2380.º, 2381.º, etc.);

c) a *solidariedade,* é pois, *uma excepção* (2) visto

(1) Pacchioni, *Elementi di diritto civile,* pág. 422 e 423.

(2) Deve, porém, notar-se que no direito comercial de muitos países, como entre nós (cód. com., art. 100.º) e na Itália (cód. com., art. 40.º), a regra para a solidariedade passiva é a contrária: os *coobrigados por obrigações comerciais presumem-se solidários.*

a regra ser a simples conjunção, em virtude da qual as obrigações plurais se fraccionam em tantas obrigações distintas e independentes, quantos os sujeitos activos ou passivos; e, portanto, são de interpretação restrita as disposições de lei que estabelecem a solidariedade.

Estas três regras constituem, por assim dizer, os três *canons* fundamentais do direito comum em matéria de solidariedade. E comtudo estas regras parecem-nos muito duvidosas no nosso direito civil.

A respeito da solidariedade passiva aquelas regras resultam, na verdade, do disposto no art. 731.º do nosso código civil:

«Sendo vários os obrigados a prestar a mesma cousa, responderá cada um deles proporcionalmente, excepto:

1.º se cada um deles se responsabilizou solidàriamente;

2.º se a prestação consistir em cousa certa e determinada, que se ache em poder de algum deles, ou se depender de facto que só algum deles possa prestar;

3.º se pelo contracto outra cousa tiver sido determinada» (1).

Ora, confrontando êste artigo com as disposições legais determinadoras da solidariedade passiva, vê-se com efeito que esta só é admissível nos casos em que é estabelecida por vontade das partes ou da lei.

Mas a respeito da solidariedade activa não se encontra no código disposição semelhante para a sua determinação, ao contrário do que acontece com outros códigos, como o italiano, onde expressamente se declara que a obrigação é solidária para os credores quando o título assim o determina (2).

(1) Em harmonia com a doutrina que expuzemos, deve entender-se que o n.º 3.º abrange não só o contrato, mas todo o acto jurídico, como o testamento, em que tenha sido estipulada a obrigação.

(2) Art. 1184.º do código italiano: «A obrigação é *in solido*

A única disposição que a êste respeito se encontra no nosso código é a do art. 750.º: «Sendo vários os credores *com direito igual a receber a prestação por inteiro*, pode o devedor satisfazer a qualquer deles, se já não tiver sido requerido judicialmente por outro».

E é desta simples passagem, por nós sublinhada, que, sem mais explicação ou demonstração, se pretende concluir que a solidariedede activa só existe quando expressamente estipulada pelas partes.

A verdade, porém, é que o artigo não diz tal cousa. Ora, se atendermos a que o código, tratando-se de pluralidade de devedores, teve o cuidado de formular as regras determinadoras da solidariedade passiva, no sentido de que ela se não presume e constitue uma excepção, que precisa ser estabelecida por vontade dos interessados ou por disposição da lei, e que para a solidariedade activa nada dispôs a tal respeito, parece-nos mais lógico concluir que para esta o regimen é precisamente o contrário: quando há vários credores pela mesma cousa, presumem-se solidários, não havendo estipulação em contrário.

É certo que toda a tradição jurídica a partir do direito romano, e até mesma entre nós, é no sentido clássico da regra da simples conjunção.

Mas também é certo que a simples tradição não é razão bastante para se manter uma regra de direito, que se mostra inconciliavel com a nova ordem jurídica. E precisamente no nosso código encontra-se no art. 2016.º um princípio fundamental de sucessão hereditária contrário à regra clássica da simples conjunção quando há pluralidade de credores do mesmo crédito.

A isto acresce a modificação introduzida no art. 8.º

---

para varios credores, quando o título expressamente atribue a cada um deles o direito de exigir o pagamento de todo o crédito, e o pagamento feito a um deles liberta o devedor, ainda que o benefício da obrigação se possa dividir entre os diversos credores».

do código de processo civil, com o aditamento de um parágrafo, que outra cousa não é senão a generalização do princípio do art. 2016.º do código civil, segundo o qual os compartes na mesma cousa ou direito são considerados como credores solidários.

Com efeito, os concredores da mesma obrigação são precisamente sócios ou compartes no objecto da prestação, que é cousa em poder do devedor; e, por conseqüência, nos precisos termos do referido art. 8.º do código de processo civil, pode qualquer dêles exigir a totalidade da prestação, sem que o devedor possa opôr lhe que esta lhe não pertence por inteiro.

Concluímos pois que o nosso código civil introduziu um novo regime de solidariedade activa, invertendo os termos do sistema clássico da sua determinação.

Tenha ou não tenha sido propositada a inovação do nosso direito civil, não é difícil justificá-la, pois nos parece mais harmónica com o fundamento ou o espírito jurídico da instituição da solidariedade.

Compreende-se, com efeito, que seja excepcional a solidariedade passiva, pois que esta é estabelecida em favor do credor e contra os devedores, e portanto, contrária ao princípio fundamental da protecção devida ao devedor.

A solidariedade passiva justifica-se muitas vezes, é certo, pela necessidade de reforçar o crédito, estabelecendo a máxima garantia do credor sôbre o património dos devedores, que ficam todos simultâneamente sujeitos ao equivalente total da prestação.

Mas a verdade é que se várias pessoas se constituem devedores pela mesma obrigação, é de presumir que todos tenham a sua parte no respectivo interêsse, e por isso, em princípio não é lógico que cada um responda pela totalidade, mas antes que responda apenas pela sua quota parte.

E assim se explica porque a solidariedade passiva

só deve existir quando as partes a queiram ou quando a lei assim o determine expressamente.

A solidariedade activa é estabelecida em favor dos credores, mas não é contra o devedor, porque para êste deve ser indiferente pagar a totalidade da dívida a um só dos credores, a todos conjuntamente ou a cada um em separado, podendo mesmo afirmar-se que muitas vezes será para êle mais cómodo satisfazer a integralidade da prestação nas mãos dum só dos credores.

Por outro lado a solidariedade dos credores bem se justifica pelo princípio da comunidade dos interêsses e pela vantagem que podem ter em realizar num dado momento todo o benefício da prestação sem necessidade de se juntarem ou coligarem para o exigir ou receber.

Não podemos, pois, deixar de condenar a doutrina daqueles escritores que consideram a solidariedade activa uma instituïção morta (Planiol), ou de importância muito insignificante (Colin et Capitant), ou, emfim, muito menos importante do que a solidariedade passiva (Ruggiero). (1)

86. **Fontes das obrigações. Classificação clássica ou romanista e classificações modernas.** — Um dos elementos essencialmente constitutivos da relação jurídica de obrigação é, como vimos, a sua fonte ou causa originária, isto é, o facto que a determina, dando-lhe a existência e a vida.

O conhecimento da natureza das diversas obrigações, do seu modo de ser, dos seus efeitos, da sua vida, emfim, exige portanto o exame das suas fontes. Importa, pois analizá-las e classificá-las; e assim se compreende a importância que os escritores e os códigos ligam ao problema da determinação das fontes das obrigações.

~~Os tipos mais característicos e abundantes~~ das fontes

(1) Planiol, *Traité élémentaire de Droit Civil*, II, n.º 725; Colin et Capitant, *Cours élémentaire de Droit Civil*, II, págs. 178 e 179; Ruggiero, *Inst.*, II, pág. 131.

das obrigações são as convenções lícitas dos homens (*contratos*) e os actos ofensivos dos direitos dos outros, que a terceiros causam prejuízo ou dano, actos danosos ou ilícitos (*delitos*).

É por isso que no mais antigo direito romano se reconhecem apenas duas fontes de obrigações — o acto *lícito* ou o *ilícito*, o contrato ou o delito. Tal era a regra formulada por Gaio nas suas *Institutas* — *Omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto.* Mas a breve trecho se reconheceu a insuficiência dos dois tipos fundamentais das obrigações, porque a ordem jurídica impunha outras espécies, e um terceiro termo se acrescentou aos dois primeiros grupos, para abranger todas as obrigações que neles não tinham lugar. Já no Digesto se encontra uma passagem do mesmo jurisconsulto Gaio dizendo: «*obligationes aut ex contratu nascuntur aut ex maleficio aut próprio quodam jure ex variis causarum figuris*».

As várias figuras de fontes das obrigações eram causas de natureza muito diversa, que ou se assemelhavam ao contrato ou ao delito, ou que em todo o caso eram sancionadas por uma disposição do direito positivo.

Depois os jurisconsultos da escola bisantina trataram de aproximar dos dois tipos fundamentais as diversas causas do terceiro grupo, para constituirem uma classificação mais simétrica, e classificaram as fontes das obrigações nos quatro tipos das *Institutas* de Justiniano: «*obligationes aut ex contractu sunt aut quasi ex contractu au ex maleficio aut quasi ex maleficio*».

Depois os dois grupos de causas assimiladas ao contrato e ao delito transformaram-se nas duas singulares figuras do *quási contrato* e do *quási delito*.

E assim se formulou ~~definitivamente~~ a ~~classificação~~ romanista das fontes das obrigações, que se tornou clássica, passando do *Traité des Obligations* de Pothier para os códigos francês, espanhol e italiano, e sendo ainda hoje pràticamente adoptada por alguns dos melho-

res civilistas italianos (Pacchioni, Simoncelli, Ruggiero, etc.): *contratos, quási contratos, delitos* e *quási delitos*.

Simplesmente os códigos francês, espanhol e italiano acrescentaram ainda aos quatro tipos clássicos uma quinta espécie ou grupo — as obrigações *legais* (*ex lege*), para abranger as mais variadas espécies de obrigações derivadas das relações de família, da tutela e da curatela dos pródigos e dos ausentes, da sucessão e dos direitos reais, como as da comunhão, visinhança, etc.

A velha classificação romanista tem sido abandonada pela doutrina civilista moderna, e já o nosso código civil a tinha posto inteiramente de parte. É acusada de interpretar mal os fenómenos da vida real, catalogando em institutos híbridos factos que ou não teem uma natureza própria ou representam apenas condicionalidades que provocam a aplicação da lei (1).

E o certo é que se os jurisconsultos estavam geralmente de acôrdo na distinção entre delitos e quási delitos, considerando os primeiros como factos ilícitos e danosos praticados com intenção maléfica, e os segundos como factos ilícitos e danosos, mas simplesmente culposos, já o mesmo não acontecia com a distinção dos contratos e quási contractos.

Não há, no dizer de Colin et Capitant, noção mais indecisa do que esta última. Os jurisconsultos transmitem-no-la desde o direito romano, mas sem chegarem a pôr-se de acôrdo sôbre o seu conteúdo.

As *Institutas* (III, 27) declaram nascer *quasi ex contratu* as obrigações que resultam da gestão de negócios, da tutela, da indivisão, do pagamento indevido, e a obrigação do herdeiro de pagar os legados. Fazia-se uma especificação concreta, mas não se enunciava um conceito geral e abstracto do quási contracto.

(1) Dr. Mário de Figueiredo, *Títulos de crédito*, pág. 126.

Pothier definiu-o: o facto voluntário e lícito que não consista num acôrdo de vontades. E a definição de Pothier passou para o código de Napoleão, e dêste para o italiano (1).

Segundo esta definição parece que a categoria dos quási contratos abrange todos os actos de vontade unilateral feitos com a intenção de contrair obrigações. Mas é singular que tanto no código francês o capítulo, como no italiano a secção, que regulam os quási contratos, abrangem apenas duas das espécies das *Institutas* — a *gestão de negócios* e o *pagamento indevido*. A gestão de negócios corresponde bem à noção do quási contrato, porque o gestor de negócio alheio procede naturalmente com a intenção de fazer nascer relações obrigatórias, não só entre os terceiros com quem trata e o dono do negócio para quem êle trata, mas também entre êste e êle próprio.

Mas uma tal intenção ou vontade não existe na espécie do *pagamento indevido*. A obrigação do pagamento indevido consiste na restituição do que alguém, em bôa ou má fé, recebeu em pagamento que lhe não era devido mas foi feito por êrro (art. 758.º). Pothier chamava-lhe *promutuum*, por comparação com o *mutuum*, ou empréstimo de consumo, e definia-o como um quási contrato, pelo qual aquele que recebe uma certa quantia de dinheiro ou uma certa quantidade de cousas fungíveis, que lhe foi paga por êrro, contrata com o *solvens* a obrigação de lhe restituir outro tanto.

Mas a verdade é que a obrigação de restituir não é aqui o resultado dum acto voluntário, como no mutuo. É evidente que aquele que recebe por êrro o indevido,

(1) Código de Napoleão, art. 1371.º: «Quási contratos são os factos voluntários do homem, dos quais resulta um compromisso qualquer para com um terceiro e às vezes um compromisso recíproco das duas partes». Código italiano, art. 1140.º: «Quási contrato é um facto voluntario e lícito, do qual resulta uma obrigação para com um terceiro ou uma obrigação recíproca entre as partes».

não tem neste momento a vontade de o restituir; e tal vontade não existe também se o *accipiens* está de má fé. A obrigação do *accipiens* não é pois uma determinação da sua vontade; e não pode ter senão uma fonte a lei, ou antes, o facto ilícito de o *accipiens* ter recebido em pagamento o que lhe não era devido, pelo que a lei dá ao *solvens* uma acção de restituïção *repetição do indevido*, como dizem os clássicos, acção fundada no princípio fundamental de direito que não permite o enriquecimento sem causa à custa doutrem ou o locupletamento, à custa alheia.

Há por isso nos autores modernos a mesma indeterminação no conceito do *quási contrato*. Emquanto que uns o alargam consideravelmente, abrangendo todos os actos voluntários unilaterais capazes de formar obrigações, outros restringem-no aos dois casos regulados no código de Napoleão e no italiano. E a esta restrição acresce ainda a consideração de que um dêsses casos, como acabamos de ver, deveria antes incluir-se nos delitos e quási delitos.

Foi nesta ordem de ideias que Colin et Capitant, modificaram a classificação tradicional, substituindo a categoria do quási contrato pela das declarações unilaterais de vontade, classificando as fontes das obrigações em quatro grupos:

1.° Os contratos;
2.° As declarações unilaterais de vontade;
3.° Os delitos e quási delitos;
4.° A lei (1).

Mas é curioso que depois não seguem a classificação formulada, na exposição da matéria das obrigações, adoptando em vez dela esta outra:

1.° Contractos;

(1) Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, II, pág. 254-256.

2.° Delitos e quási delitos;
3.° Pagamento do indevido e enriquecimento sem causa à custa de outrem.

E explicam esta mudança:

1.° porque as manifestações unilaterais de vontade susceptíveis de formar obrigações são pouco numerosas, e estão sujeitas *mutatis mutandis* às regras gerais dos contractos;

2.° porque as obrigações *legais* são muito diversas e as suas regras são ordinàriamente determinadas pela lei a propósito de cada caso particular, não sendo possível formular noções ou princípios gerais, como para os contratos e delitos;

3.° consideram à parte, e examinam especialmente, duas das obrigações *legais*, o pagamento indevido e o locupletamento, porque se fundam no mesmo princípio de direito que condena o enriquecimento sem causa (1).

Ora, se se reconhecer, como já observamos, que o locupletamento à custa alheia não é senão um facto ilícito, isto é, um delito ou quási delito, temos de concluir que a classificação de Colin et Capitant se reduz afinal a um dos dois tipos das classificações modernas: *a*) a *vontade* e a *lei*; *b*) factos *licitos* e *ilicitos*.

Com efeito, perante a incongruência da classificação tradicional, a doutrina civilista moderna procurou outras classificações mais conformes com a realidade dos factos e com a lógica sistematização dos princípios. Mas todas elas veem a reduzir-se a um daqueles dois tipos.

O primeiro dos tipos das modernas classificações é assim exposto por Ruggiero: «O modo como o código classifica as fontes ou causas das obrigações representa um dos muitos sistemas scientíficos ou legislativos, pelo

(1) Colin et Capitant, *loc. cit.*

qual as variadas causas das relações obrigatórias podem agrupar-se ou catalogar-se. Êle não é, no ponto de vista abstracto, o mais satisfatório; mas é todavia o que melhor corresponde à tradição, quer romanística quer do direito comum.

Num ponto de vista estritamente scientífico, se por causa de obrigações se entende todo o facto jurídico pelo qual se gera a relação obrigatória, todas as causas geradoras se podem e devem reduzir a duas grandes e extremas categorias: *a*) factos consistindo numa livre determinação da vontade, que tem por objectivo a constituïção dum vínculo obrigatório, e portanto declarações de vontade emitidas na intenção de se obrigar; *b*) factos de qualquer outra natureza, não importando uma determinação de vontade, a que o direito objectivo atribui a causalidade duma relação obrigatória. Assim o direito de crédito deriva sempre, ou voluntàriamente dum negócio jurídico, ou necessàriamente da lei; ali como efeito da determinação voluntária do sujeito, aqui como necessária conseqüência das relações sociais, que a ordem jurídica disciplina e torna causadoras de obrigações. Ás obrigações oriundas de negócio jurídico pertencem as contratuais e as de declaração unilateral de vontade. Ás obrigações impostas pela lei pertencem diversos grupos de relações obrigatórias, que teem por causa imediata, ou um facto ilícito lesivo da esféra jurídica doutrem (delito), ou um facto lícito, mas cujas conseqüências, importando o enriquecimento injustificado de um à custa do património de outro, devem ser removidas (gestão de negócios, pagamento indevido, locupletamento em geral), ou uma das múltiplas relações de direito familiar ou sucessório ou real, das quais resultam, por motivos diversos, obrigações de fazer ou não fazer alguma coisa entre parentes, entre cônjuges, entre herdeiros e legatários, entre proprietários visinhos, entre compartes duma comunhão, e assim sucessivamente.

Nesta concepção, que reduz todas as fontes substancialmente a duas, a *vontade* e a *lei*, e que muitos dos melhores autores modernos defendem como a única classificação verdadeiramente racional (Planiol, Baudry-Lacantinerie et Barde, Scialoja, Brugi, Crome e outros), já se inspirou o código germânico que, mencionando no § 305 como fontes de obrigação o contracto e a lei, regula depois separadamente as obrigações provenientes da gestão de negócios (§ 677 e seg.), da comunhão (§ 741 seg.), do enriquecimento indevido (§ 812 e seg.) e do delito (§ 823 e seg.) (1).

Êste tipo das classificações modernas parece-nos inaceitável, por falta de concatenação lógica dos seus grupos e de fundamento na realidade da vida jurídica. Na infinita variedade das obrigações legais agrupam-se as mais diversas categorias de relações obrigatórias, e muitas delas são também o resultado imediato de manifestações de vontade. Afirmar que certas obrigações derivam da lei, só pode significar que são creadas pela lei, e só pela lei, porque, para significar apenas que são determinadas ou impostas pela lei, em nada se distinguiriam das voluntárias e contractuais, porque também estas, para terem existência jurídica, precisam de ser reconhecidas pela fôrça da lei. Mas afirmar que a lei tem fôrça para *por si só* crear ou formar obrigações, é positivamente ir de encontro à realidade dos factos, e sobrepôr a esta uma idea abstrata, um conceito metafísico, que nem sequer se pode lògicamente conceber, por ser impossível.

A própria lei, com todo o seu poder, só pode realmente decretar a formação ou existência de obrigações, com base na realização de certos factos ou acontecimentos idóneos para produzir certas relações jurídicas.

(1) Ruggiero, pág. 141 e 142.

Nem sequer se concebe o que poderia ser o poder da lei a inventar obrigações, ou creá-las do nada.

Já o nosso grande Coelho da Rocha dizia: «As obrigações, que o cód. Com. diz *nascem da lei só*, sempre hão de ter uma circunstância ou facto, que é a origem ou causa delas, a qual a cada passo necessita ser examinada. Estas circunstâncias não podem ser enumeradas; são as *variae causarum figurae* do jurisconsulto Gaio. Assim a obrigação de aceitar a tutela nasce do facto da nomeação; a de alimentos aos parentes nasce da circunstância do parentesco; a de vender ao vizinho metade da parede-meia nasce da visinhança. A lei nestes casos não cria, sòmente determina as obrigações, que não diferem das que proveem dos actos da pessoa, senão em não poderem ser arbitràriamente alteradas (1).

Outro inconveniente ou defeito da classificação que admite a categoria das obrigações legais é o ter considerado a obrigação no seu sentido amplo de dever jurídico, e não apenas no seu sentido próprio ou técnico de relação jurídica autónoma ou independente de outras relações jurídicas preexistentes, de direitos reais, de família ou de sucessão, entre os respectivos sujeitos.

Ora, na teoria geral das obrigações apenas há que considerar o seu sentido técnico, pois aquelas diferentes obrigações teem o seu regime especial nas respectivas relações jurídicas de que dependem, não lhes sendo muitas vezes aplicável o regime geral.

É por isso que alguns autores modernos, restringindo o problema das fontes das obrigações aos factos voluntários, que em geral lhes dão origem, limitam a esses factos a sua classificação.

É assim que o professor Dr. Alves Moreira entende que as obrigações teem sempre a sua causa num facto

(1) Coelho da Rocha, *Instituições*, § 112, nota.

voluntário. «O facto voluntário pode ser: 1) a declaração de vontade para a formação dum vínculo obrigatório, e temos o negócio jurídico; 2) uma acção ou omissão que, representando o livre desenvolvimento da actividade individual, constitui o seu autor em obrigação».

«1) o negócio jurídico pode ser bilateral e unilateral; 2) as acções ou omissões são factos lícitos e ilícitos. Nestes pode haver a intenção de causar dano, ou simples culpa ou negligência» (1).

Como se vê, êste segundo tipo das classificações modernas bem pode afinal reduzir-se à classificação romanista: contractos (negócios jurídicos bilaterais), quási contractos (negócios jurídicos unilaterais e acções ou omissões lícitas), delitos (acções ou omissões ilícitas e dolosas) e quási delitos (acções ou omissões ilícitas meramente culposas). Tanto basta para também não podermos aceitar esta classificação, ou não devermos susbtituir-lhe a classificação tradicional.

Outros autores modernos, e estes são os partidários da nova técnica das situações jurídicas objectivas e subjectivas, absteem-se de fazer qualquer classificação, não reconhecendo a sua necessidade, porque reduzem todas as fontes das obrigações à declaração da vontade. Para eles a obrigação só surge quando, pela manifestação de vontade, no exercício dum poder legal, se realiza um acto ou negócio jurídico; só quando os efeitos que hão de constituir o objecto da obrigação são directamente queridos pela vontade é que se pode dizer que a obrigação surge. Não há obrigação sem acto jurídico, nem acto jurídico sem uma declaração de vontade (2).

Ora, como já tivemos ocasião de observar, a nova técnica, especialmente a doutrina que reduz toda a vida

(1) Dr. Alves Moreira, *Obrigações*, pág. 584.

(2) Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, pag. 20 e seg.; Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*; Dr. Fezas Vital, *Do acto jurídico*, pág. 138 e seg.; Dr. Mário de Figueiredo, *Títulos de crédito*, pág. 128 e seg.

jurídica a manifestações de vontade, não tem consistência positiva, pelo menos nas relações de direito privado (1).

À simples observação de que há muitos factos naturais ou extravoluntários, como os danos causados por animais, ou pelas cousas inanimadas, como o desmoronamento dum edifício, que importam para certas pessoas a obrigação de indemnizar o lesado pela importância do dano, põe bem em evidência a imperfeição da doutrina que só considera como fonte de obrigações os factos voluntários.

Alguns autores apresentaram classificações mais ou menos simplistas das fontes das obrigações, aproximando-se mais ou menos da classificação tradicional ou das classificações modernas.

Assim Coelho da Rocha (§ 112) dizia que as obrigações ou proveem da imediata disposição da lei ou nascem de facto obrigatório da pessoa: lícito, como nos contractos; ou ilícito como nos delitos.

Outros dividem as obrigações em *nativas* ou *imediatas* e *dativas* ou *mediatas*, conforme são impostas pela lei, independentemente de qualquer facto voluntário do homem, como é, por exemplo, a obrigação alimentícia entre parentes, ou são impostas pela lei, em virtude dum facto voluntário, lícito ou ilícito. Era a classificação consignada no art. 242.º do nosso código comercial de 1833: «As obrigações que nascem da lei, resultam da lei só, ou da lei em conseqüência dum facto do homem. As obrigações que nascem da lei por um facto do homem resultam dum facto lícito ou dum facto ilícito».

Outros distinguem as obrigações em *ex contractu* e *ex re*, conforme se constituem por declaração da vontade, ou resultam de certas situações jurídicas, independentemente de declaração da vontade, incluindo nesta classe os quási contractos, os delitos e os quási delitos (1).

(1) Supra, n.º 50.

Mas é intuitivo que estas classificações não valem mais, [illegible]tes são mais imperfeitas que as anteriormente expostas.

Em conclusão da doutrina enunciada a respeito das diferentes classificações das fontes das obrigações, parece-nos agora fácil formular uma rigorosa classificação.

Toda a obrigação resulta necessàriamente dum facto jurídico, que pode ser de três espécies:

a) *acto jurídico pròpriamente dito* ou *acto lícito*, isto é, toda a manifestação de vontade no exercício dum direito, e com o fim de estabelecer certas relações jurídicas; podendo ser um acto bilateral ou unilateral;

b) *acto ilícito*, isto é, acto voluntário ofensivo da ordem jurídica e lesivo dos direitos de outrem, podendo ser praticado com intenção maléfica de causar dano (doloso) ou meramente culposo;

c) *facto natural* ou *involuntário*, que tem o efeito jurídico de responsabilizar certas pessoas pelas suas conseqüências danosas.

É interessante que o nosso código civil, sem fazer pròpriamente uma classificação das fontes das obrigações, consignou no art. 4.º uma doutrina que no fundo já se assemelha à nossa:

«Direitos e obrigações derivam:

1.º da própria natureza do homem;

2.º de facto e vontade própria, independentemente da cooperação de outrem;

3.º de facto e vontade própria e de outrem conjuntamente;

4.º de mero facto e vontade de outrem;

5.º da mera disposição da lei».

(1) Dr. Alves Moreira, *Obrigações*, pág. 577; Scialoja, *Le fonti delle obligazioni*, na *Rivista di diritto commerciale*, 1904, pág. 520.

87. **Diferentes espécies de obrigações quanto às fontes. Obrigações civis e comerciais.** — Ás diferentes espécies de fontes das obrigações correspondem naturalmente outras tantas espécies do vínculo obrigatório. Assim temos de considerar e examinar separadamente as três espécies de obrigações: *voluntárias, delituais* e *involuntárias*.

Mas antes disso é preciso ter em vista uma outra divisão mais geral das obrigações, baseada no carácter civil ou comercial das suas fontes.

Com efeito, conforme o facto jurídico, que deu origem a uma obrigação, pertence ao domínio do direito civil ou do direito comercial, assim a mesma obrigação será regulada pelas regras de um ou do outro dos dois ramos do direito privado, e se considerará, por conseqüência, de natureza civil ou comercial. De modo que, para se fixar o regimen jurídico de qualquer obrigação importa em primeiro lugar averiguar se ela é civil ou comercial, em harmonia com as regras consignadas no art. 2.º do código comercial (1).

Como a natureza civil ou comercial da obrigação depende do acto ou facto jurídico donde ela emanou, e como um mesmo acto jurídico pode ser comercial para uma das partes e civil para a outra, por só se verificarem em relação àquela os elementos ou requesitos especiais que o código ou a lei comercial exigem para a comercialidade do acto, pode acontecer que num vínculo obrigatório haja, dum lado, uma prestação de carácter comercial, e do outro a prestação seja de natureza civil. São os chamados actos de comércio *unilaterais* ou *mixtos*. Assim, por exemplo, dispondo o código comercial (art. 463.º) que a venda é comercial, se o vendedor tinha adquirido a cousa com o intuito de a revender, e que a compra é comercial quando feita para revenda, acontece muitas vezes que o mesmo acto jurídico duma

(1) Supra, n.º 28.

compra e venda é comercial para o comprador e civil para o vendedor, ou vice-versa, constituindo-se assim pelo mesmo acto uma das partes em obrigação civil e a outra em obrigação comercial.

Mas, sendo em todo o caso o acto jurídico um só, entenderam os modernos legisladores do direito comercial (cód. com., art. 99.º) que em princípio o regimen jurídico devia também ser uno, subordinando-se tais actos às regras da lei comercial em relação a todos os contractantes, salvas as que só forem aplicáveis àquele ou àqueles para quem o acto é mercantil.

Assim, dispondo-se no código comercial (art. 100.º e § ún.) que nas obrigações comerciais os coobrigados são solidários, não havendo estipulação em contrário, mas que a responsabilidade solidária não é extensiva aos não comerciantes nos contratos que para estes não sejam comerciais, pode acontecer que numa dada relação jurídica de obrigação haja devedores que sejam solidários e outros que o não sejam; ou, por outras palavras, que a mesma obrigação seja solidária para uns, e simplesmente conjunta para outros.

Suponhamos, por exemplo, que A e B compram a C um carregamento de trigo, sendo A comerciante, e não o sendo B, nem comprando o trigo para o revender. Em tais condições, a obrigação de pagar o preço é comercial para A e civil para B; é, portanto, solidária para A, mas não o é para B. E, por conseqüência, C poderá exigir de A a prestação integral do preço, mas a B só poderá exigir a quota parte que lhe tocar, conforme a regra do art. 731.º do código civil (1).

88. **Obrigações voluntárias: contractuais e de vontade unilateral. Promessas públicas. Gestão de negócios. Fundações.** — Como já observamos, a fonte mais frequente e

(1) Cf. Dr. Alves Moreira, *Obrig.*, pág. 55.

abundante de obrigações é o contracto, ou seja, o acôrdo ou combinação da vontade de duas ou mais pessoas com o fim de transferir algum direito ou de se sujeitar a alguma obrigação (art. 641.º).

Durante muito tempo dominou mesmo na teoria das obrigações o princípio de que só por contracto se podia constituír o vínculo obrigatório, pois que a simples declaração de vontade feita pelo devedor não poderia produzir efeitos sem a aceitação do credor, quer porque não teria eficácia em relação a terceiro, quer porque ninguém pode tornar-se credor sem a sua vontade, em virtude do clássico postulado — *invito non datur beneficium.*

Mas a verdade é que muitas vezes o direito atribui eficácia obrigatória à declaração de vontade duma pessoa, independentemente da aceitação da outra parte interessada. É assim que as doações feitas a favor de incapazes produzem todos os seus efeitos na parte que a estes aproveitar, sem necessidade de aceitação (art. 1478.º).

O próprio direito romano já reconhecia obrigações cuja fonte era apenas a vontade da pessoa que se queria obrigar. Era o que se chamava a *pollicitatio*. É o que se dava com o *votum* ou promessa a uma divindade (*si quis rem aliquam voverit, voto obligatur* (Ulpiano: D. 50. 12. 2 pr.), e com a promessa feita a uma cidade com justa causa (*pollicitatio ob honorem decretum sibi vel decernendum*—Ulpiano e Modestino: D. 50. 12. 3. 6. 11). E Girard, fazendo notar que havia nestes casos a constituïção duma obrigação sem o consentimento do credor, diz: «Certos textos literários parecem supor a validade doutras declarações unilaterais, como, por exemplo, a promessa duma recompensa a quem entregar uma cousa perdida ou um escravo fugitivo» (1).

(1) Girard, *Textes de droit romain*, pág. 859; *Manuel élémentaire de droit romain*, pág. 458 e 459.

E já vimos (supra, n.º 84) que alguns códigos modernos, como o alemão e o brasileiro generalizaram a *pollicitatio* romana, consagrando a doutrina da eficácia obrigatória da declaração unilateral de vontade, para todas as promessas de recompensa, feitas por anúncio público, a quem realizar um certo facto. É a mesma doutrina se encontrava já em alguns códigos germânicos anteriores. Assim o *Landrecht* prussiano e o código saxónio regulavam as promessas públicas de recompensa por trabalhos intelectuais úteis, declarando-as irrevogáveis antes de decorrido o prazo fixado.

Vê-se assim como a teoria contractual se tornou insuficiente para explicar a fonte ou causa originária de todas as obrigações voluntárias, e como se constituiu a teoria das obrigações voluntárias fundadas numa simples declaração unilateral de vontade (1).

(1) «Antes da obra que Siegel publicou em 1871, escreve o Dr. Alves Moreira, sôbre a promessa unilateral como fonte de obrigação, pretendia-se explicar pela teoria contratual a obrigação que se formava pela promessa de recompensa, considerando-se tal promessa como uma proposta de contracto dirigida a pessoa indeterminada, concluindo-se êsse contracto no momento em que essa pessoa se determinava pela realização do facto e aceitava a promessa. A aplicação desta teoria levaria, porém: a considerar a proposta livremente revogável emquanto não fôsse aceite; a não reconhecer o direito de terceiro que houvesse realizado o facto, emquanto não manifestasse ao promitente a vontade de adquirir êsse direito; a considerar caduca a promessa, quando a pessoa que houvesse praticado o facto, porque teria direito a promessa, houvesse falecido antes de a aceitar».

«Não pode considerar-se, efectivamente, como significando a aceitação da promessa, a realização do facto por que o promitente fica obrigado à recompensa, visto que a circunstância de ser praticado o facto desconhecendo o seu autor a promessa, não inibe êste de exigir a recompensa (cód. alemão, § 657, cód. brasileiro, art. 1513.º). Se à realização do facto fôsse atribuido tal alcance, o contracto formar-se-ia não só com uma pessoa incerta, mas dar-se-ia a aceitação, sem que para esta se tornasse necessário o conhecimento prévio da promessa».

«A situação jurídica que se cria pela promessa de recompensa é esta: quem faz a promessa fica obrigado a cumpri-la, logo que se verifique o facto por que essa obrigação ficou condicionada. O direito de quem efectiva essa condição resulta, pois, únicamente da obrigação em que voluntàriamente se constituiu quem a fez. Para dar eficácia

E vê-se, portanto, também como é imperfeita a doutrina da maior parte dos autores modernos que ainda limitam aos contractos a análise das fontes das obrigações voluntárias.

Como já vimos (supra n.º 84), embora o nosso código não contenha disposições iguais às dos códigos alemão e brasileiro, entendemos que as disposições consignadas nos arts. 651.º a 655.º tornam igualmente obrigatórias não só as promessas públicas de recompensa ou prémio por um determinado facto, mas também as propostas de contracto feitas a pessoas indeterminadas, como as que se fazem por meio de anúncios em que se declara o preço de venda de certas mercadorias, pela exposição destas com afixação do preço, por meio de aparelhos automáticos, ou em regulamentos em que se fixa o preço e condições de determinados serviços, etc.; sem que se torne necessária a aceitação prévia das pessoas a quem se dirige a oferta (1).

Exemplo característico de obrigações por manifestação de vontade unilateral, no sistema do nosso código, são as obrigações resultantes da *negotiorum gestio*.

---

a essa vontade não se torna necessária a aceitação da promessa, porque esta tem de per si fôrça obrigatória».

«A vontade de quem realiza o facto de que ficou pendente o direito à recompensa apenas se torna necessária para que êsse direito entre definitivamente no seu património, em virtude do princípio *invito non datur beneficium*».

«Assim se explica que a obrigação assumida pela promessa, do mesmo modo que o direito à recompensa, sejam transmissíveis em harmonia com os princípios gerais. Assim se explica que tenha direito à recompensa quem primeiro realizar o facto de que ela ficou dependente, e que a vontade do promitente se torne irrevogável depois da realização dêsse facto». Dr. Alves Moreira, *Obrig.*, pag. 703 e 704.

(1) Em sentido contrário se pronuncia o Dr. Alves Moreira, *Obrig.*, pág. 704 e seg. Mas concordamos com o ilustre professor em que, mesmo havendo aceitação da proposta é necessario atender aos termos em que a proposta foi feita, e à natureza e circunstâncias dos factos que formam o seu conteúdo, para se decidir se o proponente será em todos os casos obrigado a cumprir a promessa. É assim que, anunciando-se a venda de certa mercadoria por certo preço, deve entender-se que o proponente só fica obrigado à venda da mercadoria que tiver.

A *gestão de negócios*, que nos códigos do tipo francês pertence à categoria dos quási-contractos, é no sistema do nosso código (art. 1723.º e seg.) considerada ao lado da sucessão testamentária, como um meio de adquirir direitos por mero facto de outrem, o que revela bem no pensamento do legislador português a idea de que as obrigações do gestor de negócios alheios para com o proprietário deles são resultantes de mero facto do mesmo gestor, ou seja, da sua própria e exclusiva vontade.

A gestão de negócios consiste no facto de alguém assumir expontâneamente a gerência de interêsses económicos de outrem, sem mandato ou autorização do proprietário deles, contraindo assim obrigações tanto para com o proprietário como para com aqueles com quem em nome dêle contractar (art. 1723.º).

Por seu lado o proprietário, se quiser aproveitar os benefícios da gestão, também é obrigado a indemnizar o gestor das despesas necessárias que tiver feito e dos prejuízos que tiver por causa da gestão (art. 1724.º); e se a gestão teve por fim, não obter um lucro, mas evitar algum dano iminente, é em todo o caso obrigado pelas despesas feitas (art. 1725.º).

Daí as duas acções próprias da gestão de negócios: a *negotiorum gestorum directa*, que pertence ao proprietário, e a *negotiorum gestorum contrária*, que pertence ao gestor.

Mas qual é o verdadeiro carácter da gestão de negócios, um acto *lícito*, e portanto produtivo de obrigações *voluntárias* pròpriamente ditas, ou antes um acto *ilícito*, como invasão que é na esfera jurídica patrimonial alheia, e portanto produtivo de obrigações *delituais*?

A intromissão nos negócios alheios, sem que uma autorização do interessado ou um dever imposto por lei a justifique, é em princípio uma usurpação dos direitos de outrem, pensamento traduzido num fragmento do Digesto, atribuído a Pompónio: *Culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti.*

Mas se êste princípio fôsse aplicado em todo o seu rigor, seria contrariada, em vez de ser protegida, a utilidade social de não deixar perder ou deteriorar qualquer património que num dado momento se encontre abandonado da acção administrativa do seu titular. A ordem jurídica não pode nem deve proïbir a intervenção de terceiros quando destinada a beneficiar um património desprovido de administração, e por isso sujeito ao risco de se perder. Se por um lado pode haver ingerências ilícitas, por outro lado pode haver intervenções benéficas, e portanto lícitas, inspiradas pelo desejo altruista de olhar pelos interêsses de outrem.

É por isso que o instituto da gestão de negócios, organizado pelo direito romano, para definir as obrigações recíprocas entre o gestor e o *dominus negotii*, se conservou fundamentalmente idêntico em toda a evolução jurídica, até mesmo nos códigos mais recentes (1).

Para que a gestão de negócios alheios seja lícita, é pois necessário que o gestor proceda no interêsse do proprietário, e não em proveito próprio ou *animo depraedandi*. E então é justo que, se por um lado o gestor é obrigado a uma gerência diligente, e a dar contas da gestão, restituindo ao *dominus* tudo o que recebeu, êste por seu lado seja obrigado a reembolsá-lo das despesas que fez e a indenizá-lo dos prejuízos que teve por causa da gestão.

O instituto da gestão presupõe certos requesitos ou elementos essenciais, uns objectivos e outros subjectivos:

a) *Deve ter por objecto um ou mais actos de gerência* ou de *administração*, adquisição ou alienação

(1) Já Ulpiano dizia (fr. 1. D. 3. 5) a respeito do edicto *de negotiis gestis: Hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium versatur, ne indefensi rerum possessionem aut venditionem patiantur vel pignoris distractionem vel poenae committendae actionem, vel injuria rem suam amittant.*

de cousas ou de direitos sôbre elas, cobrança de créditos, pagamento ou outros modos de extinção de dívidas, etc.

Alguns autores, como Ruggiero, dizem que pode ser objecto de gestão todo o negócio jurídico, tenha ou não conteúdo patrimonial, contanto que seja idóneo para ser governado por uma pessoa diversa da do seu titular (1).

Geralmente os autores, influenciados pelos exemplos dos jurisconsultos romanos, mencionam como principal aplicação da gestão de negócios o caso de uma pessoa que, no intuito de prestar serviços a um amigo ausente, toma a administração dos seus bens, faz uma reparação urgente, ou paga uma dívida para evitar uma penhora. E é porque se prendem a esta concepção tradicional que alguns sustentam ainda que a gestão de negócios só pode ter por objecto actos de administração. Mas é bem evidente, observam outros, que a hipótese clássica é, de facto, muito rara; e a gestão de negócios não desempenharia um papel importante na vida jurídica, se não interviesse senão nas espécies dêste género. Ora, pelo contrário, as aplicações da *negotiorum gestio* são muito, numerosas na prática. A *actio negotiorum gestorum* é admitida sempre que uma pessoa pratica um acto jurídico qualquer de administração ou de outra natureza, no interêsse de outrem. Nem mesmo se deve restringir a *negotiorum gestio* à prática de actos jurídicos, pois nada se opõe a que se trate também de qualquer acto material útil no interêsse de outrem (2).

(1) Ruggiero, *Ist.*, II, pág. 467. Dos autores que lêmos sôbre a matéria é o único que formula tão arrojada doutrina, que consideramos incompatível com a própria essência do instituto, o que de resto se revela na própria especificação que aquele autor faz dos actos da gestão.

(2) Colin et Capitant, *Cours*, II, pág. 719 e 720. Mas são muito discutíveis algumas das aplicações desta doutrina. Assim o comproprietário que faz obras no imóvel indiviso é considerado como gestor de negócios, e tem uma acção contra os compartes. Como gestor de negócios tem sido considerado na jurisprudência francesa o oficial público, especialmente o notário, que pratica actos por conta dum cliente, sem ter recebido dêste um mandato. O condevedor solidario

b) O negócio deve ser alheio: não pode, com efeito, o negócio que seja próprio do gestor obrigar para com êste um terceiro a quem o negócio não respeita; e se o negócio é em parte próprio e em parte alheio, haverá gestão só para a parte alheia. O nosso código completou esta regra, para o caso de serem os negócios alheios por tal forma conexos com os próprios, que não possa a gestão duns ser separada da dos outros, dispondo que em tal caso o gestor e o *dominus* são havidos por sócios, mas não respondendo êste, em todo o caso, senão em proporção das vantagens que obteve (art. 1734.º).

É, pois, necessário que o negócio seja alheio, de outrem, e, portanto, pertencente a alguém; mas nada importa o êrro eventual do gestor acêrca da pessoa do *dominus*, como no caso de o gestor ter suposto que o negócio pertencia a pessoa diversa. O que vale é o conceito do negócio *objectivamente alheio*, isto é, alheio por si mesmo, independentemente da vontade do gestor, como se exprime a doutrina civilista, em contraposição ao conceito do negócio *subjectivamente alheio*, isto é, considerado como pertencendo a uma pessoa mas feito por outra (1).

c) É necessária a intenção de gerir o negócio alheio (*contemplatio domini*), ou seja, o ânimo de administrar o negócio de outrem, reservando para o proprietário o efeito útil da gestão, com o propósito de o vincular pelas obrigações correlativas.

que paga a dívida ao credor comum tem sido igualmente considerado como um gestor de negócios. O hospedeiro, que, por conselho de médico, recebe e alberga por uns dias o operário vítima de um acidente na rua, pode, segundo a mesma jurisprudência, invocar a *actio negotiorum gestorum* contra o chefe da emprêsa a quem incumbe a rssponsabilidade do acidente.

Também na Itália se tem exagerado o campo de aplicação da *negotiorum gestio*, reconhecendo-se esta acção ao médico que cura um doente, não obstante a proïbição dêste, que quere morrer. Scialoja, Della *negotiorum gestio prohibente domino*, no Foro italiano, XIV, 1889; Simoncelli, *Istituzioni di diritto privato italiano*, pág. 301 e 302.

(1) Pacchioni, *Elementi*, pág. 471; Simoncelli, *Ist.*, pág. 297 e 298.

É o *animus aliena negotia gerendi*, que a maior parte dos autores considera o elemento mais relevante da relação jurídica, e que serve para distingui-la de todo o outro acto [redacted] gestão não produtivo dos efeitos jurídicos do instituto da *negotiorum gestio*.

Se alguém toma conta do negócio de outrem, mas julgando-o seu, ou com a intenção de fazer reverter o lucro em benefício próprio (*animo depraedandi*), ou com a intenção de não obrigar o dono do negócio (*animo donandi*), faltarão ora uma ora outra das conseqüências ou dos caracteres que a lei atribue à gestão de negócios (obrigação de concluir a gestão no primeiro caso, carácter lícito da gestão no segundo, responsabilidade do proprietário no terceiro), e não terá lugar a verdadeira figura jurídica da *negotiorum gestio*.

Alguns escritores admitem para tais casos uma *gestão imprópria*, a que aplicam quási as mesmas regras. E outros nem mesmo admitem qualquer diferença, dizendo que a lei não considera requesito essencial o *animus aliena negotia gerendi* (1).

Nós entendemos que naqueles três casos de gestão imprópria o gestor se encontra precisa e respectivamente na situação do possuídor de boa-fé, de má-fé e de doador, devendo portanto aplicar-se-lhe o respectivo regimen jurídico, embora também por analogia lhe sejam aplicáveis as disposições da gestão de negócios.

As expressões «voluntàriamente» e «negócios de outrem», que se encontram no nosso código, como no italiano, não só excluem todo o caso de ingerência em negócios alheios por virtude de imposição da lei ou de convenção, mas designa também a precisa intenção da vontade do gestor de administrar negócios que êle sabe

(1) Atzeri, *La gestione d'affari*, pág. 156 e seg.; Pacchioni, *Trattato della gestione d'affari altrui*, pág. 376 e seg.; Venzi, nas anotações a Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni di diritto civile*, IV, pág. 322.

não serem seus (embora ignore quem seja o verdadeiro interessado) e de administra-los por conta e no interêsse do dono (1).

d) A *gestão de negócios deve ser ignorada por parte do dominus.* Êste requesito é muito discutido. Os que o exigem partem do presuposto de que o conhecimento por parte do interessado, que se não opõe, equivale ao mandato, considerando-se tàcitamente conferido o encargo ao gestor. Mas a maior parte da moderna doutrina civilista não considera como requesito essencial que a gestão seja empreendida *inscio domino*, sustentando-se, em vez disso, o princípio de que as regras da *negotiorum gestio* vigoram sempre, salvo nos casos concretos em que a *scientia* do *dominus* possa considerar-se como consentimento.

O nosso código seguiu a doutrina clássica atenuada, dispondo no art. 1730.° «Se aquele a quem o negócio pertence, tiver conhecimento da gestão e não se opuser a ela antes que chegue a seu termo, será havido por consentidor, mas não ficará obrigado para com o gestor, se não houver efectivo proveito».

E que dizer da gestão *prohibente domino*, isto é, contra a vontade declarada do interessado? No direito romano uma constituïção de Justiniano (c. 24 C. 2. 18) decidiu que em tal caso o gestor não só era responsável por todas as perdas e danos causados pelo seu facto ilícito, mas não tinha qualquer acção contra o *dominus* para exigir as despesas feitas.

A doutrina dominante nos autores modernos é ainda a do direito romano, mas sustentando alguns que o gestor deve ter acção para rehaver as despesas, quando se trate de actos cuja execução seja reclamada por um interesse público ou que constituem para o gestor um dever; e que o gestor *prohibente domino* tem em todo o caso

(1) Ruggiero, pág. 468.

a acção *de in rem verso* para obter o reembolso das despesas, nos limites em que o património do interessado foi realmente enriquecido. É a aplicação pura e simples do princípio do não locupletamento à custa alheia (1).

O nosso código adoptou uma solução intermédia, que nos parece a mais justa, dispondo no art. 1731.°: «Aquele, que intervier em negócio de outrem, contra sua vontade declarada, responderá por todas as perdas e danos, ainda acidentais, senão se mostrar que teriam acontecido igualmente, se tal intervenção não houvesse; mas *querendo o proprietário aproveitar-se da gestão vigorará o que fica disposto no art. 1724.°*». Ora êste artigo determina:

«Se o proprietário, ou aquele a quem pertence o negócio, *ratificar a gestão*, e *quiser aproveitar-se dos cómodos e proveitos* que dela provierem, será obrigado a indemnizar o gestor, das despesas necessárias que houver feito, e dos prejuízos que tiver padecido por causa da dita gestão».

A ratificação transforma a gestão em mandato. É por isso que a *negotiorum gestio* constitui o tipo mais característico da figura clássica do quási contracto, e que alguns escritores, como Colin et Capitant, tratam dela no capítulo dos contractos, a seguir ao mandato, embora a não considerem um contracto, e ainda o mais recente código civil, o brasileiro, a inclui nos contractos.

Quási todos os tratadistas de direito civil colocam ao lado da gestão de negócios o instituto do pagamento indevido (*solutio indebiti*), os que seguem a doutrina clássica por se tratar precisamente dos dois tipos do quási-contracto, e alguns dos modernos, por considera-

(1) Atzeri, ob. cit., pág. 310 e seg.; Pacchioni, ob. cit., n.° 521; Scialoja, *Foro italiano*, 1889, pag. 941; Venzi, *ap.* Mazzoni, IV, pág. 327; Ruggiero, pag. 469 e 470.

rem a obrigação de restituir o pagamento indevido como resultante dum acto voluntário.

O nosso código consigna e regula esta obrigação (art. 758.º) no livro II da segunda parte, onde se trata dos direitos que se adquirem por facto e vontade própria e de outrem conjuntamente, no capítulo IX (efeitos e cumprimento das obrigações) do título I, que trata dos *contractos e obrigações* em geral.

Dir-se-ia, portanto, que considera a restituïção do pagamento indevido como uma obrigação contractual, quando a verdade é que ela não resulta dum contracto, mas sim do acto ilícito que pratica todo aquele que recebe como pagamento qualquer cousa que lhe não é devida.

A obrigação do pagamento indevido pertence pois à categoria das obrigações delituais.

Também alguns civilistas consideram as obrigações resultantes das *fundações* e dos títulos de crédito como efeito jurídico duma declaração de vontade unilateral com fôrça obrigatória (1)

Pelo que respeita aos títulos de crédito, e especialmente os títulos ao portador, já vimos (supra n.º 84), que eles podem explicar-se como a expressão formal dum contrato realizado entre o emitente e o primeiro tomador do título.

Também já vimos que a *fundação* é a aplicação de um património a um fim de utilidade geral, pela constituïção de uma personalidade colectiva encarregada de gerir o património e realizar os fins a que êle é destinado (supra, n.º 47 e 51).

Relativamente às obrigações resultantes das fundações, e em geral, da constituïção de uma pessoa colectiva, escreve o Dr. Alves Moreira:

«A constituïção destas pessoas colectivas, quer para

(1) Dr. Alves Moreira, *Obrig.*, pág. 707 e 708.

êsse fim se associem várias pessoas, quer se dê por iniciativa duma só, representa sempre um negócio jurídico unilateral. Assim, quem pretenda fundar um hospital, pode apresentar ao respectivo governador civil (dec. de 25 de Maio de 1911, art. 5.º, cl. 1.ª) o estatuto dêsse hospital, e uma vez aprovado por êle o estatuto e comunicados à comissão de assistência os seus fins e representantes, êsse hospital ficará com o direito de exigir do seu fundador os capitais que êste haja para êle destinado. Do mesmo modo, constituída uma sociedade anónima por escritura pública, esta sociedade que ficará tendo imediatamente personalidade colectiva, poderá exigir o cumprimento das obrigações em que pela respectiva escritura se constituíram os seus fundadores. Como já notamos, não pode dizer-se que as obrigações em que se constituem os fundadores do hospital e da sociedade anónima tenham a sua causa num contracto, visto que, ao tempo em que a obrigação se constitui pela aprovação dos estatutos ou pela escritura, ainda não tem existência jurídica a pessoa com quem o contracto se poderia efectuar.

«A constituïção dessa pessoa representa um produto da vontade unilateral, e como produto da vontade unilateral deverão considerar-se também as obrigações que para a constituïção da pessoa colectiva assumem os seus fundadores» (1).

A doutrina do ilustre professor é uma conseqüência da sua concepção sôbre a figura jurídica do contracto, segundo a qual o acto constitutivo de uma sociedade não é um contracto mas um acto jurídico de vontade unilateral.

Como vamos ver, êste conceito não se harmoniza com a noção legal do contracto. E em todo o caso, parece-nos que mesmo as *fundações* instituídas por um

(1) Dr. Alves Moreira, pág. 707 e 708.

indivíduo bem podem considerar-se como um contracto entre o fundador e o Estado.

De resto, o problema do carácter unilateral ou bilateral destas obrigações é puramente teórico ou especulativo, e não tem importância prática apreciável.

89. **Noção do contracto. Conceito romano e conceito moderno. Fundamento da sua obrigatoriedade.** — Ao conceito nítido, preciso e restrito do *contracto* romano contrapõe-se o conceito geral e abstracto, mais ou menos indeterminado, ou pelo menos indeciso e hesitante, do contracto moderno.

Através das diferentes definições de *contracto*, dadas pelos jurisconsultos modernos, e designadamente pelos civilistas, entendemos que a verdade se encontra na que já formulamos: *contracto é todo o acôrdo ou combinação da vontade de duas ou mais pessoas tendo por objecto um interêsse jurídico.*

A análise da evolução do conceito do contracto e o exame do seu estado actual nos revelará o rigor desta definição.

No direito romano havia três termos para designar os acordos ou combinações voluntárias das pessoas para efeitos jurídicos: *conventio* ou *conventum*, *pactio* ou *pactum* e *contractus*. A *convenção* era o género, que abrangia as duas espécies — *pacto* e *contracto*.

No antigo direito romano, uma convenção, isto é, um acôrdo de vontades ou uma promessa aceita, criava um simples dever e não um compromisso coactivamente exigível da pessoa que tinha prometido.

Para haver uma verdadeira obrigação era primitivamente necessário que o devedor se tivesse comprometido pela forma solene do *nexum*. Êste era o único contracto obrigatório.

Mas já antes do período clássico do desenvolvimento do direito romano tinha aparecido uma segunda forma de contracto obrigatório, que fazia surgir ao mesmo tempo o dever e o compromisso do devedor — era a *stipulatio* (1).

Quanto aos acordos de vontades que não se tivessem celebrado pela forma da *stipulatio*, continuavam a formar um simples dever, desacompanhado de qualquer compromisso efectivo do devedor. São bem expressivas as conhecidas passagens do Digesto: *ex nudo pacto actio non nascitur* (Paulo, D. 2. 14. 1); *nuda pactio obligationem non parit* (Ulpiano, D. 2. 14. 7. 4).

Primitivamente a *stipulatio* só era sancionada por uma acção judiciária, quando versava sôbre um *certum;* e o objecto certo era assim definido por Gaio: *certum est quod ex ipsa pronuntiatione apparet quid quale quantumque sit* (D. 45. 1. 74) (2).

---

(1) A forma ou o cerimonial da *stipulatio* consistia numa interrogação verbal do credor, seguida de uma resposta conforme do devedor. A antiga fórmula sacramental «*Spondesne? — Spondeo*» era exclusiva dos cidadãos romanos; mas em breve foram admitidas fórmulas equivalentes, para os peregrinos, como para os cidadãos: *dabis? — dabo; promittis? — promitto; fidepromittis? — fidepromitto; fidejubes? — fidejubeo; facies? — facio.* Paulo fazia derivar o termo *stipulatio* de *stipulus*, sinónimo de *firmus*, porque o emprêgo da forma da *stipulatio* confirmava o acôrdo das partes, acrescentando ao dever o compromisso que assegurava o cumprimento dêste dever. A *stipulatio* apresenta-se sob o aspecto duma promessa destacada da sua causa, que não se revela no cerimonial do acto. Além disso a *stipulatio* é um contracto *unilateral*, isto é, que não cria dever e compromisso senão para um dos contractantes. Dêste seu duplo carácter abstracto e unilateral resulta que a forma da *stipulatio* pôde ser utilizada para celebrar a maior parte dos actos jurídicos. De resto, sempre que se quisesse fazer uma operação, fora dos moldes do quadro muito apertado do antigo *jus civile*, a *stipulatio* fornecia um expediente que tornava viável o negócio: bastava que os interessados estipulassem uma pena para o caso em que a operação não fôsse executada.

(2) A acção que sancionava uma estipulação certa intentava-se a princípio pela *legis actio sacramenti in personam;* mas depois introduziu-se uma nova variedade de *legis actio*, de que se servia o beneficiário da *stipulatio certi* — a *legis actio per condictionem.*

Este processo foi introduzido pela lei Silia (cêrca de 3 séculos antes de Cristo) para fazer valer o crédito de quantia certa em dinheiro, e ampliado pela lei Calpurnia (mais de 2 séculos antes de Cristo) aos outros créditos de cousa certa (Gaio, *Inst.* 4, 18 e 19).

A *condictio* resultante duma estipulação certa chamava-se *condictio certae pecuniae* ou *condictio triticaria*, conforme o *certum* estipulado era dinheiro ou outra cousa.

Quanto às estipulações incertas, como as de fazer ou de não fazer, não havia primitivamente a sanção directa duma acção; as partes podiam entretanto obter êste resultado pelo expediente da estipulação duma pena.

Mas já a partir do fim da república se tinham tornado juridicamente obrigatórias, sendo sancionadas pela *actio ex stipulatu* (Gaio, 4, 136 e 137).

Com o desenvolvimento do comércio e da vida económico-jurídica, o emprêgo da forma contractual da *stipulatio* devia necessàriamente tornar-se embaraçosa, pois que, por mais simples que ela fôsse, exigia sempre a presença das partes contractantes. E por isso, desde o princípio da época clássica veem-se surgir, ao lado da *stipulatio*, outras formas de contractos obrigatórios desprovidos de quaisquer formalidades.

O direito clássico consignou dois tipos de contractos não formais: 1) contractos *consensuais*, que são perfeitos *solo consensu*, obrigatórios pelo simples acôrdo das partes, independentemente de qualquer formalidade ou solenidade — *consensu contrahitur obligatio* (Gaio, 3, 135 e 136): são a venda, a locação, o mandato e a sociedade; 2) contractos *reais*, em que uma das partes se obriga em troca duma prestação que recebeu, por exemplo, o empréstimo — *re contrahitur obligatio* (Gaio, D. 44. 1. 1 e 6). Estes contractos não exigem qualquer solenidade, mas não são perfeitos *solo consensu;* só se tornam obrigatórios depois de efectuada a prestação que constitui a causa do compromisso tomado em troca.

Em virtude da creação destas diversas categorias de contractos não formais, o antigo princípio « *ex nudo pacto actio non nascitur* » ou « *nuda pactio obligationem non parit* » perdeu a sua significação geral. Passou a haver convenções desacompanhadas de qualquer solenidade e capazes de formar obrigações: são os contractos consensuais e reais.

Simplesmente deixam de se chamar *nudae pactiones* ou *nuda pacta*, para se chamarem contractos, exactamente como as convenções formais sancionadas pelos *jus civile*.

Assim se desenvolveu o sistema em que se distingue entre *convenção*, termo genérico, designando todo o acôrdo de vontades, e o *contracto*, espécie particular de convenção criadora de obrigações *civis*.

Os contractos classificam-se em dois grupos, *formais* e *não formais*. Estes são os *consensuais* e os *reais*. Quanto aos primeiros, há a *stipulatio*, contracto verbal, ao qual se juntou um outro contracto formal menos freqüente, o literal, que era a *expensilatio*. Gaio (*Inst.* 3, 89) declara que os contratos se formam *consensu, re, verbis, literis*.

Todas as convenções que não entravam no quadro rígido dos contractos conservaram o nome de *pactio* ou *pactum*. Constituíam um dever para o devedor, sem comprometer ou obrigar a sua pessoa, o que se exprime dizendo que o pacto não forma uma obrigação civil sancionada por uma acção em justiça, mas dá origem a uma obrigação natural: *nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem* (Ulpiano, D. 2. 14. 7. 4).

Quando a expansão da vida jurídica revelou a insuficiência do quadro dos contractos, os romanos, em vez de o alargar, criaram uma nova categoria de convenções obrigatórias, dando a certos pactos a fôrça da sanção judiciária. Desde então distinguem-se duas classes de pactos: 1) os pactos confirmados ou *pacta vestita*, que obtiveram o favor de serem munidos de uma acção judiciária, adquirindo assim a mesma eficácia dos contractos; 2) os pactos simples ou *pacta nuda*, que não eram considerados dignos de ser sancionados por uma acção, e que apenas davam origem a uma obrigação natural.

O desenvolvimento histórico das convenções no

direito romano clássico é representado pòr êste quadro de classificação (1):

Convenções
- Contractos
  - formais. . . verbal / literal
  - não formais: consensual / real
- Pactos. . . confirmados / simples

O que caracteriza o sistema legislativo e doutrinal dos contractos no direito romano é a falta dum conceito geral capaz de consubstanciar as várias figuras concretas das diferentes espécies de convenções. Havia uma série de contractos, figuras bem definidas nos seus contornos, e em número fixo, que tinham o seu nome próprio e lugar em alguma das quatro categorias: reais, consensuais, verbais e literais.

Mas ao lado dos contractos dos tipos fixos e definidos foi também admitida uma categoria de contractos sem nome próprio, mas que se aproximavam de algum dos tipos fixos, sobretudo dos reais (*quorum appellàtiones nullae jure civili proditae sunt* (Juliano: D. 19. 5. 3), os quais começaram a ser chamados *inominados* a partir da idade média. Estes contratos foram a princípio protegidos pela *actio in factum*, depois substituída pela *actio praescriptis verbis* (2).

E assim se explica porque os romanos não chegaram a formular uma definição de contracto, que só aparece mais tarde nas escolas e nos escritos dos jurisconsultos do período medieval (3).

(1) Cornil, *Droit romain*, pág. 291-294.
(2) Cornil, *Droit romain*, pág. 333 e seg.
(3) Segundo Ruggiero, a primeira definição encontra-se na paráfrase grega das Institutas de Justiniano: «*Contractus autem est duorum vel etiam plurium in idem conventio et consensus, ad constituendam obligationem, et ut alter alteri fiat obnoxius*». Não são definições do contracto, como pretendem alguns, as contidas no Digesto: «*Pactum autem a pactione dicitur... et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus*» (D. 2. 14. 1. 1); e «*Pactum est duorum consensus atque conventio*» (D. 50. 12. 3 pr.), as quais se referem ao mero acôrdo do *pactum*. Ruggiero, pág. 265.

Outra característica do contracto romano, e esta tem a virtude de fixar bem o seu conceito objectivo, é que nem todo o acôrdo sôbre objecto de relações jurídicas constitui contracto propriamente dito, mas apenas o acôrdo destinado a crear obrigações, conceito expressamente consignado na definição da paráfrase grega das Institutas.

No direito moderno tudo está profundamente modificado no conceito do contracto.

Sob a influência do dirito canónico, do germânico e dos princípios da escola do direito natural, a figura jurídica do contracto foi profundamente transformada na elaboração intermédia.

Todo o acôrdo destinado a criar uma relação jurídica produz os seus efeitos e é garantido por uma acção, salvos os casos em que, por ser ilícita a causa ou o objecto, a lei o proïbe, ou em que uma determinada forma, mais ou menos solene, é exigida para maior segurança e garantia das partes ou da sociedade.

E assim desaparece toda a distinção entre o simples pacto ou convenção e o contracto.

Á forma e ao elemento objectivo sobrepõe-se o elemento subjectivo, isto é, o encontro ou acôrdo de duas ou mais vontades, o *consenso* das pessoas interessadas no acto jurídico. A convenção, ou acôrdo das vontades, torna-se sinónimo de contracto, e o próprio contrato identifica-se com o consenso. Todo o consenso sôbre um objecto de interêsse jurídico torna-se contracto, e desde que seja conforme à ordem jurídica, é garantido por uma acção, pois que a vontade das partes, manifestada de qualquer modo, é por si só suficiente para formar o *vinculum juris*.

A idea de contracto emancipa-se das apertadas categorias dos tipos fixos romanos, para se elevar a um conceito geral e abstracto; transforma-se num esquema genérico, uma categoria abstracta, em que predomina o elemento do consenso, e é capaz de concentrar em si tantas quantas sejam as mais diversas figuras organizadas em concreto pela vontade das partes. Ao contrário do sistema romano, o sistema moderno não conhece tipos de convenções obrigatórias em número fixo e limitado; indefinidas e variáveis, tenham ou não tenham um nome próprio, elas são tantas quantas, na infinita variedade das necessidades humanas e das relações sociais, podem ser os acordos de duas ou mais pessoas, com o fim de crear, modificar ou extinguir quaisquer relações jurídicas (1).

O contracto não é mais restrito aos acordos que geram relações de obrigação pròpriamente dita (contractos obrigatórios); dada a sua identificação com o acto jurídico bilateral, êle abrange todos os outros acordos destinados a dissolver um precedente vínculo de obrigação (contractos liberatórios ou solutórios) ou a modificar um vínculo existente, ou a constituir relações de direito real ou de família (2).

O conceito moderno do contracto encontra-se explí-

(1) Planiol, reconhecendo que esta concepção é universalmente aceita, opõe-se a ela, acentuando que os elementos específicos, que distinguem os vários contractos, são pouco numerosos e não podem formar senão combinações em número limitado. A observação de Planiol só é verdadeira em parte; e não pode ter outro alcance que não seja o de mostrar que é sempre possível uma classificação dos contractos, decompondo cada espécie nos seus elementos mais simples; e assim, por exemplo, reduzindo todas as espécies a três tipos, conforme teem por objecto uma obra, uma cousa ou um direito. Planiol, *Traité élémentaire*, II, n.º 1352. A verdade, porém, é que as combinações dos elementos do contracto, especialmente as figuras dos seus diversos objectos, é que são indubitàvelmente em número infinito.

(2) Ruggiero, pág. 266 e 267.

cita ou implicitamente formulado nos códigos e na doutrina dos escritores (1).

O nosso código diz no art. 641.º: «Contracto é o

(1) Código francês, art. 1101.º: «o contracto é uma convenção pela qual uma ou mais pessoas se obrigam para com uma ou mais de uma a dar, a fazer ou a não fazer alguma cousa». Código italiano, art. 1098.º: «o contracto é o acôrdo de duas ou mais pessoas para constituir, regular ou dissolver entre elas um vínculo jurídico». Código da Georgia, art. 2714.º: «um contracto é o acôrdo de duas ou mais partes para fazer ou não fazer qualquer cousa especificada». O código alemão não formula uma definição do contracto (*Vertrag*); mas do conjunto das suas disposições resulta o mesmo conceito fundamental.

Na doutrina dos escritores nota-se a divergência dos dois conceitos, porque alguns clássicos do século passado, seguindo a tradição romanista, distinguem entre *convenção e contracto*.

Assim Aubry et Rau (*Cours de droit civil français*, IV, pág. 283) dizem: «Uma convenção é o acôrdo de duas ou mais pessoas sôbre um objecto de interêsse jurídico. A convenção que tem por objecto a formação de uma obrigação chama-se mais especialmente contracto».

Esta parece ser a doutrina de Pothier, quando definia o contracto: «Uma convenção pela qual as duas partes reciprocamente ou só uma das duas prometem e se comprometem para com a outra a dar-lhe alguma cousa». *Traité des Obligations*, I, pág. 4. Mas no tomo II do mesmo *Traité*, pág. 4, Pothier diz também: «A espécie de convenção que tem por objecto formar qualquer compromisso é o que se chama contracto».

Mas a verdade é que a moderna doutrina francesa não considera o art. 1101.º do seu código como traduzindo a concepção romanista. Pelo contrário, interpreta-o, e sem reservas, no sentido do conceito moderno.

E assim, Colin et Capitant (*Cours Élementaire*, pág. 257) dizem: «O *contracto* ou *convenção* é um acôrdo de duas ou mais vontades em vista de *produzir efeitos jurídicos*».

«Contratando, as partes podem ter por fim, quer *criar* uma relação de direito; criar ou transferir um direito real ou dar origem a obrigações»; quer *modificar* uma relação preexistente; quer emfim *extingui-la*».

«A distinção entre os contractos e as convenções não tem senão um interêsse de terminologia; as mesmas regras gerais se aplicam àqueles e a estas. E até muitas vezes o código emprega indiferentemente uma ou outra expressão».

Quanto aos autores italianos, não poderiam deixar de reconhecer o conceito moderno do contracto, em face do art. 1098.º do seu código, embora alguns critiquem êste artigo do código por não ter mantido o conceito romano. Ruggiero, pág. 267; Simoncelli, pág. 265 e 266.

Vê-se assim como é infundada a afirmação de Duguit, dizendo que a concepção romana do contracto se encontra expressa em todos os códigos da Europa e da América, e é a noção dada unànimemente pelos civilistas de todos os países. Duguit, *Traité de droit constitutionel*, 2.ª ed., I, pág. 281-283.

acôrdo, por que duas ou mais pessoas transferem entre si algum direito, ou se sujeitam a alguma obrigação».

É evidente que o nosso código adoptou o conceito moderno do contracto, não o considerando apenas como fonte de obrigações no sentido técnico, mas também como meio de adquisição de direitos, ou antes, como fonte de quaisquer relações jurídicas. Basta notar que o próprio casamento é considerado um contracto (art. 1056.º), ainda que nele não haja qualquer convenção patrimonial.

De resto, era já esta a tradição do nosso direito anterior.

Coelho da Rocha (§ 733), ainda define contracto pela fórmula do código francês; «*Contracto* é o acto jurídico, pelo qual duas ou mais pessoas se obrigam por consentimento recíproco a dar, fazer, ou não fazer alguma cousa». Mas declara que entre nós os nomes de convenção, contracto, pacto, estipulação são ordinàriamente empregados como sinónimos.

O Dr. Alves Moreira, reconhecendo no art. 641.º o conceito moderno do contracto, ensina uma doutrina ainda mais moderna, segundo a qual nem todo o acôrdo de vontades para efeitos jurídicos constitue um verdadeiro contracto.

É a doutrina da distinção entre o *acto jurídico bilateral* ou *contracto* e o acto *complexivo* ou *complexo* ou *colectivo* (*Gesammtakt*), figura jurídica construída pela moderna escola germânica, e adoptada por muitos autores italianos e alguns da moderna escola francesa [1].

(1) «Nos contractos ha sempre pessoas determinadas, que por eles ficam adstritas a certas prestações, e cujas vontades, manifestando-se em direcções opostas, se encontram, formando-se um vínculo jurídico em virtude dêsse acôrdo. Quando todas as vontades se manifestam na mesma direcção, não se formando um vínculo entre as pessoas que manifestam essa vontade, não havera contracto, porque essas pessoas não se sujeitam, nas relações entre si, a uma obrigação. Não haverá também um contracto sempre que, dada uma declaração de vontade pela qual se constitua uma obrigação para com qualquer pessoa, o direito desta não tenha a sua causa numa manifestação da sua vontade que coopere juntamente com a declaração da vontade de quem se constitue nessa obrigação. Nestes casos haverá um negócio jurídico unilateral e não bilateral. Exemplifiquemos. Constitui-se, por acôrdo entre várias pessoas, uma sociedade anónima, lavrando-se a respectiva escritura. A vontade dessas pessoas manifesta-se na mesma direcção, e o produto dessa vontade é a constituição da sociedade, que fica tendo personalidade colectiva. Entre os fundadores da sociedade não se estabelecem vínculos de obrigação; estes vínculos ficam existindo entre os fundadores e a sociedade, cuja existência jurídica é devida à vontade deles, e com a qual não se podia portanto realizar o contracto. Sendo isto assim, é para nós evidente que a constituição da sociedade é devida a um negócio jurídico unilateral e não a um contracto. Dar-se-á o mesmo se, em vez de se constituir uma sociedade anónima, se formar uma associação de beneficência ou de recreio, se fundar um hospital ou asilo. Em qualquer dêstes casos, o acôrdo de vontades dá-se em relação a um fim determinado, não se constituindo vínculos de obrigação entre as pessoas que manifestam as suas vontades». Dr. Alves Moreira, *Obrig.*, pág. 586 e 587. Observemos desde já que o exemplo das sociedades anónimas não é muito convincente, porque pelo acto jurídico constitutivo da sociedade os sócios fundadores obrigam-se reciprocamente ao cumprimento dos deveres inerentes à qualidade de sócios.

A distinção entre o contracto e o acto colectivo funda-se no diverso conceito dos actos jurídicos *unilaterais* e *bilaterais*.

Unilaterais são aqueles em que a vontade duma só parte é suficiente para produzir efeitos jurídicos. E *bilaterais* aqueles em que é necessário o acôrdo de duas partes pelo menos. Diz-se *partes*, e não pessoas, porque uma parte pode ser representada por uma ou mais pessoas; parte é a pessoa ou o conjunto de pessoas que actuam pelo mesmo interêsse próprio. Portanto é acto unilateral também a manifestação de vontade de duas ou mais pessoas, se todas teem um só interêsse, como, por exemplo, a renúncia de vários comproprietários à cousa comum.

Ora só os actos bilaterais, dizem, é que são contractos pròpriamente ditos.

O acto unilateral colectivo é, como o contracto, a união ou acôrdo de duas ou mais vontades; mas difere dêle pelo modo e pela eficácia dessa união. No contracto

há pelo menos dois sujeitos, um contraposto ao outro; no acto colectivo complexo há também dois ou mais sujeitos, mas actuam pela mesma parte ou pelo mesmo interêsse; ali há manifestação de vontades que se cruzam; aqui há manifestação de vontades paralelas, que se unem ou justapõem.

O contracto produz sòmente um vínculo entre as vontades dos contraentes, mas não a sua unificação ou fusão, porque essas vontades teem conteúdos diversos; o acto colectivo, pelo contrário, é a fusão de duas ou mais vontades de conteúdo igual, e constitui um meio para a formação de uma vontade colectiva.

Do contracto derivam obrigações duma parte para com a outra; pelo contrário, no acto colectivo os vários participantes não teem a intenção de obrigar-se recìprocamente, mas querem produzir em relação a terceiros um único e igual efeito jurídico por todos querido; eles não se contrapõem como partes, mas antes formam no seu conjunto uma só parte.

Actos colectivos ou complexos em direito privado seriam, segundo esta doutrina, os actos constitutivos das corporações, as deliberações de assembleas duma sociedade, as deliberações dos conselhos de família e de todas as colectividades desprovidas de personalidade jurídica, e as disposições comuns de comproprietários (1).

Alguns autores da escola alemã, e também da moderna escola francesa, como Duguit, distinguem ainda do acto colectivo, ou manifestação de pluralidade de vontades unilaterais, o acto de *união* de vontades de conteúdo diverso, mas dirigidas para o mesmo fim (*Vereinbarung*).

Duguit menciona e examina especialmente, como tipos de *Vereinbarung*, o acto jurídico do casamento e o impròpriamente chamado contrato colectivo de trabalho entre os sindicatos ou outros representantes dos operários e os representantes das emprêsas ou patrões.

(1) Coviello, *Manuale di diritto civile italiano*, pág. 319 e 320.

Segundo a concepção da simples união de vontades, ou *Vereinbarung*, em nenhum dêstes actos jurídicos se verificam as verdadeiras características do contracto. Nestes actos não há, como no contracto, a creação duma situação jurídica subjectiva, individual, particular e momentânea, em virtude da qual uma parte fique credora e outra devedora; há, pelo contrário, a creação duma regra permanente, ou antes, duma situação jurídica objectiva, geral e permanente, ou seja precisamente a organização dum *status* legal.

«Não se pode dizer que haja contracto. O exterior do acto é contractual; o fundo não o é. O contracto é por definição mesma um acto subjectivo em virtude do qual toma origem uma situação subjectiva. Aqui nós temos quer um acto-regra (de natureza legislativa ou regulamentar), quer um acto-condição, e por vezes um acto que tem êste duplo carácter» (1).

Reduzindo à sua expressão mais simples e compreensiva a técnica da noção do contracto e dos actos de vontade colectiva unilateral, pode dizer-se:

a) o *contracto* é uma convenção em que as vontades dos sujeitos, embora concordes num ponto, teem objecto ou conteúdo e fim diferentes;

b) o *acto colectivo* ou *Gesammtakt* é uma convenção em que as vontades dos sujeitos teem o mesmo objecto e o mesmo fim; e

c) o acto de *união* ou *Vereinbarung* é a convenção em que as vontades dos sujeitos teem o mesmo fim, mas objecto ou conteúdo diferente (2).

(1) Duguit, *Traité*, pág. 303 e seg. Cf. supra, n.º 50.

(2) Mas deve notar-se que, em relação a esta espécie, a técnica de Duguit é diferente, e até oposta, da que adoptamos. Duguit diz: «Os dois participantes querem a mesma cousa. O seu querer pode ter um fim diferente, mas tem sempre o mesmo objecto; o mesmo objecto imediato, declaram aceitar a convenção; e o mesmo

Qual será o mérito intrínseco da nova doutrina? Em nosso entender não é muito apreciável.

No ponto de vista do direito positivo parece-nos mesmo que ela é inaceitável, pois que no conceito moderno do contracto, tal como êle é definido nos códigos e na doutrina de quási todos os civilistas, cabem evidentemente todas aquelas figuras de convenções. Parece-nos mesmo um êrro dizer-se que no casamento ou no acto de constituïção duma pessoa colectiva se não formam relações de obrigação entre os associados. Há, pelo menos, em qualquer dêsses actos, sempre a obrigação de cumprir os deveres que o acto impõe necessàriamente a cada um dos associados; embora êsse vínculo não tenha sempre carácter patrimonial, não constituindo portanto uma obrigação no sentido técnico, nem por isso deixa de ter carácter obrigatório, e por isso de ter uma sanção nos preceitos da regra de direito.

O equívoco dos partidários da nova doutrina está em atribuir ainda ao contracto moderno a velha concepção romanista de fonte de obrigações patrimoniais recíprocas entre os contractantes.

De resto, a parte em que a doutrina é verdadeira, a que se refere às deliberações das colectividades sem personalidade jurídica, como os conselhos de família e os comproprietários da mesma cousa, nada tem de novo, pois nunca vimos considerar tais actos como contractos.

E se do terreno do direito positivo nos elevarmos à região dos princípios, também se não vê outra importância, na distinção dos actos jurídicos de pluralidade de vontades, que não seja a da maior ou menor perfeição duma classificação doutrinal. De resto, a todas as espécies dos actos colectivos são aplicáveis as regras gerais e fundamentais dos contractos.

O mesmo é de dizer a respeito dos chamados actos ou contractos de *adesão*, a quais também já se tem pretendido negar o carácter contractual.

São os contractos em que uma das partes, em virtude da sua desigualdade económica, se vê forçada a aceitar as condições impostas pela outra parte.

É o que acontece no *contracto individual de trabalho* ao operário que entra ao serviço dum patrão, no contrato de *seguro* ao segurado, a quem a companhia seguradora impõe as condições impressas na apólice de seguro, e ao particular quando contracta com uma emprêsa que explora um serviço público de *transporte*, de *fornecimento de água*, de *gás*, de *electricidade*, etc. E a mesma situação se encontra nas relações das sociedades e das associações com os seus aderentes; os estatutos formam o pacto que regula as relações dos associados com o ente moral da pessoa colectiva; e quem quer entrar para a colectividade é forçado a aceitar as suas condições.

Contra o carácter contractual de tais actos diz-se que êle não pode existir onde não há independência respectiva dos contractantes e possibilidade para cada um deles de discutir os termos e as condições da relação jurídica que os liga.

Mas a isto respondem triunfantemente Colin et Capitant:

«Em matéria de facto uma tal observação é talvez fundada. Em direito ela é inexacta. E é com razão que os jurisconsultos persistem em ver nos contractos de adesão verdadeiros contractos. Aquele que adere às condições que lhe são propostas é certamente livre de não as aceitar; poderia rejeita-las em bloco, e por conseqüência, quando as aceita presta bem o seu consentimento. Seria lançar-nos em dificuldades insoluveis recusar a tais operações o carácter contractual. Em

objecto mediato, a criação da regra ou da situação legal e objectiva, do estado que a convenção condiciona». Duguit, loc. cit.

Nós preferimos considerar como objecto ou conteúdo da vontade dos sujeitos o interêsse ou objectivo próprio de cada um deles e como fim o objectivo ou resultado comum que eles se propõem atingir.

suma, o objectivo dos escritores cuja doutrina nós repelimos seria subtrair os efeitos dos contractos de adesão à vontade do contractante mais forte, que é considerado o autor das regras do contracto, para confiar aos juízes o cuidado de os determinar *ex aequo et bono*. Ora nós pensamos que um poder tão arbitrário confiado aos magistrados seria ainda mais prejudicial para as partes. É antes à lei que incumbe a missão de regulamentar os contractos de adesão; e ela deve faze-lo duma maneira mais severa que para os outros contractos, afim de impedir que a parte mais forte imponha à outra condições leoninas. Usando do seu poder de formular regras imperativas, o legislador deve proïbir o emprêgo de cláusulas que julgue perniciosas, e inversamente, impôr certas prescrições que não poderão ser infringidas» (1).

E pela mesma razão também não é aceitável a doutrina dos autores sustentando, como Pacchioni, que nos contractos de adesão a parte aderente só deve considerar-se vinculada pelas cláusulas cuja interpretação fôr acessível a um homem médio depois de uma cuidadosa leitura (2).

Tudo quanto neste sentido se poderá admitir é que o contraente não fica vinculado pelas cláusulas a respeito das quais se mostre que êle se encontrava em êrro bastante para, nos termos dos arts. 657.° e seguintes, anular o contracto; isto é, num êrro tal, que só por virtude dêle

(1) Colin et Capitant, *Cours élémentaire*, II, pág. 258-259.

(2) Assim se exprime Pacchioni: «É necessário fazer uma excepção para os chamados *contractos de adesão*, isto é, para os contractos em que a especificação, por vezes minuciosissima e complicadissima, de todos os possíveis efeitos do contracto é obra exclusiva de uma das partes contractantes, emquanto a outra se limita a aderir, firmando um exemplar impresso ou dactilografado do próprio contracto (modêlo, apólice, etc.). De facto é verdade que todo o homem de inteligência média não costuma firmar contractos de cujo conteúdo não tome primeiro conhecimento; e verdade é portanto também que, firmando a apólice ou o modêlo de contracto impresso ou dactilografado, o contraente cria normalmente na outra parte a confiança de que a

se decidiu a dar a sua adesão (art. 661.°). Mas é claro que esta doutrina é comum a todos os contractos.

Para concluir a análise do conceito da figura jurídica do contracto, resta determinar qual seja o verdadeiro fundamento da fôrça obrigatória dos contractos. É, como diz Ruggiero, um problema de carácter filosófico, ao qual os escritores teem dado as mais diversas soluções.

É necessário não nos limitarmos a procura-lo simplesmente na norma positiva, pela qual a lei impõe o respeito da fé outorgada e ordena a observância do contracto, mas subir mais alto até à razão suprema em virtude da qual toda a organização jurídica, ainda a mais primitiva e rudimentar, consagra uma tal norma. E é muito pouco ou muito genérico o dizer que isto corresponde a uma exigência da vida social, pois que na verdade os negócios e as várias combinações, pelas quais se realizam as trocas e se satisfazem as necessidades do homem, são condições essenciais da vida das sociedades. Simplesmente dêste modo justificam-se todas as normas de direito, mas não se dá a explicação específica da que impõe a execução da obrigação contractual. Nem basta limitarmo-nos com Bentham ao conceito do *interêsse* individual, que força por motivos unilitários a cumprir as promessas; ou com Pufendorf ao de um *tácito pacto social* pelo qual cada homem se comprometeu com os outros a manter a fé da palavra dada; ou com Giorgi ao da *veracidade*, pelo qual, sendo

sua adesão se refere a todas as cláusulas nele contidas; mas outrotanto é verdade também que raciocinando dêste modo, atribuir-se há muitas vezes ao contraente por adesão uma vontade que êle certamente não teve, e permite-se que o conteúdo do contracto seja em algumas das suas partes fixado por uma só das partes contractantes. Ocorre pois obviar a êste inconveniente, com base naquela boa-fé a que o legislador fez apêlo no art. 1123.° do código civil, e considerar vinculado o contraente por adesão sòmente nos limites da interpretação que das cláusulas pode ser dada por um homem médio mediante uma acurada leitura; sòmente sôbre esta interpretação existe de facto, a bem ver, um verdadeiro acôrdo das partes contractantes». Pacchioni, *Elementi*, pág. 461-462.

imposto ao homem o dever de dizer a verdade, êste dever o vincula também quando manifesta a sua vontade no sentido de se obrigar. São explicações que não atingem a essência jurídica do vínculo contractualmente estabelecido; e mais inconsistentes são ainda as doutrinas que vão até ao ponto de a negar, como a teoria de Rosmini, que funda a obrigatoriedade do contracto no simples princípio do *neminem laedere,* à qual faz singular acompanhamento a de Schlossmann, que até nega ao contracto a virtude de gerar a obrigação, e faz derivar esta precisa e exclusivamente do seu não cumprimento.

Bem mais alto valor teem os sistemas que, pondo em relêvo a intrínseca natureza do *vinculum juris,* e olhando à causa que o produz (a livre determinação das partes), encontram a razão da sua fôrça obrigatória na limitação que a pessoa faz à própria liberdade, com o sujeitar uma parte dela ao outro contraente, que a apropria e faz sua (Kant, Krug, Boistel). Quando, com efeito, o direito de crédito se concebe, como deve ser e como já dissemos (1), isto é, como uma relação que vincula em favor do credor a liberdade do devedor limitadamente a um ou mais actos determinados, revela-se inteiramente conforme à natureza do vínculo contractual, e plenamente satisfatória uma construção, que nele vê uma voluntária abdicação de uma parcela da própria liberdade por uma das partes e uma correspondente apropriação dela pela outra parte.

Mas dêste conceito, conclue Ruggiero, podemos e devemos elevar-nos a um outro ainda mais alto, que dá o verdadeiro e supremo fundamento da obrigatoriedade do contracto; a unidade da vontade contractual. As vontades individuais dos contraentes, no momento em que, declaradas, se encontram e acordam, perdem cada uma

(1) supra, n.º 77.

a sua autonomia própria, e fundindo-se dão lugar a uma nova vontade unitária (a vontade contractual); é pois esta que daí em diante governa dentro da esfera preestabelecida as relações das partes, que não podem subtraír-se a isso, porque o seu conteúdo foi subtraído à sua livre disponibilidade (1).

Esta vontade contractual única é exactamente o que na doutrina clássica se chama a *intenção comum das partes.*

90. **Diferentes espécies de contractos. Sua classificação.** — A indefinida variedade de contractos, tanto pela diversidade de objecto como pelos seus efeitos, não impede que as diferentes figuras concretas se possam reduzir a várias espécies, grupos ou categorias. E a classificação das várias espécies de contractos representa uma necessidade tanto teórica como prática, porque há normas que são próprias só de certos grupos de contractos, e que não poderiam aplicar-se a outros grupos diversamente caracterizados.

Do mesmo modo que o direito romano, o direito moderno conhece tipos e figuras concretas de contractos, que teem um nome e um conteúdo próprios, sendo até muitos dos mais frequentes a simples reprodução dos tipos tradicionalmente transmitidos do antigo direito (compra e venda, locação, sociedade, empréstimo, etc.).

Mas ao lado e independentemente destas particulares formações jurídicas, é necessário fazer distinções no próprio conceito geral do contracto, conforme as intrínsecas diversidades que o mesmo tipo geral e abstrato pode apresentar.

Em relação ao modo pelo qual se formava o contracto, distinguia o direito romano os contractos em *consensuais, reais, verbais* e *literais,* e por estas quatro categorias

(1) Ruggiero, pág. 269-271.

distribuia todos aqueles que, tendo sido reconhecidos pelo *jus civile*, eram designados por um nome próprio — contractos *nominati*. Os outros, que não tinham uma denominação própria — *inominati* — eram reduzidos às quatro espécies ou tipos — *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*, que tinham com os contractos reais esta particular analogia: ser a causa justificativa do vínculo constituída por uma *datio* ou pela prestação de um *factum*, que uma vez executada dava o direito de exigir a contraprestação da outra parte.

Mas nenhuma destas classificações subsiste no direito moderno, pelo menos com o valor que tinham no direito romano.

No nosso direito. a distinção dos contractos *nominados* e *inominados* não pode ter outra significação, além da que resulta do sistema do código, que regulou a matéria dos contractos no livro II da segunda parte, dividindo-o em dois títulos, o primeiro dos quais trata dos *contractos e obrigações em geral*, e o segundo dos *contractos em particular*; neste trata especialmente de quinze tipos ou figuras de contractos, alguns dos quais, como o casamento, a sociedade e a prestação de serviços se desdobram ainda em diversos tipos, tendo todos o seu nome e o seu regimen próprios; quaisquer outros contractos que não se enquadrem precisamente em algum dêsses tipos serão regulados pelas regras gerais contidas no primeiro título, o que, porém, não obsta a que tanto uns como outros sejam regulados pelas disposições de ambos os títulos (art. 16.º).

Também não teem maior importância as distinções da primeira classificação, fundadas no diverso modo de ser do elemento constitutivo da *causa civilis* dos contractos, elemento formal ou real, consistindo na expressão verbal de certas palavras solenes (contratos verbais) ou no uso da escrita (literais) ou na precedente entrega da cousa (reais), e excepcionalmente na simples manifestação do consentimento, o qual, na falta da forma ou

da precedente entrega da cousa, era elevado a causa justificativa da obrigação (consensuais).

No direito moderno os contractos são, em princípio, todos consensuais, isto é, não teem em regra necessidade de elementos formais, em virtude do novo princípio de que a manifestação de vontade, o consenso, é de per si só suficiente para gerar a obrigação (art. 686.º).

O sistema contrário do antigo direito romano, que ao simples consenso não reconhecia a virtude de criar vínculos obrigatórios, podia pôr em particular relêvo os elementos da palavra, da escrita ou da *res*, de modo que, quando por excepção bastava o simples consenso, parecia lógico chamar enfàticamente consensuais os respectivos contractos; mas uma tal contraposição não faria mais sentido no sistema do direito moderno, em que vigora o princípio contrário e se inverteu completamente a relação entre consentimento e causa justificativa do vínculo. Agora o sistema é êste: assim como no direito romano, por excepção, se reconhecia ao simples consenso a virtude de formar a obrigação em quatro contractos consensuais (compra e venda, locação, sociedade e mandato), assim excepcionalmente o direito moderno exige por vezes, além do consenso, um requesito de forma, que é em todo o caso a forma escrita ou a presença de testemunhas e não já a declamação de palavras solenes ou sacramentais, mas sem que o requesito formal se eleve à categoria de causa justificativa do vínculo, a qual reside precisa e ùnicamente na manifestação da vontade de quem se obriga.

E o mesmo é de dizer a respeito dos contractos reais.

Não tem na verdade importância a questão, sempre discutida entre vários escritores, de saber se a categoria romana dos contractos reais subsiste, e deve ser conservada no direito moderno.

De certo há contractos, como o mútuo, o comodato, o depósito e o penhor, que para terem existência jurídica, presupõem a entrega da cousa, que forma o seu objecto,

e da qual se transfere só a posse, como nos últimos três, ou também a propriedade, como no primeiro. Mas é um êrro confundir com o contracto de mútuo, de comodato, etc., os quais só se concluem quando a cousa haja sido recebida por quem deve ficar sendo o devedor, os contractos que preparam um mútuo ou um comodato, quando alguém se obriga para com outrem a dar de mútuo uma quantia ou de comodato uma certa cousa. E é, como observa justamente Ruggiero, uma vã tentativa a de qualquer solitário autor que, desconhecendo a nítida e precisa diferença entre um contracto de mútuo e uma promessa de mútuo, pretenda reduzir as duas espécies a um único tipo de contracto consensual, negando importância à precedente entrega da cousa e considerando já constituído o mútuo ou o comodato com a simples promessa, não sendo a entrega da cousa mais do que a sua execução. E a diferença reflecte-se em todo o conteúdo da relação contractual, que é diversa e é dupla se à promessa de mútuo ou comodato se segue a dação ou efectiva entrega. Antes desta não existe senão uma obrigação de dar em mútuo ou em comodato, e devedor é o futuro mutuante ou comodante, e credor o que aceitou a promessa; depois da dação ou entrega, que constitue o cumprimento do contracto e produz a extinção da obrigação, um novo contracto se forma, em que é devedor o mutuário ou o comodatário, e credor quem deu a cousa. São portanto dois contractos completamente diversos, se bem que um seja preestabelecido para gerar o outro, que exerce assim a função de objecto do primeiro.

Ora, se os chamados contractos reais, que importam a obrigação de conservar e restituir uma cousa, ou restituir sòmente (mútuo), não podem existir senão desde o momento em que a cousa foi entregue, apenas num tal sentido poderemos falar de contractos reais no direito moderno, mas não no sentido romano, isto é, em contraposição a outros em que a causa do vínculo

reside na forma simplesmente (verbal e escrita) por que a vontade se manifesta, ou, se a forma não é exigida, no simples consentimento de qualquer modo manifestado; poderemos e deveremos sòmente dizer que neles a causa do vínculo contractual é a prévia entrega da cousa, porquanto esta constitue o essencial presuposto de facto indispensável para que o consenso seja produtivo de eficácia jurídica; mas isto não basta para dar ao consenso uma função subordinada e diversa da que êle tem nos outros contractos, porque em todos indistintamente o consenso representa, com o concurso da causa, o momento constitutivo do contracto.

De contractos reais se fala ainda no direito moderno sob um outro aspecto, considerando não o modo por que o contracto se forma (*re consistit* ou *contrahitur obligatio*), mas o efeito real que êle produz. *Real*, em contraposição a *obrigatório*, é o contracto que constitui ou transmite direitos reais, e que na terminologia alemã se distingue da categoria anterior (*Realvertrag*) pela expressão *dinglicher Vertrag*.

Ora, como no direito moderno vigora o princípio de que a propriedade e os direitos reais se transmitem pelo simples consenso (arts. 641.º, 686.º, 715.º, 1653.º, 2198.º, 2272.º), uma grande parte dos contractos, e especialmente os de alienação, apresentam combinados juntamente o efeito obrigatório com o efeito real. E assim esta circunstância da combinação do duplo efeito num único contracto, tira na verdade, na maioria dos casos, uma grande parte da sua importância a esta categoria dos contractos reais, pois quando o efeito real é acompanhado do obrigatório costuma geralmente falar-se sòmente de contractos obrigatórios.

As mais importantes distinções dos contractos, acolhidas pelo direito moderno, consignadas expressamente ùmas e presupostas outras pelo nosso código, são: *contractos bilaterais* ou *sinalagmáticos* ou *onerosos* e *unilaterais* ou *gratuitos*; *aleatórios* e *comutativos*; *solenes* e *não solenes*.

a) CONTRACTOS BILATERAIS OU ONEROSOS E UNILATERAIS OU GRATUÍTOS. Esta distinção, completamente diversa da dos actos bilaterais e unilaterais, pois todos os contractos são actos bilaterais, tem por base o critério da reciprocidade ou unilateralidade da obrigação contractual.

O contracto é bilateral ou sinalagmático, se os contraentes se obrigam reciprocamente um para com o outro, como acontece, por exemplo, na compra e venda e no arrendamento, em que o vendedor se obriga a prestar a cousa vendida e o comprador a pagar o preço, o senhorio a prestar o uso e fruição do prédio e o arrendatário a pagar a renda. É unilateral, quando uma das partes se obriga para com a outra, sem que esta assuma qualquer obrigação, como acontece no mútuo ou no depósito, em que só uma (o mutuário ou o depositário) está sujeita a uma prestação (restituir ou conservar e restituir a cousa), sem que a outra fique adstrita a qualquer cousa. O contracto bilateral dá lugar a um duplo e recíproco direito de crédito, de modo que a uma prestação corresponde sempre da outra parte uma contraprestação, cada uma das quais é causa e condição da outra, e cada um dos contraentes é ao mesmo tempo credor e devedor. Pelo contrário, o unilateral só dá direito de crédito para um dos contraentes e obrigação para o outro, de modo que cada um deles é só credor ou só devedor.

Acontece às vezes que, por virtude de circunstâncias supervenientes, surge no mesmo contracto unilateral uma segunda e oposta obrigação, de modo que o único obrigado adquire também um crédito contra a outra parte, como, por exemplo, quando o depositário ou o mandatário, com a guarda do depósito ou com a execução do mandato, teve de fazer despezas, a cujo reembolso fica obrigado o depositante ou o mandante. Alguns escritores falam a êste propósito de contractos *bilaterais imperfeitos,* para traduzir a bilateralidade superveniente que a relação contractual assume. Mas a verdade é que

se trata de mera e acidental superveniência; emquanto que da bilateralidade normal é requesito essencial o conceito de que não se tem apenas em presença uma prestação e uma contraprestação, mas que uma é o correspectivo da outra, e êste conceito é excluído pela natureza eventual da superveniência da segunda prestação nos contractos unilaterais. E nem mesmo é de admitir, segundo muitos autores, que êstes mudem de natureza quando a contraprestação seja devida, não a um facto eventual superveniente, mas a uma particular convenção acessória e até contemporânea da obrigação da prestação principal; se, por exemplo, se convencionou que o depositário terá direito a uma retribuïção ou a usar a cousa depositada, estas contraprestações teem sòmente um carácter acidental em confronto com o tipo normal do contracto de depósito; se valem para lhe tirar a qualidade de negócio gratuíto, não valem para o transformar de unilateral em bilateral ou sinalagmático.

O mesmo é de dizer do mútuo e do mandato. Entretanto alguns autores sustentam a doutrina contrária, vendo na retribuïção um verdadeiro correspectivo.

Mas, na doutrina dos primeiros, o que deve ser importante e decisivo é o que é normalmente essencial na natureza do contracto, e não o que é secundário e acidental. De contrário, o mesmo contracto terá ora a natureza de unilateral, ora a de bilateral, conforme as cláusulas acessórias nele estipuladas.

Entre os autores franceses e italianos a questão é muito discutida, especialmente para o empréstimo de dinheiro com juros, entendendo muitos que êle não pode deixar de se considerar bilateral, porque a convenção dos juros (pela qual uma segunda obrigação se acrescenta à obrigação principal do mutuário), fazendo surgir para o mutuante a obrigação de deixar em poder do mutuário a quantia prestada, transforma o contrato de unilateral em bilateral.

Mas a verdade é que o raciocínio não é concludente,

porque o mesmo poderia dizer-se também do mútuo gratuito ou do comodato, nos quais falta do mesmo modo ao mutuante ou ao comodante a faculdade de exigir a quantia ou a cousa emprestada antes do termo convencionado ou estabelecido na lei (arts. 1510.º, 1511.º, 1524.º a 1528.º). Nenhuma importância tem, portanto, a convenção dos juros ou da retribuïção, ainda que se queira considerar como o correspectivo da obrigação do mutuante ou comodante, porque esta é da essência do contracto, mesmo quando êle seja gratuito.

Temos assim exposto a doutrina clássica sôbre a distinção entre contractos bilaterais e unilaterais, tal como é ensinada pelos melhores autores (1).

Mas é de notar que esta não foi a doutrina adoptada pelo nosso código, que no art. 642.º diz:

«O contracto é unilateral ou gratuito, bilateral ou oneroso. É unilateral ou gratuito, quando uma parte promete e a outra aceita; é bilateral ou oneroso, quando as partes transferem mútuamente alguns direitos e mútuamente os aceitam».

Vê-se assim, em primeiro lugar, que no sistema do nosso código são identificadas as categorias dos contractos unilaterais e gratuitos, e as dos bilaterais e onerosos.

E vê-se, em segundo lugar, relativamente à questão da natureza unilateral ou bilateral de alguns contractos, como o mútuo e o comodato, que o nosso código perfilhou a doutrina dos escritores que os consideram ou unilaterais ou bilaterais, conforme o empréstimo fôr gratuito ou retribuído, como resulta da combinação dos arts. 1508.º, 1595.º, 1596.º, 1634.º e 1636.º com a distinção consignada no art. 642.º.

(1) Dr. Alves Moreira, *Obrig.*, pág. 600 e seg.; Coelho da Rocha, *Inst.*, § 734; Ruggiero, *Ist.*, pág. 276 e 277; Colin et Capitant, *Cours élémentaire*, II, pág. 262 e 263; Pacchioni, *Elementi*, pág. 462 e 463.

E que foi esta a ideia, ou o pensamento expressamente formulado no código, resulta ainda do facto de não ter o legislador adoptado os termos da classificação clássica ensinada por Coelho da Rocha (1).

E não é difícil compreender o motivo que levou o legislador a fundir ou identificar as duas classificações, abandonando a doutrina de Coelho da Rocha, que era a clássica. Foi precisamente para evitar as profundas divergências dos autores sôbre a natureza de alguns contractos e a dificuldade de os integrar nos tipos da classificação. Basta notar que, por exemplo, o comodato, ainda o gratuito, era para Coelho da Rocha um contracto bilateral como a venda, emquanto que para a generalidade dos autores é precisamente um dos tipos de contracto unilateral.

Mais simplesmente se define o sistema do código, e mais claramente se revela, reparando em que êle tomou como base da distinção a mútua ou recíproca transferência de direitos, e não a reciprocidade de obrigações, como se faz na doutrina clássica.

O sistema do código tem a vantagem de resolver as dúvidas sôbre a qualificação dos contractos em cada caso concreto, porque tudo se limita a ver se pelo contracto houve adquisição de direitos para ambas as partes ou só para uma delas.

E assim é claro que o empréstimo, ou seja o mútuo, ou o comodato, é unilateral, sendo gratuito, mas é bilateral se fôr retribuído, porque neste caso também o

(1) Coelho da Rocha dizia no cit. § 734: «Os contractos costumam classificar-se em diferentes espécies: 1.ª *unilaterais* e *bilaterais* ou *sinalagmáticos*. Os primeiros são aqueles de que só para um dos contraentes resultam obrigações; e portanto só ao outro compete acção em virtude do contracto, v. g., a doação; os segundos são aqueles de que resultam para ambos obrigações, v. g., a venda, o comodato. 2.ª *gratuitos*, ou *benéficos*, aqueles de que sómente uma das partes tira utilidade, v. g., o depósito, a doação, o comodato; e *onerosos*, aqueles em que ambas as partes reciprocamente se propõem tirar vantagens».

mutuante ou o comodante adquiriu um direito — o direito à retribuïção.

E assim também, em nosso entender, é fácil decidir a questão, muito debatida entre os nossos jurisconsultos, sôbre o carácter da doação onerosa.

Doação onerosa é a que impõe ao donatário certos encargos (art. 1454.º, § 3.º), como por exemplo, dar ao doador uma certa pensão ou pagar as suas dívidas.

Em vista da equiparação dos contractos bilaterais e onerosos e da definição que dêles deu o art. 642.º, é certo que o código considera a doação onerosa como contracto bilateral, pois que o doador também por ela adquiriu um direito, que é o direito à prestação do encargo.

E a disposição do art. 1455.º, dizendo que a doação onerosa só póde ser considerada como doação na parte em que exceder o valor dos encargos impostos, não pode ter outro significado que não seja o de exprimir que só nessa parte a doação é pura ou meramente benéfica (art. 1454.º, § 1.º), e que deixará de ser doação desde que os encargos igualem ou excedam o valor dos bens doados, assumindo neste caso a figura jurídica dum contracto muito semelhante à venda ou à troca, sendo-lhe aplicáveis, por analogia, as disposições reguladoras dêstes contractos (art. 16.º).

De resto, isto mesmo é mais uma demonstração do carácter bilateral da doação onerosa, pois à medida que aumentam os encargos mais ela se vai aproximando da compra e venda, verdadeiro tipo de contracto bilateral.

Entre nós, o jurisconsulto que estudou com maior profundeza esta questão foi o ilustre professor Dr. Alves Moreira, formulando a doutrina contrária, com o fundamento de que na doação onerosa os encargos representam simplesmente uma cláusula acessória, não correspondendo ao preço, nem sendo a causa jurídica da transferência da propriedade da cousa doada, nem podendo sequer considerar-se a causa impulsiva da doação; e não

havendo, por conseqüência, entre as duas prestações aquela relação de causalidade recíproca e de presuposta equivalência, que é a característica dos contractos bilaterais, conclui que a doação onerosa não pode deixar de se considerar como um contracto unilateral (1).

Como se vê, o ilustre professor interpreta o art. 642.º no sentido da doutrina clássica sôbre o conceito da bilateralidade dos contractos.

Ora, como demonstramos já, o nosso código nem formulou nem quiz certamente adoptar tal conceito. No sistema do nosso código não se presupõe tal reciprocidade da causa nas obrigações sinalagmáticas, nem tão pouco a equivalência das respectivas prestações.

O que o nosso código consignou foi apenas o conceito da mutua ou simultânea transferência de direitos, o que é muito diferente. E porisso concluímos que a doação onerosa é um contracto bilateral.

A distinção dos contractos bilaterais e unilaterais tem uma grande importância prática, que segundo a doutrina comum, e também segundo o nosso código (art. 709.º), consiste principalmente em que só aos bilaterais é aplicável a *condição resolutiva tácita*, em virtude da qual faltando um dos contraentes ao cumprimento da sua obrigação, o outro pode reclamar a rescisão ou dissolução do contracto, se não preferir exigir o seu cumprimento ou a indenização de perdas e danos. E também só para êles se pode falar da *exceptio non adimpleti contractus*, que dá a cada um dos contraentes o direito de se recusar a cumprir a própria obrigação emquanto o outro não tiver cumprido a sua.

Em virtude da condição resolutiva tácita, entendemos também que a questão, muito debatida entre os nossos jurisconsultos, sôbre se as doações onerosas podem ser rescindidas por falta de cumprimento dos

(1) Dr. Alves Moreira, *Obrig.*, pág. 614 e seg.

encargos, deve ser decidida afirmativamente (arts. 676.º, 709.º e 1482.º) (1).

Como dissemos, a doutrina clássica distingue entre contractos bilaterais e onerosos, e entre unilaterais e gratuítos. Segundo esta doutrina, todos os contractos bilaterais, porque presupõem uma troca de duas prestações recíprocas, são sempre onerosos, mas nem todos os onerosos são necessàriamente bilaterais; por exemplo, o mútuo retribuído é oneroso, mas unilateral. E vice-versa, se o contracto gratuíto é sempre unilateral, porque produz obrigações só para uma das partes, nem todos os unilaterais são necessàriamente gratuítos, mas podem ser ou gratuítos (mútuo, comodato, depósito) ou onerosos (mútuo, comodato, depósito, quando retribuídos).

Esta distinção funda-se na unilateralidade ou bilateralidade da utilidade económica que as partes teem no contracto; de modo que conforme uma só das partes, ou ambas, teem no contrato uma vantagem material, assim êle se diz *a título gratuíto* ou *a título oneroso*.

Alguns escritores distinguem ainda entre contractos *a título gratuíto*, contractos *desinteressados* e contractos *a título oneroso*:

a) gratuítos, ou liberalidades entre vivos, são os contractos pelos quais uma parte, inspirada por um pensamento de generosidade para com o outro contraente, deminue o seu património para enriquecer o dêste; há duas variedades dêstes contractos, as doações pròpriamente ditas ou entre vivos (arts. 1452.º e seg.), e a instituïção contractual de doações ou deixas para depois da morte do instituídor ou doador, que são as doações para casamento (arts. 1166.º e seg. e 1175.º e seg.);

(1) Neste sentido *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, vol. 36, pág. 91, vol. 43, pág. 75; O Direito, vol. 15, pag. 309; Dr. Abranches Ferrão, *Das Doações segundo o código civil português*, I, pág. 365 e seg.. Em sentido contrário, Dr. Alves Moreira, *Obrig.*, pág. 619 e 620, que só considera rescindíveis as doações onerosas na parte correspondente aos encargos que não forem cumpridos.

b) desinteressados são aqueles em que um dos contraentes, movido pelo desejo de beneficiar o outro, sem deminuir o seu património, faz a êsse outro uma prestação sem receber em troca qualquer vantagem;

c) onerosos, que são os mais usuais, pela simples razão de que a grande maioria dos actos jurídicos dos homens são inspirados pelo seu próprio interêsse, são aqueles em que cada um dos contraentes procura uma vantagem pessoal ou em favor de terceiro, em troca ou como contrapartida da que presta à outra parte (venda, locação, sociedade, seguro, etc.) (1).

O mérito prático da distinção é muito importante, e o nosso código, além das suas aplicações clássicas na *acção pauliana* e na *evicção*, fez dela uma aplicação muito interessante nas regras sôbre a interpretação dos contractos. Assim:

a) o acto ou contracto verdadeiro, mas celebrado em prejuízo dum credor, pode ser rescindido a requerimento dêste, se dêsse acto ou contracto resultar a insolvência do devedor e se o crédito fôr anterior (*acção pauliana*); mas se o acto fôr oneroso, é necessário além disso que tanto o devedor como a outra parte hajam procedido de má-fé (arts. 1033.º-1035.º);

b) se o adquirente de uma cousa por contracto oneroso fôr privado dela por outrem que a ela tenha direito, dá-se o que se chama a *evicção*, e o transmitente é obrigado a indemnizar o evicto, nos termos dos arts. 1046.º e seg.; mas tal responsabilidade não existe se a transmissão foi por título gratuíto;

c) a interpretação dos contractos, isto é, a determinação do que haja sido a intenção ou vontade dos contraentes, deve fazer-se conforme os termos, a natureza e as circunstâncias do ácto, sendo porisso nulo todo o contracto em que por êste modo não seja possível deter-

(1) Colin et Capitant, II, pág. 261.

minar-se o seu objecto principal (art. 684,°); mas, se as dúvidas versarem sôbre os elementos acessórios do contracto, e não puderem resolver-se pelas regras dêste artigo, observar-se hão as seguintes regras:

1.ª se o contracto fôr gratuíto, resolver-se há a dúvida pela menor transmissão de direitos e interêsses;

2.ª se o contracto fôr oneroso, resolver-se há a dúvida pela maior reciprocidade de direitos e interêsses (art. 685.°).

E visto que o código equipara a distinção dos contractos bilaterais e unilaterais à dos onerosos e gratuítos, como já mostramos, é claro que as mesmas regras se aplicam igualmente a uns e a outros.

b) CONTRACTOS ALEATÓRIOS E COMUTATIVOS. Esta distinção tem por base o carácter eventual e incerto da vantagem que as partes procuram tirar do contracto. Assim, se a prestação estipulada a favor de um ou de ambos os contraentes depende da sorte, isto é, de um acontecimento incerto, o contracto diz-se aleatório; se, pelo contrário, a prestação é desde o princípio certa e determinada, ou pelo menos determinável por certos factos, o contracto diz-se comutativo.

Coelho da Rocha definia-os mais simplesmente: *comutativos,* aqueles em que a prestação de cada uma das partes se presume ser equivalente da prestação da outra, v. g. a troca, a compra e venda. e *aleatórios,* aqueles em que as prestações consistem em um lucro, ou perda incerta, v. g. as apostas, o contracto de seguro (1).

O nosso código não formula a distinção, mas presupõe-a expressamente, difinindo os contractos aleatórios no art. 1537.°:

«É contracto aleatório aquele, pelo qual uma pessoa se obriga para com outra, ou ambas se obrigam recìpro-

(1) Coelho da Rocha, *Inst.*, § 734.

camente, a prestar ou fazer certa cousa, dado certo facto ou acontecimento futuro incerto».

É mais precisa e rigorosa a definição do código. Simplesmente é necessário suprimir-lhe o termo «futuro», porque alguns contractos aleatórios, como por exemplo as apostas, podem ser referidos a um acontecimento passado, desde que seja incerto. E a definição de Coelho da Rocha tem o inconveniente de excluír dos contractos comutativos a doação onerosa, que como tal não pode deixar de se considerar no sistema do código, e de por outro lado incluir nos contractos aleatórios muitos contractos comutativos, porque nestes há muitas vezes incerteza de perdas ou lucros.

Tipos de contractos aleatórios são o jôgo, a aposta, o seguro, as operações de bolsa a prazo, a renda vitalícia e o mútuo a todo o risco. Mas o nosso código só regula especialmente os dois primeiros (arts. 1538.°-1543.°), porque o seguro e as operações de bolsa são regulados pelo direito comercial e pelas regras gerais dos contractos civis, a renda vitalícia está incluída no contracto de renda ou censo consignativo (art. 1645.°), e o empréstimo a todo o risco não é admitido pelo código, ou antes, não carece de regulamentação especial, sendo suficientes as regras gerais.

Chama-se empréstimo a todo o risco o mútuo no qual se convencionou que o mutuário pagará quando puder ou tiver meios suficientes. Alguns códigos, como o italiano (art. 1827.°) regulam-no, determinando que o tribunal fixará um prazo para o pagamento, segundo as circunstâncias.

O nosso código nada determina, e portanto deve entender-se que o mutuante, quando assim o entender, pode propor a acção contra o mutuário, para provar que êle já se encontra em condições de poder pagar, pedindo que êle seja condenado a cumprir a sua obrigação.

O nosso código reduz os contractos aleatórios a dois tipos: o contrato de *risco* ou *seguro*, se a prestação é

obrigatória e certa para uma das partes, e a outra só é obrigada a prestar ou fazer alguma cousa em retribuïção, dado um determinado evento incerto (art. 1538.°); o *jôgo* ou *aposta*, se a obrigação de prestar ou fazer alguma cousa é comum, e deve necessàriamente recaír em uma das partes, conforme a alternativa do evento incerto (art. 1539.°).

Mas a verdade é que os referidos contractos de renda vitalícia, operações de bolsa a prazo e mútuo a todo o risco são também aleatórios.

Para dar ao contracto a natureza de aleatório, nada importa que o lucro ou a perda recaia inteiramente sôbre uma das partes (como no jôgo, nas apostas e nas operações a prazo) ou se distribua em proporções mais ou menos variáveis entre os dois contraentes, como no seguro e na renda vitalícia. Nem mesmo quando as circunstâncias determinarem, como resultado final, uma perfeita paridade de vantagens e de perdas para ambas as partes, o contracto se transformaria por isso de aleatório em comutativo. O que decide do seu carácter é o conceito de risco a que cada um está sujeito, não podendo prever-se no momento do contracto quem será o atingido. Donde resulta que nem se deve confundir o conceito do aleatório com o de acto gratuíto, nem tão pouco admitir que um mesmo contracto possa ser aleatório para um dos contraentes e não aleatório para o outro. O carácter aleatório domina toda a relação jurídica no momento da sua constituïção, e é pois indiferente, tanto o resultado final, como o cálculo prévio das maiores ou menores probabilidades de perda ou de lucro, desde que êste cálculo não elimine absolutamente toda a incerteza futura (1).

Em geral os escritores consideram a distinção dos contractos aleatórios e comutativos como uma subdivisão

(1) Ruggiero, *Ist.*, II, pág. 279 e 280.

apenas dos contractos onerosos, embora alguns, como Mazzoni (1), a apliquem também aos contractos bilaterais; mas a questão não tem importância no nosso código, visto que para êle contractos onerosos e bilaterais são uma e a mesma cousa.

Note-se finalmente que o nosso código regulou os contractos aleatórios precisamente para condenar os de jôgo ou aposta, determinando que não são permitidos (art. 1541.°) e que as dívidas de jôgo não são exigíveis (art. 1542.°).

c) CONTRACTOS SOLENES E NÃO SOLENES. É uma distinção feita por quási todos os tratadistas, que não se encontra formulada nos códigos, mas que êstes presupõem e admitem.

Esta distinção não é, como as anteriores, fundada nas qualidades intrínsecas do contracto, mas apenas nas condições externas necessárias para a sua formação e existência jurídica.

Sob êste ponto de vista operou-se uma profunda transformação na evolução do direito romano para o direito moderno.

O formalismo mais ou menos solene e simbólico do direito romano e do antigo direito germânico, que era rigorosamente observado na celebração da maior parte dos actos jurídicos, foi reduzido, sob a influência do direito canónico e do direito mercantil, à sua expressão mais simples, de tal modo que no direito moderno bem pode dizer-se que uma das características ou princípios fundamentais da constituïção do acto jurídico é a ausência de formalidades externas, sendo suficiente para produzir os efeitos jurídicos desejados a declaração de vontade por qualquer modo manifestada.

Entretanto é um exagero dizer-se, como fazem alguns, que no direito moderno todos os contractos são mera-

(1) Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, IV, pág. 151.

mente consensuais, pois que em verdade muitos so podem vàlidamente ser formados ou ter existência jurídica quando revestidos de certas formalidades. Simplesmente estas formalidades perderam as antigas formas religiosas ou simbólicas, reduzindo-se, conforme os casos ou à presença de testemunhas, ou à forma escrita, ou às duas conjuntamente, e podendo o acto escrito ser feito só pelos interessados (documentos particulares) ou com a intervenção dum oficial público competente (notário), que o confecciona e redige, imprimindo-lhe assim o carácter de autenticidade ou da fé pública (documentos públicos ou autênticos).

Ora no direito moderno, e especialmente no nosso, são numerosíssimos os actos para que se exige a forma escrita, e ainda são muitos os que precisam de ser feitos por escritura pública ou documento autêntico. Basta notar que a escritura é indispensável para as convenções antenupciais (art. 1097.º) e para o restabelecimento da comunhão quando o cônjuge ausente regresse depois de vinte anos desde as últimas notícias ou de ter completado noventa e cinco anos de idade (art. 89.º); para a sociedade universal de todos os bens (art. 1244.º), bem como para quaisquer sociedades civis ou comerciais por acções ou por quotas (cód. com. art. 106.º a 113.º, § ún., e lei de 11 de abril de 1901), para o depósito de valor superior a cem escudos (art. 1434.º); para a doação de bens imobiliários de valor superior a cincoenta escudos (art. 1459.º); para o mútuo ou usura de quantia superior a quatrocentos escudos e respectiva quitação (arts. 1534.º e 1643.º); para a renda ou censo consignativo (art. 1646.º); para o aforamento (art. 1655.º) e ainda para outros actos.

Ora todos os actos ou contractos para os quais a lei exige uma determinada forma escrita, quer pública quer particular, são o que se chamam os actos *solenes*, denominando-se *não solenes* ou consensuais aqueles para cuja validade é suficiente a manifestação do livre consen-

timento das partes, sem necessidade de qualquer modo especial de celebração.

E vê-se portanto a grande importância prática que tem a distinção, tendo-se em vista o grande número de contractos, para os quais é necessária a forma escrita e até a forma autêntica.

Mas terá o requesito ou elemento da forma escrita o mesmo alcance em todos os contractos solenes?

No nosso antigo direito os praxistas, seguindo a doutrina clássica, faziam distinção dos casos em que a lei determina a escritura como essencial para a validade dos contractos (*ad substantiam, vel solemnitatem*) daqueles em que a exige simplesmente para a prova dêles (*ad probationem*). No primeiro caso a falta dela anulava o contracto, não podendo ser suprida por qualquer outro meio de prova; no segundo o contracto valia, podendo a sua falta ser suprida por outras provas, mediante uma provisão do Desembargo do Paço para prova de direito comum (1).

O código civil ainda consigna no art. 686.º a distinção das formalidades *ad probationem* e *ad substantiam*.

Mas relativamente aos documentos autênticos, esta distinção não tem efeito algum, em vista do disposto no art. 2428.º: «A falta de documento autêntico não pode ser suprida por outra espécie de prova, salvo nos casos em que a lei assim o determinar expressamente» (2).

Nem mesmo o juramento decisório que, em matéria de obrigações contractuais, pode dizer-se a prova mais eficaz, depois do documento autêntico, tem valor para suprir a falta dêste, determinando o art. 2523.º: «O juramento decisório pode tomar-se em toda e qualquer pen-

(1) Coelho da Rocha, *Inst.*, § 738, nota.

(2) É o que acontece, por exemplo, com o casamento, em que a falta do respectivo registo pode ser suprida por qualquer outro meio de prova, nos termos dos arts. 45.º-50.º do decreto n.º 1 de 25 de dezembro de 1910.

dência civil, mas não sôbre factos reputados criminosos por lei, *nem sôbre convenções que só devam ser provadas por instrumento público*, nem, finalmente, sôbre questões, acêrca das quais as partes não possam transigir» (1).

De modo que, embora o código umas vezes prescreva a escritura pública, como essencial para a validade do acto, como por exemplo, no art. 1097.º, e outras, como necessária para a prova, como no art. 1534.º, a verdade é que o efeito jurídico da sua falta é sempre o mesmo, isto é, a inexistência ou nulidade do acto.

Mas que dizer da solenidade dos contractos, para os quais a lei exige a forma escrita dos documentos particulares?

Parece-nos que a falta do documento particular poderá ser suprida por qualquer outro meio legal de prova, excepto nos casos em que das disposições da lei, que prescreve a sua exigência, resultar que o documento é necessário, não apenas para a prova do acto, mas para a sua integração substancial, ou seja, para a sua existência jurídica.

Pelo menos, a prova do juramento decisório, conforme o disposto nos arts. 2523.º e seguintes, não pode deixar de ser considerada como meio de prova suficiente para suprir, em regra, a falta de documentos particulares.

Só desta maneira se podem ou devem interpretar os artis. 686.º e 2523.º (2).

d) Outras distinções de contractos. Os autores fazem ainda outras distinções nos contractos, tais como:

(1) Note-se que a fórmula solene e religiosa do juramento foi abolida pelo decreto de 18 de outubro de 1910, sendo substituída pela declaração sob palavra de honra. Mas é claro que a instituïção jurídica persiste a mesma, apenas com a diferença de que, em vez do juramento sôbre os Santos Evangelhos, há um juramento civil sôbre a honra da pessoa que o presta.

(2) Em sentido contrário, Dr. Alves Moreira, *Instituïções*, I, pág. 722.

principais e *acessórios*, conforme teem uma existência independente (por ex. uma venda, uma locação) ou estão ligados à existência dum outro contracto cuja sorte acompanham, como são os que teem por fim estabelecer uma garantia (fiança, hipoteca, penhor), ou modificar um outro contracto, como, por exemplo, a convenção que altera a taxa de juros; contractos *bonae fidae* e *stricti juris*, que alguns pretendem fazer ressuscitar do direito romano, embora com um conceito diferente; contractos *civis* e *comerciais*, conforme a natureza social e económica do seu objecto; contractos *causais* ou *materiais* e *abstractos* ou *formais*, conforme a causa determinante do contracto se incorpora na promessa, constituindo a sua própria causa jurídica, e portanto, um elemento essencial e inseparável da declaração de vontade, ou pelo contrário, não se revela na estrutura jurídica do contracto, que tem porisso uma vida jurídica autónoma e independente.

Mas destas distinções só a última tem realmente importância no campo do direito civil, e tem o seu lugar próprio na teoria dos actos jurídicos.

Ao lado das distinções das diferentes espécies de contractos baseadas na sua diversa natureza ou forma de celebração, teem alguns autores feito a distribuïção ou classificação em grupos, conforme os caracteres comuns e diferenciais dos vários contractos.

Na infinita variedade dos contractos, a que pode dar lugar a livre vontade das partes, há alguns que, pelo sêu emprêgo quotidiano e por traduzirem as mais constantes e frequentes necessidades humanas, revestem formas ou tipos definidos, dotados dum nome próprio e duma disciplina particular. A maior parte dêles são comuns ao direito antigo e moderno, e são governados por um regimen que por vezes não é idêntico ao do direito romano, mas é em todo o caso a resultante da sua evolução. Outros são criações modernas, porque representam o produto de novas e mais complexas relações

sociais, sendo pois ignorados ou existindo apenas em gérmen nas sociedades antigas, tais como os contractos de trabalho, de emprêgo, de edição, de fornecimento de água, de gás, de electricidade, as várias formas de seguro de vida ou contra os vários riscos, de incêndio, de tempestade, de guerra, de tumultos, de revolução, etc. Muitos dêstes ainda não teem no direito objectivo um regimen adequado, tendo a doutrina e a jurisprudência de formular as respectivas regras pela analogia das outras figuras já constituídas legislativamente. Os regulados especialmente no código civil são apenas os tipos tradicionais, desde o contracto de sociedade à transacção. E se alguns dos modernos encontraram já o seu regulamento no código comercial, não está ainda preenchida a lacuna do direito positivo sôbre a disciplina de muitos contractos da vida social moderna.

Por vários modos ou critérios teem os autores classificado os contractos de direito civil. Alguns teem tomado por base o critério das distinções dos contractos abstractamente considerados. E assim, uns distribuem-nos pelas duas categorias dos bilaterais (casamento, sociedade, compra e venda, troca, enfiteuse, locação, contractos aleatórios, renda, etc.) e dos unilaterais (mandato, comodato, mútuo, depósito, penhor, anticrese ou consignação de rendimentos, doação), ou pelas outras duas dos gratuítos (doação, mandato, depósito, mútuo, comodato) e dos onerosos (venda, troca, usura, locação), aos quais se acrescenta uma terceira categoria, a dos contractos de garantia (penhor e fiança).

Em vez do carácter bilateral ou unilateral, gratuíto ou oneroso da prestação, tomam outros por base caracteres mais intrínsecos e substanciais, isto é, o objecto da prestação ou o fim a que é destinado o vínculo contractual.

Assim Planiol divide todos os contratos em três grupos, conforme o objecto da prestação é: *a*) uma *cousa*, com ou sem contraprestação (transmissão definitiva da cousa: doação, venda, troca, sociedade; uso temporário da cousa; comodato, locação, mútuo); *b*) um *trabalho* ou *serviço*, gratuíto ou com um correspectivo (mandato, prestação de serviços, sociedade); *c*) um *direito*, seja a título de alienação (doação, venda, cessão de créditos), seja a título de garantia (penhor) ou de renúncia (remissão de dívida, transacção) (1).

Com fundamento no objecto faz Giorgi uma classificação em cinco grupos — translativos de propriedade, translativos de uso, destinados a um facere, comuns e de garantia (2).

Com fundamento no fim, faz Windscheid uma classificação em três grupos: *a*) os destinados a uma *troca* (venda, permuta, locação, prestação de serviços); *b*) a uma *restituïção* (mútuo, comodato, depósito, penhor); *c*) a fins diversos (sociedade, mandato, doação, contractos aleatórios, reconhecimento, transacção, juramento decisório) (3).

Filomusi-Guelfi, atendendo ao fim, e tomando por base a classificação apresentada por Kant e Trendelenburg, organizou uma classificação que toma para ponto de partida a distinção dos contractos em *principais* ou *independentes* e *acessórios*, subdividindo os primeiros em quatro grupos, conforme são destinados a uma doação em sentido lato, a uma troca, a prestações comuns com um objecto também comum, ou à definição dum direito incerto. *Independentes* e *gratuitos* são a doação de propriedade, de usufruto, de direitos (doação em sentido strito), a doação de uso (mútuo gratuíto e comodato) ou dum serviço por guarda (depósito) ou por encargo (mandato); *independentes* e *de permuta*, a troca de mercadorias por mercadorias (troca em sentido técnico), de mercadorias por dinheiro (venda), de uso

(1) Planiol, *Traite Élémentaire*, II, N.º 1352.
(2) Giorgi, *Teoria delle obligazioni*, III, pág. 39.
(3) Windscheid, *Pandette*, II, § 362-418.

por dinheiro (locação), de trabalho por dinheiro (prestação de serviços), de uso de cousas fungíveis por outras fungíveis (mútuo retribuído), de cousas por prestação periódica (renda), de obrigação por obrigação com lucro incerto (contractos aleatórios); *independentes* e *de sociedade*, os vários contractos de sociedade civil e comercial, universal e particular; *independentes* e de *composição*, as transacções. *Acessórios* são os contractos de garantia (fiança, anticrese, penhor e hipoteca) (1).

Muitos autores não se preocupam com o problema da classificação dos contractos, a que não atribuem outro mérito que não seja o de pura dissertação académica, dada a impossibilidade de integrar em categorias lógicas e homogéneas todas as multiformes figuras que o contracto pode revestir.

Êste é, com efeito, o resultado a que nos conduz o exame das diferentes classificações propostas (2).

91. **Elementos constitutivos e efeitos dos contractos.** — O contracto, como todo o acto jurídico, qualquer que seja a figura concreta em que se realize (uma venda, um testamento, o repúdio duma herança, etc.), compõe-se essencialmente de dois elementos fundamentais e irredutíveis: o elemento *subjectivo*, isto é, a vontade das partes, e o elemento *objectivo*, isto é, o próprio fim que as partes se propõem conseguir, ou seja, a condição objectiva exigida pelo direito para dar realização à vontade dos interessados, pois que o direito não pode proteger a vontade abstracta, mas só aquela que se concretiza num certo conteúdo ou interêsse digno da protecção jurídica.

O elemento subjectivo da vontade desdobra-se em dois elementos *intrínsecos* ou *substanciais*, que são a

(1) Filomusi-Guelfi, *Enciclopedia Giuridica*, § 74.
( ) Em sentido contrário Ruggiero, *Ist.*, II, pág. 320.

capacidade dos sujeitos, pois que nem todos teem o poder ou aptidão necessária para exercer a sua actividade jurídica, e a *declaração da sua vontade*, ou seja a prestação do *consentimento* (consensus), pois que o direito não pode regular vontades desconhecidas ou ocultas; e além dêstes, num elemento *extrínseco* ou *formal*, que é o modo por que se exterioriza ou manifesta a declaração da vontade.

Por seu lado, o elemento *objectivo* ou *final* do contracto desdobra-se em dois elementos igualmente essenciais, que são o *conteúdo real* da vontade contractual e o *fim jurídico* que as partes pretendem, ou seja, a *causa* do contracto, que tem de ser lícita, e, portanto, verdadeira, pois não se concebe que o direito protegesse um contracto cuja causa fôsse contrária às suas próprias regras, e por isso também não poderia garantir um contracto com causa falsa.

O elemento extrínseco ou formal, em virtude do conceito consensual do contracto no direito moderno, não tem geralmente uma existência própria e autónoma, pois se integra no elemento intrínseco da manifestação da vontade, por qualquer forma declarada, até mesmo tàcitamente, pela simples prática de outros factos, de onde ela lògicamente se deduza.

Só excepcionalmente a lei exige certas formas externas de declaração ou manifestação da vontade dos contraentes (art. 686.º), sendo por isso que, geralmente, tanto os jurisconsultos como os códigos só consideram requesitos essenciais dos contractos os seus elementos intrínsecos ou substanciais: a *capacidade* dos sujeitos, o *consentimento* livre e conscientemente prestado, o *objecto* do consentimento, ou seja, o conteúdo da vontade, e uma *causa lícita* para as obrigações contraídas.

Mas, porque a causa se integra no elemento objectivo, e talvez para evitar as longas e profundas divergências, que sobretudo na jurisprudência francesa de todos os tempos, se teem debatido sôbre a determinação

da causa e dos seus efeitos, o nosso código (art. 643.º) reduziu a três as condições essenciais dos contractos: 1.ª *capacidade dos contraentes*; 2.ª *mutuo consenso*; 3.ª *objecto possivel*.

Isto não significa, porém, que no sistema do código a causa não seja um elemento essencial dos contractos. A simples leitura dos arts. 657.º, 660.º, e 692.º mostra bem o contrário, pois que nos termos dessas disposições a falta de uma causa lícita e verdadeira importa a nulidade do contracto.

Quando a lei estabelece para certos contractos, como elemento substancial, ou requesito essencial para a sua validade, uma determinada *forma externa* de declaração da vontade, esta formalidade constitue com os elementos da *forma interna* os chamados *essentialia negotii*, cuja importância consiste em que nenhum deles pode ser excluído pela livre autonomia da vontade das partes, pois que a falta de qualquer deles impede a constituïção do acto jurídico, determinando a sua inexistencia, ou seja, a sua nulidade absoluta, ou pelo menos a sua rescindibilidade ou anulabilidade, ou seja, a sua nulidade relativa.

Além dos elementos essenciais há os *naturais* e os *acidentais*.

Naturais são os que correspondem à natureza especial de cada tipo do acto jurídico, ou conformes à sua própria índole ou feição característica, e que por isso são determinados pela lei, subentendendo-se mesmo quando as partes os não estabelecem; é, por exemplo, na venda a garantia da evicção, pela qual responde todo o vendedor (art. 1046.º e segs.); mas é permitido às partes excluir ou modificar esta garantia (art. 1051.º, n.º 1.º, e 1055.º), por isso mesmo que não se trata de elemento essencial.

Acidentais são todos os estabelecidos pela vontade das partes (quando os essenciais o consintam), com o fim de introduzir qualquer modificação ou modalidade

no tipo abstracto da relação jurídica, para a espécie concreta de que se trata; são em número indefinido, sendo os mais importantes a *condição*, o *modo* e o *termo* (1).

Neste lugar não temos que examinar os elementos acidentais, porque o seu lugar próprio é na teoria geral do acto jurídico, quando estudarmos a teoria da relação jurídica; e não podemos analizar os naturais, porque estes são próprios de cada tipo ou espécie de contracto.

Relativamente aos essenciais só há que examinar aqui os da constituïção intrínseca, porque os formais só pertencem aos contractos para que a lei excepcionalmente os estabelece. Os próprios elementos intrínsecos pertencem à teoria dos actos jurídicos em geral, e por isso aqui só faremos uma análise restrita à sua particular importância nos contractos.

a) *Capacidade*. Para determinar o sentido e o alcance do primeiro requesito essencial da validade dos contractos, é indispensável fixar as noções ou conceitos fundamentais da *capacidade* e da *incapacidade jurídica*.

O princípio fundamental é que a capacidade é a regra, e a incapacidade é uma excepção, o que não quer, porém, dizer que as situações de incapacidade sejam muito pouco numerosas, pois, pelo contrário, são muitas e muito variadas; mas simplesmente só se verificam nos casos e condições declaradas na lei.

É o que precisamente se traduz na regra formulada pelo art. 644.º: «São habeis para contractar todas as pessoas não exceptuadas pela lei».

E assim se vê desde já que a palavra *capacidade* empregada na expressão «capacidade dos contraentes», pelo n.º 1.º do art. 643.º, não tem o mesmo sentido da *capacidade* jurídica definida no art. 1.º do código.

---

(1) Supra, n.º 79.

Esta é a capacidade geral e abstracta de gôzo de direitos, que pertence a todos sem excepção, emquanto aquela é a capacidade concreta do *exercício pessoal* dos próprios direitos; e só pertence àqueles que pela sua idade e estado de saúde física e mental, ou de situação familiar e social, se encontram ou presumem encontrar em condições de poder eficazmente pôr em acção concreta a sua capacidade jurídica abstracta.

Sendo impossível fazer-se a determinação directa ou positiva das pessoas capazes, a lei procede indirectamente pelo critério negativo de determinação, declarando quem são os incapazes e as condições em que as pessoas geralmente capazes são afectadas de incapacidade.

E assim declara incapazes:

1) os menores de vinte e um anos, de ambos os sexos, que não estiverem emancipados (arts. 97.°, 98.°, 99.°, 304.°, 305.°, 311.°);

2) os interditos por demência e os que, não estando interditos, se encontrarem efectivamente em estado de demência notória ou simplesmente conhecida do outro contraente (arts. 314.°, 334.° e 335.°);

3) os interditos por surdo-mutismo (arts. 337.° e 338.°);

4) os interditos por prodigalidade (arts. 340.°, 344.°, 345.° e 349.°);

5) os que celebrarem qualquer contracto em estado de incapacidade acidental resultante de estarem acidentalmente privados do uso da sua razão por algum acesso de delírio, embriaguez ou outra causa semelhante, como o hipnotismo ou o sonambulismo (art. 353.°);

6) os comerciantes falidos, isto é, declarados por sentença em estado de falência ou quebra (cód. de proc. com., art. 198.°).

O código civil estabelecia ainda, e regulava nos arts. 355.°-358.°, a incapacidade por efeito de sentença penal condenatória; mas esta interdição, último vestígio do velho instituto da morte civil, foi abolida pela

nova reforma penal (lei de 14 de Junho de 1884, art. 81.°-87.°, cujas disposições passaram para os arts. 74.°-83.° do código penal).

Além das seis categorias de incapacidade expressamente declaradas na lei, com um carácter de maior ou menor generalidade, também como tais devem considerar-se:

1) a da mulher casada, que não pode adquirir ou alienar bens nem contrair obrigações, sem autorização do marido (art. 1.192.° e seg.); e

2) a das pessoas colectivas de interêsse público, ou pessoas morais, que nos termos dos arts. 34.° e 35.° não podem fazer contractos que não tenham por objecto interêsses relativos aos fins para que foram instituídas.

E, além destas diferentes incapacidades mais ou menos gerais, há muitas incapacidades particulares relativas a certos e determinados actos ou relações jurídicas. Tais são, por exemplo: a dos estrangeiros para testemunhas em actos entre vivos ou em testamentos (art. 1966.°, n.° 1.° e 2492.°); a do marido para hipotecar ou alienar bens imobiliários ou estar em juízo por causa de questões de propriedade ou posse de bens imobiliários, sem outorga da mulher (arts. 894.° e 1191.°); a dos cônjuges para comprarem ou venderem reciprocamente (art. 1564.°) ou para alterarem as convenções ante-nupciais (art. 1105.°); a dos mandatários, tutores, protutores, testamenteiros, e funcionários públicos, para comprarem os bens a que se refere o art. 1562.°, bem como a dos juízes ou outras autoridades para adquirirem por título oneroso ou gratuíto bens litigiosos que forem disputados nos limites em que exercem as suas atribuïções (art. 785.°, §§ ún., e 1563.°); a dos pais ou avós para venderem a alguns filhos ou netos, sem consentimento dos outros (art. 1565.°); a do homem casado para fazer doação à sua amante (art. 1480.°), como a do cônjuge adúltero para testar a favor do seu cúmplice (art. 1771.°); a do

menor de quatorze anos para fazer testamento (art. 1764.° n.° 3.°), bem como a do menor de dezoito anos, sendo do sexo masculino, e de dezasseis, sendo do sexo feminino, para casar (dec. n.° 1 de 25 de Dezembro de 1910, art. 4.°, n.° 3.°); a dos cegos e dos que não sabem ou não podem ler para fazerem testamento cerrado (art. 1764.°, §§ ún., e 1923.°), e tantas outras incapacidades, que impossível seria fazer delas uma enumeração completa.

Do exame das diferentes espécies de incapacidade resulta que elas teem diversa natureza e alcance.

Relativamente à sua natureza, umas são, como a capacidade jurídica abstracta, de gôzo de certos direitos, emquanto que outras, e estas são a quási totalidade, referem-se apenas ao exercício pessoal dos próprios direitos.

Emquanto à sua extensão, umas são mais ou menos gerais, e outras são particulares ou especiais, referindo-se apenas a certos e determinados actos, podendo até algumas, como a dos surdos-mudos (art. 338.°) e a dos pródigos (art. 344.°) ser gerais ou especiais, conforme o prudente arbítrio do juiz que as decretar, em harmonia com as circunstâncias.

Muitos autores, sobretudo os franceses e italianos, distinguem entre incapacidade de direito ou legal e incapacidade de facto ou natural, sendo uma a que é declarada pela lei, e a outra a que realmente se verifica muitas vezes nas pessoas, não se encontrando formulada na lei.

No domínio dos factos esta distinção existe realmente, porque uma pessoa pode, com efeito, encontrar-se privada do uso da sua razão, ou não ter mesmo as condições naturais de aptidão ou capacidade real, e não estar apesar disso nas categorias que a lei declara incapazes; e vice-versa, há de facto muitos menores, e pode haver interditos com intervalos lúcidos, como há muitas mulheres, com aptidão ou capacidade natural

superior à de muitas pessoas, que por lei são consideradas capazes (1).

Mas sob o ponto de vista jurídico entendemos que tal distinção não tem razão de ser, ou, pelo menos, não tem importância apreciavel, pois que, sendo a incapacidade uma excepção, só existe jurìdicamente quando declarada ou reconhecida pela lei. Toda a incapacidade é, portanto, de direito ou legal. E todas as incapacidades legais são pela própria lei derivadas de algum facto, que a ordem jurídica considera como a fonte ou causa da incapacidade. Jurìdicamente todas são ao mesmo tempo de direito e de facto, legais e naturais.

Os jurisconsultos franceses e italianos sentiram a necessidade desta distinção, principalmente porque os códigos francês e italiano nada diziam sôbre a incapacidade natural ou de facto de todos aqueles que praticam um acto jurídico, estando afectados de doença mental mais ou menos grave, mas que não tenha dado lugar a uma sentença de interdição, ou encontrando-se em estado de embriaguez, sonambulismo, hipnotismo ou outro semelhante, que os prive da posse da consciência e das faculdades mentais. Entendem, e com razão, que o acto praticado em tais condições de incapacidade natural não pode deixar de se considerar nulo, ou, pelo menos, anulável ou rescindível.

Mas, no sistema do nosso código, que foi seguido pelos modernos códigos alemão, suíço e brasileiro, consignando não só a incapacidade resultante de perturbações mentais acidentais, mas também a dos dementes ainda não interditos, temos de reconhecer que a distinção não tem razão de ser ou não tem importância jurídica.

De resto, para se anular ou rescindir um acto jurídico praticado por uma pessoa, que se encontra de facto

(1) Capitant, *Introduction á l'étude du droit civil*, pág. 271 e e 272; Ruggiero, *Ist.*, I, pág. 309-312; Dr. Alves Moreira, *Instituições*, I, pág. 396 e 397.

em estado de incapacidade mental para o praticar, embora não esteja compreendida nas categorias que a lei declara incapazes, não é necessário recorrer àquela distinção, para se dizer que ao acto falta um dos seus requesitos essenciais — a capacidade; mas basta demonstrar que a pessoa não se encontrava em condições de poder conscientemente fazer a sua declaração de vontade, ou prestar o seu consentimento, pois que então o acto não pode ser considerado válido ou eficaz, precisamente porque lhe falta um outro dos requesitos essenciais da validade dos actos jurídicos, que é o *consenso* ou a vontade conscientemente manifestada ou declarada.

As incapacidades são quási todas, como já dissemos, de simples exercício pessoal de direitos, e estas podem por isso ser supridas, para que os direitos dos incapazes não deixem de ter a devida satisfação e protecção jurídica, e as suas obrigações não deixem de ser cumpridas.

O instituto normal de suprimento da incapacidade é a *representação*, pela qual é confiado a certas pessoas o encargo de praticar em nome do incapaz todos os actos jurídicos do seu interêsse, e que não sejam de carácter exclusivamente pessoal, como o casamento e o testamento (art. 243.°, n.° 1).

Assim, os menores são representados por seus pais (art. 137.° e seg.), e, na falta ou impedimento dêstes, por um tutor (art. 185.° e seg.).

Os interditos por demência ou por surdez-mudez são representados do mesmo modo por um tutor (art. 314.° e seg.) ou por seus pais (art. 322.° e 339.°).

Os pródigos são representados por um curador ou administrador (art. 340.° e seg.).

Os falidos são representados pelo administrador da falência (cód. de proc. com., art. 198.°, § 1.°).

A incapacidade dos cônjuges para alienar ou hipotecar bens ou para contrair obrigações, sem a necessária outorga ou autorização, pode ser suprida por sentença do juiz (art. 1191.°, § 1.°, e 1193.°, § ún.). E a dos pais

ou avós para venderem bens a algum filho ou neto, sem o necessário consentimento dos outros, pode ser suprida judicialmente por um conselho de família (art. 1565.°, § ún.).

As outras incapacidades são geralmente absolutas ou de gôzo de direitos, e por isso são insupriveis.

Determinadas as diferentes espécies de incapacidade, resta averiguar o alcance do requesito ou elemento essencial da capacidade dos contraentes para a validade dos contractos. Ou, por outras palavras, qual é o efeito da incapacidade dos contraentes num contracto?

Á primeira vista, do confronto dos arts. 643.° e 644.°, com o art. 10.°, que prescreve a nulidade dos actos praticados contra a disposição da lei, poderia parecer que todo o contracto celebrado por pessoa, que a lei declare incapaz para o praticar, é nulo, não devendo, portanto, produzir quaisquer efeitos jurídicos. Mas não é assim, em primeiro lugar, porque o mesmo art. 10.° acrescenta: «salvo nos casos em que a mesma lei ordenar o contrário». E assim, por exemplo, a respeito da incapacidade dos menores, dispõe o art. 299.°: «Os actos praticados pelo menor sem a devida autorização são nulos, salvo o disposto nos arts. 1058.° e 1059.° (hoje revogados e substituídos pelos arts. 5.° e seg. do dec. n.° 1 de 25 de Dezembro de 1910), mas não poderá o dito menor valer-se desta nulidade nos casos seguintes: 1.° nas obrigações que tiver contraído sôbre cousas de arte ou profissão em que seja perito; 2.° se tiver usado de dolo para se fazer passar por maior». Ora isto o mesmo é que dizer que em tais casos são validos os contractos feitos por menores, mesmo sem autorização ou intervenção dos pais ou dos tutores.

E ainda mesmo fora dêstes casos não se pode dizer que os contractos dos menores, ou dos incapazes em geral, são nulos ou de nenhum efeito jurídico, pois que, segundo o disposto nos arts. 688.°, 695.°, 696.°, 698.° e 700.°, a nulidade só pode ser alegada pelo incapaz ou pe-

los seus representantes, e relativamente aos menores e interditos, sòmente durante os primeiros cinco anos posteriores á cessação da incapacidade, podendo além disso ser sanada pela ratificação.

E assim se vê como é inexacta a doutrina dalguns autores, quando dizem que devem considerar-se inexistentes ou feridos de nulidade absoluta os contractos a que falte algum dos requesitos ou elementos essenciais.

Por isso outros autores, a respeito do requesito da capacidade, reduzem a inexistência ou nulidade absoluta dos contractos celebrados por incapazes aos casos de incapacidade de gôzo do direito de praticar certos actos, como, por exemplo, as incapacidades absolutas para casar, ou impedimentos derimentes de proïbição absoluta, das pessoas mencionadas no art. 4.º da lei do casamento civil (cit. dec. n.º 1 de 25 de Dezembro de 1910).

Mas ainda neste caso a doutrina não é exacta, apesar de o mesmo decreto dizer no art. 11.º que o casamento celebrado contra o disposto no art. 4.º é, em relação aos contraentes, *nulo de pleno direito* e como se *nunca tivesse existido,* pois que o art. 30.º declara que o casamento nulo ou anulável, quando tiver sido contraído de boa fé, produzirá os seus efeitos civis em relação aos cônjuges.

E compreende-se bem a razão porque a lei não decreta a inexistência ou nulidade absoluta de qualquer contracto, sempre que falte algum requesito substancial. É que muitas vezes a anulação de certos efeitos que são factos consumados causaria uma tal perturbação na ordem social, que em vez de se acautelar ou defender, antes se ofenderia, a ordem jurídica da sociedade.

Por conseqüência é impossível formular um princípio rígido e único regulador do efeito da incapacidade na eficácia ou validade dos contractos. Tudo quanto se pode afirmar como princípio nesta matéria é que a eficácia e validade completa dum contracto exige como condição essencial a capacidade dos contraentes; e que os efeitos

da incapacidade são mais ou menos profundos, mais ou menos amplos, produzindo uma maior ou menor ineficácia ou invalidação do contracto, desde a inexistência ou nulidade absoluta e radical até uma simples nulidade relativa, conforme a maior ou menor gravidade e importância da relação jurídica em que se verificam.

Em cada caso concreto será necessário averiguar o efeito que a lei atribue à incapacidade dos contraentes.

b) *Mútuo consenso.* O segundo requesito essencial dos contractos é o *mútuo consenso*, que consiste em duas ou mais pessoas capazes darem o seu consentimento ou manifestação de vontade livre e consciente, no sentido de entre elas se estabelecer uma determinada situação jurídica, ou seja, uma relação de certos direitos e obrigações.

Consenso é o encontro ou acôrdo de duas declarações de vontade, que partindo de dois ou mais sujeitos diferentes se dirigem a um fim comum, e se unem. Consistindo uma em prometer e a outra em aceitar, ou em prometer e aceitar reciprocamente, elas constituem pelo seu encontro ou união uma vontade nova e única, a chamada *vontade contractual,* que é o resultado e não a soma das vontades individuais dos contraentes, e forma assim uma entidade nova, capaz por si mesma de produzir o efeito jurídico desejado, e subtraída daí em diante à livre disponibilidade duma só das partes.

Presuposto essencial é pois uma dupla declaração de vontade, sendo portanto necessário que pelo menos duas pessoas se encontrem em relação directa, movidas por interesses particulares de cada uma delas, e até por ventura opostos, mas tendentes ao fim comum de estabelecer uma dada relação jurídica. É óbvio, decerto, que as declarações de vontade podem ser de mais de duas pessoas, nada obstando a que no mesmo contracto várias pessoas intervenham por cada lado ou parte na relação contractual como promitentes ou como aceitantes. Mas que possam reduzir-se a uma só, é incompatível

com a própria essência do *consenso*, que na própria palavra exprime a necessidade de um recipro acôrdo (*cum-sentire*). Nem mesmo era, pois, necessário que o art. 643.º acrescentasse ao consenso o qualificativo de *mútuo*, que necessàriamente se subentende, do mesmo modo que não pode deixar de se entender, embora o artigo o não diga, que o consenso tem de ser *livre* e *consciente*, porque, se não é livre, não traduz a vontade de quem o presta; e, se não é consciente, é como se não existisse, falta; e, portanto, o contracto não pode valer, por lhe faltar um dos seus elementos essenciais.

Mas discute-se muito entre os tratadistas se ao princípio da dualidade ou pluralidade das partes contractantes se devem admitir duas excepções, a obrigatoriedade das declarações unilaterais de vontade e a possibilidade de contractos consigo mesmo.

Parece-nos, porém, que nenhuma das duas questões tem razão de ser.

Pelo que respeita ao carácter obrigatório das declarações unilaterais de vontade feitas com a intenção de se obrigar, já vimos (supra n.º 84 e 88) que êle não pode deixar de se admitir, em face dos arts. 651 e seg., especialmente por fôrça do art. 653.º, do nosso Código Civil. E, como então observámos, êle é expressamente consignado nos modernos códigos civis alemão e brasileiro, como no código suíço das obrigações.

E é de notar que os próprios autores franceses e italianos, que geralmente o não reconhecem, dado o silêncio dos seus códigos, confessam entretanto que nenhum princípio de direito se lhe opõe.

Assim diz Ruggiero: «Quando se prescinda por um instante do sistema positivo do código, que não reconhece outras fontes de obrigação fora das cinco mencionadas no art. 1097.º (contracto, quási contracto, delicto, quási delicto e a lei), nenhum obstáculo se opõe abstractamente a admitir que o vínculo obrigatório possa nascer apenas de uma declaração unilateral de vontade,

emitida com a intenção de se obrigar. Parece conforme à razão, e não contrário a princípio algum de direito, que uma pessoa possa por uma própria declaração de vontade prometer a outrem uma prestação, e vincular-se independentemente da aceitação que da promessa faça o destinatário. A obrigação surgiria em tal caso não de um contracto, pois êste presupõe uma oferta e uma aceitação, mas directa e exclusivamente da declaração do promitente» (1).

Mas, admitida a obrigatoriedade das declarações unilaterais de vontade, não há portanto que falar de contracto, e para a fundamentar é suficiente o conceito da eficácia jurídica da vontade unilateral intencionalmente manifestada.

No nosso código encontra-se um caso de contracto, perfeito apenas com o consentimento duma das partes. É a doação pura e simples a favor de pessoas incapazes de contractar, a qual, nos termos do art. 1478.º, produz todos os seus efeitos em favor do donatário, independentemente da aceitação por parte dêste. Mas a lógica ordena que se considerem tais doações sem o consentimento do donatário como uma figura *sui generis* ou anormal de contracto, ou antes, como um quási contracto, ou melhor como um caso expresso de declaração unilateral de vontade obrigatoria.

Relativamente à questão do contracto consigo mesmo, é claro que de tal não pode falar-se senão no presuposto de que à unidade da pessoa, de quem parte a declaração obrigatória de vontade, não corresponde também uma unidade patrimonial; mas é necessário supôr dois patrimónios cuja representação se encontra num só sugeito, que por uma sua exclusiva declaração de vontade os coloca numa relação de obrigação. E isto é bem possível, não havendo abstractamente nem prati-

(1) Ruggiero, *Ist.* II, pág. 285 e 286.

camente, dificuldade alguma em admitir que o titular dum património e administrador dum outro, ou o administrador de dois patrimónios alheios e distintos, estabeleça uma relação jurídica entre o próprio e o alheio ou entre os dois patrimónios alheios. É o caso expressamente previsto e admitido pelo art. 274.º do código comercial, segundo o qual, nas comissões de compra e venda de letras, fundos públicos e títulos de crédito que tenham curso em comércio, ou de quaisquer mercadorias e géneros que tenham preço de bolsa ou de mercado, pode o comissário, salva estipulação contrária, fornecer como vendedor as cousas que tinha de comprar, ou adquirir para si como comprador as cousas que tinha de vender, salvo sempre o seu direito à remuneração. E é dum modo geral o caso do representante legal dum incapaz ou dum ausente, ou do mandatário ou ainda do gestor de negócios, que estabelecem verdadeiras relações contractuais entre si e o seu representado.

Mas a verdade é que em tais casos só de facto se pode dizer que há uma só pessoa e uma única vontade; porque, *de direito*, há duas pessoas distintas, e, portanto, duas diversas vontades, a do representante e a do representado, a dos dois representados, não sendo, por conseqüência, necessário dizer-se que há um contracto consigo mesmo, nem recorrer à explicação, aliás inaceitável, de Ruggiero, que considera êste fenómeno como anormal e uma conseqüência da combinação dos princípios da representação com os do contracto (1).

Principio fundamental ou requesito essencial de todo o contracto é pois o acôrdo de vontades de duas ou mais pessoas, acôrdo que se traduz numa *promessa* e numa correspondente *aceitação*, ou melhor uma *oferta* ou *proposta* e relativa *aceitação*, visto que nem sempre quem promete é aquele que oferece ou propõe, podendo a proposta de contracto partir daquele que adquire o crédito, como acontecia na *stipulatio* romana, de modo que a aceitação será daquele que se obriga. Por outro lado, nem sempre o contracto se reduz à promessa duma das partes e à correspondente aceitação da outra, havendo geralmente nos contractos bilaterais recíprocas promessas e aceitação de ambas as partes. Mas é claro que nos mais complexos contractos podem reduzir-se os elementos do *consenso* aos dois simples termos da proposta e da aceitação, considerando separadamente o vínculo contraído por cada uma das partes.

(1) Ruggiero, II, pág. 288.

A regra geral é, portanto, que o contracto se forma quando, mas só quando, a proposta feita por uma das partes seja aceite pela outra, salvos ainda os casos em que a lei exigir mais alguma formalidade (art. 649.º).

Examinemos pois o processo de formação e conclusão do contracto.

O primeiro momento é a apresentação da oferta ou proposta.

Nem toda a iniciativa ou determinação de vontade, mesmo manifestada, de fazer um contracto, é uma proposta em sentido técnico, mas sòmente a declaração de vontade dirigida por uma parte à outra com o propósito de provocar uma adesão do destinatário, sendo indiferente de qual das partes é a iniciativa da proposta, e que ambas ou só uma delas sejam vinculadas a uma obrigação.

Mas é preciso que a proposta seja completa, isto é, contenha todos os elementos objectivos e específicos do contracto que se tem em vista concluir, porque do contrário poderá ser um momento mais ou menos importante do processo de formação do contracto, mas não é ainda uma oferta ou proposta definitiva, pronta para a aceitação final.

É preciso distinguir nitidamente das negociações preliminares do contracto a sua oferta ou proposta definitiva, que é uma promessa de contracto, e desta distin-

guir ainda os contractos preliminares, promessas de contrato futuro ou contractos promessa, que examinaremos como um dos modos de ser do *objecto* dos contractos.

A oferta ou proposta é um acto unilateral, que tende a constituir um dos elementos essenciais do contracto em via de formação — o *mutuo consenso,* — mas que o não constitui antes de ser aceita. Todavia, ainda antes dêste momento, a proposta produz efeitos jurídicos, formando um vínculo obrigatório para o proponente. Pois que, chegada que seja ao conhecimento do destinatário, ela importa para êste a faculdade de apropriar o seu conteúdo, e de, aceitando-a, dar vida ao contracto, o proponente fica vinculado à sua proposta até que o destinatário se tenha manifestado, ou por uma expressa declaração, ou implìcitamente dando comêço à execução do contracto (1).

Apresentada a proposta, segue-se o segundo momento ou elemento do processo da formação do contracto, que é a sua aceitação, ou seja a adesão do destinatário à proposta, quer a sua adesão seja expressamente manifestada, quer tàcitamente por actos ou factos donde ela lògicamente resulte.

(1) É interessante que alguns autores, como Ruggiero, formulando a doutrina nestes precisos termos, não aceitam comtudo como direito positivo o princípio da eficacia obrigatória das declarações unilaterais de vontade. É que estes autores, depois de terem formulado a verdadeira doutrina, inutilizam-na, em grande parte, reconhecendo ao proponente um direito de revogação ou retratação. Assim diz Ruggiero: Com isto não se deve crer que um direito de revogação não pertença ao proponente: bem pode êle, antes que o destinatário tenha feito a aceitação, revogar a proposta, e tanto mais pode retira-la se não chegou ainda a destino, de modo que a revogação chegue antes dela. · Também o direito de revogação pode exercer-se nos contractos bilaterais ainda quando o destinatário tenha aceitado, mas da sua aceitação não tenha chegado notícia ao proponente. Porém o vinculo resultante da proposta permanece, se a outra parte já começou a execução do contrato; o vínculo concretiza-se então no dever de reparação de dano, não já na medida do interesse positivo do aceitante (não havendo aqui inexecução de contracto, porque êste não estava ainda perfeito) mas sim do simples interesse negativo fundado na confiança que o proponente inspirou ao aceitante para poder concluir o contrato proposto. Ruggiero, pág. 290 e 291. Vide supra, n.º 80, a teoria do interesse negativo.

Assim como a proposta deve ser dirigida à pessoa do destinatário (não devendo considerar-se como proposta a simples vontade manifestada a um terceiro de fazer um contracto com outro), assim também a declaração do aceite deve ser dirigida ao proponente, e deve nos seus termos coincidir exactamente com os da proposta. Não seria bastante para dar vida ao contracto uma aceitação com restrições ou modificações; quaisquer variantes ou reservas, que se lhe introduzisse, transforma-la-iam numa nova proposta dirigida ao primeiro proponente, como precisamente determina o art. 654.º.

Com efeito, para que um contracto esteja perfeito, concluído, é necessário que o acôrdo seja pleno, completo, isto é, que se verifique o consenso sôbre todas as cláusulas e modalidades enunciadas pelas partes, ainda que algumas sejam de facto secundárias; até êste momento há apenas uma série de propostas, cada uma das quais precisa de aceitação.

E pois que o contracto fica perfeito logo que a proposta seja aceita, se a lei não exigir mais formalidade alguma (art. 649.º), é indispensável que o consentimento seja claramente manifestado (art. 647.º), podendo a manifestação ser feita de palavra, por escrito ou mesmo por factos donde necessàriamente se deduza (art. 648.º).

Em regra a aceitação deve seguir-se imediatamente à proposta, isto é, sem intervalo, salvo se outra cousa fôr estipulado (art. 650.º); quando um intervalo fôr inevitavel (como acontece sempre nos contractos entre ausentes), êle não pode ser indefinido, não podendo conservar-se indefinidamente vinculado o proponente; será pois necessário um prazo, que é o fixado preventivamente pelo proponente ou por ambas as partes, e na falta de fixação o que fôr normalmente necessário para o intercambio da proposta e da aceitação.

E é óbvio que a aceitação pode ser revogada, mas

sòmente emquanto não tiver chegado ao conhecimento do proponente, porque a partir dêste momento o contracto está definitivamente fechado ou concluído.

E produzirá a aceitação os seus efeitos de perfeição do contracto, se entretanto morreu ou se tornou incapaz o proponente, ou mesmo se o facto se deu já depois dela, mas antes de a sua resposta ter chegado a seu destino?

Em geral os autores franceses e italianos entendem que em tais condições a aceitação já não é eficaz, e assim como também o não pode ser a proposta, se antes da aceitação morrer ou se tornar incapaz o destinatário. E fundam esta doutrina, não só no silêncio dos respectivos codigos, mas principalmente no princípio fundamental de que o contracto não se forma senão com o acôrdo de duas vontades existentes e permanentes até ao momento do seu encontro; ora, assim como no primeiro caso a vontade do aceitante não pode mais encontrar-se com a do proponente, assim também no segundo não pode a do proponente encontrar-se com a do destinatário, que não poderia ser substituída pela vontade dos herdeiros (1).

Mas não nos parece bem fundado aquele princípio, mesmo nos côdigos francês e italiano, nos quais não há preceito algum declarando que as vontades das partes contractantes devam ser existentes e permanentes até ao momento da aceitação. Em princípio nada se opõe a considerar estabelecido o acôrdo pela adesão do destinatário à proposta, ainda que já tenha desaparecido a vontade do proponente, responsabilizando-se, no caso de morte deste, os seus herdeiros pelas conseqüências jurídicas da proposta.

E foi assim que o nosso código dispoz no art. 655.º: «Se ao tempo da aceitação tiver falecido o proponente, sem que o aceitante fôsse sabedor da sua morte, serão os herdeiros do proponente obrigados a manter a proposta, nos termos do art. 653.º, salvo se o contrário resultar da natureza da convenção» (1).

(1) Ruggiero, *Ist.*, II, pag. 292.

Mas qual é precisamente o momento em que se realiza o acôrdo ou encontro das duas vontades, e em que por isso o contracto deve considerar-se concluído ou perfeito?

O problema não oferece dificuldade quando as partes estão juntas ou presentes, e se a aceitação é dada logo a seguir à proposta. Mas é difícil e muito importante, quando a aceitação fica para ulterior resolução e não fôr dada pessoalmente pelo aceitante ao proponente, como quando se trata de contractos entre ausentes, tais como os que se celebram por correspondência epistolar ou telegráfica, ou por intervenção dum intermediário. E a questão não é de puro interesse teórico, mas tem grande importância prática, porque do momento da conclusão do contracto depende a determinação do lugar da sua celebração, e dêste pode depender a competência dos tribunais para conhecerem das respectivas acções; e, sendo um princípio fundamental que os contractos se regem pela lei do tempo e do lugar em que são celebrados, vê-se como é importante e indispensável fixar o momento preciso da sua conclusão.

Trata-se verdadeiramente de escolher entre os vários momentos, que a proposta atravessa desde a sua apresentação até que chegou ao conhecimento do proponente a declaração de aceite de destinatário, qual é o mais idóneo e decisivo para a formação do consenso.

As soluções dadas ao problema, tanto pela doutrina como pelas legislações, são diversas e podem reduzir-se a cinco sistemas ou teorias:

1) a teoria da *declaração* considera formado ou per-

(1) O principio da responsabilidade e dos direitos dos herdeiros do proponente e do aceitante foi ainda mais amplamente consignado pelos códigos alemão (§§ 130, 146, 147, 149) e suiço (arts. 4, 5, 6, e 9).

feito o contracto no próprio momento em que o destinatário da proposta declarou aceita-la;

2) a teoria da *expedição* ou *emissão* não se contenta com o momento em que a aceitação foi declarada ou formulada, e considera decisivo o momento em que ela foi enviada ao proponente;

3) a teoria da *recepção* exige que a resposta tenha chegado ao poder do proponente;

4) a teoria da *percepção* ou do *conhecimento* não se contenta com o facto material da recepção, e exige que o proponente tenha tomado conhecimento da aceitação;

5) finalmente, a teoria da *obrigatoriedade da proposta* ou da *proposta* ou *oferta obrigatória*, partindo do princípio de que a proposta é sempre condicionada pela aceitação, faz retrotraír os efeitos desta ao momento da emissão da proposta, que é portanto o momento da conclusão do contracto.

Qual o verdadeiro sistema, o mais perfeito ou o mais conveniente?

Devemos começar por colocar fóra do campo de combate a teoria da expedição e a da recepção: tanto uma como outra traduzem apenas factos materiais, que nenhuma importância teem no processo psicológico da formação da vontade contractual.

A teoria do *percepção* é a preferida por alguns dos melhores autores, como Ruggiero e Ferrini, porque se o consenso é não só o encontro de duas vontades, mas também a *consciência* do recíproco acôrdo, nada parece mais essencial à perfeição do contracto do que ter-se o proponente apercebido da vontade do destinatário de aceitar a oferta (1).

Comtudo Ruggiero, dizendo que o sistema que menos corresponde às exigências da vida prática (mas

(1) Ruggiero, *Ist.*, II, pág. 294; Ferrini, *Obligazioni*, pág. 663.

sem dizer porque) é o da *declaração*, reconhece que êle é o mais conforme às exigências da razão.

Com efeito, entre estes dois sistemas não hesitamos em o preferir, não só porque êle é na verdade o que melhor traduz a essência do consenso contractual, pois que uma vez declarada a adesão do destinatário à proposta está realizado o encontro ou acôrdo das duas vontades, e, portanto, formada a vontade contractual, mas ainda porque, no ponto de vista prático, nem vemos inconvenientes neste sistema, nem maior vantagem no da *percepção*.

O nosso código adoptou francamente o sistema da declaração (art. 649.º).

E se êste é o sistema mais perfeito, em face dos princípios, parece-nos comtudo que mais conveniente, e em certo modo mais justo, seria o da *obrigatoriedade da proposta*, sendo aliás o menos considerado, e até desprezado, a tal ponto que a maior parte dos autores nem sequer o mencionam. Contra êle diz-se, e é em parte verdade, que tem o defeito ou vício fundamental de considerar o contracto perfeito ainda antes da manifestação da vontade do aceitante. Mas isto não é inteiramente exacta, porque em todo o caso neste sistema só se considera afinal perfeito o contracto se a proposta fôr aceita. Simplesmente os efeitos da aceitação fazem-se retrotraír ao momento da proposta, o que seria justo, pois é de supor que o proponente, quando faz uma proposta de contracto, a faça em harmonia com a lei então vigente, e, se se encontrar no lugar habitual da sua vida, com a lei dêsse lugar. Por isso o código brasileiro determinou (art. 1087.º) que o contracto se reputa celebrado no lugar em que foi proposto.

Alguns autores e alguns códigos, em vez de seguirem um só dos sistemas, adoptam várias combinações. É assim que Windscheid adoptava o sistema mixto da declaração e da percepção, dizendo que para vincular o proponente basta a aceitação, mas para vincular o acei-

tante é necessário que a aceitação chegue ao conhecimento do proponente. O código comercial italiano (art. 36.°) adoptou o sistema da percepção para os contractos bilaterais e o da declaração para os unilaterais. O código alemão dá preferência ao sistema da recepção; o suíço e o brasileiro ao da expedição. Mais uma vez temos de reconhecer a superioridade do nosso.

E que dizer dos contractos por telefone? Uns entendem que são contractos entre presentes, outros entre ausentes, e outros que são entre presentes sob o ponto de vista *do momento* da sua perfeição e entre ausentes sob o ponto de vista do *lugar* da sua celebração.

A verdade, porém, parece-nos ser que são entre presentes ou entre ausentes, conforme se concluirem na mesma comunicação telefónica ou em comunicações diferentes, devendo considerar-se celebrados no lugar donde foi emitida a proposta.

Como já dissemos, para que o *consenso* exista, para que produza os efeitos jurídicos desejados, é necessário que a manifestação da vontade dos contraentes seja *clara, livre* e *consciente*. Que seja clara di-lo expressamente o art. 647.°. E que tem de ser livre e consciente, deduz-se claramente do preceito de nulidade dos contractos em que o consentimento seja viciado por êrro ou coacção, nos termos dos arts. 656.° e seg..

Mas, para se considerar claramente manifestada, não é necessário que a vontade seja expressamente declarada por palavra, por escrito, ou por quaisquer sinais ou acênos equivalentes, podendo-o ser também tàcitamente, isto é, pela prática de factos donde ela necessàriamente se deduza (art. 658.°).

Alguns autores, como Colin e Capitant, substituem a clássica distinção entre a manifestação *expressa* e a *tácita* pela de manifestação *directa* e *indirecta da vontade*.

Manifestação directa é a que é feita com o fim ou propósito de celebrar o contracto; o declarante diz o

que quer dizer, oralmente, ou por outra forma. Exemplos de declarações directas não orais nem escritas são o facto de enviar mercadorias encomendadas, de guardar num hotel os quartos pedidos por alguém, o gesto daquele que num leilão faz sinal ao pregoeiro para cobrir o lanço, o acto do doador que dá de mão a mão, etc.

Declarações ou *manifestações indirectas* são as que resultam de actos que, tendo um fim diverso, deixam entretanto perceber duma maneira não duvidosa a vontade do indivíduo. É o que acontece na aceitação tácita da herança, resultante da venda pelo herdeiro dos bens herdados; é o que se dá com a entrega voluntária do título feita pelo credor ao devedor sem receber a dívida, que pode significar uma doação indirecta, ou perdão ou renúncia. É o que se dá também na relocação tácita, quando o locatário, depois de expirado o prazo do contracto, continúa na posse do prédio arrendado ou da cousa alugada (arts. 1618.°, 1724.°, 1629.°, 1635.° e lei do inquilinato, art. 29.°).

Mas que dizer do *silêncio* de uma pessoa, como manifestação tácita ou indirecta da vontade, no processo volitivo da formação de um contracto?

A primeira vista parece que o silêncio é precisamente o contrário da manifestação, mesmo indirecta da vontade: quem guarda silêncio não faz manifestação alguma exterior.

Por isso, e especialmente em face do preceito do art. 647.° do nosso código, segundo o qual o consentimento dos estipulantes deve ser claramente manifestado, dir-se ía que o simples silêncio nunca pode ser tomado como assentimento, a não ser que a lei por alguma disposição especial assim o determine, como no caso da relocação tácita.

Parece-nos, porém, que o problema não deve ter uma solução tão radical e simplista. E para disso nos convencermos basta notar que a questão, que é de um grande interêsse, tanto teórico como prático, tem sido

larga e profundamente discutida pelos autores, principalmente pelos alemães e italianos.

A verdade é que, se não é lícito arvorar em princípio jurídico o velho provérbio — *quem cala consente (qui tacet consentire videtur)* — também se não pode dizer que o silêncio seja de todo indiferente nas relações jurídicas.

Há, com efeito, circunstâncias em que a pessoa, a quem se faz uma proposta ou um pedido, tem o dever de responder, até ao ponto de assumir uma responsabilidade jurídica pelo seu silêncio. Por isso o velho princípio romano e canónico foi substituído por êste — *qui tacet, quum loqui potest et debet, consentire videtur*.

Mas qual é o critério para a determinação dos casos em que o silêncio de uma pessoa deve importar a sua adesão à proposta ou ao pedido que lhe feito?

Alguns autores formulam a doutrina de que o silêncio deve valer como declaração de vontade, quando dada uma determinada relação entre duas pessoas, o modo geral e comum de proceder importaria o dever de falar; sobretudo em face da declaração duma parte, que implique uma obrigação para aquêle a quem é dirigida, o silêncio desta pode entender-se como assentimento (1).

Entre nós o problema foi examinado pelo Dr. Alves Moreira, que formulou as seguintes conclusões:

«Entendemos que o silêncio pode, além dos casos em que por lei é assim considerado, constituir uma presunção de manifestação da vontade, quando a pessoa a quem é feita uma proposta deva considerar-se responsável, em virtude do seu silêncio, da interpretação que o proponente haja dado ao silêncio como significando a aceitação dessa proposta. Em geral, porém,

(1) Ruggiero, *Ist.*, I, pg. 230.

não pode ver-se no silêncio uma manifestação da vontade».

«É assim que, tendo sido feita entre presentes uma proposta, e conservando-se silencioso aquele a quem é dirigida, não fica por êsse facto obrigado, salvo se, pela natureza do contracto, por costume ou qualquer outra circunstância, dêsse silêncio se depreenda a aceitação, como se, por exemplo, um operário perguntar a um empreiteiro se o admite na obra, e, mantendo-se êste silencioso, fôr trabalhar. Neste caso, não sendo despedido, tem direito ao salário».

«Entre ausentes, é necessário ter sempre em consideração que a pessoa a quem é dirigida a proposta não é obrigada a responder, e que portanto não basta o silêncio para que a proposta se considere aceita».

«É assim que, se me enviarem um livro ou um jornal, com a declaração de que a não devolução dêles significará a sua aceitação, não fico por êsse facto, embora os não devolva, obrigado a pagá-los, mas apenas a restituí-los, quando me fôr exigido o pagamento». (1)

Colin e Capitant formulam a seguinte conclusão:

«Fóra das hipóteses em que a lei pronuncia formalmente a assimilação, o silêncio não pode ser considerado como importando manifestação de vontade, salvo nos casos em que o indivíduo se encontra colocado numa situação tal que a outra parte deve *necessàriamente* interpretar o seu silêncio como um compromissso. Esta situação não se encontra senão nos casos em que as partes estavam em *relações de negócios* ou *já ligados por um contracto anterior* que se trata de continuar» (2).

O simples confronto das três doutrinas mostrará a superioridade incontestável da dos autores franceses.

(1) Dr. Alves Moreira, *Inst.*, I, pg. 447 e 448.
(2) Colin et Capitant, *Cours*, II, pg. 276.

A determinação das condições em que o consenso não produz a plenitude dos seus efeitos jurídicos, por ser viciado por êrro, dolo, e coacção ou violência, pertence à teoria geral do acto jurídico, e por isso aqui nos limitamos a consignar as noções dêstes vícios da vontade.

O *êrro* é uma representação falsa ou inexacta da realidade. Êle consiste, dizia Doneau, em crer verdadeiro o que é falso, ou falso o que é verdadeiro. Pode ser *de facto* ou *de direito*, conforme recai sôbre factos materiais ou sôbre uma regra de direito.

É como dizia o nosso grande Coelho da Rocha: «*êrro* é a idéia falsa duma cousa, e *ignorância* a falta total da idéia» (1).

Dolo, dizia Pothier, é toda a espécie de artifício de que alguém se serve para enganar outro — *omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendumve alterum adhibitum* (D. 4. 3. 1. 2); ou, como dizia Domat (*Lois civiles*, liv. I, tit. 18, sec. 3): «Toda a surpresa, fraude, finura, fingimento ou qualquer outro mau meio para enganar alguém».

O nosso código define-o no § único do art. 663.º: «Entende-se por dolo qualquer sugestão ou artifício, que se empregue para induzir em êrro, ou manter nele algum dos contraentes; e por má fé a dissimulação do êrro do outro contraente depois de conhecido».

É como dizia Coelho Rocha (§ 101): «*Dolo* ou fraude é o artifício malicioso que se emprega para enganar uma pessoa, e levá-la a praticar uma acção que sem isso não praticaria».

A *coacção*, ou violência, é o constrangimento físico ou moral exercido sôbre uma pessoa para a determinar a praticar um certo acto. É uma causa de nulidade dos

(1) Coelho da Rocha, *Inst.*, § 100.

contractos, porque o mêdo causado pela violência vicia a vontade do contraente, anula-a.

Assim dizia Coelho da Rocha (§ 102):

«A *violência* é a ameaça de um mal, que obriga outro a praticar um acto, ou a praticá-lo duma maneira, que sem isso não praticaria. O mêdo é o efeito da violência».

E o nosso código define-a no § ún. do art. 666.º: «A coacção consiste no emprêgo da fôrça física, ou de quaisquer meios, que produzam danos, ou fortes receios dêles, relativamente à pessoa, honra ou fazenda do contraente ou de terceiros».

c) OBJECTO. Todo o contracto, para ter existência real, e portanto para existir juridicamente, precisa de ter um conteúdo ou objecto próprio. E pode ser objecto de contracto qualquer direito ou obrigação, isto é, qualquer prestação de dar, fazer ou não fazer, contanto que seja física e legalmente possível (art. 669.º), podendo ser simples ou complexa, quer seja só de uma das partes (contractos unilaterais) ou de ambas (contractos bilaterais).

Alguns autores confundem o objecto ou conteúdo do contracto com o *fim jurídico* que as partes se propõem realizar, integrando assim no conceito do *objecto* a causa do contracto ou das obrigações dêle emanadas.

Assim se exprime o Dr. Alves Moreira:

«A palavra *objecto* não é empregada no sentido de cousas que sejam concreta ou imediàtamente objecto de contracto, significando o mesmo que conteúdo do contracto, isto é, o fim jurídico que as partes teem na intenção realizar, as relações jurídicas que por êle se formam. O fim jurídico que as partes teem intenção de realizar constitue, considerado no processo psiquico que precede a declaração da vontade, a *causa* desta, vindo assim pràticamente a identificar-se o objecto, conteúdo ou fim dos negócios jurídicos, com a *causa jurídica*, visto que não podendo realizar-se o

fim que as partes se propuzeram realizar, o negócio jurídico nenhuns efeitos produz, ficará sem objecto. Se é vendida uma cousa pública, como não pode verificar-se o fim que as partes tiveram em vista — a transferência da propriedade dessa cousa — êsse contracto não terá objecto. Foi sem dúvida por esta consideração que o nosso legislador, afastando-se do código civil francês (art. 1108.º) não considerou a *causa lícita* na obrigação como um dos requesitos necessários para a validade dos contractos (1).

Esta doutrina é, com efeito, a do nosso código, com relação à causa. Mas já não se harmonisa com êle a respeito do objecto, que segundo os arts. 669.º-671.º consiste precisamente em *cousas* e *actos* ou serviços, o que tudo constitue *cousas* no sentido jurídico, pois o termo *cousas* no sentido jurídico ou técnico, significa precisamente tudo o que pode ser objecto de direitos e obrigações (2).

É certo entretanto que o conceito do *objecto* ou *conteúdo* dos contractos não fica perfeitamente definido com a simples fórmula *cousas* e *actos*, porque nêste dualismo emprega-se a palavra *cousa* no sentido restrito de objectos materiais do mundo externo, e assim ficariam excluídos os direitos ou cousas imateriais e incorpóreas. Ora no objecto dos contractos compreendem-se também os direitos, como de resto é expresso na definição do art. 641.º.

Deve, pois, entender-se por objecto do contracto o conjunto ou sistema de relações juridicas que resultam do acôrdo das partes ou das disposições subsidiárias da lei.

É assim que nos contractos há, como já observámos, elementos essenciais (*essentialia negotii*), naturais

(1) Dr. Alves Moreira, *Inst.*, pg. 460.
(2) Dr. Teixeira de Abreu, *Curso*, pg. 217.

(*naturalia negotii*) e acidentais (*accidentalia negotii*), sendo os primeiros, além dos requesitos gerais e comuns a todos os contractos, os elementos objectivos específicos de cada contracto, como, por exemplo, a cousa e o preço no contracto de compra e venda, e os segundos e terceiros os que respectivamente a lei e a vontade das partes determinam.

Mas o que mais sobreleva no conteúdo objectivo dos contractos são as cousas e os actos, sendo por isso que o nosso código, não só caracterisou por esta forma o objecto no art. 671.º, mas formulou no art. 710.º o princípio de que todo o contracto se resolve, ou na prestação de factos, ou na prestação de cousas.

E é por isso também que alguns dos melhores civilistas definem precisamente o objecto dos contractos como uma prestação de dar, de fazer ou não fazer alguma cousa (1).

Características ou requesitos do objecto dos contractos são, portanto, os mesmos da prestação: *possibilidade, legalidade* (ou carácter lícito) e *determinação* (supra, n.º 80).

Um contracto é, pois, nulo ou inexistente sempre que, em virtude da ordem da natureza ou da ordem jurídica, o seu objecto não fôr possível (art. 669.º). É impossível por natureza ou fisicamente o que o fôr absolutamente, mas não o que o fôr apenas em relação à pessoa que se obriga (art. 670.º). E é impossível por fôrça da lei o objecto de contracto que consistir em:

1.º cousas que estão fóra do comércio por disposição da lei;

2.º cousas ou actos que não se podem reduzir a um valor exigível;

3.º cousas cuja espécie não é, ou não pode ser determinada;

(1) Ruggiero, pg. 296 e 297; Coelho da Rocha, § 98.º.

4.º actos contrários à moral pública, ou às obrigações impostas por lei (art. 671.º).

Entre as prestações de fazer merecem especial consideração duas espécies: a *promessa de um facto de terceiro* e a *estipulação dum contracto posterior*.

A promessa do facto dum terceiro é perfeitamente lícita, desde que o facto alheio tenha um qualquer interêsse para o promissário, como se, por exemplo, alguem se obriga para com outrem a conseguir que um terceiro lhe venda uma certa cousa, o nomeie gerente de certo negócio ou emprêsa, que se abstenha de lhe fazer concorrência comercial, etc.

É claro que um tal contracto não obriga o terceiro, que nele não interveiu. Depende, pois, do seu livre arbítrio provocar o cumprimento ou não cumprimento do contracto. Desde que êle se recuse, a responsabilidade do promitente surge necessàriamente da obrigação contraída, comprometendo-se por um facto alheio, e traduz-se na indenização de perdas e damnos (*id quod interest*).

Esta doutrina foi expressamente consignada no código italiano (art. 1229.º); e embora o nosso código a não tenha estabelecido em termos análogos, ela resulta igualmente dos arts. 702.º e 705.º.

Quando o contracto tem por objecto a recíproca promessa de estipular um contracto posteriormente entre as mesmas partes, é o que se chama o *contracto preliminar, contracto promessa* ou *pactum de contrahendo*.

A função característica dêste contracto consiste em vincular as partes, comprometendo-as à conclusão dum futuro contracto, que por ora não querem ou não podem celebrar; o seu próprio objecto não é portanto o objecto do contracto a concluir, mas sim a conclusão ou celebração dêste, isto é uma prestação de *facere*, consistindo em consentir e prestar tudo quanto fôr necessário para dar existência ao contracto projectado. É o que acontece, por exemplo, com o contracto promessa de compra e venda, que não é ainda uma compra e venda efectuada, mas obriga os contractantes a efectuar o respectivo contracto.

E, visto que a prestação futura do próprio consenso é um acto estritamente pessoal e não directamente coercível, de uma tal promessa resulta apenas um direito de crédito à conclusão do contracto projectado; e o não cumprimento dela importará sòmente a indenização do *id quod interest*, mas não com os mesmos efeitos do contracto a estipular, como se êle tivesse sido estipulado, não podendo a sentença condenatória do contractante remisso substituir o consenso dêste, que não foi prestado.

São na verdade bem diversos e distintos entre si, o contracto que se conclue como preparatório de um outro, e êste outro que constitue o objectivo próprio do primeiro. Donde se segue que, do mesmo modo que os efeitos do primeiro não são os do segundo, assim também os requesitos especiais que porventura a lei exija para a validade do contracto definitivo não podem, por simples interpretação e aplicação da lei a casos análogos, considerar-se igualmente necessários para a validade do contracto preliminar, cuja existência é independente, devendo regular-se pelas regras gerais dos contractos.

É a doutrina que o nosso código expressamente determina no art. 1548.º para a promessa de compra e venda, e que deve aplicar-se a quaisquer outras promessas de contracto futuro. Assim dispõe o art. 1548.º:

«A simples promessa recíproca de compra e venda, sendo acompanhada de determinação de preço e de especificação de cousa, constitue uma méra convenção de prestação de facto, que será regulada nos termos gerais dos contractos; com a diferença, porém, de que, se houver signal passado, a perda dêle, ou a sua resti-

tuïção em dôbro valerá como compensação de perdas e damnos» (1).

È preciso não confundir o contracto *preliminar* ou contracto promessa com os *preliminares* do contracto, ou negociações entaboladas para a celebração dum contracto.

Entre os italianos é muito controvertida a questão da responsabilidade assumida pelas partes no período precontractual, predominando a doutrina negativa de qualquer responsabilidade pela rotura das negociações emquanto as partes estão ainda no período precontractual, isto é, anterior a uma verdadeira proposta de contracto (2).

Parece-nos, porém, que esta doutrina, assim formulada em termos tão abstractos e absolutos, não é de aceitar, porque no período precontractual, antes da proposta definitiva de contracto, bem pode haver propostas parciais e preparatórias, que aceitas e postas em execução por uma das partes, importem despesas e prejuízos, que, sendo depois abandonadas as negociações, devem determinar a responsabilidade da parte que lhes der causa (3).

(1) Na Itália, á falta de um texto preciso, é muito discutida a questão, da identidade ou diversidade do objecto dos dois contractos; e por isso têm diversas soluções os dois problemas: a aplicação ao contracto promessa dos mesmos requesitos do contracto definitivo, e a identificação dos efeitos dos dois contractos em virtude do princípio da perfeição dos contractos *solo consensu*. E na jurisprudência dos tribunais predomina a doutrina da aplicação dos mesmos requesitos para os dois contractos. Mas entre os autores predomina a verdadeira doutrina, que é a consignada no nosso código. Cf. Ruggiero, *Ist.*, pg. 298, nota, e autores aí cit.

(2) Ruggiero, pg. 290, nota, e autores aí citados.

(3) A êste respeito escreve o Dr. Alves Moreira:

«Tais negociações, embora nelas se chegue a acordos parciais em relação ao futuro contracto, e estes sejam reduzidos a escrito, não são de per si obrigatórias. As partes não se constituem por essas negociações em relação jurídica até ao momento em que, ao acôrdo sôbre as condições do futuro contracto, acresce a obrigação que ambas assumem de o efectuar. É apenas neste momento que se constitui uma obrigação contractual, devendo ter-se sempre em vista

d) Causa. A causa, isto é, o motivo determinante da vontade dos sujeitos é um elemento essencial de todo o acto jurídico, porque nem se concebe uma determinação voluntária sem motivo, nem o direito pode proteger a vontade abstracta, mas só aquela que se concretisa num fim social digno de protecção. Por isso uma causa existe em todas as obrigações que teem a sua origem na vontade do indivíduo, pois sempre que uma pessoa se obriga, fa-lo necessariamente *em vista dum fim imediato*, directo, que a determina a constituir a obrigação; é êste fim que se chama a *causa*.

E por isso, segundo uma doutrina clássica, que vem já dos jurisconsultos romanos, para que um contracto seja válido, é necessário que as obrigações contraídas tenham uma causa, e que esta causa não seja ilícita nem

que, nas negociações que precedem êsse acôrdo, se ventilam apenas os motivos ou razões para a determinação da vontade, que fica livre até o momento em que as partes realisam definitivamente o contracto ou se obrigam a efectuá-lo».

«Nessas negociações não pode pois filiar-se uma obrigação de carácter contractual, que seja causa, pelo seu não cumprimento, de indenização de perdas e danos. Para que por tais negociações se constitua esta obrigação, é necessário que o procedimento de qualquer das partes seja causa de prejuízos para a outra, e que êsse procedimento se considere um facto ilícito. É assim que, fazendo-se uma proposta de negociações para a realização de um determinado contracto e devendo a pessoa a quem essa proposta é dirigida fazer estudos e elaborar projectos, que podem ser dispendiosos, a recusa do proponente a efectuar o contracto, depois de iniciadas as negociações, pode ser causa de graves prejuízos para a pessoa que, confiando na boa fé de quem as propôs e arbitràriamente as abandonou, entrou nessas negociações. O abandono destas não pode, porém, considerar-se um facto ilícito, desde que não haja fraude por parte de quem as propôs, tendo apenas em vista, ao apresentar a proposta, causar dano à outra parte, pois que, pelo simples facto de propôr as negociações, não assumiu responsabilidade alguma».

«Não sendo a proposta feita em condições qne o seu autor se considere adstrito à realização do contracto, de modo que êste fique, quando a vontade do proponente não seja retratada, dependente apenas da aceitação, a responsabilidace do proponente não poderá derivar da proposta, pois não se obrigou por ela, visto que a realização do contracto ficava dependente de negociações ulteriores, em que se deviam assentar as suas condições. Para que se considere em tal caso a recusa de efectuar o contracto, dada mesmo a hipótese

imoral, doutrina consignada no art. 1108.º do código de Napoleão e completada pelos arts. 1131.º e 1133.º (1).

Entretanto, no dizer de Colin e Capitant, não há noção sôbre a qual mais se tenha discutido. E a maior parte dos autores modernos são mesmo de opinião que a idea da causa é uma noção artificial, escolastica, que não constitue, verdadeiramente falando, um elemento distinto do consentimento ou do objecto, e de que seria melhor desembaraçar a sciência e a legislação.

E dir-se-ia que nesta corrente se orientou já o nosso legislador, que tendo adoptado como uma das mais abundantes fontes do nosso código o de Napoleão, não consignou porém nele os artigos 1131.º e 1133.º, nem sequer mencionou a causa entre os requesitos essenciais dos contractos.

Mas nem por isso se pode dizer que o nosso código regeitasse a teoria da causa, mas antes é certo que implì-

de que nessas negociações se chegue a acôrdo sôbre as bases do contracto, como causa de responsabilidade para o proponente, é necessário que a proposta de negociações tenha sido feita de modo que o proponente se responsabilise pelas despesas que a pessoa a que se dirige fizer, para que se possam determinar as condições do contracto. Se não tiver assumido essa obrigação, não o consideramos responsável por perdas e danos, embora a outra parte tenha sido iludida na sua boa fé».

«A recusa de efectuar o contracto, embora seja arbitrária, não pode considerar-se como um facto ilícito, visto que o proponente não havia assumido obrigação alguma para com a pessoa a quem dirigiu a proposta. Competia a esta tomar as precauções necessárias para que o proponente das negociações não pudesse arbitràriamente abandonar o projecto do contracto». Dr. Alves Moreira, *Obrig.*, pag. 596-598. Nós entendemos, porém, em harmonia com a doutrina enunciada no texto, que o proponente de quaisquer negociações é sempre responsável pelas despezas e prejuízos causados, porque tais negociações, sendo aceitas pela parte a quem são propostas, representam já de per si um contracto, sendo o abandono delas uma falta de cumprimento sujeita à sanção do art. 705.

(1) Art. 1131.º: «L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet».

Art. 1133.º: «La cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public».

Estes artigos foram reproduzidos nos arts. 1119.º e 1122.º do código italiano, que completou a teoria da causa com o art. 1121.º, dispondo: «La causa si presume sino a che non si prova il contrario».

citamente a reconheceu, determinando nos arts. 656.º-660.º as condições em que o êrro sôbre a causa produz a nulidade do contracto, no art. 692.º a nulidade absoluta e radical dos contractos que tiverem por causa ou fim algum acto criminoso ou reprovado, e nos arts. 1745.º e 1746.º a nulidade das disposições testamentárias fundadas numa causa erronea ou falsa.

É que na verdade a crítica dos anticausalistas é mal fundada, pois a análise do mecanismo dos contractos mostra bem a necessidade e utilidade do conceito da causa.

Importa, pois, fixar rigorosamente a sua noção, e para isso é necessário distinguir entre a *causa* pròpriamente dita e o simples *motivo*, isto é, a causa meramente influente ou *impulsiva* e a causa determinante ou *final*, ou, como dizem também os clássicos, a causa remota e a causa próxima.

Colin e Capitant atribuem a distinção aos seus clássicos Domat e Pothier, que a formularam nos seguintes termos:

A causa duma obrigação convencional *(causa próxima)* é a *razão imediata, directa, sempre a mesma num contracto determinado*, que levou o devedor a obrigar-se, sendo certo que êle concluíu um contracto de preferência a um outro.

O motivo, pelo contrário *(causa remota)*, é o móbil *pessoal* para cada *indivíduo*, variando para cada contractante, que inspirou no devedor o desejo de se obrigar.

Assim, emquanto a *causa* é independente da personalidade, sendo determinada pela natureza do contracto, e não por considerações subjectivas, o *motivo* é a razão psicológica, essencialmente pessoal de cada contractante, variável até ao infinito, que leva um indivíduo a contractar (1).

(1) Domat, *Lois civiles*, I. pág. 122; Pothier, *Traité des Obligations*, II, pág. 24. Colin et Capitant, II, pág. 298 e 299.

O certo é, porém, que a distinção já se encontra com todo o rigor, sob a técnica da causa *impulsiva* e *final*, na obra clássica de Menochio, publicada em Génova em 1676. Assim se exprimia Menochio: *Causa impulsiva non dicitur proprie causa, sed motivum quoddam ad disponendum. Causa finalis dicitur regere et gubernare omnem dispositionem: appellatur fons causarum et dicitur principium intentionis.*

A explicação da doutrina anticausalista é fácil de encontrar no processo evolutivo do moderno direito das obrigações.

Quando no art. 1108 do código francês (repetido no art. 1104 do italiano) diz Simoncelli, se menciona entre os requesitos essenciais dos contractos a *causa lícita*, quer-se aludir à antiga formação da sua obrigatoriedade, para a qual era necessária uma prestação já efectuada *(res praestita)*, que era a *causa obligandi*. Este velho princípio do direito francês é ainda mais aparente no art. 1132 do código de Napoleão (art. 1120 do italiano): «La convention ne soit pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée». O novo direito quís dizer com isto que o contracto é obrigatório ainda que da promessa não resulte a efectuada prestação, a *causa obligandi*. Mas com este preceito não se apagava definitivamente o princípio antigo, porque assim surgiu no direito francês este problema: deve o credor provar a *causa*, ou incumbe ao devedor a prova da falta de causa? Era a mesma questão que existia também na antiga jurisprudência; e quanto mais se investigam as fontes da doutrina no passado mais se encontram os juristas na tendência de impôr ao credor a prova da causa, por isso mesmo que nos séculos mais distantes estavam mais próximos da época em que as convenções se consideravam obrigatórias quando tinham sido fixadas em virtude duma prestação efectuada.

O problema do encargo da prova foi resolvido, primeiro pela doutrina e depois pelo código italiano no art. 1121.º, em benefício do credor.

Mas quando se prove que a obrigação é *sem causa*, ou fundada em causa *falsa* ou *ilícita*, o art. 1119.º do mesmo código dispõe que ela não pode ter efeito algum.

E a mesma doutrina tem de considerar-se implicitamente contida nos já referidos artigos do nosso código.

Mas em contraposição aos actos jurídicos chamados *causais* ou *materiais*, isto é, aqueles em que a *causa* expressa ou presumida é a razão determinante da obrigação, há os chamados *formais* ou *abstractos*, que são protegidos pelo direito só porque se apresentam sob uma determinada *forma*, independentemente (abstraindo) da sua causa substancial. É necessário, porém, evitar um equívoco sôbre o verdadeiro carácter dos actos abstractos ou formais: com o seu conceito não se quer dizer que neles a causa seja completamente irrelevante ou indiferente de modo a não ser tomada em consideração alguma; pelo contrário, o direito reconhece sempre a importância da causa substancial, mas não do mesmo modo que nos actos causais. Estes, se falta a causa, não teem efeito jurídico, são nulos; os contractos formais sem causa são válidos e produzem os seus efeitos, mas a falta da causa faz surgir outros efeitos jurídicos, que modificam ou inutilizam em parte os já existentes por fôrça da simples existência da forma. No direito romano citam-se a *stipulatio*, a *mancipatio*, a *in jure cessio* e a *traditio;* no direito moderno a letra de câmbio ou simplesmente *letra*, e em geral os *títulos de crédito*.

Todas as obrigações escritas sôbre uma *letra*, embora tenham nome e formas diversas (saque, aceite, indosso, aval, etc.) teem a mesma natureza jurídica: são obrigações *formais*, porque tiram a sua fôrça obrigatória, não directamente do negócio para que foram contraídas, mas da vontade de obrigar-se por *letra*, ou cambialmente, manifestada por esta determinada *forma*.

Com isto não se pretende dizer que a obrigação cambial não tenha uma causa, mas simplesmente que ela existe, prescindindo da causa. Decerto toda a letra tem o seu motivo económico determinante, o negócio verdadeiro e real para que foi emitida, e que pode ser uma venda, em que ela representa a obrigação de pagar o preço, um empréstimo, em que representa a obrigação de restituir a quantia emprestada, etc.; mas a vida da obrigação cambial é independente da *causa* particular que a lançou na circulação, fazendo-a passar para o poder de terceiros, os quais não podem nem precisam conhecer os negócios que estão atrás da letra; ela é destinada a exercer a função do crédito com a rapidez e a segurança necessárias ao comércio, sem risco para quem recebe e utiliza êste eficás instrumento de crédito. Por isso se diz que as obrigações cambiais, como em geral as contidas nos títulos de crédito são *autónomas* e *literais*, para significar que o direito do seu portador ou proprietário actual é independente do dos anteriores, e que estas obrigações valem pelo que está escrito na letra, e não pelo que se estipulou em quaisquer outros actos que de facto à letra se refiram.

Dizer-se que na letra se prescinde da *causa*, para assegurar a sua negociação e circulação, não impede que a obrigação cambial tenha sempre uma *causa;* e daí resulta que cessando a razão de interêsse geral que justifica e impõe o carácter abstracto e literal da obrigação, a causa exerce toda a sua eficácia de requesito essencial. O devedor cambiário é obrigado para com o portador, a quem não pode opôr a falta de causa; mas nas relações entre as partes contraentes, por exemplo, entre o emitente e o tomador, pode ser deduzida a excepção da falta de causa; e assim o obrigado pode provar que deu a sua firma por favor ou que não recebeu a quantia mencionada no título.

Tanto os códigos como os escritores falam frequentemente de *causa do contracto* e *causa da obrigação*.

Visto que do contracto nasce pelo menos uma obrigação, a causa desta costuma entender-se como causa do contracto; e como o contracto pode conter mais obrigações, assim se diz que o contracto pode ter diversas causas; por exemplo, a obrigação do vendedor de entregar a cousa é a causa da obrigação que tem o comprador de pagar o preço, e vice-versa. «C'est toujours, dizia Marcadé, la suite de la confusion faite par les rédacteurs, entre le contrat et l'engagement qu'il fait naitre». E é, diz Simoncelli, também o que faz dizer que nos actos a título oneroso a causa se confunde com o objecto.

Mas a verdade é que há realmente uma causa do contracto independente da causa da obrigação. É a doutrina com razão ensinada pelos melhores autores modernos, sobretudo na Itália, como Scialoja, Ferrini, Simoncelli e Ruggiero. Todo o contracto tem uma própria função económica ou social, corresponde a um fim da vida, que o direito tutela, e neste fim, nesta determinada função social, está precisamente a causa do contracto. A compra e venda, por exemplo, tem o fim de realizar a troca das cousas por dinheiro: êste fim é a causa da compra e venda. As obrigações que nascem do contracto teem cada uma a sua respectiva causa; mas a causa do contracto é diversa e distinta da das singulares obrigações. A causa de cada obrigação funciona subjectivamente como motivo determinante de cada uma das partes; e assim, o comprador tem por fim obter a cousa, que é a causa porque êle se obriga a pagar o preço, emquanto que o vendedor tem em vista obter a quantia do preço, que é a causa da sua obrigação de dar a cousa; mas a causa do contracto, que é o fim comum, funciona como motivo determinante de ambas as partes.

Scialoja explicou limpidamente a origem do equívoco que faz confundir a causa do negócio com o objecto ou com outro requesito essencial do acto jurídico. «Os *essentialia negotii* prendem-se com a teoria da

causa, porque os *essentialia negotii* não são outra cousa, como temos dito, senão os elementos necessários do negócio de determinado tipo; ora o negócio de um determinado tipo, é negócio jurídico e daquele tipo, emquanto realiza precisamente a mesma função que o direito costuma proteger e tutelar, isto é, emquanto tem a mesma causa, pois que esta função é precisamente a causa. Assim os elementos essenciais da compra e venda são um comprador, um vendedor, um preço, uma cousa que por êste se quer trocar, e a vontade de fazer a troca; mas estes são precisamente os elementos concretos da função da compra e venda, daquela função que constitue a causa do negócio jurídico» (1).

E noutra passagem, diz bem o mesmo Scialoja: «O facto, que nestes tipos de negócios a causa se compenetra fàcilmente com os outros elementos, significa que a existência da causa é tão certa, que é quási inútil andar a procurá-la; basta que existam os outros elementos, para que estejamos certos de que existe também a causa» (2).

Mas não se pode confundir a causa com os outros elementos. A contraprova verifica-se naqueles casos em que as prestações dum contracto em si mesmas são lícitas, mas estipuladas num certo contracto tornam-no ilícito. Dar uma quantia é cousa lícita; não cometer uma injustiça, é não só lícito mas obrigatório; prometer porém uma quantia a um magistrado, para que êle dê uma sentença *justa* é contracto ilícito. O objecto seria lícito, mas o fim social, a *causa* dêste contracto é imoral.

Dado êste conceito, segue-se que todo o contracto, pois que tem uma própria e característica função social, assim também tem uma *causa* própria e determinada;

(1) Scialoja, *Negozi giuridici*, pág. 178 e seg.
(2) Scialoja, pág. 172-e 173.

esta é qualquer cousa de objectivo, de fixo, é o motivo determinante do acto jurídico, que se revela como a característica de cada tipo determinado.

Como tal distingue-se nìtidamente do chamado *motivo* ou causa impulsiva, mais ou menos remota, que é qualquer cousa de meramente subjectivo, variável para cada caso, e que não se revela pelos próprios caracteres do acto jurídico.

O direito, em regra, não toma em consideração o simples motivo, porque não pode nem deve indagar todos os movimentos da vontade emquanto permanecem internos. O que interessa o direito é só a *causa* ou motivo determinante, que resulta do próprio acto, porquanto existe objectivamente nele e constitui a sua função social própria e característica (1).

Efeitos dos contractos. Determinados e analizados os elementos essenciais dos contractos, vejamos quais sejam os seus efeitos jurídicos.

É necessário distinguir os efeitos entre os contraentes e os relativos a terceiros estranhos ao contracto.

Por *efeitos* dos contractos deve entender-se não só as conseqüências jurídicas, que deles derivam, ou, como diz o código (art. 703.º), os direitos e obrigações resultantes dos contractos, mas também o seu cumprimento, embora o código, na epígrafe do capítulo IX (*Dos efeitos e cumprimento dos contractos*) do título I do livro II da segunda parte, pareça distinguir entre efeitos e cumprimento. E tanto assim é que logo o primeiro artigo do capítulo (art. 702.º), que estabelece o princípio geral e fundamental sôbre os efeitos dos contractos, menciona precisamente como efeito geral o *cumprimento* da estipulação contractual.

«Os contractos, legalmente celebrados, diz o art. 702.º, devem ser pontualmente cumpridos; nem

(1) Simoncelli *Ist.*, pág. 271 e seg.

podem ser revogados ou alterados, senão por mútuo consentimento dos contraentes, salvas as excepções especificadas na lei».

Os códigos francês (art. 1134.º) e italiano (art. 1123.º) formularam o mesmo princípio por uma forma ainda mais expressiva, e vigorosa, na frase de Colin et Capitant, determinando que «os contractos legalmente formados teem *fôrça de lei* para aqueles que os fizeram». Na verdade, nada mais incisivamente, diz Ruggiero, exprime a fôrça obrigatória da relação contractual do que equiparar o contracto à lei: assim como esta dita preceitos universais e coactivos, assim aquele estabelece preceitos igualmente coactivos, mas particulares para as partes contractantes.

E só neste sentido particular se pode entender o princípio clássico, que o contracto *faz lei* entre as partes, mas não no sentido de que o contracto tenha fôrça creadora de normas jurídicas; pois precisamente a eficácia obrigatória do acôrdo presupõe ela própria a existência duma lei que lha reconheça.

É até interessante que, apesar de os códigos francês e italiano terem expressamente formulado êste princípio, tanto a doutrina como a jurisprudência francesa e italiana são concordes em sustentar que, por não ser o contracto uma lei pròpriamente dita, se o juiz interpretar erradamente uma cláusula contractual, a respectiva sentença não dá, por êsse facto, lugar ao recurso de anulação por meio de revista pelo tribunal supremo (cassation, cassazione, recurso de revista), porque êste recurso só é admitido nos casos de violação ou falsa interpretação da lei (1).

Mas entre nós não pode aceitar-se semelhante doutrina, porque o recurso de revista para o Supremo Tribunal de Justiça tem amplitude maior, abrangendo não

(1) Ruggiero, *Ist.*, II, pág. 304; Colin et Capitan, *Cours*, II, pág. 310 e 311.

só os casos de ofensa da lei, mas todos aqueles em que a sentença tiver *julgado contra direito* (cód. de proc. civ., art. 1159.º § 2.º, n.º 2.º). E tanto é julgar contra direito quando se não faz recta aplicação da lei, como quando se interpreta erradamente uma disposição contractual.

Princípio complementar da determinação dos efeitos gerais dos contractos é que a sua fôrça obrigatória abrange não só o que é neles expresso, mas também as suas conseqüência usuais e legais (art. 704.º); e por isso também a interpretação das disposições contractuais, ou seja, a determinação do sentido e alcance da vontade contractual ou intenção comum das partes, é não só a a que resultar dos seus termos, natureza e circunstâncias, mas também a resultante de uso, costume ou lei (art. 684.º). O princípio é intuitivo, precisamente porque as conseqüências usuais ou legais dos contractos entram, como já vimos, nos seus elementos naturais. Mas, dado o seu caiácter excessivamente abstracto e genérico, resulta necessàriamente que a sua aplicação concreta é da mais delicada e por vezes difícil realização.

É, pois, esta uma das matérias em que não se pode deixar de reconhecer uma larga esfera de acção ao prudente arbítrio dos magistrados.

Alguns códigos como o francês e o italiano, completam ainda êste princípio com o de que os contractos devem ser cumpridos ou executados de boa fé. E dêste preceito deduzem alguns autores corolários como êste: se um comerciante vende ou trespassa o seu estabelecimento, deve abster-se de praticar actos de concorrência que possam diminuir o valor do estabelecimento, não podendo, por exemplo, abrir outro análogo na visinhança, a não ser que entre as partes outra cousa se tenha estipulado (1). Mas no sistema do nosso direito

(1) Colin et Capitant, II, pág. 310.

positivo, tanto civil como comercial, que não formulou semelhante preceito, poderá admitir-se esta doutrina? Entendemos que sim, pois a mesma conclusão cabe bem no princípio formulado nos arts. 684.º e 704.º do código civil, aplicável em direito comercial, por virtude do art. 3.º do respectivo código.

Corolário lógico e necessário do cumprimento integral e pontual dos contractos é o princípio consignado na segunda parte do art. 702.º, segundo o qual êles não podem ser revogados ou alterados, senão por mútuo consentimento dos contraentes, salvas as excepções especificadas na lei.

A expressão «salvas as excepções especificadas na lei» não deve entender-se no sentido exageradamente restrito de serem apenas as excepções *expressa* e *formalmente* declaradas por uma disposição excepcional da lei, mas no sentido genérico, embora restrito às excepções autorizadas pela lei. É como se se dissesse «salvas as excepções admitidas por lei», ou «salvos os casos declarados na lei», ou, enfim, como se diz no art. 1123.º do código italiano: «não podem ser revogados senão por mútuo consenso ou por causas autorizadas pela lei».

Deve, pois, entender-se como uma fórmula genérica, embora excepcional, que abrange em si todas as causas de revogação, dissolução ou rescisão, sejam comuns a todos os contractos, sejam particulares de certos tipos de contracto. O termo final, a condição resolutiva, a superveniência da impossibilidade da prestação, a superveniência de filhos legítimos, a ingratidão e inoficiosidade nas doações (art. 1482.º), a morte dum dos contraentes em certos contractos, como a sociedade (art. 1276.º), o mandato (art. 1363.º), a aprendizagem (art. 1430.º), são precisamente diversos casos de cessação de contracto que a lei reconhece, sem ser necessário o mútuo consenso.

A revogação por mero arbítrio duma das partes, ou a *rescisão unilateral*, é que não pode admitir-se senão nos casos expressa e formalmente declarados na lei, como no mandato (art. 1364.º) e na sociedade (art. 1278.º).

Mas a rescisão por vontade dum dos contraentes com motivo justificado é de admitir sempre que princípios definidos ou intuitivos de justiça fundados em preceitos da lei a legitimem.

Entre estes casos de carácter genérico merecem especial menção a *condição resolutiva tácita* e a cláusula expressa ou presumida *rebus sic stantibus*.

A chamada condição resolutiva tácita é uma das características dos contractos bilaterais, e, como já vimos, consiste em que cada uma das partes, no caso de a outra não cumprir as suas obrigações, pode exigir à sua escolha; ou o cumprimento, ou a rescisão ou dissolução do contracto. O princípio tem o seu fundamento numa razão de eqüidade e foi declarado no antigo direito consuetudinário francês, que por intermédio da doutrina de Pothier teve a sua consagração no art. 1184 do código de Napoleão, donde passou para o art. 1165 do código italiano, e para o art. 709.º do nosso código, mas neste com uma redacção diferente:

«Se o contracto fôr bilateral, e algum dos contraentes deixar de cumprir por sua parte, poderá o outro contraente ter-se igualmente por desobrigado, ou exigir, que o remisso seja compelido judicialmente a cumprir aquilo a que se obrigou, ou a indemnizá-lo de perdas e danos» (1).

(1) Art. 1184 do código francês e 1165 do italiano: «A condição resolutiva é sempre subentendida nos contractos bilaterais, para o caso em que uma das partes não satisfaça a sua obrigação. Neste caso o contracto não é rescindido de direito. A parte, para quem não foi cumprida a obrigação, tem a escolha ou de compelir a outra ao cumprimento do contracto, quando isso seja possível, ou de pedir a sua rescisão, além da indemnização dos danos em ambos os casos. A rescisão do contracto tem de ser pedida judicialmente, e pode ser concedido ao réu um prazo conforme as circunstâncias».

É preciso não confundir a condição resolutiva tácita com a *exceptio non adimpleti contractus*, a qual pode ser oposta por qualquer dos contraentes ao seu adversário, quando êste se apresente a exigir-lhe a contraprestação sem ter cumprido, ou ao menos se ter prontificado a cumprir a sua; enquanto que esta é uma simples defesa com função meramente dilatória, a condição resolutiva tácita faz-se valer por meio de acção e tem por objectivo a dissolução do vínculo contractual.

Também não deve confundir-se com a condição resolutiva expressa; emquanto que esta é uma modalidade ou determinação acidental da vontade dos contraentes, e, portanto, um simples elemento acidental do contracto, a condição resolutiva tácita, sendo estabelecida pela lei, não é uma verdadeira condição no sentido próprio ou técnico, e faz parte dos elementos naturais do contracto, sendo, no conceito de Manenti, uma incarnação da causa dos contractos, uma consequência do desaparecimento da causa (1).

Pràticamente no sistema dos códigos francês e italiano, a diferença consiste na sua diversa eficácia; emquanto que a *expressa* produz os seus efeitos *ipso jure*, isto é, dissolve de direito o vínculo contractual sem necessidade de declaração judicial, a *tácita* apenas confere a faculdade de pedir a resolução ao juiz, que pode não a conceder logo, quando julgar mais oportuno dar ao réu um prazo para o cumprimento da sua prestação.

Ora, a verdade é que o contraente que tem direito a invocar a condição resolutiva tácita, e só o tem quem cumpriu ou se prontifica a cumprir, estando em tempo, mas não o que faltou ao cumprimento, em virtude da regra—*inadempienti non est adimplendum*—não devia precisar de uma sentença para se considerar desobrigado

(1) Manenti, *Della cosidetta condizione risolutiva sottintesa dall' artt. 1165.° in raporto alla teoria generale dei contratti* (*Rivista di diritto civile*, IV, 1912, pág. 145 e seg.).

pela rotura do vínculo contractual. A acção só lhe é de facto necessária, para o caso de ter por sua parte feito alguma prestação e querer exigir a sua restituïção ou de querer também indemnização de perdas e danos. Por outro lado, também não tem fundamento jurídico a faculdade que tem o juiz de, em vez de decretar a resolução do contracto, conceder um prazo ao contraente remisso.

Foram estes defeitos do sistema do código francês que o nosso quís evitar, redigindo-se o art. 709.° por uma forma ao mesmo tempo mais simples e mais perfeita. Simplesmente foi infeliz a inserção do advérbio *igualmente*, que lá se encontra a mais, porque pode à primeira vista dar a entender que cada um dos contraentes se pode desobrigar, não cumprindo o contracto, o que seria um contrasenso, um verdadeiro absurdo.

Segundo o art. 709.°, se algum dos contraentes faltar ao cumprimento, o outro, se não fôr também remisso, pode optar ou pela acção de rescisão, ou pela da exigência do cumprimento, e em ambos os casos com direito a indemnização de perdas e danos, se a ela houver lugar, nos termos dos arts. 705.° a 707.° (1).

E não pode oferecer dúvidas a disposição aparentemente diversa do art. 676.° e seus parágrafos, porque êste tem apenas por fim definir a situação dos contraentes no caso especial de haver estipulação de cláusula penal. De resto, nem há discordância entre os dois artigos, nem o art. 676.° exclui a condição resolutiva tácita.

Note-se finalmente que a condição resolutiva tácita pode ser excluída por disposições especiais da lei, como acontece na compra e venda (arts. 1573.° e 1585.°).

(1) O Dr. Alves Moreira, *Obrig.*, pág. 601 e seg., interpreta o art. 709.° muito diversamente, entendendo que êle só regula a hipótese de nenhuma das partes haver cumprido o contracto e só uma delas estar disposta a cumprir.

Relativamente à chamada cláusula *rebus sic stantibus*, trata-se dum princípio elaborado na doutrina e na jurisprudência dos séculos passados, que foi depois muito esquecido, para não dizer abandonado, mas que modernamente está sendo restaurado principalmente pela doutrina alemã e italiana.

O princípio é que nos contractos a longo prazo e com sucessivas prestações periódicas (*contractus qui habent tractum successivum*), como por exemplo, arrendamentos, empreitadas de execução demorada, concessões de serviços públicos, tais como transportes, fornecimentos de água, gás, electricidade, etc., deve sempre considerar-se subentendida a cláusula *rebus sic stantibus;* quer dizer, quando uma mudança mais ou menos profunda se verifique mais tarde no estado de facto existente, ou previsto pelos contraentes, no momento do contracto, pode o obrigado reclamar a rescisão ou modificação do contracto, que para êle se tornou extremamente gravoso.

O princípio é fundado por uns na teoria da *causa,* e por outros na teoria da *presuposição,* construída por Windscheid.

A teoria da presuposição consiste na presunção de que as partes, ao celebrarem um determinado contracto, deram o seu consentimento ou declararam a sua vontade em harmonia com as circunstâncias existentes ou previsíveis no momento em que contractaram; donde resulta lògicamente que, operando-se uma transformação considerável e imprevista nas circunstâncias económicas ou sociais, em que o contracto tem a sua execução, esta não corresponde já à vontade contractual, e o contracto deve por isso ser revogado ou alterado E assim o princípio da cláusula *rebus sic stantibus* encontra a sua perfeita razão de ser.

Do mesmo modo êle se justifica pela doutrina da causa, porque, modificadas profundamente as condições económicas e sociais, acontece que certos contractos, formados em condições de vida anterior muito diversas, não podem já na nova ordem de cousas realizar normalmente o seu fim social próprio; e, portanto, o desaparecimento da sua causa deve logicamente importar a cessação da sua fôrça obrigatória.

A verdade é, pois, que o princípio *rebus sic stantibus,* quer integrado na doutrina da causa, quer fundado na teoria da presuposição, traduz um princípio de justiça intuitiva, pois que toma na devida conta o aspecto económico da relação contractual, e tem por fim atenuar a rigidez da obrigatoriedade do *vinculum juris,* sempre que a sucessiva transformação do estado de facto o torne excessivamente oneroso para uma das partes.

Se um tal princípio, diz Ruggiero, deva considerar-se contido no nosso direito, é questão muito debatida. E acrescenta: «Mas o princípio pode e deve considerar-se implícito na nossa organização jurídica, mais que por virtude da tradição (despedaçada pelos códigos), por fôrça dos princípios supremos da equidade, que exige um certo equilíbrio económico entre a prestação e a contraprestação, e não pode consentir o ilimitado depauperamento duma parte em benefício da outra, por uma excessiva homenagem à norma da obrigatoriedade do contracto» (1).

E nunca, mais do que na presente conjuntura, em que a profunda crise da depreciação da moeda e da alta excessiva dos preços faz com que certos contractos negociados na normalidade do período anterior se tornem verdadeiramente insuportáveis e incompatíveis com as normas da razão e da justiça, o princípio se apresentou mais justo e equitativo.

Mas, dado o silêncio dos códigos, e posto em contraposição o preceito do cumprimento pontual dos contractos, é forçoso reconhecer que a cláusula *rebus sic*

(1) Ruggiero, *Ist.,* II, pág. 309.

stantibus não pode considerar-se implicita no sistema jurídico actual, por falta duma disposição legal em que se apoie.

Poderia talvez invocar-se o princípio do caso de *fôrça maior*, como liberatório ou justificativo da falta de cumprimento das obrigações (art. 705.º), que nestes termos entendemos que pode efectivamente fazer-se valer pelos devedores que se encontrarem impossibilitados de cumprir as suas obrigações na actual situação económica. Mas êle é insuficiente para resolver a situação dos credores, que pretendam rescindir os seus contractos, por estarem sendo gravemente e injustamente prejudicados, porque a lei não admite semelhante caso de revogação, pois nem sequer admite os casos de rescisão por lesão enorme contemplados pelos códigos francês e italiano (supra, n.º 82).

O que seria necessário era que o legislador interviesse, não com disposições fragmentárias e imperfeitas, como por vezes tem feito para alguns casos, mas com uma disposição de caracter geral, que permitisse aos tribunais a verdadeira administração da justiça.

Como efeito geral dos contractos estabelece o código (art. 703.º) a transmissibilidade dos direitos e obrigações contractuais, tanto entre vivos como por morte, salvo tratando-se de direitos e obrigações puramente pessoais.

Mas o art. 703.º está mal redigido quando diz «podem ser transmitidos», podendo dar a entender que a transmissão por morte só se dá quando as partes a determinem.

A verdade, porém, é que a transmissão por morte se opera por determinação da lei, por fôrça do disposto nos arts. 1737.º, 2011.º e 2014.º.

Quanto aos efeitos particulares dos contractos, são determinados pela natureza de cada um e pelo conteúdo concreto da vontade dos contraentes em cada contracto.

Efeitos dos contractos em relação a terceiros.

O princípio geral, comum não só aos contractos mas a todos os actos jurídicos, é que estes só teem fôrça obrigatória para as partes que os outorgaram ou aceitaram e para os seus herdeiros ou representantes.

É o princípio traduzido no antigo adágio — *Res inter alios acta, aliis neque nocere neque prodesse potest* — que, por sua vez não é senão a generalização do preceito do direito romano clássico — *Alteri stipulari nemo potest* (1).

E como regra bem se justifica, porque, sendo o acto jurídico um produto da vontade dos sujeitos, não produz efeitos para com quaisquer terceiros, que não tenham dado o seu consentimento.

Por isso aquela regra foi conservada através do direito intermédio até ao direito moderno, tendo a sua expressa consagração legislativa nos códigos francês (art. 1165) e italiano (art. 1130) dispondo: «Os contractos não teem efeito senão entre as partes contraentes; não prejudicam nem aproveitam aos terceiros, salvo nos casos estabelecidos pela lei».

E a regra foi concretizada igualmente nos mesmos códigos, com os arts. 1119.º e 1120.º no francês, e o art. 1128.º no italiano, dispondo:

«Ninguém pode estipular em seu próprio nome, senão para si mesmo. Todavia pode cada um estipular em favor dum terceiro, quando isto seja condição duma estipulação que faz para si ou duma doação que faz a outrem. Quem tenha feito uma tal estipulação, não pode mais revogá-la, se o terceiro declarou querer aproveitar-se dela».

Na doutrina comum dos autores franceses e italianos, estes preceitos conteem um princípio geral — a

(1) Porém no direito Justinianeo o rigor da regra foi atenuado por muitas excepções. Já se dizia nas Institutas, 3. 19. 19: *Alteri stipulatur ut supra dictum est, nemo potest: inventae sunt enim hujusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest: ceterum si alii detur, nihil interest stipulatoris.*

nulidade das estipulações feitas em próprio nome mas em favor de terceiro — e várias restrições ao mesmo princípio.

«O dogma, diz Ruggiero, é, como no direito romano, categórico, e a nulidade é absoluta: de um contracto estipulado em nome próprio e em favor de terceiro, não resulta acção para terceiro porque permanece estranho ao contracto, nem para o estipulante ou promissário porque lhe falta o interesse em que a prestação seja efectuada. Mas precisamente destes motivos deriva o primeiro e mais geral limite à proïbição: esta cessa sempre que o estipulante tenha um interesse em que a prestação se faça e se faça ao terceiro (1).

E a verdade é que as excepções admitidas no direito moderno são tantas e tão variadas, que bem pode dizer-se terem invalidade o princípio.

Por isso mais avisadamente andou o nosso legislador, não consignando no código semelhantes preceitos. É que em boa justiça a nulidade dos actos em relação a terceiros só se justifica quando lhes sejam desfavoráveis, e então o que importa é assegurar oportunamente os seus direitos nas diferentes espécies de contractos, com adequadas providências preventivas e repressivas.

De resto, os exemplos de eficácia de contractos em favor de terceiros são numerosissimos no direito moderno.

É por isso que na própria jurisprudência francesa, apezar dos preceitos do código, se admite em regra a validade dos contractos em favor de terceiros; o que levou Planiol a afirmar que o princípio *«não se pode estipular para outrem* é uma fórmula morta e sem sentido, devendo considerar-se a sua inserção na lei como um fenómeno de sobrevivência histórica. A fórmula, que exprime as soluções admitidas, é o contrário

(1) Ruggiero, pág. 312.

do que a lei diz: o *contracto feito para outrem produz uma acção em proveito dêste».*

Os códigos mais modernos (alemão, suíço e brasileiro) consignam expressamente o princípio da validade dos contractos em favor de terceiro, reconhecendo a êste o direito de exigir a prestação.

O nosso código não contém disposição de carácter genérico sôbre os contractos em favor de terceiro, a não ser que se considere aplicável por analogia o art. 746.º: «Os contractos feitos em nome de outrem, sem a devida autorização, produzem o seu efeito, sendo ratificados antes que a outra parte se retrate».

Contudo já Correia Teles tinha consignado no *Digesto Português* (arts. 275.º-277.º) esta doutrina: «A utilidade dum terceiro pode ser objecto dum contracto. Mas deve aceder o consentimento dêsse terceiro, primeiro que êle chegue a adquirir direito. Emquanto o terceiro não manifesta o seu consentimento, bem podem os contraentes desfazer ou alterar o contractado».

Mas o código não só reconhece a validade de certos contractos em favor de terceiros, sem o seu consentimento, mas até a eficácia obrigatória de certos contractos em relação a terceiros. E o mesmo acontece em direito comercial.

O código civil (art. 804.º) admite a novação, por substituïção do devedor, só com o consentimento do credor, e esta novação pode, nos termos dos arts. 747.º e 805.º, reverter em benefício do devedor, que por êste modo fica desonerado da obrigação; e no art. 1454.º, § 3.º admite as doações com encargos, que, segundo a doutrina e jurisprudência estabelecida, podem ser estipulados em favor de terceiros.

E o código comercial (art. 428.º, § 1.º, e 455.º) admite o seguro de vida em favor de terceiro.

A cessão de créditos pode fazer-se, por título gratuito ou oneroso, independentemente do consentimento do devedor (cód. civ., art. 785.º), ficando êste obrigado

para com o cessionário, desde que lhe seja notificada a cessão (art. 789.º).

O contracto de penhor pode produzir efeitos com relação a terceiros, constando de acto autenticado a soma devida, e a espécie e natureza do objecto do penhor (art. 858.º).

Os títulos ou documentos de actos de transmissão de bens ou direitos imobiliários produzem os seus efeitos para com terceiros, desde que sejam devidamente registados (art. 951.º e 1722.º).

Os credores do comerciante falido não privilegiados nem preferentes podem, antes de declarada judicialmente a falência, ou depois em qualquer altura do processo, fazer concordata com o devedor, ou com os seus herdeiros e representantes, estando em número não inferior a dois terços e representando pelo menos dois terços do capital, ou em número não inferior a três quartos e representando três quartos do capital, podendo reduzir o passivo respectivamente até 50 % ou 70 %, e esta concordata é obrigatória para os credores que a não tenham aceitado (cód. de proc. com., art. 286.º e seg.).

Pelo contracto de transporte o transportador obriga-se a entregar a cousa ao destinatário, que pode ser o próprio expedidor, um terceiro, o portador da guia de transporte ou a pessoa a favor de quem ela seja indossada (cód. com., art. 369.º e 371.º).

Êstes exemplos são mais que suficientes para mostrar que no sistema do nosso direito positivo são válidos os contractos em favor de terceiros.

92. **Obrigações delituais. O ilícito civil e o penal. Teoria da responsabilidade civil.** — Como dissemos, há obrigações que derivam de factos voluntários ilícitos ou delitos, e por isso se chamam *delituais*.

O facto ilícito ou delito é todo o acto voluntário, positivo ou negativo, que ofende uma norma de direito.

Ora, se um tal acto ao mesmo tempo ofende um

direito subjectivo de outrem, causando-lhe algum prejuízo ou dano, é princípio de justiça intuitiva que o seu autor deve reparar o dano causado, reintegrando o ofendido ou lesado no estado anterior à lesão, se isso é possível, ou, não o sendo, indemnizando-o pelo valor do prejuízo ou dano que lhe infligiu.

É precisamente a doutrina consignada nos dois primeiros artigos da quarta parte do código civil, que trata da ofensa dos direitos e da sua reparação:

«Art. 2361.º Todo aquele, que viola ou ofende os direitos de outrem, constitui-se na obrigação de indemnizar o lesado, por todos os prejuízos que lhe causa».

«Art. 2362.º Os direitos podem ser ofendidos por factos, ou por omissões de factos».

A situação jurídica em que se coloca o autor dum facto ilícito é o que se chama *responsabilidade*.

Os factos ilícitos dividem-se em duas grandes categorias, conforme ofendem apenas a ordem jurídica privada ou as condições essenciais da ordem jurídica pública. E assim se denominou factos ilícitos civis ou *delitos civis*, e factos ilícitos penais, *delitos penais*, ou simplesmente *crimes* ou *delitos*.

Os primeiros provocam sòmente uma reacção privada, que se traduz na obrigação de reparar a ofensa pela reintegração do direito subjectivo violado, dando lugar a uma acção de processo civil ou comercial; os segundos determinam uma reacção de carácter público, que se traduz na obrigação de reparar a perturbação social causada pelo crime, sujeitando-se o seu autor à aplicação duma pena pessoal ou pecuniária, por meio da competente acção de processo criminal ou penal.

Daí a clássica distinção da responsabilidade em *civil* e *criminal* ou *penal*.

Mas como há muitos factos que são ao mesmo tempo ofensivos da ordem jurídica privada e dos direitos públicos essenciais do Estado, então a responsabilidade

é mixta, dando-se simultâneamente a responsabilidade civil e a criminal (arts. 2363.º-2365.º).

É de notar, porém, que na doutrina não há acôrdo sôbre a determinação do conceito do *delito civil*.

Alguns consideram como delitos civis só os factos ilícitos dolosos (entendendo-se por *dolo* a intenção maléfica de causar dâno) que apenas dão lugar à acção de reparação de dâno; outros entendem que são todos os factos ilícitos dolosos, que provocam, além da acção penal, a acção civil de reparação do dâno; outros, emfim, consideram como ilícito civil todo o facto, quer doloso quer simplesmente culposo, entendendo-se por *culpa* a simples falta da devida diligência), que dá lugar à acção de reparação do dâno, suprimindo assim a velha distinção dos delitos e quási-delitos.

Também entre os autores, sobretudo entre os criminalistas, não há uniformidade sôbre as características diferenciais do ilícito civil e do penal. Mas para o ponto de vista dos princípios fundamentais do direito civil é suficiente o critério distintivo que enunciamos.

Fixado o princípio fundamental da responsabilidade, segundo o qual o autor do facto ilícito se constitue na obrigação de reparar o dâno, importa determinar precisamente os elementos constitutivos da *responsabilidade civil*.

Mas é necessário começar por fazer a distinção entre a chamada *responsabilidade contractual*, que deveria antes denominar-se responsabilidade do *devedor*, e a responsabilidade civil pròpriamente dita ou *responsabilidade delitual*.

A primeira é a que resulta da inexecução duma determinada obrigação preexistente entre credor e devedor: a segunda é a resultante dum facto ilícito prejudicial a alguém, independentemente de qualquer obrigação preexistente entre o lesante e o lesado.

Tanto uma como a outra se traduz na obrigação de reparar o dâno causado; mas a primeira, por isso mesmo

que é a conseqüência duma relação preexistente, regula-se pelo regime jurídico dessa mesma relação, que nem sempre é idêntico ao da responsabilidade delitual.

É a doutrina implìcitamente contida no art. 2393.º:

«A responsabilidade, proveniente da não execução dos contractos, regular-se há pelas disposições dos arts. 702.º e seguintes; a responsabilidade, que derivar de quaisquer outras obrigações, reger-se há pelos mesmos princípios, em tudo aquilo a que estes forem aplicáveis».

Fixado o princípio da responsabilidade civil, tal como está formulado do art. 2361.º, e regulado nos artigos seguintes, vê-se que os elementos ou requesitos essenciais da responsabilidade são: 1.º um *facto ilícito* ou *delito*, isto é, um facto ofensivo da ordem jurídica, e que de algum modo, directa ou indirectamente, possa ser imputado ou atribuído a alguém; 2.º um prejuízo ou *dâno* causado por êsse facto.

A generalidade dos autores, tanto nacionais como estrangeiros, acrescentam um terceiro — a *culpa* do responsável pelas conseqüências do facto danoso (1).

Esta é a concepção clássica da teoria da responsabilidade, tal como foi transmitida do direito romano: não há responsabilidade onde não há culpa.

A teoria clássica da responsabilidade fundada na *culpa* foi efectivamente consagrada pelos códigos francês (art. 1382) e italiano (art. 1151), onde se formula assim o princípio da responsabilidade:

«Todo o facto do homem, que causa um dano, obriga aquele, *por culpa de quem* o facto aconteceu, a reparar o dano».

E os redactores daqueles códigos não formularam uma definição da culpa, naturalmente porque julgaram inútil faze-lo, pensando sem dúvida que a significação

(1) Dr. Alves Moreira, *Inst.*, I, pág. 589 e seg.; Pacchioni, *Elementi*, pág 314 e seg.; Ruggiero, *Ist.*, pág. 482 e seg.; Colin et Capitant, *Cours*, II, pág. 360 e seg.

da palavra é bem clara. Quando se diz que um homem cometeu uma falta, ou está em culpa, dizem Colin e Capitant, todos compreendem o que isto quer dizer». Isto significa que êste homem *não se conduziu como deveria ter-se conduzido, que não fez o que deveria ter feito*» (1).

O traço característico da teoria clássica da responsabilidade é, pois, o seu carácter delictual; tem por base fundamental a noção de *culpa*, isto é, de acto *culposo* ou *ilícito*. E daí, por conseqüência, a dupla regra seguinte:

1.ª Aquele que se queixa de ter sido lesado por facto de outrem deve necessàriamente provar, para ter direito à reparação, que o facto foi devido a culpa do seu autor;

2.ª O autor do facto danoso deve ser isento da responsabilidade pelo dano, se provar que êste não é imputável a culpa sua, o que acontece quando o autor do facto procedeu no exercício dum direito próprio, ou quando a verdadeira causa do facto danoso foi devida a um caso fortuito ou de fôrça maior, ou a um facto da própria vítima.

Mas a própria doutrina clássica reconhece uma excepção notável àquela dupla regra, quando se trata de dano que foi causado, não por uma falta pessoal dum indivíduo, mas sim pelo facto de pessoas que estão sob a sua guarda ou que êle tem como creados, operários, empregados, propostos ou mandatários, ou ainda pelo facto de animais ou outras cousas suas.

Lògicamente, dizem Colin e Capitant, para estabelecer a responsabilidade do guarda, do comitente ou do proprietário, seria necessário provar que êle cometeu uma falta pessoal. Mas uma tal prova seria muito difícil; e seria excessivamente rigoroso impor à vítima a obri-

(1) Colin et Capitant, II, pág. 377.

gação de a fornecer, pois que tal exigência daria em resultado, na maior parte dos casos, priva-la de qualquer reparação. Eis porque os redactores do código estabeleceram para aqueles diversos casos *presunções de culpa*, que dispensam a prova.

Presupõe-se que em tais casos a culpa presumida consistiu ou numa falta de vigilância *(culpa in vigilando)* ou na escolha defeituosa das pessoas encarregadas de certos serviços *(culpa in eligendo)* (1).

O certo é, porém, que em muitos casos a culpa *in vigilando* ou *in eligendo* não corresponderá à realidade dos factos, e contudo o indivíduo a quem a lei a atribui (arts. 2377.º, 2379.º e 2394.º) é responsável por facto não próprio, desde que não consiga provar que da sua parte não houve culpa; noutros casos a responsabilidade por facto alheio é declarada pela lei, independentemente de qualquer presunção de culpa do responsável, como acontece com a responsabilidade solidária dos patrões ou comitentes pelos prejuízos causados por seus creadores ou comissários (art. 2380.º).

Em tais casos é forçoso reconhecer a existência duma responsabilidade sem culpa, ou *responsabilidade objectiva*, como se diz na teoria moderna da responsabilidade pelo *simples facto prejudicial*.

O fundamento da teoria da responsabilidade objectiva consiste em eliminar dos requisitos da responsabilidade aquele que na teoria clássica da responsabilidade delitual constitue a sua essência, isto é, *a imputabilidade do facto danoso a culpa do seu autor*. No sistema da responsabilidade objectiva, um indivíduo será sempre responsável pelas conseqüências prejudiciais dos actos que pratica. A única cousa que tem a demonstrar a vítima do facto doutrem, para obter reparação, é o prejuízo sofrido e o nexo de causa para efeito existente

(1) Colin et Capitant, pág. 366 e 367.

entre o facto e o prejuízo. Assim cada indivíduo deve suportar o *risco* dos seus actos, sejam ou não culposos. O conceito do *risco* deve substituir o da *culpa* como fonte da obrigação.

A questão põe-se nestes termos: quando se produz um facto, que causa um prejuízo de valor económico, quem deve sofrer a perda, a vítima ou o autor do facto? A resposta não pode ser senão que a perda deve recaír sôbre o património do autor do facto. Não só a equidade, mas a verdadeira justiça, exige que os danos causados no património de alguém sejam reparados à custa do património de quem lhes deu causa. E assim o sistema da responsabilidade objectiva se justifica tanto pela teoria do *risco* como pela teoria da *causalidade*.

Qual foi o sistema adoptado pelo nosso código?

Tendo em vista os princípios expostos e a forma como está redigido o art. 2361.°, não podemos deixar de concluir, contra a doutrina geralmente estabelecida e ensinada, que o nosso código civil consagrou como princípio geral e fundamental o sistema da responsabilidade objectiva fundada no conceito da causalidade.

O código civil só considera a culpa ou negligência como elemento essencial da responsabilidade, nos casos em que expressamente o declara, quer estabelecendo-a como simples presunção, cuja prova contrária pode ser feita pela pessoa a quem a lei atribui a responsabilidade do facto danoso, (arts. 2377.°, 2379.° e 2394.°), quer considerando-a como um facto essencial, cuja prova incumbe ao lesado, que reclama a reparação do dano (arts. 2395.° e 2398.°).

Mas, de resto, fóra dos casos especificados na lei, em que esta considera a culpa ou negligência como elemento constitutivo da responsabilidade, subsiste sempre o princípio fundamental, em virtude do qual todo aquele que ofende os direitos de outrem se constitue na obrigação de indemnizar o lesado, por todos os prejuízos que lhe causa, quer tenha, quer não tenha

havido culpa da sua parte, pois que o art. 2361.° não faz qualquer distinção ou restrição.

E tanto é certo que o código não considera a culpa como requesito essencial da responsabilidade civil, que até declara responsáveis pelos seus actos os menores, mesmo os insusceptíveis de responsabilidade criminal, assim como os que praticarem o acto em estado de demência ou de completa embriaguês (art. 2377.° e 2379.° e respectivo § único), semelhantemente ao que dispõem o código alemão (§ 329) e o suiço das obrigações (art. 54.°) (1).

Mas como a culpa é em muitos casos elemento ou condição da responsabilidade, é necessário conhecer os princípios fundamentais da doutrina clássica.

A palavra culpa é empregada em dois sentidos diversos: num sentido estrito, que é o próprio ou técnico, significa a simples falta ou inobservância da devida diligência; é, pois, a simples negligência, imprudência ou falta de cuidado; e num sentido lato, que é o mais comum, diz-se culpa todo o procedimento negligente, ou doloso, ou, em geral, por um modo contrário à lei *(non jure = contra jus)*.

Há, porém, uma profunda diferença entre os conceitos de *culpa* e de *dolo*. Culpa é, com efeito, a simples e involuntária inobservância daquela diligência que se deveria ter empregado numa dada relação, e que, se tivesse sido empregada, teria impedido a realização do facto danoso. O dolo é, pelo contrário, a positiva intenção de causar dano a outrem.

Dêste diverso conceito resulta que, emquanto o dolo é um só, a culpa é susceptível de diversos graus, e é de diversas espécies.

---

(1) É interessante que Colin et Capitant, fazendo o confronto das disposições do nosso código e dos códigos alemão e suiço, aplaudem francamente o sentido mais largo do nosso art. 2377.°, apesar de sérem partidários da doutrina clássica da culpa. Colin et Capitant, pág. 375.

Na doutrina clássica, que vem já do direito romano, distinguem-se três espécies de culpa em relação ao grau da sua intensidade: a culpa *grave (culpa lata)*, que consiste na falta daquele cuidado, ou daquela diligência, que é própria da quási totalidade dos homens, ainda dos menos cuidadosos ou dos menos inteligentes, isto é, em não entender, como diz um texto romano, aquilo que todos entendem; e esta culpa é, pela sua gravidade, equiparada ao dolo — *culpa lata dolo aequiparatur*; a culpa *leve (culpa levis*, ou *levior)*, que consiste na falta de diligência média, ou própria do homem normal, do homem de capacidade média, que na linguagem clássica se chama o bom pai de família (*bonus pater familias*); e culpa *levíssima* (*levíssima culpa*), que consiste apenas em não empregar a diligência, ou o cuidado que é próprio só dos homens excepcionalmente prudentes e cautelosos (*optimus pater familias*).

Com esta graduação da culpa prende-se a distinção em culpa *contractual* e *extra-contractual* ou *aquiliana* (da *lex Aquilia*, que regulou o *damnum injuria datum*), entendendo-se pela primeira a inobservância dum certo procedimento que um indivíduo se impôs contractualmente; e pela segunda a inobservância daquele procedimento que a ordem jurídica impõe a cada indivíduo nas suas relações para com todos os outros, independentemente de qualquer relação contractual que modifique a sua situação.

A importância desta distinção, segundo alguns autores, está em que nas relações contractuais se responde sòmente pela culpa leve e grave, emquanto que nas relações extra-contractuais se responde também pela culpa levíssima, fundando-se esta doutrina na passagem do Digesto (fr. 44 D. 9. 2) — *In lege Aquilia et levissima culpa venit* — e no facto de os códigos empregarem a palavra *culpa* no sentido geral, abrangendo portanto toda a culpa, ainda mesmo a levíssima.

Mas esta doutrina é repelida por quási todos os

autores, e com razão, porque seria injusto exigir nas relações extra-contractuais, reguladas pela ordem jurídica, uma prudência ou um cuidado, que só é próprio dos homens excepcionalmente cautelosos. O contrário é que é admissível, isto é, que em certas relações contractuais se convencione, dentro de certos limites, uma diligência excepcional.

De resto, a mais recente doutrina romanista é concorde em que no referido fragmento do Digesto a expressão *culpa levissima* não significa um terceiro grau de culpa, mas sim a *culpa levis in abstracto*.

Esta qualificação refere-se ao critério pelo qual se aprecia ou mede a culpa. E assim a culpa diz-se *in abstracto* quando não se observa num dado negócio ou relação aquela diligência que seria observada pelo tipo abstracto do bom pai de família; e *in concreto*, quando não se observa aquela diligência que o culpado costuma observar nos próprios negócios ou relações.

Ao contrário do código italiano, que para as obrigações contractuais adoptou o critério da culpa *in abstracto* (art. 1224.º), o nosso consignou no art. 717.º, § 3.º, o critério da culpa *in concreto*: «A qualificação da culpa ou da negligência depende do prudente arbítrio do julgador, conforme as circunstâncias do facto, do contracto e das pessoas». Êste princípio, confirmado para alguns contractos por disposições especiais, como as dos arts. 861.º, n.º 1.º, 1336.º e 1435.º, n.º 1.º, deve igualmente aplicar-se à culpa extra-contractual.

Só excepcionalmente o código estabelece a apreciação da culpa *in abstracto*, como para as obrigações de usufrutuário (art. 2221.º, n.º 2.º, e 2223.º), ou exige uma culpa *lata*, como para a responsabilidade do testamenteiro (art. 1909.º).

Finalmente, em relação ao modo pelo qual se traduz ou verifica, a culpa é *in faciendo*, se consiste em factos positivos, e *in omittendo*, se consiste em factos negativos ou abstenções. Quer dizer: a culpa *in faciendo*

consiste em praticar actos, que não é lícito praticar; a culpa *in omittendo* consiste em deixar de praticar os que a ordem jurídica manda praticar.

Por isso alguns autores, como Pacchioni, dizem que de *culpa in omittendo* se pode falar em regra sòmente a respeito de pessoas que estão obrigadas a fazer alguma cousa, o que se verifica em matéria contractual (culpa contractual); emquanto que entre pessoas que não estão ligadas por um vínculo contractual, não pode em regra admitir-se *culpa in omittendo*, porque, em princípio, o simples facto da convivência social não impõe aos consorciados senão abstenções—*nemo ad faciendum compelli potest* (1).

Mas a verdade é que tal doutrina foi expressamente condenada pelo nosso código (art. 2362.º), que numa compreensão mais ampla do princípio da solidariedade social, firmou a regra de que os direitos podem ser ofendidos por factos ou por omissões de factos. E logo no art. 2368.º fez uma aplicação da regra, determinando que todo aquele que presenciar uma agressão pessoal violenta tem obrigação de auxiliar o agredido, sob pena de ser subsidiàriamente responsável pelas perdas e danos, que êste sofrer. E esta responsabilidade, embora subsidiária, não pode deixar de se considerar solidária, sendo mais do que um os que incorreram na culpa *in omittendo*.

De resto, e dum modo geral, por fôrça dos preceitos de responsabilidade consignados nos arts. 2361.º e 2362.º, deve entender-se que todos os indivíduos, que presenciarem a iminência duma ofensa de direitos, são obrigados a fazer tudo aquilo que normalmente, e sem sacrifício dos próprios direitos, se possa fazer para evitar o dano (2).

(1) Pacchioni, *Elementi*, pág. 326.
(2) Sôbre a doutrina da culpa é notável a obra de Chironi, *La colpa nel diritto civile odierno: colpa contrattuale, colpa extracontrattuale.*

Fixados os princípios fundamentais sôbre a *culpa* como elemento das obrigações delituais, examinemos os que se referem aos dois elementos essenciais — o *facto ilícito* e o *dano*.

O *facto ilícito* é todo o acto ou omissão voluntàriamente praticado contra os preceitos da ordem jurídica. De um facto involuntário, ou de um simples facto material, embora objectivamente considerado seja ofensivo da ordem jurídica, não se pode dizer que seja ilícito. A idéa de ilegitimidade dum facto presupõe a voluntariedade consciente do agente.

Do conceito do acto ilícito resulta, em princípio, o carácter lícito de todos os actos praticados no exercício dos próprios direitos.

Daí a doutrina corrente: quem causa prejuízos a outrem, exercendo um próprio direito, não é obrigado a reparar o dano.

É o princípio que o nosso código formulou no art. 13.º:

«Quem, em conformidade com a lei, exerce o próprio direito, não responde pelos prejuízos, que possam resultar dêsse mesmo exercício».

«Eu posso, diz Pacchioni, levantar a minha casa de um ou mais andares, sem me preocupar de que o meu visinho fique privado da vista do mar ou da montanha. É que, levantando a minha casa de um ou mais andares, não faço senão exercer o meu direito de propriedade, que é, por princípio, ilimitado; e o meu visinho não pode premunir-se senão adquirindo sôbre a minha casa a servidão *altius non tollendi*. Sôbre isto não pode surgir dúvida».

Mas Pacchioni acrescenta:

«Uma cousa é, porém, afirmar que o exercício dum direito não é, *por si mesmo*, ilícito, e outra é afirmar que êle não possa, *em dadas circunstâncias*, ser considerado tal, isto é, quando seja praticado sem vantagem alguma para o seu titular, e com o simples

propósito de causar dâno a outrem (actos *ad aemulationem*)» (1).

O problema do carácter lícito ou ilícito dos *actos emulativos*, isto é, dos actos praticados no exercício dum direito, mas com o simples fim de causar dâno, que na doutrina moderna se chama a teoria do *abuso do direito*, tem passado por uma longa e interessante evolução a partir do direito romano.

O direito romano do período clássico não admitia que um acto de exercício de um direito, qualquer que fôsse o fim para que foi praticado, pudesse ser considerado ilícito, e dar lugar a uma indemnização. É bem expressiva a velha regra, que se encontra nos textos: *Neminem laedit, nemo damnum focit, qui suo jure utitur*. Mas já no direito justinianeo, principalmente em matéria de águas, se começou a abrir caminho para uma nova orientação, pela qual o exercício dum direito, não fundado sôbre um interêsse apreciável do seu titular, mas inspirado apenas *animo nocendi*, não devia ser permitido. E assim a regra clássica, se não foi abolida, foi em todo o caso temperada pela máxima: *malitiis hominum non est indulgendum*.

Êste novo princípio triunfou depois, sob a influência do cristianismo, no direito intermédio, que dêle fez interessantes aplicações (2).

O novo princípio foi, porém, vivamente combatido na época moderna pelas doutrinas individualistas, com fundamento no dogma da distinção entre o direito e a moral; mas de novo reconquistou o seu vigor, sendo expressamente consagrado nos códigos civis da Alemanha e da Suíça. O código alemão formulou-o no § 226: «O exercício dum direito deixa de ser permitido quando não pode ter outro fim senão o de causar dano

(1) Pacchioni, *Elementi*, págs. 315 e 316.
(2) Scialoja, *Aemulatio*, na *Enciclopedia Giuridica Italiana*, I, p. II, pags. 426 e seg.

a outrem». E o código suíço dispôs no art. 2.°: «Cada um é obrigado a exercer os seus direitos e a cumprir as suas obrigações segundo as regras da boa fé. O abuso manifesto dum direito não é protegido pela lei».

O moderno princípio da ilegitimidade do uso abusivo dos direitos é de justiça intuitiva. E tão evidente é êste critério de justiça, que na mais recente doutrina francesa e italiana, apesar de nos seus códigos não haver um preceito semelhante ao dos códigos alemão e suíço, tendo pelo contrário aqueles códigos sido elaborados sob a influência da doutrina individualista, que reconhece o mais amplo exercício dos direitos de cada indivíduo, o moderno princípio consagrado na teoria do abuso do direito tem sido francamente defendido não só de *jure constituendo*, mas também de *jure constituto*, como traduzindo a verdadeira expressão do conceito e fundamento da norma jurídica, que só tem por fim a tutela dos interesses legítimos, e não pode servir para proteger actos meramedte prejudiciais.

E até a moderna jurisprudência francesa, não obstante alguns autores, como Planiol, terem vaticinado para o § 226 do código alemão o destino da letra morta, tem feito dêle as mais variadas e interessantes aplicações, sem mesmo esperar pelo advento dum texto de direito positivo (1).

Mas qual é o sistema do nosso direito positivo?

Á primeira vista pode parecer que o art. 13.° do nosso código é a consagração pura e simples da velha máxima *qui suo jure utitur neminem laedit*.

Mas bem ponderados os preceitos da lei, logo se reconhece que tal não é a sua doutrina. O mesmo art. 13.° só reconhece a legitimidade do amplo exercício dos próprios direitos, e a consequente irresponsabilidade

(1) Colin et Capitant, II, págs. 382 e seg.; Pacchioni, págs. 315 e seg.; Dr. Alves Moreira, *Inst.*, I, págs. 632 e seg.

pelos prejuízos causados, quando êsse exercício seja *em conformidade com a lei*. Ora, conforme à lei não pode dizer-se o exercício dum direito, que não tenha outro fim senão o de causar dano, ou o capricho e espírito malévolo de vexar ou incomodar alguém. E tanto é assim, que logo a seguir o art. 14.º determina que, na colisão de direitos, quem procura interesses deve ceder a quem pretende evitar prejuízos; e, portanto, com maioria de razão, quem não procura interêsses, mas apenas fazer mal, pratica um acto ilícito.

Mas há mais. O código, reconhecendo o direito de propriedade em toda a sua amplitude, como um dos direitos mais fortemente tutelados e garantidos, limita entretanto o seu conteúdo, e portanto o seu exercício, aos actos que tiverem por objecto a conservação da própria existência ou o melhoramento da própria condição (art. 366.º e 2167.º). Isto significa necessàriamente que o exercício do direito de propriedade, e no sistema do código êle abrange todos os direitos patrimoniais já adquiridos, não é legítimo desde que não se mantenha dentro dos limites e dos fins estabelecidos na lei.

E assim somos levados à conclusão de que no sistema do nosso código se encontra já consignado o princípio que condena o uso abusivo dos próprios direitos.

Mas não basta a prática dum acto ilícito para constituir o seu autor em responsabilidade civil.

Um indivíduo pode tentar assassinar outro. Se o o crime não passou de tentativa de homicídio, não chegando a causar prejuízos, há responsabilidade criminal, mas não responsabilidade civil, porque não há danos particulares ou individuais a reparar.

O *dano* ou *prejuízo* é, com efeito, o elemento objectivo essencial da responsabilidade civil.

Mas o que deve entender-se por dano? A palavra *dano* tem dois sentidos: num sentido lato, dano é todo o sofrimento físico ou moral que recaír sôbre alguém; num sentido mais restrito, é apenas o sofrimento resultante duma perda total ou parcial do património ou das suas fontes produtivas.

Há, pois, duas espécies de dano: o *patrimonial*, que directa ou indirectamente afecta o património duma pessoa, e que, portanto, é susceptível de uma exacta avaliação pecuniária; e o dano não patrimonial ou simplesmente *moral*, que consiste no sofrimento psíquico ou espiritual resultante da perturbação causada pela ofensa.

O dano patrimonial pode assumir duas formas diversas, que se podem verificar isolada ou conjuntamente: uma perda ou diminuição efectiva do património (*damnum emergens*), ou a perda dum aumento do património, a falta dum lucro (*lucrum cessans*), que o lesado deveria normalmente realizar, se não fôra o obstáculo do facto ilicito.

Danos emergentes e *lucros cessantes* é precisamente o que no código se traduz pela expressão aliás incorrecta de *perdas* e *danos* (arts. 706.º e 2364.º).

O código, na palavra *prejuízos*, empregada no art. 2361.º, abrange manifestamente todas as espécies de dano, como se vê pelos arts. 2382.º e seg.

Mas o problema da reparação dos danos morais é muito discutido entre os autores, apoiando-se a solução negativa na falta de equivalência e impossibilidade de confronto entre a dôr e o dinheiro, não podendo sequer estabelecer-se um critério prático de avaliação do dano puramente moral, o que daria em resultado o arbítrio dos julgamentos.

A estas razões respondem Colin e Capitant por uma forma, que é não só triunfante, mas inspirada por um alto espírito de justiça e de equidade: «Seria ainda mais impressionante que nenhuma reparação viesse compensar o prejuízo, o ultraje, a perturbação moral sofrida pelo ofendido. Se o arbítrio do juiz é sempre um perigo, a recusa de toda a sanção contra o mal causado pelo facto doutrem seria uma injustiça flagrante.

Faute de mieux, l'argent sert dans la vie á panser bien des blessures, bien des souffrances. Toda a gente admite sem dificuldade que uma indenização pecuniária venha compensar a ofensa feita à reputação, à honra do indivíduo. Do mesmo modo uma indenização a título de perdas e dânos servirá para reparar, embora dum modo aproximativo e imperfeito, a ofensa feita à afeição ou aos sentimentos íntimos duma pessoa». (1)

Nesta orientação a jurisprudência francesa entrou abertamente no caminho das reparações morais, levando o princípio às suas conseqüências estremas. É o caso da ofensa à reputação, à consideração duma pessoa; é o rompimento injustificado duma promessa de casamento, e o facto duma sedução dolosa, ou ainda, o prejuízo causado a um cônjuge pelo adultério do outro. Para todos êstes casos os tribunais franceses têm concedido a indenização de perdas e dânos. Quando um acidente causa a morte duma pessoa, os tribunais (Paris, Dijon, Douai) têm concedido aos seus próximos parentes uma indenização, não só pelo prejuízo material e moral, causado pela privação dos recursos fornecidos pelo trabalho do defunto e pela perda da situação social, mas igualmente pela *perda de afeição*, pela dôr causada pelo desaparecimento dum ente querido.

Emfim, segundo a jurisprudência francesa, até a ofensa às crenças e às convicções pode servir de base a perdas e dânos. É assim que um professor primário foi condenado por ter proferido perante os alunos palavras ultrajantes para o exército e para a religião.

E assim resurge por obra da moderna jurisprudência francesa a antiga instituïção do *Schmerzensgeld* ou *pecunia doloris* do direito germânico.

(1) Colin et Capitant, págs. 373 e 374. Para a doutrina italiana: Minozzi, *Studio sul damno non patrimoniale;* Paccioni, págs. 327 e 328 (só admite uma espécie de compensação, mas não reparação); Ruggiero, págs. 117 e 118 (admite a indenização ou reparação).

Entre nós tem-se entendido que o código, em regra, só admite a reparação do dâno patrimonial.

Esta doutrina funda-se em que o código, quando determina a responsabilidade civil conexa com a criminal (art. 2384.º e seg.), estabelecendo a medida objectiva do dâno causado pelos factos que maiores dores morais podem originar, só atendeu aos prejuízos de carácter patrimonial, havendo mesmo casos em que nem por todos êles reconhece direito a indenização. Por isso, e dada a impossibilidade de formular um critério preciso para a determinação das pessoas com direito à reparação e para o cálculo do quantitativo do dâno moral, conclui-se pela impossibilidade de estabelecer um princípio geral, admitindo-se a indenização sòmente nos casos especialmente previstos na lei (art. 2304-2391), como são os de ofensas corporais ou da liberdade pessoal, injúria, difamação e atentado ao pudor, ficando a avaliação do dâno dependente do arbítrio do julgador, em harmonia com os critérios estabelecidos pela lei. (1)

Mas em nosso entender não é esta a doutrina do código.

Que o princípio fundamental da responsabilidade, no art. 2361.º, é de carácter geral, parece-nos indiscutível. E que os prejuízos que êle manda reparar são tanto os morais como os patrimoniais, revela-o claramente o art. 2383.º:

«Os prejuízos que resultam da ofensa de direitos primitivos, podem dizer respeito à personalidade física, ou à *personalidade moral;* os prejuízos relativos aos direitos adquiridos referem-se aos interesses materiais externos».

(1) Dr. Alves Moreira, *Inst.*, I, pág. 596.

O facto de o código, nos artigos seguintes, regular a determinação do dâno, só para certas ofensas da personalidade moral, significa apenas serem essas as mais freqüentes e aquélas em que é fácil formular um critério mais ou menos prático de determinação.

Para todos os outros casos de ofensa da personalidade moral o critério de determinação não poderá deixar de ser o do prudente arbítrio dos tribunais, em harmonia com a natureza do facto ilícito e as circunstâncias em que foi praticado, tendo-se também em consideração a condição do ofensor e das pessoas ofendídas.

93. **Obrigações involuntárias.** — Além das obrigações derivadas de um facto voluntário, lícito ou ilícito, há obrigações resultantes de factos pessoais mas involuntários, e de factos extravoluntários, isto é, de factos naturais ou materiais.

Com efeito, como obrigações involuntárias não podem deixar de considerar-se:

a) as obrigações da responsabilidade civil dos menores sem discernimento ou daqueles que, por seu estado de embriaguês ou de demência, forem relevados da responsabilidade criminal (arts. 2377.º e 2379.º, § ún. do cód. civ., e arts. 42.º e 43.º do cód. pen.);

b) as obrigações da responsabilidade dos pais, tutorès ou éncarregados da guarda dos incapazes, pelos actos por estes praticados, quando não conseguirem provar que neles não tiveram culpa e de facto a não tenham tido;

c) as obrigações da responsabilidade dos patrões, mandantes ou comitentes, pelos actos praticados por seus criados, empregados, mandatários ou comissários, sendo tais actos praticados no desempenho dos serviços a seu cargo, e não sejam os próprios actos de que foram encarregados (art. 2380.º);

d) as obrigações da responsabilidade dos donos ou possuïdores de quaisquer animais ou outras cousas, que

sejam causa de prejuízos para outrem, sempre que não consigam provar a sua falta de culpa (art. 2394.º), salvo o caso previsto no art. 2395.º, sôbre a ruína dos edifícios, em que a prova da culpa incumbe ao lesado.

e) as obrigações da responsabilidade daqueles em favor de quem, para se evitar um dâno iminente, foi necessário fazer algum dâno em propriedade alheia (art. 2396.º e 2397.º);

f) as obrigações da responsabilidade de todas as emprêsas industriais, singulares ou colectivas, incluindo o Estado e as autarquias locais, pelos prejuízos sofridos pelos seus operários ou empregados nos desastres ou acidentes profissionais do trabalho, conforme o decreto n.º 5637 de 10 de Maio de 1919, que estabelece a responsabilidade objectiva fundada no risco profissional;

g) as obrigações da responsabilidades das emprêsas de transporte pelos prejuízos causados às pessoas ou às cousas de outrem, conforme o decreto n.º 5646, de 10 de Maio de 1919, que igualmente estabelece a responsabilidade objectiva;

h) e, em geral, toda a obrigação de indenizar um prejuízo resultante de facto involuntário e sem culpa do seu autor, em harmonia com o princípio geral de responsabilidade consignado no art. 2361.º, pois que a culpa do agente só é requesito essencial da responsabilidade civil nos casos em que a lei assim o determina.

94. **Garantia das obrigações ou acção. Obrigações perfeitas e imperfeitas. Obrigações naturais.** — A essência jurídica da obrigação reside no *vinculum juris* existente entre os sujeitos da relação. A relação obrigatória é, pois, assistida de uma plena protecção ou garantia jurídica, que se traduz na possibilidade da intervenção coactiva do poder jurisdicional do Estado para fazer respeitar o direito de cada um dos sujeitos pelo efectivo cumprimento da correlativa obrigação.

Mas será sempre essencial no conceito de obrigação

a existência duma acção, que forneça ao credor o meio de compelir o devedor ao cumprimento, de modo que onde falte a acção não se pode falar de obrigações jurídicas, mas apenas de deveres puramente morais, simples deveres de honra ou de consciência?

Entre estes e aquelas admitia o direito romano uma categoria intermédia — a das chamadas *obrigações naturais*.

Eram verdadeiras obrigações de carácter jurídico, mas de uma eficácia inferior à daquelas que em contraposição se denominavam *civis:* eram desprovidas de acção, de modo que o credor só por meio de excepção as podia fazer valer em caso de compensação, ou ainda por meio da *soluti retentio*, que autorizava o credor natural a repelir o pedido de restituïção do pagamento que o devedor tivesse feito, ainda mesmo que por êrro julgando-se civilmente obrigado. E assim se contrapunham, por um lado, ás obrigações civis ou perfeitas, pela falta da mais segura garantia das relações jurídicas, que é a acção; e por outro, às obrigações puramente morais ou de consciência, nas quais, embora se verificasse em regra também o efeito da *soluti retentio*, faltava todavia, a idéa de vínculo jurídico, sendo apenas o sentimento moral, religioso ou social, que podia levar a satisfaze-las, e que, uma vez satisfeitas, impedia em regra a exigência da restituïção do pagamento.

Sôbre o fundamento da distinção entre as obrigações naturais e as civis há dois diversos conceitos. A doutrina mais comum atribüe-lhe o mesmo fundamento da antítese entre o *jus naturale* e o *jus civile*. Porém a mais recente doutrina romanista rejeita esta idéa, acentuando que a obrigação natural tem também uma *causa civilis*, isto é, uma causa que em si mesma seria idónea para produzir obrigação civil, se não existisse um obstáculo qualquer oposto pelo direito positivo. Obrigações naturais não quer dizer, portanto, que são

as fundadas no *jus naturale*, e ainda menos no *jus gentium;* nem vale mais dizer que são relações sociais, ou deveres de equidade, ou situações de facto, a que a lei atribui alguns efeitos jurídicos análogos aos das obrigações pròpriamente ditas. Pelo contrário, trata-se de relações de carácter jurídico, que seriam capazes de entrar na categoria das obrigações jurìdicamente perfeitas, e que só o não são por um qualquer motivo extrínseco derivado do direito civil; ou trata-se ainda de obrigações originàriamente perfeitas, às quais, por uma análoga razão extrínseca, foi retirada a tutela da acção, de modo que delas apenas sobrevive o vínculo obrigatório.

Os casos mais importantes de *obligatio naturalis*, como tais geralmente considerados, fóra de toda a controvérsia, eram:

a) a obrigação contraída pelo escrâvo, quer com o *dominus* ou com um terceiro, quer com outro escravo, onde era negada a acção por motivo da incapacidade dos escravos;

b) a obrigação contraída entre pessoas ligadas por vínculos de *patria potestas*, em virtude do princípio da unidade patrimonial da família concentrada no *pater familias;*

c) a obrigação de mútuo contraída pelo *filius familias*, porque era contrária ao Senatus Consultus Macedoniano;

d) a obrigação extinta pela *capitis deminutio* ou ainda pela *litis contestatio*.

Entre outros casos de obrigações naturais, mas êstes controvertidos, citam-se:

a) a obrigação contraída pelo pupilo sem a *auctoritas tutoris;*

b) a obrigação do devedor injustamente absolvido;

c) a obrigação extinta por prescrição;

d) a obrigação de *nudum pactum*.

Quanto aos efeitos, o mais importante é a *soluti*

retentio, que se verificava tanto quando o pagamento era feito scientemente, como quando fôsse por êrro julgando-se o devedor civilmente obrigado; mas outros podiam dar-se, tais como: a idoneidade da *obligatio naturalis* para ser reforçada por uma obrigação acessória ou de garantia, como a hipoteca, o penhor, a fiança; a capacidade de ser transformada em civil, por meio de novação, ou de ser oposta em compensação, efeito muito importante, em virtude do conteúdo da coacção que nele se verifica implicitamente.

No direito civil moderno é muito controvertida a existência de obrigações naturais, como figura jurídica intermédia entre as obrigações perfeitas e os simples deveres morais ou de consciência.

Entre os próprios autores franceses e italianos, apesar de nos seus códigos haver um artigo com uma expressa referência às *obrigações naturais* (1), não falta quem negue a sua existência, com o fundamento de que elas são completamente destituídas de carácter jurídico, pois que o seu único efeito no direito moderno — a inexigibilidade da restituïção do pagamento — se explica simplesmente porque a lei não pode proteger o acto imoral de quem pretende retomar aquilo que deu em cumprimento dum dever de consciência.

Outros, pelo contrário, não só com fundamento na disposição legal que a elas se refere, mas principalmente no facto de existirem realmente certas obrigações que, embora não sejam munidas da acção competente, são em todo o caso reconhecidas pela lei, de modo que o seu pagamento, embora feito por êrro não pode ser reclamado, sustentam que tais obrigações teem carácter

(1) Código francês, art. 1235.º, e italiano, art. 1237.º: «O pagamento presupõe uma dívida; aquilo que é pago sem ser devido é repetível. A repetição não é admitida nas *obrigações naturais* voluntàriamente satisfeitas».

jurídico, sendo por isso distintas das simples obrigações morais ou de consciência.

E na verdade tais obrigações são imperfeitas na sua estrutura jurídica, mas são obrigações jurídicas.

Ainda mesmo no sistema do nosso código, que não contém uma disposição semelhante à dos códigos francês e italiano, não podemos deixar de reconhecer a figura jurídica das obrigações naturais.

Temos em primeiro lugar duas obrigações, a que o código expressamente atribui o efeito da *soluti retentio:* a do empréstimo feito aos *filhos famílias* (art. 1535.º), que não pode ser exigido, nem mesmo do fiador, mas que, sendo pago, não dá direito a restituïção; e a das dívidas de jôgo (art. 1542.º), que teem o mesmo efeito jurídico, com a modificação de que, sendo por jôgo de azar, pode ser exigida a restituïção do pagamento.

Mas caracterizadamente jurídica é a obrigação natural, em que se transforma a obrigação perfeita depois de extinta pela prescrição (arts. 505.º e 515.º).

Com efeito, a obrigação extinta por prescrição nem mesmo se pode dizer desprovida da acção, pois que o credor pode demandar o devedor, e se êste não invocar o benefício da prescrição, será condenado, ainda que do processo conste que a dívida está prescrita, por não poder o juiz *ex-officio* conhecer da prescrição.

Mas, além disso, como obrigações naturais de carácter jurídico devem considerar-se todas aquelas que, sendo *realmente* existentes, não teem plena eficácia jurídica, por lhes faltar algum requesito exigido pela lei, mas que, por existirem de facto, produzem em todo o caso o efeito de, sendo pagas, não poder ser reclamado o pagamento, pois que o art. 758.º só admite a repetição do pagamento indevido, quando por êrro de facto ou de direito se paga o que *realmente se não deve*.

E assim como obrigações naturais devem também considerar-se, entre outras:

a) a obrigação de pagar juros não estipulados no empréstimo;

b) a obrigação do devedor absolvido por falta de prova;

c) a obrigação do comerciante falido, pela percentagem reduzida em concordata com os credores.

Embora à primeira vista pareça paradoxal, ou contraditória consigo mesma uma figura jurídica de obrigações *não obrigatórias*, como seriam as naturais, o certo é em todo o caso que elas teem uma natureza jurídica.

As chamadas obrigações naturais são obrigações jurídicas imperfeitas. (1).

95 **Efeitos das obrigações. Seu cumprimento.** — O código trata dos efeitos das obrigações no capítulo IX do título I do livro II da segunda parte, sob a epígrafe «*Dos efeitos e cumprimento dos contractos*». Mas neste capítulo abrange o código matérias que não são pròpriamente efeitos da obrigação, como são alguns dos meios de transmissão e extinção das obrigações (cessão de créditos, confusão de direitos e obrigações, novação e perdão ou renúncia), deixando, por outro lado, de regular no mesmo capítulo algumas relações, que são efeitos, embora indirectos da obrigação, como a anulação ou rescisão dos actos e contractos celebrados em prejuízo de terceiro (capítulo XI).

O fim próprio e natural de toda a obrigação é proporcionar ao credor, ainda contra a vontade do devedor, a vantagem da prestação por meio do seu cumprimento, e, na falta dêste, por meio dos seus sucedâneos ou substitutivos; e assim os efeitos ou consequências da relação obrigatória podem agrupar-se em três categorias, conforme se referem ao cumprimento e modo como êste se realiza, a falta de cumprimento e conseqüências que dela derivam, e aos meios concedidos ao credor para a defesa e tutela do seu direito. Como diz Ruggiero, a tríplice teoria da execução, das conseqüências da inexecução, e da tutela jurídica do credor, constitui precisamente a exposição orgânica dos efeitos da relação obrigatória.

(1) Em contrário o Dr. Alves Moreira, *Obrig.*, págs. 20 e seg., entende que as obrigações naturais são situações de facto a que o legislador atribuiu alguns efeitos.

Cumprimento é a exacta realização da prestação por parte do devedor; são seus sinónimos os termos *execução* (art. 2363.°), *pagamento* e *solução* (art. 787.°), a *solutio* do direito romano, que exprime o mesmo conceito de satisfação, e não se restringe, como se usa dizer na linguagem comum, a significar o cumprimento duma obrigação pecuniária, ou a prestação duma soma de dinheiro. (1)

O princípio fundamental sôbre os efeitos directos da obrigação é a necessidade do seu pontual e exacto cumprimento (art. 702.°), sob pena de indenização das perdas e dânos (arts. 705.° e 711.°).

Êste princípio formulado para as obrigações contractuais aplica-se igualmente a todas as outras obrigações (art. 2393.°).

O devedor não pode, a seu arbítrio, substituir o objecto da prestação, *aliud pro alio*, embora seja de maior valor a cousa que pretenda dar; nem pode exigir que o credor receba a prestação por partes, salva esti-

(1) *Solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam, magisque ad substantiam obligationis refertur, quam ad nummorum solutionem* (fr. 54. D. 56. 3). Ruggiero, págs. 145 e 146. Em sentido diverso diz o Dr. Alves Moreira: «A expressão *cumprimento da obrigação* não deve considerar-se sinónima de *pagamento*. Pela expressão *cumprimento* significamos a prestação a que o sujeito passivo fica adstricto, quer pelo que respeita ao seu objecto, quer ao tempo e ao lugar em que se deve efectuar; o *pagamento* é o facto porque normalmente se extingue a obrigação». *Obrig.*, pág. 82.

pulação das partes ou determinação da lei em contrário (art. 721.º). (1)

Mas o princípio da execução pontual não exige que a prestação seja feita pelo próprio devedor, podendo sê-lo por outra pessoa (art. 747.º). É uma conseqüência do conceito do direito moderno, segundo o qual a relação obrigatória é mais uma relação entre os patrimónios, destinada a um fim útil, do que uma relação de dependência pessoal.

O cumprimento integral da prestação não pode ser impedido pelo *beneficium competentiae* do direito romano, segundo o qual certos devedores não eram obrigados ao pagamento integral, quando por êle ficassem privados dos recursos necessários ao seu sustento, como eram os pais em relação aos filhos, os patronos em relação aos libertos, os cônjuges entre si, e os soldados em relação a quaisquer credores.

Há, porém, certos bens que não podem ser executados, ou só o podem ser por nomeação expressa do executado (cód. de proc. civil, arts. 815.º e 816.º, decreto de 21 de Outubro de 1907, que declarou impenhoráveis os salários, e decreto n.º 7073 de 16 de outubro de 1920 que instituíu sob o nome de *casal de família*, o regime do *homestead*, segundo o qual não podem ser executados os bens que o constituem).

Quanto ao tempo e ao lugar em que a prestação deve ser feita, o princípio geral é formulado no art. 739.º: deve ser no lugar e no tempo designado no título constitutivo da obrigação (acto jurídico ou sentença do juiz), excepto quando a lei permitir outra cousa.

Se a obrigação é pura e simples, isto é, independente de qualquer prazo ou tempo, o princípio é o do

(1) Assim o art. 321.º do código comercial permite que o aceitante duma letra faça pagamento parcial, excepção que se justifica pela justa conveniência de libertar os outros coobrigados na letra de parte da sua responsabilidade.

art. 753.º: a prestação deverá ser feita quando o credor a exigir, salvo o lápso de tempo dependente da sua própria natureza, ou o determinado pela lei em disposições especiais (arts. 1511.º, 1526.º, § único, 1527.º, e cód. de proc. civ., art. 901.º, § 1.º).

O § único do art. 743.º prevê a hipótese de o tempo da prestação ficar dependente da *possibilidade* do devedor (*cum potuerit*), determinando que o credor só a poderá exigir provando a dita possibilidade.

Mas não prevê o código a hipótese de se haver convencionado que o devedor pagará quando quizer (*cum voluerit*). Esta cláusula não pode interpretar-se no sentido de não ficar o devedor sujeito a obrigação alguma, a não ser que do acto resulte que o credor deixou dependente da vontade do devedor a própria obrigação (*si voluerit*), e não apenas o momento do seu cumprimento.

Ora, como o nosso código não permite, à semelhança de outros, como o italiano (art. 1173.º), que em tal caso o juiz fixe um prazo conveniente, para o devedor cumprir, deve entender-se que o credor tem de esperar pela morte do devedor, para poder exigir a prestação dos seus herdeiros, para quem ela se transmitiu (arts. 703.º e 2366.º), e aos quais não é extensiva a cláusula *cum voluerit*.

Outro princípio fundamental sôbre o tempo da prestação é que o prazo se presume sempre estipulado a favor do devedor, excepto se do acto ou das suas circunstâncias resulta que a estipulação também foi feita a favor do credor (art. 740.º); podendo mesmo em alguns casos ser feita só a favor dêste, como no depósito (arts. 1435.º, 1448.º e 1449.º), em que o depositário é obrigado a restituir a cousa quando o depositante quizer, e só tem o direito de exigir o levantamento do depósito, antes do prazo convencionado, sobrevindo justa causa, e nas obrigações cambiárias (cód. com., art. 317.º), em que o portador duma letra

não pode ser obrigado a receber o pagamento antes do prazo de vencimento, pois pode ter interêsse em que só então se faça o pagamento.

Fóra dos casos declarados na lei, não pode, pois, o credor recusar-se a receber a prestação antes do prazo convencionado, não podendo mesmo ser admitido a provar que tem interêsse em que a obrigação não seja cumprida antes do vencimento. (1) Mas por isso mesmo deve entender-se que, se o devedor quer pagar antes, não tem direito a qualquer dedução.

Os arts. 741.º e 742.º estabelecem três casos em que o devedor pode ser obrigado a cumprir antes do prazo do vencimento:

a) *falindo* o devedor, devendo entender-se que é quando o devedor se tornar insolvente, isto é, quando a soma dos seus bens e créditos fôr inferior à soma das suas dívidas (art. 1036.º), pois que a *falência* é um regime jurídico exclusivo dos comerciantes;

b) quando as garantias ou seguranças estipuladas a favor do credor tenham deminuído por culpa do devedor;

c) quando a dívida consistir em prestações sucessivas e o devedor deixar de pagar uma delas.

As circunstâncias prevenidas nos arts. 741.º e 742.º são por si só suficientes para justificar a mudança da situação jurídica.

Relativamente ao lugar do cumprimento, sendo por vezes muito importante o interêsse que nele podem ter as partes, estabeleceu o código nos arts. 744.º e 745.º as regras para o determinar quando não tenha sido estipulado ou não resulte da própria natureza e circunstâncias do contracto.

Se a prestação consiste em objecto móvel determi-

(1) Em sentido contrário parece pronunciar-se o Dr Alves Moreira, *Obrig.*, pág. 107.

nado, deverá ser feita no lugar onde êste existir ao tempo do contracto; em qualquer outro caso no domicílio do devedor, devendo êste, se mudar de domicílio, indenizar o credor das despesas que fizer a mais por causa da mudança. A entrega de imóveis deve considerar-se feita com a entrega dos respectivos títulos.

É de notar, porém, que a regra do art, 744.º tem as excepções declaradas na lei (arts. 1529.º, 1530.º, 1661.º, § 1.º e 2.º).

O código não prevê a hipótese de se ter estipulado o domicílio do credor, mudando depois de domicílio. Por analogia do § único do art. 744.º, e atendendo a que as despesas com a entrega são por conta do devedor (art. 746.º), deve entender-se que o crédor é obrigado a indenizar o devedor das despesas que fizer a mais por causa da mudança de domicílio (1).

96. **Falta de cumprimento. Perdas e danos. O dolo, a culpa, e a mora.** — Quando a obrigação deixa de ser cumprida no todo ou em parte, para determinar as conseqüências da falta de cumprimento, é necessário atender à causa da inexecução. É que, embora por inexecução se entenda em geral o não cumprimento imputável ao devedor, no seu mais amplo conceito entram todos os casos de não cumprimento; e assim como há causas que são imputáveis ao devedor, há outras que lhe são extranhas; mas assim como há algumas que produzem *ipso facto* a extinção do vínculo obrigatório, há outras que apenas o transformam, substituíndo ao objecto originário da prestação, ou colocando a seu lado, a reparação do dano.

Dada a falta de cumprimento, duas hipóteses se

(1) Em sentido diverso entende o Dr. Alves Moreira, *Obrig.*, pág. 115, que, havendo dúvida a respeito da intenção das partes, não deve considerar-se o devedor adstrito ao pagamento no lugar para onde o credor mudou o seu domicílio.

podem apresentar. Pode faltar a prestação, de modo que não seja mais possível: impossibilidade absoluta, como quando a cousa que devia entregar-se tenha perecido; ou apenas relativa, porque a sua tardia execução não aproveitaria já ao credor, como no caso da prestação consistente no trabalho dum artista, que só fôsse oportuno na dada circunstância, para que foi convencionado; mas impossibilidade em ambos os casos definitiva, e não meramente transitória. Ou pode, pelo contrário, não se ter tornado impossível a prestação, mas tratar-se só de atrazo ou demora no seu cumprimento (*mora*), e pode o retardamento ser do devedor no pagar (*mora solvendi*) ou do credor no receber (*mora accipiendi*).

O fenómeno da *mora* é antes uma temporária inexecução; e por isso, quando êle se verifica, não se trata de inexecução pròpriamente dita, ou definitiva, a qual presupõe a impossibilidade superveniente da prestação (1); e, portanto, de mora não há que falar quando se verifica a inexecução definitiva.

Resultando a inexecução da impossibilidade da prestação, a obrigação, ou se extingue, ou subsiste, transformando-se em outra tendo por objecto a indenização do dano (*id quod interest*), conforme a causa da impossibilidade é independente ou não da vontade do devedor.

As causas que não dependem da vontade do devedor, e que por isso extinguem a obrigação, resumem-se todas no çonceito do *caso fortuito;* as que dependem da vontade do devedor, importando por isso a imputabilidade da falta de cumprimento, e a conseqüente responsabilidade pelos danos, teem uma eficácia e

(1) Não há que considerar aqui a impossibilidade originária, pois esta, como já sabemos, é obstáculo à constituïção do vínculo obrigatório (supra, n.º 80).

importância diversas, conforme presupõem a vontade consciente de não cumprir a obrigação (*dolo*) ou sòmente uma falta de diligência (*culpa*). A ordem decrescente da responsabilidade vai assim de um máximo, que é constituído pela dolosa inexecução por voluntária ofensa da relação obrigatória, até uma responsabilidade mais atenuada, quando ao devedor é imputável mera negligência, desaparecendo quando uma causa extranha ao sujeito exclue toda a imputabilidade (1).

É assim que o art. 705.º dispõe:

«O contraente, que falta ao cumprimento do contracto, torna-se responsável pelos prejuízos que causa ao outro contraente, salvo tendo sido impedido por facto do mesmo contraente, por fôrça maior ou por caso fortuito, para o qual de nenhum modo haja contribuído». E o art. 706.º determina: «A indemnização pode consistir na restituïção da cousa ou do valor precìpuamente devido, ou na restituïção dessa cousa ou dêsse valor e dos lucros que o contraente teria tirado, se o contracto fôsse cumprido; neste último caso diz-se indemnização de perdas e danos.» Mas o art. 707.º declara que «só podem ser tomados em conta de perdas e danos as perdas e danos, que necessàriamente resultam da falta de cumprimento do contracto».

O nosso código não faz como o italiano uma grande diferença, entre o dolo e a culpa, na graduação da responsabilidade. Mas alguma faz em todo o caso. É assim que, podendo a responsabilidade ser regulada por acôrdo das partes, salvo nos casos exceptuados pela lei (art. 708.º), não lhes é permitido renunciar à responsabilidade que possa resultar do seu dolo ou má fé (art. 1055.º) (2).

(1) Ruggiero, pags. 161 e 162.

(2) O código italiano dispõe no art 1228.º: «O devedor so é obrigado pelos danos que foram previstos ou se poderiam prever ao tempo do contracto, quando a falta de cumprimento da obrigação não derive de seu dolo».

Também pelo que respeita à culpa o nosso código seguiu um sistema diverso, tomando em consideração a culpa *in concreto* (art.º 717.º, § 3.º), emquanto que o italiano manda atender à culpa *in abstracto* (supra, n.º 92).

Dissemos que as causas liberatórias da responsabilidade do devedor se resumem todas no conceito do *caso fortuito*. E efectivamente assim é, pois *caso fortuito* é toda a causa estranha ao devedor, por ser independente da sua vontade. Portanto, caso fortuito é também a *fôrça maior*, como a guerra, a tempestade, o raio, etc., e o próprio facto do credor, para o qual não haja contribuído o devedor.

Entretanto é necessário distinguir o caso fortuito da fôrça maior, porque em alguns casos, como na responsabilidade pelos acidentes do trabalho, só a fôrça maior, e não o caso fortuito, é causa liberatória da responsabilidade.

Segundo alguns autores, a fôrça maior significa o obstáculo á execução da obrigação *resultante duma fôrça extranha*, emquanto que o caso fortuito é um obstáculo *interno*, isto é, proveniente das próprias condições do devedor ou dos seus meios de acção. Outros entendem, e esta nos parece a melhor doutrina, que o caso fortuito é a *impossibilidade relativa* de execução, isto é, uma fôrça capaz de impedir a acção do devedor, quer considerado em si mesmo, quer como um *bonus pater familias* ordinário, mas contra a qual poderia triunfar uma vontade mais forte, melhor aparelhada, o que os alemães chamam a *impotência* (*Unvermögen*, cod. alemão, § 275); a fôrça maior é a *impossibilidade absoluta*, proveniente dum obstáculo *irresistível, imprevisto e imprevisível* (tempestade, raio, tremor de terra, guerra, ordem da autoridade) (1).

(1) Colin et Capitant, pág. 10.

Uma espécie particular de responsabilidade contractual por danos causados por uma das partes é a que se pode dar no período de formação dum contracto, derivada da *culpa in contrahendo*, figura jurídica construída por Ihering, com base na confiança que as partes, ao entrarem em relações de contracto, se devem inspirar mùtuamente. De modo que se o contracto não chega a realizar-se ou vem a anular-se, por incapacidade de quem propõe o contracto, ou por outro motivo que lhe seja imputável, o culpado deve ser responsável, não com uma responsabilidade por todas as perdas e danos, mas limitada ao conceito do *interêsse negativo*, que se traduz nos danos representados pelas despezas e pela perdida ocasião de celebrar qualquer outro contracto válido.

A inexecução voluntária da obrigação pode deixar de produzir o efeito de responsabilizar o devedor, quando seja justificada por causa legítima. E causas legítimas são o *direito de retenção* e a excepção *non adimpleti contractus*.

Direito de retenção é a faculdade que tem o devedor de certa cousa de a conservar em seu poder, emquanto o credor não cumprir uma prestação que lhe deva, por causa da mesma cousa, ou em relação com a sua posse. É, por exemplo o que se dá com o possuïdor de bôa fé, emquanto não fôr pago das bemfeitorias úteis ou necessárias (arts. 498.º e 499.º).

A *exceptio non adimpleti contractus* é o direito que tem uma das partes de se recusar a cumprir a sua obrigação emquanto a outra parte não cumprir a sua (art. 709.º).

Como dissemos, uma cousa é inexecução definitiva da obrigação, por se ter tornado impossível o seu objecto, e outra cousa é a falta temporária de cumprimento, pela simples demora da *solutio*, que pode provir do devedor (*mora solvendi ou debendi*) ou do credor (*mora accipiendi* ou *credendi*).

Os autores costumam definir a *mora*, no seu sentido técnico, e referindo-se à *mora solvendi*, todo o retardamento culposo do devedor em cumprir a obrigação. (1)

Parece-nos mais exacto dizer o *retardamento imputável* ao devedor, pois a culpa na mora não tem outra significação que não seja a ausência de qualquer fôrça ou causa extranha (facto do credor, caso fortuito ou fôrça maior) que o devedor possa invocar para sua desculpa, conforme o preceito do art. 705.°.

É como diz mesmo Ruggiero:

«Presuposto da mora do devedor é a culpa, pois que a própria mora não é, tècnicamente entendida, senão uma forma por que se manifesta a culpa do obrigado no momento em que lhe cumpria fazer a prestação. Exige-se, para que nela se incorra, um retardamento imputável ao devedor, isto é, tal que êle não possa invocar em sua desculpa uma causa extranha.»

Isto quer simplesmente dizer: ainda que realmente não haja culpa, presupõe-se, e, portanto, se é um simples presuposto, não é elemento essencial.

Por isso entendemos que a antiga controvérsia, sôbre se a culpa é ou não elemento essencial, deve resolver-se no sentido de admitir a *mora inculpata*.

E, para se ver que deve ser êste o pensamento do nosso código, basta notar que em nenhum dos artigos respeitantes à mora (arts. 676.°, § 2.°, 1340.°, 1397.°, 1398.°, 1436.°, n.° 2.°, 1518.° 1533.°, 1573.°, 1617.°) se faz qualquer referência à culpa, como elemento essencial.

Para que o devedor incorra em mora dois requesitos são necessários: 1.° que a dívida seja *certa, exigível* e *líquida* — *In illiquidis non fit mora;* 2.° que o devedor seja efectivamente *constituído em mora*, o

(1) Ruggiero, *Ist.*, II, págs. 174 e 175; Dr. Alves Moreira, *Obrig.*, pág. 133.

que nas obrigações com termo prefixo se dá a partir dêste termo, mas que nas obrigações sem prazo certo só pode dar-se pela exigência ou interpelação feita pelo credor (arts. 711.° e 732.°). É a escolástica distinção tradicional entre a *mora ex persona*, que exige uma interpelação pessoal, e a *mora ex re*, em que o termo ou prazo fixo representa em certo modo a interpelação — *dies interpellat pro homine*. (1)

A interpelação pode fazer-se ou judicialmente, ou pessoalmente pelo credor perante duas testemunhas (art. 711.°, § 2.°); e o código de processo regulou no art. 745.° as notificações para prevenção, entre as quais menciona a interpelação.

A êste respeito já se tem entendido, não só que a interpelação judicial apenas se pode fazer por êste processo, mas que a interpelação, quer judicial, quer extra-judicial, é condição prévia indispensável para que o credor possa depois demandar o devedor pelo cumprimento da obrigação e pelas perdas e danos.

Mas esta doutrina parece-nos inaceitável, porque a interpelação é um requesito necessário apenas para certificar a *constituição da mora*, ou seja, para determinar o momento a partir do qual o devedor está em mora, e por isso incurso na conseqüente responsabilidade.

Pode, portanto, o credor deixar de fazer a interpelação perante testemunhas ou por meio de notificação, e propôr logo a acção contra o devedor, porque a citação é precisamente a interpelação judicial mais solene que êle poderia fazer ao devedor, ficando êste constituído em mora, se não pagar ou cumprir imediatamente.

Os efeitos da *mora solvendi* são três: a responsabilidade por perdas e danos (arts. 705.°, 711.° e 732.°), a *perpetuatio obligationis*, e a rescindibilidade do con-

(1) O código francês (1139) não admite esta regra: mesmo nas obrigações a termo é necessária a interpelação, se não se tiver estipulado o contrário.

tracto bilateral, por virtude da condição resolutiva tácita (art. 709.°, supra, n.° 91).

A *perpetuatio obligationis* significa que, dada a mora, o credor mantem o seu direito de exigir a prestação, mesmo se esta se tornou impossível sem culpa do devedor; a perda do objecto da obrigação, ou a impossibilidade superveniente por caso fortuito, não tem mais fôrça liberatória, porque o efeito da mora é transferir para o devedor o encargo do risco ou perigo da cousa, que antes estava a cargo do credor (arts. 717.°, 1398.° e 1436.°, n.° 2.°).

Relativamente à mora do credor, o nosso código, contràriamente aos modernos códigos alemão, suiço e brasileiro, que a regulam conjuntamente com a do devedor, não contem disposições gerais, e só consignou uma disposição especial (art. 1397.°), para o contracto de empreitada, pondo o risco da obra a cargo do dono havendo mora da parte dêle em recebe-la.

Mas tendo em consideração os arts. 759.°-764.°, em que se regula a proposta de pagamento e a consignação em depósito, em confronto com os princípios reguladores da *mora solvendi*, é fácil reconstruir a teoria da *mora accipiendi* implìcitamente contida no sistema do código.

Determina-se nos arts. 759.° e 760.° que o devedor pode livrar-se fazendo depositar judicialmente a cousa, nos seguintes casos:

1.° se o credor recusar recebe-la;

2.° se não vier, ou não mandar recebe-la na época e no lugar do pagamento;

3.° se não quiser dar quitação;

4.° se fôr incapaz;

5.° se fôr incerto;

6.° e, sendo certos os credores, se fôr incerto o direito deles.

E como nenhum preceito de lei ou princípio de direito obriga o devedor a fazer o depósito, temos de concluir que em qualquer daqueles seis casos êle não fica em mora pelo facto de não pagar. A mora é do credor.

E vê-se que nem todos os factos do credor determinativos da mora são culposos, embora lhe sejam mais ou menos imputáveis.

Não é pois aceitável a teoria tradicional que funda a *mora accipiendi* na culpa do credor.

Efeitos indiscutíveis da *mora accipiendi* são três:

a) irresponsabilidade do devedor pela perda ou deterioração da cousa, porque o risco fica a cargo do credor (art. 761.°);

b) responsabilidade do credor pelas despesas feitas com o depósito;

c) isenção da responsabilidade pelos prejuízos sofridos pelo credor pelo facto da sua mora, e, por conseqüência, cessação de quaisquer juros ou interêsses moratórios (art. 705.°).

É discutível o direito do devedor a ser indemnizado dos prejuízos que lhe resultam da conservação da cousa ou da indisponibilidade do local por ela ocupado. Mas parece-nos que êste direito lhe deve ser reconhecido, sempre que o valor da indemnização não exceda o das despesas a fazer com o depósito.

Note-se finalmente que nas obrigações negativas não pode haver mora, nem do devedor nem do credor; a infracção do vínculo obrigatório, pela prática do acto proïbido, constitui inexecução definitiva da obrigação.

A determinação ou liquidação dos danos pode fazer-se por acôrdo das partes, quer prèviamente pela estipulação duma cláusula penal (arts. 672.° e seg.), quer posteriormente (art. 708.°).

Não havendo acôrdo, terá de fazer-se judicialmente, e então o critério da fixação é fornecido pelo art. 707.°: «Só podem ser tomados em conta de perdas e danos, *perdas e danos*, que *necessàriamente* resultam da falta de cumprimento do contracto».

Adoptou o código um critério diferente dos códigos

francês (art. 1151.°) e italiano (art. 1229.°), segundo os quais só devem contar-se as perdas e interêsses que são uma *conseqüência imediata* e *directa* da inexecução da obrigação.

É mais jurídico o sistema do nosso código, porque há danos necessàriamente derivados do não cumprimento da obrigação, sem serem uma conseqüência imediata e directa.

Também o nosso código não admitiu a distinção entre o dolo e a simples culpa do devedor, feita pelo art. 1228.° do código italiano, para o efeito de responsabilizar o devedor meramente culposo apenas pelos danos previstos ou previsíveis ao tempo do contracto.

Mas como a determinação do quantitativo do dano é uma questão de facto, a resolver pelo critério jurídico do juiz, conforme as circunstâncias, excepto nas obrigações pecuniárias, em que tem um limite fixado pela lei (art. 720.°), que é o dos juros convencionados ou legais (5 %, art. 1640.° § ún.), salvo no caso de fiança (art. 838.°), parece-nos que o juiz não deve deixar de tomar em consideração o procedimento doloso do devedor.

97. **Meios conservatórios ou de defesa das obrigações. Acção subrogatória e acção revogatória.** — Os meios ou processos técnicos da tutela ou garantia das obrigações são de tantas e tão variadas espécies, que impossível é fazer deles uma enumeração completa. Emquanto que uns são gerais ou comuns a diversas espécies de obrigações, outros são especiais e particulares a certas obrigações.

Aqui só tratamos dos gerais e comuns. E estes reduzem-se a três categorias:

Ou se trata de meios conservatórios da integridade do património do devedor, como garantia comum dos credores ou das obrigações, e por isso são denominados por alguns autores *efeitos indirectos das obrigações*, pelos quais o credor procura impedir que aquele património seja deminuído em seu prejuízo (*acção subrogatória* e acção *revogatória, rescisória* ou *pauliana*); ou se trata de direitos de garantia preestabelecidos pela vontade das partes ou da lei, para reforçar o vínculo obrigatório, e assegurar ao credor o exacto cumprimento da obrigação, quer por uma garantia real ou pessoal, quer por um título de preferência em relação aos outros créditos (*fiança, penhor, consignação* e *adjudicação de rendimentos, arresto, penhora, direito de retenção, privilégios creditórios* e *hipoteca*); ou, finalmente, trata-se dos diversos meios processuais destinados à execução forçada pela intervenção dos tribunais, ou a obter a devida reparação do dano causado pela falta de cumprimento da obrigação. Dêstes últimos, porque são de direito processual, não tratamos aqui, a não ser aqueles que são muito semelhantes aos meios prèviamente estabelecidos para assegurar o cumprimento das obrigações (adjudicação de rendimentos, arresto e penhora).

Para defender a integridade do património do devedor, isto é, para fazer integrar nele bens ou direitos patrimoniais, que o devedor por dolo ou incúria deixa andar por fóra, ou para evitar que dêle saiam bens em prejuízo do credor, estão naturalmente indicados dois meios adequados:

a) para o primeiro fim, a acção *subrogatória*, autorizando o credor a defender ou reivindicar em nome do devedor os bens que lhe pertencem; e

b) para o segundo, a acção *revogatória* ou *rescisória* (*acção pauliana*), tendente a anular os actos do devedor prejudiciais ao credor.

A *subrogatória* é amplamente reconhecida pelos códigos francês (art. 1166.°) e italiano (art. 1234.°), nos seguintes termos: «O credor, para consecução do que lhe é devido, pode exercer todos os direitos e todas as acções do devedor, exceptuados os direitos exclusivamente inerentes à pessoa do devedor».

O nosso código, porém, muito imperfeito nesta matéria, não contém semelhante preceito, e só, no caso especial de herança que advenha ao devedor, permite que os seus credores requeiram ao juiz a designação dum prazo não excedente a trinta dias para êle declarar se aceita ou repudia a herança (art. 2041.º), e confere-lhes (art. 2040.º) o direito de a aceitar no lugar e em nome dêle.

Por isso tem de concluir-se que a acção subrogatória só neste caso, e para êste efeito especial, é admitida pelo código. E os credores, para fazerem valer os direitos descurados dos devedores, só teem o recurso de os fazer penhorar no processo executivo, podendo depois, se lhes forem adjudicados, exercer, mas então já em próprio nome, as competentes acções para os reaver.

A acção revogatória, que pertence aos credores para fazer rescindir ou anular os actos fraudulentos dos devedores, é regulada nos artigos 1030.º-1045.º, no sentido mais geral da acção rescisória dos actos e contractos celebrados em prejuízo de terceiro.

Esta acção é admitida em condições e termos diversos, conforme se trata de actos simulados ou verdadeiros, entendendo-se por *simulado* o acto em que as partes declaram ou confessam falsamente alguma cousa que na verdade se não passou, ou que entre elas não foi convencionada (art. 1031.º, § único). (1)

Ora os actos ou contractos simuladamente celebrados, com o fim de defraudar os direitos de terceiro, podem ser anulados e rescindidos a todo o tempo, a

(1) A teoria da *simulação*, que consiste na divergência intencional entre a vontade real e a vontade aparente dos sujeitos do acto, pertence à doutrina geral dos actos jurídicos. Por isso nos limitamos por ora à noção do § único do art. 1031.º, apesar da sua imperfeita e incorrecta redacção, avultando nesta a confusão com a *falsidade*, que é vício próprio do documento (art. 2496.º), e não do acto em si. Um estudo muito interessante e cuidadoso da simulação encontra-se na dissertação de doutoramento do Dr. Beleza dos Santos, *A Simulação*.

requerimento dos prejudicados (art. 1031.º), ficando a cousa ou o direito no património do seu proprietário, com todos os seus frutos ou lucros (art. 1032.º).

Mas o acto ou contracto verdadeiro, celebrado pelo devedor em prejuízo do seu credor, só pode ser rescindido a requerimento do mesmo credor, se o crédito fôr anterior ao dito acto ou contracto, e dêste resultar a insolvência do devedor (art. 1033.º), sendo além disso necessário, se o acto fôr oneroso, que haja má fé, tanto da parte do devedor, como da outra parte (art. 1034.º), e consistindo a má fé no conhecimento da insolvência, isto é, da insuficiência dos bens do devedor para pagar todas as suas dívidas (art. 1036.º).

São pois requesitos da acção subrogatória:

a) um, o *prejuízo* do credor, que é comum aos actos simulados e aos verdadeiros;

b) dois, que são exclusivos dos actos verdadeiros, mas comuns tanto aos onerosos como aos gratuitos — a *anterioridade do crédito* e a *insolvência do devedor*;

c) e outro, a *má fé* dos contractantes, que é próprio dos contractos onerosos (art. 1035.º).

Já se tem sustentado que, dada a necessidade do requesito do prejuízo do credor, é também comum aos actos simulados o requesito da insolvência do devedor (1).

Para nós é, porém, evidente, que nos actos simulados não é necessária a insolvência do devedor, não só por que a lei exige êste requesito para os actos verdadeiros, e não para os simulados, mas principalmente porque o prejuízo exigido pelos arts. 1030.º e 1031.º nos actos simulados pode dar-se mesmo que do acto não resulte logo a insolvência do devedor. Qualquer acto de deminuïção do património do devedor, sobretudo aproximando-o do estado de insolvência, é já um prejuízo para os credores.

(1) Dr. Alves Moreira, *Obrig.*, págs. 157 e 158.

O que deve antes dizer-se é que o requesito da má fé é também pressuposto necessário da acção revogatória dos actos simulados, sendo indispensável que êles sejam celebrados com o fim de prejudicar os direitos dos credores (art. 1031.º); mas, provado o prejuízo dêstes, o fim ou a má fé resulta do próprio facto da simulação.

O efeito da acção revogatória dos actos verdadeiros é fazer reintegrar no património do devedor, em benefício do credor, os valores alienados em seu prejuízo (art. 1044.º), salvos os direitos de terceiros que em boa fé os hajam adquirido por contracto oneroso do originário adquirente ou de outro (art. 1037.º); e se o acto fraudulento consistir apenas na preferência indevida obtida por algum credor, o efeito da acção é a perda desta vantagem (art. 1042.º).

Esta acção prescreve, não sendo intentada dentro dum ano, contado desde o dia em que a insolvência do devedor haja sido judicialmente declarada (art. 1045.º), o que pode dar-se não só no processo desta acção, mas também no de falência (cód. de proc. com., art. 185.º), e no processo civil de concurso de credores (cód. de proc. civ., art. 933.º).

98. **Caução ou garantia do cumprimento das obrigações. Fiança.** — *A caução* é definida por Coelho da Rocha (§ 51) como a segurança ou garantia que uma pessoa dá a outra sôbre o cumprimento da sua obrigação.

Mas o código civil, tratando da *caução* ou *garantia dos contractos* no capítulo X do título I do livro II da segunda parte, e abrangendo nele a fiança, o penhor, a consignação de rendimentos, os privilégios creditórios e as hipotecas, tomou a expressão *caução* ou *garantia* num sentido mais amplo, para abranger os diferentes meios pelos quais ao credor é assegurado o exacto cumprimento das obrigações ou a indemnização devida pelo seu não cumprimento, quer a garantia seja fornecida pelo devedor quer por um terceiro ou pela lei.

Mas neste sentido a enumeração do código é muito incompleta, porque lhe faltam, pelo menos, a adjudicação de rendimentos, o arresto, a penhora, que são meios estabelecidas no código de processo, e o direito de retenção.

Alguns autores consideram ainda outras espécies de garantias. Assim Ruggiero enumera também a pena convencional, e as árras, ou sinal passado por uma parte à outra como segurança da palavra dada; e o Dr. Alves Moreira considera também a separação de patrimónios, ou seja o desdobramento do património dum indivíduo em dois ou mais patrimónios distintos, sendo os respectivos bens destinados ao pagamento de certas obrigações, como acontece nas relações patrimoniais dos cônjuges, em que pode haver bens próprios, bens comuns e bens dotais, nas relações do contracto de sociedade, em que há o património particular dos sócios e a sua parte no património social, e nas relações de sucessão hereditária, em que pelo instituto do inventário se separa o património que o herdeiro já tinha do que recebeu em cada sucessão (1).

Não incluímos entre as formas da garantia das obrigações a pena convencional nem as arras ou sinal, porque constituem antes uma determinação ou cláusula acessória destinada à fixação prévia das perdas e danos para o caso de não cumprimento da obrigação.

E também não incluímos a separação de patrimónios, porque êste facto jurídico, além de ter o seu próprio lugar nas relações ou institutos jurídicos em que se realiza, nem sempre constitue uma garantia das obrigações, sendo, pelo contrário, algumas vezes uma deminuição da garantia dos credores, como acontece na separação dos patrimónios do herdeiro e do autor da

(1) Ruggiero, pág. 182 e seg.; Dr. Alves Moreira. *Obrig.*, pág. 535 e seg.

herança em que o benefício do inventário tem por fim limitar a responsabilidade do herdeiro pelas obrigações do *de cujus* ao valor dos bens herdados (art. 1792.º e 2019.º).

Entre as espécies que enumeramos há umas que são *pessoais* (a fiança e a fiança da fiança ou abonação), teem por base ou conteúdo apenas a confiança ou crédito da pessoa que as presta, embora afinal recaiam nos bens dessa pessoa; todas as outras são *reais*, isto é, incidem directamente sôbre os bens do devedor ou de terceiro.

A fiança consiste na responsabilidade pessoal dum terceiro pela solvabilidade do devedor, ou, por outras palavras, em um terceiro se responsabilizar pelo cumprimento da obrigação, no caso de o devedor a não cumprir.

É como diz o art. 818.º:

«O cumprimento das obrigações, que resultam dos contractos, pode ser assegurado por um terceiro, que responde pelo devedor, se as ditas obrigações não forem cumpridas. É o que se chama fiança». E o mesmo pode dar-se nas outras obrigações (art. 2393.º).

A maior parte dos códigos e dos autores consideram a fiança como um contracto *nominado*, ou dos especialmente regulados, e por isso a incluem na categoria dos contractos ou das obrigações em particular. É um contracto acessório, cujos requesitos fundamentais são, pois, o consenso e a existência dum contracto ou obrigação principal a que se refere a sua função de garantia.

Os seus caracteres principais são: 1.º ser uma garantia *acessória;* 2.º uma garantia *subsidiária;* acessória, porque a sua existência e, portanto, a sua validade, depende da existência e validade da obrigação principal; e subsidiária, porque a sua execução só tem lugar na falta de cumprimento do devedor principal, e por conseqüência, só depois de serem executados todos os

bens dêste (*benefitium excussionis*), salvo se o fiador se obrigou como principal pagador, se renunciou ao benefício da excussão, ou se o devedor não pode ser demandado no país (art. 835.º). E a validade da fiança só deixa de ser dependente da da obrigação principal, se a nulidade desta provier ùnicamente de incapacidade pessoal do devedor, caso em que a fiança subsiste, ainda que o devedor faça rescindir a sua obrigação, salvo o caso de empréstimo a filho famílias (art. 822.º).

A solvabilidade do fiador pode por sua vez ser assegurada por um outro fiador; esta fiança da fiança é o que se chama *abonação,* e são-lhe em regra aplicáveis os mesmos princípios (arts. 827.º-829.º).

Ora, como a fiança tem de ser estipulada, podendo-o ser entre o fiador e o credor, ainda sem o consentimento do devedor, ou do fiador, se se trata de fiança abonação (art. 821.º), não há dúvida de que a fiança é um contracto, e que vem especialmente regulado na parte geral dos contractos.

Êste sistema do código, que também adoptamos, integrando a fiança na parte geral do direito das obrigações, justifica-se plenamente, não só pelo seu carácter acessório, mas ainda pela sua função de garantia duma obrigação principal.

Como contracto a fiança está sujeita aos preceitos da capacidade para contractar.

No código estabelece-se ainda como sobrevivência do Senatusconsulto Velleiano, a incapacidade das mulheres não comerciantes, conforme o disposto nos arts. 819.º e 820.º.

Mas tal incapacidade não existe já, porque estes dois artigos foram revogados pelo decreto-lei n.º 5647 de 10 de Maio de 1919, que reconheceu às mulheres a capacidade de fiadoras.

Havendo mais que um fiador, a obrigação de cada um dêles, embora subsidiária, é solidária, salvo declaração em contrário; mas sendo demandado só algum

deles, tem o direito de requerer a citação dos outros para se defenderem ou serem todos condenados, cada um na sua parte (*benefitium divisionis*); e neste caso responderá só (1) na falta de algum deles; mas não é admitido o benefício da divisão nos casos em que o não é o benefício da excussão (art. 835.°, e § ún.). (2)

99. **Penhor. Consignação e adjudicação de rendimentos. Arresto e penhora. Direito de retenção.** — O *penhor* é definido, ora como garantia duma obrigação, ora como um direito real, ora como um contracto; e, além disso, a palavra é também empregada para designar o próprio objecto dado em penhor.

Mas em qualquer dos sentidos, todos exactos, o conceito é sempre o mesmo: o penhor é o facto jurídico, que consiste em o devedor ou um terceiro dar a posse duma coisa mobiliária ao credor ou a um terceiro, afim de assegurar pelo seu valor o cumprimento da obrigação com preferência sôbre todos os outros credores (arts. 855.°, 859.°, 860.° e 862.°).

A possibilidade da posse por um terceiro, determinada pelo art. 862.° para o caso de o credor usar mal da cousa empenhada, e que deve pois admitir-se sem dúvida desde o princípio, logo que as partes estejam de acôrdo, parece ser uma feliz inovação do nosso código, visto que dela não falam os romanistas nem os códigos e autores estrangeiros.

Entende-se geralmente que o penhor só pode ser constituído pelo proprietário da cousa empenhada, sendo portanto, nulo o penhor feito pelo simples possuïdor.

(1) Deve assim corrigir-se a redacção da última parte do art. 835.°.

(2) Para as obrigações comerciais dispõe o código comercial no art. 101.°: «Todo o fiador de obrigação mercantil, ainda que não seja comerciante, será solidário com o respectivo afiançado». Como não há mais disposição alguma, conclui-se que na fiança mercantil não há o benefício da excussão, mas mantem-se o da divisão.

Mas parece-nos pouco jurídica esta doutrina. A lei não diz tal cousa; e era natural que o dissesse, como fez para a hipoteca (art. 894.°), se êsse fôsse o seu pensamento. Se tal doutrina fôsse verdadeira, seriam nulos uma grande parte, se não a maioria, dos penhores a toda a hora constituídos. Trata-se de cousas móveis, para cuja circulação a lei não pode nem deve ser rigorosa.

Pelo penhor o credor adquire o direito: 1.° de ser pago pelo valor da cousa; 2.° de usar de todos os meios legais de defesa da sua posse; 3.° de ser indemnizado das despesas necessárias ou úteis que fizer; 4.° de exigir outro penhor ou o cumprimento da obrigação, se a cousa se perder ou deteriorar sem culpa sua; 5.° de usar da cousa sem lhe causar prejuízo (arts. 860.° e 862.°). E é obrigado: 1.° a conservar a cousa diligentemente; 2.° a restituí-la logo que seja pago do que lhe fôr devido (art. 861.°).

Para evitar o locupletamento do credor à custa do devedor ou com prejuízo dos outros credores, proïbe o art. 864.° que o credor fique com o penhor sem avaliação ou pela avaliação por êle feita.

A execução do penhor só pode fazer-se judicialmente (art. 863.° e cód. de proc civ., art. 622.° e 623.°), ou extrajudicialmente, se assim se tiver convencionado (art. 864.°, e cód. de processo civ., art. 624.°).

A *consignação de rendimentos* é definida no art. 873.° como um contracto: «Dá-se o contracto de consignação de rendimentos, quando o devedor estipula o pagamento sucessivo da dívida e seus juros, ou só do capital, ou só dos juros, por meio da aplicação dos rendimentos de certos e determinados bens imobiliários».

O código regula-a, porém, na parte geral dos contractos, entre as garantias reais das obrigações. Donde se pode concluír que é um direito real. Esta é, com efeito, a natureza que lhe atribui o código brasileiro, regulando-a sob o nome de *anticrese* no livro segundo,

que trata do *direito das cousas*, à semelhança de Coelho da Rocha, que também sob o mesmo nome a incluia no livro segundo — *Direitos das cousas* (§§ 668-670).

No nosso antigo direito a *anticrese* era apenas uma modalidade do penhor ou da hipoteca: «Quando no contracto de penhor ou hipoteca se entrega ao credor a cousa empenhada, com a faculdade de receber os rendimentos à conta da dívida, ou dos juros, chama-se *anticrese*» (Coelho da Rocha, § 668).

No direito actual, a *consignação de rendimentos*, que no projecto primitivo do código ainda se chamava *anticrese*, designação que mantém em muitos dos códigos modernos, e é geralmente adoptada pelos autores, tem uma existência distinta do penhor e da hipoteca, sendo, ao lado destas, uma garantia especial das obrigações.

Mas não se constitue apenas por contracto, pois pode constituir-se também por sentença, sôbre certos imóveis (prédios rústicos ou urbanos) do devedor, no processo da execução, tendo então o nome de *adjudicação de rendimentos*, constituindo um *ónus real* sujeito a registo (cód. de proc. civ., arts. 881.º, 883.º e 884.º, cód. civ., art. 949.º).

Á semelhança do penhor (art. 859.º) e da hipoteca (art. 895.º), embora o código o não diga, é claro que a *anticrese*, pode ser constituída não só pelo devedor, mas também por um terceiro. E podem os bens continuar em poder do seu proprietário ou possuïdor, ou passar para o poder do credor anticrético (consignatário), ou para o poder dum terceiro (art. 874.º). Se a consignação é por adjudicação, os bens são arrendados em hasta pública (cód. de proc. civ., arts. 881.º, § 2.º, e 882.º).

Além da adjudicação de rendimentos, há duas garantias especiais das obrigações, que são reguladas no código de processo civil. São o *arresto* e a *penhora*.

A *penhora* é um acto do período inicial do processo de execução das obrigações, e consiste na apreensão real ou simbólica de certos bens do devedor, por ordem do juiz, que os manda entregar a um depositário, para que sirvam de garantia para o credor exeqüente ser pago, pelo preço dêles, do valor da obrigação (cód. proc. civ., arts. 808.º e seg.).

Pela penhora o exeqüente adquire o direito de ser pago pelo preço dos bens penhorados, com preferência sôbre qualquer outro credor, que não tenha em seu favor privilégio, ou hipoteca ou penhora anterior, determinando-se a prioridade pela ordem de registo (cód. de proc. civ., art. 836.º).

O *arresto* ou *embargo* é um acto judicial preliminar, quer do processo da execução, quer do processo declarativo ou acção, e, como a penhora, consiste na apreensão judicial de certos bens, para garantia do direito do credor arrestante. Tem lugar no caso de reprodução fraudulenta de qualquer obra literária, scientífica, artística ou industrial, ou quando o credor provar: 1.º a certeza da dívida; 2.º o justo receio de insolvência, ou de ocultação, ou de dissipação de bens (cód. proc. civ., arts. 363.º e 364.º).

O arresto tem os mesmos efeitos da garantia da penhora (cód. de proc. civ., art. 370.º).

Outra garantia real do cumprimento das obrigações muito semelhante às anteriormente expostas é o chamado *direito de retenção*, ao qual já nos referimos como uma das causas legítimas para o devedor se recusar ao cumprimento da obrigação.

O código não o define, nem faz dêle uma regulamentação especial, limitando-se a reconhecê-lo em alguns casos: ao possuïdor de boa fé, emquanto não fôr pago do valor das bemfeitorias úteis ou necessárias (arts. 498.º, § 2.º, e 499, § 2.º); ao mandatário, emquanto não fôr pago do que lhe fôr devido pelo objecto do mandato (art. 1349.º); ao empreiteiro de obra mobiliária, emquanto não fôr pago do preço (art. 1407.º); ao recoveiro

ou barqueiro, emquanto não fôr pago o prèço do transporte (art. 1414.°); ao depositário, emquanto não fôr pago das despesas com a cousa (art. 1450.° § ún.); ao arrendatário pelas bemfeitorias expressamente consentidas por escrito pelo proprietário ou autorizadas pelo art. 1611.°, até haver a importância, imediatamente provada, das ditas bemfeitorias (art. 1614.°) (1).

Não se consignou no código uma definição do *jus retentionis*, certamente por se julgar desnecessária, e por ventura inconveniente, tanto mais que êle foi muito nìtidamente definido por Coelho da Rocha (§ 51) entre os meios de conservação dos direitos: «o direito de conservar a cousa de outrem, que já possuímos por título legítimo, até que êste satisfaça alguma obrigação, que nos deve, relativa à mesma cousa».

O exame dos diferentes casos de direito de retenção mostra que seus presupostos requesitos essenciais são: 1.° que um credor tenha e conserve a detenção duma cousa do devedor; de modo que, perdida a posse, perdida está a garantia do direito de retenção, por ter desaparecido o seu fundamento natural ou de facto; 2.° que entre o direito, pelo qual se invoca a *retentio*, e a detenção da cousa, exista uma relação de conexidade, ou seja, um nexo tal que permita afirmar que o crédito provém da mesma cousa, ou pelo menos dum facto conjugado com a existência da cousa em poder do credor, donde resulta precisamente que ela se considera como a natural garantia do crédito.

É muito debatida a questão de saber se o direito de retenção é de carácter geral, isto é, se tem lugar sempre que se verifiquem os seus requesitos, ou se, pelo contrário, é de carácter excepcional, não sendo por isso admissível senão nos casos declarados na lei.

(1) As disposições dos arts. 1611.° e 1614.° foram também consignadas nos arts. 17.° e 25.° da lei do inquilinato, dec. n.° 5411 de 17 de Abril de 1919.

A opinião dominante é a segunda, dizendo até alguns autores que para reprovar a sua extensão por analogia basta observar que o *jus retentionis* constitui uma defesa extraordinária do crédito, e deve por isso decididamente excluir-se que se possa recorrer a êle fora dos limites em que a lei *expressamente* o autoriza. (1)

A exigência de *reconhecimento expresso* na lei é um exagêro.

E assim não podemos deixar de reconhecer ao albergueiro, embora não haja uma disposição *expressa* da lei, o direito de retenção sôbre a bagagem do hóspede, emquanto êste não pagar a dívida da hospedagem ou depositar a sua importância, conforme o disposto no art. 1423.°, que só é compreensível e exequível, reconhecendo-se nele implìcitamente consignado o direito de retenção.

De resto, à doutrina do carácter geral dêste direito poderia também justificar-se no sistema do nosso código pela disposição do n.° 1.° do artigo 1521.°, onde se recusa ao comodatário o direito de retenção pelas despesas extraordinárias e inevitáveis feitas com a cousa emprestada, sendo aliás o comodante obrigado a pagá-las; o que parece indicar uma providência excepcional, que presupõe a regra geral do direito de retenção.

Parece-nos que a verdadeira doutrina é a da generalidade do direito de retenção para todos os casos em que se verifiquem nìtidamente os seus requesitos essenciais.

E consideramos esta doutrina tanto mais jurídica quanto é certo que o direito de retenção não pode mesmo deixar de se admitir em muitos casos de relações recíprocas de crédito e de débito, mesmo que não exista a relação de conexidade entre o crédito e a cousa

(1) Ruggiero, pág. 188.

retida. São todos os casos em que é admitido o direito de reconvenção, nos termos dos arts. 331.º e 333.º do código do processo. Simplesmente êste direito de retenção, não tendo o seu fundamento na relação de dependência entre o crédito e a cousa, só tem efeitos entre as próprias partes e seus representantes.

100. **Privilégios creditórios. Hipoteca.** — O princípio geral de que o património do devedor serve de garantia comum a todos os credores, estabelece entre estes um concurso, em virtude do qual, quando os bens do devedor não são suficientes para satisfazer integralmente os credores, os vários créditos são proporcionalmente reduzidos e pagos, de modo que a insolvência do devedor vai refletir-se sôbre todos.

Mas aos perigos do concurso não estão expostos os créditos que teem uma legítima causa de preferência; e causas legítimas de preferência são apenas os *privilégios creditórios* e a *hipoteca*, como se determina no art. 1005.º:

«No pagamento dos credores pelo preço dos bens do devedor, não pode haver preferência, que não seja fundada: 1.º em privilégio; 2.º em hipoteca».

Privilégio creditório, diz o art. 878.º, é a faculdade que a lei concede a certos credores, de serem pagos com preferência a outros, independentemente do registo dos seus créditos.

Hipoteca, diz o art. 888.º, é o direito concedido a certos credores, de serem pagos pelo valor de certos bens imobiliários do devedor (ou de terceiro, art. 895.º), e com preferência a outros credores, achando-se os seus créditos devidamente registados». E a hipoteca pode ser determinada pela lei, sem dependência da vontade das partes (hipotecas legais), e por contracto ou testamento (hipotecas voluntárias), conforme o disposto nos arts. 904.º e seg.

Os privilégios creditórios são, pois, direitos de preferência, que a lei concede em atenção à causa ou qualidade do crédito, e que atribuem ao credor um motivo de precedência, em relação aos outros credores, ainda mesmo aos credores hipotecários (art. 1012.º).

O código (art. 886.º) considera também como *privilégio* o direito especial de preferência do credor penhoratício.

Mas esta qualificação, bem como a colocação do art. 886.º entre as normas reguladoras dos privilégios creditórios, é uma anomalia no sistema da lei, visto que a preferência dada pelo penhor é uma conseqüência da vontade das partes, e não é determinada pela qualidade do crédito, pois pode ser estabelecida para toda a espécie de créditos. Além disso, o direito de preferência no penhor tem uma eficácia diversa e mais enérgica do que nos privilégios, porque importa o direito de fazer vender ou apropriar a cousa empenhada para satisfação do crédito, emquanto que nos privilégios o direito de preferência só se pode fazer valer quando houver de se proceder judicialmente à venda ou liquidação dos bens do devedor.

A palavra *privilégio* no art. 886.º é sinónimo de direito, e não pròpriamente de privilégio creditório.

Os privilégios creditórios dividem-se em três categorias, tendo por base, dum lado, a distinção entre o património mobiliário e imobiliário do devedor, e por outro, a eficácia geral que êles teem sôbre o conjunto dos bens, ou especial sôbre certos e determinados bens. Mas a razão de ser do duplo critério é sempre a mesma: ela reside na causa ou qualidade do crédito, que é a própria causa do privilégio. Por isso, como há créditos que teem uma causa particular, referindo-se a uma determinada cousa móvel ou imóvel, recaiem sôbre esta sòmente, de modo que, fóra do valor da cousa a que se referem, não são contemplados por uma condição privilegiada em relação aos outros credores; e como há outros que, embora não tenham uma causa particu-

lar com referência a certas e determinadas cousas, são contudo considerados pela lei dignos de uma razão de preferência, e por isso a sua eficácia privilegiada estende-se a todo o património (mobiliário) do devedor.

Em princípio parece que deveria haver também privilégios de eficácia geral sôbre os imóveis. Mas um tal vínculo, muitas vezes desconhecido, seria a inutilização da garantia hipotecária, desvalorizando enormemente a propriedade imobiliária, e por isso com razão a lei não admite a quarta categoria dos privilégios creditórios.

E assim o art. 879.º dispõe:

« Há duas espécies de privilégios creditórios: *mobiliários* e *imobiliários*.

§ 1.º Os mobiliários dividem-se em:

1.º *Especiais*, que abrangem só o valor de certos e determinados bens mobiliários;

2.º *Gerais*, que abrangem o valor de todos os bens mobiliários do devedor.

§ 2.º Os imobiliários são sempre especiais ».

Os privilégios mobiliários especiais são de quatro classes (arts. 880.º-883.º).

A primeira classe tem por objecto os frutos dos prédios rústicos a que se refere o crédito, e abrange:

1.º O crédito por dívida de fóros, censos ou quinhões, relativo aos dois últimos anos e ao corrente;

2.º O crédito por dívida de renda relativo ao último ano e ao corrente;

3.º O crédito por sementes, ou por empréstimos para grangeios rurais, relativo só ao último ano ou ao corrente;

4.º O crédito por soldadas de criados de lavoura relativo a um ano, e por dívidas de jornais de operários relativo aos últimos três meses;

5.º O crédito por prémio de seguro relativo ao ao último ano e ao corrente.

A segunda classe recai nas rendas dos prédios urbanos, e abrange:

1.º O crédito por dívida de fóros, censos e quinhões, relativo aos dois últimos anos e ao corrente;

2.º O crédito por prémio de seguro relativo ao último ano e ao corrente.

A terceira classe tem por objecto cousas muito diversas, e abrange:

1.º O crédito por despesas de recovagem, barcagem ou alquilaria, no valor dos objectos transportados;

2.º O crédito por despesas de pousada ou albergaria, no valor da bagagem que o devedor tiver na pousada;

3.º O crédito pelo preço de quaisquer móveis ou máquinas, ou pelo custo do concerto, no valor dos mesmos objectos:

4.º O crédito por dívida de renda, ou danificação causada pelo locatário ou proveniente de encargo declarado em contracto de arrendamento de prédio urbano, relativo ao último ano e ao corrente, no valor dos móveis existentes no mesmo prédio (art. 26.º do decreto-lei do inquilinato);

5.º O crédito de prémio de seguro de móveis ou mercadorias, relativo ao último ano e ao corrente, no valor dos objectos segurados.

A quarta classe tem por objecto produtos industriais, e compreende:

1.º O crédito pelo preço de matérias primas, no valor dos produtos fabricados, pôsto que não sejam os mesmos fabricados com as matérias primas não pagas, contanto que sejam do mesmo género daqueles que com tais matérias se podem produzir;

2.º O crédito por salários de operários fabris, relativo aos últimos três meses, no valor dos mesmos produtos;

3.º O crédito pelo prémio de seguro relativo ao último ano e ao corrente, no valor dos produtos segurados.

Os privilégios mobiliários gerais (art. 884.º) abrangem:

1.º O crédito por despesas do funeral do devedor, conforme a sua condição e o costume da terra (1);

2.º O crédito por despesas feitas com o luto da viúva e dos filhos do falecido, conforme a sua condição;

3.º O crédito por despesas com facultativos e remédios para doença do devedor, relativo aos últimos seis meses;

4.º O crédito para sustento do devedor e daquelas pessoas da sua família, a quem tinha o dever de alimentar, relativo aos últimos seis meses;

5.º O crédito de ordenados, salários e soldadas de criados o outros familiares, relativo ao último ano;

6.º O crédito de salários ou ordenados devidos a mestres de sciências ou artes, que hajam ensinado os filhos do devedor ou as pessoas a quem êste tinha por dever dar educação, relativo aos últimos seis meses.

De privilégio mobiliário, tanto especial, e em todas as classes, como geral, gozam os créditos por impostos devidos ao Estado (art. 885.º).

Os privilégios imobiliários abrangem (art. 887.º):

1.º Os créditos por impostos devidos ao Estado, relativos aos últimos três anos, e no valor dos bens em que recaírem os mesmos impostos;

2.º Os créditos por despesas feitas nos últimos três anos para a conservação dos prédios, com relação àqueles em que as despesas foram aplicadas, não excedendo a quinta parte do valor dos mesmos prédios;

(1) Esta disposição está modificada pelos arts. 156.º, 157.º e 159.º do decreto-lei da separação do Estado e das Igrejas, no sentido de que os sufrágios ou actos religiosos pelo falecimento duma pessoa só são permitidos e as respectivas despesas exigíveis em juízo, se tiverem sido ordenados em escritura pública ou testamento, ou reclamando-os o viúvo ou os herdeiros por escrito devidamente reconhecido, não podendo todas as despesas com quaisquer actos cultuais exceder a décima oitava parte dos bens do falecido.

3.º Os créditos provenientes de custas judiciais feitas no interêsse comum dos credores, no valor do prédio em relação ao qual foram feitas;

4.º e por determinação do § 5.º do art. 33.º do decreto-lei do inquilinato, o crédito por indemnização devida pelo senhorio ao arrendatário de estabelecimento industrial ou comercial em caso de despejo.

Conhecidas as diferentes espécies de privilégios, vejamos em que consiste a hipoteca e as suas diferentes espécies.

Diversamente do privilégio, que pode recair sôbre móveis e sôbre imóveis, e contràriamente ao penhor, que só recai sôbre móveis, a hipoteca só tem por objecto cousas imóveis.

Por outro lado, a hipoteca distingue-se nìtidamente do penhor, porque emquanto neste é essencial a transferência da posse para o poder do credor, na hipoteca a posse do imóvel não se desloca, continuando em poder do devedor ou do seu proprietário.

E assim se diferenciam no direito moderno estes dois institutos, que no antigo direito romano constituiam um só, de tal modo que Marciano podia dizer: *inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus difert* (1).

A única diferença entre o *pignus* e a *hypotheca* era a transferência ou a conservação da posse da cousa empenhada: *Proprie pignus dicimus quod ad creditorem transit, hypothecam, cum non transit nec possessio ad creditorem* (Ulpiano, D. 13. 7. 9. 2.). Foi

(1) No código suíço há uma certa confusão na terminologia, embora não se confundam as duas garantias. A hipoteca também se chama *penhor*. É o *penhor imobiliário* (art. 793.º), que abrange três espécies: a *hipoteca*, a *cédula hipotecária* e a *letra de renda*. A cédula hipotecária é um crédito pessoal garantido por penhor imobiliário; a letra de renda é um crédito constituído como encargo predial sôbre um imóvel. Tanto a cédula como a letra, podem ser nominativas, à ordem ou ao portador.

só no direito justinianeu que começou a acentuár-se a natureza mobiliária do penhor, mas sem a considerar como requesito essencial (Institutas, 4. 6. 7.).

É certo que o nosso código comercial, reputando os navios (art. 485.º) bens móveis, admite que sôbre êles se constituam hipotecas, tanto por disposição da lei, como por convenção das partes (art. 584.º).

Principalmente por isso, e pòrque a hipoteca, logo que esteja constituída, onera os bens em que recai, sujeitando-os directa e imediatamente ao cumprimento das obrigações a que serve de segurança (art. 892.º), produzindo assim os seus efeitos entre as próprias partes ou seus herdeiros e representantes, sem necessidade de *registo*, que só é necessário para se produzirem os efeitos do acto em relação a terceiros, tem-se entendido que o verdadeiro conceito da hipoteca não é o definido no art. 888.º do código civil, mas sim o conceito, ao mesmo tempo mais amplo e mais preciso, de direito real vinculando certas cousas ao pagamento de certas dívidas.

É assim que o Dr. Alves Moreira define hipoteca: «o direito real constituído numa cousa em virtude do qual o credor fica com o direito de se pagar pelo preço dessa cousa (1).

Mas a definição do art. 888.º parece-nos preferível, por ser mais expressiva e mais exacta. Ela distingue nìtidamente a hipoteca das outras garantias reais, designadamente do penhor e do privilégio, com as quais o referido conceito, que é o do código italiano, a deixe confundir.

É por isso que os mais autorizados civilistas italianos,

(1) Dr. Alves Moreira, *Obrig.*, pág. 424. É precisamente a definição do art. 1964.º do código italiano: «A hipoteca é um direito real constituído sôbre bens do devedor ou de um terceiro, em benefício de um credor, para assegurar sôbre os mesmos o cumprimento duma obrigação».

ao estabelecerem os caracteres essenciais da hipoteca — *realidade, indivisibilidade, especialidade e publicidade* — não se contentam com a definição do seu código (1).

A verdade é que no sistema do nosso direito positivo a hipoteca só recai sôbre imóveis. O próprio caso da hipoteca sôbre navios não é excepção a esta regra, pois o código comercial, reputando os navios bens móveis (art. 485.º), acrescenta: «salvas as modificações ou restrições dêste código. E no art. 585.º diz: «As hipotecas sôbre navios produzirão os mesmos efeitos e reger-se hão pelas mesmas disposições que as hipotecas sôbre prédios, em tudo quanto fôr compatível com a sua especial natureza e salvas as modificações da presente acção». Ora tudo isto não pode deixar de significar que os navios, para os efeitos da hipoteca, não são considerados móveis, mas imóveis.

Mas, além disso, a *publicidade* da hipoteca por meio do registo, que se faz pela inscrição do título no respectivo livro da conservatória do registo predial, é requesito essencial da hipoteca, porque sem ela a hipoteca nada vale para com terceiros, proprietários do prédio hipotecado, ou credores do mesmo devedor (art. 950.º, 951.º, 957.º e outros).

Ora o que dá importância e valor à hipoteca é precisamente a sua eficácia para com os terceiros. Considerada apenas nas relações entre o credor hipotecário e o devedor, ela nada acrescenta ao valor do título constitutivo do crédito, nem sequer as vantagens do processo de execução hipotecária, que não pode ser instaurado sem a certidão do registo da hipoteca (cód. de proc. civ., art. 951.º).

Caracteres essenciais da hipoteca são pois:

a) a *realidade*, visto que é na verdade um direito

(1) Ruggiero, I, pág. 608 e seg.

real, mas apenas no sentido genérico de direito que recai sôbre uma certa cousa, podendo ser exercido *contra quemcumque possidentem* (art. 892.º), mas não no sentido próprio de direito que dê ao titular um poder de uso ou disposição da cousa, porque o credor hipotecário não tem a posse dela nem pode apropriá-la pelo simples facto do não cumprimento da obrigação (art. 903.º);

b) a *indivisibilidade,* porque a hipoteca é por sua natureza inerente a todos e a cada um dos prédios hipotecados, e a cada uma das partes que o compõem; salvo o caso de se designar no título a parte do prédio que com ela fica onerada (art. 893.º);

c) a *especialidade,* porque só pode recair sôbre certos e determinados prédios, e não sôbre a totalidade, nem mesmo sôbre uma generalidade de prédios do devedor, ou do terceiro que os hipoteca; isto não quer dizer que no título constitutivo se não possa hipotecar uma generalidade de prédios, o que de resto se verifica em quási todas as hipotecas legais (art. 905.º) e pode dar-se nas voluntárias (arts. 911.º e 936.º); mas como a hipoteca só fica definitivamente constituída pelo registo, e êste só pode efectuar-se em relação a certos e determinados prédios, individualmente designados, resulta que afinal é indispensável fazer-se a especificação dos prédios hipotecados;

d) a *publicidade,* por meio do registo, sem o qual a hipoteca não pode produzir os seus efeitos próprios e característicos.

Que a hipoteca só pode recair sôbre bens imobiliários, e que não estejam fora do comércio, di-lo expressamente o art. 889.º. Mas nem todos os bens imobiliários comerciáveis podem ser objecto de hipoteca, porque o art. 890.º acrescenta: «Só podem ser hipotecados:

1.º Os bens imóveis e os imobiliários, de que se faz menção nos n.ºs 1.º e 2.º do art. 375.º;

2.º O usufruto dos mesmos bens;

3.º O domínio directo e o domínio útil nos bens enfitêuticos. E desnecessário era especificar o usufruto e a enfiteuse, porque já estavam compreendidos no n.º 2.º do art. 375.º.

O art. 894.º ainda determina que só podem ser hipotecados os bens que podem ser alienados, sendo por isso insusceptíveis de hipoteca os bens dotais, pois que são inalienáveis (art. 1149.º). A disposição do art. 894.º é uma lógica e necessária conseqüência da natureza e efeitos da hipoteca, pois embora não seja exacto, como pretendem alguns autores, que os bens hipotecados se consideram alienados na parte correspondente ao valor do crédito por eles garantido, o certo é que a hipoteca onera os bens com um encargo quási equivalente à alienação.

O art. 891.º completa a determinação do objecto da hipoteca, dispondo que ela abrange: as acessões naturais, as bemfeitorias feitas pelo devedor, as indemnizações devidas pelos seguradores, ou em virtude de expropriações ou prejuízos.

O código admite duas espécies de hipoteca, conforme o diverso modo por que ela se constitui (art. 904.º):

a) as *hipotecas legais,* que resultam imediatamente da lei, sem dependência da vontade das partes, e existem pelo facto de existir a obrigação a que servem de segurança (art. 905.º);

b) as *hipotecas voluntárias,* que nascem do contracto ou de disposição de última vontade (art. 910.º).

As hipotecas legais são as mencionadas nos arts. 906.º e 907.º, segundo os quais teem hipoteca legal:

1.º O Estado, as câmaras municipais e os estabelecimentos públicos, nos bens de seus funcionários e dos seus fiadores, para pagamento dos valores por que se tornarem responsáveis;

2.º Os incapazes, nos bens dos seus representantes, para garantia das suas obrigações;

3.° A mulher casada com dote, nos bens do marido, para segurança dos móveis dotais e dos alfinetes estipulados;

4.° O cônjuge sôbrevivo, nos bens do falecido, para pagamento dos apanágios;

5.° O credor por alimentos, nos bens do devedor;

6.° Os estabelecimentos de crédito predial, nos bens designados nos respectivos títulos;

7.° Os herdeiros, nos bens herdados pelos que fiquem obrigados a pagar tornas;

8.° Os legatários, nos bens da herança sujeitos ao pagamento do legado;

9.° Os credores que gozarem de algum privilégio creditório, desde que façam registar o crédito como hipotecário.

O nosso antigo direito (Ord., liv. 3, tít. 84, § 14) admitia uma terceira espécie de hipoteca — a *judicial* — resultante de sentença condenatória, sôbre os bens da parte condenada, na importância da condenação; mas só tinha lugar nas sentenças proferidas em causas controvertidas, mas não nas proferidas em virtude de confissão da parte, chamadas de preceito (Coelho da Rocha, § 641). Esta hipoteca, ainda hoje consignada em muitos códigos, como o francês e o italiano, não foi admitida pelo nosso, certamente por se entender que a parte, que tem a seu favor uma sentença, já tem um meio eficás de proceder executivamente contra o devedor, e não seria justo dar-lhe ainda por essa circunstância um título de preferência sôbre os outros credores.

A hipoteca tem, como o penhor, uma grande superioridade sôbre as outras garantias das obrigações, porque sujeitando ao seu cumprimento os bens empenhados, dá ao credor o direito de os fazer vender ou adjudicar para se pagar pelo seu valor. E, por outro lado, tem ainda sôbre o penhor a vantagem de não tirar ao devedor a posse dos bens, que continuam a prestar-lhe todas as utilidades.

O regime hipotecário tem por isso uma grande importância na vida económica, sendo indispensável para o seu bom funcionamento um perfeito sistema de registo predial, tal como se encontra já organizado na Alemanha e na Suíça, onde os livros *fundiários* e as *plantas* ou *cadastros* da propriedade mostram claramente todas as mudanças de proprietários ou titulares de quaisquer direitos reais, com as modificações resultantes dêstes direitos, porque todos os actos que importam aquisição, modificação ou extinção de direitos reais, só teem validade desde que estejam devidamente registados.

Note-se, por fim, que a hipoteca, assim como os privilégios e as outras garantias das obrigações, sendo um direito meramente acessório do crédito, a que serve de segurança, extingue-se logo que extinta seja a obrigação garantida (arts. 1026.° e 1027.°).

101. **Transmissão das obrigações: sucessão, cessão e subrogação.** — Sendo a obrigação um vínculo constituído entre duas pessoas determinadas, pode à primeira vista parecer lògicamente, teòricamente impossível a sua transferência de uma pessoa para outra. E tal foi com efeito a concepção do antigo direito romano. A relação obrigatória, como vínculo pessoal, que prende o devedor ao credor, parecia aos romanos insusceptível de admitir uma substituïção nos seus sujeitos, quer pelo lado activo, quer pelo passivo, porque o vínculo obrigatório era considerado como estrita e absolutamente aderente às pessoas, de modo que a substituïção de qualquer dos sujeitos não podia deixar de produzir uma transformação profunda na própria individualidade da obrigação, uma verdadeira extinção da primitiva relação obrigatória, à qual uma outra inteiramente nova e diversa vinha substituir-se.

Uma única excepção se admitia ao princípio da intransmissibilidade das obrigações: era a que se veri-

ficava na sucessão hereditária, onde créditos e débitos se transmitem do defunto para o herdeiro. Mas isto não era o reconhecimento da idoneidade das obrigações para serem transmitidas de uma para outra pessoa; era simplesmente o efeito próprio da sucessão hereditária, que, investindo o herdeiro no *universum jus* do *de cujus*, o colocava na mesma e idêntica situação jurídica em todas as relações da vida, e portanto como credor ou como devedor nas relações obrigatórias.

E assim toda a idéa de uma transferência do crédito ou do débito, por meio duma sucessão a título singular ou particular, foi completamente extranha aos primitivos jurisconsultos romanos; e, para conseguir os mesmos efeitos práticos não tinham outro meio senão transformar numa obrigação nova o mesmo conteúdo da antiga, por substituïção de um novo credor ou devedor ao credor ou devedor originário, o que precisamente constitue a extinção das obrigações por *novação subjectiva*.

Adoptaram-se mais tarde processos menos rígidos de transferência por título singular da relação creditória, mas abrangendo apenas o lado activo, ou seja, a transmissão da utilidade do crédito, sem se chegar à transferência da situação jurídica do devedor, independentemente do consentimento do credor.

Outra, porém, e muito mais larga, é a concepção do direito moderno, derivada do conceito principalmente económico da obrigação, que essencialmente a distingue do conceito pessoal da obrigação romana. Libertada do preconceito de que a relação obrigatória não pode, sem se extinguir, sofrer mudança alguma nas pessoas, a doutrina moderna considera essencial e predominante o seu conteúdo patrimonial, em confronto com o qual as pessoas do credor e do devedor, embora sejam também elementos essenciais, não teem geralmente importância decisiva na estrutura jurídica da sua individualidade pessoal; quer dizer: decerto para haver

obrigação deve haver um credor e um devedor; mas não é igualmente certo que um e outro devam permanecer sempre as mesmas pessoas, que criaram originàriamente o vínculo, o qual portanto não muda necessàriamente de natureza, nem se extingue, pelo simples facto de mudar um dos seus sujeitos. Esta idéa é por si mesma intuïtiva, quando a mudança tem lugar na pessoa do credor, pois que, à parte o interesse puramente psíquico do devedor em ter por credor uma pessoa mais ou menos exigente ou tolerante, é indiferente para êle o pagar a êste ou áquele. Mas a idéa já é muito discutível, no caso de mudança na pessoa do devedor, porque se a prestação no momento de ser executada tem valor económico idêntico, seja quem fôr que a faça, já não é do mesmo modo indiferente para o credor, antes da execução, ter como obrigado um devedor insolvável em vez de um devedor idóneo; e principalmente tratando-se de prestações infungíveis, é muitas vezes decisiva para a satisfação do credor a permanência do primitivo devedor.

Entretanto, a verdade é que a moderna sciência do direito não vê obstáculo algum à livre transferência das obrigações, não só pelo lado activo, mas ainda pelo lado passivo, sendo igualmente assegurado o direito do credor. Pode a transmissão operar-se, activa e passivamente, por meio da sucessão hereditária; e êste é precisamente um meio genérico, normal e constante, de transmissão das obrigações (arts. 1737.º, 1792.º-1794.º, 2014.º, 2019.º. E pode operar-se também por título singular ou particular em actos *inter vivos;* estes são os modos específicos de transmissão das obrigações, que a respeito do crédito se reduzem a dois tipos — a *cessão* e a *subrogação*. (1)

A *cessão de créditos*, regulada nos arts. 785.º e

(1) Ruggiero, II, págs. 207 e seg.

seguintes, consiste no acto *inter vivos* pelo qual o credor transmite a outrem o seu crédito, por título gratuito ou oneroso, independentemente de consentimento do devedor.

O Dr. Alves Moreira (*Obrigações*, pág. 197) define: «a sucessão por negócio jurídico entre vivos num crédito». Mas não vemos vantagem em substituir por esta a definição contida no art. 785.°, quando mais não seja, porque tem o inconveniente de abranger também a *subrogação* pelo simples facto do pagamento feito por um terceiro, nos termos dos arts. 778.° e seguintes.

Já entre os romanos se sentiu a necessidade de permitir a alienação dos créditos sem o consentimento do devedor, porque êste muitas vezes o não daria senão em troca de qualquer vantagem. Mas, como no conceito rígido do direito romano a forma ou figura jurídica da obrigação era imutável, os jurisconsultos criaram expedientes ou meios indirectos de realizar a transferência de créditos, sem alterar a construção do vínculo jurídico.

O expediente primeiramente adoptado, e que perdurou muito tempo, foi o instituto da representação judiciária ou processual: o titular do crédito (cedente) constituía aquele a quem o queria ceder (cessionário) como *procurator* ou *cognitor*, dando-lhe não só a faculdade de exercer o direito em benefício próprio (*procurator in rem suam*), mas a de reter tudo o que recebesse. Mais tarde, para evitar os inconvenientes daquela faculdade, porque ela não fixava irremediàvelmente no *procurator* o crédito cedido senão no momento da *contestatio litis*, criou-se o remédio mais eficás de conceder ao cessionário uma *actio utilis:* por meio desta acção, embora permanecesse sempre titular do crédito o credor, o exercício do direito era transferido para o cessionário, que podia assim proceder contra o devedor cedido, sem necessidade de mandato, mas com uma acção própria e autónoma.

Dêstes processos indirectos, mais ou menos artificiosos, que só mais tarde terminaram pela sucessão a título particular nos créditos, não se preocupa o direito moderno: o trespasse do crédito por título singular ou particular é um fim, que se realiza directamente por um acto jurídico adequado, que é a *cessão*, tècnicamente, abstractamente considerada, como um modo de transmissão dos créditos, análogo a qualquer dos modos de transmissão dos direitos reais (venda, doação, troca, enfitêuse, etc.).

Há em todo o caso uma diferença fundamental entre a cessão de créditos e a transmissão de direitos reais.

Entre o credor e o objecto da prestação não há uma relação directa, imediata, de modo que o credor fique tendo um poder sôbre êsse objecto. O que há é uma relação em virtude da qual a prestação tem de ser efectuada por uma certa pessoa; e, pela cessão do crédito, êsse vínculo entre o devedor e o primitivo credor subsiste, dando-se apenas a substituïção dêste pelo adquirente do crédito. E assim, na construção jurídica da cessão há uma pessoa determinada, em relação à qual o adquirente fica tendo um direito, o que não se dá na transferência dos direitos reais.

A transferência dum direito real verifica-se em relação a todos, independentemente de qualquer notificação pessoal, desde que se tenham realizado os requesitos essenciais do acto jurídico da transmissão; a cessão de créditos produz imediatamente os seus efeitos entre cedente e cessionário, mas em relação a terceiros e ao devedor, só depois de notificada a êste ou por qualquer modo levada ao seu conhecimento, contanto que o seja por forma autêntica (art. 789.°).

Na construção jurídica da cessão, não só o direito cedido tem existência em relação a uma pessoa determinada, mas o cessionário fica sendo representante do cedente; donde resulta não só que é necessário notificar

o devedor, mas que êste pode opôr ao cessionário as mesmas excepções que poderia opôr ao cedente, de modo que, se fôr anulada qualquer das cessões anteriores, o cessionário fica sem direito contra o devedor.

Daí um grave embaraço para a circulação dos créditos na vida económica, e o motivo porque o direito comercial tratou de construir a teoria dos títulos de crédito, pela qual o conceito formal ou literal e autónomo dum crédito expresso num determinado título permite a sua transmissão, sem necessidade de notificação, e sem que o devedor possa opôr ao adquirente ou possuïdor as excepções que podia opôr ao antigo titular: o direito do adquirente funda-se no próprio título, cuja posse representa por si mesma a causa jurídica da adquisição.

E assim os títulos de crédito, quanto ao módo da sua transmissão, são *nominativos, à ordem* ou *ao portador*, transmitindo-se os primeiros por diferentes formas de cessão, conforme as diversas regras porque êles se regulam, os segundos por *indôsso*, isto é, por uma ordem do titular passada no próprio título, e os terceiros por simples *tradição* ou entrega de mão a mão. É no código comercial e nas leis especiais que se regula a transmissão dos títulos de crédito.

Pelo art. 785.° pode parecer que todos os direitos podem ser cedidos; mas o art. 703.° mostra que não o podem ser os que forem puramente pessoais por sua natureza, por efeito de contracto ou por disposição da lei, como são o direito à pensão de alimentos, o direito de uso e de habitação, o direito de apanágio do cônjuge sobrevivo (art. 1231.°), o direito à prestação do serviço doméstico (art. 1385), e bem assim os créditos em que se tiver estipulado a incessibilidade sem consentimento do devedor.

Também em relação aos créditos litigiosos se opõem duas restrições:

a) não podem ser cedidos a juízes ou autoridades,

se forem disputados nos limites da sua jurisdição (§ ún. do art. 785.°);

b) se a cessão deles fôr por título oneroso, o devedor pode livrar-se satisfazendo ao cessionário o valor que tiver dado, com os seus juros e as despesas da adquisição, salvos os casos do art. 786.°. Esta restrição é o chamado *resgate* ou *distrate litigioso*, também denominado *Anastasiano*, do nome do imperador que o instituíu, com o fim de refrear os tôrpes negócios e abusos dos *redemptores litium* (1).

Os efeitos essenciais da cessão, e por isso independentes da notificação, são:

a) a transferência para o cessionário, não só do crédito cedido (art. 789.°), mas também de todos os seus direitos e obrigações acessórias, incluindo portanto as garantias da obrigação, como o penhor, a fiança, a hipoteca, etc. (art. 793.°);

b) a responsabilidade do cedente pela existência e legitimidade do crédito ao tempo da cessão, mas não pela solvência do devedor, salvo se assim fôr estipulado (art. 794.°).

Embora o código o não diga, é claro, que esta responsabilidade não existe, na cessão por título gratuito, salvo havendo dolo da parte do cedente, que por esta forma cause prejuízos ao cessionário.

Também se pode dar a transmissão dos créditos por subrogação dum terceiro nos direitos do credor, nos termos dos arts. 778.° e seguintes, pelos quais se vê que a *subrogação* consiste em um terceiro adquirir o crédito com os seus direitos e obrigações acessórias, pelo facto de pagar em vez do devedor ou por lhe emprestar dinheiro para fazer o pagamento.

Mas o simples facto do pagamento por um terceiro

(1) Ruggiero, pág. 208 e seg.; Dr. Alves Moreira, pág 191, e seg.; Simoncelli, pág. 368 e seg.

só por si não produz o efeito da subrogação. Em regra é necessário o consentimento do devedor, que pode ser expresso ou tácito (art. 778.º).

Não havendo consentimento do devedor, o pagamento só dá subrogação:

1.º se o que pagou é fiador, ou por qualquer outro modo interessado em que o pagamento se faça;

2.º se o credor fizer cessão do crédito, ou se no próprio acto do pagamento se estipular expressamente a subrogação (art. 779.º).

O empréstimo do dinheiro para pagamento da dívida só produz subrogação se constar de título autêntico, em que se declare que o dinheiro foi pedido para pagamento da dívida (art. 780.º).

A subrogação é, pois, *convencional,* se o pagamento é feito com consentimento do devedor, ou por acôrdo com o credor; e *legal,* se é determinada pela lei, independentemente da vontade do credor ou do devedor.

E pode ser *total,* ou *parcial,* se a solução não fôr indivisível (arts. 782.º-784.º).

Conhecidas as formas específicas da transmissão das obrigações, vejamos agora se no sistema do nosso direito será admissível uma paralela transmissão das obrigações pelo lado passivo, ou seja, a sucessão nas dívidas por título singular ou particular.

Como já observamos, a sciência do direito civil moderno não se opõe à admissibilidade do novo instituto. Foi a doutrina civilista alemã que o construiu, e teve o mérito de o fazer consignar no código alemão (§§ 414-419). Êste código suprimiu a figura jurídica clássica da *novação,* que é a extinção duma obrigação, com a sua substituïção por uma *nova obrigação,* quer pela mudança do objecto, quer pela mudança de qualquer dos sujeitos (arts. 802.º e seg.). Segundo o código alemão, constituindo-se uma nova obrigação, em lugar da antiga, conservando-se os mesmos sujeitos, tem

lugar a *dação em pagamento* (§ 364); se há a substituïção do credor, tem lugar a cessação de créditos, com todos os seus acessórios (§§ 399-411); se há a substituïção do devedor, tem lugar a cessão da dívida, mas dá-se a extinção da fiança, do penhor ou da hipoteca, se o fiador ou o proprietário da cousa empenhada não consentem na cessão.

Os códigos da escola clássica, como o nosso, só falam de cessão de créditos e não de cessão de dívidas.

Por isso, e porque é princípio fundamental da novação por mudança de devedor a necessidade de consentimento do credor, os autores são geralmente de opinião que não é admissível sem êsse consentimento a sucessão singular nas dívidas.

Entretanto já na moderna escola civilista italiana alguns dos mais notáveis escritores, partindo do conceito patrimonial do vínculo obrigatório, sustentam que mesmo no sistema do código existe já em gérmen, e é admissível, o princípio da transmissão por título particular.

Em face do nosso parece-nos que, não obstante os princípios do exacto e pontual cumprimento das obrigações (art. 702.º) e da necessidade do consentimento do credor para substituïção do devedor (art. 804.º), é admissível também o princípio da sucessão singular nas dívidas, contanto que não sejam deminuídas as garantias geral ou especiais da obrigação.

Entretanto, é forçoso confessá-lo, a questão é muito delicada, e esta doutrina muito duvidosa sob o ponto de vista do direito positivo (1).

102. **Extinção das obrigações.**—O direito de crédito é, por sua natureza, uma relação destinada a desaparecer,

(1) Dr. Alves Moreira, pág. 192 e seg.; Ruggiero, pág. 227 e seg.

e não a viver perpètuamente: fornecer ao credor uma utilidade económica é o seu fim; e realizado êste pela satisfação do interêsse daquele, o vínculo não tem mais razão de ser, por falta do fim. É mais um dos caracteres peculiares dos direitos de crédito, que os separa e distingue dos direitos reais, onde a relação abstractamente considerada é de duração permanente. Ainda quando a obrigação tem por objecto uma série de prestações sucessivas, renovando-se periòdicamente, ela está destinada a ter um termo; só por excepção, e principalmente quando é conexa com um direito real, se pode falar de obrigação que não é destinada a extinguir-se, como acontece com a obrigação do enfitêuta de pagar o fôro; só excepcionalmente também algumas espécies de direitos reais são destinados a desaparecer, ou por um motivo de utilidade social, como o usufruto, ou por serem conexos com uma relação de crédito, como a hipoteca.

Muitos e variados são os modos ou causas da extinção das obrigações. O primeiro, e o mais natural, é o *cumprimento* ou *pagamento;* mas ao lado da *solutio* e dos seus sucedâneos, a *dação em pagamento (datio in solutum)* e *consignação em depósito*, outras causas de extinção existem, que derivam de factos diferentes da satisfação do credor.

Há causas que são comuns às outras relações jurídicas, e que, como o *termo final* (arts. 1276.°, n.° 1.°, 1363.°, n.° 5.° e outros) e a *condição resolutiva*, expressa (arts. 678.° e 680.°) ou tácita (art. 709.°), presupõem fixado prèviamente pela vontade das partes ou da lei um momento ou acontecimento determinado, pelo qual o vínculo deve considerar-se dissolvido; ou que, como a *prescrição extintiva* (art. 505.°), importam a perda do crédito, porque depois de um certo tempo a lei não considera já digno de reconhecimento e garantia um crédito obstinadamente inactivo; ou que, como *remissão da dívida* (perdão ou renúncia, art. 815.°),

representam a faculdade, em regra ilimitada, que todo o indivíduo tem de desistir dos seus direitos.

Há outras que se referem aos elementos essenciais da obrigação, a cuja existência é condicionada a sua própria vida: desaparece a obrigação com o desaparecimento do seu próprio objecto (*impossibilidade superveniente da prestação*, não sendo por culpa do devedor, art. 717.°); ou com o desaparecimento ou enfraquecimento da fôrça coactiva do vínculo (*excepção* conferida ao devedor; *anulação* ou *rescisão*, arts. 687.° e seg.; *transformação de obrigação perfeita* em *obrigação natural*), e pode desaparecer com a *morte* do devedor ou do credor, naquelas obrigações em que, como na sociedade (art. 1276.°), no mandato (art. 1363.°), no serviço doméstico (art. 1385..°), se considera elemento essencial da relação a individualidade pessoal dum determinado sujeito; ou ainda em casos mais especiais, como na sociedade (art. 1276.°) e no mandato (art. 1363.°), com a *superveniente incapacidade* duma das partes.

Outras, emfim, dependem, ou de factos que são incompatíveis com a subsistência do vínculo, ou de acôrdo liberatório entre o credor e devedor: tais são, por exemplo, a concentração na mesma pessoa da dupla qualidade de credor e devedor (*confusão*, art. 796.°), a contemporânea existência de dívidas recíprocas entre o mesmo credor e devedor (*compensação*, art. 765.°), o abandono da relação de propriedade e de posse com a cousa donde deriva a obrigação (*derelictio* nas *obligationes propter rem*, arts. 1803.°, 2178.°, 2229.°); um acôrdo destinado a dissolver o vínculo contractual (*mútuo dissenso* ou *distrate*, art. 702.°); transformação da obrigação em outra, por mudança dos sujeitos ou do objecto (*novação*, art. 802.°).

Em presença de tanta diversidade e multiplicidade de modos de extinção das obrigações, cuja enumeração completa seria quási impossível, se por um lado se im-

põe a necessidade duma sistematização orgânica, capaz de reduzir as várias causas a categorias homogéneas, por outro lado pode dizer-se que são insuperáveis as dificuldades duma classificação verdadeiramente sistemática.

Em primeiro lugar costumam distinguir-se em duas grandes categorias, atendendo à sua diversa esfera de acção: *gerais,* isto é, comuns a todas as obrigações, como o pagamento, a novação, a remissão, etc., e *especiais,* isto é, peculiares a certos grupos, como a morte do credor ou devedor, o abandôno da cousa, etc. Mas êste critério é demasiadamente elástico e imperfeito, para dar lugar a uma classificação rigorosa.

Ao aspecto exterior e formal da acção das diversas causas atende-se na distinção entre as que actuam directamente sôbre a existência da obrigação e as que actuam dum modo mediato; as primeiras atingem radicalmente o vínculo, de modo que a sua existência importa a extinção da obrigaçao; as segundas, consistindo numa excepção, que o obrigado pode opôr para impugnar o vínculo, deixam-no subsistir emquanto esta impugnação se não fizer valer. No primeiro caso diz-se que a extinção se dá *ipso jure,* é imediata e directa; no segundo *ope exceptionis,* mediata ou indirecta, porque a obrigação não se extingue verdadeiramente, mas apenas a acção é paralizada pela excepção; é daqui a subdistinção entre os modos que, actuando *ope exceptionis,* exigem a alegação das partes, não podendo o juiz suprir o seu silêncio, como na prescrição (art. 515.º), e os que não exigem alegação da parte.

Mais valor scientífico teem as classificações que, em vez de atenderem ao aspecto extrínseco, teem por base, ou a voluntariedade do facto extintivo, ou a efectiva satisfação do credor, porque tomam em consideração a intrínseca substância ou o fim do vínculo.

Sob o primeiro aspecto há modos de extinção *voluntários* e *involuntários,* porque uns dependem, e outros

não, da vontade das partes; e os primeiros podem depender só da vontade duma das partes, como o pagamento, a remissão, o distrate unilateral dos contractos, ou da vontade de ambas, como a *datio in solutum,* a novação, o mútuo dissenso, etc. Outros modos de extinção, como a confusão, a impossibilidade superveniente da prestação, a morte e a superveniente incapacidade dos sujeitos, a prescrição (art. 509.º), actuam independentemente da vontade, e até contra ela, por virtude dum facto incompatível com a subsistência do vínculo ou duma disposição da lei.

Sob o segundo aspecto, algumas causas presupõem a satisfação do interêsse do credor, e outras excluem-na; às primeiras chamam-se modos *satisfatórios* e às segundas *não satisfatórios* (1).

Neste lugar tratamos apenas do pagamento, da compensação, da novação, da confusão e da remissão, porque as outras pertencem umas à teoria dos factos jurídicos, outras à teoria dos diferentes contractos, e da impossibilidade superveniente da prestação tratamos na teoria do não cumprimento das obrigações.

O *pagamento* é o modo normal da extinção das obrigações, pelo seu exacto cumprimento, isto é, pela efectivação da *prestação de facto* ou de *cousa,* em que a obrigação consiste. É por isso que, como já vimos (supra n.º 95), o Código emprega indiferentemente as expressões *pagamento, cumprimento, solução,* e até *prestação,* para significar a mesma idéa (art. 702.º e seg.).

O certo é em todo o caso que a palavra *pagamento* significa mais pròpriamente o cumprimento das obrigações cujo objecto é a prestação dum *dare.*

O pagamento pode ser feito pelo próprio devedor ou por seu representante, ou ainda por um terceiro

(1) Ruggiero, pág. 231 e seg.

(art. 747.°); mas não pode o credor ser constrangido a receber a prestação de terceiro, se assim tiver sido estipulado, ou se com isso fica prejudicado (§ ún. do art. 747.°).

O pagamento deve ser feito ao próprio credor ou a seu legítimo representante (art. 748.°). O pagamento feito a terceiro só extingue a obrigação: 1.° se assim fôr estipulado; 2.° nos casos em que a lei o determinar (art. 749.°). Se o pagamento é feito a terceiro que não tem legitimidade para o receber, o devedor continua adstrito à prestação. É o antigo provérbio: *quem paga mal paga duas vezes*, embora possa rehaver aquilo que indevidamente pagou.

Mas, para o pagamento indevidamente feito, isto é, feito por quem não é devedor, ou pelo devedor a quem não tem legitimidade para o receber, dê direito a restituïção, é necessário: 1.° que o pagamento tenha sido feito por êrro de facto ou de direito; 2.° e sendo feito a quem tenha legitimidade para o receber, é necessário que se trate de dívida de facto inexistente, porque, se quem pagou *realmente* deve, embora se trate de simples obrigação natural (supra, n.° 94), não se verifica o requesito da inexistência real da dívida, exigido pelo art. 758.°. E se o *accipiens* está de má fé, é obrigado não só à restituïção, mas também a perdas e danos.

Sôbre a prova do pagamento, o princípio fundamental é que êle se não presume, incumbindo por isso a sua prova ao devedor que afirma ter pago (art. 2405.°). Mas a prova pode fazer-se por todos os meios legais, salvo nos casos em que a lei exige prova especial da quitação (art. 1434.°, § 2.°, 1534.°, § ún., 1643.°).

Do mesmo modo que pelo pagamento, o devedor pode livrar-se pela consignação em depósito, nos termos dos arts. 759.° e seg. (supra, n.° 96).

Fundamentalmente idêntico ao pagamento é o outro sucedâneo — a *datio in solutum* ou *dação em pagamento*.

O código não regula especialmente êste modo de extinguir uma obrigação; mas a êle se referem os arts. 850.°, 1564.°, § único, e 1678.°, por onde se vê que a *dação em pagamento* consiste na substituïção da prestação devida pela entrega de certa cousa.

Mas é claro que, em virtude do princípio fundamental do exacto cumprimento da obrigação, esta só pode ser extinta pela *datio in solutum*, com o consentimento do credor — *aliud pro alio invito creditore solvi non potest*.

No art. 765.° estabelece-se a extinção das obrigações por *compensação*:

«O devedor pode desobrigar-se da sua dívida por meio de compensação com outra, que o credor lhe deva, nos termos seguintes:

1.° Se uma e outra dívida forem líquidas;

2.° Se uma e outra dívida forem igualmente exigíveis;

3.° Se as dívidas consistirem em somas de dinheiro, ou em cousas fungíveis, da mesma espécie e qualidade; ou se umas forem somas de dinheiro, e outras forem cousas cujo valor possa liquidar-se, conforme o disposto na última parte do § 1.° do presente artigo.

§ 1.° Dívida líquida diz-se aquela cuja importância se acha determinada, ou pode determinar-se dentro do prazo de nove dias.

§ 2.° Diz-se dívida exigível aquela cujo pagamento pode ser pedido em juízo».

Mas note-se que não basta a exigibilidade jurídica ou abstracta; é necessária a exigibilidade concreta determinada pelo tempo do vencimento. Por isso o código brasileiro diz bem no art. 1010.°: «A compensação efectua-se entre dívidas líquidas, *vencidas* e de cousas fungíveis».

O código não define as cousas *fungíveis*, porque a doutrina clássica, desde o direito romano, é conforme em as definir: aquelas que, por serem da mesma espécie

ou do mesmo género, não apresentam características individuais relevantes no ponto de vista da sua utilidade económica, podendo por isso nos pagamentos ser substituídas umas pelas outras.

A *compensação* é, pois, a elisão ou eliminação das dívidas recíprocas da mesma natureza. É precisamente como em matemática se faz em qualquer polinomio a eliminação dos termos iguais de sinais contrários.

O conceito da compensação é intuitivo, tanto pelo seu próprio conteúdo, como pela sua função económica, e pelo seu fundamento jurídico, que foram admiràvelmente traduzidos nas definições dos jurisconsultos romanos:

a) o conteúdo é dado pela definição de Modestino — *Compensatio est debiti et crediti inter se contributio* (D. 16. 2. 1);

b) a função pela de Pompónio — *Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere quam solutum repetere* (D. 16. 2. 3);

c) o fundamento pela de Paulo — *Dolo facit, qui petit quod redditurus est* (D. 44. 4. 8 pr.).

A compensação é *total*, se as dívidas compensáveis são da mesma quantidade; e é *parcial*, na importância da dívida menor, se forem desiguais (art. 766.º).

E produz os seus efeitos *ipso jure;* quere dizer, tem-se por feita desde o momento em que se verifiquem os seus requesitos (art. 768.º), sem necessidade do acôrdo das partes ou de sentença que a declare. É o que se chama a compensação *legal*.

Requesitos da compensação legal são: a *reciprocidade* das dívidas; a sua *homogeneidade* ou *fungibilidade*, a *exigibilidade* actual, e à *liquidação*.

Mas nem sempre a verificação dêstes requesitos produz necessàriamente a compensação. O art. 767.º exclui a compensação nos seguintes casos:

1.º Quando alguma das partes houver renunciado de ante-mão ao direito de compensação;

2.º Quando a dívida consistir em cousa, de que o proprietário tenha sido esbulhado;

3.º Quando a dívida fôr de alimentos, ou de outra cousa, que não possa ser penhorada, ou seja por disposição da lei, ou seja pelo título de que procede, salvo se ambas as dívidas forem da mesma natureza;

4.º Quando a dívida proceder de depósito;

5.º Quando as dívidas forem do Estado ou municipais, salvo nos casos em que a lei o permitir.

O código, à semelhança dos códigos francês e italiano, só regula a compensação legal ou *ipso jure*.

Mas tanto os autores nacionais como os estrangeiros admitem a compensação *voluntária* e a *judicial*.

Assim como as partes podem renunciar de ante-mão à compensação, assim também lhes é lícito estipular que ela se realize ainda que falte algum dos requesitos da compensação legal. E mesmo verificados os requesitos da compensação legal, também pode haver contracto de compensação voluntária, para modificar algum dos efeitos da compensação legal.

A compensação *judicial*, ou decretada por sentença do juiz, tem lugar nos casos em que pode dar-se a *reconvenção*, nos termos dos arts. 331.º-334.º do código de processo civil.

A reconvenção é o direito que tem o réu de no mesmo processo reclamar do autor que por sua vez cumpra uma obrigação cuja prestação lhe deve.

Em tais condições pode acontecer que no momento da propositura da acção falte algum requesito dos necessários para a compensação. Mas, se ao proferir a sentença, se verificarem todos os requesitos, o juiz deve decretar a compensação (1).

(1) O código alemão (§§ 387-396) não aceitou a teoria tradicional da compensação legal. Neste código, como no suiço das obrigações (art. 124.º), a compensação é considerada como um acto jurídico unilateral, isto é, uma declaração de vontade duma parte à

Nos arts. 802.º-814.º regula o código a extinção por *novação*.

A novação efectua-se (art. 802.º):

1.º Quando o devedor contrai para com o credor uma nova dívida, em lugar da antiga, que fica extinta;

2.º Quando um novo devedor é substituído ao antigo, que fica exonerado;

3.º Quando um novo credor é substituído ao antigo, obrigando-se para com êle o antigo devedor.

No primeiro caso é a chamada novação *objectiva* ou *real;* nos outros dois a novação *subjectiva* ou *pessoal*.

A novação não é uma simples transformação dum direito de crédito pela mudança dum dos seus elementos constitutivos ou essenciais, mas a constituïção dum novo direito de crédito, sôbre a base e com a substância duma precedente relação obrigatória; ou mais precisamente, como diz Ruggiero, a extinção duma obrigação mediante a constituïção duma obrigação nova, que da precedente toma o lugar (1).

São requesitos essenciais da novação:

a) a existência duma *precedente obrigação*, à qual a nova se substitue; é necessário que a antiga obrigação exista, para que a novação não fique sem causa; por isso o art.º 810.º determina que, se a primeira obrigação se achar extinta ao tempo em que a segunda fôr contraída, ficará a novação sem efeito;

b) a constituïção duma *nova obrigação*, capaz de extinguir a antiga; e por isso o art. 813.º declara que, se a novação fôr nula, subsistirá a antiga obrigação;

outra, destinada a fazer-lhe conhecer a intenção de compensar a própria dívida com a do credor. Os créditos não se extinguem *ipso jure;* mas isto não impede que a compensação se considere realizada, como no sistema da compensação legal, no momento em que os dois créditos recíprocos existem simultâneamente. É que a declaração unilateral tem efeito retroactivo (§ 389).

(1) Ruggiero, pág. 238.

c) a *intenção de novar*, ou *animus novandi;* a novação não se presume, diz o art. 803.º; é necessário que seja expressamente estipulada, ou que se deduza claramente dos termos do novo contracto;

d) a *capacidade* de contractar, visto que a novação só por contracto se pode fazer.

A extinção duma obrigação por *confusão* é regulada nos arts. 796.º-801.º.

Diz o art. 796.º: «Confundindo-se na mesma pessoa a qualidade de credor e a de devedor, pela mesma *causa*, (deve ler-se *cousa*) extingue-se o crédito e a dívida». Êste equívoco da palavra *causa*, que é manifesto, deve atribuir-se a simples êrro de revisão.

A expressão «pela mesma causa» quer certamente dizer *«pela mesma obrigação»*, ou seja, pela mesma *cousa*, tomada esta palavra no seu sentido jurídico lato, isto é, como tudo o que pode ser objecto de direitos e obrigações.

A *confusão* é, não só o facto da reünião na mesma pessoa da qualidade de credor e devedor pela mesma obrigação, mas também o facto da conjunção ou integração de duas ou mais obrigações subjectivamente distintas e recíprocas, que subjectivamente se identificam e desaparecem pela concentração na mesma pessoa das qualidades de credor e devedor.

Com efeito, a *confusão* de que se trata nos arts. 796.º-801.º pressupõe também a existência de obrigações recíprocas anteriores, que pela unificação das duas pessoas do credor e do devedor, se fundem e desaparecem, pela razão simples de não se poder ser credor ou devedor de si mesmo.

De contrário não poderia admitir-se, nem teria explicação plausível, o preceito do art. 800.º, que exclue a confusão no caso de a reünião das qualidades de credor e devedor provir de herança aceita a benefício de inventário, quando nas relações entre o herdeiro e o autor da herança houver só obrigações unilaterais: do pri-

meiro como credor do segundo, porque neste caso dá-se necessàriamente a confusão.

Os factos que determinam a confusão são todos aqueles pelos quais se verifica uma sucessão, quer universal ou particular, quer *mortis causa*, ou por acto *inter vivos*.

Finalmente, o código regula a extinção das obrigações pelo *perdão* ou *renuncia* do credor, nos termos dos arts. 815.°-817.°. É o que mais pròpriamente os autores franceses e italianos, em harmonia com a técnica dos seus códigos, denominam a *remissão da divida*, e que implìcitamente se compreende também nas disposições do nosso.

Diz o art. 815.°: «É lícito a qualquer renunciar o seu direito, ou *remitir* e perdoar as prestações que lhe são devidas, excepto nos casos em que a lei o proíbe».

Com fundamento nesta diversa terminologia, o Dr. Alves Moreira critica a doutrina do código, dizendo que «a confusão, já tantas vezes notada, que no nosso código se faz entre direitos reais e obrigações, manifesta-se neste artigo, em que parece que se consideram como tendo a mesma natureza jurídica o perdão e a renúncia»; e faz notar que o perdão se distingue fundamentalmente da renúncia, sendo o *perdão* a remissão duma prestação devida, e a *renúncia* a perda voluntária dum direito (1).

Mas parece-nos que a técnica do código não merece esta censura.

Não faz o art. 815.° confusão entre direitos reais e obrigações, porque nos três artigos desta secção só trata da renúncia ou perdão de direitos de crédito. E não confunde o perdão com a renúncia, que pelo contrário distingue, tanto na epígrafe da secção «*Do perdão e da renúncia*», como na própria disposição do

(1) Dr. Alves Moreira, *Obrig.*, pág. 304 e seg.

art. 815.° «*renunciar* o seu direito, ou *remitir* e *perdoar* as prestações».

O que em nosso entender o código faz é definir bem a *remissão* das dívidas, como uma espécie particular da *renúncia* a um direito, aplicada ao direito de crédito.

E entendemos mesmo que as diversas expressões empregadas no art. 815.° teem a vantagem de evitar as muitas divergências entre os autores sôbre o carácter gratuito ou oneroso, bilateral ou unilateral, da remissão da dívida.

Da diversa terminologia do código não pode deixar de se concluir que a remissão tanto pode ser gratuita (perdão pròpriamente dito) ou onerosa, como unilateral ou bilateral. Em cada caso concreto terá o carácter e a natureza que resultar dos termos em que foi declarada ou convencionada.

A remissão não é senão o exercício da faculdade que, em regra, todo o titular dum direito tem de dispôr dêle, como lhe aprouver, nos termos da lei. Mas, sendo unilateral ou gratuita, ao devedor assiste igualmente o direito de aceitar ou regeitar o benefício.

De resto, o facto da remissão pode provar-se por todos os meios legais, incluindo as presunções, pois que a renúncia pode ser expressa ou tácita, não exigindo a lei forma alguma especial para a manifestação do consentimento.

CAPITULO VI

DIREITOS REAIS

SUMARIO:

103. — Determinação e classificação dos direitos reais.
104. — Direito de propriedade. Conceito, caracteres, conteúdo e fundamento.
105. — Diferentes espécies de propriedade. Modos ou títulos de adquisição da propriedade.
106. — Limitações ou restrições do direito de propriedade.
107. — Posse. Conceito, fundamento e espécies.
108. — Efeitos da posse.
109. — Acções possessórias.
110. — Usofruto, uso e habitação.
111. — Enfitêuse.
112. — Servidões.

103. **Determinação e classificação dos direitos reais.** — Já examinamos (supra n.º 59 e 60) o conceito e os caracteres dos direitos reais. É necessário agora proceder à sua determinação e classificação, para em seguida examinar os princípios fundamentais da figura jurídica de cada um deles.

O tipo mais característico e mais completo de direito real é o direito de *propriedade*, isto é, o poder que o homem tem sôbre as cousas, que por qualquer título legítimo sujeitou ao seu domínio exclusivo, e de que portanto pode usar e dispôr como lhe aprouver dentro dos limites impostos pela ordem jurídica. É o *dominium* do direito romano.

E como direito real não pode, portanto, deixar de considerar-se o direito da *posse*, isto é, o poder que o homem exerce sôbre as cousas, de que se apoderou, mas que lhe não pertencem ainda em propriedade.

O poder de facto exercido sôbre cousa alheia, quando é acompanhado do *animus sibi habendi*, ou seja, a intenção de conservar a cousa possuída como própria, e muito especialmente sendo legitimado pela *boa fé*, que é a ignorância do direito alheio, constitue uma situação jurídica inteiramente análoga à do direito de propriedade, e de tal modo que com o decurso do tempo nele se converte pelo *usucapião* ou *prescrição adquisitiva*.

E assim os dois tipos principais do direito real dão lugar à classificação em direitos reais sôbre cousa própria e direitos reais sôbre cousa alheia (*jura in re aliena*).

Mas os *jura in re aliena* não são só os direitos derivados da posse.

São muitos e muito variados, de natureza e intensidade muito diversa, pois que eles são o resultado da decomposição ou desdobramento, temporário ou perpétuo, dos diversos poderes jurídicos, que se conteem no direito de propriedade, e consistem na atribuição de alguns dêsses poderes a titulares diferentes.

Um exemplo típico dêste desdobramento e a separação do direito de propriedade duma cousa nos dois direitos fraccionários — o direito de usar e fruir (*usofruto*), por um lado, e por outro, o direito de dispôr, ou transmitir a cousa a outrem (a *raiz* da propriedade), que é a propriedade núa, como alguns dizem.

Outro exemplo muito característico de *jus in re aliena*, pelo desdobramento ou desmembramento dos poderes jurídicos contidos no *domínio*, é a relação jurídica de *servidão*, que o art. 2267.º define «o encargo imposto em qualquer prédio (*serviente*), em proveito ou serviço de outro prédio (*dominante*) pertencente a dono diferente».

E por isso, sôbre a qualificação do usofruto e das servidões como direitos reais, todos os autores são concordes.

Mas já o mesmo não acontece com os outros direitos, que mais ou menos directamente incidem sôbre certas e determinadas cousas do mundo externo.

É assim que à enfitêuse, geralmente considerada um direito real, alguns negam êste carácter, com o fundamento de que o direito ao fôro é um verdadeiro direito de crédito ou de obrigação no seu sentido próprio ou técnico.

Mas a verdade está do lado da doutrina comum.

Pondo de lado a origem e desenvolvimento histórico dos prazos, em que se revela bem o seu carácter de direitos reais, o mesmo se verifica também na figura jurídica do aforamento moderno.

Na enfitêuse há realmente um desdobramento dos direitos fraccionários da propriedade: ao foreiro ou enfiteuta fica pertencendo o poder de uso, fruïção e disposição normal da propriedade (arts. 1653.º e seg.); mas ao concedente ou senhorio fica também reservada uma parcela importante dêsses poderes, sendo representado o direito de uso e fruïção pela prestação anual do fôro, e o direito de dispôr do prédio pelo direito de preferência (art. 1678.º) e devolução (art. 1663.º).

E nem se pode dizer que o fôro constitua um verdadeiro direito de crédito, porque o vínculo jurídico é mais de carácter real do que pessoal, por quanto recai directamente sôbre o prédio enfitêutico, acompanhando-o sempre em todas as suas vicissitudes e com todos os possuïdores, emquanto se conservar no domínio particular e emquanto o encargo do fôro não fôr remido ou extinto.

Dúvidas mais fundadas surgem, porém, a respeito dos outros direitos considerados reais. E tão graves dúvidas são, que nós preferimos reduzir às cinco espécies mencionadas as categorias dos direitos reais pròpriamente ditos.

A maior parte dos civilistas consideram como verdadeiros direitos reais as garantias das obrigações

consistentes no poder conferido ao credor para se fazer pagar pelo valor de certos bens do devedor ou de terceiro, que para êsse efeito os consignou. São as chamadas garantias reais.

Outros limitam a característica da realidade ao penhor e à hipoteca, porque só nestas é que o credor tem o direito de fazer vender a cousa empenhada para se pagar sôbre o preço.

Outros, emfim, só excluem os privilégios creditórios, vendo nestes um simples direito de preferência, que não dá ao credor privilegiado qualquer poder efectivo sôbre os bens.

Como quer que seja, todos os autores, que admitem as garantias reais das obrigações na categoria dos direitos reais, classificam os *jura in re aliena* em dois grupos ou classes: direitos reais *de gôzo*, que conferem ao seu titular a faculdade de se servir duma cousa, utilizando as vantagens económicas a que ela é normalmente destinada; e direitos reais de *garantia*, que simplesmenta dão ao respectivo titular o direito de pelo valor duma cousa alheia assegurar o pagamento do seu crédito. Alguns autores dizem que os primeiros são direitos sôbre o *valor de uso* das cousas, e os segundos sôbre o *valor de troca*. (1)

Parece-nos que nem mesmo o penhor e a hipoteca devem considerar-se direitos reais pròpriamente ditos, por serem meros acessórios dum direito de crédito.

No sistema germâno-suíço, em que a hipoteca tem uma existência própria e autónoma, ela é com efeito um direito real no sentido técnico.

Mas no sistema latino, em que a existência da hipoteca é inteiramente dependente da do crédito, predominante é, sem dúvida, o carácter obrigatório da relação jurídica.

(1) Pacchioni, pag. 348.

Igual ou maior razão haveria para se considerar como direito real o direito do arrendatário ou locatário, do comodatário, do depositário quando tem a faculdade de se servir da cousa, e tantos outros, que por todos são considerados de carácter obrigatório, porque são o resultado ou a conseqüência de certas obrigações.

É por isso que não adoptamos a categoria dos direitos reais de garantia, e reduzimos a dos direitos reais de gôzo aos cinco tipos clássicos: *propriedade, posse, usufruto, enfitêuse* e *servidão*.

Os direitos reais menores ou imperfeitos são o que na técnica do nosso código se chama as propriedades imperfeitas, entre as quais enumera, além do usofruto, da enfitêuse e das servidões, o censo, o quinhão, o compáscuo, o uso e a habitação. Mas o uso e habitação são apenas modalidades restritas de usofruto. O compáscuo e o quinhão são modalidades da compropriedade. O censo é de duas espécies: o reservativo e o consignativo; o primeiro é equiparado à enfitêuse (art. 1707.º); e o segundo (arts. 1644.º e seg.), pela sua analogia com a consignação de rendimentos, e porque é o efeito e garantia duma obrigação, não deve qualificar-se como direito real.

104. **Direito de propriedade. Conceito, caracteres, conteúdo e fundamento.** — O conceito geral do direito de propriedade pertence à categoria das noções jurídicas instintivas, que até nas primeiras manifestações intelectuais e volitivas das crianças se revelam nìtidamente. É o poder sôbre aquilo que é nosso, que nos pertence.

Mas sob dois aspectos se pode conceber o direito de propriedade, conforme se tomar em consideração o *poder* que sôbre uma cousa é conferido ao titular, ou a relação de *pertença* ou *sujeição* da cousa à pessoa. E os dois conceitos foram já traduzidos nos dois termos muito freqüentes nos textos romanos — o *dominium* e a *proprietas*.

O direito romano não chegou, porém, a formular uma definição do direito de propriedade, ao contrário dos códigos modernos, que todos mais ou menos formalmente o definiram, adoptando as mais variadas fórmulas, desde a pura definição abstracta até às definições de carácter descritivo.

A maior dificuldade de o definir, diz Ruggiero, resulta, por um lado, da vasta compreensão que em si tem o domínio, capaz de abranger todas as mais variadas faculdades de uso e disposição das cousas que lhe são sujeitas; e, por outro lado, da aptidão que êle tem para comprimir-se e reduzir-se no seu conteúdo a quási nada como poder do *dominus*, sem que todavia a compressão chegue a destruir totalmente a relação de pertença da cousa à pessoa.

Com efeito, o direito de propriedade compõe-se duma série ilimitada de faculdades, em virtude das quais o proprietário, não só tem o direito de excluir os outros indivíduos de qualquer ingerência na sua cousa, mas pode dela dispôr como quizer, destinando-a ao uso que mais lhe agradar, sem outras restrições que não sejam as impostas pelo direito objectivo ou as resultantes da concorrência dos direitos subjectivos alheios.

E, por outro lado, pode o proprietário privar-se ou ser privado de uma ou mais faculdades concretas do seu poder, numa medida mais ou menos ampla e intensa, de modo que o seu domínio possa até ficar reduzido a quási nada, como acontece nos casos de usofruto, de enfitêuse e de requisição para um serviço público: mas ainda então o seu direito se conserva potencialmente íntegro, em virtude da qualidade intrínseca da sua elasticidade, que lhe permite comprimir-se e expandir-se, de modo a retomar a sua normal e máxima compreensão, logo que desapareçam os vínculos ou limitações que o tinham reduzido.

E assim se revelam os dois caracteres fundamentais

do direito de propriedade: o carácter *abstracto* e *ilimitado* do direito, e a sua *elasticidade*, que torna possíveis em concreto diversos modos de ser da relação abstractamente única. Único é, de facto, o tipo de propriedade no sistema jurídico moderno, que não reconhece mais tipos diversos, como eram em Roma a propriedade quiritária, a pretoriana e a dos peregrinos, ou como eram no direito medieval e no antigo regime as diversas formas de propriedade servil e de propriedade senhorial, que impunham aos possuïdores deveres e verdadeiras servidões pessoais, ou conferiam jurisdições especiais aos senhores, com poderes soberanos ou políticos e privilégios de toda a espécie, em favor dos nobres, dos eclesiásticos, dos conventos e das cidades. (1)

As definições dadas pelos civilistas do direito de propriedade reduzem-se todas a dois tipos, que são precisamente o reflexo dos dois conceitos fundamentais do *dominium* e da *proprietas*, ou sejam, o conceito do poder jurídico e o da relação de pertença ou sujeição da cousa.

E dêsses dois tipos de definição os mais interessantes são a de Filomusi Guelfi e a de Scialoja.

Para Filomusi «a *propriedade* é o poder (*signoria*) geral e independente da pessoa sôbre a cousa para os fins reconhecidos pelo direito e dentro dos limites pelo direito estabelecidos». (2)

Para Scialoja «é uma relação de direito privado, pela qual uma cousa como pertença duma pessoa é completamente sujeita à vontade desta em tudo aquilo que não seja proïbido pelo direito público ou pela concorrência do direito de outrem». (3)

Emquanto que alguns dos melhores autores, como

(1) Brugi, *Istituzioni di diritto civile italiano*, págs. 263 e seg.

(2) Filomusi Guelfi, *Enciclopedia giuridica*, pág. 218; *Diritti Reali*, págs. 131 e seg.

(3) Scialoja, *La proprietà*, pags. 134 e seg.

Ruggiero, preferem a de Scialoja, outros, como Simoncelli, preferem a de Filomusi.

Não nos decidimos de preferência por qualquer delas, porque a ambas preferimos a do nosso código (art. 2167.º).

A definição de Filomusi contém um elemento interessante, que nos parece essencial e não existe na de Scialoja. E o fim lícito, a que deve ser destinado o exercício do direito, sem o qual não é digno da tutela jurídica.

Por seu lado, a de Scialoja põe em relêvo um elemento essencial, que é a relação de pertença ou sujeição da cousa à pessoa, e que não existe na definição de Filomusi.

O verdadeiro conceito do direito de propriedade é a resultante dos três elementos: *a)* o *poder* de dispôr duma cousa; *b)* a *pertença* da cousa ao titular do poder, isto é, a exclusão dos poderes de terceiro; *c)* o *fim jurídico* ou *lícito* do exercício do poder.

O direito de propriedade deve pois definir-se: o *poder sôbre as cousas que nos pertencem, destinado a fins lícitos.*

E exactamente o conceito do nosso código no art. 2167.º:

«Diz-se direito de propriedade a faculdade, que o homem tem, de *aplicar* à *conservação da sua existência*, e ao *melhoramento da sua condição*, tudo quanto *para êsse fim* legitimamente adquiriu, e de que, portanto, pode dispôr livremente».

Os códigos estrangeiros ou adoptam, como os códigos francês, italiano e brasileiro, o critério concreto mais ou menos descritivo do conteúdo do direito de propriedade, isto é, dos poderes ou faculdades que nele se conteem, ou, à semelhança do alemão, se limitam a formular o conceito geral e abstracto do poder livre e exclusivo de dispôr das próprias cousas. (1)

(1) O código italiano no art. 436, à semelhança do art. 544 do francês, diz:

«A propriedade é o direito de gozar e dispôr da cousa pela

O mesmo critério do código alemão se encontra já em Coelho da Rocha, que diz no § 16: «O 3.º direito natural é o de *propriedade*, isto é, de se servir das suas cousas, e de dispôr delas, como bem lhe parecer, com a exclusão de todos os outros».

O sistema descritivo da maior parte dos códigos não é senão a expressão duma modalidade da doutrina romanista clássica, quando definia o domínio ou a propriedade como o *jus utendi, fruendi et abutendi*, que alguns comentadores ampliaram com os *jus possidendi, alienandi, disponendi, vindicandi*.

Pretendeu-se assim definir e determinar concretamente, e ao mesmo delimitar, o conteúdo do poder jurídico do *dominium*, quando a verdade é que os seus caracteres fundamentais são os dum poder *abstracto*, em princípio *ilimitado*, e eminentemente *elástico*.

Daí devemos concluir que entre os dois tipos das definições legais é preferível a do código alemão, que era já a ensinada por Coelho da Rocha, e já tinha sido consignada no nosso código, por uma fórmula ainda mais perfeita.

Isto não quer dizer, porém, que a disciplina jurídica da propriedade deva abster-se de fazer uma classificação dos poderes ou faculdades integrantes do domínio, e que constituem o seu próprio conteúdo.

Alguns dos mais eminentes civilistas italianos, como Ruggiero e Filomusi Guelfi, impugnam uma tal classificação ou determinação, afirmando que a propriedade não é uma *soma* de faculdades, mas antes a *unidade* de todos os poderes conferidos ao proprietário; não é uma série de faculdades determinadas *a priori*, mas um poder geral, composto de todos os poderes imagináveis, que não são outra cousa senão exteriorizações da sua plenitude. Enumerá-las não é pois possível, precisamente porque não é possível enunciar aquilo que o proprietário pode fazer, mas apenas o que lhe não é permitido fazer, quer esta limitação seja imposta pelas normas jurídicas, quer pela concorrência dos direitos alheios. (1)

Em nosso entender, esta teoria da unidade inscindível do direito de propriedade é contrária à realidade dos factos, e contraditória em si mesma. É contrária à realidade dos factos, porque a observação mostra que na verdade o direito de propriedade é um direito complexo, composto de diversos direitos parciais ou fraccionários de que êle é uma síntese, e nos quais se pode decompôr, desdobrando-se, desmembrando-se muitas vezes, para se distribuir por diversos titulares, como acontece no usofruto, na enfitêuse, nas servidões, e até muitos direitos que não são considerados *reais*, por exemplo, o arrendamento, e o depósito com faculdade de uso e até disposição da cousa depositada. E é contraditória em si mesma, porque, admitindo no domínio uma série indefinida de faculdades ou poderes jurídicos, não pode negar a possibilidade, e deve admitir a conveniência, de as reduzir a tipos mais ou menos rigorosamente determinados, pois só assim ficará bem definido o seu próprio conteúdo.

E sob êste ponto de vista parece-nos que a melhor doutrina ainda é a clássica tripartição romanista que distingue o *usus*, o *fructus*, e o *abusus*, ou os três direitos, *jus utendi*, *jus fruendi* e *jus abutendi*, mas

maneira mais absoluta, contanto que dela se não faça um uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos».

O código brasileiro diz no art. 524:

«A lei assegura ao proprietario o direito de usar, gozar e dispôr de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua».

O código alemão diz no § 903:

«O proprietário duma cousa pode, emquanto não se oponham a lei e os direitos de terceiros, comportar-se como lhe aprover a respeito dela, e excluir os outros de qualquer ingerência na mesma».

(1) Ruggiero, pág. 428; Filomusi, *Diritti reali*, pags. 131 e seg.

substituindo-se, para evitar as mas interpretações, o abuso pelo *jus disponendi*.

Com efeito, o direito de *uso*, compreendendo todos os actos de aplicação directa da cousa, o de *fruição*, compreendendo a percepção de todos os frutos ou produtos duma cousa, e o de *disposição*, compreendendo a transformação e a alienação, são os três tipos irredutíveis a que se podem reduzir todas as faculdades contidas no domínio.

Os códigos do sistema francês reduziram ainda os direitos de uso e fruição ao direito de gôzo; mas a verdade é que os dois são tão distintos que muitas vezes se separam, sendo atribuídos a titulares diferentes, como acontece na enfitêuse e no arrendamento.

O nosso código, pelo contrário, fez uma diferenciação mais larga, desdobrando o direito de propriedade em cinco direitos especiais (art. 2169.º): 1.º direito de fruição; 2.º direito de transformação; 3.º direito de exclusão e defesa; 4.º direito de restituïção e indemnização; 5.º direito de alienação. O certo é, porém, que o terceiro e o quarto destes direitos não são próprios ou característicos do direito de propriedade, pois são comuns a todos os direitos subjectivos. E o direito de transformação não tem individualidade própria, pois se compreende no direito de disposição.

O *jus abutendi* deve substituir-se pelo *jus disponendi*, precisamente em homenagem ao princípio que condena todo o *exercício abusivo* do direito (supra n.º 92).

Para a determinação completa do conteúdo do direito de propriedade, não basta definir o conteúdo subjectivo do poder jurídico; mas é preciso determinar o conteúdo objectivo da *proprietas*, isto é, as cousas que formam o objecto da propriedade e os limites de extensão material do direito.

A respeito do objecto da propriedade os autores, dominados ainda pelo sistema do direito romano, em

que o *dominium* ou a *proprietas* se exercia sòmente sôbre as cousas corpóreas, são geralmente concordes em que o direito de propriedade, como direito real, recai sôbre as cousas materiais do mundo externo.

Entretanto é certo que o termo *propriedade* em direito tem dois significados, designando em sentido lato todo o conjunto de direitos patrimoniais duma pessoa, sendo sinónimo de *património*; e em sentido restrito, que é o próprio ou técnico, só o direito que tem por objecto as cousas materiais ou corpóreas.

Assim dizia Coelho da Rocha (§ 401): «*Propriedade*, no sentido lato, diz-se tudo o que faz parte da nossa fortuna, ou património; tudo o que nos pertence, seja corpóreo, ou incorpóreo. No sentido estrito, diz-se *propriedade* (*dominium*) o direito de usar e dispôr de uma cousa livremente, com exclusão de outros».

E podemos acrescentar ainda que num sentido mais restrito se emprega muitas vezes o termo *propriedade* para significar apenas os prédios rústicos e urbanos. Mas êste é conceito vulgar, sem valor na técnica jurídica.

Mas é evidente que o conceito da propriedade, segundo a definição do art. 2167.º, é, não só o conceito de direito real, mas também o de direito patrimonial. E tanto assim é que, no título V do livro I da segunda parte, sob a epígrafe «*Do trabalho*», o código considera e regula a propriedade literária, artística e industrial, que nalgumas das suas modalidades tem por objecto cousas ou direitos imateriais.

Mas nem por isso devemos deixar de interpretar o sistema do código no sentido de considerar o direito de propriedade, no seu significado próprio ou técnico, pois, com efeito, o regime jurídico da terceira parte, em que própria e exclusivamente se trata do direito de propriedade, apenas se refere aos direitos reais ou sôbre as cousas materiais.

O problema da extensão material da propriedade

refere-se naturalmente ao domínio do solo, e a sua solução foi traduzida na célebre fórmula medieval — *qui dominus est soli dominus est usque ad coelum et usque ad inferos.*

Esta máxima foi traduzida para os códigos francês e italiano, (1) e o nosso consigna-a no art. 2288.º, com uma modificação: «O direito de fruïção do solo abrange, não só o mesmo solo em toda a sua profundidade, salvas as disposições da lei em relação a minas, mas também o espaço aéreo correspondente ao mesmo solo, na altura susceptível de ocupação».

Ora, abstraindo mesmo das dificuldades teóricas e técnicas em conceber e admitir um direito tão absoluto de propriedade ao sôbre e ao subsolo, é claro que um tal direito é incompatível com as necessidades e progressos da vida moderna.

É por isso que os autores modernos são geralmente concordes numa interpretação restritiva daquelas disposições dos códigos, no sentido de contrapôr ao direito do proprietário um limite, que é o resultado da sua própria utilidade económica.

Êste critério foi consignado nos modernos códigos alemão, suíço e brasileiro.

O código alemão (§ 905.º) adoptou uma fórmula negativa: «O proprietário não pode proïbir os trabalhos feitos a uma tal altura ou profundidade, *que não tenha interêsse em impedi-los*».

O código suíço (art. 667.º) adoptou uma fórmula positiva: «A propriedade do fundo estende-se superiormente no espaço e inferiormente na terra *até onde existe para o proprietário um interesse em exercê-la*».

O código brasileiro (art. 526.º) contém uma disposição, que é a conjunção das duas: «A propriedade do

(1) Art. 552.º do código francês, e 44.º do italiano: «Quem tem a propriedade do solo tem a do espaço superior e de tudo o que se encontra acima e abaixo da superfície».

sôbre e subsolo abrange a do que lhe está superior e inferior em toda a altura e em toda a profundidade, *úteis ao seu exercício, não podendo, todavia, o proprietário impedir trabalhos*, que sejam empreendidos *a uma altura ou profundidade tais, que não tenha êle interêsse algum em obstá-los*».

É por isso que o proprietário não tem o direito de impedir que os aeroplanos e os fios ou cabos eléctricos passem sôbre os seus prédios, nem que o seu subsolo seja atravessado por êstes fios ou cabos, e por túneis necessários às vias de transporte.

Os escritores da escola positivista e da moderna escola realista criticam os caracteres atribuídos pela escola clássica à propriedade, considerada como um direito natural, absoluto, perpétuo, exclusivo e ilimitado, dizendo que tais atributos são inconciliáveis com o direito moderno, que só pode conceber e admitir a propriedade como um conjunto de poderes legais conferidos aos detentores dos bens económicos, em harmonia com a função social a que êles são destinados.

E assim, aos caracteres tradicionais da antiga propriedade contrapõem os caracteres positivos e concretos da propriedade moderna, considerada como uma situação jurídica objectiva, de natureza *social, contingente, variável, condicionada e limitada.*

Ao conceito clássico da propriedade como *direito subjectivo* opõem o conceito moderno da propriedade como *função social.*

A idéa da função social é antiga, encontrando-se já nas doutrinas de S. Tomás d'Aquino, quando dizia que a propriedade é um feudo de Deus, e que Deus não dá ao homem o domínio superior, mas apenas o domínio útil.

Mas o conceito foi expressamente formulado por Comte, no *Système de politique positive*, e modernamente desenvolvido por Duguit, principalmente no livro *Transformations générales du droit privé.*

Entre nós também a tése foi calorosamente sustentada pelo Dr. Jaime Gouveia, na sua dissertação de doutoramento *Construção jurídica da propriedade*, formulando a definição nos seguintes termos: «*o poder do detentor de bens de realizar certos efeitos jurídicos, correlativo ao seu dever objectivo de fazer das riquezas um uso eficaz à conservação e incremento da interdependência social* (1)».

O simples confronto desta definição com as definições dos autores, segundo a doutrina clássica, ou mesmo com a dos códigos, revela-nos a superioridade do conceito clássico.

No conceito moderno há uma idéa verdadeira — a subordinação do direito de propriedade às necessidades da vida social.

Mas para dar vida e fôrça a essa idéa, não é necessário substituir o conceito clássico da propriedade por uma idéa radicalmente distinta, e até oposta, como é a de considerar o proprietário um simples detentor da propriedade, colocando-o numa situação que chega a parecer inferior à do possuïdor de boa fé.

Na verdade, a idéa da propriedade como simples detenção dos patrimónios é incompatível, não só com o sistema do direito positivo, mas com os mais rudimentares princípios da consciência jurídica universal. É uma idéa revolucionária e subversiva de toda a ordem jurídica.

E o elemento verdadeiro da nova doutrina, o carácter social da propriedade, não é exclusivo dela, mas encontra-se também no modo de ser natural da doutrina clássica, a que admiràvelmente se adapta o conceito formulado no art. 2167.º do nosso código civil. É assim que logo a seguir se determina no art. 2170.º que os direitos de propriedade estão sujeitos às limitações resultantes da própria natureza das cousas, da vontade do proprietário e das disposições da lei.

(1) Dr. Jaime Gouveia, *Construção jurídica da propriedade*, pág. 39.

E neste mesmo sentido são interpretados os próprios códigos, que, à semelhança do francês e do italiano, parecem consagrar o carácter absoluto do direito de propriedade.

Emfim, a verdade é que a própria doutrina clássica, na sua feição moderna, há muito tempo já que modificou os velhos e anacrónicos atributos rígidos da propriedade, considerando-a como um direito eminentemente elástico e adaptável às sucessivas transformações da vida colectiva.

Mas qual é o fundamento jurídico da propriedade?

Diversas teorias se teem proposto determiná-lo. As principais são: a do *direito natural*, a da *ocupação*, a do *contracto social*, a da *lei*, a da *utilidade social*, e a do *trabalho*. Alguns escritores indicam também a da liberdade; mas esta não é no fundo senão o direito natural.

O trabalho é o verdadeiro fundamento jurídico e racional da propriedade, ainda mesmo em relação aos bens adquiridos por doação ou sucessão hereditária. É que o desejo da riqueza, não só para o gôzo pessoal, como para assegurar o futuro dos entes queridos, é o mais poderoso estímulo da actividade do homem; e a maior fôrça dêsse estímulo seria perdida, desde o momento em que a ordem jurídica não assegurasse a cada um o gôzo e a livre disposição do produto do seu próprio esfôrço.

Os outros fundamentos atribuídos ao direito de propriedade nada explicam, ou tanto justificam êste direito como qualquer outro.

105. **Diferentes espécies de propriedade. Modos de a adquirir.** — O direito de propriedade, sendo abstracto e teòricamente *uno*, no dizer de alguns escritores, para os quais as suas diversas modalidades não são outra cousa

senão restrições mais ou menos amplas e profundas do tipo normal, apresenta-se em todo o caso sob figuras tão diversas, que tornam indispensável uma diferenciação das várias espécies.

O nosso código estabelece três distinções da propriedade, baseadas em diversos critérios; *propriedade absoluta e resolúvel; singular e comum; perfeita e imperfeita.*

A distinção da propriedade em absoluta e resolúvel tem por base o maior ou menór grau de certeza e estabilidade do direito. E assim diz o art. 2171.°: «A propriedade absoluta é a que por título da sua constituïção, não pode ser revogada senão por consentimento do proprietário, excepto no caso de expropriação por utilidade pública; a propriedade resolúvel é a que, conforme o título da sua constituïção, está sujeita a ser revogada, independentemente da vontade do proprietário».

Em princípio a propriedade é definitiva e irrevogável; e por isso como tal se presume sempre (art. 2172.°); mas pode excepcionalmente o direito de propriedade sôbre certas cousas ficar sujeito a um termo ou condição resolutiva (supra, n.° 79).

A distinção da propriedade em singular e comum tem por base a unidade ou pluralidade de pessoas titulares do direito. E assim diz o art. 2175.°: «Propriedade singular é a que pertence a uma única pessoa; propriedade comum é a que pertence a duas ou mais pessoas simultâneamente».

O conceito da propriedade comum, também denominada *comunhão* de bens, *condomínio* ou *compropriedade*, e por alguns autores *propriedade colectiva*, consiste na igualdade qualitativa do direito dos comproprietários, condóminos ou consortes, podendo ser quantitativamente desigual.

É o que significa o art. 2176.°: «O proprietário singular é o que exerce exclusivamente os seus direitos, nos termos declarados nos títulos precedentes; o proprietário em comum, consorte ou comproprietário, exerce, conjuntamente com os outros seus consortes, todos os direitos que pertencem ao proprietário singular, em proporção da parte que tem na propriedade comum».

Mas deve notar-se que o conceito de propriedade *colectiva*, em contraposição a propriedade *individual*, não se refere pròpriamente à comunhão ou compropriedade, mas sim aos bens pertencentes a uma pessoa colectiva, ou a uma universalidade de pessoas, como a Nação ou os habitantes duma certa circunscrição administrativa, a quem pertence o gôzo de certas cousas públicas ou comuns (art. 380.° e 381.°).

É necessário distinguir a comunhão *ordinária*, regulada nos arts. 2175.° e seguintes, e que resulta da sucessão hereditária ou de qualquer outro acto jurídico, e a comunhão forçada ou *coactiva*, que resulta do casamento ou do contracto de sociedade, ou ainda da contiguïdade dos prédios em relação aos muros e paredes-meias (art. 2328.° e seg.). Emquanto que na comunhão forçada os comproprietários só teem o direito nos casos em que a lei o permite de pedir a divisão, na comunhão ordinária gozam sempre dêste direito, ao qual não podem mesmo renunciar, podendo apenas condicioná-lo por períodos nunca superiores a cinco anos (arts. 2180.° e 2185.°).

A distinção da propriedade em *perfeita* e *imperfeita* tem por base o desmembramento ou separação dos direitos fraccionários do direito complexo do domínio, sendo atribuïdos a pessoas diversas.

Assim diz o art. 2187.°: «Propriedade perfeita é a que consiste na fruïção de todos os direitos contidos no direito de propriedade; imperfeita é a que consiste na fruïção de parte dêsses direitos».

E o art. 2188.° define o direito de cada pròprietário de propriedade imperfeita: «Aquele a quem pertence

qualquer fracção do direito de propriedade goza, pelo que toca à sua fracção, do direito de propriedade plenamente, salvas as restrições estabelecidas na lei, ou no título constituítivo da mesma propriedade».

Como já vimos, uma corrente na moderna doutrina civilista, considerando o direito de propriedade essencialmente *uno*, não admite o seu desdobramento em direitos parciais ou fraccionários, rejeitando esta distinção dos dois tipos de propriedade plena e menos plena. Mas como já observámos também, a verdade é que a análise do direito de propriedade nos revela positivamente a realidade da distinção.

Ao lado das três divisões da propriedade expressamente consignadas no código, outras se impõem ainda, e que implìcitamente por êle são também admitidas.

Tais são as distinções da propriedade em: *material* e *imaterial*, *imobiliária* e *mobiliária*, *individual* e *colectiva*, e *particular* e *pública* ou *comum*.

As duas primeiras distinções fundam-se na diversa natureza das cousas; as duas últimas na diversidade das pessoas a quem elas pertencem ou a quem podem aproveitar.

Alguns autores, dominados ainda pelo conceito do *dominium* e da *proprietas* do direito romano, que só considerava as cousas materiais ou corpóreas como objecto do direito de propriedade, recusam aos direitos sôbre os bens imateriais a natureza do direito de propriedade.

Mas a verdade é que estes bens, que são as obras scientíficas, artísticas ou industriais de cada um, constituindo muitas vezes uma verdadeira riqueza, o produto do engenho humano, no dizer da doutrina italiana, e pertencendo exclusivamente aos seus autores, são bem o objecto dum verdadeiro domínio ou propriedade.

E o nosso código, regulando o direito do trabalho no título V do livro I da segunda parte, aderiu francamente a esta doutrina, declarando no art. 569.º: «O produto ou o valor do trabalho e indústria lícitos de qualquer pessoa é propriedade sua, e rege-se pelas leis relativas à propriedade em geral, não havendo excepção expressa em contrário». E a seguir regula os direitos de propriedade dos autores, a propriedade artística e a propriedade dos inventos.

A distinção da propriedade em *imobiliária* e *mobiliária* resulta necessàriamente da distinção que o código faz entre as cousas *móveis* e as *imóveis*, sujeitando-as a um regime sob diversos pontos de vista muito diferente.

E tão diverso é o regime da propriedade imobiliária e da mobiliária, que os modernos códigos a regulam separadamente.

A distinção da propriedade em *individual* e *colectiva* é um corolário intuitivo da distinção das duas espécies de pessoas. Do diverso regime jurídico das pessoas individuais e das pessoas colectivas resulta uma profunda diversidade dos seus direitos em geral, e especialmente do seu direito de propriedade.

Finalmente a distinção da propriedade em *particular* e *pública* ou *comum* contém-se implìcitamente na distinção das cousas em *públicas*, *comuns* e *particulares* (arts. 379.º-382.º).

O nosso código não contém uma determinação especificada dos diversos modos de adquirir a propriedade, ao contrário de outros, como, por exemplo o italiano, que no art. 710.º estabelece cinco meios de adquisição; a *ocupação*, a *sucessão*, as *doações*, as *convenções* e a *prescrição*. Mas esta enumeração é por todos os autores italianos considerada imperfeita: por um lado, porque lhe falta a *acessão*, ou seja, o facto pelo qual o proprietário duma cousa adquire as que com ela se juntam ou incorpóram, quer naturalmente, quer por indústria ou trabalho próprio; e, por outro lado, porque as doações, as convenções e as sucessões

constituem modos de adquirir não só a propriedade mas também os outros direitos patrimoniais.

No sistema do nosso código os modos de adquisição da propriedade são, dum modo geral, os mesmos da adquisição dos outros direitos, isto é, a própria natureza (*acessão natural*), a ocupação, a posse, a prescrição, o trabalho, os contractos, a gestão de negócios e a sucessão.

Modos legítimos de adquirir a propriedade são, portanto, todos os factos jurídicos, a que a lei atribue a eficácia de produzir para um determinado sujeito o domínio sôbre certas cousas.

Os autores classificam-nos em diversas espécies, conforme o ponto de vista em que os podemos considerar.

Assim, em relação à situação jurídica anterior das cousas, ou a adquisição tem por objecto cousas que não se encontram no domínio de qualquer pessoa, ou porque nunca tiveram dono, ou porque deixaram de o ter, e temos os *modos originários* de adquirir (ocupação, acessão natural, trabalho); ou a adquisição recai sôbre cousas que teem dono, mas são transferidas para o domínio doutrem por qualquer facto ou acto jurídico, e temos então os *modos derivados* (posse, prescrição, contractos, sucessão).

Em relação ao momento da adquisição, distinguem-se os modos derivados, estabelecidos por vontade das partes, em actos *inter vivos* e *mortis causa*, conforme a transferência se dá em vida ou só por morte do transmitente.

Relativamente às relações de interêsse há, semelhantemente aos contractos, modos de adquirir *a título oneroso* e a *título gratuito*.

E por fim distinguem-se enquanto ao objecto, em modos de adquirir *a título universal* (instituïção de herdeiro, sociedade universal, comunhão de bens no casamento), e *a título singular* ou *particular*, quando,

em vez de abranger uma universalidade de bens, se referem só a objectos determinados.

106. **Limitações ou restrições do direito de propriedade.** — Se uma das dificuldades de definir o domínio é, como diz Ruggiero, determinada pelo facto de ser mais fácil dizer o que é proíbido ao proprietário fazer do que aquilo que lhe é permitido, para determinar mais precisamente o conteúdo do direito de propriedade, é necessário fixar os limites impostos pela lei.

E os limites não são apenas os declarados na lei civil, pois que muitas e importantes restrições do direito de propriedade são impostas pelas leis de direito público, administrativas, fiscais, mititares, marítimas, de toda a ordem de relações sociais, emfim, em que o interêsse público tem de sobrepôr-se ao interêsse particular dos proprietários.

Por isso os autores classificam as limitações do direito de propriedade em *restrições de direito* ou *de interêsse público* e *de direito* ou *de interêsse privado*, acrescentando outros uma terceira categoria, a das restrições de *direito privado social*. (1)

Mas as restrições consideradas nesta categoria, como são as que restringem os poderes do proprietário relativamente ao aumento das rendas das casas e ao despejo dos inquilinos, às culturas proíbidas ou impostas, ao preço da vendà dos géneros e mercadorias, e outras semelhantes, são verdadeiras limitações de direito ou interêsse público.

São muitas e variadas as restrições de interesse público:

a) a principal, tão enérgica, que vai até esbulhar o proprietário da propriedade da própria cousa, embora mediante indemnização, é a *expropriação por utilidade*

(1) Dr. Jaime Gouveia, *Construção jurídica da propriedade*, pág. 111.

pública; a constituïção formula, é certo, entre as garantias fundamentais do cidadão a do direito de propriedade; mas êste princípio não pode deixar de ceder em frente do princípio da suprema razão do interêsse público;

b) outra restrição também muito importante é relativa à *exploração das minas e águas medicinais*, que o Estado se reserva o direito de conceder aos seus descobridores ou a quem assegure as condições do seu aproveitamento social;

c) restrições importantes são impostas às propriedades marginais *das correntes de água*, em benefício da agricultura, do comércio e da indústria;

d) do mesmo modo a necessidade pública da *conservação das estradas* impõe limites e obrigações aos proprietários confinantes; assim como as *comunicações telegráficas, telefónicas* e *transmissões de energia eléctrica* impõem aos proprietários a obrigação de consentir nos seus prédios as necessárias instalações;

e) as chamadas *servidões militares* proïbem aos proprietários visinhos das fortalezas certas construções ou obras contrárias ao interêsse da defesa nacional;

f) os interesses gerais da *salubridade*, da *higiene*, da *segurança* e da *protecção* da agricultura, impõem aos proprietários restrições relativas ao regime florestal, ao saneamento dos pântanos, à instalação de estabelecimentos perigosos e ao comércio de armas e substâncias venenosas;

g) para salvaguarda da *estética*, da *segurança* e das necessidades do *trânsito*, os proprietários das cidades e vilas são obrigados a construir segundo o alinhamento, alturas e condições determinadas pelos regulamentos gerais ou municipais;

h) enfim, por motivo de interêsse geral de toda a ordem, o proprietário está constantemente sujeito a uma infinidade de restrições, dada a simples requisição temporária das suas cousas, para um serviço público, até à

privação do seu domínio, mediante uma justa e equitativa indemnização.

Muitas e de diversa natureza são também as restrições impostas à propriedade com fundamento no interêsse particular dos outros proprietários ou nas relações de visinhança.

O nosso código estabelece estas limitações em diversos lugares: nos capítulos da ocupação e aproveitamento das águas, das servidões, e das restrições impostas à propriedade em defesa da propriedade alheia.

a) *Restrições relativas ao uso das águas.* Os donos ou possuïdores de prédios atravessados por correntes de água não navegáveis nem flutuáveis têm o direito de usar da água em proveito dos mesmos prédios, contanto que do refluxo das águas não resulte prejuízo para os prédios superiores, nem inferiormente se altere o ponto de saída das águas remanescentes (art. 434.°), e com as restrições impostas nos artigos seguintes, entre as quais se destaca a servidão imposta em proveito dos visinhos, que têm o direito de passar pelos prédios marginais, com o fim de aproveitar a água necessária aos seus gastos domésticos (art. 440.°).

O dono de prédio onde houver fonte ou nascente de água pode dispôr do seu uso livremente, salvo o direito que terceiro tenha adquirido sôbre ela (art. 444.°), e com as restrições impostas nos artigos seguintes, entre as quais se destaca a proïbição de mudar o curso costumado da água, se dela se abastecerem os habitantes de qualquer povoação ou casal (art. 447.°). Também os proprietários, tendo o direito de usar livremente as águas pluviais que caiem nos seus prédios, não podem desviá-las do seu curso natural, sem consentimento expresso dos donos dos prédios a quem tal mudança causar prejuízo (art. 454.°).

b) *Restrições impostas pelas servidões necessárias.* No capítulo das servidões (art. 2267.° e seg.) trata o código das que são constituídas por facto do

homem e das que são impostas pela natureza das cousas ou pela lei. Como servidão resultante da natureza das cousas regula o art. 2282.° a do *escoamento natural* das águas dos prédios superiores para os inferiores, que abrange também a de receber a terra ou entulhos arrastados na corrente. E como servidão legal regulam os arts. 2283.° e 2285.° o encargo de fazer ou reparar as obras necessárias para conter as águas ou regular o seu curso de modo a evitar quaisquer danos.

Outras servidões necessárias regula o código em outros capítulos, entre as quais se destacam a de *aqueduto* e de *passagem forçada*. A servidão de *aqueduto forçado* ou *coactivo* (art. 456.° e seg.) é o direito que tem o proprietário de conduzir as águas do seu prédio através dos prédios rústicos alheios. E a servidão de *passagem forçada* ou *coactiva* (art. 2309.° e seg.) é o direito que tem o dono dum prédio encravado, isto é, que não tem comunicação com via pública, a obter caminho pelos prédios visinhos.

c) *Restrições impostas pelas relações de vizinhança*. No art. 2286.° determina-se que todas as mais servidões denominadas de interêsse público ou particular, são verdadeiras restricões do direito de propriedade, e, como tais, reguladas no lugar competente. Refere-se esta disposicão ao capítulo segundo do direito de transformação, que se inscreve — *Das restrições impostas à propriedade em defesa da propriedade alheia*. É o que os autores modernos e o código brasileiro chamam *direitos de visinhança*, que outros códigos como o francês e o italiano, incluem na categoria das *servidões legais*, o código alemão regula no «capítulo da consistência do direito de propriedade», e o suíço no capítulo «dos efeitos da propriedade fundiária».

O nosso código refere estas restrições *às plantações, às excavações, às construções* e aos *muros* e *paredes-meias*.

As plantações nas extremas dos prédios dão lugar

às restrições ou servidões relativas ao arranqueou córte das raízes e dos ramos das árvores ou arbustos e à apanha dos frutos (art. 2317.° e seg.).

O direito de fazer quaisquer excavações no próprio prédio é limitado pelo legítimo interêsse dos prédios visinhos; e por isso é necessário guardar as distâncias, ou fazer as obras necessárias para evitar o dano dos prédios contíguos (art. 2323.°).

Do mesmo modo é limitado o direito de fazer construções ou edificações; por isso ninguém pode fazer janelas, eirado ou varanda sôbre o prédio visinho, sem guardar a distância de metro e meio (art. 2325.°); nem edificar de modo que a beira do seu telhado goteje sôbre o prédio visinho a menos de meio metro de distância (art. 2327.°). É o que se chama o *estilicidio*.

Os muros ou paredes divisórias de prédios diferentes presumem-se comuns; e, não o sendo, pode qualquer dos respectivos proprietários confinantes adquirir a comunhão, pagando a parte correspondente do seu valor (art. 2328.° e seg.). É o que se chama *comunhão forçada do muro*.

São, como se vê, muitas e variadas as limitações que a lei impõe ao direito de propriedade, independentemente das estabelecidas por vontade do proprietário.

Mas a doutrina e a jurisprudência não se contentam com as restrições declaradas na lei, entendendo muitos autores que além destas devem admitir-se todas as que traduzam um princípio de justiça imposto pelos preceitos fundamentais da ordem jurídica (1).

Esta doutrina pode parecer duvidosa no sistema do nosso código, em face do art. 2180.°, segundo o qual o direito de propriedade, e cada um dos direitos especiais que êsse direito abrange, *não teem outros limites* senão aqueles que lhes forem assinados pela natureza das cousas,

(1) Ruggiero, *Ist.*, I, pág. 445 e 446; Dr. Jaime Gouveia, *Constr. Jur. da propriedade*, pág. 115 e 116.

por vontade do proprietário, ou *por disposição expressa da lei.*

Parece-nos, porém, que a fórmula «*disposição expressa* da lei» não deve entender-se no sentido de sómente serem admissíveis as restrições formalmente declaradas por um texto de lei, devendo ser igualmente reconhecidas todas as limitações resultantes dos preceitos da lei, sem necessidade dum texto formal e expresso.

A expressão «*disposição expressa* da lei» não é essencialmente diversa de «disposição da lei», como resulta do confronto do art. 2179.º com o art. 2316.º, onde se emprega a segunda fórmula, manifestamente no sentido da primeira. Ora, por *disposição da lei* deve entender-se não apenas um texto formal e expresso da lei, mas sim qualquer preceito ou regra de direito lògicamente resultante das disposições dos textos legais.

E por isso entendemos que na própria definição legal da propriedade (art. 2167.º) se contêm um sistema de limitações aos direitos do proprietário, que abrange não só os chamados actos emulativos, mas todos aqueles que, não realizando um interesse legítimo, causem dano a outrém.

Será possível formular um critério determinativo, um princípio teórico ou doutrinal regulador das restrições do direito de propriedade não declaradas expressamente pela lei?

São muitas as teorias que se têm proposto explicar e fundamentar as diversas limitações do direito de propriedade.

A clássica teoria da *imissão* proïbe ao proprietário todos os actos que importem qualquer introdução de substâncias corpóreas nos prédios visinhos. É o conhecido fragmento de Ulpiano — *In suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum imittat* (D. 8. 5. 8. 5.). Mas justamente Ihering criticou a teoria clássica, por ser excessivamente rigorosa, e por outro lado insuficiente: emquanto por um lado proïbe toda a

imissão de matérias mesmo inofensivas, permite todos os incómodos, todas as imoralidades, desde que não importem imissão de substâncias materiais.

Os civilistas clássicos da época moderna, seguindo Pothier, substituíram a velha teoria da *imissão* pela do quási contracto de *visinhança,* segundo a qual os proprietários visinhos, pelo facto da visinhança, se encontram vinculados por um quási contracto, que os obriga a não praticar certos actos prejudiciais. Mas esta teoria foi abandonada pelo direito moderno, por falta de precisão jurídica, e por insuficiente na determinação dos actos ilícitos.

Capitant tentou a reconstrução da teoria da *visinhança,* fundando-a na teoria geral das obrigações, dizendo que os proprietários são obrigados a usar dos seus prédios de modo a não prejudicar os visinhos, e que, em virtude desta obrigação de não fazer, são como qualquer devedor responsáveis pelo seu cumprimento. E assim, infringida a obrigação, o credor só tem que provar o facto da contravenção, o prejuízo, para que o devedor fique sujeito à responsabilidade civil, a não ser que por seu lado prove o caso fortuito ou de fôrça maior. Há, porém, um limite dentro do qual são permitidos alguns actos prejudiciais, competindo ao juiz decidir em cada caso concreto os limites da tolerância dos visinhos.

Mas a teoria da visinhança de Capitant é tão imprecisa e insuficiente: não determina os limites da obrigação dos proprietários e deixa ao arbítrio do juiz a sua fixação.

Os civilistas modernos procuram a explicação e fundamento das limitações do direito de propriedade nas teorias da responsabilidade civil, na conhecida teoria do *abuso do direito,* ou na moderna teoria da propriedade como *função social.*

A teoria da responsabilidade culposa diz que o proprietário tem o direito de praticar todos os actos não

proíbidos pela lei, mas responde em todo o caso pelos prejuízos causados por negligência ou imprudência. É, como já vimos (supra, n.º 92), uma teoria insuficiente, até mesmo no regimen das obrigações.

A teoria da responsabilidade objectiva, baseada no conceito do *risco*, aplicada ao exercício do direito de propriedade, é a chamada teoria do *uso normal* ou *anormal* da propriedade, dizendo que o uso das próprias cousas pelo proprietário deve ser normal, isto é, conforme ao fim social a que é destinada a propriedade, pois só êste o direito protege: todo o uso anormal da propriedade, que cause ao visinho incómodo injusto, deve ser proíbido.

É no fundo a teoria do *abuso do direito*, a única que verdadeiramente explica todas as restrições do direito da propriedade não declaradas por um texto de lei, e que implícitamente está consignada nos arts. 13.º e 2167.º do nosso código (supra, n.º 92).

A teoria da propriedade *função social*, ou da utilidade social, não tem o carácter de precisão jurídica suficiente para definir e determinar concretamente os limites do exercício do direito (1).

107. **Posse. Conceito, fundamento e espécies.** — O conceito da *posse* é, no dizer de Ruggiero, daqueles em volta dos quais mais se tem afadigado, em todos os tempos, o espírito dos juristas: «não há doutrina mais atormentada do que esta, pelas ásperas dificuldades de todos os seus problemas, a começar pelas suas origens históricas, pelo fundamento racional da sua protecção, pela sua própria terminologia, até à sua construção teórica, aos elementos que a compõem, ao seu objecto e efeitos (2).

(1) Supra, n.º 104. Para o exame das diferentes teorias, Dr. Jaime Gouveia, pág. 116 e seg.

(2) Ruggiero, II, pág. 5 e 6.

Na linguagem comum, e por vezes na linguagem forense, empregam-se como equivalentes os termos *posse* e *propriedade*, *possuïdor* e *proprietário*.

Mas, no sentido jurídico técnico, *posse* e *propriedade* são conceitos nìtidamente distintos: a posse é o simples poder exercido sôbre uma cousa alheia; emquanto que a propriedade é o poder que uma pessoa tem sôbre as suas cousas. Esta separação dos dois conceitos encontrava-se já formulada nos textos romanos: *Separata esse debet possessio a proprietate* (D. 43. 17. 1. 2); *Nihil commune habet proprietas cum possessione* (D. 41. 2. 1).

A confusão dos dois conceitos foi nìtidamente explicada por Filomusi Guelfi, no seu conceito geral da *relação de domínio* (*signoria*) *entre a pessoa e a cousa*, que abrange a posse e a propriedade, distinguindo-se os dois conceitos pela diferenciação da relação de domínio em duas espécies de relações: uma, que existe dum modo completo e definitivo nos seus elementos essenciais em harmonia com a ordem jurídica objectiva *(propriedade)*; e outra, que tem uma existência a certos respeitos provisória, mas que todavia, em atenção aos fins sociais que realiza, merece protecção *(posse)*. «Ter uma cousa no ponto de vista do querer subjectivo é *posse*, tê-la no ponto de vista objectivo do querer universal é *propriedade*; a posse é uma relação da pessoa sôbre a cousa fundada sôbre o elemento da vontade individual; emquanto que a propriedade é fundada sôbre a vontade objectiva da lei» (1).

A separação dos dois conceitos de *posse* e de *propriedade* é bem manifesta e expressa no sistema do nosso código, definindo e regulando a propriedade na terceira parte como um direito patrimonial definitivamente adquirido, e a posse no título quarto do livro

(1) Filomusi Guelfi, *Diritti Reali*, pág. 275-277.

primeiro da segunda parte como um dos meios ou títulos de adquirir os direitos patrimoniais.

A figura jurídica da *posse* apresenta-se sob três aspectos perfeitamente distintos:

a) a *posse* no sentido lato, que significa o facto do exercício de todo e qualquer direito subjectivo público ou privado, pessoal ou patrimonial, abrangendo a posse do estado de casado, de filho legítimo ou ilegítimo, a investidura no exercício dum emprêgo público ou particular; é, neste sentido, o gôzo duma certa situação jurídica;

b) a *posse* em sentido estrito e particular, que significa apenas a manifestação externa ou o exercício do direito de propriedade;

c) a *posse* no sentido próprio ou técnico, que é precisamente uma categoria *a se*, independente das outras relações jurídicas, um direito real diferente do direito de propriedade.

É só da posse em sentido técnico que tratamos neste lugar, para determinarmos o seu conceito, fundamento, espécies, efeitos e garantias.

A noção mais simples, a idea mais geral da posse, é a duma situação de facto, que consiste em alguém ter em seu poder uma cousa, tenha ou não a intenção de a conservar como sua.

É o conceito do art. 474.° do nosso código:

«Diz-se posse a retenção ou fruïção de qualquer cousa ou direito».

Êste estado de facto pode corresponder, ou não, a um direito daquele que exerce o poder sôbre a cousa: é tomado em consideração por si só, e sob determinadas condições é, por um lado, protegido pela ordem jurídica, e por outro lado produz vários efeitos até o de se transformar num estado de direito.

A relação em que o homem se encontra com as

cousas do mundo externo, destinadas a satisfazer as suas necessidades, pode conceber-se por dois modos substancialmente diversos: *a*) ou como uma relação de poder geral ou particular, jurìdicamente organizado, satisfazendo em tudo aos requesitos fundamentais exigidos pela ordem jurídica para o seu reconhecimento e garantia; *b)* ou como uma mera relação de facto, em que o homem se utiliza no todo ou em parte da cousa sujeita ao seu poder, e que é protegida em si e por si, independentemente da legitimidade objectiva daquele poder. A relação da primeira espécie é o direito de propriedade ou um *jus in re aliena*, conforme o carácter geral ou particular do poder jurídico. A segunda é a posse pròpriamente dita, que pode encontrar-se conjunta com o direito na mesma pessoa, como em regra acontece (ex. o proprietário é também possuïdor das suas cousas), mas pode encontrar-se separada, quando o poder de facto reside numa pessoa diversa daquela a quem pertence o poder jurídico; e pode ser separada por vontade do próprio titular do poder jurídico (ex. o credor penhoratício possue a cousa penhorada) e sem ou contra a sua vontade (ex. o ladrão possue a cousa roubada ou furtada).

Por isso, conclue bem Ruggiero, a posse nada tem de comum com a propriedade e com os outros direitos reais — embora possa dar lugar à adquisição deles — como nada tem a sua defesa provisória (acções possessórias) com a defesa absoluta dos outros direitos reais — embora o proprietário ou o titular dum *jus in re aliena* possam utilizar-se das acções possessórias, se têm também o poder de facto da posse.

E assim se mostram bem distintos os dois direitos, que os romanistas clássicos denominavam *jus possidendi* e *jus possessionis*, e que alguns autores modernos chamam *posse causal* e *posse formal;* o primeiro designa o direito que tem o titular dum poder jurídico a possuir a sua cousa; o segundo ó conjunto de direitos que o

facto da posse só por si produz, e sobretudo o direito à defêsa possessória (1).

O *jus possessionis* ou *posse formal* é que constitui precisamente o instituto jurídico autónomo da posse. O *jus possidendi* ou *posse causal* é apenas o exercício, efeito ou conseqüência duma relação jurídica preexistente.

E assim se vê como a velha questão, de saber se a posse é um simples facto ou um direito, não pode deixar de ser resolvida no sentido de a incluir na categoria dos direitos reais, pois que precisamente se trata duma relação jurídica exercida directamente sôbre uma cousa.

Mas o mero facto da detenção ou fruïção duma cousa não é elemento bastante para só de per si caracterizar a relação possessória, porque nem todo o poder de facto exercido sôbre uma cousa constitue posse no sentido jurídico.

O direito romano já havia formulado a distinção entre a simples detenção de facto e a detenção com carácter jurídico ou posse.

Possidere significava para os romanos ter uma cousa no próprio poder físico, isto é, ter um poder de facto sôbre a cousa, que dê a possibilidade de dispôr dela na totalidade das suas relações, com exclusão de qualquer outro, e ter ao mesmo tempo a intenção de se manter em relação imediata e independente com a cousa. A *posse* é portanto um poder, um domínio concebido como relação de facto, independentemente do direito do possuïdor; mas exprime aquilo que é o normal conteúdo da propriedade e apresenta-se como o exercício de facto do domínio. Dois elementos concorrem, pois, para formar a *posse*: um, puramente material ou físico, consistente na relação exterior ou de facto em que a cousa se encontra com a pessoa; o outro, psíquico ou intelectual,

(1) Ruggiero, II, pág. 7 e 8. Dr. Manoel Rodrigues, *A posse*, pág. 4-6.

consistente na vontade de ter a cousa à sua livre e exclusiva disposição, dominando-a e destinando-a inteiramente aos seus próprios fins. O primeiro elemento é designado pelas expressões *tenere, detinere, in possessione esse, naturaliter* ou *corporaliter possidere, corpore possidere*, ou simplesmente pela palavra *corpus*, para indicar não a própria cousa, mas o poder de facto ou relação material com a cousa. O elemento psicológico da vontade é designado pelas expressões *animus* ou *affectus possidendi, animus domini, animus rem sibi habendi*, ou simplesmente pela palavra *animus*. É bem expressivo êste texto (D. 41. 2. 3. 1): *apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore.*

Sempre que à relação física e material com a cousa não se ajunte a correspondente intenção de a dominar, tem-se apenas uma simples detenção, uma *naturalis possessio*, improdutiva de efeitos jurídicos; não há posse, como a não haveria «*si quis dormienti aliquid in manu ponat*» (1).

A teoria da posse no direito romano foi profundamente estudada por Savigny e por Ihering, que procuraram adaptá-la ao direito moderno construindo o primeiro uma teoria denominada *subjectiva* ou da *vontade*, e o segundo uma teoria que êle mesmo qualificou de *objectiva*.

Savigny, na sua clássica obra sôbre o *direito da posse* (*Das Recht des Besitzes*), diz ser o *animus* o elemento determinante da posse, a vontade o factor soberano que transforma a detenção em posse. E o *animus* é a vontade de reter a cousa para si, é a intenção de exercer a propriedade: o *animus possidendi* é o *animus domini*, e contrapõe-se precisamente ao *animus detinendi* do simples detentor, o qual, não

(1) Ruggiero, pág. 8 e 9.

tendo ou não podendo ter a intenção de tratar a cousa como própria, a detém por ou para outrem (*nomine alieno*). São por isso meros detentores o locatário, o comodatário e o depositário, porque não têm nem podem ter um *animus domini;* possuem *nomine alieno,* não *nomine proprio,* isto é, realizam a posse de outrem, a qual reside respectivamente no locador, no comodante ou no depositante. Sòmente à posse era dada a protecção judiciária, que consistia nos meios processuais conferidos pelo pretor denominados *interditos* possessórios; a simples detenção era desprovida de tutela. Só havia três casos excepcionais de protecção concedida aos detentores: o credor penhoratício, o precarista (detentor por concessão gratuita e revogável) e o sequestratário (depositário de cousa litigiosa) gozavam da protecção interdital, sendo considerados como possuidores, apesar de não possuirem em nome próprio. Êstes casos excepcionais foram explicados por Savigny pelo conceito duma *posse derivada,* que era transferida àqueles detentores pelos verdadeiros possuidores.

Segundo a teoria de Ihering, o *animus* não tem importância, a vontade não é o elemento decisivo para distinguir a posse da detenção. Não se nega a existência dum elemento intencional, pois que sem êle teriamos apenas o facto material e irrelevante de uma cousa posta em contacto com a pessoa; mas nega-se que à posse seja essencial um particular *animus,* ou seja o *animus domini* ou o *animus rem sibi habendi:* não há diferença entre o ânimo de ter a cousa para si (*nomine proprio*) e o de tê-la por ou para outrem (*nomine alieno*). Segundo Ihering, para constituir a posse é suficiente a relação corporal com a cousa, acompanhada da intenção de querer manter uma tal relação; e dum modo geral pode dizer-se que toda a detenção é posse, pois ao conceito de posse basta a existência dum poder físico sôbre a cousa voluntàriamente mantido e exercido.

Mas a ordem jurídica, diz Ihering, não confere à

tutela possessória a todos os casos de detenção: há casos em que a *causa possessionis,* isto é, a relação entre aquele que tem a cousa em seu poder e aquele de quem a recebeu, ou revela que a cousa é retida no interêsse de outro e não próprio, ou é tal que não pode, por outros motivos, considerar-se digna de protecção directa; aquela causa degrada, por assim dizer, a posse reduzindo-a a uma relação de mera detenção, desprovida da tutela interdital. É o que acontece com o locatário, o comodatário, o depositário e o mandatário.

Como se vê, é profunda a divergência das duas teorias: emquanto para Savigny constitue excepção a protecção interdital concedida ao credor penhoratício, ao precarista e ao sequestratário, para Ihering a excepção está em serem dela excluídos o locatário, o comodatário e o depositário.

Ihering traduziu por fórmulas algébricas a diferença entre a sua teoria e a de Savigny.

Designando por x a posse, por y a detenção, por c o *corpus,* por a o *animus,* por α a particular vontade que qualifica o *animus possidendi,* e por n a disposição de lei que exclue certas relações possessórias da protecção interdital, será na doutrina de Savigny

$$x = a + \alpha + c \text{ e } y = a + c;$$

e na de Ihering

$$x = a + c \text{ e } y = a + c - n.$$

Seja como fôr, o certo é que na doutrina comum dos civilistas, como no sistema de todas as legislações, manteve-se o conceito fundamental da posse do direito romano, considerando como elementos essenciais da relação possessória o elemento material do poder de facto sôbre a cousa e do elemento voluntário da intenção de utilizar êste poder.

Comtudo a transformação do conceito romano na sua evolução para o direito moderno foi tão profunda que transfigurou o instituto em todos os aspectos da sua estrutura.

O *corpus* deixou de ser o contacto material da pessoa com a cousa, para ser apenas o poder de facto exercido sôbre a cousa, ou mesmo a simples possibilidade de o exercer (art. 474.º, § 2.º).

O *animus* deixou de ser a intenção de considerar a cousa como própria, para ser apenas a vontade autónoma e independente de a utilizar para qualquer fim da vida.

O *objecto* ou conteúdo da posse deixou de ser apenas a manifestação exterior do direito de propriedade, para abranger também os *jura in re aliena*, e até, segundo alguns, os próprios direitos pessoais e de família. Êste é o conceito moderno do instituto da posse, tal como êle se encontra regulado na maior parte dos códigos: *a posse é o poder autónomo que se exerce ou pode exercer sôbre uma cousa ou sôbre um direito no próprio interesse* (1).

Qual é o conceito da posse no sistema do nosso código?

A esta questão, diz o Dr. Manoel Rodrigues, podem dar-se três soluções.

« Para o Código, diz-se, em regra, a posse é a retenção ou fruïção de uma cousa (direito de propriedade)

(1) No seu livro *A posse*, o Dr. Manoel Rodrigues, examinando o conceito da posse nos principais códigos civis extrangeiros, classificou-os em dois grupos: uns, que definem a posse como a exterioridade de um direito real (francês, austriaco, holandês, italiano e espanhol); outros, que a definem como um direito sôbre as cousas exercido no interesse do que detêm. Mas as disposições dos códigos são tão variadas e imprecisas, que não é fácil deduzir delas aqueles dois conceitos, que de resto não são fundamentalmente distintos. Basta notar que o código francês (art. 2228.º) define a posse: a detenção ou gôzo de uma cousa ou de um direito, que detemos ou exercemos por nós mesmos ou por um outro que a detem ou exerce em nosso nome.

ou de um direito (direito real) com intenção de a deter e fruir como se fôra o seu proprietário ou de o exercer como se fôra o seu titular. É a doutrina do código francês ».

« Já se afirmou também que a simples relação material, qualquer que seja a sua causa, é uma relação possessória (1).

« Mas a opinião que nos parece preferível é a que afirma haver posse tanto quando na base da detenção há um direito real, como uma relação de obrigação, desde que aquela seja exercida no interesse do que detém » (2).

Em princípio concordamos com esta doutrina, porque o sistema do nosso código não restringe a posse aos direitos reais. Mas não concordamos com algumas aplicações feitas pelo ilustre professor à determinação concreta das relações possessórias, quando delas exclue a detenção exercida pelos mandatários, pelos depositários e pelos testamenteiros (3).

O nosso código, como resulta claràmente do art. 474.º e § 1.º, adoptou precisamente o teoria objectiva de Ihering, segundo a qual toda a detenção deve considerar-se posse, desde que seja voluntàriamente exercida e a lei não determine o contrário.

Ora o código como regra só exclue da relação possessória a detenção ou fruïção consistente em actos facultativos ou de mera tolerância (art. 474.º, § 1.º) e os actos praticados pelos dementes (art. 480.º).

Sôbre o fundamento do caracter jurídico da posse, que eleva à categoria de direito uma mera situação de facto, várias teorias têm sido apresentadas, sendo classificadas em absolutas e relativas.

(1) Bevilacqua *Código civil brasileiro anotado*, II, art. 485.º; Almeida Azevedo, *Revista dos Tribunais* 34.º, pág. 118.
(2) Dr. Manuel Rodrigues, *A posse*, pág. 95 e 96.
(3) Dr. Manuel Rodrigues, pág. 111.

As chamadas teorias absolutas são a teoria da vontade e a teoria da posse como categoria económica independente.

A teoria da vontade, inspirando-se nas doutrinas de Kant e Hegel, diz que a posse deve ser jurìdicamente protegida, precisamente porque é um acto da vontade, pois que toda a vontade, qualquer que seja o seu conteúdo, deve ser respeitada emquanto se não provar que ofende a vontade universal, o direito objectivo.

A teoria da posse categoria económica diz que a posse, como tal, deve ser protegida *por si*, pois constitui uma forma de apropriação das utilidades das cousas, tornando possível, do'mesmo modo que a propriedade, a sua aplicação às necessidades humanas.

As teorias relativas são a da ordem jurídica ou da protecção contra a violência, e a da propriedade. A primeira justifica a protecção possessória pela necessidade de evitar a violência, porque a perturbação da posse é um delito contra o possuïdor (Savigny), contra a ordem jurídica (Rudorf); a segunda justifica a posse porque ela constitui uma presunção de propriedade (esta é a doutrina clássica), ou ainda por ser a protecção possessória um complemento necessário da protecção da propriedade (Ilhering) (1).

Em todas estas teorias há um fundo de verdade; a mais compreensiva é a da ordem jurídica, entendida no sentido de que a ordem social exige o respeito de todas as situações aparentemente jurídicas, emquanto se não provar que o não são.

A relação jurídica da posse reveste modalidades ou figuras diversas, sendo necessário definir as suas principais espécies.

Se a posse em abstracto, diz Ruggiero, é sempre um conceito único, em concreto pode assumir figuras distin-

(1) Para o exame das teorias, Dr. Manoel Rodrigues, *A posse*, pág. 21 e seg.

tas, conforme aos seus elementos fundamentais e constitutivos se ajuntam outros elementos subjectivos ou objectivos, a que a lei atribui uma particular eficácia. Partindo do tipo elementar de relação física vivificada pelo *animus*, mas sem outros requesitos nem subjectivos nem objectivos, que constitui já a posse, qualquer outra relação do mesmo tipo, que apresenta outras qualificações, como a ausência de vícios, o concurso dum justo título, a boa fé, teremos necessàriamente outros tipos distintos daquele tipo elementar formando graus superiores de posse, a que correspondem efeitos diferentes, sucessivamente mais amplos e intensos, à medida que se passa de um grau inferior para outro superior» (1).

É assim que no sistema do nosso código se distinguem diversas espécies de posse: posse de *boa fé* e de *má fé* (art. 475.° e 476.°); posse *em nome próprio* e *em nome alheio* (art. 481.°); posse *titulada* e *não titulada, pacifica* e *violenta, continua* e *descontinua, pública* e *clandestina* (art. 517.° e seg.).

Posse de *boa fé* é a que provêm de causa ou título, cujos vícios não são conhecidos do possuïdor, isto é, aquela em que o possuïdor supõe que o seu poder sôbre a cousa é perfeitamente jurídico; posse de má fé é aquela em que o possuïdor conhece os vícios do seu título, isto é, sabe que não tem direito a possuir a cousa.

Posse *em nome próprio* é aquela em que o possuïdor detém ou frue a cousa ou o direito no seu exclusivo interesse e sem reconhecer a outrem qualquer direito sôbre a cousa ou direito por êle possuído; posse *em nome alheio* é aquela em que o possuïdor reconhece que a cousa possuída pertence a outrem, como no caso dos arrendatários, dos mandatários, dos depositários, dos comodatários, e semelhantes.

Mas a posse em nome alheio pode converter-se

(1) Ruggiero, pág. 41 e 42.

em nome próprio, pelo facto da *inversão do título*, que consiste em o título da posse ser substituído por um outro capaz de transferir a posse ou o domínio (art. 510.º e § único). É o que acontece, por exemplo, se um arrendatário, deixando de pagar a renda, começa a praticar actos em que se arrogue a qualidade de proprietário do prédio.

Posse *titulada* é a que se funda em *justo título*, isto é, por qualquer modo legítimo de adquirir, independentemente do direito do transmitente; e o justo título nunca se presume para as cousas imóveis, devendo ser provado por quem o invoca (art. 518.º e 519.º), mas presume-se para os móveis (art. 532.º § ún.). É pois *não titulada* a posse dos imóveis que se funda apenas no facto material da detenção e na vontade do possuïdor.

Posse *pacífica* é a que se adquire sem violência (art. 521.º), devendo entender-se por violência tanto a fôrça física como a coacção moral, nos termos do § único do art. 666.º.

Posse *contínua*, diz o art. 522.º, é a que não tem sido interrompida nos termos dos arts. 552.º e seguintes. Alguns códigos, como o italiano, distinguem entre posse contínua e não interrompida, sendo esta a que o nosso código chama contínua, e designando por esta última expressão aquela em que o possuïdor nunca deixou de exercer normalmente, embora com intervalos, o seu poder de facto. O nosso código também se refere a esta espécie no art. 531.º.

Posse *pública* é a que foi devidamente registada, ou, que não o tendo sido é exercida de modo a poder ser conhecida dos interessados (art. 523.º).

Os autores italianos, com base nas disposições do seu código, distinguem apenas três espécies, ou antes, três diversos graus da posse: a) *posse natural*, ou simplesmente posse, aquela em que nada mais se exige além do duplo elemento corporal e espiritual, essencial a toda a

espécie de posse; b) *posse legítima*, a que fôr contínua, não interrompida, pacífica, pública, não equívoca e com ânimo de ter a cousa como própria; c) *posse de boa fé*, a posse legítima acompanhada de justo título e boa fé.

No sistema do direito romano e nas obras dos jurisconsultos encontram-se outras classificações da posse, que muito tem concorrido para complicar e embaraçar a terminologia técnica.

A mais antiga distinção é a de posse *natural* e posse *civil*, e encontra-se ainda em clássicos, como Pothier e Coelho da Rocha. Mas esta terminologia não traduz sempre o mesmo conceito: ora se emprega para distinguir a simples detenção material da posse pròpriamente dita; ora exprime diversos conceitos da posse no sentido jurídico.

Outra distinção também muito antiga no direito romano é da *possessio* (posse das cousas) e *quasi possessio* (posse dos direitos).

Distinção igualmente romanista é a de posse *justa* e *injusta:* diz-se justa ou *legítima* a que foi adquirida por uma maneira permitida pelas leis, e título legítimo; *injusta* ou *viciosa* a que é adquirida por forma ilegal, ou sem título; a esta pertencem: *a*) a posse adquirida por violência (*vi*), *b*) às escondidas (*clam*), e *c*) por simples favor ou licença (*precario*). Por isso os requesitos da posse *ad interdicta* eram na técnica romana *nec vi, nec clam, nec precario.*

Coelho da Rocha e Correia Teles, com base no código da Prússia, também distinguiam a posse em *perfeita* e *imperfeita*, conforme o possuïdor considera a cousa como própria, ou apenas têm a intenção de usar por si da cousa de outrem, como o usufructuário e o locatário.

108. **Efeitos da posse.** — A eficácia jurídica da posse manifesta-se, além da especial protecção das acções possessórias, numa série de benefícios ou vantagens (*com-*

moda possessionis), que ou resultam directamente do facto da posse ou por êle são necessàriamente condicionados.

Em primeiro lugar pertence ao possuïdor a posição mais cómoda de réu nas acções em que o proprietário da cousa ou o titular do direito, que é objecto da posse, reclame como sua a cousa ou o direito; a vantagem consiste em poder repelir o pedido do autor sem necessidade de outra defesa além da invocação da sua posse (*possideo quia possideo*), se o adversário não prova o seu direito; o possuïdor é dispensado do encargo da prova, e vence a demanda, desde que o autor não faça a prova da sua pretensão.

O possuïdor tem o direito de repelir pela sua própria fôrça qualquer ofensa à sua posse, desde que o faça em acto consecutivo — *vim vi repellere licet* (art. 486.º).

A posse produz em favor do possuïdor a presunção de propriedade, que pode ser mais ou menos atendível, conforme as circunstâncias (art. 477.º).

A posse, desde que seja em nome próprio (art. 510.º) e satisfaça os outros requisitos essenciais — *pacífica* e *contínua*, para os móveis (art. 532.º e seg.), e além disso *pública*, para os imóveis (arts. 517.º e seg.) — confere ao possuïdor a propriedade da cousa possuída, decorridos que sejam os prazos fixados na lei, maiores ou menores, conforme os requesitos acidentais do título, do registo e da boa fé (*prescrição adquisitiva* ou *usocapião*).

O possuïdor tem direito a levantar as bemfeitorias ou melhoramentos feitos na cousa ou a ser indemnizado pelo seu valor (arts. 498.º-503.º), gozando o possuïdor de boa fé do direito de retenção até ser pago.

Finalmente, o possuïdor de boa fé tem direito aos frutos ou rendas produzidos até ao dia em que cessou a boa fé (art. 495.º).

É muito discutido entre os autores o problema de

saber se são só estes os efeitos da posse, e se todos eles o são. A discórdia provém de considerarem alguns como efeitos da posse apenas os que directamente promanam do facto da detenção, e outros também os que de algum modo com êle se prendem. E assim a doutrina tem sido muito debatida entre os dois extremos — o de alguns escritores antigos, que chegaram a enumerar 72 *commoda possessionis*, e os da escola francesa, que à presunção de propriedade reduzem todos os efeitos da posse.

Mas com Ruggiero entendemos que a disputa tem mais importância académica do que prática e substancial: desde que por efeitos da posse se entendam os que ela produz, ou por si só, ou com o concurso de outras condições, bem se podem considerar os indicados como sendo os mais conspícuos efeitos da relação possessória (1).

109. **Acções possessórias.** — Os meios jurisdicionais que a lei estabelece para defender o possuïdor contra quaisquer ofensas ou ataques à sua posse constituem as chamadas *acções possessórias*.

O sistema da tutela possessória no direito moderno é o produto duma longa elaboração histórica, pela qual no primitivo tronco da defesa interdital introduzida pelo pretor no antigo direito romano se foram enxertando sucessivamente novos elementos importados do direito germânico, do direito canónico e do direito consuetudinário francês, de tal modo que só num sentido muito relativo se pode dizer que o sistema actual deriva do processo romano.

Como todo o ataque à posse pode assumir ou a forma duma perturbação ou incómodo feito ao possuïdor (*turbação*), ou ir até ao ponto de desapossar ou expo-

(1) Ruggiero, pág. 52.

liar o possuïdor (*esbulho*), duas ordens de remédios foram instituídos pelo pretor mediante o extraordinário processo interdital; os *interdicta retinendae possessionis* contra a turbação, e os *interdicta recuperandae possessionis* contra o esbulho. Os primeiros eram o *interdictum uti possidetis* para os imóveis, e o *int. utrubi* para os móveis. Os segundos eram o *interdictum unde vi*, sob a dupla forma do *int. de vi cottidiana* e *de vi armata*, para os imóveis, e o *interdictum utrubi*, para os móveis.

Na primitiva concepção germânica a posse (*Gewere*), sendo considerada como a manifestação externa da propriedade, não tinha uma protecção judiciária própria e independente; toda a questão de posse se resolvia substancialmente numa questão de domínio, porque importando a posse por um ano a prescrição adquisitiva, aquele que tivesse possuído por mais de um ano vencia a lide sendo reconhecido como proprietário.

Mas esta concepção modificou-se, reconhecendo-se mais tarde uma acção especial para a tutela da posse.

O antigo direito francês, em que o instituto da posse (*saisine*) se moldava no tipo da *Gewere* germânica, estatuíu que quem encontrando-se em posse de um ano completo (*saisine d'an et jour*) fôsse perturbado na sua *saisine*, podia recorrer ao meio *possessório* para fazer cessar a ofensa; a acção que aparece no século XIII nos *Coutumes de Beauvoisis* foi denominada *complainte en cas de saisine et de nouvelleté*, e apresentava fundidos os dois requesitos essenciais, provenientes, um do direito germânico, a duração anual da posse, e o outro do romano, a ausência de vício de violência, de clandestinidade e de precariedade (*nec vi, nec clam, nec precario*).

Ao lado dêste processo possessório sumário instituíu-se depois o *possessorium summariissimum*, por

obra dos antigos jurisperitos, destinado a regular ràpidamente a questão da posse da cousa em litígio, durante o juízo possessório; e o regulamento efectuava-se por meio de um *mandatum de manutenendo*, pelo qual o juiz da acção possessória ordenava, para impedir qualquer acto de violência entre os contendores e evitar a providência do sequestro judiciário da cousa, que esta ficasse provisòriamente na posse de uma das partes. Qualquer outra decisão definitiva do juízo possessório não era prejudicada pelo *summariissimum*, porque êste não tinha outra função além do imediato, rápido e provisório regulamento da posse até à decisão final da demanda.

Da combinação dos três *possessórios*, ordinário (*interdictum uti possidetis*), sumário (*complainte*) e sumarissimo (*mandatum de manutenendo*), resultou a moderna acção de *manutenção de posse*.

O outra das modernas acções possessórias — a de *reintegração*, ou *restituïção de posse*, também chamada de *esbulho* (*actio spolii*), é o produto da combinação do *interdictum unde vi* e do *remedium spolii* do direito canónico.

O *remedium spolii* foi estabelecido como uma excepção (*exceptio spolii*) a favor dos bispos expulsos das suas sés, dispondo-se que nenhum processo se lhes poderia instaurar antes de serem reintegrados no seu lugar. Êste meio defensivo transformou-se depois na *actio spolii*, pela qual os bispos podiam proceder directamente para exigir do expoliador a restituïção, generalizando-se o remédio a todos os cidadãos expoliados violentamente de seus bens. O novo princípio — *spoliatus ante omnia restituendus* — aplicou-se não só ao possuïdor jurídico, mas também ao simples detentor, e a acção tornou-se procedente não só contra o expoliador, mas também contra o terceiro detentor que tivesse conhecimento do esbulho, e não só para o esbulho dos imóveis, mas também para o dos móveis e mesmo dos

direitos, sem qualquer limitação de tempo e a favor de qualquer espécie de posse, ainda mesmo de má fé.

No sistema do direito moderno admitem-se geralmente as duas espécies de acções possessórias: a de *manutenção*, que no nosso antigo direito se chamava também *de fôrça nova turbativa*, contra os actos de *turbação* da posse; e a de *restituïção*, que também se chamava *de fôrça nova expoliativa*, destinada a reaver a posse em caso de *esbulho*.

Assim o nosso código civil dispõe no art. 484.°: «O possuïdor tem o direito de ser mantido, ou restituído à sua posse, contra qualquer turbação ou esbulho, nos termos seguintes». Mas logo no art. 485.° estabelece uma acção possessória que não é rigorosamente de manutencão nem de restituïção: é de prevenção contra o justo receio de turbação ou esbulho; e esta acção é especialmente regulada no art. 492.° do código de processo civil.

De resto, a verdade é que nem o sistema do nosso código civil nem o do código de processo consagrou a distinção das duas acções de manutenção e de restituïção.

No sistema do código civil (art. 484.° e seg.) há quatro acções possessórias:

a) a acção de *prevenção*, contra o receio de turbação ou esbulho (art. 485.°);

b) a acção de *restituïção*, contra o esbulho violento (art. 487.°);

c) a acção de *manutenção ou restituïção*, contra turbação ou esbulho não violento, quando a posse do autor tiver menos de ano (art. 488.°);

d) a acção de *manutenção* ou *restituïção* de posse de mais de ano, que deveria ser sumàriamente processada (art. 489.°).

O código de processo civil manteve as duas primeiras acções, regulando-as nos arts. 492.° e 494.°.

E no art. 493.° fundiu as outras duas acções na acção de processo especial para manutenção ou restituïção de posse, tenha esta menos ou mais de ano.

Característica comum e fundamental das acções possessórias é que em nenhuma delas pode questionar-se sôbre a propriedade (cód. de proc. civ., art. 497.°)

110. **Usofruto, uso e habitação.** — *Usofruto*, diz o art. 2197.°, é o direito de converter em utilidade própria o uso ou produto de cousa alheia, mobiliária ou imobiliária. É pois um *jus in re aliena*, ou uma propriedade imperfeita, cujo nome deriva precisamente do próprio conteúdo do direito, que consiste no *usus* e no *fructus*, o *uti* e o *frui* do direito romano. E por isso melhor teria feito o autor do código reproduzindo a admirável síntese da definição romana — *Usus fructus est jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia* — como fez o do código italiano, que o definiu no art. 477.°: «o usofruto é o direito de gozar as cousas, cuja propriedade pertence a outrem, pelo modo que as gozaria o proprietário, mas com a obrigação de conservar a sua substância tanto na matéria como na forma».

Mas, de resto, a verdade é que êste é também o conceito do usofruto no sistema do nosso código, tal como resulta do conjunto de diposições que nele o regulam, designadamente do disposto no art. 2217.°, segundo o qual o usofrutuário pode fazer na cousa usofruída as bemfeitorias que quiser, contanto que não altere a forma ou a substância da cousa.

Da natureza do usofruto, como direito de gôzo ou fruïção integral de cousa alheia, mas com o limite *salva rerum substantia*, deveria teòricamente resultar que do seu objecto ficam excluídas as cousas de utilidade simples, isto é, aquelas cujo gôzo consiste em consumi-las. Contudo já no direito romano, e depois no direito intermédio, sob a pressão de necessidades e exigências

da vida social, sobretudo para salvar a validade dos legados de usofruto sôbre um património ou uma quota do património, e foi admitindo a possibilidade prática de abranger no usofruto também as cousas consumíveis.

Um senatusconsnlto da primeira época imperial admitiu o legado de usofruto «*omnium rerum, quas in cujusque patrimonio esse constaret*», entendendo-se que para as cousas consumíveis era conferido ao usofrutuário o direito de propriedade, surgindo assim com o instituto da *cautio usufructuaria* a figura do quási usofruto ou usofruto impróprio, em que o mais profundo desvio do tipo normal consiste na adquisição pelo usofrutuário das cousas consumíveis e na obrigação de restituir ao findar o usofruto outras tantas da mesma qualidade, ou pagar o seu valor (art. 2209.º).

E assim o direito moderno admite como objecto do usofruto toda a espécie de cousas, incluindo o dinheiro e os títulos de crédito (arts. 2209.º, 2222.º e 2237.º).

Tem sido motivo de dúvidas e controvérsias a questão do usofruto dos créditos, sobretudo no que respeita à determinação do objecto dum tal usofruto, discutindo-se se é o próprio título de crédito ou a prestação que nele se contém.

Em nosso entender o objecto do usofruto é o próprio título de crédito, que é assim considerado como uma cousa, e como tal susceptível de ser objecto dum direito real, sendo êle mesmo um direito pessoal ou de crédito.

A constituïção do usofruto pode fazer-se por acto entre vivos, por última vontade, ou por disposição da lei, diz o art. 2198.º. Embora a lei o não diga, deve entender-se que também pode constituir-se o usofruto pela prescrição, não obstante o confronto do art. 2198.º com o 2271.º poder dar a entender o contrário.

E pode o usofruto ser constituído em favor de mais de uma pessoa, simultânea ou sucessivamente, contanto que todas existam ao tempo em que se torna efectivo o

direito do primeiro usofrutuário (art. 2199.º). Esta restrição do usofruto sucessivo tem a sua plena justificação na necessidade de evitar os usofrutos excessivamente longos, que por tal forma poderiam desvalorizar a propriedade até ao ponto de a reduzir a nada. Em regra ninguém daria valor apreciável a uma propriedade sujeita ao usofruto de mais de uma geração.

É o título da constituïção do usofruto que em primeiro logar regula os direitos e obrigações dêle resultantes, sendo as disposições legais em regra meramente subsidiárias ou supletivas (art. 2200.º e 2201.º).

Sôbre os direitos do usofrutuário pode dizer-se dum modo geral que são os mesmos que no gôzo normal da cousa pertencem ao proprietário, salvo o limite imposto pela obrigação de conservar e restituir a cousa findo o usufruto. São precisamente os direitos do proprietário menos os de transformação e de alienação.

Dum modo concreto pode dizer-se que são tres os direitos do usofrutuário: o direito de *posse*, o direito de *uso* e *fruïção*, e o direito de *dispor* do seu usofruto, por qualquer título, até mesmo alienando-o (art. 2207.º).

As obrigações do usofrutuário, que são as conseqüências do limite «*salva rerum substantia*», referem-se umas à posse da cousa, outras ao seu gôzo, e outras à sua restituïção, correspondendo aos três momentos ou períodos da vida do usofruto, ao seu início, à sua duração e ao seu termo.

As obrigações iniciais são duas: a de *fazer o inventário* dos bens usofruídos, que pode ser feito amigàvelmente, mas tem de ser judicial, se houver algum interessado menor, interdito ou ausente; e a de *prestar caução*, tanto para a restituïção dos bens ou do seu valor, como para a reparação das deteriorações de culpa do usofrutuário. A obrigação de caucionar não existe, porém, para o doador ou vendedor com reserva do usofruto, nem para os pais no usofruto dos bens dos filhos, salvo o disposto no art. 148.º, nem para o marido

no usofruto dos bens da mulher; e tanto a obrigação de caucionar como a de inventariar pode ser dispensada pelo instituïdor do usofruto no acto jurídico da sua constituïção (art. 2221.°) (1).

As obrigações do usofrutuário no período da duração do usufruto são determinadas dum modo geral pelo art. 2223.° segundo o critério romano do bom *pater famílias:* «o usofrutuário deve usofruir a cousa, como o faria um *proprietário prudente*». Quer dizer: tem obrigação de proceder com aquela diligência média que é própria do tipo normal dum homem avisado e honesto.

Pois que no usofruto o gôzo da cousa pertence a um e a propriedade a outro, é intuitivo que os encargos onerando os bens usofruidos devem ser equitativamente repartidos entre o usofrutuário e o proprietário em harmonia com o direito de cada um. E segundo êste critério os art. 2224.° e seguintes especificam as diversas obrigações do usofrutuário.

Findo o usofruto as obrigações do usufrutuário reduzem-se a restituir ao proprietário a posse da cousa no estado em que se achar, mas com responsabilidade pelas deteriorações causadas por culpa sua ou da pessoa a quem tiver cedido o usofruto (art. 2208.°, 2224.° e 2251.°); tratando-se de cousas fungíveis é obrigado a restituir cousa do mesmo género, qualidade e quantidade, ou a pagar o seu valor actual (art. 2209.°). Mas o usofrutuário ou os seus herdeiros gozam do direito de retenção até serem pagos das despesas que tiver feito pelo proprietário (art. 2251.°), como as reparações extraordinárias de utilidade real (art. 2229.°, § 1.°), o pagamento de dívidas hereditárias quando o usofruto é de herança ou de parte dela (art. 2235.°), o pagamento

(1) Embora o § 2.° do art. 2221.° se refira apenas à dispensa pelo doador ou testador, parece-nos que o princípio deve generalizar-se a todos os instituidores.

de contribuïções impostas directamente ao capital ou à propriedade (art. 2239.°).

O usofruto é por sua própria natureza necessàriamente um direito temporário. Se se admitisse um usofruto perpétuo, o direito do proprietário não existia, o usofrutuário seria o verdadeiro e único proprietário. É por isso que, independentemente das diversas causas de extinção, o usofruto termina sempre com a morte do usofrutuário, dizendo-se por isso que é direito pessoal, e em regra vitalício.

As outras causas de extinção são o termo, a condição resolutiva, a confusão ou consolidação, a prescrição, a renúncia, e a perda da cousa, salvo o caso do § 1.° do art. 2246.°, conforme o disposto no art. 2241.° e seguintes.

Conjuntamente com o usofruto regula o código os direitos de *uso* e *habitação* (art. 2254.° e seg.), que não são outra cousa senão o usofruto restrito às necessidades pessoais quotidianas duma pessoa e de sua família, referindo-se o *uso* à fruïção das cousas em geral e a *habitação* às casas de morada. Do carácter essencialmente pessoal dêstes direitos resulta que eles não podem ser cedidos por qualquer título (art. 2258.°).

De resto regulam-se pelas mesmas regras do usofruto.

111. **Enfiteuse.** — Outro dos principais *jura in re aliena* é a *enfitèuse*, que também se chama *aforamento* e *emprazamento* (art. 1653.°); e daí os nomes de *fôro* e de *prazo*, dados aos prédios enfitêuticos.

No sistema do nosso código a enfiteuse pertence à categoria da propriedade imperfeita (art. 2189.°), mas é definida e regulada no capítulo dos contratos (art. 1653.° e seg.).

«Dá-se o contrato de emprazamento, aforamento ou enfiteuse, quando o proprietário de qualquer prédio transfere o seu domínio útil para outra pessoa, obri-

gando-se esta a pagar-lhe anualmente certa pensão determinada que se chama *fôro* ou *canon* (art. 1653.º).

Definida assim a enfiteuse como um contrato, e determinando o art. 1655.º que êste contrato só pode ser celebrado por escritura pública, que deverá ser registada, para produzir efeitos em relação a terceiros, já se tem duvidado se também poderá constituir-se por testamento e por prescrição.

Que pode constituir-se por prescrição parece-nos não poder duvidar-se, porque se trata dum direito imobiliário, e a prescrição das cousas imóveis aplica-se igualmente aos direitos imobiliários (art. 517.º e seg.) e porque o art. 1686.º expressamente declara que a prescrição é aplicável aos prazos da mesma forma que aos outros bens imobiliários.

Do mesmo modo entendemos que lhes é aplicável a sucessão testamentária, não só porque as regras da liberdade de testar admitem o legado de enfiteuse, mas ainda porque o testamento, tanto o público como o cerrado pode bem equiparar-se a uma escritura pública (§ ún. do art. 1755.º) (1).

Qual é a verdadeira natureza da relação jurídica da enfiteuse? Um verdadeiro desmembramento da propriedade, como ensina a doutrina clássica, um direito de propriedade perfeita sujeita ao encargo do fôro, um simples *jus in re aliena*, tanto para o concedente ou senhorio como para foreiro ou enfiteuta, ou para o senhorio um simples direito de crédito com garantia real?

A solução do problema depende da evolução histórica do instituto e da sua organização no direito moderno.

A enfiteuse foi importada do direito helénico para o direito romano, como indica a etimologia da palavra,

(1) No mesmo sentido, Dr. Alves de Sá, *A emphyteuse e o usufructo no Código civil*, pág. 2 o 3. Também na Itália, em presença de disposições semelhantes, os civilistas ensinam a mesma doutrina, mesmo sem a discutir; Ruggiero, I, pág. 591.

que deriva de grego *enfiteusis* e significa plantar, cultivar ou melhorar uma terra.

A primeira aplicação que em Roma se fez do instituto parece ter sido oa proveitamento dos *agri vectigales*, porções do *ager publicus* concedidas aos municípios e aos colégios ou corporações sacerdotais, mediante o pagamento duma renda anual denominada *annona* ou *vectigal*. Por sua vez estes concessionários do *ager vectigalis*, com o fim de cultivar e melhorar os seus terrenos, faziam subconcessões aos particulares, a título de arrendamento perpétuo, obrigando-se os subconcessionários ou locatários a pagar uma renda anual (*canon* ou *pensio*), constituindo-se assim o *ager emphyteuticarius*.

As concessões enfitêuticas, que se aplicaram igualmente aos terrenos imperiais e dos grandes proprietários, conferiam aos concessionários ou enfiteutas um verdadeiro domínio sôbre os prédios concedidos, protegido por acções reais, e de tal modo que na concessão enfitêutica se chegou a ver uma verdadeira venda.

Da incerteza sôbre o carácter jurídico da enfiteuse, considerando-a uns como arrendamento ou locação, e outros como venda, resultavam a cada passo conflitos entre o concedente e o enfiteuta, questões que se propôs resolver uma constituïção de Zenão, considerada como o primeiro regulamento legislativo do instituto, determinando que não se tratava de locação, pois era uma cedência perpétua, nem de venda, pois o concessionário não adquiria um direito de plena e absoluta propriedade, ficando vinculado ao concedente pelo pagamento do canon ou fôro anual; mas sim de um contrato *sui generis*, pelo qual se constituía um *jus in re aliena*, conservando-se no concedente a propriedade, representada pelo direito ao fôro ou canon que não era susceptível de redução, nem por perda parcial do prédio, nem por falta de frutos.

No direito justinianeo mais se acentuou e fortaleceu o direito de propriedade do senhorio, com a obrigação

imposta ao enfiteuta de notificar ao senhorio a alienação do prédio, com a faculdade, que lhe foi reconhecida, de exercer o direito de preferência (*jus praelationis* ou *protimiseos*) ou de receber a título de reconhecimento do seu direito a quinquagésima parte do preço (*laudemium*), e sobretudo com o direito de *devolução*, em virtude do qual o concedente podia reaver o prédio, reconstituíndo assim em toda a sua integridade o próprio domínio, quando o enfiteuta não tivesse pago o fôro durante três anos, ou tivesse deteriorado o prédio ou não tivesse notificado a alienação.

Através da Idade Média a enfiteuse, posta em contacto com o direito germânico e feudal, transformou-se profundamente tanto na sua estrutura jurídica como no seu conceito económico e social. Por um lado serviu de fundamento à constituïção de varias prestações servis devidas pelo vassalo, a quem o terreno era concedido, ao senhor, a quem ficava pertencendo o domínio eminente. E, por outro lado, em harmonia com o conceito germânico da pluralidade de domínios sôbre a mesma cousa conforme as diversas utilidades que esta podia fornecer, alterou-se a sua construção dogmática, vendo-se na enfiteuse uma propriedade dividida entre concedente e concessionário, um *domínio útil* no enfiteuta, representado pelo direito quási ilimitado de uso e disposição do prédio, e um *domínio directo* no senhorio, representado pelo direito ao fôro, e pelas ulteriores prestações mais ou menos gravosas, que o senhorio costumava impôr-lhe.

As várias prestações impostas nos contratos enfitêuticos eram não só excessivamente onorosas mas até por vezes degradantes e vexatórias, como, por exemplo, a de passear o senhorio ao colo.

Bem se explica por isso que a legislação revolucionária derivada da revolução francesa, naturalmente hostil a todas as instituïções do feudalismo, procurasse ferir de morte o regime da enfitêuse, começando por

proïbir os aforamentos perpétuos, permitindo-os por um prazo máximo de 99 anos (lei de 18 de dezembro de 1790), e transformando-a depois em simples relação obrigatória da natureza da locação, quando não tivesse no caso concreto o carácter de usofruto (leis de 9 do *messidor* do ano III, e de 11 do *brumario* do ano VII), de tal modo que o código de Napoleão se absteve de a regular.

Apesar disso o instituto manteve-se na prática do direito francês, tendo sido refundido e regulado pela lei de 25 de junho de 1902.

E assim se explica o motivo porque não obstante o direito revolucionário da França ter invadido todos os povos latinos, a enfitêuse manteve o seu logar nas legislações e códigos modernos.

Simplesmente a enfitêuse do direito moderno é, por assim dizer, a ressurreição da figura jurídica da enfitêuse romana, destinada apenas a desempenhar uma função económica no desenvolvimento da propriedade agrícola, e moldada nos preceitos técnicos do direito contractual, tendo perdido todo o carácter político da servidão pessoal do antigo regime.

No nosso direito anterior ao código civil a enfitêuse podia ser perpétua ou temporária.

Os *prazos perpétuos*, assim denominados, por serem concedidos para sempre, sem limitação de tempo, chamavam-se também *emphatiota* ou *fateusins*, por corrupção do latim *emphyteusis*, porque no direito romano a perpetuïdade era da essência da enfitêuse.

Os *prazos temporário* ou *de vidas* eram concedidos só para um certo número de vidas ou gerações, em regra três, findas as quais revertiam ao senhorio directo ou aos seus herdeiros.

A importância desta distinção não reside tanto no facto da duração perpétua ou temporária, como na forma de sucessão dos prazos: emquanto que os *de vidas* tinham de deferir-se sempre a um só herdeiro (Ord.,

liv. IV, tít. 36.°, § 2.°), os *perpétuos* ou *fateusins* podiam dividir-se entre os herdeiros, se nisso consentisse o senhorio, e, não consentindo, era dividido o seu valor, encabeçando-se o prazo em um deles ou vendendo-se (Ord., liv. IV, tít. 36.°, § 1.°, tít. 96.°, § 24.°).

Os *prazos de vidas* podiam ser *de nomeação livre* ou *de nomeação restrita;* nos primeiros o enfiteuta tinha a faculdade de nomear a pessoa que lhe havia de suceder no prazo, ou porque tal faculdade lhe era concedida no título ou investidura, ou porque se subentendia na falta de providência em contrário (Ord., liv. IV, tít. 36.° e 37.°); nos segundos, também chamados de *pacto e providência,* o foreiro ficava adstrito à nomeação de certas pessoas indicadas no título (Ord., liv. IV, tít. 38.°, § 2.°).

Os prazos *de nomeação restrita* subdiviam-se em *familiares puros* ou *de geração*, e *familiares mixtos*, conforme a nomeação tinha de recair em pessoa de família da primeira vida, e extinta esta o domínio útil consolidava-se no directo, ou se reconhecia ao enfiteuta, na falta de pessoas de família, a faculdade de nomear quem quisesse (Ord., liv. IV, tít. 37.°, § 6.°).

O código civil (arts. 1696.° e 1697.°) pôs termo a estas diferentes espécies de prazos, reduzindo todos os emprazamentos à figura romana dos prazos perpétuos ou fateusins hereditários puros, e simplificou o regime da enfiteuse, proïbindo para o futuro, a subenfiteuse ou subemprazamento (art. 1701.°). O direito do enfiteuta de subenfiteuticar ainda foi restabelecido pelo decreto de 30 de setembro de 1892 (art. 3.°), sendo depois limitado aos terrenos incultos pelo decreto de 10 de janeiro de 1895 (art. 3.°). Mas foi de novo abolido pelo decreto de 23 de maio de 1911 (art. 7.°).

Para delinear a construção jurídica da enfiteuse moderna, vejamos pois qual é a situação dos dois sujeitos da relação jurídica, e como esta se extingue.

Os direitos do senhorio reduzem-se a quatro:

direito ao fôro, direito de opção ou *preferência, direito ao laudémio,* e *direito de consolidação* ou *devolução.*

O *fôro, canon, renda* ou *pensão,* que também antigamente se chamava *ração,* quando consistia numa quota dos frutos do prédio, é a prestação anual que o foreiro é obrigado a pagar ao senhorio. Pode consistir em géneros ou em dinheiro, sendo a sua qualidade e quantidade fixada à vontade das partes; mas tem de ser certa e determinada, não podendo convencionar-se encargo algum extraordinário ou casual, a título de lutuosa, laudémio ou qualquer outro; e se o emprezamento fôr de prédio urbano, ou de chão para edificar, o fôro será sempre a dinheiro (arts. 1653.° e 1656.°-1658.°).

O código, orientando-se pelas concepções económicas e políticas dos tempos modernos, no sentido de libertar a terra como a personalidade humana de todos os encargos extraordinários, inconvenientes ou degradantes, reduziu assim todos os ónus enfitêuticos ao único que é normal e suficiente — a prestação duma renda certa e determinada — abolindo não só os antigos direitos banais e servidões pessoais da enfiteuse, mas também os encargos eventuais, como eram a lutuosa e o laudémio, resalvando contudo os laudémios estipulados nos emprazamentos anteriormente constituídos (art. 1693.°) (1).

(1) Direitos *banais* eram os privilégios restritivos da liberdade dos foreiros, que antigamente alguns senhorios se arrogavam como restos do poder feudal: v. g., que nenhum foreiro poderia ter engenhos para moer azeite, nem fornos para cozer pão ao povo; que nenhum poderia vender vinho, emquanto o senhorio não vendesse o seu, etc. Serviços ou servidões pessoais eram as obrigações do foreiro, que consistiam *in agendo,* como a de ir dar dias de trabalho no serviço do senhorio, a que se chamava *geiras de homens* ou *de bois;* fazer-lhe carretos, e outros. Uns e outros já tinham sido abolidos pela lei de 22 de junho de 1846, conjuntamente com quaisquer encargos ou impostos que não tivessem a natureza de *pensões.* Nas renovações dos antigos prazos de vidas encontrava-se geralmente imposta ao foreiro a *lutuosa,* isto é, uma prestação extraordinária para o senhorio pela morte de cada uma das vidas. Em muitos prazos consistia em outro tanto como o fôro dum ano; em outros, no

Qual é a causa ou verdadeiro fundamento do direito ao fôro? E qual a sua natureza?

Na doutrina clássica considera-se o fôro como o reconhecimento do domínio directo; e esta era ainda a doutrina consignada pelo Visconde de Seabra no art. 1752.º do projecto do código civil. Mas entendem alguns autores que a causa ou fundamento do fôro deve antes procurar-se na cedência do domínio útil, sem a qual não pode existir o direito ao fôro, que representa assim o complexo das utilidades cedidas pelo senhorio ao foreiro e que êste tira do prédio aforado.

Qualquer das duas doutrinas é unilateral, e por isso insuficiente para por si só explicar a categoria económico-jurídica do fôro, que é precisamente a resultante dos dois elementos — o *económico*, que consiste na utilização imediata do prédio, e o *jurídico*, que consiste na conservação do chamado *domínio directo*.

Relativamente à natureza do direito ao fôro, discute-se se êle é um direito pessoal ou de crédito, isto é, que existe apenas contra o foreiro, embora com a garantia real de privilégio mobiliário sôbre os frutos do prédio (art. 880.º e 881.º); ou se é um verdadeiro

melhor dom ou *signal da casa;* mas por estas palavras sem mais declaração entendiam-se os móveis que pudessem de alguma sorte reputar-se anexos ao prazo, e próprios do estado de lavrador, como um tonel, uma arca; e não os trastes de ouro ou prata, ou outras alfaias preciosas, que nenhuma relação têm com aquele estado. Mas as lutuosas, observava Coelho da Rocha, deviam interpretar-se sempre em favor dos foreiros; «porque são odiosíssimas, já pela sua origem de feudalidade e escravatura, já pela ocasião em que se vencem. E na verdade não se pode observar sem aflição que, pelo falecimento de um pequeno lavrador, a sua desvalida viúva, na mesma ocasião em que tem direito a exigir de todos amparo e socorros, sòmente encontre o senhorio, ou um inexorável rendeiro a exigir a lutuosa; o pároco as exorbitantes ofertas mortuárias; e os oficiais de justiças estirados emolumentos de inventário; e que assim aqueles que em razão do seu estado deviam ser os primeiros em socorrê-la, sejam os mesmos que se apresentam para devorar, como harpias, o pequeno potrimónio dessa triste família». (Coelho da Rocha. *Inst.*, § 542.º e 547.º).

direito real, porque recai directamente sôbre o prédio, seja quem fôr o foreiro ou o possuidor.

A solução é diversa, conforme se trata do fôro corrente e dos devidos pelos dois últimos anos, ou dos devidos pelos anos anteriores.

Dado o privilégio creditório de que goza o senhorio sôbre os frutos ou rendas do prédio em relação aos foros devidos pelos dois últimos anos e pelo corrente, é certo que o direito a estes foros é um verdadeiro direito real. Mas relativamente aos foros devidos pelos anos anteriores, o direito do senhorio não é um direito real, pois que, se o foreiro devedor tiver alienado o prédio, não poderão esses foros ser exigidos ao novo foreiro, que não é devedor, nem está sujeito ao encargo da garantia real.

Na falta de pagamento, o senhorio não tem outro direito, ainda que o estipule, senão o de haver os foros em dívida e os juros desde a mora (art. 1671.º); e não pode exigir as prestações atrazadas de mais de cinco anos, senão por obrigação de dívida, assinada pelo foreiro, com duas testemunhas, ou toda escrita do seu punho, ou reconhecida em auto público (art. 543.º, n.º 1.º, e 1684.º).

Depois do código civil tem-se discutido se ainda pode estipular-se o encargo do *cabecel* ou *cabeça*, que consistia, no caso de divisão do prazo em diversas glebas, ficar um dos foreiros responsável por todo o fôro, recebendo dos outros as respectivas quotas ou parcelas.

A jurisprudência dos tribunais tem-se dividido, predominando a solução afirmativa, não obstante a doutrina se pronunciar pela solução negativa (1).

A verdadeira é a solução negativa, porque o pre-

(1) Dr. Dias Ferreira, *Código Civil Anotado*, com. ao art. 1662.º; *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, IX, pág. 326; *O Direito*, IV, pág. 257 e seg.

ceito do § 4.º do art. 1662.º, determinando que o senhorio, em caso de divisão, só poderá exigir o fôro respectivo de cada um dos foreiros, conforme a destrinça que se fizer, é uma lei de interêsse e ordem pública, e por isso não pode ser alterada por vontade das partes.

E, pois que o art. 1694.º manda aplicar aos emprazamentos de pretérito o disposto no art. 1662.º, tem de entender-se que mesmo para esses ficou abolido o *cabecel*. O senhorio tem em todo o caso o direito de exigir um aumento nos fóros de uma quota correspondente ao incómodo da cobrança dividida (art. 1662.º, § 4.º).

O direito de *opção* ou *preferência* é a faculdade conferida ao senhorio (excepto sendo uma pessoa moral, art. 1679.º) de haver para si o prazo, pagando o seu preço, quando o foreiro o queira vender ou dar em pagamento (art. 1678.º), ou êle seja arrematado ou adjudicado em processo de execução por dívida do foreiro (art. 1682.º e 1683.º).

A justificação do direito de preferência é bem explicada nestas simples palavras de Coelho da Rocha (§ 549.º): «a ordem pública interessa, para evitar litígios e desavenças, em que as cousas comuns se réunam em um só». E assim se justifica a feliz inovação do nosso código, incluindo no art. 1678.º o § 1.º, por proposta de Marreca, para se conferir igualmente ao foreiro o mesmo direito de opção (*Actas da Comissão Revisora*, pág. 258).

O direito ao *laudémio* é a prestação devida ao senhorio pelo novo foreiro adquirente do prazo por compra, arrematação ou adjudicação (art. 1693.º, § ún., em confronto com os arts. 1678.º, 1682.º e 1683.º).

Esta prestação chama-se *laudémio*, por consistir numa quota parte do preço da transmissão, sendo assim determinada pela avaliação dada ao prédio — *a laudando*.

O código aboliu o *laudémio* nos emprazamentos de futuro, mas garantiu os estipulados nos de pretérito, dispondo que são de quarentena, isto é, 2 1/2 % do preço, quando não haja sido determinada outra medida ou percentagem.

Já se tem entendido que o decreto de 10 de janeiro de 1895 restabeleceu o direito de estipular laudémios, quando dispôs no art. 3.º: «Não podem estipular-se, nem exigir-se, ainda mesmo em virtude de emprazamentos de pretérito, outras prestações além do fôro e laudémio».

Entendemos que esta disposição não é bastante para revogar o art. 1657.º do código, e que por isso são nulas as estipulações de laudémio que à sombra dela se hajam feito. Entretanto esta disposição foi expressamente revogada pelo decreto de 23 de maio de 1911, que dispôs no art. 7.º: «São mantidos e revalidados os artigos 1657.º e 1701.º do código civil, e as demais disposições não alteradas por êste decreto, que regulam o contracto de emprazamento, e modificadas as disposições do decreto de 10 de janeiro de 1895 e da lei que o confirmou».

Já se tem discutido a quem pertence o laudémio, no caso de o fôro estar sujeito a um usofruto, se ao senhorio directo, se ao usofrutuário.

A primeira solução poderia fundar-se no conceito clássico do *laudémio*, considerado como sendo o correspectivo do não uso do direito de opção, ou como o reconhecimento do novo enfiteuta.

Mas a verdade é que deve pertencer ao usofrutuário, como resulta necessàriamente da própria definição legal do usofruto (art. 2197.º) e do direito conferido pelo art. 2206.º ao usofrutuário sôbre as cousas acrescidas e direitos inerentes à cousa usofruída. A mesma conclusão resulta ainda do § 3.º do art. 495.º e do art. 2202.º.

É que o verdadeiro conceito ou fundamento do *laudémio* deve antes encontrar-se na vontade das par-

tes e no reconhecimento do condomínio do senhorio, quer êste seja proprietário, quer seja usofrutuário.

O direito de *consolidação* ou *devolução* consiste em o senhorio rehaver gratuïtamente o prazo, e tem lugar em três casos: *a*) quando o foreiro falece sem outro herdeiro que não seja o Estado (art. 1663.°); *b*) se o foreiro deteriorar o prédio de modo que o seu valor seja inferior ao do capital correspondente ao fôro mais um quinto (art. 1672.°); *c*) se, por fôrça maior ou caso fortuito, o prédio se deteriorar de modo que o seu valor seja inferior ao que era na época do emprazamento, e fôr abandonado pelo foreiro, por não querer o senhorio fazer uma redução correspondente no fôro — o que se chama *encampar* o prazo (art. 1688.°).

Alguns códigos, como por exemplo o italiano, (art. 1555.°), admitem também o direito de devolução quando o foreiro deixe de pagar o fôro em dois anos consecutivos, ou quando não tenha melhorado o prédio.

O direito de devolução é, como princípio, um corolário lógico do domínio do senhorio. E a sua ampliação àqueles dois casos funda-se nos efeitos da condição resolutiva tácita, porque, no sistema do código italiano e outros, a obrigação de melhorar o prédio é da essência da enfiteuse.

Mas no sistema do nosso código esta obrigação não existe; e a obrigação de pagar o fôro está suficientemente garantida pelo privilégio mobiliário sôbre os frutos do prédio.

Os direitos do enfiteuta podem reduzir-se a quatro: *direito de fruïção, direito de disposição, direito de opção* ou *preferência*, e *direito de remissão*.

Também em certo modo se poderia considerar como um direito do foreiro a faculdade que lhe confere o art. 1688.° da pedir a redução do fôro ou *encampar* o prazo. Mas aqui não há um direito pròpriamente dito, porque o senhorio não é obrigado a conceder a redução do fôro.

O direito de *fruïção* do prazo abrange precisamente, como o de fruïção da propriedade (art. 2287.°):

1.° O direito de perceber todos os frutos naturais, industriais ou civis da cousa;

2.° O direito de acessão:

3.° O direito de acesso.

É esta a doutrina que resulta lògicamente da definição legal da enfiteuse (art. 1653.°), e se encontra expressa no art. 1673.°, que dá ao foreiro o direito de usofruir o predio *como cousa sua*. É por isso que o enfiteuta ou subenfiteuta de prédio onde seja encontrado algum tesouro, é equiparado ao proprietário para o efeito de adquirir o mesmo tesouro ou as duas terças partes (§ un. do art. 424.°).

O direito de *disposição*, também expressamente consignado no art. 1673.°, como efeito da transferência do domínio útil do prédio, do concedente para o enfiteuta, abrange dum modo geral os mesmos direitos de *transformação* (art. 2315.° e seg.) e de *alienação* (art. 2357.° e seg.), que são característicos da propriedade.

Assim o foreiro pode: *a*) hipotecar o prédio e onera-lo com servidões sem consentimento do senhorio, comtanto que a hipoteca ou o ónus não abranja a parte do valor do prédio correspondente ao fôro mais um quinto (art. 898.° e 1676.°); *b*) doar ou trocar livremente o prédio, comunicando o facto ao senhorio dentro de sessenta dias, sob pena de responder solidàriamente com o cessionário pelas prestações devidas (art. 1677.°; *c*) vender ou dar em pagamento o prédio, notificando prèviamente o senhorio, para que êste possa exercer o direito de preferência, excepto tratando-se de expropriação por utilidade pública, ou se o senhorio fôr pessoa moral, caso em que só tem que participar o facto da alienação (art. 1678.° e 1679.°).

O direito de *preferência* não era antigamente reconhecido ao foreiro, mas foi-lhe justamente confe-

rido pela comissão revisora do código civil, porque se entre êle e o senhorio alguma desigualdade houvesse de se estabelecer a êste respeito, deveria antes ser em seu benefício, por ser precisamente o enfitêuta quem dispende a sua actividade e os seus capitais na exploração da utilidade do prédio.

Confrontando os arts. 1678.º, 1681.º-1683.º, pode parecer comtudo que o direito de preferência só é reconhecido ao foreiro no caso de o senhorio vender ou dar em pagamento o fôro, mas não nos casos de arrematação ou adjudicação judicial.

Seria uma desigualdade inadmissível, e a dúvida foi expressamente resolvida pelo código de processo (arts. 848.º e 870.º), segundo os quais devem ser citados o enfitêuta e o sub-enfitêuta, havendo-o, para poderem exercer o seu direito de preferência.

O direito de *remissão*, regulado pelo decreto de 23 de maio de 1911, é a faculdade que tem o enfitêuta, ou o sub-enfitêuta de consolidar o domínio pleno do prazo, pagando o valor do fôro, que é de vinte pensões (arts. 1.º e 2.º).

O direito de remissão justifica-se plenamente pela necessidade ou conveniência de libertar a propriedade de todos os ónus, principalmente dos perpétuos, que são um obstáculo ao seu livre desenvolvimento económico, e portanto causa da sua desvalorização.

Mas o código civil ainda não levou tão longe o princípio da libertação da terra.

Foi o decreto de 30 de setembro de 1892 que instituiu o direito de remissão, como faculdade igual para o foreiro e senhorio (art. 1.º a 3.º), mas só para os prazos em que o valor do fôro não excedesse a 300 mil réis.

Mas nesta parte o decreto ficou dependente de regulamento, sendo depois revogado pelo decreto de 10 de janeiro de 1895, que no art. 2.º declarou não ser obrigatória a remissão, qualquer que seja o valor do fôro e laudémio.

Pelo contrário, o decreto de 23 de maio de 1911 instituiu a remissão para todos os prazos, qualquer que seja o valor do fôro, desde que o ónus a remir dure há mais de vinte anos, mas como um direito exclusivo dos foroiros, quer enfiteutas, quer subenfiteutas.

É justa e conveniente esta orientação, porque a remissão como direito do senhorio é injustificável, e até incompreensível, pois o senhorio não tem ónus algum a remir.

Pelo artigo 3.º do decreto reconhecia-se tanto ao senhorio como ao enfiteuta principal o direito de serem pagos com uma parte do prédio, sendo êste susceptível de divisão. Mas a lei de finanças de 30 de junho de 1914 (art. 39.º) determinou que o pagamento se faça sempre em dinheiro, salvo, é claro, o direito de ás partes acordarem diversamente.

O valor do domínio directo e do direito do enfiteuta principal é o de vinte pensões acrescido do valor do laudémio nos prazos anteriores ao código, e divide-se proporcionalmente entre os dois.

A subenfiteuse, isto é, um segundo aforamento do mesmo prédio feito pelo foreiro a um terceiro, era permitida no direito antigo, mas foi proïbida pelo art. 1701.º. Foi restabelecida pelo art. 5.º do decreto de 30 de setembro de 1892, e limitada aos terrenos incultos pelo art. 5.º do decreto de 10 de janeiro de 1895; mas foi de novo abolida pelo art. 7.º do decreto de 23 de maio de 1911.

O código não enumera os casos de extinção da enfiteuse. Mas ela resulta do conjunto das suas disposições:

a) no caso de expropriação do prédio por utilidade pública (lei de 26 de julho de 1912);

b) pela *consolidação* ou *devolução* do prédio ao senhorio (arts. 1663.º, 1672.º e 1688.º);

c) por *destruição* do prédio por caso fortuito ou fôrça maior (art. 1687.º);

d) por *prescrição* (art. 1686.º);

e) pela *remissão* (decreto de 23 de maio 1911);

f) por *confusão* ou *renúncia* (art. 796.º e segs.).

Examinada a estrutura jurídica da enfiteuse, é fácil agora resolver o problema tão discutido da sua verdadeira natureza.

É necessário, em primeiro logar, pôr de lado o conceito da eufitense como um direito de crédito com garantia real. A evolução histórica do instituto mostra que o direito do senhorio ou concedente foi sempre considerado como um domínio sôbre o prédio. O que o caracteriza principalmente não é o direito de crédito sôbre a prestação do fôro; mas sim os direitos de preferência e de devolução, que constituem verdadeiros direitos de domínio sôbre o prazo.

Daí a doutrina dominante nos modernos civilistas, que não é afinal senão o conceito romanista do *jus in re aliena*, segundo o qual o enfiteuta tem apenas um direito resolúvel sôbre um prédio cuja propriedade pertence ao senhorio.

Mas esta doutrina não é lógica, porque no confronto dos direitos do foreiro e do senhorio é forçoso reconhecer, no ponto de vista do domínio, a superioridade do direito do enfiteuta, que se revela nos direitos essenciais da propriedade — *fruição, transformação* e *alienação* — e ainda muito especialmente no direito de *remissão*.

Para se admitir o conceito do *jus in re aliena*, deve antes dizer-se que é êste o direito do senhorio sôbre um prédio cuja propriedade pertence ao enfiteuta.

Mas, pois que na verdade o direito do senhorio é também de propriedade, a única conclusão lógica e verdadeira é que na enfiteuse há realmente um desdobramento do domínio ou dos poderes jurídicos essenciais da propriedade, que ficam pertencendo a pessoas diferentes, constituindo verdadeiras propriedades imperfeitas.

E assim se revela mais uma vez a superioridade da técnica do nosso código. Inaceitável é, pois, a doutrina do eminente professor civilista Ruggiero afirmando que antes de tudo deve eliminar-se a doutrina do direito comum, fundada sôbre a errónea e injustificada distinção dos dois domínios, e dizendo que, se ainda hoje se costuma falar de um *domínio útil* e de um *domínio directo, d'un direttario* e *d'un utilista*, tudo se reduz ao uso vasio de uma pura terminologia tradicional destituída de qualquer conteúdo e valor scientífico (1).

É verdade que no sistema da enfiteuse no código italiano há elementos que deminuem o domínio do enfiteuta, como são a possibilidade da enfiteuse temporária, a obrigação de melhorar o prédio, e o direito de devolução na falta de pagamento de dois fóros consecutivos.

Mas também é certo que estes elementos não excluem nem invalidam o carácter jurídico do mesmo domínio, que se revela bem nos direitos de gôzo, disposição e remissão (*affrancazione*), conferidos ao enfiteuta pelos arts. 1561.º, 1562.º e 1564.º do mesmo código italiano.

E que pensar afinal do instituto da enfiteuse? Deverá condenar-se, como anacrónica reminiscência das antigas servidões feudais, ou, pelo menos, como obstáculo à livre circulação dos bens e causa da sua desvalorização? Ou deverá antes proteger-se como legítima manifestação da liberdade jurídica, e como elemento produtivo da actividade económica, em ordem ao apro-

(1) Ruggiero, I, pág. 589.

veitamento e melhoramento dos terrenos incultos, e ao desenvolvimento das edificações?

Pois que do carácter servil da enfiteuse medieval nada resta nos aforamentos modernos, e porque a enfiteuse ainda pode ser um processo de desenvolvimento económico, entendemos que o instituto deve ser mantido e convenientemente regulamentado. Somos até de parecer que a enfiteuse deve impôr-se obrigatòriamente aos proprietários de terrenos incultos ou próprios para construções, quando os não aproveitem devidamente.

E por isso entendemos também que deveria ser restabelecido o laudémio, para que o fôro possa ser razoàvelmente módico, afim de poder conciliar as pretensões dos proprietários e as possibilidades económicas dos foreiros.

Mas deve manter-se a proïbição da subenfiteuse, visto que o enfiteuta principal seria quási sempre uma espécie de intermediário parasita entre o proprietário e o subenfiteuta.

112. **Servidões.** — O nosso código define *servidão* no art. 2267.º: «é um encargo imposto em qualquer prédio, em *proveito* ou *serviço* de outro prédio pertencente a dono diferente; o prédio sujeito à servidão diz-se *serviente* e o que dela se utilisa *dominante*».

A definição legal de *servidão* foi copiada do projecto do código civil espanhol (art. 476.º), e é no fundo a mesma que se encontra nos códigos francês (art. 637.º) e italiano (art. 531.º): «obrigação ou encargo imposto sôbre um prédio, para *uso* ou *utilidade* de outro prédio pertencente a dono diferente».

Num sentido mais rigorosamente técnico a definiu o código argentino (art. 2971.º: «o *direito real* estabelecido para o possuidor de uma propriedade sôbre outra propriedade alheia para *utilidade da primeira*». Êste é o conceito romanista de Heineccio, seguido entre nós por Mello Freire e Lobão: *jus praedio inhaerens ipsius utilitatem respiciens, et alterius libertatem, seu jus diminuens* (1).

A relação jurídica da servidão pode, pois, definir-se ou pelo lado activo do direito que constitue, ou pelo lado passivo do *onus* ou limitação da propriedade em que ela se traduz.

Goyena, comentando o art. 476.º do projecto do código espanhol, dá preferência ao aspecto passivo da servidão: «Como la palabra *servidumbre* envuelve por si sola un concepto pasivo, al passo que la palabra *derecho* lo envuelve activo, hay más propriedad en definirla como carga ó gravámen».

Mas a maior parte dos autores modernos consideram defeituosa a definição passiva das servidões, porque a idea de *encargo* ou *obrigação*, traduzindo uma limitação imposta à liberdade, só se concebe recaindo sôbre as pessoas, mas não sôbre as cousas (2), o que levou Simoncelli a dizer que o conceito da servidão no código é explicado por uma metáfora (3).

Não consideramos a palavra *encargo* como sinónimo de *obrigação:* o encargo imposto em um prédio, ou *ónus real,* não é outra cousa senão uma limitação do direito de propriedade.

Mas, apesar disso, também consideramos defeituosa a definição do conceito da servidão, encarada apenas pelo seu lado passivo, porque, tratando-se duma relação jurídica de propriedade, é necessário defini-la nos seus dois aspectos, e principalmente pelo lado activo, tanto mais que na moderna doutrina civilista prevalece o conceito romanista da servidão como um *jus in re aliena.*

E assim a *servidão* deve definir-se: «*o direito real constituído sôbre um prédio (serviente) para utili-*

(1) Mello Freire, *Institutiones juris civilis lusitani*, § 1.º, lib. III, tit. XIII; Lobão, *Notas a Melo,* pág. 534.
(2) Dr. Teixeira de Abreu, *Das servidões,* pág. 22.
(3) Simoncelli, *Ist.,* pág. 173.

dade ou vantagem dum outro prédio (dominante) pertencente a diverso proprietário.

A essência das servidões reside na relação objectiva de dependência entre os dois prédios, relação que sendo elevada, quer pela lei, quer pela vontade dos proprietários, à categoria de relação jurídica, reveste a figura dum direito real; e, portanto, aquela qualidade, vantajosa para um, desvantajosa para outro, é inerente aos prédios e transmite-se com êles, conservando-se na sua existência independente da pessoa dos proprietários.

Mas é um exagêro, como justamente observa Ruggiero, a doutrina daqueles que, para acentuar esta independência, elevaram a relação objectiva a uma relação autónoma e subsistente por si mesma, e, personificando os prédios, pretenderam vêr no dominante o sujeito fictício, o titular do direito de servidão. Contra esta concepção, inútil e artificiosa, da personificação dos prédios está o facto, que da utilidade fornecida pelo prédio serviente se serve o possuïdor do prédio dominante, do mesmo modo que o encargo imposto sôbre o prédio serviente não pode conceber-se senão como uma restrição dos direitos do proprietário (1).

No conceito moderno a servidão é uma relação jurídica de carácter essencial e exclusivamente real: é apenas a relação de dependência ou de sujeição dum prédio a outro, e não a uma pessoa.

Foi inteiramente posta de parte a antiga distinção romanista das servidões em *reais* ou *prediais* e *pessoais;* as primeiras são aquelas em que um prédio serve a outro prédio — *res servit rei;* as segundas aquelas em que o prédio serve a pessoa — *res servit personæ* — e eram o *usofruto,* o *uso* e a *habitação* (2).

(1) Ruggiero, I, pág. 557 e 558.
(2) Contudo há ainda autores modernos e distintos, como Simoncelli, que adoptam a clássica distinção das servidões — Simoncelli, *Ist.,* pág. 176.

Mas quais são as utilidades ou serviços dum prédio, que podem formar o conteúdo das servidões?

O problema tem tido diversas soluções, e depende naturalmente do critério jurídico regulador das relações da liberdade com as limitações do direito de propriedade.

O pensar dominante em matéria de servidões, diz Simoncelli, constantemente pôsto em relêvo pelos jurisconsultos romanos, e inspirado por uma razão de ordem social, é que a propriedade não deve ser limitada de modo a tornar-se quási ilusória, privada de todo o conteúdo. A liberdade, tanto para as pessoas como para as cousas, deve ser sempre favorecida; a servidão deve conceber-se como limite, e reconhecer-se só quando a sua necessidade seja tal que exceda as vantagens da liberdade. O direito não pode abandonar à autonomia privada a constituïção dos direitos reais sôbre as cousas e a limitação da propriedade. Se o indivíduo alienar o seu prédio, diz Ihering, pode fazer mal, mas não faz mal senão a si mesmo; mas se constitue encargos sôbre as cousas, prejudica também outros, a sociedade, o Estado. A propriedade posta ao serviço de terceiros não dá a estes tudo aquilo que perde: é como tirar e perder um fragmento a uma obra de arte, por não se estar na necessidade de a alienar toda. O génio romano compreendeu isto admiràvelmente; e por isso as servidões foram os únicos encargos reconhecidos pelo antigo direito de Roma, mas eram limitadas de modo a não causar dano à propriedade. As pessoais eram passageiras; as prediais deviam satisfazer um interesse de natureza permanente, prestar uma utilidade ao prédio dominante, ao destino económico dêste. As outras servidões prediais, destinadas a um fim de recreio ou uma vantagem independente do destino económico do prédio dominante, não eram admitidas. Mais tarde foi porém abandonado o antigo rigor, alargando-se consideràvelmente a medida da necessidade, e admi-

tindo-se as mais variadas formas de sujeição da propriedade (1).

Mas ainda no tempo do seu mais largo desenvolvimento, as servidões admitidas conservaram sempre tipos determinados e fixos, correspondendo a necessidades em que o direito reconhecia uma justa causa de restrição da liberdade natural dos prédios, de modo que, além das categorias admitidas pela lei, não era lícito aos particulares estabelecer quaisquer outras.

É o que explica a razão porque o direito romano não chegou a formular uma idea abstracta da servidão, que pudesse pràticamente abranger um diverso conteúdo, conforme a vontade das partes (2).

O direito moderno, pelo contrário, partindo da idea de que toda a utilidade, não só a económica, mas também a de mero prazer espiritual ou voluptuário, pode ser objecto de servidão, formulou o conceito abstracto do *ónus*, imposto sôbre o prédio serviente para vantagem ou benefício do prédio dominante.

Não se definem tipos fixos e preestabelecidos de servidão, sendo por isso muito mais ampla a autonomia da vontade dos particulares, que podem estabelecer sôbre os seus prédios ou em benefício deles todas e quaisquer servidões, dentro dos limites da lei, o primeiro dos quais é naturalmente o da própria definição legal de servidão, e segundo o qual só serão admissíveis as servidões que se concretizarem num aumento de valor do prédio dominante.

Não é pois possível fazer-se, como se fazia no direito romano, uma enumeração completa das diferentes servidões. Entretanto, observa Ruggiero, a tradição e o acurado desenvolvimento, que teve cada uma das figuras de servidão nas obras dos clássicos e na doutrina romanista, permitem ao civilista tirar proveito, por um agru-

(1) Simoncelli, *Ist.*, pág. 173 e 174.
(2) Ruggiero, I, pág. 559; Ferrini, *Pandette*, pág. 484.

pamento sistemático, das categorias e classificações romanas, correspondentes substancialmente às servidões mais usuais do direito moderno. Não tem mais valor algum a fundamental distinção entre servidões *rústicas* e *urbanas*, cujo critério distintivo era na doutrina comum a natureza do prédio dominante, mas também segundo alguns a do prédio serviente, e ainda, segundo outros, devia procurar-se no carácter abstracto e específico das servidões, independentemente de serem em concreto constituídas em serviço de um terreno ou de um edifício.

Mas podem aproveitar-se para um quadro geral as categorias dos *jura itinerum*, *aquarum*, *parietum*, *luminum*, *stillicidiorum*, que abrangem, sem as exgotar, as principais e mais importantes servidões. Designadas ainda hoje, na sua maioria, pelo nome tradicional romano — tirado do serviço especial que um prédio presta a outro — as mais notáveis servidões romanas permanecem ainda hoje as mesmas que a jurisprudência romana elaborou: como tipos normais, mas não fixos, reproduzem substancialmente o mesmo conteúdo. São as necessidades de trânsito, de águas, de luz, de vistas, de apoio ou suporte entre os prédios, e outras semelhantes, que fizeram surgir antigamente e justificam ainda hoje certas figuras mais usuais, tais como: a *servidão de passagem*, para o trânsito pelo prédio alheio; a de *aqueduto*, para encanamento de água através de prédio alheio; a de *escoamento*, para lançar as águas supérfluas sôbre prédio alheio; a *servitus aquae haustus*, para ir buscar água a fonte alheia; *s. pecoris ad aquam adpulsus*, para levar o gado a beber em prédio alheio; *s. cloacae*, para lançar as águas sujas ou a própria cloaca em prédio alheio; *s. stillidii*, para lançar sôbre prédio alheio as águas pluviais do próprio tecto, quer gotejando pelo beiral (*stillicidium*), quer por encanamento (*flumen*); *s. oneris ferendi*, para apoiar o próprio edifício no alheio; *s. tigni immittendi*, para

introduzir traves ou barrotes na parede do visinho; *s. projiciendi*, para construír varanda, balcão ou sacada sôbre o prédio visinho; *s. ne luminibus officiatur*, para impedir que as obras do visinho diminuam a luz duma casa; *s. ne prospectus officiatur*, para que se não tirem as vistas ao próprio prédio; *s. luminum*, para abrir janelas na parede comum ou alheia, ou na própria sem observar as distâncias legais; *s. non aedificandi*, para impedir a faculdade de edificar no prédio visinho; *s. altius non tollendi*, para impedir que o visinho levante o seu prédio acima de certa altura; emfim toda a série de servidões, como *s. pascendi, calcis coquendae, arenae fodiendae, cretae eximendae, silvae caedendae*, para permitir em prédio alheio obras ou serviços para as necessidades dum prédio próprio, por exemplo, tirar minerais, lenha, hervas, mato, etc. (1).

Sintetizando as diferentes causas ou fins por que são admitidas as servidões, diz bem Simoncelli que são: *a*) a *utilidade* do prédio dominante; *b*) a *necessidade* de conciliar os interesses dos proprietários visinhos, que dá lugar às várias figuras de servidões legais (direito de visinhança); *c*) uma razão de *amenidade* (*amaenitatis causa*), mas sendo em todo o caso necessária uma relação de conexão do prédio serviente com outro prédio (2).

Esta idéia da necessária conexão com o interêsse dum prédio dominante resulta não só da definição legal das servidões, mas encontra-se expressa no art. 2268.º: «As servidões são inseparáveis dos prédios, a que, activa ou passivamente, pertencem».

Fixado o conceito restritivo da relação jurídica de *servidão*, que a reduz às relações de dependência económica entre dois prédios, é fácil resolver o problema das chamadas *servidões irregulares*.

(1) Ruggiero, I, pág. 560-562.
(2) Simoncelli, *Ist.*, pag. 186.

Assim se designam na terminologia tradicional aquelas relações, em virtude das quais um especial serviço ou uma particular utilidade dum prédio (que costuma formar o conteúdo das servidões prediais) é atribuída, com eficácia real, a uma determinada pessoa. Entendem alguns autores que aquilo que é o conteúdo próprio das servidões prediais pode também constituir um direito real em favor duma certa pessoa, independentemente da existência de um prédio pertencente a essa pessoa; quer dizer, pode constituir-se um direito real, por exemplo, de passagem, de uso de águas, de caça, de passeio, etc., sôbre um prédio, e sem conexão com qualquer outro prédio, criando-se assim, além das três figuras de servidões pessoais (usofruto, uso e habitação), tantas outras quantos os serviços ou utilidades, que um prédio pode prestar, e que a livre vontade do proprietário pode constituir como conteúdo dos *jura in re*.

Serão na verdade admissíveis tais servidões com o carácter de direitos reais?

A questão tem sido muito discutida, sobretudo na França e na Itália, onde alguns autores defendem a solução afirmativa, fundando-se nas disposições dos arts. 628.º e 476.º dos respectivos códigos, segundo os quais os direitos de usofruto, uso e habitação são regulados pelo respectivo título, sendo em regra simplesmente supletivas as disposições da lei. É a mesma regra do nosso art. 2201.º.

«Mas contra tal doutrina, diz Ruggiero, estão as razões da tutela da propriedade fundiária e (pelo menos para o nosso direito) os precedentes da compilação do código. Exigia a tutela da propriedade imobiliária, cujo livre e fácil comércio é condição essencial da prosperidade económica, que ela fôsse subtraída à possibilidade duma série infinita de sujeições, de encargos ou serviços, fóra dos casos de necessidade ou utilidade tendo um certo carácter de permanência, como acontece nas servi-

dões prediais; que os prédios não fossem vinculados para prestação de serviços de mero deleite; que a sua utilidade económica se dissipasse, fraccionando-a e distribuindo-a por diversos titulares. É explícito o testemunho dos trabalhos preparatórios; nos primeiros projectos existia um artigo, no qual (à semelhança do código albertino) se reconhecia ao proprietário a faculdade de conceder a outrem, independentemente de prédio dominante, direitos reais de gôzo como os das servidões; mas a comissão coordenadora deliberou a supressão dêsse artigo, com o fundamento de que o seu lugar próprio, a admitir-se, seria no direito das obrigações. É de concluir, portanto, que, além do usofruto, do uso e da habitação, não são admissíveis outros direitos reais tendo por conteúdo particulares serviços dum prédio, senão os constituídos nas servidões verdadeiras e próprias, a favor dum outro prédio. Qualquer outra utilidade atribuída a uma pessoa determinada só pode formar objecto duma relação obrigatória» (1).

Esta é também certamente a doutrina do nosso código. Qualquer dúvida a tal respeito deve desaparecer perante o modo como o nosso código concebeu e organizou a instituïção do registo predial. O art. 949.°, enumerando taxativamente as relações jurídicas prediais sujeitas à formalidade do registo, e o art. 951.°, determinando que os actos sujeitos a registo só produzem efeito para com terceiros depois do registo, mostram claramente que o encargo constituído em um prédio pelo seu proprietário só pode adquirir a natureza de direito real sendo devidamente registado. E, portanto, os direitos pessoais de gôzo dum prédio alheio, que não pertencerem a alguma das categorias mencionadas no art. 949.°, não podendo ser registados, não podem ser constituídos como direitos reais, e, ainda que vàlidamente constituídos, nunca passam de meras relações de obrigação.

(1) Ruggiero, I, pág. 555 e 556.

Firmado o princípio de que só há verdadeiramente servidão, como direito real, quando o *ónus* do prédio serviente é constituído em favor ou vantagem dum outro prédio (dominante), subsiste entretanto a dificuldade prática de precisar nos casos concretos o critério determinador do conceito objectivo e real da relação jurídica de servidão.

Para se reconhecer a importância e o alcance do problema, basta notar a divergência dos grandes autores sôbre alguns casos mais notáveis.

É assim que muito se tem discutido o carácter do encargo imposto num prédio em favor duma indústria ou comércio exercido em outro prédio, pronunciando-se o grande comentador do código francês, Laurent, pela doutrina de que tal encargo não é servidão, porque o interêsse do comércio e da indústria é um interêsse puramente pessoal do comerciante ou do industrial, e não um interêsse do prédio (1), e sustentando o emimente Demolombe a opinião contrária, com o fundamento de haver uma verdadeira servidão, sempre que numa propriedade se estabelece um serviço ou encargo destinado à exploração doutra propriedade (2).

Discutidos são também os casos de criar os frutos dum prédio na eira do vizinho e de fazer o vinho produzido num prédio no lagar dum outro. Em tais casos entende o Dr. Teixera de Abreu que não pode haver servidão, por faltar o carácter ou elemento essencial— a vantagem ou proveito dum prédio; porque o titular do direito recebe a vantagem *directamente* do prédio onorado, e não *por intermédio* do seu próprio. (3).

É a aplicação do critério de Demolombe, segundo o qual a relação de dependência económica é jurídica entre os dois prédios deve ser tal que não possa conceber-se

(1) Laurent, *Principes de droit civil français*, VII, pág. 174.
(2) Demolombe, *Code Napoléon*, XII, pág. 181 e 182.
(3) Dr. Teixeira de Abreu, *Das servidões*, I, pág. 57.

independentemente do prédio dominante, isto é, tal que êste seja condição do exercício do direito; é também o critério de Bianchi, segundo o qual a relação deve ser tal que o dono do prédio dominante só para êste, e *por intermédio* dêste, a possa exercer, isto é, que o prédio dominante seja *instrumento necessário* para o exercício da servidão, *meio de ligação* do direito de servidão com o dono ou possuïdor do mesmo prédio (1).

Nós entendemos que o único critério prático é o do aumento do valor que o encargo atribue ao prédio dominante, porque só êste se contém no conceito económico e jurídico das servidões, tal como se encontra formulado na definição legal. E por isso entendemos que em todos os casos referidos há verdadeira servidão, desde que, dadas as circunstâncias do prédio dominante, resulte para êste uma vantagem ou benefício efectivo.

Segundo êste critério, para decidir, em cada caso concreto de limitação ou encargo nos direitos de propriedade sôbre um certo prédio, se há ou não uma servidão, tudo se limita a ver: 1.° se há entre êste prédio e um outro de dono diferente uma relação de dependência económica e jurídica; 2.° se essa relação de dependência ou sujeição se traduz efectivamente numa valorização do prédio dominante, isto e, na existência dum valor do prédio dominante, que não existiria se não existisse aquela subordinação dos dois prédios, independentemente da qualidade das pessoas dos seus proprietários.

Tais são, com efeito, os dois elementos ou requesitos essenciais da servidão.

E assim é fácil de ver que não devem considerar-se servidões os casos, também muito discutidos, de proï-

(1) Bianchi, *Tratatto delle servitù*, pág. 149; Demolombe, XII, pág. 177 e seg.; mas é singular que Demolombe admite a servidão para o caso do fabrico do vinho no lagar do vizinho.

bição imposta ao proprietário vizinho de abrir no seu prédio um café, uma taberna, um prostíbulo, etc. (1)

As servidões são de várias espécies, e o nosso código, seguindo a doutrina comum, classifica-as sob três pontos de vista:

a) quanto à sua causa originária, ou constituïção, são *voluntárias, naturais*, ou *legais;*

b) quanto ao seu exercício, são *contínuas* ou *descontínuas;*

c) quanto à forma, são *aparentes* ou *não aparentes.*

A esta tríplice distinção acrescentam alguns autores uma quarta, fundada no diverso conteúdo do poder jurídico do titular do direito, que é positivo ou negativo, conforme consiste em praticar certos actos no prédio serviente, ou em impôr abstenções ao seu proprietário; e assim as servidões são *afirmativas*, se conferem o direito de usar de algum modo um prédio alheio (passagem, águas, vistas, etc.), e *negativas*, se teem por objecto impedir o proprietário de usar livremente o seu prédio (*s. altius non tollendi, non aedificandi*, etc.).

A primeira classificação encontra-se no art. 2271.°: «As servidões podem ser constituídas pelo facto do homem, ou pela natureza das cousas, ou pela lei».

Alguns códigos, porém, como o italiano (art. 532.°), e muitos autores só admitem, sob êste ponto de vista, duas espécies de servidões — as *voluntárias* e as *legais* — dizendo que as *naturais* se não distinguem das legais.

Foi principalmente Demolombe, seguido entre nós pelo Dr. Teixeira de Abreu, quem pôs em relêvo a distinção entre as servidões impostas pela lei e as que resultam da situação natural dos logares, acentuando que, emquanto estas são creadas mais ou menos arbitràriamente pelo legislador, aquelas apenas são por êle

(1) Dr. Teixeira de Abreu, pág. 61. Em sentido contrário — Laurent, VII, pág. 176; Pardessus, *Servitudes*, pág. 31.

reconhecidas como preexistentes, «et qu'elles sont écrites sur le sol tel que Dieu lui-même l'a fait» (1).

É certo que a distinção existe na realidade dos factos. Mas também é verdade que no sentido jurídico as chamadas servidões naturais são ao mesmo tempo servidões legais.

Outros códigos, como o brasileiro (art. 695.º-707.º), e a maior parte dos autores modernos, não admitem esta classificação, porque só admitem servidões constituídas por facto do homem, considerando as chamadas servidões legais como limitações impostas à propriedade no interesse das boas relações de visinhança.

O código trata das servidões naturais e legais na mesma secção abrangendo os arts. 2282.º a 2286.º, onde se regula pròpriamente só uma servidão, que é a de escoamento natural das águas dos prédios superiores para os inferiores (arts. 2282.º a 2285.º), determinando no art. 2286.º que todas as mais servidões, denominadas de interesse público ou de interesse particular, são verdadeiras restrições do direito de propriedade, e, como tais, reguladas no logar competente (2).

Dir-se-ia que dêste modo o sistema do código é quási o daqueles códigos e autores que só consideram como servidões pròpriamente ditas as que são constituídas por facto do homem.

Por outro lado, alguns autores, como Pardessus, admitem uma outra categoria de servidões, quanto à sua origem ou constituïção: são as constituídas por sentença do juiz, e por isso denominadas *judiciais* (3). A elas se refere o art. 2143.º: «Havendo divisão de prédios, que torne indispensáveis novas servidões, far-se-há delas a devida declaração»; e o código de processo (art. 740.º, § 5.º) regulou a forma de dar execução a

(1) Dr. Teixeira de Abreu, I, pág. 221 e 222.
(2) Cfr. supra, n.º 106.
(3) Pardessus, *Servitudes*, II, n. 273.

êste preceito, determinando que no mesmo processo de inventário em que se haja feito a partilha da herança, se fará a divisão e demarcação de quaisquer prédios, sendo necessário, e que os louvados no mesmo acto da demarcação devem designar as servidões que fôr indispensável criar em conseqüência da divisão.

Mas a categoria das servidões judiciais foi impugnada pela maior parte dos autores, com o fundamento de que o juiz não tem o poder de criar servidões, e só exerce a função de aplicar a lei, prevalecendo por isso na doutrina a explicação dada por Demolombe às chamadas servidões judiciais, consideradas como verdadeiros contractos, para os quais a lei exige a intervenção judiciária (1).

Mas a verdade é que a explicação do contrato judiciário é inútil e artificiosa; e as chamadas servidões judiciais devem antes considerar-se como servidões impostas pela lei (2).

Tomando por base o exercício das servidões e a sua fórma classifica-se o código no art. 2270.º:

«As servidões podem ser *contínuas* ou *descontínuas*, *aparentes* ou *não aparentes*.

§ 1.º *Contínuas* são aquelas cujo uso é, ou pode ser, incessante, independentemente de facto do homem.

§ 2.º *Descontínuas* são as que dependem de facto do homem.

§ 3.º *Aparentes* são as que se revelam por obras, ou sinais exteriores.

§ 4.º *Não aparentes* são as que não apresentam indício algum exterior.»

Esta classificação, adoptada por quási todos os códigos, tem grande importância, porque diversas são as normas reguladoras da constituïção, conservação e extinção das diferentes espécies de servidões:

(1) Demolombe, XII, n.º 732.
(2) Dr. Teixeira de Abreu, *Das servidões*, II, pág. 17 e 18.

a) só as *contínuas aparentes* podem adquirir-se por prescrição (art. 2273.º);

b) as acções possessórias não são aplicáveis às *descontínuas* nem às *contínuas não aparentes* (art. 490.º);

c) para a extinção pelo não uso, a prescrição corre, nas *descontínuas,* desde o dia em que se deixaram de usar, e nas *contínuas,* desde o dia da interrupção da servidão (art. 2279.º, n.º 2.º, e 2280.º).

O critério distintivo das contínuas e descontínuas é, pois, a permanência ou intermitência do seu exercício independentemente de um facto do homem, e não a continuidade ou descontinuidade da posse, que é conceito muito diverso, podendo haver posse contínua de servidão descontinua, ou posse descontínua de servidão contínua (arts. 474.º, § 2.º, e 522.º).

Assim, por exemplo, são *contínuas* as servidões de aqueduto, stilicídio, vistas, etc., porque o prédio dominante recebe do serviente o respectivo benefício sem o concurso da obra do homem, pelo correr natural da água pelo encanamento, pelo correr natural da água do beirado ou dos canos do telhado, pela luz ou vista da janela, etc. Pelo contrário, são *descontínuas* as servidões de passagem, de *aquae haustus,* de pastos, etc., porque para o seu exercício é necessário o acto de passar, de ir à fonte, de conduzir os animais, etc.

Do mesmo modo o critério distintivo das *aparentes* e *não aparentes* nada tem com a publicidade ou clandestinidade da sua posse, podendo haver posse pública em servidões não aparentes, como na *aquae haustus,* e posse clandestina em servidões aparentes, como na de passagem. O critério é o simples elemento material da existência ou ausência de sinais exteriores e visíveis, que segundo a natureza da servidão, podem encontrar-se no prédio dominante ou no serviente.

As relações entre as duas distinções são completamente independentes. Fundadas em critérios completamente diversos, em nenhum caso a categoria das contínuas ou descontínuas se confunde com a das aparentes ou não aparentes, ou vice-versa: êrro seria supor que a existência de sinais visíveis numa servidão descontínua (por exemplo uma porta ou uma ponte de acesso numa servidão de passagem) equivale a transforma-la em contínua. Cada servidão, conforme o concurso de um ou outro elemento, terá de cada categoria um ou outro carácter; e assim, combinando conjuntamente os dois critérios, todas se dividem em quatro classes:

a) *contínuas aparentes* (ex. aqueduto, vistas);

b) *contínuas não aparentes* (ex. *altius non tollendi, non aedificandi*);

c) *descontínuas aparentes* (ex. passagem com porta de accesso);

d) *descontínuas não aparentes* (ex. passagem simples, *aquae haustus*) (1).

A construção jurídica do instituto das servidões, elaborada pela doutrina romanista, traduz-se em seis regras ou princípios fundamentais, que são outros caracteres específicos da servidão.

a) *Servitus in faciendo consistere nequit:* o conteúdo da servidão não pode ser um *facere,* uma prestação pessoal do dono do prédio serviente.

A regra refere-se ao encargo, e não ao direito da servidão; e significa que a obrigação correspondente ao direito não pode consistir em um *dare* ou *facere,* como nos direitos pessoais de crédito, mas apenas em um *pati* ou um *non facere:* um *pati* quando ao titular do direito são conferidos certos poderes materiais sôbre o prédio, afim de servir-se dêle para benefício do prédio dominante; e um *non facere,* quando apenas tem o poder negativo de inibir o dono do prédio serviente de praticar nele certos actos que normalmente pertenceriam ao livre exercício do seu domínio.

(1) Ruggiero, I, pág. 571-573.

A regra tinha no direito romano um carácter tão absoluto, que a única excepção por ela admitida, a da *s. oneris ferendi*, foi causa de grande controvérsia entre os jurisconsultos clássicos. Nesta servidão o proprietário serviente tinha não só o dever de consentir sôbre o próprio muro ou coluna o apoio do prédio dominante, mas também o de reparar a mesma coluna ou muro, salvo o direito de se desobrigar pelo abandono. E os modernos romanistas, não considerando suficiente a explicação de Labeo — *non homo sed res hanc servitutem debet* — renovaram as mesmas disputas, sendo mais geralmente aceita a doutrina de Scialoja, que justifica a excepção pelo princípio de justiça que reprova o locupletamento à custa alheia, porque, se fôsse atribuído ao proprietário dominante o encargo da reparação, receberia o serviente um enriquecimento indevido (1).

Mas também esta explicação nos parece insuficiente, porque o enriquecimento à custa do proprietário dominante seria bem justificado pelo benefício por êste recebido da servidão.

A verdadeira explicação está em que o encargo de reparar o muro não é o próprio e característico da servidão, mas é um acessório ou elemento secundário.

De resto, o princípio romano foi acolhido pelo direito moderno, mas profundamente modificado: por um lado, ainda mais absoluto, porque não admite a excepção *oneris ferendi* (arts. 2328.º e seg.), a não ser que seja estipulado; mas, por outro lado, muito menos absoluto, porque as excepções admitidas por vontade do proprietário serviente podem dar-se em qualquer servidão (art. 2277.º).

Por isso entendem alguns autores que a regra romana não subsiste no direito moderno, ao qual não repugna uma servidão tendo por conteúdo um *facere*,

(1) Scialoja, *Sulla servitus oneris ferendi*, no *Archivio Giuridico*, XXVII, pág. 145 e seg.

como de resto noutras figuras de direitos reais pode existir o conteúdo de certas prestações pessoais devidas pelo proprietário do prédio ou por quem se encontra numa certa relação com a cousa (*onus reais, obligationes propter rem*). (1)

Mas isto significa apenas que ao constituir uma servidão podem as partes estipular os direitos e obrigações que lhes aprouver dentro dos limites da lei (art. 2275.º). E como, por definição da lei, é da essência da servidão que esta consista num encargo do prédio serviente, e não em uma obrigação pessoal do seu proprietário, qualquer estipulação acessória obrigando o proprietário serviente a um *facere*, será um elemento acessório da servidão, e não o seu próprio conteúdo.

b) *Nemini res sua servit.* Esta regra traduzida à letra seria um contrasenso, pois as cousas a quem principalmente servem é ao próprio dono. Ela significa apenas que no serviço que os prédios do mesmo proprietário se prestam reciprocamente não ha a figura jurídica da servidão; não traduz senão o requesito essencial de não pertencerem ao mesmo dono os prédios dominante e serviente. Tem portanto a regra uma função puramente negativa, no sentido de que o prédio serviente não deve pertencer ao titular da servidão, não sendo mesmo necessário que pertença a alguém, pois nada obsta à existência duma servidão sôbre um prédio *nullius* (2). Muitos autores entendem, porém, que não pode haver servidão sôbre prédio *nullius*, por ser da essência da relação jurídica que ela abranja dois prédios pertencentes a donos diferentes. Esta doutrina foi considerada indiscutível, em relação ao direito português, pelo Dr. Teixeira d'Abreu, com o fundamento de não haver prédios *nullius*, pois pertencem ao Estado todos

(1) Fadda e Bensa, em Windscheid, *Pandette*, I, pág. 581 e seg.
(2) Ruggiero, I, pág. 565.

os imóveis sem dono (1). Mas parece-nos preferível considerar os imóveis sem dono como pertencentes ao primeiro que os ocupar (art. 383.°), visto que nenhum texto de lei os declara propriedade do Estado.

A regra *nemini res sua servit* sofre porém duas modificações importantes: uma é que podem constituir-se servidões entre dois prédios, um dos quais pertença a vários comproprietários e o outro a algum dêles; a outra é a servidão aparente, que de facto exista entre dois prédios do mesmo dono e que por êle haja sido constituída de facto, a qual de direito se mantém com a separação do domínio—é o que se chama a servidão constituída *por destinação do pater-familias* (art. 2274.°).

Corolário lógico da regra é a extinção das servidões por *confusão*, reunião dos prédios dominante e serviente no domínio da mesma pessoa (art. 2279.°, n.° 1.°).

c) *As servidões são inseparáveis dos prédios a que pertencem, e por isso inalienáveis.* Esta regra é uma conseqüência necessária do próprio conceito da servidão, e a primeira parte foi expressamente consignada no art. 2268.°: «As servidões são inseparáveis dos prédios a que, activa ou passivamente, pertencem».

Pois que a servidão é destinada a satisfazer certas necessidades dum determinado prédio, a sua existência é condicionada pela existência das mesmas necessidades. Conseqüência lógica e necessária dêste princípio é que a servidão, assim como não concebível independentemente do prédio dominante, assim também não é alienável separadamente dêle.

Sendo a servidão um encargo ou restrição aos poderes do proprietário, a condição jurídica do prédio serviente seria agravada com a transferência do serviço a favor dum outro prédio, visto que tal transferência deve fazer presumir cessada a necessidade do anterior

(1) Dr. Teixeira d'Abreu, I, pág. 84 e seg.

prédio dominante, e tal cessação deve considerar-se causa de extinção do encargo (art. 2279.°, n.° 2.°). Inseparável do prédio dominante, como qualidade que lhe é inerente, ela não é portanto alienável senão conjuntamente com êle; qualquer outra transferência ou cessão não pode conceber-se senão como constituïção duma nova servidão, e exige o consentimento do dono do prédio serviente. (1)

d) *Servitus servitutis esse non potest.* Esta regra no direito romano apenas se encontra, e como proposição incidental, num texto de Paulo—o fr. 1 D. 33. 2: «Nec usus nec usus fructus itineris, actus, viae, aquaeductus legari potest, quia *servitus servitutis esse non potest*».

E muito discutido tem sido o valor e alcance desta máxima, que pelo direito romano clássico foi transmitida ao direito moderno.

Os autores modernos aceitam a tese de Perozzi e Scialoja, segundo os quais a regra assim formulada deve considerar-se falsa e resultante de êrro de escrita, sendo a expressão *servitus servitutis* antes *fructus servitutis*, como se lê no texto de Africano (D. 8. 3. 33. 1): *nullum praedium ipsum sibi servire neque servitutis fructus constitui potest.*

Assim modificada, a regra significa, no conceito geral, que a vantagem fornecida pela servidão não pode ser cedida a favor de outros prédios, e que não pode permitir-se a concessão do seu uso a favor de terceiros extranhos.

Mas entendida assim, ela confunde-se com a da inseparabilidade e inalienabilidade das servidões.

Por isso preferimos a interpretação de que a regra exprime a ideia de não se permitir que o conteúdo duma servidão sirva de base para a constituïção de uma

(1) Ruggiero, I, pàg. 566; Dr. Teixeira de Abreu, I, pág. 169-172.

nova servidão, como se, por exemplo, aquele que tem um direito de aqueduto concedesse sôbre êste a um terceiro o direito de *haustus*, porque esta segunda servidão seria constituída não sôbre um prédio, mas sôbre a precedente servidão.

Mas entendida nestes termos, a regra deve antes admitir-se na sua primitiva pureza do texto de Paulo, pois o que ela na verdade significa é que não é permitido constituir uma servidão sôbre outra servidão, sem o consentimento do dono do prédio serviente.

E por isso não é de admitir a doutrina daqueles que, como Ruggiero, entendem poder o titular do direito fazer participar terceiros na vantagem fornecida pela servidão, quando esta seja idónea para ser usufruída por várias pessoas, como, por exemplo, na *s. silvae caedendae*, em que o proprietário dominante pode fazer compartilhar um terceiro, cedendo-lhe a a faculdade de cortar lénha na mata (1).

e) *Servitutes dividi non possunt.* Esta regra também se encontra formulada no nosso art. 2269.°:

«*As servidões são indivisíveis:* se o prédio serviente fôr dividido entre vários donos, cada porção ficará sujeita à parte de servidão que lhe cabia; e se o prédio dominante fôr dividido, poderá cada consorte usar da servidão sem alteração nem mudança».

O conceito da indivisibilidade da servidão significa que esta, sendo uma qualidade vantajosa ou desvantajosa dos prédios, é considerada na sua unidade integral, sendo como tal inerente à totalidade de cada um dos prédios dominante e serviente, mas afectando êste último sòmente na parte em que efectivamente recai, e sendo por isso exagêro dizer-se, como diz Ruggiero, que a servidão afecta todas as singulares partes do prédio serviente. É claro, com efeito, que, por exemplo, as servidões de passagem e de aqueduto só afectam a parte do prédio serviente em que realmente estão estabelecidas; nesta parte do prédio é que a servidão é indivisível, porque afecta todas e cada uma das suas parcelas.

(1) Ruggiero, I, pág. 567.

Só com êste conceito se torna compreensível e admissível a segunda parte do art. 2269.°, que na sua letra parece admitir a *divisibilidade* da servidão por todas e cada uma das partes do prédio serviente; quando a verdade é que êle deve entender-se no sentido de que sendo dividido o prédio serviente, a servidão se mantém una e indivisível em cada uma das partes, mas sòmente nas que efectivamente estão sujeitas ao encargo.

E do mesmo modo, sendo dividido o prédio dominante, a última parte do art. 2269.° não significa que a servidão se divide pelas partes dos diversos proprietários, mas sim que a servidão se conserva integralmente em cada um dos prédios fraccionários.

Mas com o conceito da indivisibilidade da servidão, considerada como relação jurídica, não se deve confundir o da indivisibilidade do conteúdo económico da relação.

Sob êste aspecto a servidão é *divisível* ou *indivisível,* conforme a vantagem que ela fornece é ou não idónea para se repartir por diversos proprietários. A divisibilidade ou indivisibilidade objectiva da servidão é, pois, determinada pela natureza do seu conteúdo: é *divisível* o objecto da servidão quando consiste na apropriação ou utilização de produtos do prédio *(aquae haustus, s. silvæ caedendæ,* etc.); *indivisível* quando consiste no simples uso do prédio ou na proïbição de certos actos ao proprietário serviente (1).

f) *Omnes servitutes perpetuam causam habere*

(1) Dr. Teixeira d'Abreu, I, pág. 138 e seg.; Ruggiero, I, pág. 569; mas parece-nos um equívoco do eminente professor italiano incluir o aqueduto entre as divisíveis.

debent. Esta regra, que se encontra numa passagem de Paulo (D. 8. 2. 28), foi durante muito tempo admitida pelos romanistas, no sentido de que a *perpetua causa* significa uma necessidade duradoura do prédio dominante e uma correspondente aptidão do serviente para satisfazê-la.

Modernamente, porém, alguns dos mais autorizados romanistas sustentam que êste requesito tinha um significado muito diferente, e era restrito às servidões de águas, significando que estas não podiam constituir-se senão sôbre água perene, água viva, donde a consequência que o *aquae ductus* e o *aquae haustus* só podia constituir-se *ex capite, ex fonte* (1).

Qualquer que seja a interpretação da regra romana, o certo é que os códigos modernos a não reproduziram; e por isso alguns dos modernos civilistas dizem que de *perpetuidade* só se pode falar no sentido de que, ao contrário das chamadas servidões pessoais, as prediais não são por sua natureza temporárias, isto é, não se extinguem com o desaparecimento da pessoa do titular (2).

Entretanto alguns autores, como Ruggiero, ainda defendem o princípio da *perpetuidade da causa*, entendido em termos razoáveis, no sentido de que a durabilidade do serviço deve considerar-se como um requesito das servidões: «não obstante a ampla liberdade conferida aos proprietários de estabelecer as servidões que quiserem nos seus prédios, repugna à própria natureza das mesmas, e é contrária à utilidade geral de uma propriedade fundiária não excessivamente onerada uma necessidade passageira, que apenas traduza necessidades transitórias do actual possuïdor do prédio dominante, do mesmo modo que uma aptidão precária do prédio serviente para prestar o serviço» (1).

(1) Perozzi, *Perpetua causa nelle servitù prediali romane,* na *Rivista italiana per le scienze giuridiche,* XIV, pág. 175 e seg.; Bonfante, *Istituzioni di diritto romano,* pág. 285 e 286.

(2) Aubry et Rau, *Cours de droit civil.* III, pág. 115; Planiol, *Traité élémentaire de droit civil,* I, n.º 2888.

No sistema do nosso código é evidente que a *causa perpétua* não constitue elemento essencial da servidão, nem no sentido de que esta não possa ser estabelecida só por um certo período de tempo, nem no sentido de que ela tenha de corresponder a uma necessidade permanente, porque nenhuma disposição de lei impõe tais restrições.

Mas deve considerar-se a perpetuidade da causa como um requesito ou elemento natural da servidão, no sentido de que esta deve cessar ou extinguir-se desde que desapareça a necessidade do prédio dominante ou a possibilidade de o prédio serviente continuar a prestar o serviço.

Embora esta causa de extinção das servidões não seja consignada no art. 2279.º, ela encontra-se no art. 2313.º e no código de processo civil, que nos arts. 551.º e 554.º instituiu o processo especial de mudança ou *cessação* de servidão.

g) *Prædia vicina esse debent.* Também esta regra do direito romano se não encontra formulada no direito moderno, e por isso muitos autores a regeitam, porque confundem a *visinhança* com a *contiguidade.*

Ora a verdade é que, se os prédios podem deixar de ser contíguos, é necessário, porém, que se encontrem numa relação de distância tal que um possa prestar um serviço ao outro.

Se entre dois prédios distantes fôr convencionada pelos proprietários uma relação de servidão tal, que se mostre ser antes uma sujeição do prédio serviente à pessoa do proprietário dominante, tal relação deve considerar-se de carácter obrigatório, e não uma servidão pròpriamente dita.

(1) Ruggiero, I, pág. 570.

Os princípios fundamentais reguladores da existência das servidões referem-se à sua constituïção, exercício e extinção.

a) *Constituïção.* Como vimos, as servidões são voluntárias, naturais e legais. As naturais e legais não teem um modo especial de constituïção, a não ser as chamadas judiciais, que são constituídas pela respectiva sentença (arts. 2143.°, 2309.°, etc.); as outras são consideradas como existentes pela lei, desde que se verifiquem as condições de facto ou os presupostos declarados na mesma lei (arts. 440.°, 456.°, etc.).

As servidões voluntárias ou constituídas por facto do homem adquirem-se pelos diferentes modos declarados na lei, excepto as *contínuas não aparentes* e as *descontínuas*, aparentes ou não, que não podem adquirir-se por prescrição (arts. 2272.° e 2273.°). A razão fundamental porque todas as servidões, em que não concorra o duplo carácter da continuidade e da aparência, são insusceptíveis de ser constituídas por prescrição, está em evitar que uma simples situação precária resultante de actos de mera tolerância, praticados sem direito, mas por simples condescendência de boa visinhança, se transforme numa situação jurídica definitiva.

Também as servidões não aparentes, contínuas ou descontínuas, são insusceptíveis de ser constituídas pela chamada *destinação do pater famílias* (art. 2274.°).

Note-se também que nem todos os modos de adquirir direitos são de facto aplicáveis à constituïção das servidões; não o são, com efeito, a *ocupação*, a simples posse, o trabalho, e a gestão de negócios. (1)

Todos os modos de adquirir uma servidão voluntária se reduzem, portanto, a quatro: o contrato, o testamento, a prescrição e a destinação do pai de família.

(1) Dr. Teixeira de Abreu, II, pág. 14, que acrescenta ainda a sucessão legitima; mas parece-nos que por êste meio se adquirem também servidões nos termos do art. 2143.°.

b) *Exercício.* As muitas e variadas regras que a lei formula para regular o exercício das servidões e determinar os direitos e obrigações dos proprietários dos prédios dominante e serviente são inspiradas por dois princípios fundamentais: o elemento predominante para estabelecer o regime da relação é a livre vontade das partes; mas no conflito entre a causa da liberdade e a da sujeição, deve, na dúvida, prevalecer a primeira, como sendo a mais harmónica com o interêsse geral. Daí resulta: 1.° que os direitos e obrigações resultantes da servidão são determinados pelo título em primeiro logar (art. 2275.°), por ser nele que se encontra a declaração da vontade; 2.° o proprietário dominante tem o direito de praticar no prédio serviente todos os actos necessários para o exercício da servidão, contanto que a não altere ou torne mais onerosa (art. 2276.°); 3.° o dono do prédio serviente conserva o livre uso e disposição do seu prédio, contanto que não ofenda a servidão nele constituída (art. 2278.°); e se se tiver obrigado a fazer ou custear quaisquer obras para a servidão, poderá desobrigar-se abandonando o prédio serviente ao dono do prédio dominante (art. 2277.°).

c) *Extinção.* Dos vários modos de extinção das servidões uns são comuns às outras espécies de direitos (o decurso do tempo, a condição resolutiva, a resolução do direito do concedente, a renúncia), sendo estes regulados pelas regras gerais; outros são especiais das servidões, e estes são nos termos do art. 2279.°: a *confusão*, a *prescrição* pelo não uso, e a *renuncia* ou cedência do dono do prédio dominante. A renúncia, é, porém, como dissemos, um modo genérico. Em vez desta causa de extinção deveria antes o código mencionar a mudança no estado dos prédios, que torne desnecessário ou impossível o objecto da servidão (1).

(1) Ruggiero. I, pág. 582 e 583.

CAPÍTULO VII

DIREITO DE FAMÍLIA

SUMÁRIO:

113. — Conceito e conteúdo do direito de família. Família legítima e ilegítima.
114. — Filiação e parentesco.
115. — Contracto de casamento. Relações pessoais dos cônjuges.
116. — Relações patrimoniais. Convenções antenupciais e regimes de bens.
117. — Dissolução e interrupção da sociedade conjugal: divórcio e separação.
118. — Poder paternal.
119. — Tutela e curatela.
120. — Curatela dos ausentes.

113. **Conceito e conteúdo do direito de família. Família legítima e ilegítima.** — A instituïção da *família* é indiscutìvelmente, no conceito de toda a gente sensata, o agregado fundamental e a base mais sólida de toda a organização social. Êste princípio é tão axiomático, impõe-se por tal fórma à consciência universal, que nenhum espírito normal deixará de sentir e compreender como da boa organização da família depende essencialmente a vida da sociedade.

Tivesse a sociedade um meio certo e infalivel de criar e assegurar uma boa e perfeita organização da vida familiar, que desde logo teríamos definitivamente resolvidos todos os problemas fundamentais da ordem económica, moral, política e social. É que a instituïção da família é o laboratório mais perfeito de todos os sentimentos, ideas e qualidades próprias para fazer do indivíduo um ente verdadeiramente social, apto para cooperar na harmonia e na solidariedade humana, que são indispensáveis à conservação e aperfeiçoamento da vida colectiva.

É por isso que a ordem jurídica de todos os tempos, e de todos os povos, que pretendem um logar na marcha para a conquista da civilisação, se preocupou sempre com a melhor organização da sociedade familiar. E é um dos mais relevantes méritos da sistematização moderna do direito civil ter dado às relações jurídicas da vida familiar um regulamento orgânico, que a separa e distingue dos outros grupos de relações da vida civil.

Êsse conjunto de regras de ordem jurídica reguladora da constituïção e vida do agregado familiar é o que se chama o *direito de família*.

O conceito de *família* na ordem jurídica não coincide exactamente com os da ordem moral e económica ou política, que são mais restritos.

Na ordem moral a família abrange, em princípio, sòmente o conjunto de pessoas ligadas pelos laços resultantes do casamento. É a *família legítima*.

Na ordem económico-política ou social, é pròpriamente o conjunto das pessoas que sob a direcção dum chefe vivem na mesma casa.

Na ordem jurídica o agregado familiar tem uma extensão muito maior, pois abrange todas as pessoas ligadas pelos laços do *parentesco*, quer o parentesco provenha do casamento *(família legítima)*, quer provenha de simples filiação natural *(família ilegítima)*.

É certo que o direito de família abrange não só a família legítima, mas também a ilegítima, embora a a definição legal do casamento (art. 1056.º), mantida

no decreto do casamento civil (art. 1.° e 2.°), possa dar a entender que a família pròpriamente dita é a legìtimamente constituída pelo contracto de casamento.

Com efeito, não só o decreto n.° 2 de 25 de dezembro de 1910 trata principalmente de garantir a situação jurídica dos filhos ilegítimos, mas também o código civil já a regulava, e reconhece aos parentes ilegítimos um dos mais importantes direitos resultantes das relações de família, qual é o direito de sucessão (arts. 129.°, 1785.°, 1989.° e seg.).

É que a própria ordem moral seria profundamente ofendida se os parentes ilegítimos fossem pela lei votados ao ostracismo jurídico.

Comtudo a idea de que o direito de família abrange principalmente a família legítima revela-se no conteúdo que geralmente os códigos e os autores atribuem a êste capítulo do direito civil: a) *casamento;* b) *poder paternal;* c) *tutela* e *curatela.*

Alguns códigos, como o brasileiro, incluem também no direito de família o instituto da *ausência,* e com razão, porque êste instituto, tendo por fim regular a situaçao dos bens dos ausentes, é como a tutela e a curatela uma verdadeira instituïção pupilar, pois que, estando os ausentes de facto incapacitados de gerir o seu património, são equiparados aos menores e incapazes.

114. **Filiação e parentesco.** — Do conceito jurídico da família, abrangendo tanto a família legítima como a ilegitima, resulta, portanto, que os factos ou relações jurídicas fundamentais, que constituem a sua causa originária, são a filiação e o parentesco.

O código trata da filiação nos arts. 101.° e seg., e do parentesco nos arts. 1973.°-1977.°

Mas os arts. 101.° e seg., na parte relativa à filiação, foram substituídos pelo decreto n.° 2 de 25 de dezembro de 1910, a que se costuma dar o nome de *lei de protecção aos filhos,* e que conjuntamente com o decreto n.° 1 da mesma data, que aboliu o casamento católico e instituiu o casamento civil, é costume chamar *leis da família.*

No sistema do código mencionam-se quatro espécies de filhos:

a) *legítimos,* os nascidos de matrimónio legitimamente contraído, passados cento e oitenta dias depois da celebração dêle, ou dentro dos trezentos dias subsequentes à sua dissolução ou à separação dos cônjuges judicialmente decretada (art. 101.°), e ainda os nascidos fora daquêles prazos, se forem reconhecidos pelo marido, ou se se provar que são seus (arts. 102.° e 104.°);

b) *legitimados,* equiparados aos legítimos, e que são os nascidos de pai e mãe que não eram casados mas depois vieram a casar (arts. 119.° e 121.°);

c) *perfilhados,* os filhos ilegítimos reconhecidos voluntàriamente, pelo pai ou pela mãe, ou judicialmente pela acção de investigação da paternidade ou maternidade (arts.° 122.° e seg.);

d) *espúrios,* os que não podem ser perfilhados (art. 134.°), e que eram (art. 122.°):

1.° os *adulterinos,* filhos de pessoa casada, ao tempo da concepção, e de outra que não era o seu consorte;

2.° os *incestuosos,* ou filhos de irmão e irmã, ou de parentes por consanguinidade ou afinidade em qualquer gráu da linha recta.

O decreto de 1910 menciona apenas duas categorias, filhos *legítimos* e *perfilhados,* embora admita também as outras duas categorias; a dos filhos legitimados desaparece da terminologia do decreto, porque o art. 5.° determina que não só são equiparados aos legítimos, mas como tais se denominam; e a dos espúrios, porque, permitindo-se a perfilhação dos adulterinos, ficaram reduzidos aos incestuosos (art. 22.°).

Vê-se que afinal a classificação dos filhos é sempre a mesma: filhos *legítimos* e *ilegítimos* ou *naturais*, sendo êstes *perfilháveis* e não *perfilháveis* ou *espurios*. Os ilegítimos, cujos pais venham a casar, passam à categoria de legítimos, se forem reconhecidos ou obtiverem o reconhecimento judicial, pela acção competente (arts. 3.°, 34.° e 37.°); os outros ilegítimos, que forem reconhecidos voluntàriamente pelo pai ou pela mãe, ou judicialmente, pela acção competente, são os perfilhados; e só o não podem ser os incestuosos (art. 22.°), que por isso se denominam *não perfilháveis* (art. 50.°).

Mas a condição negativa de *incesto* não é suficiente para qualquer filho ilegítimo poder ser perfilhado, quer livremente, por vontade dos pais, quer judicialmente, pela acção competente.

É assim que, tratando-se de filhos adulterinos, o art. 23.°, § 1.°, não permite a perfilhação conjunta dos pais, emquanto não se dissolver o casamento, por fôrça do qual os mesmos pais estão inibidos de poder casar um com o outro; e a perfilhação que façam em separado tem de conservar-se secreta, em relação ao pai inábil, e não produz os seus efeitos senão quando cessar a inabilidade (art. 23.° e seg.).

Tratando-se de filhos livremente perfilháveis, para se obter sentença de perfilhação ou reconhecimento na investigação da paternidade, não é bastante fazer a prova da filiação, pois o art. 34.° só admite a acção nos cinco casos taxativamente nele enumerados:

1.° Havendo *escrito do pai*, em que expressamente declare a sua paternidade;

2.° Achando-se o filho em *posse de estado* nos termos do art. 18.°;

3.° No caso de *estupro violento* ou de *rapto*, coincidindo a época do facto criminoso com o período legal da concepção conforme o art. 1.°;

4.° No caso de *sedução* praticada com abuso de autoridade ou de confiança, ou com promessa de casamento, tendo-se dado a sedução no período legal da concepção;

5.° No caso de a mãe e o pretenso pai terem notòriamente *convivido como marido e mulher* no período legal da concepção.

E tratando-se de filho adulterino, tanto a acção de paternidade como a de maternidade só pode ser proposta depois de cessar a inabilidade matrimonial dos pais (art. 36.°).

De resto, a acção de maternidade é sempre permitida (art. 35.°), salvo, é claro, tratando-se de filhos incestuosos (art. 36.°).

A razão da diferença profunda que sempre existiu entre a investigação da paternidade e a da maternidade encontra-se bem expressa no velho aforisma — *mater semper certa, pater nunquam.*

Compreende-se por isso a repugnancia que os legisladores sempre tiveram pela acção de investigação da paternidade ilegítima, desde que a perfilhação dos filhos naturais tinha por conseqüência não só o direito a alimentos, mas também o direito ao nome e o direito de sucessão.

Daí as disposições proïbitivas, como a do código francês (art. 340.°), que só a permite no caso de rapto, e a do italiano (art. 189.°), só nos casos de rapto e de estupro violento.

O nosso código (art. 130.°), permitindo-a já nos três primeiros casos do decreto de 1910, realizou um grande progresso sôbre o sistema proïbitivo daqueles códigos. O art. 34.° daquele decreto não fez mais do que ampliar a disposição do art. 130.° do código, em harmonia com as reclamações desde há muito manifestadas na doutrina e na jurisprudência da França e da Itália; é na admirável obra de Cimbali *La nueva fase del diritto civile*, escrita há mais de um quarto de século, que se encontra a fonte do art. 34.°.

Esta doutrina só foi introduzida em França pela lei

de 16 de novembro de 1912, e na Itália ainda não conseguiu quebrar as resistências da opinião conservadora (1).

Os filhos ilegítimos de pais que venham depois a casar, e os não legitimem pelo reconhecimento voluntário, podem obter a sua legitimação judicial nas mesmas condições do art. 34.° (art. 3.°, § 2.°).

Para os filhos nascidos de matrimónio, ainda mesmo antes de decorridos cento e oitenta dias, estabelece a lei a presunção de legitimidade, que se traduz na máxima — *Pater is est quem nuptiae demonstrant* (art. 1.°-10.°).

Não admite o nosso direito a categoria dos filhos *adoptivos*, aliás admitida pela maior dos códigos.

A *adopção*, que teve grande importância no direito romano, pode definir-se: um acto jurídico (geralmente o contracto), destinado a estabelecer entre duas pessoas relações fictícias de paternidade e filiação. Mas as relações de família ficam restritas ao adoptado e ao adoptante: o filho adoptivo nem sai da sua família nem entra para a do adoptante.

Do facto natural ou fisiológico da filiação resultam os laços do *parentesco*, que o código não define, porque foi sempre uniformemente definido: a relação ou nexo existente entre as pessoas do mesmo sangue; ou seja,

(1) A disposição da lei francesa é:
«La paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée:
1.° Dans le cas d'enlèvement ou de viol, lorsque l'époque de l'enlèvement ou du viol se rapportera à celle de la conception;
2.° Dans le cas de séduction accomplie à l'aide de manœuvres dolosives, abus d'autorité, promesse de mariage ou fiançailles, et s'il existe un commencement de preuve par écrit, dans les termes de l'article 1347;
3.° Dans le cas ou il existe des lettres ou quelque autre écrit privé émanant du père prétendu et des quels il résulte un aveu non équivoque de paternité;
4.° Dans le cas ou le père prétendu et la mère ont vécu en état de concubinage notoire pendant la période légale de la conception;
5.° Dans le cas ou le père prétendu a pourvu ou participé à l'entretien et à l'éducation de l'enfant en qualité de père».

o vínculo ou laço que liga as pessoas descendentes dum tronco ou progenitor comum.

É intuitivo que sendo as relações de parentesco mais ou menos próximas, mais ou menos intensas, não podem ter igual valor nas relações jurídicas da família, sendo pois necessário fixar um critério positivo de medição ou apreciação.

O processo técnico para medir ou determinar o valor do parentesco é dado pelos conceitos de *grau* e *linha*.

O *gráu* é precisamente a unidade do parentesco, isto é, a relação mais íntima, mais próxima, entre dois parentes. E não pode, portanto, ser senão o parentesco que existe entre pai ou mãe e o filho; ou mais simplesmente: é *uma geração*. Uma série de gerações constitue uma *linha*.

É exactamente o que diz o art. 1973.°: «Cada geração forma um gráu, e a série dos gráus constitue o que se chama linha de parentesco».

Ora nas diferentes séries de gerações provenientes dum mesmo progenitor há duas espécies perfeitamente distinctas: a *linha recta*, constituída pelas pessoas que descendem directamente umas das outras, filho, neto, bisneto, trineto, etc.; e as outras linhas, que à semelhança dos ramos duma árvore se destácam do tronco, constituidas pelos parentes que, não descendendo directamente uns dos outros, proveem do mesmo tronco ou progenitor comum; e por isso cada uma dessas linhas se diz *transversal* ou *colateral* (art. 1974.°).

A linha *recta* diz-se *descendente* ou *ascendente*, conforme o sentido em que a consideramos, ou do progenitor para os seus descendentes, ou de qualquer descendente para os ascendentes (art. 1975.°).

Vê-se assim como é bem apropriada a designação de *arvore geneológica*, para exprimir todo o conjunto de linhas de parentesco de uma dada familia.

Figurada a árvore genealógica, é fácil proceder à

contagem dos gráus para se determinar a intensidade ou medir o valor do parentesco.

O código inspirando-se no sistema romano — *tot sunt gradus, quot generationes, dempto stipite* — formulou duas regras: uma para a linha recta (art. 1976.°), dizendo que os gráus se contam pelo número de gerações, excluindo o progenitor; e outra para a linha transversal (art. 1977.°), dizendo que se contam pelo número de gerações, subindo por uma das linhas ao tronco, e descendo pela outra, mas sem contar o progenitor.

Mas a verdade é que a regra de contagem, tomando por base as gerações, e assim deve ser, é uma só, e muito mais simples: *são tantos os gráus quantas as gerações.*

Se tomarmos por base, em vez das gerações, o número de parentes da linha cuja contagem se quer fazer, então é que seria necessário descontar um no número de parentes, precisamente porque numa dada linha de parentesco, as gerações são tantas quantos os parentes menos um.

Assim, por exemplo: entre tio e sobrinho a linha de parentesco é constituída por *quatro parentes* — o tio, o pai dêste, o pai do sobrinho, e o sobrinho — e nela há apenas *três gerações.* Tio e sobrinho estão, pois, em terceiro gráu.

Esta é a contagem por direito civil — *computatio civilis.*

A *cumputatio canonica* era a mesma para a linha recta, mas diferia na colateral; nesta distinguia a linha *igual* e a *desigual,* conforme os parentes eram ou não equidistantes do tronco comum; no primeiro caso a regra era «*quot gradibus personae cognatae distant a communi stipite, tot gradibus distant inter se*»; no segundo caso «*quot gradibus persona remotior distat a communi stipite, tot gradibus personae cognatae distant inter se*».

Assim, dois primos de direito são parentes em 4.° grau pela *computatio civilis,* e em 2.° pela *computatio canonica;* tio e sobrinho estão em 3.° grau por direito civil, e em 2.° por direito canónico.

Estes exemplos mostram bem a superioridade da *computatio civilis.*

Os principais direitos de família derivados do parentesco, mesmo de filiação ilegítima (art. 31.° do decreto, e 129.° e 175.° do código), são:

1.° o direito ao nome da família;
2.° o direito a alimentos;
3.° o direito de sucessão.

O direito a alimentos é reconhecido também aos filhos não perfilháveis, nos termos dos arts. 31.° e 52.° do decreto de 1910.

Da circunstância de ser o direito a alimentos, bem como no sistema do código o direito de sucessão, restricto ao 10.° grau de parentesco (art. 177.°, e 1969.°, n.° 5.°), poderia inferir-se que as relações jurídicas de família abrangem só os parentes até ao 10.° grau; e depois da redução do direito sucessório ao 6.° grau pelo decreto de 31 de outubro de 1910, poderia ainda entender-se que ao 6.° grau ficou limitado o reconhecimento legal do parentesco.

Alguns códigos fixam expressamente o limite do parentesco legal, como, por exemplo, o francês, que o fixa no duodécimo grau (art. 1151.°), e o italiano no décimo (art. 48.°). E êste limite já parece demasiadamente largo a alguns civilistas, como Simoncelli, para os quais o vínculo familiar deveria ser reconhecido pela lei só até ao ponto, além do qual se enfraquece ou perde a consciência da unidade da família (1).

Esta consideração é atendível para o efeito da limitação do direito sucessório, mas já o não é para outros

(1) Simoncelli, *Ist.,* pág. 446.

efeitos jurídicos, como o direito de alimentos e a composição dos conselhos de família.

E assim nos parece: que o direito a alimentos se mantém até ao 10.º grau, nos termos do art. 177.º do código, que evidentemente não foi revogado pelo decreto de 31 de outubro de 1910; e que a composição do conselho de família (art. 207.º), bem como a legitimidade dos parentes da mulher para requerer a interdição do marido por prodigalidade (art. 341.º), não teem limitação de grau de parentesco, pois que a lei a não estabelece.

Devemos, portanto, concluir que o nosso código consignou o sistema do direito romano, reconhecendo ilimitadamente o vinculo jurídico do parentesco.

O parentesco proveniente da filiação, chamado por isso por *consanguinidade*, é o parentesco propriamente dito.

Mas os costumes e as leis sancionam outra espécie de parentesco — a *afinidade* — que resulta do facto do casamento, e define-se: o vínculo existente entre cada um dos cônjuges e os parentes do outro.

Não é parentesco natural; é puramente civil, e por isso nele não ha propriamente graus nem linhas; mas costuma dizer-se, como no código italiano (art. 52.º), que «na linha e no grau em que alguem é parente de um dos esposos, é afim do outro cônjuge.

Entretanto a afinidade produz alguns efeitos jurídicos, como o *incesto* (art. 22.º do decreto sôbre os filhos), *impedimento* de casamento (art. 4.º do decreto sôbre casamento), composição do *conselho de família* (art. 207.º, § 2.º), etc.

Mas quando a lei se refere a parentes, sem especificar a espécie de parentesco, deve entender-se que se trata só do parentesco por consanguinidade, pois que só este é parentesco propriamente dito, e aquela interpretação resulta necessariamente de disposições fundamentais da lei, como, por exemplo, o art. 1073.º.

115. **Contracto de casamento. Relações pessoais dos cônjuges.** — A primeira noção ou idea fundamental que se impõe a todos os espíritos bem formados, sôbre a natureza do acto do *casamento*, é que êle é incontestavelmente o acto mais importante, mais grave e mais melindroso, que o homem pratica na vida.

Mas qual é a natureza jurídica do casamento?

É um acto ou um contracto? É um acto ou contracto puramente civil, ou tem caracter religioso? É um puro acto jurídico, ou é um sacramento, conforme o conceito da Egreja católica?

Para responder a estas perguntas importa em primeiro logar definir o casamento nos seus elementos essenciais.

Admiravel, por sua concisão e elevação, é a definição romana do *matrimónio — conjunctio maris et foeminae, consortium omnis vitae, divini atque humani juris communicatio.*

Matrimónio, ou *núpcias*, diz Coelho da Rocha, é a sociedade e união solene entre duas pessoas de diferente sexo, com o fim de procrearem e educarem os filhos ou ao menos de se socorrerem reciprocamente.

Casamento, dizem Colin e Capitant, é o contracto civil e solene pelo qual o homem e a mulher se unem com o fim de viver em comum e de se prestar mutuamente assistência e socorro sob a direcção do marido, chefe da casa (ménage) (1).

E o nosso código (art. 1056.º) formulou a seguinte definição, reproduzida no art. 1.º do decreto de 1910, apenas com a supressão da palavra perpétuo:

«O casamento é um contracto perpétuo feito entre duas pessoas de sexo diferente, com o fim de constituírem legitimamente a família».

Mas o referido decreto não repudiou o qualificativo

(1) Colin et Capitant, *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*, I, pág. 113.

de *perpétuo*, determinando no art. 2.º que o contracto se presume perpétuo, sem prejuízo da sua dissolução por divórcio, nos termos do decreto de 3 de novembro de 1910.

Vê-se que há no casamento dois elementos essenciais: um, o subjectivo ou pessoal, que se destaca em todos os conceitos do matrimónio—a *união íntima* do homem com a mulher; outro, o objectivo ou final, que, para uns, é a comunhão de toda a actividade humana ou vida em comum, para outros, a procreação e educação da prole, e para outros a constituïção legítima da família.

Todos estes fins são normalmente característicos do casamento; mas pode excepcionalmente deixar de haver vida em comum; e muitas vezes já não há nem pode haver descendência; mas há sempre a constituïção do grupo familiar, essencialmente formado pela associação do homem e da mulher para a realização dos seus fins éticos e sociais.

«Não é a procreação dos filhos, diz bem Filomusi Guelfi, o único fim do matrimónio, nem o mutável e caprichoso sentimento do amor, mas a realização da união mais perfeita entre o homem e a mulher em todas as diversas esferas, dentro das quais se completa a finalidade humana» (1).

A melhor definição é ainda a do nosso código civil. «Nada portanto de mutável e de transitório, diz

(1) Na mesma ordem de ideas observam Colin e Capitant: «Pour la même raison nous considérerions comme étant d'ordre purement sentimental et littéraire une définition qui ferait de l'*amour mutuel* une des obligations fondamentales des époux, l'une des fins essentielles du mariage. Singulière tentative que d'emprisonner l'amour dans une formule juridique! Certes, une attraction mutuelle entre pour breaucoup, il faut l'espérer du moins, dans la conclusion d'une grande quantité de mariages. Mais il y en a nombre d'autres où elle ne joue qu'un rôle secondaire. On se marie par amour; mais on se marie aussi par raison, par intérêt, par ambition, par reconnaissance. par devoir. Ces unions ont une valeur juridique et, parfois aussi acquièrent une dignité morale égales à celles des «mariages d'amour». *Ob. cit.*, pág. 113 e 114.

Simoncelli, no fim do matrimónio, que, destinado à constituïção, à educação e à conservação da família, deve necessàriamente ser perpétuo e imutável para desempenhar a sua função» (1).

Definido o casamento nos seus elementos essenciais, vê-se que não pode deixar de ser considerado como um verdadeiro contracto, pois é um acôrdo das vontades dos esposados para a constituïção duma sociedade particular *sui generis*, em que os dois associados assumem uma grande responsabilidade por um complexo sistema de direitos e obrigações, tanto pessoais como patrimoniais.

Á concepção contractual do casamento contrapõe-se o conceito da situação jurídica objectiva de um *estado* social ou civil regulamentado pela lei. É o conceito do acto colectivo de vontade unilateral, em oposição ao do contracto, que é acto de vontade bilateral (supra, n.º 89).

Ora se com aquela concepção do casamento *status* legal se pretende dizer que o casamento não é um contracto como os outros, que a vontade autónoma das partes não pode regular livremente os seus efeitos, decidir da sua dissolução, estabelecer modalidades particulares, como nos contractos relativos ao património, diz-se uma grande verdade, pois o casamento tem uma importância que excede infinitamente a das negociações correntes da vida jurídica. Mas nada disso é incompatível com a idéa de contracto; em todos os contractos a vontade humana tem por limite as barreiras do interêsse geral ou da ordem pública.

É necessário defender e manter o conceito contractual, que tem antes de mais nada a vantagem de repudiar a doutrina anárquica e dissolvente da dissolução do casamento por simples declaração da *vontade unilateral*. Sendo um contracto, não pode dissolver-se

(1) Simoncelli, *Ist.*, pág. 448.

por meio de um divórcio pronunciado pela vontade dum só dos esposos, pois esta facilidade de rompimento faria dêle um contracto *inferior* aos outros, que em regra só podem desfazer-se pelo *mútuo dissenso* ou vontade comum dos dois contraentes.

E pois que o casamento, sendo o acto de fundação da família legítima, interessa imediata e essencialmente à vida da sociedade, não podemos deixar de reconhecer e aceitar, como a única verdadeira na ordem jurídica, a doutrina do seu carácter puramente civil.

É claro que no ponto de vista da psicologia e da moral o casamento tem o caracter religioso das crenças e da fé de cada um.

Mas no ponto de vista do direito, dado o princípio político constitucional da liberdade de pensamento, e havendo de ser o casamento egual para todos os cidadãos, que podem ter e professar diversas crenças ou religiões, não pode deixar de ser considerado como um contracto exclusivamente civil.

A *teoria da sacramentalidade* do direito canónico não é admitida pelo direito moderno.

Na nossa qualidade de católico entendemos que o casamento é um contracto religioso e um sacramento.

Mas na nossa qualidade de cidadão e jurisconsulto não podemos deixar de entender que é um acto puramente jurídico.

Mas, apezar de ser contracto civil, a verdade é que toda a construção jurídica do instituto, na sua parte mais interessante e moralizadora, como a teoria dos impedimentos, das nulidades e do casamento nulo mas contratado em boa fé (casamento *putativo*), é obra do direito canónico da Egreja católica.

Por direito romano o matrimónio era considerado como uma instituïção absolutamente privada. Nenhuma forma era jurídicamente exigida para a validade do acto; e nem sempre se observavam, especialmente entre os pobres, os ritos e as festividades usuais. O que

jurídicamente constituia o matrimónio era a convivência do homem e da mulher com a *affectio maritalis;* era só pela *affectio* que a união matrimonial se diferenciava do concubinato. Se a afeição conjugal desaparecia de uma parte ou de outra, cessava *ipso facto* o vínculo matrimonial; o que significa, por direito romano, poder cada um dos conjuges sempre divorciar por sua exclusiva vontade (repudio), mesmo sem uma causa ou motivo objectivamente apreciável. O direito romano, em suma, queria que as uniões matrimoniais fossem inteiramente livres e expontâneas, não exigindo para a sua validade qualquer forma civil ou religiosa, e banindo absolutamente toda a coacção directa ou indirecta, tendente a fazer subsistir um matrimónio que não fôsse mais aprazível a ambas as partes — *matrimonia antiquitus libera esse placuit.*

O cristianismo, tendo a princípio acolhido as ideas romanas, bem depressa as combateu, transformando-as sucessivamente até por completo as substituir.

A primeira intervenção da Egreja foi de carácter social. Reconhecendo que a validade do matrimónio se baseava principalmente no consenso das partes, a Egreja tratou de solenisar a sua conclusão com a benção nupcial; e procurando depois acentuar a sua influência, estabeleceu no concílio de Trento que o matrimónio não pudesse ser validamente celebrado senão perante o próprio páraco de um dos esposos e perante duas ou tres testemunhas.

Paralelamente com esta transformação do acto privado em acto público e solene, outra modificação conseguiu a Egreja introduzir na própria essência do instituto: a transformação do acto puramente leigo ou civil em acto essencialmente religioso ou sacramento, por obra dos canonistas dos séculos XI e XII.

Mas as dissidências no seio da própria Egreja e a luta do Estado pelo predomínio na ordem civil tiraram ao direito canónico a competência exclusiva para regular

o casamento. A reforma protestante negou o carácter sacramental do matrimónio restituindo-lhe a sua primitiva índole consensual; e o Estado, reconquistando o seu antigo poder político chamou a si o direito de estabelecer as formas do matrimónio e regular a matéria dos impedimentos. Desencadeou-se assim a luta pelo *casamento civil*, que em quasi toda a parte acabou pelo triunfo do poder do Estado (1).

Entre nós travou-se acalorada polémica entre os partidários do casamento católico e do registo civil, sobretudo por ocasião da discussão parlamentar do código, adoptando-se afinal a solução conciliatória do art. 1057.°:

«Os católicos celebrarão os casamentos pela fórma estabelecida na Igreja católica. Os que não professarem a religião católica celebrarão o casamento perante o oficial do registo civil, com as condições e pela fórma estabelecida na lei civil».

E assim: nos arts. 1058.°-1068.° consignaram-se disposições comuns a ambas as espécies de casamento; nos arts. 1069-1071.° as disposições especiais relativas ao casamento católico; e nos arts 1072.°-1082.° as disposições especiais relativas ao casamento civil.

Mas os partidários do registo civil obrigatório não desistiram das suas revindicacões, até que o decreto n.° 1 de 25 de dezembro de 1910 firmou no art. 2.° o princípio de que o casamento é um contracto puramente civil, e determinou no art. 3.°:

«Todos os portugueses celebrarão o casamento

(1) Há ainda alguns países, como a Grécia, a Sérvia, a Turquia, onde só existe o casamento religioso; mas em quási todos existe o casamento civil ou como sendo o único com fôrça legal (França, Bélgica, Suíça, Alemanha, Hungria, Holanda, Brasil e quási todos os países da América do Sul), ou simultàneamente com o casamento religioso (Inglaterra, Espanha, Austria, Dinamarca, Suécia, Noruega, Estados-Unidos), sendo em alguns países facultativa a escolha, e em outros o casamento civil só para as pessoas não pertencentes à religião dominante — Colin e Capitant, I, pág. 118; Pacchioni, *Elementi*, pág. 478-480.

perante o respectivo oficial do registo civil, com as condições e pela fórma estabelecidas na lei civil, e só êsse é válido».

Mas para assegurar completamente o princípio da obrigatoriedade do registo civil não era suficiente o preceito do art. 3.°, que só ao casamento civil reconhece efeitos jurídicos.

Dado o princípio da liberdade religiosa, a ninguém pode ser proïbida a celebração do seu casamento pela forma do rito da sua religião.

Mas se fôsse livremente permitido o casamento católico, mesmo antes de celebrado o casamento civil, aconteceria muitas vezes que os esposos se contentariam com as formalidades da Egreja, tanto mais que no pensar, ou antes no preconceito, de muitos católicos o casamento civil não passa de simples registo, e só a administração do sacramento confere verdadeiramente o estado de casados.

E assim se formariam muitas uniões que, tendo a pretensão, e até mesmo a crença, de serem legítimas, não passavam afinal juridicamente de situações de mancebia.

Para evitar estas situações ilegais e inconvenientes, é pois necessário estabelecer obrigatòriamente a precedência do casamento civil ao religioso, de modo que êste só possa celebrar-se depois daquele.

Foi por isso que o código do registo civil, constante do decreto de 18 de fevereiro de 1911 (art. 312.°-315.°), determina que nenhum casamento religioso se possa celebrar sem a apresentação do documento (certidão ou boletim) comprovativo de ter sido já celebrado o casamento civil, e estabelece penalidades (multa e prisão) aplicáveis ao celebrante e interessados responsáveis no acto (1).

(1) Nalguns países, como na Itália, é obrigatório o casamento civil, mas não é obrigatória a precedência; tem por isso acontecido muitas vezes que nubentes católicos deixam depois de fazer o casa-

Sendo o casamento um contracto solene, tem de satisfazer aos quatro requesitos essenciais: a) *capacidade*; b) *consenso;* c) *objecto;* d) *forma externa.*

a) *Capacidade.* A capacidade matrimonial é regulada no capítulo II do decreto do casamento civil, sob a epígrafe *Dos impedimentos do casamento* (1).

Sendo a capacidade a regra geral em toda a actividade jurídica, a sua determinação concreta só pode fazer-se pela determinação das causas de incapacidade.

E assim os arts. 4.º-10.º determinam as pessoas inibidas de contraír casamento.

Confrontando esses artigos com os arts. 11.º-17.º, vê-se que o legislador adoptou a classificação tripartita das condições de capacidade matrimonial apresentada por Filomusi Guelfi: 1.º condições cuja falta importa a *inexistência* ou *nulidade absoluta* do casamento (art. 4.º, 11.º e 12.º); 2.º condições cuja falta importa apenas a *anulabilidade* ou *nulidade relativa* (arts. 5.º, 7.º, 13.º, 14.º e 15.º); 3.º condições cuja falta não importa nulidade, mas apenas sujeita os contraventores a certas sanções penais (arts. 8.º, 9.º, 10.º e 17.º).

E assim as respectivas incapacidades podem qualificar-se de *absolutas, relativas,* e *simples proïbições,* correspondendo as duas primeiras classes aos impedimentos *dirimentes* do direito canónico, e a última aos *impedientes.*

As incapacidades absolutas (art. 4.º) são:

1.ª O *parentesco,* mesmo por afinidade, na linha recta;

2.ª O *parentesco* consanguíneo, legítimo ou ilegítimo, do segundo grau na linha colateral (irmãos);

mento civil, não ficando assim legalmente casados. Vários projectos de lei teem sido apresentados para dar remédio a êste mal, mas nenhum ainda foi convertido em lei. Pacchioni, pág. 481.

(1) Não é, pois, procedente a crítica daqueles que rejeitam esta terminclogia com o simples fundamento de ser derivada do direito canónico.

3.ª A *menoridade* de dezoito anos para o homem, e de dezasseis para a mulher;

4.ª A *demência,* e qualquer *doença* incurável que importe aberração sexual, tendo sido causa de divórcio de qualquer dos nubentes;

5.ª A *condenação* dos dois nubentes como autores ou cúmplices do homicídio do cônjuge de qualquer deles;

6.ª O *estado* de casado.

Resumindo pode dizer-se que são cinco: *incesto, menoridade, doença grave, condenação criminal* e *estado de casado.*

Ainda, sob a forma positiva ou directa, podemos dizer que as condições essenciais de capacidade matrimonial são quatro:

1.ª Puberdade ou nubilidade;

2.ª Ausência de parentesco causa de incesto;

3.ª Sanidade mental, física e moral;

4.ª Estado de solteiro, viúvo ou divorciado.

Todas as condições de capacidade consignadas na lei se justificam mais ou menos, ou por motivos de ordem fisiológica, ou razões de ordem moral.

É discutível se a afinidade deveria cessar quando o cônjuge viúvo ou divorciado passasse a segundas núpcias (1), e se deveria também ser impedimento na linha colateral, como acontece nos códigos francês e italiano.

O n.º 2.º do art. 4.º está mal redigido, contrapondo irmãos ilegítimos a germanos, consanguíneos e uterinos, pois que de todas estas categorias também podem ser os ilegítimos.

Também é discutivel o preceito do n.º 3.º, que substituiu a nubilidade canónica, que era a puberdade romana — quatorze anos para o homem e doze para a mulher.

(1) O decreto n.º 4174, de 26 de abril de 1918, estabeleceu no art. 4.º: «Quando por falecimento do cônjuge binubo, o outro cônjuge haja contraído novas núpcias, cessa a afinidade entre este e os descendentes do primeiro matrimónio do cônjuge falecido». Mas esta disposição foi revogada pelo decreto n.º 5644, de 10 de maio de 1919.

O n.º 4.º está mal redigido: na primeira parte, porque só há interditos por demência, sendo esta verificada por sentença; e na segunda, porque, querendo ou devendo reproduzir o n.º 10.º do art. 4.º do decreto de 3 de novembro de 1910, não o fez, ficando, portanto, com um conteúdo e alcance diversos.

O n.º 5.º contem doutrina inaceitável, porque não devia exigir a condenação do cônjuge, pois devia ser suficiente a dos autores ou cúmplices.

Para evitar conluios imorais, deveria ter-se acrescentado outro número, assim concebido:

«7.º Os divorciados um com o outro, quando algum dêles tivesse casado com outra pessoa depois do seu divórcio e de novo divorciado, ou concorrido para o homicídio do seu cônjuge».

As incapacidades relativas (art. 5.º e 7.º) são duas:

1.ª A *menoridade* de vinte e um anos para os não emancipados, enquanto não tiverem o necessário consentimento, nos termos do art. 6.º;

2.ª A *interdição* por surdo-mutismo ou prodigalidade, enquanto o interdito não tiver o necessário consentimento.

As simples proïbições, ou impedimentos impedientes (art. 8.º, 9.º e 10.º) são três:

1.ª O parentesco no terceiro grau da linha colateral, salva a dispensa ou autorização que pode ser concedida pelo ministério da Justiça, ocorrendo motivos ponderosos, como vantagem para os filhos de matrimónio anterior ou para os pais dos nubentes, terminação de pleitos e dissensões de famílias, encobrimento ou cessação de escandalo no seio da família, etc. (código do registo civil, art. 183.º e 184.º);

2.ª A proïbição de o tutor ou curador e algum de seus decendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos casar com o pupilo, antes de passar um ano sôbre a cessação da tutela ou curatela, e de estarem aprovadas as respectivas contas;

3.ª A de o viúvo ou divorciado casar antes de decorrido o prazo de um ano, para a mulher, ou de meio ano para o homem, sôbre a dissolução, por morte ou por divórcio, do casamento anterior, salvo tendo o divórcio sido por mútuo consentimento, por abandono do lar, ausencia ou separação de facto (art. 55.º, § 1.º do decreto do divórcio).

A primeira proïbição, fundada em razões fisiológicas, como o incesto, ou devia ser incapacidade absoluta, ou devia a dispensa pertencer apenas ao conselho de família, mas nunca ao govêrno, por motivos que são de pura intuïção.

As outras duas proïbições justificam-se por motivos de moralidade, e a segunda também pela necessidade de garantir a liberdade dos pupilos.

b) Consenso. O consentimento dos esposos, ou seja a sua manifestação de vontade declarando o seu propósito de contrair matrimónio, é condição essencial da validade do casamento.

Mas quando e como deve ser prestado o consentimento?

O art. 24.º determina que só pode ser prestado irrevogàvelmente no próprio acto da celebração do casamento.

Mas não é necessário ser prestado pessoalmente, pois o art. 25.º permite que o seja por procurador, contanto que a procuração seja especial e contenha expressa designação da pessoa com quem o casamento há de ser contraído.

O artigo 24.º do decreto, copiando o art. 1067.º do código, diz:

«São, portanto, nulos os contratos em que as partes se obrigam, para o futuro, debaixo do titulo de esponsais, desposórios ou qualquer outro, a contrair casamento, quer haja quer não estipulação, de clausulas penais».

«§ único. A disposição dêste artigo não obsta, con-

tudo, a que a pessoa que, sob promessa de casamento, recebeu nesse intuito quaisquer donativos ou autorizou alguma despesa, seja obrigada à restituïção daqueles, ou à indemnização desta, se lhe fôr exigida».

A nulidade do contracto esponsalício, como conseqüência necessária do princípio da prestação irrevogável do consentimento no próprio acto do casamento, não se impõe com um corolário lógico de tal princípio. Bem podia admitir-se a validade dos esponsais, sem que por isso ficasse ofendido o mesmo princípio. E tanto assim que o princípio já vigorava no nosso antigo direito, sendo ao mesmo tempo admitido o contracto esponsalício, que, como qualquer outro contracto promessa, não obrigava à celebração do casamento prometido, mas apenas à indenização de perdas e danos por falta de cumprimento.

Do preceito da prestação do consentimento no próprio momento da celebração do acto o que deveria concluir-se lògicamente era o carácter pessoal do casamento, incompatível com a representação por procurador, consignada no art. 25.° do decreto, também copiado do art. 1068.° do código, onde a disposição foi inserida por influência do direito canónico.

O código francês foi mais coerente, não admitindo o casamento por procurador, e com razão, porque a liberdade do casamento deve ser absolutamente integra e os esposados podem mudar de opinião até ao último instante (1).

Entre nós teem-se entendido, como conseqüência necessária da nulidade dos esponsais, que em nenhuma responsabilidade por perdas e danos pode incorrer o esposado que faltou a uma promessa de casamento.

Mas é preciso não confundir a responsabilidade civil contractual, pelo não cumprimento do contracto

(1) Colin e Capitant, I, pag. 127.

esponsalício, com a responsabilidade delitual pelo rompimento injustificado de uma promessa de casamento, com ofensa da personalidade, o que muitas vezes sucede com o bom nome e reputação da prometida.

Ora a responsabilidade delitual não pode deixar de se admitir, em face dos arts. 2361.°, 2383.° e 2389.°

Devendo ser o casamento um acto inteiramente livre e expontâneo, é intuïtivo que à falta absoluta do consentimento devem equiparar-se, ou quási, os vícios graves ou essenciais do consentimento, como o êrro e a coacção.

Por isso o art. 18.° do decreto declarou anulável o casamento àcêrca do qual se prove que o respectivo consentimento foi prestado por êrro ou coacção.

Mas, porque o casamento é um contracto de natureza muito especial, não convinha subordiná-lo às regras gerais sôbre o êrro e a coacção, consignadas no código (art. 656.° e seg.).

E assim o êrro e a coacção foram especialmente definidos nos arts. 20.° e 21.°:

«Art. 20.° Para os efeitos do art. 18.° o êrro do consentimento só pode recaír sôbre a pessoa com quem se realisa o casamento, e terá, cumulativa ou separadamente, os seguintes fundamentos:

1.° A ignorância do seu estado;

2.° A ignorância de crime inafiançav prescrito, cometido por êle antes do casamento;

3.° A ignorância de defeito físico irremediavel e anterior, como a impotência, e qualquer moléstia incurável e transmissível por contágio ou herança».

«Art. 21.° Para os efeitos do art. 18.° a coacção consiste na ameaça de um perigo grave e eminente para a vida ou para a honra do coacto ou de qualquer dos seus parentes por consangüinidade em linha recta ou até o quarto grau da linha transversal».

O que deve entender-se pela palavra *estado* do n.° 1.° do art. 20.°?

Tem-se entendido, com o fundamento de ter sido fonte do decreto a lei brasileira anterior ao código civil, e de ser injustificável admitir-se a anulação do casamento simplesmente por um dos cônjuges ignorar qualquer situação natural ou social do outro, que a palavra *estado* naquele artigo quer dizer o *estado civil*, isto é, a situação de pai ou filho, solteiro, viúvo ou divorciado, capaz ou incapaz.

Parece-nos inaceitável esta interpretação, que nem no Brasil era uniforme, sendo por isso que o código brasileiro (art. 219.°) substituiu a disposição da lei anterior por esta: «Considera-se êrro essencial sôbre a pessoa do outro cônjuge: I. O que diz respeito à identidade do outro cônjuge, sua honra e boa fama, sendo êsse êrro tal, que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado».

E se o nosso legislador quizesse atribuir à palavra *estado* a significação de *estado civil*, tão expressiva e tão usada entre nós, muito especialmente pelo legislador de 1910 (código do registo civil, art. 3.°), certamente o teria dito.

A ignorância do *estado* do outro cônjuge deve antes entender-se, em harmonia com a teoria do êrro adoptada pelo código civil, no sentido de ignorância de *estado natural, moral* ou social, de tal modo grave e defeituoso, que, sendo conhecido, determinaria o outro esposado a não contrair o casamento.

Para se reconhecer a lógica desta doutrina será suficiente o caso de o marido verificar em seguida ao casamento que a mulher se encontrava em estado de gravidez sem com ela ter tido relações.

Se há caso tipo de procedência do êrro como causa de anulação, é precisamente êste.

Ora, com a interpretação do *estado civil*, êste caso não ficaria abrangido na disposição do art. 20.°.

Note-se finalmente que o consentimento dos esposos também pode faltar absolutamente, ou ser essencialmente viciado por causa de algum acesso de delírio, embriaguês ou outra semelhante, dando logar à nulidade, no primeiro caso, e à anulação, no segundo, em harmonia com os preceitos dos arts. 353.° e 354.° do código civil.

No casamento dos incapazes relativamente (art. 5.° e 7.°), além do consentimento dos esposados, é necessário o dos seus representantes ou o seu suprimento pela forma legal.

O art. 182.° do código do registo civil, determinando os modos de prestação dêste consentimento, diz no n.° 1.°: «No próprio acto de casamento, verbal e directamente, ou por intermédio de procurador com poderes especiais».

Por outro lado, o art. 14.° do decreto do casamento, dizendo que a anulação, por falta de consentimento dos representantes dos incapazes, só pode ser pedida pelo próprio incapaz, ou pelo representante *que não tenha assistido* ao casamento, parece dar a entender que a *assistência* equivale à prestação do consentimento.

Mas esta conclusão é mal fundada, não tanto por virtude do art. 182.° do código do registo civil, que não teria a fôrça de revogar o art. 14.° do decreto, mas por fôrça do mesmo art. 14.°, que reconhece ao incapaz o direito de pedir a anulação ainda que o seu representante tenha assistido ao acto, e assim nêle consentido tácitamente.

O representante que assistiu é que não poderá pedir a anulação, apezar do disposto no art. 182.° do código do registo civil; para êle a assistência é consentimento.

c) *Objecto e causa.* O objecto do contracto de casamento é, como vimos, a união de duas pessoas de sexo diferente; a sua *causa* ou fim é a vida em comum —o *consortium omnis vitae* dos romanos—; é, numa palavra, a constituïção da família legítima.

É êste um dos contractos em que na realidade dos factos a causa se integra no objecto, embora com êle se não confunda.

Ora, sendo o objecto e a causa lícita elementos

essenciais dos contractos, se fôr celebrado um casamento entre duas pessoas do mesmo sexo, tal contracto é juridicamente inexistente, ou absolutamente nulo.

d) *Forma.* Sendo o casamento um acto solene, por excelência, as condições da forma externa assumem o carácter de elementos essenciais; são *ad substantiam vel solemnitatem*, e não simplesmente *ad probationem*. E como, perante a lei do Estado, é acto puramente civil, só é válido o que fôr celebrado pela forma instituída no código do registo civil e na lei de 10 de julho de 1912, que lhe introduziu muitas alterações.

O processo, ou série de formalidades da celebração do casamento, compõe-se de quatro partes:

1.ª declaração do projectado casamento, assinada por ambos os contraentes e apresentada ao competente oficial do registo civil, que é o do concelho ou bairro do domicílio ou residência de qualquer dos nubentes, contendo as indicações necessárias para identificar os mesmos nubentes e seus pais, a designação da pessoa que prestou ou haja de prestar o consentimento, e a menção de casamento anterior, se algum dos contraentes fôr viúvo ou divorciado, sendo a declaração acompanhada dos documentos mencionados no art. 189.º do código do registo civil;

2.ª publicação do projectado casamento, por meio da afixação, à porta da repartição durante o prazo mínimo de dez dias de maneira a abranger dois domingos, de um edital extraído daquela declaração e documentos, convidando as pessoas que souberem de algum impedimento a virem declara-lo à repartição no prazo de três dias (art. 19.º); se os nubentes tiverem escolhido outra repartição para a celebração do casamento, o que foi permitido pela referida lei de 10 de julho de 1912 (art. 24.º), ou se a repartição não é a do domicílio de ambos os contraentes (cód. reg. civ., art. 192.º), será mandada cópia do edital para se afixar também à porta das respectivas repartições;

3.ª celebração pública e solene do acto do casamento, na respectiva repartição (cód. reg. civ., art. 214.º), ou na casa da parte que o requeira, o que foi permitido pela lei de 10 de julho de 1912 (art. 32.º), com a intervenção do oficial, das pessoas directamente interessadas no acto, e das testemunhas, que deviam ser quatro, segundo o código (art. 216.º), mas podem ser só duas, e estrangeiras, segundo a lei de 1912 (arts. 31.º e 42.º); o dia do casamento é o escolhido pelos nubentes, mas segundo aquela lei (art. 25.º) deve ser dentro de noventa dias a contar do prazo dos editais, sob pena de novas publicações. A celebração do acto (cód. reg. civ., art. 220.º) começa pela leitura do processo (declaração e documentos) omitindo as filiações, reconhecimentos e legitimações; segue-se a leitura dos arts. 1.º, 3.º, 38.º e 39.º do decreto do casamento, e depois a interpelação às pessoas presentes para declararem qualquer impedimento; não se acusando impedimento algum, o oficial, depois de perguntar aos nubentes, primeiro à mulher e em seguida ao homem, se aceita o outro por consorte; e, tendo sido dada a resposta (assim formulada na lei) «*É de minha livre vontade realisar o casamento com F...*», declara em voz alta os esposos unidos pelo casamento, nos termos do n.º 4.º do referido art. 220.º;

4.ª a redacção, leitura e assinatura do assento do casamento, ou seja o registo do acto, que deve realisar-se imediatamente a seguir ao acto solene (art. 221.º), devendo mencionar-se todas as circunstâncias declaradas nos arts. 222.º e 223.º.

O art. 199.º do código permite que o delegado do procurador da república dispense a publicação prévia e o prazo a que se referem os artigos anteriores autorisando o registo provisório, sempre que ocorram *causas graves*, e contentando-se a lei de 1912 (art. 27.º) com um *motivo atendível*.

E entre as *causas graves* declara o art. 200.º com-

preender-se necessàriamente o risco de morte próxima (*in articulo mortis*) e a probabilidade de parto imediato, podendo nestes dois casos ser até dispensada intervenção do oficial, observadas as cautelas do art. 201.º.

Mas os casamentos com registo provisório, nos termos dos arts. 199.º-201.º ficam nulos, se não forem ratificados no prazo de trinta dias (art. 203.º), convertendo-se o registo em definitivo.

Os casamentos *in articulo mortis* ou na iminência de parto celebrados em campanha, em viagem por mar, em lazaretos ou estabelecimentos análogos são regulados no art. 208.º

Determinados os elementos essencialmente constituítivos do contracto de casamento, vejamos as conseqüências resultantes da sua falta ou irregularidade.

O decreto do casamento estabelece três ordens de sancções aplicáveis à falta ou inobservância dos requesitos ou condições de capacidade, e ao consentimento viciado por êrro ou coação:

1.ª *Nulidade*, para os casamentos de pessoas afectadas de incapacidade absoluta (art. 11.º e 12.º);

2.ª *Anulabilidade*, para os casamentos de pessoas afectadas de incapacidade relativa (art. 13.º-16.º) ou que tenham dado o seu consentimento viciado por êrro ou coacção (art. 18.º-23.º);

3.ª Penalidades civis ou criminais para as pessoas que cooperaram em casamentos *nulos* ou *anuláveis* ou em casamentos celebrados com infracção de simples proïbições (art. 16.º e 17.º).

Mas não declara expressamente a sanção aplicável aos casamentos com falta dos outros requesitos essenciais.

Para a falta das condições de forma, não pode deixar de entender-se que é igualmente aplicável a sanção de *nulidade*, em vista do preceito do art. 3.º, pelo qual *só é válido* o casamento celebrado pela forma estabelecida na lei civil.

Em relação aos outros elementos essenciais (incapacidade natural por demência, embriaguês, hipnotismo, etc., falta de consentimento e de objecto ou causa lícita), não havendo disposições especiais, há que aplicar as regras gerais sôbre a validade dos actos jurídicos; e, portanto, em face dos arts. 10.º, 335.º, 353.º, 354.º, 643.º e 669.º do código civil, a sanção é do mesmo modo a *nulidade* ou a *anulabilidade*, conforme se tratar de falta absoluta ou relativa de requesito essencial.

Alguns autores distinguem entre actos *inexistentes* e actos *nulos*, e estes em actos *nulos de direito* (nulidade absoluta) e *anuláveis* (nulidade relativa).

Mas entre a *inexistência* e a *nulidade absoluta* não há diferença importante: como observam Colin e Capitant, dizer que um acto é nulo — *nullum est* — ou que êle não existe, é em todos os pontos a mesma cousa (1).

Esta foi a doutrina consignada nos arts. 11.º, 13.º e 18.º do decreto do casamento:

Art. 11.º «O casamento celebrado contrá o disposto em qualquer dos numeros do art. 4.º é, em relação aos contraentes, *nulo de pleno direito* e como se *nunca tivesse existido*».

Art. 13.º «O casamento celebrado contra o disposto nos arts. 5.º a 7.º é *anulável*».

Art. 18.º «É também anulável o casamento acêrca do qual se prove que o respectivo consentimento foi prestado por êrro ou coacção».

E vê-se pelos arts. 12.º, 14.º, 15.º, 22.º e 23.º, que a diferença entre a *nulidade de direito* ou *absoluta* e a *anulabilidade* ou *nulidade relativa* está em que emquanto a primeira pode ser alegada por qualquer interessado a todo o tempo (art. 693.º), devendo até ser reclamada pelo ministério público, a segunda só pode ser reclamada por certos interessados e dentro de um

(1) Colin e Capitant, I, pág. 184.

curto prazo declarado na lei, e pode ser sanada pela ratificação.

Mas quanto aos efeitos não há diferença entre a nulidade e a anulabilidade, pois que a declaração judicial da nulidade, quer esta seja absoluta, quer relativa, tem sempre o mesmo efeito do art. 11.º, isto é, o de considerar o casamento como não existente *ab initio;* embora a lei o não diga expressamente, isto resulta lógicamente do art. 11.º e seguintes, e 30.º e seguintes, e necessàriamente do próprio conceito de *nulidade* dos actos jurídicos.

E é de notar que o princípio da inexistência jurídica do casamento declarado nulo é apenas uma regra geral, sujeita à excepção amplíssima do chamado *casamento putativo*, que é o casamento nulo ou anulável contraído em boa fé por ambos ou por algum dêles (art. 30.º), e à da legitimidade dos filhos, que ficam sendo legítimos, com exclusão dos incestuosos, ainda que não haja boa fé (art. 31.º, § único).

A eficácia do casamento *putativo* foi uma construção jurídica do direito canónico, e tão justificada que foi respeitada pelo direito civil moderno.

Se ambos os cônjuges estão de boa fé ao tempo do matrimónio (*mala fides superveniens non nocet*), o casamento putativo produz todos os seus efeitos como se fôsse válido, salvo apenas o caso de incesto, porque os filhos incestuosos são sempre considerados estranhos aos pais e à família, e só tem direito a alimentos.

Se só um dos cônjuges está em boa fé, o casamento só produz efeitos em favor dêste, perdendo o cônjuge de má fé todas as vantagens daquêle recebidas e ficando obrigado a todas as promessas que em contracto antenupcial lhe houvesse feito (art. 30.º e 33.º).

Donde se conclui que afinal só há uma categoria de casamentos juridicamente inexistentes ou absolutamente nulos — é o caso de incesto em que ambos os cônjuges estejam de má fé.

O sistema jurídico de relações pessoais dos cônjuges foi definido nos arts. 38.º-44.º da lei do casamento.

O princípio fundamental, espécie de alicerce em que assenta toda a construção do sistêma, é o art. 39.º:

«A sociedade conjugal baseia-se na liberdade e na igualdade, incumbindo ao marido, especialmente, a obrigação de defender a pessoa e os bens da mulher e dos filhos, e à mulher, principalmente, o govêrno doméstico e uma assistência moral tendente a fortalecer e aperfeiçoar a unidade familiar».

O princípio da igualdade social e política dos sexos é compreensível, embora irrealisável.

Mas o princípio da igualdade do homem e da mulher no casamento nem sequer é compreensível, tão contrário êle é à diversidade de função que os dois sexos são chamados a desempenhar na vida da família, tanto no ponto de vista fisiológico, como no da actividade económica e social de cada um.

O próprio legislador assim o reconheceu no mesmo art. 39.º, assinando ao homem e à mulher um papel completamente diverso.

O que o legislador, portanto, deveria ter dito, se alguma cousa tinha a dizer a êste respeito, era que a sociedade conjugal se baseia na solidariedade dos esposos.

Êste princípio é que exprime a verdade e a realidade da vida, explica e justifica as desegualdades inevitáveis, por serem essenciais, nas relações recíprocas dos cônjuges.

O art. 38.º, que também é fundamental, determina os deveres recíprocos dos esposos:

«Os cônjuges teem obrigação:

1.º De guardar mùtuamente fidelidade conjugal;

2.º De viver juntos;

3.º De socorrer-se e ajudar-se reciprocramente».

Coabitação, *fidelidade* e *assistência* são, com efeito, as obrigações mútuas essenciais dos cônjuges.

Na regulamentação destas obrigações, e com o intuito de melhorar a condição jurídica da mulher, os art. 40.º e seguintes introduziram algumas modificações no sistema do código civil, umas aceitáveis, mas outras injustificadas.

Assim: a mulher pode exigir do marido que a receba em casa, mas não pode ser compelida a viver ali (art. 40.º); a mulher pode estar em juízo sem outorga ou autorização do marido nos mesmos termos em que êste o pode fazer sem o consentimento dela (art. 44.º); a mulher deve adoptar a residência do marido, excepto se êste quizer mudar-se para as colónias ou para o estrangeiro, sem acôrdo dela, pois neste caso decidirá o juiz, nos termos do art. 6.º; a mulher autora pode publicar os seus escritos sem o consentimento de seu marido.

Estas duas últimas inovações são desnecessárias e ofensivas do princípio tradicional da unidade da família sob a direcção do marido como seu legítimo chefe.

116. **Relações patrimoniais dos cônjuges. Convenções antenupciais e regimes de bens.** — O princípio do predomínio do marido como representante responsável da unidade da família tem a sua mais concreta realização no sistema das relações patrimoniais.

Ainda que todos os bens do casal sejam da mulher, ao marido pertence, em regra, a sua administração, pertencendo à mulher só por consentimento, ausência ou impedimento do marido, e ainda no regime de separação de bens o direito de dispor a título oneroso dos seus bens mobiliários e da terça parte de todos os seus rendimentos, e em qualquer regime o direito de dispor livremente dos alfinetes que se tiverem estipulado até à terça dos rendimentos de seus bens (art. 1104.º, 1117.º, § ún., 1127.º, 1128.º e 1189.º).

Também pertence à mulher a administração dos

seus no caso de simples separação judicial de bens (art. 1223.º).

Mas ao marido pertence, além da administração, o usofruto dos bens da mulher (art. 1164.º e 2221.º, § 1.º).

Vejamos pois qual é o regime de bens no casamento.

O princípio fundamental é o da liberdade de estipulação antes de celebrado o casamento, nos termos do art. 1096.º:

«É lícito aos esposos estipular, antes da celebração do casamento, e dentro dos limites da lei, tudo o que lhes aprouver relativamente a seus bens».

E logo os arts. 1103.º e 1104.º impõem limites à liberdade das convenções antenupciais, determinando que se haverá por não escrita qualquer convenção que altere a ordem legal da sucessão dos herdeiros *legitimários*, ou os direitos e obrigações paternais e conjugais, e bem assim qualquer cláusula que prive o marido da administração dos bens do casal; também o art. 2042.º proíbe que, mesmo em contracto antenupcial, alguém renuncie à sucessão de pessoa viva, ou aliene, ou obrigue os direitos que eventualmente possa ter à sua herança.

Dum modo geral deve dizer-se que são nulas todas as cláusulas de convenção antenupcial contrárias a qualquer preceito legal de interêsse e ordem pública.

A convenção antenupcial é, pois, o título destinado a regular o regime dos bens com que os esposos entram para o casal ou que venham a adquirir posteriormente.

É muitas vezes o produto, não apenas da vontade dos esposos, mas também da família deles, e até de qualquer terceiro que lhes faça qualquer liberalidade (art. 1175.º-1177.º).

Compreende-se, por isso, que tais convenções, devem ser irrevogáveis, não podendo ser alteradas, por nova convenção, depois da celebração do casamento (art. 1105.º).

Já se tem entendido que, sendo, nos termos do art. 1098.º, a comunhão de bens o regime legal regra,

podem os cônjuges alterar a convenção antenupcial, quando a alteração consista precisamente em se passar de um regime excepcional para o regime normal da comunhão. Funda-se esta doutrina em três argumentos: que a regra deve prevalecer sôbre a excepção; que o art. 1105.° só proíbe alterar o contracto antenupcial *por nova convenção;* e que, sendo lícitas as doações entre casados, nos termos dos arts. 1178.°-1183.°, bem podem com estas doações alterar-se as convenções antenupciais.

Mas esta doutrina é manifestamente contrária ao preceito terminante do art. 1105.°.

Sendo as convenções antenupciais contractos dos mais importantes, e sendo o preliminar do casamento, a sua forma externa deve ser solene; e por isso o art. 1097.° determina que não terão validade, se não fôrem celebradas em escritura pública.

Anterioridade, imutabilidade e *solenidade,* são, portanto, as características fundamentais do contracto antenupcial.

Mas quais são os regimes de bens no casamento?

Os arts. 1098.°-1102.° estabelecem quatro regimes, que podemos chamar *típicos*: 1.° casamento *segundo o costume do reino* (1) ou *comunhão de bens* (art. 1108.°); 2.° *simples comunhão de adquiridos;* 3.° *separação de bens;* 4.° *regime dotal.*

É claro, porém, que dentro do princípio da liberdade das convenções antenupciais, podem os esposados contratar quaisquer outros regimes, que podemos chamar *mixtos*, porque êles terão necessàriamente elementos de dois ou mais dos quatro regimes tipos.

(1) Alguns escritores entendem que o novo regime político aboliu esta denominação, que deve substituir-se pela de *costume nacional* ou *do país*. Mas, tratando-se apenas de uma questão de terminologia técnica, que de mais a mais é a expressão da verdade histórica, é evidente que a denominação tradicional não é cousa que possa considerar-se revogada, a não ser por uma expressa e terminante disposição da lei.

O regime da *comunhão geral de bens* tem logar, não só quando fôr convencionado, mas quando não haja convenção antenupcial, ou, havendo-a, quando não seja por ela excluído (arts. 1096.°, 1098.° e 1099.°); e por isso se diz ser êle o regime regra ou o regime legal. Mas esta regra tem a excepção dos casamentos em que se verificam as incapacidades relativas ou impedimentos de proïbição relativa, e as simples proïbições ou impedimentos impedientes, que, entre outras sanções, teem a de serem considerados como contraídos com separação de bens (art. 53.° a 56.° da lei do casamento).

Os outros regimes teem logar quando forem estipulados, excepto o da separação, que é também regime legal nos casos indicados.

Mas são efectivamente quatro os regimes tipos?

Já se pretendeu sustentar que são só três, fundindo-se a separação com a comunhão de adquiridos, com o fundamento de que os dois são conjuntamente regulados nos arts. 1125.°-1133.°, sob a rúbrica «*Da separação de bens ou da simples comunhão de adquiridos*», tanto mais que o art. 1125.° determina que a simples convenção de *separação de bens não exclui a comunhão de adquiridos,* sem expressa declaração.

É claro, porém, que tal doutrina é incompatível com a diferenciação dos regimes feita pelos arts. 1098.°-1102.°, e com a descriminação feita nos arts. 1125.°-1133.°.

Também já se tem sustentado que os regimes são cinco, pois que uma cousa é o regime convencionado da *simples comunhão de adquiridos,* que, nos termos do art. 1100.°, é regulado pelos arts. 1130.°-1133.°; e outra cousa é o regime legal de *comunhão de adquiridos,* em que por disposição da lei (art. 1125.°) se transforma o regime convencionado de *simples separação,* o qual, nos termos do art. 1126.°, é regulado pelos arts. 1130.°-1132.°.

Esta doutrina é inaceitável: em primeiro logar,

porque o regime dos arts. 1125.º e 1126.º não é, como vamos ver, o de *comunhão de adquiridos*, mas sim o de *separação* com comunhão de adquiridos; e, em segundo logar, porque, se fosse o de comunhão de adquiridos, não podia ser senão o de simples comunhão devendo igualmente aplicar-se-lhe o art. 1133.º, e explicar-se por mero lapso a omissão dêste artigo na indicação dos referidos no art. 1126.º.

É fácil ver, com efeito, que os arts. 1125.º e 1126.º não significam a transformação do regime convencionado de simples separação de bens em um regime de simples comunhão de adquiridos, mas exprimem apenas uma modalidade do regime de separação atenuada. Esta modificação quer dizer, em harmonia com o art. 1101.º, que há dois tipos ou espécies de separação de bens: a *separação absoluta* ou *completa* de todos os bens, presentes e futuros (art. 1101.º), que é regulada pelos arts. 1125.º-1129.º; e a *separação incompleta* ou *atenuada*, que é com comunhão de adquiridos (art. 1125.º), e é regulada (art. 1126.º) não só pelos arts. 1125.º-1129.º, mas também pelos arts. 1130.º-1132.º.

Na verdade o art. 1126.º, quando diz: «são aplicáveis a êste contracto», quer dizer: «são aplicáveis *também* a êste contracto as disposições dos arts. 1130.º, 1131.º e 1132.º».

Se assim não fôsse, os arts. 1125.º e 1126.º ficariam em conflito aberto com o art. 1101.º, que manda aplicar os arts. 1127.º-1129.º sempre que os esposos declarem *simplesmente* que pretendem casar-se com *separação de bens*.

A doutrina que equipara a simples separação de bens à simples comunhão de adquiridos tinha, no domínio do código civil, a vantagem de conciliar o art. 1098.º, *in fine*, com o § 3.º do art. 1060.º, que de outro modo eram inconciliáveis.

Mas actualmente nem esta vantagem subsiste; e, embora subsistisse, não podia ser razão bastante para

subordinar um sistema de relações jurídicas tão importantes à simples conveniência de harmonisar duas disposições da lei, que decerto só por lapso, ou desconhecimento de uma delas pelo autor da outra, foram divergentemente redigidas.

O modo de resolver o conflito entre as duas disposições era pura e simplesmente sacrificar a que fosse menos harmónica com o sistema do código: seria entender que a disposição dominante era a do art. 1098.º.

Em conclusão, portanto, poderá dizer-se que são cinco os regimes tipos, mas no sentido de que um dos quatro enumerados pelo código — o da *separação* — se apresenta sob duas modalidades; a separação *absoluta* e a *separação* com comunhão de adquiridos ou separação *relativa* ou incompleta.

Vejamos qual é a estrutura jurídica fundamental de cada um dos regimes.

a) *Comunhão de bens.* Êste regime, que também se chama *sociedade* universal (art. 1132.º), que os nossos antigos praxistas denominavam *communião* ou *communicação*, e as ordenações *casamento em que os conjuges são meeiros, por carta de ametade*, e *segundo o costume do reino*, «consiste na comunhão, entre os cônjuges, de todos os seus bens presentes e futuros, não exceptuados na lei», diz o art. 1108.º.

E o art. 1109.º exceptua da comunhão:

1.º Os prazos de livre nomeação (supra, n.º 111);

2.º Os bens doados ou legados com a condição (clausula) de incomunicabilidade, ou os subrogados em logar deles;

3.º Os bens herdados pelo pai ou mãe viuvos (ou divorciados, art. 2.º do decreto do divórcio) por morte do filho de outro matrimónio, existindo irmãos germanos do filho falecido (art. 1236.º);

4.º As duas terças partes (deve ser *metade*, decre-

tos de 31 de outubro de 1910, e n.° 5.644, de 10 de maio de 1919) dos bens que possuir o conjuge, que passar a segundas núpcias, ou dos que herdar de seus parentes, tendo, de anterior matrimónio, filhos ou outros descendentes;

5.° Os vestidos e roupas de uso pessoal dos esposos, e as joias esponsalícias dadas pelo esposo antes do casamento.

Antigamente, até às Ordenações Affonsinas, o sistema da *comunhão legal*, isto é, derivado imediatamente do casamento, vigorava na maior parte das terras; mas em outras só tinha logar sendo convencionado — *por carta de ametade.*

Mas nas Ordenações Manuelinas já não aparece esta diversidade, tendo-se generalizado o *costume do reino.*

O código francês também adoptou o sistema da *comunhão legal*, mas com um conteúdo mais restrito, pois abrange só os móveis anteriores ao casamento, e os adquiridos depois, ou sejam móveis, ou de raiz (art. 1401.°); a comunhão universal só tem lugar sendo convencionada.

No sistema do código italiano há três regimens tipos: a *separação*, que é o regime legal ou normal, o *dote* e a *comunhão*. Mas a comunhão universal só é admitida sôbre os adquiridos a título oneroso *(utili)*, e mesmo assim só pode ser convencionada ao lado do dote (art. 1433.°).

Os códigos holandez e o brazileiro é que estabelecem, como o nosso, o regime legal da comunhão ou sociedade universal.

Êste é, na verdade, o que em princípio melhor corresponde ao admirável conceito romano do casamento — *consortium omnis vitae, divini atque humani juris communicatio.*

Mas qual é no sistema do código a exacta concepção jurídica do regime da comunhão?

Vê se pelos art. 1.108.°, 1.113.°, 1.114.°, e 1.117.°, 1.766.°, 2.175.° e seguintes, que consiste precisamente na propriedade comum ou compropriedade dos bens de ambos os cônjuges, e na responsabilidade comum pelas dívidas contraídas legalmente, durante a constância do matrimónio.

b) *Simples comunhão de adquiridos.* Consiste êste regimen na comunhão parcial de bens, restrita aos adquiridos depois da celebração do casamento por título oneroso, sendo por isso próprios de cada um dos cônjuges os bens que já tiverem ao tempo do casamento, ou que depois lhes advenham por sucessão, ou por outro título gratuito ou por direito próprio anterior, e regulados como os bens próprios no casamento *segundo o costume do reino* (art. 1.130.°).

Daí a necessidade de se fazer o inventário de todos os bens próprios, nos termos do art. 1.131.° e § único, sob pena de serem havidos por adquiridos ou comuns.

Por aqui se vê, e mais se confirma pela disposição do art. 1.132.°, que a simples comunhão de adquiridos não é, no ponto de vista propriamente jurídico, um regime de separação, mas sim um regime de comunhão, por cujas regras tem, por consequência, de ser regulada.

Fez mal o código em tratar conjuntamente na mesma secção a separação de bens e a simples comunhão de adquiridos, porque assim induz muita gente no êrro de confundir êste último regime com o da separação relativa ou incompleta, consignado nos arts. 1.125.° e 1.126.°.

Ora êstes dois regimes só se confundem no ponto de vista material ou objectivo, a respeito dos bens que se conservam separados e próprios de cada um dos cônjuges.

Mas a respeito da sua estrutura jurídica, dos direitos dos cônjuges sôbre os bens, os dois regimes são absoluta e essencialmente diversos.

O regime da simples comunhão de adquiridos é regulado conjuntamente pelos arts. 1130.º a 1133.º e pelas regras do casamento *segundo o costume do reino* (art. 1130.º), enquanto que o regime de simples separação ou separação incompleta é regulado pelos arts. 1125.º e 1129.º, embora seja também sujeito às regras dos arts. 1130.º, 1131.º e 1132.º (art. 1126.º).

Em conclusão: o regime de *simples comunhão de adquiridos* sòmente tem logar quando assim fôr convencionado; é um verdadeiro regime de comunhão, que além das excepções do art. 1108.º, tem as do art. 1130.º; e por isso tem de se regular pelos mesmos preceitos, além dos arts. 1130.-1133.º.

c) *Separação de bens.* Êste regime é definido no art. 1127.º:

«Nos casamentos feitos com separação de bens, cada um dos conjuges conserva o *domínio de tudo quanto lhe pertence,* podendo dispôr dos respectivos bens livremente, salva a restrição imposta no artigo seguinte».

Ora o art. 1128.º diz:

«É aplicável à mulher, quanto aos seus bens mobiliários separados da comunhão, e à terça parte dos seus rendimentos, o que no art. 1118.º fica disposto, relativamente ao marido, àcêrca dos bens mobiliários comuns».

Neste artigo se vê nitidamente impressa a idea de que há uma *separação de bens* com *comunhão* (art. 1125.º), à qual se aplicam também os arts. 1130.º-1132.º (art. 1126.º); mas aplicam-se-lhe também os arts. 1127.º e 1128.º; como é expresso nestes artigos.

Vê-se, portanto, que o que caracteriza o regime da separação, mas tanto a separação completa como a de comunhão, é o poder jurídico conferido a cada um dos conjuges de dispôr livremente dos seus bens próprios, com a restrição para a mulher de que êste poder é sòmente sôbre os móveis e a terça parte dos rendimentos dos

seus bens, pois que dos imóveis como das outras duas terças dos rendimentos, e bem assim dos capitais postos a juros, só pode dispôr com o acôrdo do marido (§ ún. do art. 1128.º).

Pelo que respeita às dívidas o princípio é o da responsabilidade do cônjuge que as contraiu, excepto se conjuntamente se obrigaram (art. 1129.º).

d) *Regime dotal.* O código não consigna uma definição do *dote,* mas é fácil deduzí-la das suas disposições sôbre o regime dotal. Mas a palavra *dote* tem dois significados diversos: 1.º no sentido lato e vulgar, chama-se *dote* toda a doação, que os pais, ou outras pessoas fazem a qualquer dos esposos, para casamento, ou mesmo aqueles bens com que cada um deles entra para o casal; 2.º em sentido estrito, que é o próprio ou técnico, chama-se *dote* o conjunto de bens próprios da mulher, com que ela, seus pais, ou outrem por conta dela, entram para o casal, para assegurar os encargos do matrimónio, e que por isso são inalienáveis, podendo o marido dispor dos mobiliários com responsabilidade pelo seu valor (arts. 1135.º, 1148.º e 1149.º). Os bens da mulher, que não sejam *dotais,* denominam-se *extra-dotais* ou *parafernais* (1).

Da função característica do dote, e da condição jurídica dos bens dotais, resulta a grande e extraordinária importância dêste regime de bens no casamento.

Se, por um lado, a sua função lhe dá o relevante mérito de prover às necessidades da vida económica da família, por outro, a sua condição jurídica tem o inconveniente de retirar da circulação das riquezas os bens dotais, o que não só é causa da sua desvalorisação, mas pode muitas vezes ser obstáculo de empreendimentos ou transacções vantajosas para a prosperidade da família.

(1) Coelho da Rocha, *Inst.*, § 267.

Por isso o regime do dote teve sempre entusiásticos defensores e encarniçados adversários.

Não nos alistamos em qualquer das fileiras. Mas entendemos que, não só em homenagem ao princípio da liberdade contractual, mas porque de facto muitas vezes a instituïção do dote é cautela providencial, tanto contra as dissipações e desvarios como contra os acasos da sorte na vida enconómica, que o dote deve ser admitido, e portanto devidamente regulamentado.

Vê-se pelos arts. 1102.º e 1134.º que o dote só existe quando os esposados assim o declaram no seu contracto antenupcial.

Mas tendo a palavra *dote* dois diversos sentidos, não é suficiente o seu emprêgo no contracto, para se concluir que foi convencionado o regime dotal.

Não há palavras ou fórmulas sacramentais para fixar a vontade ou intenção das partes. Mas, dada a particular importância e o caracter excepcional do *dote*, é indispensável que a declaração de vontade na sua estipulação seja bem expressa.

A condição jurídica dos bens dotais é definida nos arts. 1148.º, 1149.º e 1152.º:

a) os imobiliários são *inalienáveis*, excepto nos casos enumerados no art. 1149.º e por isso *não podem ser hipotecados* (art. 894.º) nem *prescritos* (art. 1152.º);

b) dos mobiliários pode o marido dispor livremente, se não tiver sido estipulada a inalienabilidade; mas o marido responde pelo seu valor, excepto nos casos dos n.ºs 1.º-4.º do art. 1149.º, em que pode dispor deles, mesmo que tenham sido declarados inalienáveis (art. 1149.º, § 1.º, onde por manifesto êrro se diz *imobiliários*, em vez de *mobiliários*); podem ser prescritos, e o marido responde pelo seu valor.

O dote sôbre imóveis constitui um direito real; e, como tal, para produzir efeitos para com terceiro carece

do requesito da publicidade, sendo por isso considerado um *onus real* sujeito a registo, que pode ser requerido pela mulher, por qualquer parente dela ou pelo dotador (arts. 949.º e 1003.º).

A restituïção do dote incumbe tanto ao marido como aos seus herdeiros (art. 1156.º e 1157.º), tendo a mulher hipoteca legal sôbre os bens do marido (art. 906.º, n.º 3.º, e 1003.º).

Mas qual é no regimen dotal a situação jurídica dos bens parafernais ou não dotais?

Pelos arts. 1153.º e 1155.º parece que, sendo bens próprios de cada um dos conjuges, se trata de um verdadeiro regime de separação de bens, se outra coisa não tiver sido estipulada, em harmonia com os arts. 1096.º, 1099.º e 1101.º.

E esta é, com efeito, a verdadeira doutrina.

Com fundamento no art. 1153.º, que determina a comunhão dos rendimentos, no art. 1137.º, que estabelece a comunhão dos bens dotais, como sanção para o facto de não serem eles especificados no contracto do casamento (dotal), no art. 1138.º, que estabelece a mesma sanção para a falta de declaração do valor dos móveis dotais no mesmo contracto, e no art. 1140.º, que estabelece ainda a mesma sanção para o facto de não ser convertido, dentro de três meses, o dote pecuniário em bens imóveis, em inscrições de assentamento, em acções de companhias, ou em empréstimos a juros, por escritura e com hipoteca, tem-se entendido que o regime dos bens não dotais é o da simples comunhão de adquiridos.

Mas esta doutrina não é senão o resultado do equivoco acima assinalado de se confundir o regime da simples comunhão de adquiridos com o da separação parcial de bens.

Ora, desde que se tenha presente, como é mister, a distinção fundamental que separa os dois regimes, não se pode deixar de concluir que o regime dos bens não

dotais é o da separação incompleta, ou seja, separação com comunhão.

O art. 1221.º revela bem a idea de que o regime dotal é um regime de separação.

E assim o problema das dívidas dos cônjuges tem de se resolver, em primeiro logar, pelo art. 1129.º, e só subsidiàriamente pelos arts. 1133.º e 1110.º e seguintes, não sendo por isso de aceitar a doutrina que considera a questão um caso omisso, a resolver portanto pelo critério do art. 16.º.

O regime dotal termina (art. 1156.º) com a dissolução do matrimónio, isto é, por morte de um dos cônjuges ou por divórcio (art. 1.º do decreto do divórcio), ou havendo separação, sendo então o dote restituído à mulher, ou a seus herdeiros.

Para completar o sistema das relações patrimoniais dos cônjuges regula o código nos arts. 1166.º-1177.º as chamadas *doações para casamento*, e nos arts. 1178.º-1183.º as *doações entre casados*.

As doações para casamento são as doações entre os esposados e as feitas por terceiro a ambos os esposados, ou a algum deles.

O princípio fundamental para as duas espécies de doações antenupciais é o mesmo, embora expresso por palavras diferentes (art. 1166.º e 1175.º): as doações para casamento podem ser *inter vivos* ou *mortis causa*, e abranger tanto bens presentes como futuros.

Tanto umas como outras ficam sem efeito, não se verificando o matrimónio, ou sendo anulado, salvo o casamento putativo (lei do casamento — art. 30.º). É que o art. 1168.º tem igual aplicação às doações de terceiros aos esposados, que não podem deixar de se considerar subordinadas à condição resolutiva da não realização legal do casamento.

Já se tem sustentado que o art. 1169.º, determinando que as doações entre esposados não podem ser anuladas, nem por falta de aceitação expressa, nem por

superveniência de filhos, nem por ingratidão, se aplica igualmente às doações de terceiros, visto que os arts. 1483.º, n.º 2.º, 1489.º e 1501.º dispõem que as doações para casamento não podem ser revogadas por superveniência de filhos ou por ingratidão, nem reduzidas por inoficiosidade.

Mas esta doutrina não é exacta, porque aqueles artigos referem-se apenas às doações *consumadas* (art. 1482.º), excluindo portanto as doações por morte, as quais, pelo facto de serem para casamento, só têem a garantia de não poderem ser livremente revogadas por vontade do doador (art. 1456.º e 1457.º, § ún.).

Portanto as doações de terceiros aos esposados, sendo *mortis causa*, podem ser anuladas por superveniência de filhos, por falta de aceitação, excepto sendo feitas no contracto antenupcial (art. 1176.º), e por ingratidão.

Mais difícil é a questão da inoficiosidade nas doações entre esposados, quando o doador tem, ao tempo do casamento, ascendentes ou descendentes com direito a legítima, e algum dêles fôr vivo ao tempo da dissolução do matrimónio, porque em tal caso, diz o art. 1167.º, a doação ou deixa não poderá exceder a importância da *terça* dos bens que então possuir.

A dificuldade está em conciliar o art. 1167.º com os arts. 1483.º, n.º 2.º e 1501.º, segundo os quais as doações para casamento não podem ser revogadas ou reduzidas por *inoficiosidade*, isto é, por ofensa da legítima a que têem direito os descendentes e os ascendentes.

Mas reflectindo bem no preceito do art. 1167.º vê-se afinal que não há contradição alguma entre aqueles artigos.

O art. 1167.º não trata de inoficiosidade, embora a referência nele feita à legítima pareça indicar o contrário; o que faz é restringir as doações entre esposados, nos casos nele referidos, à terça dos bens do doador ao tempo da dissolução do casamento. E fá-lo por atenção

à legítima, decerto, mas a restrição não coincide com o quantitativo da legítima ou da quota disponível, visto que os ascendentes do segundo gráu em diante só tinham direito a metade da herança (art. 1787°), e agora só têem direito a um têrço (dec. de 31 de outubro de 1910, art. 4.°).

Portanto o preceito limitativo do art. 1167.°, não coincidindo com a separação da legítima e da quota disponível, não é uma norma de redução de doações por inoficiosidade, mas sim de nulidade total ou parcial de doações por serem contrárias à lei, no todo ou em parte; e nestes termos tem de aplicar-se, sem embargo do disposto no art. 1501.°.

E assim é evidente que o art. 1167.° não foi modificado pelo decreto de 31 de outubro de 1910, ao contrário do que geralmente se tem entendido.

No caso de superveniência de filhos, não há revogação, anulação, nem redução da doação (art. 1169.°, n.° 2.°, 1483.°, n.° 2.°, e 1501.°), se a doação fôr consumada.

Mas tratando-se de doação por morte, há redução, pois o art. 1169.° só fala de anulação.

Nas doações de terceiros é sempre admissível a redução das inoficiosas, por determinação expressa do art. 1175.°.

O princípio fundamental das doações entre casados é a faculdade que cada um tem de doar ao outro os seus bens presentes menos os dotais, com a faculdade de a todo o tempo revogar a doação (art. 1178.° e 1181.°). Não podem, pois, as doações entre os casados alterar essencialmente o pacto antenupcial.

117. **Dissolução e interrupção da sociedade conjugal: divórcio e separação.** — Do sistema de relações jurídicas derivadas do contracto de casamento, resulta que êle constitui entre os cônjuges a mais íntima das associações ou sociedades humanas.

É o que explica o princípio da indissolubilidade ou

perpetuidade do casamento, que ainda hoje vigora em alguns dos países mais civilizados, e é calorosamente defendido por muitos dos melhores espíritos.

Entre nós o princípio constituiu inalteràvelmente até 1910 como que um dogma, não tanto de feição religiosa, como de carácter político e civil, até que foi completamente destruído pelo decreto de 3 de novembro de 1910, que instituiu não só o divórcio litigioso mas também o de simples acôrdo dos esposos.

E assim a sociedade conjugal não só se pode interromper pela separação, mas pode dissolver-se em vida pelo divórcio.

Havia no sistema do código civil três espécies de separação: separação de pessoas e bens, (art. 1204.°) simples separação de pessoas, temporária (Cód. de proc., art. 469.°) ou definitiva (Cód. civ., art. 1210.°, §§ ún.), e simples separação de bens (art. 1219.°). Mas, tendo sido revogados o art. 469.° do código de processo e o § único do art. 1210.° do código civil (art. 50.° e 51.° do decreto do divórcio), temos só as duas espécies de separação — *de pessoas e bens,* e *de bens.*

A simples separação de bens (art. 1219.° e seg.) é apenas um meio de acautelar a mulher contra os perigos da má administração do marido, entregando-lhe a administração do que lhe pertence (art. 1223.°). Mas, de resto, não tem outra influência na vida da sociedade conjugal, que se mantem para todos os outros efeitos.

É fundamental e muito importante a diferença entre o divórcio e a separação de pessoas e bens.

O divórcio é a dissolução do casamento, em vida dos esposos, com os mesmos efeitos da dissolução por morte, quer pelo que respeita às pessoas e aos bens dos cônjuges, quer pelo que respeita à faculdade de contraírem novo casamento (art. 1.° e 2.° do decreto do divórcio).

A separação de pessoas e bens é apenas a suspensão ou interrupção da sociedade conjugal, mantendo-se porém o estado de casado dos dois esposos.

A questão do divórcio é certamente um dos mais graves e melindrosos problemas do direito civil, pois afecta nos seus fundamentos mais íntimos e mais profundos a vida da família, que é por sua vez o mais sólido fundamento de toda a organização social.

É, no dizer de Colin e Capitant, uma daquelas que põem em jogo as mais graves considerações e provocam as mais ásperas controversias. É como um campo de batalha onde se degladiam as concepções rivais que de há mais de um século se disputam o poder político e o govêrno das consciências (1).

Pertence à Egreja católica a virtude de ter feito compreender ao mundo romano a verdadeira concepção do casamento como um vínculo indissoluvel, tal como êle devia lògicamente resultar da própria definição dos jurisconsultos (supra, n.º 113), em contraposição com o sistema positivo do direito romano admitindo o divórcio livre.

No entanto, até ao concílio de Trento, uma divergência existia entre os canonistas sôbre o alcance das palavras de Cristo, que serviam de fundamento à proïbição do divórcio: segundo S. Lucas e S. Marcos, Cristo tinha proïbido absolutamente o divórcio (2); segundo S. Mateus, te-lo-ía permitido ao marido em caso de adultério da mulher (3).

Mas a doutrina da indissolubilidade absoluta do matrimónio, defendida por S. Agostinho, e afirmada constantemente pelos concílios, tinha de vencer necessàriamente, pelo menos no Ocidente, perante os esforços da Egreja para triunfar das resistências que lhe opunham não só os costumes seculares, mas ainda muitas vezes as paixões dos príncipes.

(1) Colin e Capitant, I, pág. 191.
(2) Texto de S. Lucas: *Omnis qui dimittit uxorem suam et alteram ducit, maechatur.*
(3) *Dico autem vobis quia quicumque dimiserit uxorem suam, nisi ob fornicationem, et aliam duxerit maechatur.*

O direito canónico, para o caso de a vida em comum se tornar insuportável, instituíu a *separação de pessoas*, também denominada *divórcio* por alguns textos *(divortium a toro et a mensa)*, que apenas dispensava os esposos do dever de cohabitação; e era sobretudo a mulher que beneficiava com esta instituïção, pois podia requerer a separação por muitas causas, enquanto que o marido só a podia requerer por adultério da mulher; não era permitida por mútuo consentimento (1).

A abundância de causas de nulidade admitidas pelo direito eclesiástico servia de remédio a muitas situações difíceis, mas foi por muitos considerado um paliativo insuficiente. Em princípio as causas de nulidade referiam-se a factos anteriores ou concomitantes ao casamento. Os únicos factos posteriores, que davam logar à acção de nulidade, eram a falta de consumação do matrimónio e o abandono do marido cristão pela mulher pagã. As outras ofensas, por mais graves que fôssem, não tinham a sanção da nulidade. Os esposos profundamente desunidos só tinham, portanto, o recurso da separação, a não ser que pudessem fingir uma causa de nulidade.

Era natural que a doutrina da indissolubilidade do casamento sofresse rudes golpes com a crise do poder doutrinal e político da Egreja. A própria dissidência protestante lhe vibrou o primeiro golpe. Os países que seguiram a religião reformada (Inglaterra, Holanda, Dinamarca, Alemanha, Suécia, Suíça) permitiram o divórcio, mesmo por outras causas alem do adultério da mulher.

A revolução francesa, depois de secularisar o casamento pela lei de 3 de setembro de 1791, estabeleceu o divórcio pela famosa lei de 20 de setembro de 1792.

O pensamento desta lei está bem expresso no preâm-

(1) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n.os 508, 525.

bulo: «A faculdade de divorciar resulta da liberdade individual, cujo compromisso indissolúvel seria a sua perda».

As conseqüências dêste ponto de partida, dizem Colin e Capitant, são deduzidas, *na lei*, com uma lógica implacável. Assim, em primeiro logar, o casamento, como qualquer contracto, deve poder rescindir-se pela vontade concordante, pelo *mutuus dissensus* dos contratantes. Em segundo logar, como a vontade de cada um dos esposos não pode estar indefinidamente sujeita à do outro, a lei autoriza o divórcio litigioso (*sur demande*) por causas as mais variadas: umas implicam a idea de uma culpa, de uma ofensa cometida por um dos cônjuges contra o outro, ofensa cuja sanção se realiza pela acção de divórcio requerida pelo cônjuge ofendido; são os *crimes, sevícias* ou *injurias graves* de um cônjuge contra o outro, o *adultério*, a *condenação* em pena infamante, o *desregramento notório* de costumes, o *abandono* dum dos cônjuges a partir de dois anos; outras causas, sem constituir uma ofensa, como a *alienação mental*, a *ausência* sem notícias durante cinco anos e a *emigração*, fundavam-se no facto de tornarem intolerável a vida em comum. Enfim, e para coroar a obra, o divórcio por *simples incompatibilidade de génio* (*de humeur et de caractère*) não era outra cousa senão a faculdade de repúdio unilateral discrecionário do direito romano (1).

Mas não se contentou o direito revolucionário em romper a tradição instituindo o divórcio, e por uma forma tal, que quási transformou o casamento em pura união livre; considerando-se a separação de pessoas como uma instituïção de origem e carácter confessional, foi ela abolida pelo art. 7.° da mesma lei de 20 de setembro de 1792: «De futuro nenhuma separação de corpo

(1) Colin e Capitanti, I, 193 e 194.

poderá ser pronunciada; os esposos não poderão ser desunidos senão pelo divórcio».

Os efeitos sociais do divórcio foram por tal forma escandalosos, que o movimento de reacção se manifestou no próprio seio da Convenção, onde um relatório de Mailhe exortava a assembleia «*d'arrêter le torrent d'immoralité*».

Foi por isso que os redactores do código de Napoleão, inspirados num pensamento de transacção e de pacificação, mantiveram o instituto do divórcio, mas num sistema diametralmente opôsto ao do legislador revolucionário; quási se restabeleceu o princípio da *indissolubilidade*, considerada não sómente como um ideal, mas como uma regra cuja derogação só se admite em casos muito excepcionais. Daí a limitação restritiva das causas de divórcio a três casos: *adultério; condenação a pena infamante*, e *excessos, seviciais*, ou *injúrias graves*. Também se admite o divórcio *por mútuo consentimento*, mas com um carácter completamente diverso do que tinha tido no sistema da lei de 1792. O mútuo consentimento não era já o *mutuus dissensus;* é antes uma presunção reveladora de uma outra causa determinada, e um meio de a dissimular perante o público. Êste modo de ver revela-se claramente no texto do art. 233: «O consentimento mútuo e perseverante dos esposos, expresso pela maneira prescrita pela lei, sob as condições e depois das provas que a mesma lei determina, provará suficientemente que a vida comum lhes é insuportável, e que existe para eles uma causa perentoria de divórcio». E assim determina-se depois (art. 275.° e seg.) que além do consentimento dos esposos reiterado três vezes, de trimestre em trimestre, era necessário o acôrdo dos pais de um e do outro; que antes do julgamento os esposos se acordassem sôbre a educação dos filhos e o modo de lhes assegurar o futuro, e que renunciassem em favor deles a metade dos seus bens. Desta maneira os divórcios

por mútuo consentimento se tornaram muito raros, como acontece ainda na Bélgica, onde não vão além de uma quinzena por ano. Por outro lado os divorciados ficavam numa situação de tal incapacidade jurídica, que para muitos era de facto obstáculo ou impedimento de acção de divórcio. Assim: não podiam casar de novo um com o outro; o cônjuge, contra o qual tivesse sido proferido o divórcio por adultério não podia casar com o seu cúmplice; e o cônjuge, contra o qual fôsse proferido o divórcio por qualquer causa, perdia todas as vantagens derivadas do contracto de casamento.

Com esta regulamentação o divórcio não foi muito praticado no tempo do primeiro império.

Com o regresso dos Bourbons foi suprimido o divórcio pela lei de 8 de maio de 1816, que foi votada na Câmara dos deputados por 225 votos contra 11. E é muito interessante a seguinte passagem do relatório de Trinquelague:

«L'objet du mariage n'est pas seulement de donner l'existence à des enfants. Il est encore de les élever, de les conserver, de les rendre propres à devenir eux-mêmes les chefs d'une nouvelle famille et de perpétuer ainsi le genre humain... L'union des époux doit donc nécessairement se prolonger pendant tout le temps que cette éducation exige. Mais ce qui a été fait pour un enfant, il faut le recommencer pour l'autre. La nécessité de rester unis se reproduit par l'effet de l'union même, et c'est ainsi que cette admirable chaine, s'étendant successivement, embrasse la plus grande partie de la vie, et laisse à l'autre la force de l'habitude et la douceur des souvenirs».

Com Colin e Capitant, devemos confessar que é difícil apresentar em melhores termos a apologia do casamento indissoluvel (1).

(1) Colin e Capitant, I, pag. 197.

Foi restabelecida a salutar tradição do direito francês, e só mais tarde foi renovada a campanha política pelo divórcio, conseguindo a esquerda da Câmara dos deputados em quatro tentativas seguidas (1831-1834) a votação duma proposta de lei restabelecendo o divórcio, tentativas que caíram sempre perante a resistência da Câmara dos pares, sem que o insucesso produzisse qualquer abalo na consciência nacional. E com a mesma indiferença foi depois recebido em 1848 o projecto do ministro da justiça Crémieux, que nem chegou a ser discutido, sendo retirado por Marie, um dos sucessores de Crémieux.

Foi depois da revolução de 1870 que a campanha foi de novo empreendida com mais ardor, sob a direcção parlamentar de Nacquet, que apresentou o seu primeiro projecto em 1876, o qual mesmo depois de refundido num sentido de moderação ainda foi rejeitado pela câmara em 1881, em seguida a um discurso hostil de Brisson, sendo afinal aprovado em 1884, mas num sentido ainda mais moderado, e apezar disso não sem dificuldades e sem eloquentes protestos, destacando-se entre todos o de Jules Simon na tribuna do senado.

Para se ver o espírito de moderação da lei francesa (27 de julho de 1884) basta notar que não admite o divórcio por mútuo consentimento, e reduz o divórcio litigioso aos três casos do código de Napoleão, com a diferença que neste o adultério do marido só era causa de divórcio quando êle tivesse tido a concubina no domicílio conjugal.

Não há dúvida, de resto, no dizer de Colin e Capitant, que o legislador de 1884 quis, ainda mais que o de 1804, fazer do divórcio um remédio de excepção, para ser parcimoniosamente ministrado aos casais infelizes, por tribunais meticulosos (1).

(1) Colin e Capitant, I, pag. 197.

Nos diferentes países vigoram os mais diversos sistemas, desde o sistema puro da indissolubilidade até às mais variadas espécies de divórcio.

O divórcio é absolutamente proïbido na Espanha, na Itália e no Brasil. Noutros países a faculdade de divorciar depende da confissão religiosa a que pertencem os esposos, sendo negada aos católicos (Inglaterra, Áustria, Hungria, Bulgária, Sérvia, Mexico e muitos Estados da América do Sul). E dêstes países refractários ao divórcio devem aproximar-se os que só o admitem com uma certa repugnância, quer cercando-o de formalidades tão numerosos e dispendiosas, que de facto o tornam inacessível à massa geral dos cidadãos (Inglaterra protestante), quer admitindo-o só em hipóteses muito raras e não permitindo as segundas núpcias ao divorciado culpado (povos slavos).

As legislações que admitem o divórcio podem repartir-se em diversos grupos.

O primeiro compreende as legislações que só admitem o divórcio por causas determinadas, implicando uma ofensa grave de um cônjuge contra o outro (Inglaterra, Holanda).

O segundo grupo abrange as legislações que permitem o divórcio, não só por motivo de ofensa grave mas ainda por factos que não teem o carácter de ofensa, por exemplo, alienação mental, abandôno não malicioso mais ou menos prolongado (Hungria, Sérvia, Grécia, Alemanha, a maior parte dos Estados da América do Norte).

Neste grupo merecem um logar á parte os códigos alemão e suíço, que a numerosas causas de divórcio acrescentam ainda uma causa *indeterminada*, ou *abstracta*, que permite ao juiz decretar o divórcio quando a união conjugal é tão profundamente ferida que a vida em comum se torna insuportável.

O terceiro grupo compreende as legislações que, ao lado do divórcio por causas determinadas (litigioso), admitem o divórcio por mútuo consentimento. Estas ainda se subdividem em três classes: as da Bélgica, onde vigora ainda o Código francês, do Luxemburgo e da Rumania, que sujeitam o divórcio por mútuo consentimento a condições e formalidades destinadas a estabelecer a presunção de que existe uma causa real e grave de desunião; as da Suécia, da Dinamarca, e a da Áustria, para os israelitas, que só admitem o divórcio por mútuo consentimento depois de os esposos terem estado separados de facto durante um certo tempo; as leis que, à semelhança da nossa, se inspirarem (não conhecemos outra) na lei revolucionária francesa de 1792, admitindo o divórcio por mútuo consentimento, independentemente da presunção de qualquer motivo real de desunião, e com inteira liberdade, a não ser a restrição de um certo tempo de duração do matrimónio (dois anos) e de uma certa idade dos esposos (vinte e cinco anos), como determina o decreto de 3 de novembro de 1910 (art. 40.º).

Como causas de divórcio litigioso admite o decreto (art. 4.º):

1.º O adultério da mulher;

2.º O adultério do marido;

3.º A condenação em qualquer das penas fixas dos arts. 55.º e 57.º do código penal;

4.º As sevicias ou as injúrias graves;

5.º O abandôno completo do domicílio conjugal por tempo não inferior a três anos;

6.º A ausência sem notícias por tempo não inferior a quatro anos;

7.º A loucura incurável depois de decorridos três anos sôbre a sua verificação por sentença na acção de interdição por demência (1);

(1) E o decreto de 21 de dezembro de 1910 determinou que na sentença deve o juiz fixar o tempo ja decorrido de loucura incurável, contando-se desde o seu início o prazo dos três anos.

8.º A separação de facto, livremente consentida, por dez anos consecutivos, qualquer que seja o motivo dessa separação;

9.º O vício inveterado de jôgo de fortuna (1) ou azar;

10.º A doença contagiosa incurável ou a doença incurável que importe aberração sexual.

Embora o art. 4.º diga que são taxativamente causas de divórcio as nele enumeradas, é certo que o decreto admite mais duas causas:

1.ª A absolvição de um dos cônjuges na acção criminal de adultério intentada pelo outro (art. 61.º, § 6.º);

2.ª A separação de pessoas e bens depois de decorridos cinco anos, não tendo havido reconciliação (art. 46.º e 47.º).

O art. 43.º manda aplicar à separação de pessoas e bens as mesmas causas do divórcio litigioso; mas não se admitia a separação por mútuo consentimento, o que era uma ingruência manifesta no sistema do decreto; por isso o decreto n.º 4431 de 30 de maio de 1918 dispôs que à separação de pessoas e bens são aplicáveis os mesmos termos e processo do divórcio por mútuo consentimento, tendo sido nesta parte mantido aquele decreto que foi revogado pelo decreto n.º 5644, de 10 de maio de 1910.

O decreto do divórcio alterou profundamente o sistema da separação de pessoas e bens, que no sistema do código civil (art. 1204.º) só era admitida, como o divórcio e a separação no código francês, em quatro casos:

1.º O adultério da mulher;

2.º O adultério do marido com escandalo público, ou completo desamparo da mulher, ou com concubina teúda e manteúda no domicílio conjugal;

(1) Dir-se-ia que até os bolsistas incorrem nesta causa; mas parece que não podem deixar de nela estar incursos os que jogam na loteria.

3.º A condenação do cônjuge a pena perpétua;

4.º As sevícias e injúrias graves.

E não se contentou o legislador de 1910 em equiparar o adultério do marido ao da mulher para os efeitos civis, mas até os egualou para efeitos criminais (art. 61.º).

Que devemos pensar da profunda transformação introduzida no regime da família pelo decreto do divórcio, e dos termos em que foi realizada.

A primeira observação, que não podemos deixar de fazer, é que o divórcio, nos termos em que foi instituído entre nós, é não só uma causa dissolvente da boa organização da família, um ataque brusco à tradição inalterável e secular do direito português, mas além disso é uma ofensa aos salutares costumes da vida da família portuguesa.

Para se reconhecer como é profundamente verdadeira esta observação, basta ponderar que o autor do decreto de 1910 não fez mais nem menos do que transplantar para o nosso direito o sistema revolucionário da lei francesa de 1792, que foi repudiada pela própria França republicana, onde a lei de 1884 instituiu um sistema ainda mais restritivo que o do código de Napoleão, pois nem sequer admite o divórcio por mútuo consentimento, porque êste degrada o contracto de casamento equiparando-o a qualquer dos outros contractos, e quási que reduz a instituïção da família ao conceito anarquista da união livre.

Da lei portuguesa é que se pode pois dizer com justiça o que disse um autor francês: «Le mariage fonde la famille, le divorce la détruit» (1).

A lei francesa de 1792 não tem similar em nenhuma legislação moderna, a não ser talvez em alguns estados da América do Norte, onde aliás os costumes são completamente diversos dos dos povos europeus.

(1) Colin e Capitant, I, pág. 202.

E os países de costumes mais irmanados com os nossos, o Brasil, a Espanha e a Itália, nem mesmo admitem o divórcio restrito a causas determinadas e graves.

Se do campo abstracto do sistema da lei passamos ao terreno concreto dos resultados da sua aplicação, um espírito de profunda desolação invade e contrista necessàriamente a alma nacional: a praga dos processos de divórcio no tribunal da Boa Hora só tem de comparavel o enxame das acções de despejo das casas de habitação!

Mas, pondo de lado os abusos e os inconvenientes do divórcio, que dizer do próprio princípio da dissolução do casamento em vida dos espósos?

É necessário em primeiro logar afastar todas as considerações fundadas no carácter religioso ou puramente civil do casamento.

O problema, sendo essèncialmente de direito civil, tem de ter uma solução uniforme, igualmente aplicável a todos os cidadãos, independentemente das suas crenças religiosas.

É certo que muitas vezes surgem na vida conjugal situações graves e difíceis, resultantes de infelicidades ou de vícios de carácter de algum ou ambos os esposos, que tornam insuportável a vida em comum, de tal modo que se torna absolutamente indispensável a separação dos cônjuges.

Mas será necessário o divórcio ou será suficiente a separação de pessoas e bens?

Eis o problema — *That is the question.*

Os partidários do divórcio só podem apresentar um argumento, que verdadeiramente mereça êste nome.

Dizem que a situação de dois esposos separados, isto é, *casados sem o ser*, é falsa e penosa; conduz muitas vezes ao concubinato adúltero; é, por conseqüência, eminentemente perniciosa para os filhos, do mesmo modo que o seria o espectáculo quotidiano das misérias dum casal desunido mas jungido à cadeia pela intransigente severidade da lei. É pois melhor o divór-

cio, dizem: êle liquida, de uma vez para sempre, uma situação intolerável, abre aos esposos desgraçados a perspectiva de outras uniões mais afortunadas onde poderão talvez «reconstruir sôbre os destroços de um mau casamento duas famílias felizes».

Mas a isto respondem bem os autores franceses que não há certamente mais felicidade espalhada na sociedade francesa, depois que foi restabelecido o divórcio. Os esposos, que uma alma inquieta e impaciente a todo o constrangimento atormenta, debalde procurarão muitas vezes numa nova união a felicidade que não poderam alcançar na primeira. Por outro lado, será muitas vezes a perspectiva de uma dissolução possível, em caso de desinteligência, que dá ocasião aos motivos da discordia. Não há uniões sem nuvens. Muitos casais que, no tempo do casamento indissoluvel, triunfavam de crises graves mas em todo o caso resoluveis, chegando a realizar uma honrosa e útil vida de família, teriam certamente caído no divórcio, se êle existisse. Quantas desavenças conjugais se envenenam na hora actual, que se teriam apaziguado no império da antiga lei (1).

A possibilidade do divórcio tem além disso o inconveniente de dar ao espírito dos esposados, ainda antes do casamento, a impressão de que o vínculo matrimonial, sendo dissolúvel, não é compromisso grave, pois com a mesma facilidade com que se contrai também fácilmente se desfará, se se derem mal.

Emfim, a nossa consciência moral e jurídica diz-nos que a ordem e a estabilidade da família reclamam a revogação da lei do divórcio.

118. **Poder paternal.** — A instituïção do *poder paternal*, ou *pátrio poder*, é definida no art. 137.º do código: «Aos pais compete reger as pessoas dos filhos menores,

(1) Colin e Capitant, pag. 203.

protege-los e administrar os bens deles: o complexo dêstes direitos constitui o poder paternal».

O art. 138.º determina que as mães participam do poder paternal, e devem ser ouvidas em tudo o que diz respeito aos interesses dos filhos; mas é ao pai que, especialmente compete durante o matrimónio, como chefe da família, dirigir, representar e defender seus filhos menores, tanto em juízo, como fóra dêle.

E o art. 139.º dispõe que, no caso de ausência ou de outro impedimento do pai, fará a mãe as suas vezes.

O conceito do poder paternal no direito moderno está muito longe do conceito da *pátria potestas* do direito romano, que pertencia ao *pater*, ao chefe da família, e que êste exercia sôbre todos os seus descendentes, qualquer que fôsse a idade dêstes, com uma autoridade quási tão absoluta como sôbre os escravos, indo até ao *jus vitae et necis*.

No sistema do direito moderno o poder paternal é considerado como sendo essencialmente um *poder de protecção* devida aos filhos menores, concretizando-se por isso mais em deveres do que em direitos.

Deve, pois, substituir-se a noção do código, definindo-se o *poder paternal*, como o *conjunto de direitos e deveres que aos pais competem em relação à pessoa e aos bens dos seus filhos menores não emancipados*.

Se a definição do código peca pelo defeito da unilateralidade, na mesma imperfeição incorrem aqueles que se limitam a definir o poder paternal pelo conceito, aliás impróprio, das obrigações.

O poder paternal não é exclusivo do pai, como a denominação indica; mas pertence igualmente à mãe, embora o seu exercício pertença em primeiro logar ao pai (arts. 138.º, 139.º, 1185.º do código, e 39.º do decreto do casamento).

A expressão *poder paternal* é sinónima de *poder maternal* ou *materno* (art. 162.º).

Os poderes jurídicos ou atribuições, que formam o

conteúdo do poder paternal distinguem-se em poderes *pessoais* e *patrimoniais*.

Os poderes pessoais reduzem-se a três: *educação*, *representação* e *correcção*.

O poder de *educação*, que abrange naturalmente o sustento, guarda e direcção (art. 140.º e 142.º), bem como o de *representação* (art. 138.º), traduz-se principalmente em obrigações ou deveres.

O poder de *representação* tem por objecto o suprimento da incapacidade do menor (art. 100.º e 138.º), e consiste em o pai ou mãe intervir, em vez do filho incapaz, em todos actos de seu interesse, tanto judiciais como extra-judiciais.

O poder de *correcção* abrange não só o direito de punir ou castigar os filhos, com penas corporais, sendo necessário (art. 141.º e 142.º), mas ainda o de os fazer internar numa casa de correcção por tempo não excedente a trinta dias cada vez (art. 143.º).

O poder pessoal dos pais é ilimitado, em princípio; não está sujeito a cautelas preventivas; simplesmente, se dêle abusam, não só serão punidos criminalmente, mas serão inibidos do poder paternal (art. 141.º).

O poder pessoal dos pais foi profundamente modificado e restringido pela instituïção da *Tutoria da infância* criada pelo decreto de 27 de maio de 1911 e regulada pela lei de 24 de abril de 1912, e ainda pelo decreto n.º 6117, de 20 de setembro de 1919, que criou instituïções reformadoras e correctivas dos menores.

As *tutorias da infância* são tribunais especiais, essencialmente de eqüidade, destinados a guardar, defender e proteger os menores em perigo moral, desamparados ou delinqüentes, sob a divisa: «educação e trabalho».

Compete-lhes especialmente, como tribunais, julgar as causas civeis e criminais dos menores em perigo moral, e bem assim os indivíduos responsáveis pelos seus delitos.

Os arts. 17.º e seguintes do decreto de 27 de maio de 1911 estebelecem várias formas de inibição do poder paternal ou tutelar, abrangendo o exercício de parte ou de todos os direitos conferidos aos pais sôbre os filhos ou aos tutores sôbre os pupilos.

Os poderes *patrimoniais* dos pais sôbre os bens dos filhos menores não emancipados consistem em direitos de *propriedade*, de *usofruto* e *administração*:

a) pertence aos pais a *propriedade* dos bens, que os filhos adquirem enquanto estão em sua companhia, com o emprêgo de meios ou capitais pertencentes aos mesmos pais (art. 144.º);

b) pertence aos pais o *usofruto* dos bens, que os filhos, que estão em sua companhia, adquirem por seu trabalho, indústria e recursos próprios, ou por qualquer título gratuito (art. 145.º);

c) pertence aos pais *só a administração* dos bens doados ou deixados aos filhos, com exclusão do usofruto dos pais, e dos bens provenientes de sucessão, de que os pais foram excluídos por causa de indignidade (art. 146.º);

d) mas não pertencem aos pais nem o usofruto nem a administração:

1.º dos bens que os filhos adquirem por seu trabalho e indústria, vivendo sôbre si com permissão dos pais;

2.º dos bens que os filhos adquirem pelas armas, letras ou artes liberais, vivam ou não em companhia dos pais;

3.º dos bens que forem doados ou deixados aos filhos, com exclusão da administração dos pais (art. 147.º).

O *usofruto legal* dos pais sôbre os bens dos filhos justifica-se como compensação do encargo do sustento e educação em harmonia com a sua condição social e económica (art. 148.º).

O código (art. 149.º, n.º 3.º) retirava à mãe binuba o usofruto dos bens dos filhos, o que importava uma desigualdade injustificável.

Por isso a lei de 25 de agosto de 1913, chamada a *lei das binubas*, revogou o preceito do n.º 3.º do art. 149.º.

Embora esta lei traduzisse um princípio de justiça, compreende-se o mau acolhimento que teve numa grande parte da opinião pública, pois não é admissível êste processo de reformar monumentos legislativos como o código civil, por meio de leis avulsas para certas e determinadas relações jurídicas.

Já se tem entendido que a mesma lei também revogou tácitamente o art. 162.º, de modo que à mãe binuba, usofrutuária dos bens de filhos de anterior matrimónio, pertence a administração dos mesmos bens sem qualquer intervenção do conselho de família (1).

Se com esta doutrina se pretende dizer apenas que a mãe binuba mantem a administração dos bens a cujo usofruto tem direito, sem necessidade de deliberação do conselho de família, está bem, porque isso é axiomático.

Mas se se pretende afirmar que a mesma doutrina é aplicável aos bens de que os pais só têm a administração, parece-nos que está mal, porque não se pode dizer que há revogação tácita de um preceito de lei, sem que a nova lei lhe seja contrária, isto é, com êsse preceito incompatível.

Ora a referida lei de 1913, não só não é contrária à disposição do art. 162.º na parte relativa à administração dos bens excluídos do usofruto legal dos pais, mas nem sequer a estes bens se refere. Do mesmo modo também se não pode dizer que a referida lei tenha revogado os arts. 163.º e 164.º.

Depois da dissolução do matrimónio por morte, o

(1) Dr. Carneiro Pacheco, *Código civil actualizado*, I, pág. 157.

cônjuge sobrevivo continua a exercer o poder paternal, com as seguintes restrições:

a) deve requerer o inventário dentro de sessenta dias, sob pena de perder o usofruto legal (art. 155.°);

b) se à morte do marido a viúva ficar grávida, deve participar o facto ao juiz, para que seja nomeado o *curador ao ventre*, que durante a gestação administre os bens do nascituro (art. 157.°) (1);

c) o pai, que não estiver interdito do poder paternal, pode nomear em testamento um ou mais conselheiros, que aconselhem a viúva em certos casos, ou em todos aqueles em que o bem dos filhos o exigir (art. 159.°); e se a mãe não seguir o parecer do conselheiro, poderá ser inibida do poder paternal, nomeando-se um tutor (art. 161.°);

d) a binuba pode ser privada pelo conselho de família da administração dos bens dos filhos de que não tem usofruto legal, e sendo nela mantida pode ser obrigada a caução (art. 162.°); mas se tornar a enviuvar recobra o pleno direito de administração (art. 164.°).

Sendo o poder paternal a conseqüência da filiação, êle tem logar igualmente a respeito dos filhos perfilhados ou reconhecidos, excepto se os pais contestaram a acção em que foram convencidos, ficando então sujeitos à tutela, nos termos dos arts. 279.°-281.°; mas os pais não teem o direito de usofruto legal (art. 166.°).

O poder paternal suspende-se (art. 108.°):

1.° Pela incapacidade dos pais, judicialmente reconhecida; mas o pai demente conserva o usofruto (art. 169);

2.° Pela ausência dos pais;

3.° Por condenação criminal dos pais;

(1) A *curatela ao ventre* é instituïção arquaica, que de resto não tem sanção na lei.

E termina (art. 170.°):

1.° Por morte;

2.° Por condenação criminal;

3.° Pela emancipação ou maioridade.

Mas o n.° 3.° do art. 168.° e o n.° 2.° do art. 170.° estão revogados pelos arts. 74.°-81.° do Código penal.

119. **Tutela e curatela.** — Na falta ou insuficiência do poder paternal, torna-se necessária uma instituïção que o substitua ou o complete. Assim o código dispõe (art. 185.°):

«Na falta ou impedimento dos pais, é o poder paternal suprido pela *tutela*».

E vê-se pelas atribuïções do tutor (art. 243.°) e do conselho de família (art. 224.°), que a tutela é uma instituïção fundamentalmente idêntica à do poder paternal: abrange não só a *administração dos bens*, mas também a *regência da pessoa* dos menores.

E não é só para os menores mas também para os dementes não sujeitos ao poder paternal (art. 317.°, § 6.°), e ainda para os surdos-mudos (art. 337.°).

A *tutela* é, pois, a instituïção que tem por fim suprir a incapacidade dos menores e das pessoas equiparadas, na falta ou insuficiência do poder paternal.

Da tutela distingue-se a *curatela, curadoria* ou *administração* dos bens de certos incapazes, como os pródigos e os falidos, que conservam a capacidade de reger a sua pessoa. A distinção está em que a *curatela* abrange apenas a administração dos bens do incapaz.

O nosso código nem sempre respeitou esta distinção, pois chama *tutela* à *curatela* dos surdos-mudos (arts. 337.°-339.°), e chamava *curatela* ao suprimento da incapacidade dos condenados (arts. 355.°-358.°), que não se limitava à administração dos bens.

O código trata separadamente da tutela dos *filhos legítimos* (arts. 185.°-274.°), da dos *perfilhados* (arts. 275.°-278.°), da dos *espurios* (arts. 279.°-283.°), da dos

menores abandonados (arts. 284.°-293.°) e da dos *filhos de pessoas miseraveis* (arts. 294.°-296.°).

No Digesto a tutela era assim definida: *vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit.*

Mas nem sempre a tutela tinha sido concebida como um *regime de protecção* dos interesses dos menores.

Na Roma primitiva, como nos antigos povos germânicos, a tutela é um poder análogo ao pátrio poder, estabelecido em proveito do herdeiro varão; o seu fim principal era salvaguardar o património, impedindo que o incapaz podesse, por sua imperícia, desbaratar os bens herdados da sucessão paterna, que deviam ser conservados na família civil. A tutela era assim concebida como uma espécie de *presucessão* (1).

Esta concepção original foi porém já no direito romano clássico substituída pela idea moderna da protecção dos incapazes; esta transformação realizou-se pelo estabelecimento, em benefício do *impubere*, de garantias contra a má gestão ou infidelidade do tutor: obrigação de inventário e caução, limitação dos seus poderes, criação de um privilégio creditório sôbre os seus bens em favor do pupilo.

Entretanto a tutela romana tem uma feição muito diferente da moderna instituïção pupilar, que se compõe não sòmente do tutor encarregado de reger a pessoa e administrar os bens do pupilo, mas ainda de outros órgãos com a missão de dirigir e fiscalizar o exercício da função tutelar, e que por isso alguns autores chamam os *órgãos de alta tutela*. Ora no direito romano não havia estes órgãos de alta tutela (2). E a tutela acabava com a impuberdade, isto é, aos doze ou quatorze anos; o direito imperial para evitar os inconvenientes duma

(1) Brissaud, *Manuel d'histoire du droit privé*, pág. 162.
(2) Colin e Capitant, I, pág. 475 e 476.

capacidade muito precoce, prolongou a protecção dos menores até à idade de vinte e cinco anos pela instituïção da *curatela*, espécie de tutela complementar restrita à gestão do património do menor

Como dissemos, a tutela tem logar, não apenas na falta do poder paternal, mas pode coexistir com êle, quando seja considerada insuficiente a protecção paternal.

Em alguns códigos modernos, como o italiano (art. 241.°), alemão (§ 1773), suíço (art. 368.°), à semelhança do direito romano, a tutela só tem logar na falta do poder paternal.

No sistema do código francês a tutela coexiste com o poder paternal, não apenas excepcionalmente como no sistema do nosso código, mas sempre que falece um dos pais; o sobrevivo continua com o poder paternal, mas êste é em certo modo restrito à pessoa dos filhos; quanto aos bens institui-se uma tutela, que em princípio é igualmente atribuída ao pai ou mãe sobrevivos. Entendeu a lei que os interesses do filho seriam assim melhor defendidos; e que isto era necessário, primeiramente, porque a morte de um dos seus progenitores lhe transmitiu bens, que não possuia até aí, e depois porque a presença do predefunto constituia para o filho um suplemento de protecção, que era necessário substituir pelas garantias da organização tutelar (1).

O nosso código não foi tão longe, pois só excepcionalmente institui a tutela emquanto subsiste o poder paternal. É o que acontece:

a) quando entre os pais e os filhos surgirem conflitos de interesses, caso em que o juiz deverá nomear um tutor especial (art. 153.°); tratando-se de licitação de bens em inventário, compete ao conselho de família

(1) Colin e Capitant, I, pág. 475.

a nomeação de tutor especial para êste efeito (cód. de proc. civ., art. 746.º);

b) quando a mãe binuba não fôr mantida na administração dos bens dos filhos (§ ún. do art. 163.º).

Em vida dos pais só se institui a tutela quando eles forem inibidos ou interditos do exercício do poder paternal, por abuso dêste poder (art. 141.º), e quando a mãe binuba deixar de seguir, com prejuízo dos filhos, o parecer do conselheiro nomeado pelo pai (art. 161.º § ún.).

A função tutelar não é exercida apenas pela entidade *tutor*. A tutela é um organismo complexo, cujos órgãos são no sistema do nosso código (arts. 187.º, 188.º e 226.º): o *tutor*, o *protutor*, o *curador*, o *conselho de família*, o *juiz*, e o *conselho de tutela*.

Qual é a natureza da função tutelar, uma função pública ou um cargo particular?

O conceito romanista da tutela é o de *munus publicum*; e êste parece ser ainda o dos autores modernos que assinam à função tutelar os caracteres de *obrigatoriedade, gratuïdade* e *personalidade* (1).

No sistema do nosso código a tutela é *obrigatória*, pois «é um encargo, de que ninguém pode ser escuso, senão nos casos expressos na lei» (art. 186.º). E também é *pessoal*, porque não pode ser delegado, nem se transmite aos herdeiros. Mas *não é gratuita*, pois o tutor tem direito a uma remuneração, que não pode exceder cinco por cento dos rendimentos líquidos dos bens do menor (art. 247.º).

Por isso, e porque a tutela é instituïção de direito privado, já se tem entendido que a função tutelar é de carácter particular.

Mas, dada a obrigatoriedade do encargo da tutela, parece-nos que deve antes considerar-se como uma função pública.

(1) Colin e Capitant, I, pág. 478.

O *tutor* é a pessoa especial e directamente encarregada de reger a pessoa e administrar os bens do pupilo. Pelas atribuïções, que lhe confere o art. 243.º, vê-se que as suas funções são fundamentalmente idênticas às do poder paternal.

O *protutor* é a pessoa nomeada pelo conselho de família (art. 205.º), para promover e fiscalizar o exercício das funções do tutor, e substituí-lo só em caso de conflito dos seus interesses com os do pupilo (arts. 258.º e 261.º).

O *curador* e o *juiz* são os representantes da sociedade no organismo da tutela: o juiz é o do domicílio do menor (art. 188.º), e o curador é o agente do ministério público junto do juiz (art. 220.º); nas comarcas de Lisboa e Pôrto há um agente do ministério público especial, que tem o nome de *curador dos órfãos*. Ao curador compete velar pelos interesses e direitos dos menores, devendo sempre ser ouvido, e podendo exigir dos tutores e protutores todos os esclarecimento necessários (arts. 220.º e 221.º); e ao juiz compete ordenar as providências e decidir as questões relativas à tutela (art. 188.º); um e outro respondem solidàriamente pelas perdas e danos, que para o pupilo resultem de providências requeridas por um e ordenadas ou decididas pelo outro, ou ordenadas pelo juiz com a acquiescência do curador (arts. 222.º e 223.º).

O *conselho de família* é um pequeno grupo ou assemblea (cinco membros ou vogais, em regra) de parentes do menor, ou, na sua falta, de amigos dos pais (art. 207.º-209.º), a quem a lei confere a missão de deliberar sôbre os mais importantes assuntos da função tutelar (art. 224.º). É, no dizer de Colin e Capitant, o órgão superior da tutela, o conselho de direcção, de que o tutor é por assim dizer o agente executivo (1).

(1) Colin e Capitant, I, pág. 492.

Nesta concepção dos autores franceses, a organização da tutela seria inteiramente semelhante à organização política do Estado moderno, com os seus três poderes, legislativo, executivo e judicial.

Mas esta concepção não é inteiramente exata, pelo menos no sistema do nosso código, onde é admissível recurso das deliberações do conselho de família, para o *conselho de tutela*, e das dêste, quando contrárias às daquele, para o tribunal da relação (art. 226.°).

As atribuïções do conselho de família, umas *deliberativas*, outras meramente *consultivas*, classificam-se em três grupos:

a) *atribuïções relativas à nomeação do tutor dativo* (arts. 202.° e 203.°), à *confirmação do nomeado pela mãe* binuba, se é o marido dela (§ ún. do art. 193.°, e art. 224.°, n.° 5.°) ou do *tutor legítimo* (art. 201.°, § 2.°, e art. 224.°, n.° 2.°), à *nomeação do protutor* (art. 224.° n.° 4.°), à *confirmação da mãe binuba na administração dos bens dos filhos* (art. 224.°, n.° 1.°), e à *remoção do tutor* (art. 224.° n.° 6.°);

b) *atribuïções relativas à regência ou direcção da pessoa do menor*, como a *profissão do menor* (art. 224.°, n.° 7.°), a *sua prisão* nos termos do art. 143.°, § único (art. 224.°, n.° 12.°), a *sua emancipação*, na falta ou impedimento dos pais (art. 224.°, n.° 22.°, e 304.°, n.° 2.°), e *autorização para o casamento*, não sendo tutor o avô (art. 224.°, n.° 18.°, decreto do casamento, art. 5.°, §§ 3.° e 4.°), excepto tratando-se de menores sujeitos às tutorias de infância, porque em tal caso determina o decreto de 27 de maio de 1911 (art. 10.°, n.° 6.°, e 80.°) que o consentimento é da competência da respectiva tutoria;

c) *atribuïções de gestão do património pupilar*, conforme o disposto no art. 224.°.

O conselho de família funciona sob a presidência do juiz (art. 216.°), com a presença de três membros pelo menos (art. 217.°), com a assistência necessária do curador e do tutor (art. 215.°) e facultativa do protutor (art. 259.°); e as suas decisões são tomadas por maioria absoluta dos vogais presentes (art. 219.°), não tendo voto, portanto, nem o presidente nem os assistentes.

O *conselho de tutela* é um tribunal especial para o qual se pode recorrer das decisões do conselho de família (art. 226.°). Segundo o § 1.° do art. 226.° era composto do juiz, dos seus dois substitutos imediatos, e do curador dos órfãos, mas êste só com voto consultivo.

Depois o código de processo civil no art. 792.° modificou a composição do conselho de tutela, no sentido de o constituir tanto quanto possível com juízes de carreira.

Mas no *Diário do Govêrno* de 5 de novembro de 1910, publicou-se como extracto de um decreto com a data de 4, uma nota assinada simplesmente pelo director geral, sôbre a composição do conselho de tutela nas comarcas fóra de Lisboa e Pôrto, publicando-se ainda no *Diário do Govêrno* de 14 de novembro uma rectificação do mesmo extracto, determinando-se que aquele conselho será constituído, além do juiz proprietário, pelo presidente da câmara municipal e pelo substituto nomeado e, na falta do juiz proprietário, ou do substituto, pelo conservador da comarca, sempre com intervenção do curador dos órfãos; e, não podendo o conselho funcionar por falta de qualquer dos três membros, recorrer-se-á aos substitutos dos anos anteriores, pela sua ordem.

Ora, como o referido decreto nunca foi publicado no *Diário do Govêrno*, entendemos que não tem existência legal.

É um triste exemplo de modo como nos tempos modernos se reformam os códigos.

Relativamente ao modo de nomeação do tutor há três espécies de tutela: *testamentária*, *legítima* e *dativa*.

Tutela testamentária é aquela em que o tutor é nomeado em testamento ou por acto autêntico entre vivos, pelo pai, se a mãe é falecida ou está inibida do poder paternal, pela mãe, na falta ou impedimento do pai, e ainda por qualquer pessoa que deixe ao menor herança ou legado de valor superior ao património do pupilo, se os pais o não tiverem nomeado (art. 193.º e 197.º).

Tutela legítima é aquela em que o tutor é designado pela lei na falta de tutor testamentário (art. 199.º). Em tal caso determina o art. 200.º que o tutor será um parente pela ordem seguinte:

1.º Ao avô paterno;

2.º Ao avô materno;

3.º Aos outros ascendentes em linha recta, preferindo o paterno em igualdade de grau;

4.º Aos irmãos (deve suprimir-se o termo «varões», porque o decreto n.º 5647, de 10 de maio de 1919 revogou as disposições que declaram a mulher incapaz de fazer parte das instituïções pupilares), sendo preferidos os germanos aos consanguíneos, estes aos uterinos, e em cada uma destas classes os de maior idade;

5.º Aos irmãos do pai ou da mãe, preferindo sempre os da linha paterna, excepto sendo menos idóneos, e em igualdade de circunstâncias o mais velho.

A *tutela dativa* é aquela em que o tutor é nomeado pelo conselho-de família, na falta de tutor testamentário ou de parente em condições de ser nomeado tutor legítimo (art. 202.º e 203.º).

Nem todas as pessoas têem capacidade para a função tutelar *(exclusão)*; algumas que têem capacidade, sendo nomeadas, podem escusar-se *(escusa)*; e em determinadas circunstâncias podem os tutores, protutores e vogais do conselho ser destituídos *(remoção)*.

A *exclusão* é determinada no art. 234.º:

«Não podem ser tutores, protutores, nem vogais do conselho de família:

1.º Os interditos;

2.º Os menores não emancipados;

3.º As mulheres (mas êste número foi revogado pelo decreto n.º 5647 de 10 de maio de 1919, que equiparou a capacidade civil da mulher à do homem, salvo no que se refere à capacidade da mulher casada nas suas relações com o marido);

4.º Os devedores de soma considerável ao menor;

5.º Os que tiverem demanda com o menor, ou se a tiverem seus pais, filhos ou mulheres, sôbre objecto importante, e os que forem conhecidos como inimigos do menor ou dos pais dêle;

6.º As pessoas de mau procedimento, e que não tiverem modo de vida conhecido;

7.º Os que tiverem sido removidos de outra tutela, por falta de cumprimento das suas obrigações;

8.º Os juízes singulares, e o curador dos órfãos nos julgados do domicílio do menor, ou em que seus bens estiverem.

A *escusa* é regulada nos arts. 227.º-233.º.

O art. 227.º enumera os que podem escusar-se da tutela e da protutela:

1.º Os ministros de estado efectivos;

2.º Os empregados de nomeação do govêrno;

3.º Os militares, ainda que não sejam de patente; os reformados não poderão todavia escusar-se, se não se acharem empregados em serviço activo;

4.º Os eclesiásticos que tiverem cura de almas (mas, declarando o art. 4.º da lei da separação «que a república *não reconhece* culto algum», foi assim revogado êste número);

5.º Os que tiverem a seu cargo alguma tutela;

6.º Os que tiverem cinco filhos legítimos vivos;

7.º Os que tiverem setenta anos de idade;

8.º Os que padecerem moléstia crónica, que os impossibilite de saír de casa, e de tratar pessoalmente dos seus próprios negócios;

9.º Os que forem tão pobres, que não possam ocupar-se da tutela ou da protutela, sem grave prejuízo seu.

Dêstes motivos de escusa só se aplicam aos vogais do conselho de família os dos n.os 7.º e 8.º.

A *remoção* é regulada nos arts. 235.º-242.º.

O art. 235.º determina que «podem ser removidos da tutela:

1.º O tutor testamentário ou legítimo, que começou a exercer o seu cargo antes da convocação do conselho de família, e da nomeação do protutor;

2.º Os que não requererem nem promoverem o inventário nos termos da lei;

3.º Os que procederem mal na sua gerência, tanto em relação às pessoas, como em relação aos bens dos tutelados:

4.º Aqueles a quem sobrevier algum dos motivos indicados na secção precedente».

Falando a secção XII *só da remoção dos tutores e dos protutores*, poderia à primeira vista parecer que os vogais do conselho de família não podem ser removidos tanto mais que ao conselho de família é que compete deliberar sôbre a remoção.

Mas não é assim, porque a remoção dos vogais do conselho de família está evidentemente compreendida nos n.os 3.º e 4.º do art. 235.º. É, pois, ao juiz que compete julgar da remoção dos vogais de conselho de família (cód. de proc., art. 756.º).

O tutor é obrigado a prestar contas da sua gerência ou ao conselho de família, ou ao próprio tutelado em caso de emancipação ou maioridade (art. 249.º); se ficar alcançado, e não tiver bens por onde indenize o pupilo, incorre na responsabilidade do crime de furto, excepto se fôr ascendente (código penal, art. 431.º e 453.º). No caso de morte, interdição ou ausência do tutor, a obrigação de prestar contas pertence aos seus herdeiros ou representantes (art. 256.º).

A tutela termina com a maioridade, isto é, aos vinte e um anos (art. 311.º), salvo se o menor fôr interdito por demência ou por surdo-mutismo (arts. 313.º, 314.º, 317.º, § 6.º, e 337.º); e termina também pela emancipação, que habilita o menor a reger sua pessoa e bens como se fôsse maior (art. 305.º).

A emancipação resulta do casamento ou é concedida pelo pai, ou pela mãe na falta dêste, ou pelo conselho de família na falta de ambos (art. 304.º); e, nos termos do art. 60.º do decreto do divórcio, resulta também do divórcio dos pais, para os filhos que tiverem mais de dezoito anos.

A emancipação legal por virtude de divórcio tem igual aplicação no caso de anulação do matrimónio, por fôrça do art. 32.º do decreto do casamento: «Aos direitos e obrigações dos pais entre si e *a respeito dos filhos*, no caso de anulação do casamento, *serão aplicáveis as disposições análogas em matéria de divórcio*, e especialmente as relativas a alimentos, na parte não regulada pelo presente decreto com fôrça de lei».

Mas como deve entender-se o art. 60.º do decreto do divórcio, no sentido de só ficarem emancipados os filhos que já tenham os dezoito anos ao tempo do divórcio, ou de o serem também os que os atingirem depois?

A Conservatória Geral do registo civil e a Procuradoria Geral da República entendem que o art. 60.º *evidentemente* se refere só aos filhos que à data do divórcio já teem dezoito anos (1).

Pois nós entendemos que *evidentemente* se refere também aos que fizerem depois os dezoito anos, pela razão simples de que seria absurdo, ou pelo menos manifesto contrasenso, não emancipar igualmente estes filhos logo que perfaçam os dezoito anos, tanto mais

(1) Dr. Alfeu Cruz, *Colecção anotada de Legislação*, I, pág. 81; *Revista de justiça*, I, pág. 29.

que a forma gramatical do art. 60.º não exclue esta interpretação (1).

A emancipação por concessão dos pais ou do conselho de família só pode ter logar aos dezoito anos (art. 307.º). A emancipação por casamento pode ter logar para a mulher desde os dezasseis anos (art. 306.º); e, se o menor casar sem a necessária autorização, continua a ser considerado como menor quanto à administração dos seus bens (§ ún. do art. 306.º, e art. 51.º do decreto do casamento).

O regime da tutela dos filhos perfilhados é o mesmo da dos legítimos, só com a diferença de que o conselho de família é substituído por um *conselho de cinco visinhos*, nomeados pelo juiz entre os parentes ou amigos do pai ou mãe perfilhante (art. 276.º), e não há tutela legítima (art. 378.º).

Na tutela dos filhos espúrios ou incestuosos (art. 279.º-283.º) não há tutores legítimos; o protutor é o curador; as atribuïções do conselho de família pertencem ao juiz.

O código regula a tutela dos expostos e menores abandonados, cujos pais forem desconhecidos, nos arts. 284.º-293.º, dispondo que, até à idade de sete anos, estarão sob a tutela e administração das câmaras municipais, ou das pessoas que delas se encarregarem, sendo então postos à disposição do conselho de qualquer estabelecimento público de beneficência pupilar, ou magistratura que o substituir (art. 284.º e 285.º). As pessoas que deles se encarregarem serão seus tutores, sob a superintendência do conselho ou magistratura pupilar, que poderá emancipá-los aos quinze anos, ficando de direito emancipados aos dezoito (arts. 287.º, 289.º e 291.º).

(1) No mesmo sentido Dr. Carneiro Pacheco, *Código Civil Actualizado*, pag. 217 e 218.

Os arts. 294.º-296.º regulam a tutela dos filhos de pessoas miseráveis, determinando que serão entregues à protecção da municipalidade, que ficará sendo a sua legítima tutora emquanto estiverem a seu cargo.

Para que os princípios humanitários consignados no código, sôbre a tutela dos abandonados e dos pobres, produzissem os seus desejados e necessários efeitos, era indispensável que fôssem criados e devidamente regulamentados os adequados institutos de assistência pupilar, o que nunca se fez.

O decreto de 27 de maio de 1911, ampliado pelos decretos n.º 5611 de 10 de maio de 1919 e n.º 6117 de 20 de setembro de 1919, criou pomposamente a Tutoria da Infância e a Federação Nacional dos Amigos e Defensores das Crianças, destinadas a cuidar dos menores em perigo moral, abandonados, pobres, maltratados, desamparados, ociosos, vadios, mendigos, libertinos, contraventores ou criminosos, indisciplinados e anormais patológicos.

Mas a verdade é que tudo isto não passa de letra morta, pois que a lei de 24 de abril de 1912, que regulou a organização e funcionamento das Tutorias da Infância, quási se limita à instrução e julgamento dos processos relativos àqueles menores. E segundo o art. 13.º dessa lei as Tutorias da Infância são tutoras dos menores a seu cargo.

Como já dissemos, a tutela é uma instituïção de protecção legal; não só dos menores, mas também dos dementes. E o nosso código trata da tutela dos dementes, ou *interdição por demência*, nos arts. 314.º-336.º.

A situação jurídica dos dementes pertence ao mesmo tempo ao direito privado e ao direito público. Como dizem Colin e Capitant, suscita questões de *capacidade* e de *protecção legal*, e questões de *polícia* e de *liberdade individual*. A alienação mental, privando o indivíduo do uso da razão, torna-o incapaz de tomar parte no comércio jurídico. É pois necessário nomear-lhe

um representante, encarregado de exercer os seus direitos. E esta protecção é necessária, não sòmente quando a doença paralizou completamente a inteligência, mas também quando é interceptada por intervalos lúcidos, porque, se se deixasse entregue a si mesmo o indivíduo afectado de doença mental com períodos alternativos de crise e de inteligência, seria muito difícil anular os actos por êle praticados, sendo muitas vezes quási impossível provar que no momento em que os praticou se encontrava sob o império da loucura. Mas esta face do problema não é a mais grave nem a mais delicada. Na maior parte dos casos de loucura, é necessário internar o alienado num estabelecimento próprio para tratar os doentes da sua espécie. Surge então um problema angustioso: permitindo o internamento dos alienados, o legislador deve tomar todas as precauções necessárias para evitar o internamento requerido por parentes ávaros ou indignos (1).

Mas ao direito civil só pertence o primeiro aspecto do problema, isto é, a protecção jurídica dos alienados pela instituïção da tutela, a qual se realiza por meio da interdição por demência.

O direito romano considerava o louco absolutamente incapaz, emquanto estava sob o império da doença, e nomeava-lhe um *curador* para lhe ministrar os necessários cuidados e administrar os seus bens; mas reconhecia-lhe plena capacidade nos intervalos lúcidos, durante os quais êle podia proceder por si só, sendo válidos os seus actos (Inst. 1. 23. 3. 4.).

Foi para evitar as dificuldades práticas da separação e discriminação dos períodos críticos e dos intervalos lúcidos que o antigo direito francês formulou, e o nosso adoptou, o princípio da incapacidade constante dos alienados, uma vez declarada a demência.

(1) Colin e Capitant, I, pag. 572.

É assim que o art. 314.º determina:

«Serão interditos do exercício de seus direitos os *mentecaptos*, e todos aqueles que, *pelo estado anormal de suas faculdades mentais*, se mostrarem incapazes de governar suas pessoas e seus bens».

«§ único. Esta interdição pode aplicar-se a maiores, ou a menores, contanto que, neste último caso, seja requerida dentro do ano próximo à maioridade».

E o art. 334.º declara *nulos de direito* todos os actos e contractos celebrados pelo interdito desde o dia em que foi registada e publicada a sentença de interdição, se passar em julgado.

A acção de interdição por demência pode ser intentada por qualquer parente sucessível ou pelo cônjuge do desassisado (art. 315.º), ou ainda pelo ministério público, nos casos do art. 316.º.

Mas qual é positivamente a causa ou fundamento jurídico da interdição por demência, no sistema do código? Ou, por outras palavras, qual é o verdadeiro sentido e alcance do art. 314.º?

Problema de profunda investigação é êste, e de grande responsabilidade para os magistrados, pois é muito freqüente o espectáculo hediondo de parentes ávaros ou indignos a requerer nos tribunais, só por cobiça ou por ódio, a interdição por demência de pessoas de família com mais juízo do que os próprios requerentes.

Os autores costumam distinguir a demência civil da demência clínica, porque na verdade o conceito jurídico da demência é diverso do conceito médico, e sem dúvida muito mais amplo.

Emquanto que em psiquiatria o termo *demência* designa uma determinada forma ou espécie de doença mental (1), em direito significa toda a doença ou ano-

(1) As classificações mais geralmente adoptadas são as de Krafft Ebing e de Lombroso.

Krafft Ebing reduz as doenças mentais a quatro classes (*Trattato di Psicopatologia forense*):

malia mental, que torna o indivíduo naturalmente incapaz de se dirigir na vida.

Não é uniforme o sistema dos códigos na fixação do conceito jurídico da demência como causa de incapacidade. Uns, como o francês e o austríaco, especificam as doenças mentais que produzem incapacidade, reduzindo-as a três tipos: a demência pròpriamente, a loucura furiosa e a imbecilidade.

Outros, como o nosso, e estes são o maior número (italiano, alemão, suíço, brasileiro), referem-se dum modo genérico a todas as espécies de doenças mentais, que tornem o indivíduo incapaz de se governar.

É portanto inadmissível a interpretação restritiva, que já entre nós tem sido dada ao art. 314.º, no sentido do código francês (1).

Mas também não é aceitável a interpretação em sentido oposto, demasiadamente latitudinaria, que já se lhe tem dado, considerando-se como *demente*, para todos os efeitos jurídicos, «o indivíduo que mostre haver perdido a aptidão para *bem reger* sua pessoa e bens. E, segundo o consenso geral, sabe reger sua pessoa e

---

a) as que resultam do *incompleto desenvolvimento congenito dos órgãos cerebrais* (idiotia, imbecilidade, loucura moral);

b) as que resultam de *alterações substanciais do órgão encefálico de completo desenvolvimento* (delírio agudo, paralisia, *demência*);

c) as que resultam de *perturbação nas funções do órgão cerebral* (loucura aguda ou intermitente, melancolia, nevroses psíquicas);

d) as que resultam de *intoxicação do cérebro*, ou seja produzida pelo alcool (alcoolismo), pelo ópio (morfinismo), por metais, como o chumbo, o arsénico, o mercúrio (saturnismo), ou por algum virus infeccioso, como o da sifilis.

Lombroso formúla também quatro grupos (*Lezioni di Medicina Legale*):

a) *doenças mentais congenitas* (cretinismo, idiotismo, imbecilidade, matoidismo);

b) *doenças mentais adquiridas* (mania, melancolia, monomania, loucura circular, *demência*);

c) *nevroses com loucura* (paralisia geral, epilepsia, histeria);

d) *intoxicação com loucura* (alcoolismo, absintismo, morfinismo, cocaismo, saturnismo, pelagra).

(1) Dr. Dias Ferreira, *Código civil português anotado*, I, pag. 219.

bens o que mostrár cuidar da sua subsistência e dos seus, procurar servir os seus interesses e defender os seus haveres, nunca praticando actos contrários ao que se julga próprio da boa razão e do bom senso» (1).

A segunda parte desta interpretação é verdadeira, mas não a primeira, porque o art. 314.º não se contenta com a incapacidade de facto, mas referindo-se expressamente aos *mentecaptos*, aos afectados de um *estado anormal* de faculdades mentais, exige por conseqüência que a incapacidade seja resultante de *doença mental*.

Mas também não é aceitável a interpretação restritiva, que reduz a interdição por demência aos casos típicos de demência na sua acepção médica ou restrita (2).

A verdadeira interpretação do art. 314.º é a que considera *demência*, no sentido jurídico, toda e qualquer espécie de alienação mental em que o *doente se mostre incapaz de governar sua pessoa e seus bens* (3).

Mas esta interpretação deve ainda ser explicada ou completada, no sentido de que *não é suficiente* mostrar-se que num indivíduo afectado de qualquer doença mental se verifica a incapacidade; *mas é necessário*, além disso, que a doença mental e a incapacidade estejam entre si na relação de *causa para efeito*, isto é, que a incapacidade provenha efectivamente da doença mental, e não de qualquer outro defeito físico ou orgânico.

Mais simplesmente: os requesitos da interdição por demência não são apenas os dois, doença mental e incapacidade do doente, mas sim três:

1.º que o *interdicendo* esteja afectado de qualquer *doença mental*;

---

(1) *Coimbra Médica*, XIX, n.º 4, citado pelo Dr. Ferreira Augusto, *Assistência judiciária, serviços médico-legais, alienados, criminosos*, pág. 273 e 274.

(2) Dr. Lopes Vieira, *Manual de medicina legal*, pág. 433-437.

(3) Dr. Dias da Silva, *Processos civis especiais*, edição revista e actualisada pelo Dr. Alberto dos Reis, pág. 153.

2.° que *se mostre incapaz* de governar sua pessoa e bens;

3.° que *essa incapacidade seja causada pela doença mental,* e não por outro defeito orgânico.

A necessidade do terceiro requesito está expressamente consignada no art. 314.°, nas palavras «que *pelo estado anormal* de suas faculdades mentais *se mostrarem incapazes*».

Mas não resulta apenas da letra da lei. Resulta também, e necessàriamente, do sistema do código, como é fácil de ver.

Suponhamos que um indivíduo sofre de monomania da perseguição, que não afecta a sua capacidade. E' claro que êste indivíduo não pode por isso ser interdito por demência. Mas a êste indivíduo sobrevêm depois um acidente, que o torna surdo-mudo e incapaz. E' evidente que êste indivíduo pode ser interdito por surdo-mutismo mas não por demência.

Daí resulta, na verdade, que o sistema da nossa lei em materia de interdição é muito incompleto, porque regulando apenas a demência, a surdês-mudês e a prodigalidade, não tem protecção jurídica para as outras incapacidades orgânicas, e é excessivamente rigoroso para as incapacidades mentais, considerando-as todas absolutas, e não admitindo como alguns admitem a simples inabilitação para certos actos, que só poderiam ser praticados com a intervenção de um *conselho judiciário* (cód. fr., art. 499.°) ou de um curador nomeado pelo conselho de familia (cod. it., art. 339.°).

O código alemão (§§ 1910) previu a situação, instituindo uma curatela:

«Quando o maior, que não está sob tutela, não pode tratar, em virtude de doenças *mentais* ou *corporais*, de alguns dos seus negócios pecuniários ou de toda uma categoria deles, receberá um curador para estes negócios».

Dado o carácter jurídico da interdição por demência, compreende-se que a intervenção dos peritos medicos no processo (art. 317.° §§ 4.° e 5.°) deve ser um elemento de prova e informação para o juiz formar o seu juízo; a função pericial é puramente técnica e de consulta, mas não decisiva.

Sendo o interdito por demência equiparado ao menor (art. 321.°), é colocado sob o regime do poder paternal ou da tutela, conforme o que no caso couber (art. 317.°, § 6.°); de modo que, embora seja maior ou emancipado, se não fôr casado, e tiver pai ou mãe, não inibidos do poder paternal, o regime não será o da tutela, mas sim o do poder paternal (art. 322.°); sendo casado será tutor o cônjuge, salvo estando separado judicialmente ou de facto, ou sendo por outra cousa incapaz (art. 320.°, n.° 1.°).

A tutela legítima é deferida pela ordem do art. 320.°, n.os 1.°-3.°; o tutor dativo (art. 320.°, n.° 4.°) não pode ser parente sucessível.

O interdito não pode ser privado da sua liberdade pessoal, salvo em caso de acesso de furor e só pelo tempo indispensável, sem autorização do juiz, com audiência do ministério público e do conselho de família (art. 333.°).

O código regula a tutela dos surdos-mudos nos seguintes termos:

a) os surdos-mudos, que não tiverem capacidade necessária *para reger seus bens,* serão postos em tutela (art. 337.°);

b) a extensão e os limites *desta tutela* serão especificados na sentença, conforme o gráu da incapacidade do surdo-mudo (art. 338.°);

c) esta tutela regula-se pelas disposições aplicáveis da tutela dos dementes (art. 339.°).

Não basta, portanto, o facto do surdo-mutismo para se decretar a interdição do surdo-mudo; é necessário que se prove não ter êle a capacidade necessária.

E, com efeito, há surdos-mudos dotados de capacidade, sobretudo com os modernos processos de instrução dos anormais.

O sistema do código, presumindo a capacidade dos surdos-mudos, está muito longe do direito romano, que os considerava tão incapazes como os dementes: «Sed et mente captis, *et surdis, et mutis*, et qui perpetuo morbo laborant, quia rebus suis superesse non possunt, curatores dandi sunt» (Inst., 1. 23. 4); e até do código italiano, que diz no art. 330.°: «O surdo-mudo e o cego de nascença, quando atingirem a maioridade, reputar-se-hão *inabilitados de direito*, excepto se o tribunal os houver declarado hábeis para proverem às próprias cousas».

O projecto primitivo do código considerava incapazes os surdos-mudos analfabetos; mas a comissão revisora não aceitou esta doutrina, e com razão, pois pode haver e há surdos-mudos que, apesar de não saberem ler nem escrever, sejam bastantes inteligentes e capazes de manifestar a sua vontade por meio de sinais suficientemente expressivos. Entretanto a distinção entre surdos-mudos analfabetos ou não ainda tem importância para alguns actos jurídicos, como o testamento (arts. 1751.°, 1912.°, 1917.°, 1924.°), a aceitação da herança (art. 2026.°), etc.

O nosso código não admite a interdição com fundamento em outros defeitos orgânicos semelhantes, como a afasia e a cegueira, sendo, dentro do seu sistema, manifestamente ilegal a doutrina, que já entre nós foi sustentada de aplicar a interdição por surdês-mudês ao indivíduo que, embora esteja no gôzo das suas faculdades intelectuais, perdeu a fala e a vista (1).

(1) Dr. Dias Ferreira, *Cód. civ. anotado*, I, pág. 238; *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, XV, pág. 485. Em concordância com o nosso modo de ver: Dr. Dias da Silva e Dr. Alberto dos Reis, ob. cit., págs. 182 e 183; *O Direito*, XIV, pág. 163.

A tutela, quer dos dementes, quer dos surdos-mudos, termina com o levantamento da interdição, que pode requerer-se desde que cessa a causa que a determinou (art. 336.° e 339.°).

A *curatela* ou *curadoria*, não falando da administração dos bens do falido (Cód. de proc. com., art. 198.°, § 1.°), porque não pertence ao direito de família, abrange apenas os pródigos, os nascituros e os ausentes.

O código regulava também nos arts. 356.°-358.° a curatela de interditos de seus direitos civis por sentença penal condenatória. Mas estes artigos, bem como o art. 426.° do Código de processo civil, foram revogados pela Nova Reforma Penal, aprovada pela lei de 14 de junho de 1884, que aboliu o velho instituto da *morte civil* (Código penal, art. 74.°-83.°).

Por seu lado, a curatela do nascituro de viúva grávida ao tempo da morte do marido pode dizer-se caída em desuso; e de resto não tem importância, pois é de carácter provisório, e dura só emquanto durar a gestação (art. 157.°, § un.).

Só temos portanto que tratar da curatela dos pródigos e dos ausentes.

Sob o império do direito romano e do antigo direito francês, legislações dominadas pelo espírito da conservação dos bens nas famílias, a prodigalidade era considerada como uma verdadeira doença mental, muito próxima da demência. Por isso os pródigos eram susceptíveis de interdição judiciária como os alienados.

Entretanto reconhecia-se que era uma medida extrema, a que só devia recorrer-se em casos excepcionais. Na maior parte dos casos decretava-se uma espécie de *interdição parcial*, consistindo na nomeação de um *conselho judiciário* ou de um outro assistente análogo. Competia aos juízes proporcionar o remédio à gravidade do mal. Alguns pródigos eram absolutamente interditos de qualquer disposição; outros só o eram a respeito da alienação dos prédios; dava-se-lhes um sim-

ples conselho ou curador, sem o consentimento do qual não podiam contratar; havia outros que só eram embaraçados em uma certa categoria de actos, por exemplo, sendo-lhes proïbido intervir em qualquer processo sem o parecer por escrito de um advogado, que lhes era nomeado. Emfim o remédio variava com as circunstâncias; era a natureza de cada negócio que determinava a maneira de provêr às necessidades daqueles para quem estas providências eram necessárias (1).

O *direito revolucionário*, que aboliu as substituïções testamentárias por eivadas do espírito aristocrático, suprimiu também a interdição por prodigalidade pelo decreto de 2 de setembro de 1793.

Nos trabalhos da confecção do código napoleónico acentuou-se o espírito de reacção contra o direito revolucionário e de regresso às tradições da antiga França.

A questão da interdição por prodigalidade foi largamente discutida no Conselho de Estado. Contestou-se a oportunidade e até a legitimidade de qualquer medida restritiva da liberdade dos pródigos. A propriedade, dizia-se, não compreende o direito de usar e abusar? Como punir um homem, porque êle fez das suas cousas não o melhor, nem mesmo um bom uso, mas emfim um uso, que não era proïbido, e que lhe convinha a êle proprietário, senhor por êste título de dispôr da sua propriedade a seu bel prazer? Mas estas razões não convenceram o Conselho d'Estado. E a interdição dos pródigos foi votada. Depois, reconhecendo-se um certo exagêro no remédio, decidiu-se que eles pudessem ser protegidos por um conselho judiciário, cuja assistência lhes seria necessária para os actos mais graves e mais perigosos da sua gestão patrimonial, como pleitear, levantar empréstimos, receber um capital mobiliário e dar quitação, alienar e onerar os seus bens com hipotecas.

(1) *Nouveau Denizart*, v, v.° *Conseil nommé par justice*, § 2.°; Merlin, *Répertoire*, v.° *Prodigue*, § 1.°; Meslé, *Traité des minorités*, pags. 449, 453, 467 e segs.

Depois da promulgação do código a crítica contra as disposições relativas aos pródigos foi rigorosamente renovada. Alguns juristas, reproduzindo a tése sustentada perante o Conselho d'Estado, censuraram o código por ter abusivamente reprimido a liberdade do indivíduo (1); e alguns economistas afirmaram que os factos de prodigalidade, determinando um simples deslocamento de valores e favorecendo a circulação das riquezas, não são contrários ao interêsse social (2).

Estas considerações, dizem Colin e Capitant, teem certamente algum valor, mas não podem prevalecer contra as duas razões que no ponto de vista social defendem a lei francesa, e que se podem assim formular:

1.° Deve considerar-se em primeiro logar o interêsse da família e sobretudo dos descendentes, que teem bom direito à conservação dum património, que o pródigo muitas vezes recebeu dos seus ascendentes;

2.° A moralidade pública exige que os indivíduos incapazes de resistir aos impulsos da dissipação sejam defendidos contra os terceiros que possam abusar da sua fraqueza, arruinando-os em operações desonestas (3).

É interessante que no nosso antigo direito, à falta de leis explícitas sôbre a prodigalidade, seguia-se exactamente a tradição do direito francês, até mesmo a nomeação do *Conselho judiciário*, de que as nossas leis não falavam. Os pródigos eram interditos como os *mentecaptos* (Coelho da Rocha, § 379.°). E como o fim da interdição é obstar ao descaminho dos bens do interdito, e prevenir a ruína, em que êle poderia caír

(1) Batbie, *Revue critique de Législation et de jurisprudence*, 1866, vol. 28, pag. 132.
(2) Cauwès, *Cours d'économie politique*, I, n.os 415 e 424.
(3) Colin e Capitant, I, pag. 603.

com a sua família, se o juiz pelas averiguações e provas achasse que êste fim se obteria, inibindo-o apenas de alguns actos mais importantes, litigar, transigir, contraír empréstimos, passar recibos, alienar ou empenhar, podia nomear-lhe um *Conselho judiciário*, que lhe assistisse naqueles actos, sob pena de nulidade, sem o sujeitar a inventário nem aos outros termos da tutela (Coelho da Rocha, § 384.°).

Foi nesta orientação da incapacidade geral ou parcial dos pródigos, e em todo o caso restrita aos bens, que o código regulou a interdição deles, instituindo-lhes um regime de simples administração ou *curatela*, cujos órgãos são o curador ou administrador e o conselho de família (art. 340.° e seg.).

Assim o art. 340.° diz: «As pessoas maiores, ou emancipadas, que por sua habitual prodigalidade, se mostrarem incapazes de administrar seus bens, poderão ser interditas da administração dos ditos bens, sendo casadas, ou existindo ascendentes ou descendentes legítimos».

«§ único. Ficará ao prudente arbítrio do juiz avaliar, conforme as circunstâncias, se os factos, que se alegarem, são ou não suficientes para caracterizar a prodigalidade».

O art. 341.° determina que a interdição pode ser requerida pelos ascendentes ou descendentes, pela mulher, por qualquer parente desta, ou pelo ministério público, tendo o pródigo descendentes menores ou interditos.

E o art. 344.° dispõe que o juiz em sua sentença, conforme a gravidade dos factos, privará o pródigo da administração geral dos seus bens, ou conservar-lha-á inibindo-o simplesmente de certos actos, quando não forem precedidos da aprovação do curador, sendo nulos de direito (art. 349.°) os actos que o interdito praticar sem a devida autorização, se a sentença passar em julgado.

A curatela do pródigo é deferida em primeiro logar ao pai; na falta dêste, à mãe, com a anuência do conselho de família; e na falta da mãe, nomeará o juiz um curador, ouvido o conselho de família e o ministério público (art. 346.°).

Os administradores ou curadores dos bens do pródigo são equiparados aos curadores provisórios dos ausentes, com a diferença de que, sendo o pai ou a mãe, não haverá caução, e as contas serão prestadas com a assistência do interdito (art. 351.°).

O pródigo pode requerer o levantamento da interdição de cinco em cinco anos (art. 352.° e § único).

Para se decretar a interdição por prodigalidade não basta qualquer acto de esbanjamento ou dissipação perdulária, pois a lei exige a *habitual prodigalidade*. E para decidir em cada caso concreto, se os factos alegados como fundamento da acção são característicos de prodigalidade, é necessário atender às circunstâncias que se dão no arguido, como fortuna, posição social, meio em que vive, etc.

Na proposta apresentada pelo Visconde de Seabra à comissão revisora do projecto do código, e que era a do § único do art. 340.°, havia mais estas palavras: «tendo em vista que só pode ser julgado pródigo o que, tendo rendimentos bastantes para viver segundo o seu estado e condição, desfalca os seus mesmos capitais com despesas improdutivas e injustificáveis».

Mas, embora esta última parte não fôsse aprovada, o arbítrio do juiz não pode ir até ao ponto de deixar de dar à expressão *prodigalidade* o sentido que lhe é dado pela consciência geral da sociedade e pela doutrina dos jurisconsultos.

As ordenações definiam *pródigo* àquele que *desordenadamente gasta* ou *destroi a sua fazenda* (liv. IV, tit. 103, § 6.°), ou que *maliciosamente e sem razão desbarata ou alheia seus bens* (liv. IV, tit. 107).

Pereira e Sousa definia *pródigo* aquele que desar-

ranja seus negócios por uma despesa insensata, conseqüência ordinária do luxo e da corrupção de costumes (1).

Coelho da Rocha, Correia Teles, Meireles, e outros, consideravam pródigos aqueles que, sem conhecido desarranjo intelectual, são negligentes pelas suas cousas, e dominados da paixão pelo desperdício com despesas inúteis e excesssivas, dissipam ràpidamente, sem conta nem medida, sua fortuna, pondo-se a si e á família em perigo de ficarem reduzidos à miséria (2).

É sempre a mesma idea — desperdícios e despesas excessivas e injustificadas, com risco de comprometer o património — que se encontrava no texto de Ulpiano: *quia neque tempus, neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando e dissipando profudit.*

É emfim o significado etimológico, de *prodigere*, desperdiçar, malbaratar, dissipar (3).

E será suficiente que um indivíduo se mostre ser efectivamente pródigo, para poder ser interdito?

Não, porque o art. 340.º só permite a interdição dos *maiores* ou *menores emancipados*, que se encontram em algumas destas duas situações de família: ou serem *casados*, ou terem *ascendentes* ou *descendentes legítimos*.

Não podem, portanto, ser interditos: 1.º os *menores não emancipados*; 2.º os *solteiros, viúvos*, ou *divorciados que não tenham ascendentes ou descendentes legítimos*.

Compreende-se que o não possam ser os menores não emancipados, visto que não teem a administração do seu património.

(1) Pereira e Sousa, *Esbôço de um dicionário jurídico*, v.º *prodigalidade*.

(2) Coelho da Rocha, *Inst.*, § 379; Correia Teles, *Digesto Português*, II, art. 324.º, 325.º e 737.º; Meireles, *Reportorio jurídico*, n.º 2688.

(3) Dr. Dias da Silva, *Processos especiais*, ed. rev. pelo Dr. Alberto dos Reis, pág. 187.

Mas já o mesmo se não pode dizer dos solteiros, viúvos ou divorciados, que tenham ascendentes ou descendentes *ilegítimos*, visto que também estes parentes teem direito à legítima e a alimentos.

Por isso, e porque o art. 341.º dá legitimidade a *todos* os ascendentes ou descendentes do pródigo para requerer a interdição, e também ao ministério público, quando haja descendentes menores ou interditos, já em tempos se sustentou que a interdição podia ser decretada, mesmo quando o pródigo só tivesse ascendentes ou descendentes ilegítimos (1).

Mas esta doutrina foi justamente abandonada, por ser contrária à disposição expressa da lei (art. 340.º).

Deve, porém, reconhecer-se que é uma incoerência manifesta da lei, que urge remediar, sendo mesmo conveniente ampliar a disposição do art. 340.º no sentido de fazer da interdição por prodigalidade um regime de protecção, não só da família, mas ainda do próprio pródigo, afim de o defender contra um futuro de miséria.

É o sistema do código alemão, que no § 6.º equipara aos dementes os pródigos e os ébrios, ao contrário do direito inglês, que nem sequer admite a interdição dos pródigos.

120. **Curatela dos ausentes.** — A administração ou curatela dos bens dos ausentes tem logar sòmente quando se verifica o facto da ausência prevenido e regulado nos arts. 55.º e seguintes, isto é, o *desaparecimento de uma pessoa do logar de seu domicílio ou residência, sem que dela se saiba parte* (art. 55.º), ou como diz o art. 64.º, sem dela haver notícias.

Êste é o conceito próprio ou técnico da *ausência*, que se costuma chamar *ausência qualificada* ou *no sentido jurídico*, e é completamente distinto do conceito

(1) Revista de *Legislação e de Jurisprudência*, II, pag. 770 e 881, Dr. Dias Ferreira, *Código Civil Anotado*, 1.ª ed., I, pag. 343.

geral ou vulgar da ausência, significando êste apenas o facto da não presença no logar do próprio domicílio ou residência, ou em outro logar determinado.

Mas o código também em várias disposições, e para efeitos jurídicos diversos, emprega a palavra *ausência* considerada no sentido lato. Assim, nos arts. 390.°, 551.°, n.° 4.°, e 1536.°, n.° 3.°, emprega-se apenas no sentido geral ou vulgar; nos arts. 139.°, 1116.°, 1117.°, § único, e 1190.° emprega-se tanto no sentido geral como no sentido técnico (1).

Os elementos característicos da ausência pròpriamente dita são pois, como diz Ruggiero, o *desaparecimento de uma pessoa do seu último domicílio ou residência* e a *incerteza absoluta acêrca da sua existência;* e *ausente*, no dizer de Colin e Capitant, é o *indivíduo que deixou de aparecer no logar do seu domicílio ou da sua residência e cuja existência não é conhecida* (2).

A ausência põe em perigo os mais variados interesses: os do cônjuge do ausente, os dos filhos menores, os das pessoas com quem êle tem negócios (credores, sócios, etc.), e emfim os do próprio ausente, cujos bens correm o risco de se perder ou deteriorar. E o perigo aumenta à medida que se prolonga o estado de ausência. Todos estes interesses reclamam a intervenção do legislador.

Foi o código francês o que primeiro regulou com mais cuidado esta matéria (art. 112.°-143.°), que as antigas legislações desprezavam quási completamente. É que o problema oferecia um grande interêsse em 1804,

(1) Já tem havido dúvidas sôbre o significado da palavra *ausência* naqueles artigos; mas como observa o Dr. Alves Moreira, confrontando as diversas disposições do código, reconhece-se que é aquela a verdadeira doutrina — Dr. Alves Moreira, *Instituições de direito civil português*, I, pag. 210; *Rev. de Leg. e de Jur.*, XXXIV, pág. 261.

(2) Ruggiero, I, pág. 344; Colin e Capitant, I, pag. 430.

porque as guerras incessantes, a partir de 1792, tinham aumentado consideràvelmente o número dos ausentes. E embora nos tempos modernos a ausência qualificada seja um facto relativamente raro, em virtude do desenvolvimento das comunicações e do aperfeiçoamento das relações internacionais, que facilitam o conhecimento da morte ou da existência dos indivíduos desaparecidos, é entretanto certo que há sempre um grande número de ausentes, acêrca dos quais nada se sabe.

Quais devem ser, porém, as medidas de protecção a instituir?

A dificuldade do problema está na incerteza sôbre a sorte do desaparecido, pois não se sabe se é vivo ou morto.

Durante os primeiros anos de ausência tudo se deve limitar a medidas provisórias de administração dos bens, pois é de esperar que o ausente seja vivo e volte a ocupar-se dos seus interesses.

Mas à medida que a ausência se prolonga, as probabilidades de reaparição vão deminuindo, e então dois sistemas podem conceber-se: ou considerar morto o ausente, e abrir a sua sucessão; ou, pelo contrário, apenas consolidar as medidas provisórias tomadas durante o primeiro período, afim de conservar as cousas na espectativa do regresso sempre possível do ausente.

O segundo sistema é mais respeitador dos direitos do ausente que o primeiro. Teòricamente, êle é talvez mais defensável; mas pràticamente, é certamente inferior. Sob o pretexto de respeitar os direitos do ausente, êle compromete os dos terceiros, nomeadamente os do cônjuge, e conduz à instituïção dum regime complicado e embaraçoso. A prática tem demonstrado que êste luxo de precauções é quási sempre inútil. É infinitamente raro que um ausente reapareça; os ausentes são quási sempre indivíduos mortos, dos quais se ignora e ignorará sempre o momento em que morreram.

É certo que isto não era inteiramente exacto na

época da confecção do código napoleónico. Muitos soldados, captivos no extranjeiro durante as guerras da Revolução ou do primeiro Império, puderam voltar muitos anos depois. E o mesmo aconteceu a muitos emigrados e proscritos políticos que tinham fugido durante a Revolução. É o que explica o sistema adoptado pelos redactores do código francês, menos prático hoje, mas nesse tempo mais defensável, e de resto o que era tradicional em França (1).

A idea directriz do sistema do código francês é a seguinte: quanto mais dura a ausência, mais aumenta a presunção de morte; mas nunca se deve considerar o ausente como realmente morto, enquanto não se tem a certeza. Por conseqüência, a lei não dissolve o seu casamento, nem abre a sua sucessão. Contenta-se com medidas provisórias, que se tornarão definitivas se o ausente não torna a aparecer (2).

Pelo contrário, o direito germânico tinha adoptado desde há muito o sistema oposto; e o código alemão determina que se pode fazer declarar a morte dum indivíduo desaparecido, quando, passados dez anos, não há notícia alguma da sua existência; mas não é permitido proferir esta declaração sem expirar o ano em que o desaparecido deveria completar a idade de trinta e um anos; mas se o desaparecido já tiver passado a idade de setenta anos, pode ser decretada a declaração da sua morte, passados cinco anos de ausência (§ 14.º). A declaração de morte tem o efeito de fazer presumir que o ausente faleceu no momento fixado pela sentença da declaração (§ 18.º). Mas se o ausente volta, pode revindicar os seus bens (2031.º).

O código suíço seguiu um sistema semelhante.

(1) Brissaud, *Manuel d'histoire du droit privé*, pág. 619 e 620.
(2) Colin e Capitant, I, pág. 431.

O nosso código, seguindo o sistema do direito francês, dividiu a ausência em três períodos:

1.º *Ausência não excedente a quatro anos*, se o ausente não deixou procurador, ou *a dez*, se o deixou, contando-se o prazo a partir do desaparecimento ou da data das últimas notícias (art. 64.º); é o que os autores franceses e italianos chamam o período da *ausência presumida;*

2.º *Ausência excedente a quatro ou a dez anos;* é o que aqueles autores chamam a *ausência declarada*, mas *com carácter provisório;*

3.º *Ausência de mais de vinte anos* (art. 78.º, n.º 4.º), ou *de dez*, se o ausente deixou filhos (art. 91.º), ou *ainda de menor*, se o ausente já completou noventa e cinco anos de idade (art. 78.º, n.º 5.º); é o que os mesmos autores chamam a *ausência declarada, com carácter definitivo.*

Para cada um dos três períodos instituiu a lei um diverso regime do património do ausente, em harmonia com as maiores ou menores probabilidades de vida ou de morte, segundo as quais a presunção de morte vai aumentando progressivamente à medida que a ausência se prolonga e vai crescendo a idade do ausente. E assim temos:

1.º A *curadoria provisória* dos bens do ausente, que, em vista de simples ausência e da presunção de vida do ausente, tem o carácter de mera administração (arts. 55.º a 59.º).

2.º A *curadoria definitiva*, que, por existir já uma certa presunção de morte, consiste na entrega de todos os bens do ausente aos seus herdeiros ou legatários, para que os administrem como quiserem, não podendo, porém, aliená-los, a não ser que de outro modo não seja possível pagar as dívidas do ausente ou ocorrer a qualquer necessidade urgente do seu património (arts. 64.º, 66.º, 67.º, 71.º, 75.º, 76.º);

3.º A *atribuição do direito de propriedade aos*

herdeiros ou legatários investidos na curadoria definitiva, em conseqüência de se ter definitivamente estabelecido a presunção de morte (arts. 79.º-81.º); é uma verdadeira *abertura da sucessão do ausente*.

Entre nós, seguindo-se a terminologia francesa e italiana, denomina-se *posse definitiva dos bens do ausente* a situação jurídica do terceiro período da ausência (1).

Mas a verdade é que se não trata de simples posse, mesmo qualificada de definitiva, pois que a lei confere aos herdeiros e legatários do ausente o direito de dispôr dos bens como seus (art. 79.º), atribuindo-lhes um verdadeiro direito de propriedade, embora resolúvel (arts. 2167.º e 2171.º).

De resto, os próprios autores italianos aceitam esta doutrina, discutindo, sôbre a natureza dêste direito, se se trata de um direito derivado de uma verdadeira e própria abertura de sucessão, embora sujeita a resolução, ou de um direito de propriedade, mas revogável (2).

A diferença entre o sistema do nosso código e o dos códigos francês e italiano está em que no francês o segundo período de ausência começa aos cinco ou onze anos depois do desaparecimento ou das últimas notícias, e no italiano aos três ou aos seis anos; e tanto num como no outro dura pelo espaço de trinta anos.

Sistema interessante é o do código brasileiro, por que participa do sistema latino e do germânico. O primeiro período (curadoria dos ausentes) vai até dois ou quatro anos, conforme o ausente não deixou ou deixou procurador (arts. 463.º-469.º); o segundo período dá logar à abertura da *sucessão provisória*, que pode ser requerida pelos interessados; êste período dura trinta anos (arts. 469.º-481.º); no terceiro período tem logar a

(1) Dr. Alves Moreira, *Inst.*, I, pág. 213.
(2) Fadda e Bensa, em Windscheid, *Pandette*, I, pág. 725.

sucessão definitiva, que pode ser requerida mesmo antes de decorrido aquele prazo de trinta anos, se o ausente já conta oitenta anos de nascido, datando pelo menos de cinco anos as últimas notícias (arts. 481.º-483.º).

a) *Curadoria provisória.* Consiste na nomeação, feita pelo juiz do domicílio do ausente, de um curador, encarregado não só de administrar os bens do ausente, mas de o representar em juízo como autor ou como réu (art. 55.º, § 1.º, e 59.º). Pode ser requerida pelo ministério público e por quaisquer interessados na conservação dos bens (art. 56.º).

Para ser deferida são necessárias as seguintes condições: 1.ª desaparecimento; 2.ª falta de notícias; 3.ª falta de procurador ou representante legal; 4.ª necessidade de provêr á administação dos bens (art. 55.º).

O curador provisório recebe os bens por inventário e tem de prestar caução; não a podendo prestar, serão depositados os mobiliários que possam conservar-se utilmente, e vendidos em leilão os outros, para serem empregados em valores produtivos, com a devida segurança (art. 58.º). O curador tem cinco por cento da receita líquida que realizar (art. 61.º).

Não havendo curadoria provisória, se fôr intentada alguma acção contra o ausente ser-lhe há nomeado curador especial (art. 60.º).

A curadoria provisória termina (art. 63.º):

1.º Pela volta do ausente ou pela certeza da sua existência;

2.º Pela comparência de procurador ou representante legal;

3.º Pela certeza da morte do ausente;

4.º Pela instalação da curadoria definitiva.

b) *Curadoria definitiva.* Consiste na entrega dos bens do ausente aos seus herdeiros presumidos (art. 64.º), quer legítimos, quer instituídos em testamento (mesmo cerrado, art. 66.º), e aos legatários ou outras

pessoas que tenham direito a quaisquer bens que se encontrem no património do ausente (art. 67.º), não só para os administrarem convenientemente, mas para exercer todos os direitos patrimoniais do ausente (art. 71.º).

A curadoria definitiva só pode ser requerida por herdeiro legítimo ou nomeado em testamento público (art. 64.º), ou cerrado (cód. de proc., art. 411.º e § 6.º) e tendo já decorrido quatro anos desde o desaparecimento sem notícias ou da data das últimas notícias, ou dez anos, conforme não tiver ou tiver deixado procurador, podendo neste caso os herdeiros exigir que o procurador preste caução, se houver receio de insolvência, sob pena de lhe serem cassados os poderes (art. 64.º, § un.).

Se, depois de deferida a curadoria definitiva, aparecer algum herdeiro que, na ordem da sucessão, deva excluir aquele ou aqueles a quem a curadoria foi dada, poderá exigir a devida substituïção (art. 68.º).

Os curadores definitivos só podem receber os bens mediante inventário, e prestando caução; se a não prestarem, continuará a curadoria provisória, e, não a havendo, deverá instalar-se; e se justificarem falta de meios, poderão requerer metade dos rendimentos que haveriam, se tomassem conta dos bens (art. 69.º e 70.º). Os rendimentos a que teem direito os curadores definitivos são a quarta parte durante os primeiros dez anos depois do desaparecimento ou da data das últimas notícias do ausente, metade no período dos dez anos seguintes, e pertencem-lhes por inteiro se durante êste tempo não houver notícias do ausente (art. 73.º).

Os curadores definitivos, além da administração, teem o direito de dispôr dos bens mobiliários, salva a responsabilidade para com o ausente ou seus herdeiros; e podem alienar os imobiliários em caso de necessidade urgente (art. 76.º).

A curadoria definitiva abrange todos os bens que o

ausente tinha no momento do seu desaparecimento ou à data das últimas notícias (art. 71.º).

Mas não abrange aqueles que lhe tenham advindo posteriormente, e cujo direito seja dependente da condição de ser vivo o ausente, como, por exemplo, o direito a uma herança aberta depois da ausência, por que existindo já uma certa presunção de morte, não se sabe se efectivamente o ausente chegou a consolidar êsse direito de sucessão.

Assim se explica a disposição do art. 72.º: «Os bens e direitos, que eventualmente sobrevieram ao ausente, desde que desapareceu, sem dêle haver notícias, ou desde a data das últimas que dêle houve, e que sejam dependentes da condição da sua existência, *passam àqueles que seriam chamados a suceder-lhe,* se êle fôsse falecido».

Neste artigo há um êrro manifesto na expressão «*suceder-lhe*», que deve entender-se «*suceder-lhes*», «suceder *nesses bens*», e não suceder ao ausente.

Se não se entendesse assim, aqueles bens seriam também entregues aos curadores definitivos, quando a verdade bem patente é que o art. 72.º quer, pelo contrário, dizer que esses bens não entram na curadoria definitiva, mas devem passar ou ser entregues às pessoas a quem pertenceriam, supondo-se que o ausente já era falecido quando lhe advieram os ditos bens, não podendo portanto adquiri-los. Tratando-se de uma herança, por exemplo, os bens deverão ser entregues aos herdeiros do autor dela, e não aos do ausente.

De resto, a evidência desta interpretação modificativa ou correctiva do art. 72.º impõe-se necessàriamente pelo simples confronto do corpo do artigo com a doutrina dos seus parágrafos.

A curadoria definitiva termina (art. 71.º):

1.º Pela volta do ausente;

2.º Pela notícia da sua existência (continuando neste caso os curadores como provisórios, § un. do art. 78.º);

3.º Pela certeza da sua morte;

4.º Pelo lapso de vinte anos;

5.º Contando o ausente noventa e cinco anos de idade.

c) *Abertura da sucessão do ausente.* Como já vimos, decorridos vinte anos de ausência pròpriamente dita, ou tendo o ausente completado noventa e cinco anos, são os bens definitivamente entregues aos curadores, que ficam dispensados da caução e podem deles dispôr livremente, *como se o ausente tivesse falecido* (art. 79.º), sendo-lhes portanto atribuídos em direito de propriedade resoluvel.

A resolução dá-se a favor do ausente, se êle aparecer, e de seus descendentes ou ascendentes, que porventura apareçam; mas o direito destes prescreve decorridos dez anos desde o termo da curadoria definitiva (art. 80.º, § un.). Quaisquer outros herdeiros só podem resolver o direito dos curadores definitivos, se aparecerem dentro do período de vinte anos de ausência.

Em todo o caso os curadores definitivos só são obrigados a restituir os bens no estado em que se encontrarem, os subrogados no logar deles, ou o preço que hajam recebido pelos alienados depois dos prazos dos n.ºs 4.º e 5.º do art. 78.º (art. 80.º).

CAPÍTULO VIII

SUCESSÕES

SUMARIO:

121. — Sucessão e direito successório.
122. — Espécies de sucessão. Instituição de herdeiros e legatários.
123. — Pactos sucessórios.
124. — Fundamento do direito de sucessão.
125. — Sucessão testamentária.
126. — Sucessão legitimária.
127. — Sucessão legítima.

121. **Sucessão e direito sucessório.** — No organismo do direito civil a *sucessão* constitue um dos modos ou títulos da transmissão e adquisição dos bens ou direitos patrimoniais.

Pode, porém, êste termo significar diferentes conceitos. Assim, *latu sensu*, suceder a uma pessoa o mesmo é que tomar o seu logar, recebendo dela por qualquer título legítimo os direitos que lhe pertenciam. Neste sentido se diz que o comprador sucede ao vendedor, do mesmo modo que o donatário ao doador, pois que uns tomam o logar dos outros relativamente à cousa vendida ou à cousa doada.

Em tão amplo significado, a palavra *sucessão* aplica-se a todos os modos de adquirir a propriedade, chamados *adquiridos* ou *derivados*.

Mas considerada como um dos modos de adquirir direitos, a palavra *sucessão* tem um significado muito mais restrito, que é o *próprio* ou *técnico;* implica uma idea de morte e significa a transmissão da totalidade ou de uma parte da herança às pessoas a quem é devolvida, seja por lei, seja por testamento (art. 1735.°) (1).

Considerada no seu sentido técnico a sucessão reveste ainda dois diversos conceitos: o *subjectivo* e o *objectivo*, nìtidamente definidos por Coelho da Rocha. Objectivamente significa a universalidade ou massa de bens, que ficaram de um defunto com seus encargos; subjectivamente significa o direito de uma pessoa a receber esses bens (2).

No sentido objectivo a sucessão é o que pròpriamente se chama *herança* (art. 1737.°).

Do facto jurídico da sucessão resulta um dos mais importantes capítulos do direito civil, a que se chama *direito sucessório* (art. 1735.°-2166.°).

O direito sucessório pode também tomar-se nos dois sentidos, *subjectivo* e *objectivo*.

No sentido subjectivo deve ainda distinguir-se entre o *direito de suceder* e o *direito de sucessão*. O primeiro é a faculdade, ou qualidade virtual, que no momento da morte de outrem uma pessoa tem de receber a sua herança; o segundo é já o direito efectivo, realizado, que esta pessoa (herdeiro ou legatário) adquiriu, por sua expressa ou tácita aceitação, sôbre a herança ou sôbre as cousas que a compõem. Um é o direito em potência, *in habitu*, o outro é um direito *in actu* (3).

(1) Dr. José Tavares, *Sucessões e Direito Sucessório*, 2.ª edição, pág. 6.
(2) Coelho da Rocha, *Instituições*, § 333.
(3) Vitali, *Delle sucessioni testamentarie e leggitime*, I, n.° 9.

No sentido objectivo, o direito sucessório é o conjunto de princípios positivos, ou preceitos legislativos, que regulam a devolução da herança.

Da própria natureza da sucessão e do direito sucessório resulta que a transmissão da herança para o domínio dos sucessores (herdeiros ou legatários) depende, além de outras, de duas condições essenciais e fundamentais: a morte da pessoa em relação à qual o sucessor goza de direito sucessório, e a aceitação, expressa ou tácita, por parte dêste, sôbre o benefício da sucessão (2011.°, 2027.° e 2041.°).

Sendo indispensável, para a efectividade do direito sucessório, a sobrevivência dos sucessores ao falecido autor da herança *(de cujus)*, era necessário resolver por preceito expresso o complicado problema da sucessão entre pessoas falecidas em circunstâncias de se não poder determinar as que morreram primeiro.

O direito romano tinha já estabelecido a regra pela qual se consideravam mortas ao mesmo tempo: *non videtur alter alteri supervixisse*, tendo apenas o direito justinianeo admitido a presunção, para o caso especial de terem perecido no mesmo desastre pais e filhos, de que estes teriam morrido primeiro, se fôssem impúberes, e depois, se fôssem púberes (1).

O Código civil francês estabeleceu nos arts. 721.° e 722.° um complicado sistema de presunções, que se pode considerar condenado, tendo o nosso código seguido melhor doutrina, pois consignou no art. 1738.° a regra simples e lógica do direito romano, de que se reputam finados ao mesmo tempo o autor da herança e os seus herdeiros ou legatários, quando se não possa averiguar quais foram os que se finaram primeiro (2).

(1) Pachioni, *Corso de diritto romano*, II. pag. 91.
(2) *Sucessões*, pag. 7.

122. **Espécies de sucessão. Instituïção de herdeiros e de legatários.** — A sucessão divide-se em *testamentária* e *legítima*, ou *ab intestato*, conforme é deferida aos sucessores da herança por disposição de última vontade do seu autor *(testamento)* ou por disposição da lei (art. 1735.°, 1739.° e 1968.° e decreto de 31 de outubro de 1910).

Estas duas formas de sucessão não se excluem necessàriamente, e de facto coexistem freqüentemente na mesma sucessão.

Da sucessão legítima em geral destaca-se ainda a particular espécie que se chama *legitimária*, a qual é imposta por lei, mesmo contra a expressa vontade do autor da herança, a favor de certos parentes que são, na nossa lei, os descendentes e ascendentes em linha recta (art. 1784.° e art. 1.° do decreto de 31-X-910).

Estes parentes são os chamados herdeiros *legitimários*, *necessarios* ou *forçados*, porque teem direito a uma determinada parte da herança que se chama *legítima* e de que só podem ser privados, pelo próprio autor da herança, nos casos especiais que dão logar à *desherdação*, e que são taxativamente enumerados pela lei (art. 1875.° e seg.).

A *legítima* é definida e determinada pelos artigos 1784.°, 1787.° do código e 1.°, 4.° do decreto de 31-X-910, variando conforme os casos a porção de bens de que o testador pode livremente dispor e que se chama *quota disponível*. É claro que se não há herdeiros *forçados*, o testador pode dispor de toda a herança. A legítima, que no sistema do código era de $^2/_3$ para os descendentes e para pai ou mãe, foi pelo decreto de 31 de outubro de 1910 reduzida a *metade*. Por forma que, em regra a quota, disponível é hoje também de metade dos bens do autor da herança.

Para a determinação da quota disponível há que ter em conta as *dívidas* da herança e as doações que o autor da herança houver feito.

Dos artigos 1735.°, 1736.°, 1790.° e 2014.° do código resulta que da totalidade dos bens da herança se deduzem sempre as dívidas, sendo apenas sôbre esta diferença que se faz o cálculo da quota disponível.

Quanto às doações, determina o art. 1492.° que elas podem ser revogadas ou reduzidas por *inoficiosas*, isto é, se envolverem prejuízo da legítima dos herdeiros legitimários do doador, e que o cálculo da *terça (quota disponível)*, para o efeito de se saber se há ou não inoficiosidade, será feito pelo modo estabelecido no art. 1790.° § 1.°. E assim, sempre que à herança concorram herdeiros legitimários, é preciso somar ao valor dos bens deixados pelo autor da herança o valor das doações que êste houver feito, e deduzir dessa soma o valor das dívidas da herança. É sôbre êste total que se faz o cálculo da *legítima* e da *quota disponível*.

Relativamente aos efeitos distinguem os jurisconsultos duas espécies de sucessão — a *título universal* e a *título singular* ou *particular*, distinção esta que foi adoptada pelo nosso código, no art. 1736.° sob a terminologia de *herdeiros* e *legatários*. Êste artigo estabelece, entre as duas espécies, a diferença que se pode chamar objectiva e quantitativa: «Diz-se *herdeiro* aquele que sucede na *totalidade* da herança, ou *em parte* dela, sem determinação de valor ou de objecto. Diz-se *legatário* aquele, em cujo favor o testador dispõe de *valores* ou *objectos determinados*, ou de *certa parte deles*».

Esta distinção em confronto com o preceito do art. 1791.° é aparentemente clara, tendo-a explicado Dias Ferreira com estas palavras: «É manifesto que a determinação de *valor* e de *objecto* é a circunstância que distingue o legatário do herdeiro. Assim nas disposições, em que seja *certa* a quantia ou *determinado* o objecto, no todo ou em parte, existe *legado;* e nas disposições em que dependa da divisão do casal do

falecido o conhecer-se a quantia ou a porção dos bens com que se tem de preencher a parte deixada no testamento, existe herança» (1).

Mas como conciliar os arts. 1736.º, 1791.º e 1796.º? Todos preveem a mesma hipótese, isto é, a de o testador deixar uma ou mais partes aliquotas da herança, a terça, a quarta ou a quinta parte, por exemplo.

Examinando o problema, Dias Ferreira sustenta que tanto o art. 1791.º como o art. 1796.º teem de se entender sob o mesmo critério fundamental do art. 1736.º; e que portanto o art. 1796.º só se refere à hipótese de o testador ter deixado uma porção de bens cuja determinação de valor ou de objecto seja certa e determinada, excluindo assim a idea de parte aliquota; e que, portanto, o tercenário é sempre herdeiro (1).

Mas é de notar que anteriormente, no comentário art. 1169.º, procurando conciliar os arts. 1760.º e 1814.º, o grande comentador tinha admitido uma excepção a esta regra, sustentando que a única conciliação possível era considerar a *terça* como *legado* na hipótese do art. 1814.º, e como *herança* na do § 1.º do mesmo artigo, hipóteses que se compreendem ambas no preceito do art. 1760.º (2).

Nós entendemos que o art. 1796.º contem uma excepção às características legais do art. 1736.º para a hipótese de o testador ter disposto *só* de uma *certa parte* da herança, sem determinação de valor ou objecto, ou de mais do que uma parte, mas *não de toda a herança*, a favor de uma ou mais pessoas, que serão consideradas legatários, pois o testador revela assim a intenção de querer que elas fiquem só com essas partes, revertendo todo o remanescente a favor dos herdeiros legítimos. Na hipóse do art. 1791.º, pelo contrário, o testador tendo disposto, por partes, *de toda a herança*,

(1) Dr. Dias Ferreira, vol. IV, págs. 148-151.
(2) Dr. Dias Ferreira, III, pág. 195.

revela claramente a intenção de excluir os herdeiros legítimos, querendo que sejam seus herdeiros as pessoas que designou (1).

De resto, a verdade é que o art. 1796.º não tem explicação plausível, não serve para cousa alguma, se não fôr considerado como uma excepção ao art. 1736.º.

Quando o testador designa as pessoas que hão de suceder no seu património, pode portanto fazê-lo pelas duas fórmas que já determinamos, designando umas pessoas como *herdeiros* e outras como *legatários*.

A designação de certa pessoa como herdeiro, quando feita por testamento, é o que se chama *instituição de herdeiro* e quando feita como legatário, *instituïção de legatário*. A designação de herdeiro pode também ser feita pela lei, como já vimos, o que não acontece com a instituição de *legatário* que só pode ser feita pelo autor da herança.

Mas haverá alguma diferença de ordem subjectiva ou qualitativa entre as duas instituïções?

No direito romano a instituïção de herdeiro tinha uma significação própria, que hoje já não tem, apesar de a doutrina clássica manter o mesmo conceito, e que consistia em o herdeiro, além de suceder nos bens do defunto, representar e como que continuar a própria personalidade dêste. Mas hoje, que o herdeiro só idealmente representa o defunto nas obrigações patrimoniais inerentes à própria herança, o verdadeiro conceito da instituïção de herdeiro reduz-se a isto: designação da pessoa ou pessoas que sucedem no património do defunto.

No nosso código encontram-se porém certas diferenças. Uma delas, consignada nos arts. 1792.º e 1793.º, é assim enunciada pela doutrina civilista: o herdeiro sucede *in omne jus quod defunctus habuit*, e por isso responde pelas dívidas e encargos da herança, na pro-

(1) *Sucessões*, pag. 19.

porção da sua quota hereditária, emquanto que o legatário está isento desta responsabilidade, por isso mesmo que sucede sòmente *in rem aliquam singularem*.

Mas esta diferença fica muito atenuada pelo facto de ter de se entender o art. 1792.º de acôrdo com o art. 2019.º e § único, e do confronto resulta que o herdeiro não responde além das fôrças da herança, a não ser no caso de, tendo aceitado a herança pura e simplesmente, e incumbindo-lhe por isso fazer a prova de que a herança não contém bens suficientes para o pagamento dos encargos, êle não possa fazer essa prova.

Outra diferença consigna o código nos arts. 1852.º a 1854.º concedendo o direito de *acrescer* sòmente aos herdeiros. Mas também esta não é uma diferença essencial, tanto que não é reconhecida por alguns códigos, como o italiano e o brasileiro, que também admitem o direito de acrescer entre colegatários.

Portanto a idea fundamental é a mesma nas duas instituïções: suceder no património do defunto. (1)

A herança tem um significado técnico que é preciso pôr em relêvo.

Cada pessoa tem o seu património mais ou menos valioso, complexo de cousas e valores, positivos e negativos, que lhe pertencem exclusivamente, complexo ideal de actividade e passividade, que depois da sua morte fica a representa-la nas suas relações para com os seus sucessores e com terceiros. É o que o direito chama herança.

Esta unidade ideal é uma *universalidade de direito*, que pode existir sem objectos materiais, consistindo em meros direitos e podendo até liquidar-se em encargos (art. 1792.º e § ún. do art. 2019.º). Pelo contrário, o legado é uma *universalidade de facto*, complexo de cousas determinadas quer por quantidade, qualidade, número

(1) *Sucessões*, pag. 15.

e medida, quer por indicação específica, como o logar e natureza.

A herança abrange, e portanto os herdeiros sucedem em — todos os bens, direitos e obrigações do autor dela, que não forem meramente pessoais, ou exceptuados por disposição do dito autor, ou da lei.

A transmissão do domínio e posse da herança dá-se desde o momento da morte do autor dela (art. 2011.º).

Do complexo da herança não se transmitem, porém, três classes de direitos e obrigações: os meramente pessoais do seu autor, e os exceptuados, por determinação dêle ou da lei. Tais são o direito a alimentos (art. 172.º), tutela, pátrio poder, responsabilidade penal, a qualidade de testamenteiro (art. 1906.º), o usofruto, o uso e a habitação (art. 2241.º e 2255.º) etc.

O herdeiro, porém, por virtude da confusão hereditária dos patrimónios, responde por todas as dívidas e legados do autor da herança, nos termos dos arts. 1792.º e 2019.º. Como aplicação especial dêste princípio determina o art. 176.º que se transmite a obrigação de prestar alimentos, quando judicialmente pedidos ou prestados.

Os legados não entram na herança pròpriamente dita; são como que dívidas (art. 1792.º).

123. **Pactos sucessórios.** — A transmissão dos bens por sucessão pode fazer-se por duas formas: testamento e disposição da lei (art. 1735.º). Mas, de facto, nada obstaria a que se fizesse também por contracto. Esta forma de sucessão é, porém, proïbida pelos arts. 2042.º, 1453.º, 1735.º e 1754.º.

A proïbição da sucessão contractual é assim incluída na proïbição geral dos chamados *pactos sucessórios* ou *contractos de herança* — contractos sôbre a herança de pessoa viva.

Os pactos sucessórios são de duas espécies — *adquisitivos*, quando algum dos contratantes promete instituir, ou se obriga a aceitar a herança, e *renunciativos*, quando

algum dos contratantes se obriga a não instituir ou não aceitar. Abrangem quatro categorias: pactos de instituïção de herdeiro *(pacta de succedendo)*, quer simples, quer mútua *(pacta de mutua successione)*, pactos de renúncia *(pacta de non succedendo)* e, finalmente, pactos de disposição da herança de um terceiro.

Os pactos sucessórios já no direito anterior ao código eram, em princípio, proïbidos e portanto nulos. Exceptuavam-se: 1.º os que versassem sôbre a herança de terceiro, sendo consentidos por êste, ao qual ficava sempre livre mudar de vontade; 2.º os que contivessem doações para casamento *determinado*, ou fossem estipulados nos contractos ante-nupciais (1).

Porém o código todos expressamente proïbe (art. 2042.º), excepto os *de succedendo;* e na mesma ordem de ideas proïbe a compra e venda tendo por objecto o direito a herança de pessoa viva ou os alimentos devidos por direito de família (art. 1556.º). Mas por seu lado os pactos *de succedendo* são também proïbidos, como resulta das disposições combinadas dos arts. 1453.º 1735.º, 1754.º, 1809.º e 2042.º, visto que o pacto sucessório será, em geral, ao mesmo tempo adquisitivo e renunciativo: adquisitivo para um dos contratantes e renunciativo para o outro.

Determinando o art. 2042.º «que ninguém pode, *nem sequer por escritura ante-nupcial*, alienar ou obrigar os direitos que eventualmente possa ter a sucessão de pessoa viva», parece estar em desacordo com o art. 1171.º que permite a doação da totalidade ou parte da herança.

Dias Ferreira assim o entendeu, mas procurou harmoniza-los considerando o art. 2042.º como uma restrição ao art. 1171.º, no sentido de que aquele apenas viera

(1) Coelho da Rocha, *Instituições*, §§ 730.º e 731.º.

proïbir as alienações de herança a que o doador tivesse direito *eventual*. Portanto o esposado poderá validamente doar as heranças que provenham de pessoas de quem êle é herdeiro *necessário*. Neste caso o direito à herança não é eventual, é já um direito *certo* (1).

Fácilmente se vê que esta doutrina do comentador é inaceitável. O direito dos herdeiros, mesmo *necessários*, nem por isso deixa de ser eventual, porque embora eles sobrevivam ao autor da herança, podem por estes ser desherdados nos casos previstos no art. 1875.º.

No art. 2042.º introduziram-se as palavras «nem mesmo por escritura ante-nupcial» para significar que não mais seriam permitidos os pactos sucessórios renunciativos, permitidos pelo antigo direito (lei de 17 de agosto de 1761) nas escrituras ante-nupciais, como o de os dotados renunciarem às respectivas legítimas, contentando-se com o dote.

De resto, o art. 1171.º está até certo ponto de acôrdo com o art. 2042.º, emquanto declara irrevogável a doação de herança *só no caso de o doador dispôr por título gratuïto dos bens doados*, e portanto revogável por qualquer outro título legítimo, o que equivale a não ter o doador renunciado, alienado, nem obrigado, o seu direito à herança que de futuro lhe advenha.

Os pactos sucessórios não são, entretanto proïbidos em absoluto. É assim que, nos termos do art. 1243.º é lícito constituír uma sociedade universal, com todos os bens presentes e futuros, incluindo as heranças e legados, o que importa uma verdadeira alienação de herança de pessoa viva, sobretudo nas sociedades comerciais, as quais constituem uma entidade jurídica distinta da dos sócios (cód. com., art. 108.º).

Por outro lado os pactos *de succedendo* revivem

(1) Dr. Dias Ferreira, IV, pag. 395.

ainda nas doações para casamento (arts. 1167.°-1177.°), e como pactos sucessórios podem, até certo ponto, considerar-se as doações *intervivos* com reserva de usofruto, porque são verdadeiros legados, e os legados fazem parte da sucessão.

O nosso código admite também (art. 1457.°) o contracto de doação *causa mortis,* mas considera-o como disposição de última vontade.

E como deve entender-se o art. 2042.° na sua aplicação à herança dos ausentes?

A *Revista de Legislação e de Jurisprudência,* com o fundamento de que o ausente é considerado pessoa viva, emquanto não houver a certeza da sua morte, entende que devem considerar-se pactos sucessórios reprovados pelo art. 2042.° as convenções que teem por objecto a sucessão de um ausente, ainda depois do termo da curadoria definitiva (1).

Nós entendemos, pelo contrário, que terminada a curadoria definitiva do ausente nos casos dos n.os 4.° e 5.° do art. 78.° do Cód. Civ., a lei presume-o morto, para o efeito de chamar à sucessão os seus herdeiros. O art. 79.° é expresso, equiparando, para êste efeito, aqueles dois casos ao do n.° 3.°, isto é, à certeza da morte do ausente, permitindo expressamente aos herdeiros dispôr dos bens como próprios. E para a hipótese de o ausente aparecer, o art. 80.° simplesmente lhe confere o direito de rehaver os bens existentes, no estado em que se acharem, os subrogados no seu logar ou o preço que os herdeiros houverem recebido pelos bens alienados.

A conseqüência evidente é que a lei não considera naquelas condições o ausente como pessoa viva, sendo portanto inaplicável neste caso o art. 2042.° (2).

Tanto o nosso código como os que teem por fonte o código francês proíbem em princípio os pactos

(1) *Rev. Leg. e Jurisp.,* XVI, pág. 563.
(2) *Sucessões,* págs. 24-31.

sucessórios, mas conservam alguns casos especiais que a tradição impôs.

Êste princípio tinha sido já estabelecido pelo direito romano, que no entanto admitia a validade de muitos pactos sucessórios, como por exemplo: a divisão pelos filhos, em vida do pai, dos bens dêste, para evitar discórdias futuras; no caso da *societas omnium bonorum;* o pacto recíproco entre militares pelo qual a herança do que primeiro morresse passava para o outro contraente; o pacto relativo à herança de terceiro, que se conservou no nosso antigo direito, como vimos; as doações *mortis causa;* e por fim o próprio testamento sob a forma contractual *per aes et libram.*

No direito intermédio aumentaram os casos de validade dos pactos sucessórios, tendo o código francês voltado ao princípio da restrição a casos especiais. Mas da tradição guardou a ampla excepção relativa às doações para casamento, e consignou também a validade do pacto pelo qual o pai ou mãe dá em vida aos filhos naturais metade do que lhes pertenceria, com a obrigação de à sua morte eles não poderem exigir mais (art. 761.°), e a validade da divisão contractual dos bens que possuem, feita pelos ascendentes entre os seus descendentes (art. 1685.°).

Mas o código que mais longe levou a aversão aos pactos sucessórios foi o italiano.

Pelo contrário, o direito germânico favorece os pactos sucessórios, sendo a regra a sua validade.

Cimbali combate brilhantemente a orientação do código italiano reclamando, em nome da sciência e da experiência, a franca admissão dos pactos sucessórios (1).

Com efeito, as razões em que se baseia a proïbição dos pactos sucessórios não são de aceitar.

O argumento de que os pactos sucessórios, impli-

(1) Cimbali, *La Nuova Fase del Diritto Civile,* pág. 288-311.

cando o *votum captandae mortis*, devem considerar-se contrários à ordem pública e aos bons costumes, pode dizer-se abandonado, já não tendo sequer sido invocado pelos autores do código italiano.

Não é verdade que os pactos sucessórios tornem incerta a propriedade, pois que o sucessor só se torna proprietário à morte do cedente. Mais incerta a tornam os contractos válidos dependentes de termo ou condição. Nem podem reprimir o crédito imobiliário nem alterar a economia do sistema hipotecário, porque na Alemanha a experiência tem mostrado o contrário.

Também o facto de se renunciar pelo pacto ao direito inalienável de dispor por testamento não convence, porque também deviam ser abolidas as doações, nessa ordem de ideias, porque são irrevogáveis e por elas se transmite logo a propriedade.

A única objecção séria é a de que os pactos sucessórios são uma fonte de convenções lesivas para os herdeiros presumidos, arrastados por cobiça, ou por necessidade momentânea, a alienar um direito incerto por um equivalente certo mas de valor relativamente mesquinho.

Mas contra o perigo da lesão, poderia naturalmente instituir-se o remédio da rescisão, conclui Cimbali. Mas atendendo a que a rescisão é na prática difícil, afastamo-nos neste ponto de Cimbali, e concluímos pela defêsa do princípio consignado no art. 2042.º do nosso código, mas restrito apenas às legítimas, porque para o direito eventual dos herdeiros legítimos em geral, tratando-se de direitos tão duvidosos e aleatórios, dificilmente aparecerão contratadores (1).

124. **Fundamento do direito de sucessão.** — Apesar de o direito positivo de todas as nações cultas aceitar desde

(1) *Sucessões*, pag. 31-43.

há muitos séculos o instituto da sucessão, nas suas três formas (*testamentária*, *legítima* e *legitimária*), algumas escolas scientíficas se propõem destruí-lo, atacando-o nos seus fundamentos.

Os socialistas e alguns liberais, considerando a a sucessão como uma mera criação da lei, pedem a sua abolição completa, com o fundamento de que se consegue assim uma distribuïção mais equitativa das riquezas entre os homens.

Torna-se, pois, necessário justificar o direito sucessório individual.

A sua necessidade é provada, fóra de quaisquer teorias, pelo facto de ter sido sempre admitido pelas legislações de todos os povos, aparecendo as divergencias sòmente nas formas de sucessão admitidas. E por isso a maioria dos escritores se absteem de procurar a justificação teórica do direito sucessório.

Cimbali e d'Aguanno formularam duas engenhosas teorias, que no entanto não resolvem satisfatoriamente o problema.

Segundo Cimbali, o direito sucessório representa na ordem social a continuidade do gôzo dos bens utilizados e apropriados pelo homem, como na ordem fisiológica a geração representa a continuidade da vida humana. E a continuidade da vida humana implica necessàriamente a continuidade no gôzo dos bens, necessários à conservação e ao desenvolvimento progressivo da mesma vida (1).

D'Aguanno dando como assente em biologia e antropologia o princípio da hereditariedade bio-psicológica, segundo o qual os progenitores transmitem, pelo facto da geração, aos seus descendentes, não só os caracteres orgânicos, mas também as qualidades psíquicas, virtudes e defeitos, conclui daí, como corolário lógico,

(1) Cimbali, pag. 203 a 205.

conseqüência necessária, a transmissão hereditária dos bens (1).

O defeito destas teorias está em que a conclusão não resulta necessàriamente dos princípios estabelecidos, ainda que êstes se considerem verdadeiros. Além disso, a de d'Aguanno justificaria sómente a sucessão legítima, compreendendo a legitimária; e na de Cimbali verificar-se-ia o princípio da continuidade, ainda mesmo que a herança fôsse sempre deferida ao Estado, como querem os socialistas.

Cogliolo, na sua *Filosofia del Diritto Privato*, faz consistir a razão de ser do direito sucessório nos dois institutos combinados — a *propriedade* e a *família*.

Esta doutrina é realmente aceitável, mas tem o inconveniente de se referir já aos fundamentos próprios das diversas formas de sucessão.

O que importa, pois, é averiguar se há um princípio que justifique a necessidade do direito sucessório, tomado no seu conjunto, na sua unidade, e qualquer que seja a sua forma.

E há, com efeito. Esse princípio é o da propriedade individual.

Desde que a propriedade individual é reconhecida e garantida, é conseqüência necessária o direito sucessório individual.

O simples direito sucessório do Estado é inadmissível no regimen da propriedade individual, porque seria a negação dêste direito.

O proprietário que por sua morte não pudesse de algum modo transmitir o seu património, senão ao Estado, que não pudesse ter herdeiros individuais, designados por êle ou pela lei, não era verdadeiramente *proprietário*, no sentido jurídico.

(1) D'Aguanno, *La Genesi e l'Evoluzione del Diritto Civile*, n.º 177 e seg.

Seria simplesmente uma espécie de possuïdor e usofrutuário (1).

Demonstrada a legitimidade do direito sucessório, resta justificar cada uma das suas formas.

As duas formas gerais de sucessão justificam-se fàcilmente nos seus princípios fundamentais pelo direito de propriedade e pelo direito de família.

O primeiro justifica especialmente o direito de testar, e o segundo o direito dos parentes à sucessão do *de cujus*.

Não basta, porém, êste conceito fundamental.

É necessário, além disso, mostrar como daqueles direitos resultam as espécies do direito sucessório, tanto mais que só por eles fica ainda sem justificação a sucessão legítima do Estado, ou de algum dos seus agregados, universalmente admitida, na falta de herdeiros testamentários ou de parentes sucessíveis.

Para fazer esta demonstração concebeu Cimbali uma teoria muito interessante.

Cimbali admite também que o direito de sucessão se incarna e desenvolve no direito de propriedade, derivando as suas formas dos elementos construtivos dêste. Ora, o direito complexo de propriedade, além dos elementos objectivos que o compõem — direitos reais ou fraccionários — é ainda constituído por factores ou coeficientes, que em diversa proporção concorrem para a sua formação e garantia.

Êstes factores, que podemos chamar os elementos subjectivos do direito de propriedade, são, segundo Cimbali:

a) o elemento *individual*, que predomina na constituïção da propriedade, e porisso faz com que deva ser individual a sua administração;

(1) *Sucessões*, pag. 43-47.

b) o elemento *familiar*, que coopera com o chefe e com os singulares membros da família para a creação ou aumento de valor em que a propriedade se concretiza; e

c) o elemento *social*, como organismo jurídico e coordenador de todos os orgãos da convivência humana (indivíduos, famílias, associações e entes morais), que constitue também um factor ou coeficiente da propriedade, pelas garantias que realmente lhe assegura.

Em vida do proprietário todos êstes elementos comparticipam nas utilidades da propriedade: o proprietário administrando e dispondo como lhe convém; os membros da família alimentando-se e satisfazendo as necessidades da vida; e o Estado recebendo a contribuïção ou imposto proporcional ao seu valor, como compensação dos benefícios e serviços que lhe presta.

Á morte do proprietário resolve-se nos seus elementos o direito complexo de propriedade; dissolve-se a comunhão de direito sôbre os bens. É só então que cada um dos três factores reivindica para si a parte do direito que lhe pertence. De uma parte dos bens, correspondente à quantidade de trabalho e de sacrifícios que se supõe ter empregado o indivíduo para produzir o valor em que se concretiza a propriedade, pode cada um, a seu arbítrio, dispôr livremente a favor de quem quer que seja. É o que em direito se chama a *quota disponível* da herança.

A outra parte dos bens, variavel segundo o parentesco dos parentes sobrevivos, o grau de colaboração que se reputa terem tido na sua produção ou adquisição, e ainda segundo o grau de afeição e obrigações que os ligavam em vida, é necessàriamente reservada à família; ficando salvo, por consequência, ao proprietário, o direito de dispôr de todo o património, quando faltem os parentes com direito à reserva.

Esta *reserva*, assim chamada pelo direito francês, é o que entre nós se chama *legitima*.

Finalmente o Estado deve concorrer sempre, levantando uma quota da herança sob a forma de imposto de sucessão *(contribuïção de registo)*, a qual, de mínima que deve ser, quando os herdeiros são os parentes mais íntimos — *descendentes* e *ascendentes* — se torna sucessivamente maior, à medida que se vai atenuando, pela qualidade da linha e distância do grau, o vínculo de parentesco (1)

Esta teoria de Cimbali deve ser admitida na sciência do direito civil, como doutrina positiva e certa, quando convenientemente aperfeiçoada.

Com efeito, o conceito do elemento familiar no direito sucessório é necessàriamente diverso do que lhe atribue Cimbali. Na realidade dos factos a família não coopera, em geral, com o seu chefe na creação e valorização do património do casal; economicamente considerada, a família só concorre com encargos. Além disso, a teoria de Cimbali explica apenas a sucessão legitimária e não a que, na falta de disposição testamentária, é deferida a certos membros da família.

O elemento familiar deve considerar-se como um legítimo direito de expectativa — *Anwartschaft*, como lhe chamam os alemães — adquirido pelos parentes, pelo próprio facto da constituïção da família.

A família é instituïção fundamental da sociedade, e condição essencial da vida humana. Nela encontra o indivíduo a realisação suprema das condições morais da sua existência e desenvolvimento.

Se os membros da família não concorrem materialmente para a produção do património do seu chefe, concorrem em espírito, moralmente; os filhos são a maior parte das vezes o mais poderoso estímulo do trabalho dos pais.

Portanto, o Estado não faz mais do que traduzir em

(1) Cimbali, n.os 159, 160 e 161.

preceitos legislativos as leis da natureza, protegendo por todas as formas a instituïção da família, e reconhecendo aos parentes um direito potencial de sucessão recíproca. Não é porque eles tenham direito de compropriedade actual e efectiva. Mas é porque a instituïção da família estabelece entre os seus membros obrigações morais e sociais tão intensas, que a negação do direito de sucessão entre os parentes seria profundamente ofensiva da própria instituïção.

E assim definido o elemento familiar, está justificada não só a sucessão necessária mas tambem a sucessão legítima dos parentes, incluindo o próprio cônjuge sobrevivo.

E a sucessão legítima do Estado, ou de alguma instituïção pública, que só tem logar na falta de parentes sucessiveis, bem se justifica pela necessidade de pertencerem a alguem os bens deixados, e na teoria de Cimbali, porque, faltando os elementos individual e familiar, subsiste apenas o elemento social, isto é, o Estado ou alguma das suas instituïções.

Muitos escritores fundam a sucessão legítima na *vontade presumida do defunto,* interpretada, no silencio dele, directamente pelo legislador. E esta foi a inspiração do nosso código civil.

A teoria da vontade presumida é, porém, inexacta e imperfeita. Emquanto, por um lado, deixa de explicar a sucessão do Estado, e até a sucessão legitimária, à qual mesmo se opõe, reconhecendo implicitamente no defunto a faculdade de poder privar da herança os próprios descendentes, por outro lado, está em contradição com a realidade dos factos, porque em grande número de casos os defuntos não manifestaram expressamente a sua vontade, por serem inesperadamente surpreendidos pela morte, sendo de crer que, se a manifestassem, não seria a favor das pessoas que a lei chama à sucessão.

Porisso o espírito claro do nosso Coelho da Rocha

juntava à vontade presumida do defunto, como razões da sucessão legítima:

a) os inconvenientes de ficarem os bens *pro derelicto;* e

b) favorecer as famílias, que como sociedades elementares teem um motivo de preferência (1).

As duas formas gerais de sucessão — *testamentária* e *ab intestato* — teem sido vivamente criticadas.

Foram ambas defendidas pelos primeiros escritores da escola do direito natural (Hugo Grotius, Puffendorf, Wolf), mas dentro da própria escola apareceram escritores, como Kant, Fichte e outros, que impugnaram o fundamento scientífico do direito sucessório, afirmando que nem uma nem outra forma de sucessão se fundava em direito natural. Impugnavam a sucessão testamentária, porque a morte extingue todos os direitos do homem — *mors omnia solvit* —, e combatiam a sucessão legítima com o fundamento de que não se podia explicar pela compropriedade, porque tornaria inadmissível o repúdio da herança, nem pelas regras dos contractos, porque seria um contracto com condição suspensiva sem objecto no momento da sua realização, que teria logar quando a morte privava o autor da herança de todos os direitos.

E Bynchershoeck, alegando que todo o direito de propriedade se resolve afinal na posse, que cessa com a morte, cessando portanto o direito de disposição dos bens, concluía que, falecido o indivíduo, a sua herança ficava vaga, sendo permitido a todos ocupá-la por direito natural (2).

As modernas críticas não envolvem já as duas formas, excepção feita da doutrina socialista, limitando-se

(1) Coelho da Rocha, *Inst.*, § 334. — Cfr. *Sucessões*, pág. 47-52.
(2) Bynchershoeck, *Observationes juris romani*, liv. II, cap. 3.

uns a criticar a sucessão testamentária para melhor defenderem a sucessão legítima, e outros a criticar esta em defesa daquela.

Contra a sucessão testamentária alega-se que não tem fundamento scientífico, representando uma mera e arbitrária criação da lei, e que é fonte de abusos e causas de discórdias no seio das famílias.

Também os escritores da escola antropológica, como d'Aguanno e Puglia, baseando o direito sucessório exclusivamente na hereditariedade bio-psicológica, concluem que só excepcionalmente deve ser reconhecida a faculdade de testar (1).

Mas sob o ponto de vista jurídico, a sucessão testamentária está plenamente justificada na bela teoria de Cimbali; e sob o ponto de vista das considerações práticas, tem-se judiciosamente observado que ela representa um importantissimo factor de progresso, e que a proibição de testar traria grandes inconvenientes e daria logar ao absurdo.

Além disso a historia mostra a necessidade e as vantagens da sucessão testamentária, pois não só tem sido universalmente reconhecida desde as XII Táboas, como até alguns dos povos mais fortes e avançados na civilisação (Inglaterra e Estados-Unidos) a admitem ilimitadamente.

Pelo contrário, Stuart Mill e Montesquieu atacam não só a sucessão legítima em geral, mas até a instituïção da *legítima*, em homenagem ao princípio absoluto da liberdade de testar.

A sucessão testamentária, dizem, é conseqüência incontestável do direito de propriedade, mas a sucessão legítima, incluindo a legitimária, apenas tem por base uma errada interpretação dos deveres de família. Os pais já fazem bastante assegurando aos filhos a sua

(1) D'Aguanno, n.º 184.

subsistência e a sua educação, dizia Stuart Mill, e àqueles fica ainda o direito de os beneficiar mediante os legados que julgar convenientes. Tudo o mais é prejudicial aos próprios filhos e à sociedade, pois que àqueles tira o estímulo e a virtude do trabalho, e a esta cidadãos úteis e laboriosos. (1)

E Montesquieu afirmava também: «La loi naturelle ordonne aux pères de nourrir leurs enfants; mais elle n'oblige pas de les faire héritiers». (2)

Também Le Play nas suas obras *Réforme sociale* e *Organisation du travail* defende a tese da liberdade ilimitada de testar em homenagem a outros princípios — a autoridade do *Pater familias* e o interêsse social da grande indústria.

Comtudo o instituto das legítimas, além de ser consagrado em todos os povos modernos, cuja legislação derivou mais directamente do direito romano, é defendido pelos mais brilhantes renovadores do moderno direito civil, que até propugnam a sua generalização ao cônjuge sobrevivo e aos parentes colaterais de gráu mais próximo. (3)

A instituïção da legítima foi brilhantemente defendida pelo eminente professor Dr. Lopes Praça, nos termos seguintes:

«Qual é, pois, o fundamento da legítima invocado pelos melhores jurisconsultos?

É a conservação das familias, e, como conseqüência, a conservação da sociedade. Interessa sem dúvida àqueles a quem é atribuída, mas tem um fim mais elevado e de ordem superior e geral.

«As condições essenciais da existência da família são a propriedade, o casamento permanente, e a trans-

(1) Stuart Mill, *Principii di Economia Politica*, na Biblioteca dell'Economista, 2.ª série, vol. XII, págs. 599 e seg.
(2) Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. XXVII, cap. VI.
(3) Cimbali, pág. 252 e seg.; d'Aguanno, n.os 181 e seg.

missão dos bens assegurada pelas legítimas. Sem a legítima, a subsistência das famílias seria inexplicável. A família é incompatível com o comunismo, com a poligamia e com a plena e sistemática imprevidência pelo futuro.

«Referimo-nos à familia no sentido mais elevado.

«Não se argumente com o carácter absoluto do direito de propriedade; êste direito, como qualquer outro, deve ser delimitado, isto é, manifestar-se no seu plano legítimo de acção. Ora os limites naturais dêsse plano são a família, para a qual e pela qual o trabalho existe. Todo o exercício do direito de propriedade que comprometesse a família seria ilegítimo e dissolvente; sem a legítima faltaria à família a necessária coesão, sendo como é a familia uma condição integrante do direito de propriedade, visto que êste direito mantém a família, e por seu lado é a família que mantém, avigora, engrandece e conserva a propriedade.

«Não devemos confundir a liberdade de testar, ou as garantias que asseguram o exercício voluntário de um direito, com a amplitude dêsse direito além da sua esféra legítima.

«Ás restrições crescentes da liberdade de testar corresponde, diz M. Gide, no direito italiano, um desenvolvimento sempre crescente de todas as outras liberdades civis.

«Tem-se dito que a legítima é contrária à autoridade paterna. O respeito pelo chefe da família pode assegurar-se e conciliar-se independentemente do regimen das legítimas. Além de que lá fica a quota disponível para os pais aplicarem no sentido que julgarem melhor.

«Quanto à influência que as legítimas podem exercer na grande cultura, basta considerar que as vantagens desta ainda se controvertem — *Latifundia perdidere Italiam.* Depois uma questão social e moral de tanta importância, como é a família, não deve resolver-se por uma teoria industrial.

«Há mais: a generalização das legítimas mantém entre os filhos uma certa igualdade em contradição com as antigas sucessões privilegiadas, e obsta a que muitas vezes as heranças vão cair nas corporações de mão morta; obstando à grande cultura, e sendo um estímulo para a cultura intensiva, adapta-se melhor aos governos livres» (1).

As considerações expostas, combinadas com a teoria de Cimbali, determinam realmente a convicção de que todas as três fórmas do direito sucessório correspondem a necessidades sociais impreteríveis, e de que, por conseqüência, o direito não pode deixar de as reconhecer, sem embargo de países fortes, como a Inglaterra e os Estados-Unidos, terem dispensado a instituïção da *legítima*.

Êste facto não prejudica o rigor scientífico e o valor prático da instituïção, pois é sabido como a índole dêstes povos é fundamentalmente distinta da dos povos da raça latina, e como os seus costumes só muito excepcionalmente admitem as ofensas aos interesses das famílias.

Admitido o princípio da coexistência das três espécies de sucessão, importa determinar o gráu de preferência que se lhes deve dar.

A questão do mérito relativo das três espécies de sucessão pode ser considerada sob diversos pontos de vista: em relação ao seu gráu de generalidade; em relação à prevalência de umas sôbre as outras; em relação ao valor quantitativo do objecto da sucessão.

Em relação ao gráu de generalidade afirmou Pisanelli, no seu relatório sôbre o terceiro livro do código

(1) Dr. Lopes Praça. *Lições de Direito Civil* (litografadas,) 1894-95, pág. 56-58.

civil italiano, que a sucessão legítima constitue a regra, a testamentária a excepção; pois que aquela é uma necessidade social, emquanto que esta pode ou não verificar-se.

Mas, observa Cimbali, é certo no entanto que a excepção vence a regra, a sucessão testamentária prefere à legítima no sentido de que esta só tem logar quando falta, no todo ou em parte, a disposição dos bens por testamento (1).

A preferência da sucessão testamentária, no ponto de vista da generalidade, subsiste mesmo a respeito da sucessão legitimária, pois que ela pode verificar-se em todas as pessoas, pelo menos na parte disponível da herança, emquanto que a sucessão legitimária só pode dar-se entre pessoas cujo parentesco ou laço de família seja bastante íntimo para conferir direito á legítima.

Relativamente ao gráu de preferência, o princípio geral derivado da teoria orgânica do direito sucessório, é que as espécies de sucessão teem igual valor relativo, pois que devem coexistir umas com as outras, representando os três elementos subjectivos da propriedade. Pode, porém, prevalecer a sucessão testamentária sôbre a legítima, ou vice-versa, conforme a preponderância do elemento individual, ou do familiar, ou do social. Assim, se o indivíduo renuncia ao seu direito testamentário, deixando de dispôr dos bens, no todo ou em parte, prevalece a sucessão legítima dos parentes, e na falta dêstes, a do Estado. Se, pelo contrário, o indivíduo faz testamento, dispondo de todos os bens ou da maior parte, e não há parentes com direito à reserva, fica prejudicada a sucessão legítima.

O que a sucessão testamentária não pode é excluir a sucessão legitimária, que tem logar mesmo contra a

(1) Cimbali, n.º 164.

vontade expressa do autor da herança, a não ser que os herdeiros necessários se tornem incapazes, por algum motivo de indignidade, que justifique a sua deserdação.

Relativamente ao valor do objecto da sucessão, o problema depende da maior ou menor importância que tiverem os elementos individual e familiar, não falando do elemento social, que na doutrina universal do direito civil é considerado como o de menor valor.

Assim, no confronto entre a sucessão testamentária e a sucessão legítima em geral, voluntária, por depender do arbítrio do falecido autor da herança, o problema não oferece dificuldades; a sucessão que prevalece é a testamentária, pois que a legítima só tem logar na falta daquela ou na parte do património de que o testador não dispôs.

Mais difícil é, porém, a solução do problema, no confronto da sucessão testamentária com a forçada ou necessária.

Qual deve ser a parte do património de que o autor da herança pode dispôr, e qual a que por lei é reservada aos herdeiros? Mais simplesmente: quanto deve ser a *parte* ou *quota disponível* da herança, quanto deve ser a *legítima?*

Eis uma questão que tem sido muito diversamente resolvida pelos legisladores dos diferentes países e cuja discussão tem o seu logar próprio no estudo da sucessão legitimária.

Neste logar só nos cumpre fixar o critério ou o princípio fundamental que deve inspirar uma boa organização do direito sucessório.

O problema depende simplesmente duma exacta interpretação e aplicação da teoria orgânica do direito sucessório, e especialmente do valor do elemento familiar na constituïção do direito à legítima.

Tratando-se da relação sucessória entre uma pessoa e seus descendentes, não pode duvidar-se de que ao elemento familiar deve conferir-se um direito maior,

devendo, portanto, ser a legítima muito superior à quota disponível. Se se trata de direito sucessório dos ascendentes em relação aos descendentes, a solução deve igualmente fundar-se sôbre o valor relativo dos elementos individual e familiar, e a conclusão seria considerar-se a parte disponível pelo menos igual à legítima.

E assim poderia justificar-se a doutrina consignada nos arts. 1784.° § único, 1786.° e 1787.° do nosso código civil.

Diverso foi, porém, o critério do decreto de 31 de outubro de 1910, que revogou estes artigos do código civil, reduzindo a metade a legítima dos pais e descendentes, e a um têrço a dos avós.

Mas se atendermos ao princípio da reciprocidade, que deveria constituír elemento fundamental nos direitos da sucessão legítima, a conclusão é que também para os ascendentes a legítima deve abranger a maior parte da herança.

Admitindo-se, com alguns códigos modernos, como o italiano e o espanhol, a sucessão legitimária do cônjuge sobrevivo, o critério mais adequado seria porventura considerar como *legítima* a metade da herança, mas em todo o caso restrita ao usofruto, sempre que o falecido tenha herdeiros legítimos.

E admitindo ainda, como resulta da teoria orgânica do direito sucessório, a sucessão legitimária dos colaterais, o critério seria, segundo Cimbali, assegurar-lhes uma quota de reserva, certamente inferior à dos descendentes e ascendentes, gradualmente decrescente à medida que se afasta o gráu de parentesco, até representar a quota de alimentos puramente necessários, no caso extremo dos parentes que se encontram na ordem da sucessão (1).

(1) Cimbali, n.° 169; cfr. *Sucessões*, págs. 53-62. Sôbre o valor histórico das três formas de sucessão, *Sucessões*, págs. 63-71.

125. **Sucessão testamentária.** — O acto jurídico pelo qual se realiza a sucessão testamentária é o *testamento*, que o art. 1739.° define: «o acto, pelo qual alguém dispõe, para depois da sua morte, de todos, ou de parte dos próprios bens».

Coelho da Rocha (§ 673) adoptou a definição do art. 895.° do código francês: «acto revogável e solene pelo qual uma pessoa dispõe de todos ou de parte dos seus bens para depois da sua morte». No mesmo sentido se orientam quási todas as definições dadas ao testamento pelos códigos e jurisconsultos modernos.

O conceito essencial e característico do testamento no direito moderno é, pois, a *disposição de bens para depois da morte*.

Alguns, porém, ainda hoje preferem o conceito romanista da disposição da última vontade: «*Testamentuim ex eo appellatur, quod testatio mentis est*», como se diz nas Institutas. Mas é mais perfeita a definição de Modestino: «*Est voluntatis nostrae justa sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit*».

A superioridade do conceito romano impõe-se ainda no direito moderno.

Que pode haver testamento *sem disposição de bens*, di-lo claramente o art. 1755.° § único, permitindo que o testador revogue por um novo testamento o anteriormente feito, sem fazer nova disposição de bens. E a doutrina e jurisprudência de todos os tempos admitiram sempre que o objecto do testamento pode consistir em revelações sôbre paternidade e filiação, confissões de dívidas, disposições sôbre a guarda e tutela dos menores, manifestação dos mais íntimos segredos de família e outras importantíssimas declarações.

Na doutrina comum dos autores o testamento é um acto, e não um contracto: «Il va sans dire que le tes-

tament est un acte et non un contract; le légataire n'intervient pas dans le testament. (1).

Este conceito tradicional foi vigorosamente combatido por Cimbali, que no testamento vê todos os elementos essenciais dum contracto: *o sujeito activo* (testador), *o sujeito passivo* (herdeiro ou legatário), *o objecto* (herança ou legado), e o *consentimento* (última vontade e aceitação).

A teoria contractual do testamento não conseguiu triunfar, porque neste acto jurídico não há, como, em regra, nos contractos, um concurso simultâneo das vontades dos sujeitos, mas sómente, e sempre, uma sucessão de vontades, manifestando-se a do destinatário só depois da morte do sujeito principal.

Os caracteres essenciais do testamento são a *personalidade,* a *revogabilidade* e a *solenidade.*

O testamento é um acto personalíssimo, que não pode ser feito por procurador, nem deixar-se dependente do arbítrio de outrem, quer pelo que toca à instituïção de herdeiros e de legatários, quer pelo que respeita ao objecto da herança, quer finalmente, pelo que pertence ao cumprimento, ou não cumprimento do mesmo testamento (art. 1740.º).

Como consequência do princípio da personalidade do testamento, estabelece o art. 1741.º:

«Não produzirá efeito algum a disposição, que depender de instruções ou recomendações feitas a outrem secretamente, ou que se referir a documentos não autênticos, ou não escritos e assinados pelo testador, ou que, emfim, seja feita a favor de pessoas incertas, que, por algum modo, se não possam tornar certas».

A revogabilidade do testamento é expressamente consignada no art. 1754.º:

«O testamento pode ser livremente revogado, no

(1) Laurent, XI, n.º 102.

todo ou em parte, pelo testador, que não pode renunciar este direito».

O princípio da revogabilidade é tão absoluto, que abrange não só a declaração de vontade sôbre a disposição dos bens, mas também quaisquer declarações, ou *cláusulas derrogatórias,* pelas quais o testador se comprometa a não revogar o testamento, ou de algum modo restrinja a sua livre faculdade de o revogar (1).

Sendo o testamento um dos actos mais graves da vida do homem, não podia deixar de ser um acto solene.

Os elementos extrínsecos ou formais do testamento, como a forma escrita, a presença de testemunhas, a intervenção de oficial público, etc., desempenham uma tríplice função na vida jurídica do testamento: uma função *preventiva, provativa* e *executiva.*

Com efeito, a constituïção externa do testamento tem um carácter preventivo, porque tem por fim assegurar a livre e consciente manifestação da vontade do testador, prevenindo as captações, fraudes e violências; tem um caracter provativo, porque é destinada a atestar exteriormente a última e interna vontade do testador; e tem caracter executivo porque só o testamento assistido das formalidades legais póde fornecer aos interessados um título eficaz para invocar a garantia dos poderes públicos para o reconhecimento e defeza dos seus direitos e para a sua realização prática.

Para desempenhar esta tríplice função, o testamento deve ser expresso em um documento escrito; e porisso os legisladores modernos aboliram a antiga forma de testamento simplesmente ditado oralmente perante testemunhas (nuncupativo).

Este documento deve consubstanciar em si todos os elementos constitutivos do testamento, tanto os intrín-

(1) Dr. Henriques da Silva, *Da revogação no direito testamentário,* pág. 134 e seg.

secos ou substanciais, como os extrínsecos ou formais. E por isso, na linguagem vulgar, se chama indiferentemente testamento à própria disposição do testador ou ao próprio documento em que ela está afirmada.

É o caracter da solenidade do testamento que se exprime no clássico princípio: — *ex verbis scriptis in testamento, non extrínsecus.*

Mas êste princípio, segundo o qual o testamento só vale pelo que nele está escrito, tem duas excepções importantes, a do testamento *per relationem* (art. 1741.°), e a da prova extrínseca para completar a determinação da vontade do testador, em caso de dúvida (art. 1761.°), ou para desfazer o equívoco do testador a respeito da pessoa do legatário ou da cousa legada (art. 1837.°).

A primeira condição da validade do testamento, como de todo o acto jurídico, é a capacidade das partes. Examinemos pois a capacidade do testador *(capacidade testamentária activa)* e a capacidade dos herdeiros ou legatários *(capacidade testamentária passiva)*.

Também aqui as condições de capacidade se determinam pela forma negativa ou indirecta das *incapacidades*, que são absolutas ou relativas.

Incapacidades absolutas do testador são as que o inibem de dispôr de qualquer parte dos bens, a favor de qualquer pessoa, e por qualquer forma de testamento.

Incapacidades relativas do testador são as que o inibem de beneficiar certas pessoas, de dispôr de alguma parte dos bens, ou de empregar certa forma de testamento, subdividindo-se assim em três grupos: relativas às *pessoas*, aos *bens* e à *forma* do testamento.

As incapacidades absolutas são as consignadas no art. 1764.°: «É proibido testar:

1.° Aos que não estiverem em seu perfeito juízo;

2.° Aos condenados, nos termos do artigo 355.°;

3.° Aos menores de catorze anos, de um e outro sexo;

4.° Ás religiosas professas, enquanto se não secularizarem, ou as suas comunidades não forem suprimidas».

Segundo o art. 1764.° são, pois, incapacidades absolutas de testar a *doença mental*, a *condenação criminal*, a *menoridade de catorze anos* e a *profissão religiosa das mulheres*.

Mas a incapacidade por condenação penal foi abolida pela lei de 14 de junho de 1884 (cód. pen., art. 74.° 83.°).

Também já se tem entendido que a incapacidade do n.° 4.° foi revogada pelo decreto de 8 de outubro de 1910, que mandou pôr em execução o decreto de 28 de maio de 1834, sôbre a extinção de todas as ordens religiosas, e proïbindo todos os votos perpétuos de profissão religiosa.

Parece-nos, porém, que havendo ainda em alguns países congregações religiosas com votos perpétuos, continua a subsistir a proïbição do n.° 4.° para as religiosas professas que tenham feito voto e ingressado em qualquer dessas congregações.

A incapacidade por imperfeição ou deficiência das faculdades mentais, consignada no n.° 1.°, é uma consequência do princípio fundamental que exige para a validade do testamento, não só a liberdade e autonomia da vontade do testador, mas a plena consciência da determinação e conteúdo dessa mesma vontade. É por isso que o código, em matéria de testamento, não se contentou com os preceitos dos arts. 334.°, 335.°, 353.° e 354.°, relativos à nulidade dos actos ou contractos celebrados em estado de incapacidade mental permanente ou temporária.

Para que um testamento seja nulo por incapacidade mental do testador, basta portanto demonstrar, mas por prova inequívoca, que o testador, ao tempo em que o fez (art. 1765.°), não se encontrava em seu perfeito juízo.

A capacidade testamentária activa do menor, logo

que perfaça catorze anos, é uma excepção ao princípio geral de que a capacidade civil só se realiza pela maioridade ou pela emancipação, excepção que bem se justifica, não só pelo carácter essençialmente revogável do testamento, mas pela consideração de que no sistema do código a idade da puberdade determinava a capacidade para o acto infinitamente mais grave do casamento.

Entretanto alguns códigos, como o italiano, só reconhecem a capacidade de testar na idade de dezoito anos, quando o indivíduo pode adquirir o exercício da capacidade civil.

Original é o sistema do código francês, que aos desasseis anos confere aos menores uma *semicapacidade* de testar, permitindo-lhes dispôr de metade dos seus bens.

É um sistema artificial, com razão abandonado pelos outros códigos, por não corresponder a qualquer princípio jurídico ou necessidade de ordem social.

As incapacidades *relativas às pessoas* são:

a) A de o menor testar em benefício do seu tutor, não sendo êste ascendente ou irmão (art. 1767.º, § un.);

b) A de o menor testar em benefício das pessoas encarregadas da sua educação (arts. 1768.º e 1770.º);

c) A de o enfermo testar a favor do seu médico ou confessor (arts. 1769.º e 1770.º);

d) A de o cônjuge adúltero testar a favor do seu cúmplice, se o adultério tiver sido provado judicialmente antes da morte do testador (art. 1771.º);

e) A de testar em favor do notário e das testemunhas do testamento, e da pessoa que escreveu êste (art. 1772.º).

Estas incapacidades só anulam a parte do testamento a que se referem (art. 1773.º).

As incapacidades *relativas aos bens* são:

a) A de o cônjuge casado segundo o costume do reino (art. 1766.º), ou mesmo por qualquer outro regime, ou em geral o comproprictário (art. 2177.º), dispôr especificadamente de qualquer parte da cousa comum, sem que esta lhe seja assinada em partilha;

b) A de as pessoas, que teem herdeiros legitimários, disporem de bens de valor superior à quota disponível (art. 1774.º).

c) A de o testador dispor que se consuma em sufrágios por sua alma mais do que a décima oitava parte dos bens que deixa (art. 1775.º, alterado pelo art. 157.º da lei da separação das Igrejas).

As incapacidades relativas à forma do testamento são:

a) A de os cegos, e os que não podem ou não sabem ler, fazerem testamento cerrado (§ ún. do art. 1764.º e art. 1923.º).

b) A de duas ou mais pessoas testarem no mesmo acto, quer em proveito comum, quer em proveito de terceiro, salvos os testamentos chamados *conjuntivos ou de mão comum*, com data autêntica ao tempo da promulgação do código, não tendo sido revogados (1753.º, § ún.).

O principio fundamental da capacidade testamentária passiva é o consignado no art. 1776.º: «só podem adquirir por testamento as creaturas existentes, entre as quais é contado o embrião». E o § único do artigo reputa existente o embrião, que nasce com vida e figura humana, dentro de tresentos dias, contados desde a morte do testador. É a incapacidade absoluta das pessoas inexistentes.

Mas esta regra tem duas excepções: uma resulta do § único do art. 1776.º, e verifica-se sempre que o embrião, embora nascido dentro dos tresentos dias seguintes à morte do testador, só depois desta tenha sido concebido; a outra é expressamente consignada no art. 1777.º a favor dos nascituros, filhos de certas e determinadas pessoas vivas ao tempo da morte do testador.

Outra incapacidade de adquirir por testamento, mas simples incapacidade relativa, é a das religiosas professas, segundo o art. 1779.º, n.º 1.º:

«Não podem adquirir por testamento, salvo a título de alimentos, ou por legado em dinheiro, ou em outras cousas mobiliárias:

«1.º As religiosas professas, emquanto se não secularizarem, ou as suas comunidades não forem suprimidas».

O art. 1779.º, no n.º 2.º, também declarava incapazes os condenados; mas esta disposição, foi, como já observamos, revogada pela nova reforma penal.

A incapacidade das religiosas professas deve entender-se no sentido de que só podem receber em dinheiro ou cousas mobiliárias o *quantum satis* para seus alimentos; e não no sentido, que lhe atribuía o grande comentador, dizendo que por legados em dinheiro ou outras cousas mobiliárias podiam receber quanto ao testador fôsse lícito testar (1).

Outra incapacidade é a resultante de *indignidade* do herdeiro ou legatário, nos termos dos arts. 1749.º, 1780.º, 1782.º, 1937.º, 1938.º e 1940.º, podendo classificar-se em três grupos as causas de indignidade:

a) Atentado contra a vida do testador;

b) Atentado contra a liberdade de testar ou contra o próprio testamento; e

c) Falta de cumprimento dos deveres impostos pelo testamento.

Além destas causas de indignidade, aplicáveis pròpriamente aos sucessores testamentários, mas também extensivas, em geral, aos sucessores legítimos, por fôrça do disposto no art. 1978.º, o código estabelece ainda outro sistema de indignidades, que afecta, especialmente os sucessores legitimários.

(1) Dr. Dias Ferreira, IV, pág. 182.

E' o que se chama a *deserdação*, regulada nos arts. 1875.º e seguintes, e consiste em o autor da herança privar da legítima os seus herdeiros necessários, quando neles se verificarem os motivos de indignidade mencionados nos arts. 1876.º e 1878.º.

Qualquer dêstes dois sistemas de causas de indignidade tem o mesmo efeito: priva da sucessão a pessoa instituida no testamento, ou a que deveria ser chamada por disposição da lei, se não fôsse a sua indignidade.

Ambos teem, portanto, o efeito da deserdação.

Mas entre as duas deserdações há, contudo, uma diferença fundamental, relativamente ao modo como é declarada.

A primeira é ordenada pela lei, desde que se provem os factos constitutivos da indignidade.

A segunda, porém, só pode ser ordenada em testamento do autor da herança (art. 1880.º).

Êste duplo sistema de indignidades complica muito o problema da incapacidade de suceder por sucessão legítima, porque deixa em grande dúvida o saber se as indignidades dos herdeiros testamentários e legítimos devem aplicar-se igualmente aos legitimários, e, além disso, porque deixa de aplicar aos primeiros algumas das indignidades dos últimos, que são bastante graves para deverem impedir a sucessão.

Melhor fôra, por isso, que o legislador tivesse adoptado o sistema uniforme dos códigos francês e italiano para as três espécies de sucessão (1).

(1) Segundo o código italiano (art. 764.º, primeira parte): «São incapazes de receber por testamento aqueles que são incapazes de receber por lei».

E por lei, segundo o art. 725.º: «São incapazes, como indignos, de suceder:

«1.º Os que tiverem voluntàriamente atentado contra a vida da pessoa de cuja sucessão se trata;

«2.º Os que a tiverem acusado de crime punível com pena criminal, quando a acusação fôr declarada caluniosa em juízo;

Outra incapacidade testamentária passiva é a das associações ou corporações de carácter religioso, que segundo o § único do art. 1781.º, só podiam suceder até ao terço da terça do testador, mas que pela lei da separação das Igrejas ficaram absolutamente inibidas de adquirir por testamento.

Para evitar que simuladamente ou por interposta pessoa, os testadores pudessem transmitir os seus bens a pessoas declaradas por lei incapazes, dispoz o art 1783.º que é aplicável às disposições testamentárias o art. 1481.º, que declara nulas as doações a pessoas inábeis quer sob a aparência de outro contracto, quer por interposta pessoa.

O conteúdo do testamento consiste essencialmente na instituïção de herdeiros ou legatários. Podem ser instituïdos muitos herdeiros e deixados muitos legados, sem outra limitação, além das restrições expressamente declaradas na lei.

Sendo instituïdos vários herdeiros, podem dar-se diversas hipóteses: todos os herdeiros teem uma quota determinada; todos sem quota; uns com quota e outros sem ela; e uns com quota e outros com o remanescente da herança.

Nestas diferentes hipóteses, quando as quotas designadas pelo testador esgotarem ou excederem a herança, de modo que alguns dos herdeiros instituidos fiquem sem a sua quota hereditária, deverá fazer-se uma redução tal, que fiquem pelo menos numa situação igual à dos menos favorecidos, em harmonia com a intenção do testador (art. 1761.º e 1837.º).

Entre as instituïções de pluralidade de herdeiros

«3.º Aqueles que a tiverem constrangido a fazer testamento ou a alterá-lo;

«4.º Aqueles que a tiverem impedido de fazer testamento ou de revogar o já feito, ou que tiverem suprimido, ocultado ou alterado o testamento posterior».

são muito interessantes as de forma individual e colectiva, a instituïção genérica dos irmãos e a dos parentes; para a primeira adoptou o código, contràriamente ao direito romano, o sistema de considerar individualmente nomeados os que o foram colectivamente (art. 1797.º e 1799.º); para a segunda adoptou o princípio do duplo vínculo (double lien) segundo o qual o irmão germano recebera o dôbro do irmão uterino ou do consanguíneo (art. 1798.º); para a terceira a solução da ordem da sucessão legítima (art. 1742.º).

Mas estas regras são meramente supletivas, isto é, interpretativas ou subsidiárias da vontade do testador; só se aplicam quando das disposições testamentárias não resultar claramente ser outra a sua intenção.

A situação jurídica dos herdeiros caracteriza-se pelos seus direitos e obrigações fundamentais.

Os direitos fundamentais do herdeiro são: 1.º o *direito geral de domínio e posse* sôbre os bens da herança, que se lhe transmite integralmente, una e indivisível, no próprio momento da abertura da sucessão, que é o da morte do testador (art. 2009.º, 2011.º, 2014.º, 2015.º e 2016.º); 2.º o *direito de acrescer*, que consiste na adquisição das quotas hereditárias e dos legados, que os outros coerdeiros ou legatários não queiram ou não possam receber (art. 1852.º-1856.º).

As obrigações fundamentais dos herdeiros consistem na responsabilidade por todas as dívidas e legados do autor da herança (art. 1792.º e 2019.º); o legatário só responde pelos encargos do próprio legado, e dentro das fôrças do mesmo legado (art. 1793.º).

O art. 1792.º consigna a responsabilidade do herdeiro, até por seus próprios bens, salvo se aceitar a herança a benefício de inventário. Mas o art. 2019.º, introduzido pela comissão revisora, firmou o princípio de que o herdeiro não é obrigado a encargos além das fôrças da herança, estabelecendo assim uma aparente contradição entre os dois artigos. A conciliação encon-

tra-se, porém, no § único do art. 2019.°; porque, se com efeito, o herdeiro aceitou a herança pura e simplesmente, e não conseguir provar que na herança não havia bens suficientes para pagamento de todas as dívidas, então responderá até mesmo por seus próprios bens, tendo assim aplicação o preceito do art. 1792.°.

Foi para evitar esta injustiça que já o direito romano instituiu o *benefício do inventário*, concedido por Giordiano III, só aos militares, e ampliado por Justiniano a todos os herdeiros.

Pois que no direito moderno a instituïção de herdeiro não constitue solenidade substancial do testamento, pode o testador nomear só legatários, distribuindo-lhes toda a herança, sendo então as dívidas e encargos rateados entre todos proporcionalmente, se o testador não houver ordenado outra cousa (art. 1794.° e 1795.°).

Os legados podem classificar-se sob três pontos de vista:

a) em relação à pessoa a quem pertence a cousa legada, *legado de cousa própria* (art. 1806.° e 1807.°) *ou de causa alheia* (art. 1801.°-1804.°);

b) em relação à natureza intrínseca e objectiva do legado, *legado de crédito* (art. 1821.°), *legado de dívida* (art. 1818.°-1820.°), *legado de alimentos* (art. 1831.°), *legado de usofruto* (art. 1833.° e 1834.°), *legado de prestação periódica* (art. 1841.°), *legado de casa ou móvel* com o que tiver dentro (art. 1832.°), *legado de cousa indeterminada ou de opção* (art. 1805.°, 1827.° e 1828.°), *legado de cousa a receber em certo logar* (art. 1817.°), *legado de direito imobiliário* (enfiteuse, hipoteca, servidão), *legado pio* (art. 1836.° e 1901.°).

c) em relação às modalidades ou determinações acidentais da disposição, *legado puro e simples* (arts. 1826.° e 1840.°), *legado condicional* (art. 1743.° e seg., 1848.° e 1849.°), *legado a termo* (arts. 1835.° e 1849.°),

legado alternativo (arts. 1812.°, 1829.° e 1830.°), *legado demonstrativo* (art. 1837.°).

O direito fundamental e característico dos legatários é o de exigir a entrega do legado com seus frutos, rendimentos e acessórios (arts. 1840.° e 1843.°).

O princípio fundamental sôbre as modalidades ou cláusulas acessórias das disposições testamentárias é que o testador pode fazer a instituïção de herdeiro ou de legatários, quer pura e simplesmente, quer com certas restrições ou condições, contanto que estas não sejam impossíveis, absoluta ou relativamente, ou contrárias à lei (art. 1743.°).

A sanção das condições impossíveis ou ilícitas é a simples nulidade da condição, sem prejuízo da instituïção do herdeiro ou do legatário, ainda que o testador disponha o contrário (§ ún. do art. 1743.°) — *vitiantur sed non vitiant;* ao contrário do que acontece nos contractos, onde a nulidade da condição produz a nulidade da obrigação (art. 683.°) — *vitiatur et vitiat.* Só tem também o efeito de anular a disposição a chamada condição *captatoria,* que consiste em fazer depender a instituïção do herdeiro ou do legatário de êle dispôr em seu testamento a favor do testador ou de outrem (art. 1809.°).

O código declara especialmente ilícitas as condições restritivas da liberdade do casamento — *si nupserit* e *si non nupserit* —, da liberdade religiosa e civil (art. 1808.°), e da liberdade de impugnar o testamento nos casos em que haja nulidade declarada pela lei (art. 1752.°).

E não podem deixar de considerar-se ilíci as todas as condições que suprimam a liberdade pessoal e os direitos essencialmente constitutivos da personalidade.

Não tem o código disposição alguma sôbre a cláusula que se chama o *modo*.

Mas, com Vitali, podemos definí-lo: «obrigação acessória, imposta à disposição testamentária, pela qual o herdeiro ou legatário fica sujeito a uma

prestação real ou pessoal ou ao cumprimento de um encargo» (1).

Muitas vezes, pela confusão que se faz entre as palavras *obrigação, condição, cláusula, encargo,* etc., é difícil averiguar se a vontade do testador foi limitar-se a estabelecer uma disposição modal, ou quis efectivamente estipular uma condição. Em tais casos, não sendo possível determinar qual fôsse a intenção do testador, segue-se geralmente o critério de Lomonaco, segundo o qual a disposição deve considerar-se simplesmente modal, por ser mais favorável ao instituído do que a disposição condicional (2).

E *quid juris* das disposições modais impossíveis ou contrárias à lei? Á semelhança das condições, devem ter-se por não escritas, sendo válida a instituïção.

A modalidade do *termo* considera-se não escrita para a instituïção de herdeiro — art. 1747.°: «A designação do tempo, em que deve começar, ou cessar, o efeito da instituïção do herdeiro, ter-se há por não escrita.»

Admite-se, porém, o legado a termo, como resulta *a contrário* do art. 1747.°, e expressamente dos arts. 1810.°, 1835.° e 1849.°.

A condenação do termo na instituïção de herdeiro explicava-se perfeitamente no direito romano, como corolário das conhecidas máximas: *Nemo pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest — Semel heres semper heres.*

Mas no direito moderno estas máximas não teem mais razão de ser. E porisso os jurisconsultos procuraram outro fundamento para a proïbição do termo na instituïção de herdeiro, sendo geralmente concordes em

(1) Vitali, *Delle successioni testamentarie e leggitime,* IV, pág. 457.
(2) Lomonaco, *Istituzioni di diritto civile italiano,* IV, pág. 293.

o encontrar na analogia das substituições fideicomissárias, reprovadas pelo direito moderno, por serem contrárias à necessária liberdade económica da propriedade.

Entretanto o sistema do código é incoerente porque, proïbindo o termo na instituição de herdeiro, permite-o nos legados; além disso contraria e invalida a vontade expressa do testador, quando podia mais lògicamente tê-la respeitado quási por completo, adoptando a solução de considerar usofrutuário o herdeiro instituído *in diem* ou *ad quem,* e proprietário o instituído *ex die* ou *a quo.*

Modalidade muito interessante da instituïção de herdeiro ou legatário é a *substituição,* que as *Ordenações* (liv. 4.°, tít. 87.°) definiam a instituïção de herdeiro feita pelo testador em segundo grau, e que Hintze Ribeiro definia: a subrogação de uma pessoa nos direitos de outra (1).

A primeira definição é muito restrita; a segunda é demasiado ampla.

A melhor definição é a de Vitali: «a disposição mediante a qual o testador, para o logar do herdeiro ou legatário nomeado, chama um outro, *substituto,* a fruir no todo ou em parte as mesmas vantagens e encargos, quando, por qualquer motivo, cesse a situação do primeiro (2).

O código regula em cinco tipos todas as espécies de substituïções: *vulgar* ou *directa, pupilar, quási-pupilar* ou *exemplar, reciproca* e *fideicomissária.*

Vulgar ou directa é aquela pela qual uma ou mais pessoas são chamadas em logar do herdeiro ou legatário, que não pode ou não quer aceitar a herança ou o legado (art. 1858.°).

(1) Dr. Hintze Ribeiro, *Dos fideicomissos no direito civil moderno,* pág. 54.
(2) Vitali, IV, pág. 555.

Pupilar é aquela pela qual o testador nomeia herdeiro ou legatário para suceder aos descendentes que estão sob o seu pátrio poder, e que por sua morte não hajam de ficar sob o poder de outro ascendente, para o caso de eles falecerem antes dos catorze anos de idade (art. 1859.°).

Quási-pupilar é a substituïção aplicada aos descendentes judicialmente declarados dementes, sem restrição de idade (art. 1861.°).

Recíproca é aquela pela qual o testador substitue uns aos outros os herdeiros ou legatários instituídos (art. 1865.°).

Fideicomissária é aquela pela qual se nomeia quem há de suceder nos bens deixados ao herdeiro ou legatário quando êste morrer (art. 1860.°).

As substituïções foram instituídas no direito romano, para que os testadores tivessem mais fácilmente herdeiros.

Mas a doutrina romana não é aceitável no estado actual da sociedade; e porque as substituïções são contrárias ao interêsse dos herdeiros legítimos, foram condenadas pelo direito revolucionário da França, onde o código civil disse no art. 896: «*As substituïções são proïbidas*». Comtudo o art. 898.° ainda manteve a *vulgar*, e os arts. 1048.° e 1049.° a *fideicomissária*.

Já o nosso grande Mello Freire (*Instit.*, liv. 3.°, tít. 5.°, § 55.°) opinava pela eliminação das substituïções testamentárias, por ser matéria complexa, difícil e obscura, que muito complicava a legislação.

A conservação das substituïções nos códigos modernos justifica-se entretanto, como homenagem ao princípio da vontade do testador.

As substituïções mais importantes são os *fideicomissos:* bens deixados a uma pessoa (*fiduciário*) com o encargo de os conservar e transmitir por sua morte a uma outra pessoa (*fideicomissário*).

Da definição legal (art. 1966.°) resulta que são

sinónimas as expressões *fideicomisso* e *substituição fideicomissária*.

A definição legal, doutrinalmente exacta, tem o inconveniente de não abranger todas as disposições pelo código consideradas fideicomissos. Tais são as do art. 1871.°: «Serão havidas por fideicomissárias e como tais defesas:

1.° As disposições com proïbição de alienar:

2.° As disposições, que chamarem um terceiro ao que restar da herança ou do legado, por morte do herdeiro ou do legatário;

3.° As disposições, que impuzerem ao herdeiro ou ao legatário o encargo de prestar a mais de uma pessoa, sucessivamente, certa renda ou pensão».

A estes fideicomissos dá-se o nome de *irregulares*, por não estarem compreendidos na definição legal, denominando-se *regulares* os do art. 1866.°.

Por outro lado, a definição legal não abrange os fideicomissos instituidos por doação (art. 1473.° e 1474.°).

Condenados os fideicomissos por quási todos os historiadores, filósofos, economistas e legisladores, por serem contrários aos interesses da família, do comércio e da sociedade em geral, diversos sistemas podem adoptar-se no modo da sua proïbição: ou decretar a nulidade absoluta das substituïções fideicomissárias, tanto em relação ao fiduciário, como em relação ao fideicomissário; ou declarar apenas nula a cláusula fideicomissária, valendo a disposição só para um dos instituidos, ou ainda para ambos, quer em partilha igual, quer por separação de usofruto para um e da propriedade para o outro.

O nosso código adoptou um sistema complexo e bastante incoerente.

O art. 1867.° proïbiu para o futuro as substituïções fideicomissárias, excepto sendo a favor de netos e de sobrinhos filhos de irmãos. Para estes fideicomissos excepcionalmente válidos declarou no art. 1868.° que o fideicomissário fica sendo proprietário desde o momento

da morte do testador, ficando o fiduciário na qualidade do usofrutuário (art. 1873.º).

Para os fideicomissos proíbidos dispõe o art. 1869.º que a nulidade da substituïção não envolve a nulidade da instituição ou do legado, ficando portanto válida a disposição em favor do fiduciário, e nula a respeito do fideicomissário.

Ora esta solução é altamente ofensiva da vontade do testador, pois era o fideicomissário que êle queria instituir definitivamente na propriedade do fideicomisso.

Mais lógico seria ou anular absolutamente toda a disposição, ou harmonizar o fim da lei com a vontade do testador, aplicando a todos os fideicomissos a situação estabelecida pelos arts. 1868.º e 1873.º para os fideicomissos excepcionalmente permitidos.

Note-se finalmente que, dada a incoerência do sistema do código, deve fazer-se tanto quanto possível uma aplicação equitativa do art. 1870.º, no sentido de interpretar como separação de usofruto e de propriedade todas as disposições com aparência de fideicomissos, mas que a esta interpretação se prestem.

Conhecido o conteúdo do testamento, segue-se naturalmente a determinação das causas que podem produzir a ineficácia ou invalidação total ou parcial das disposições testamentárias.

Foi a doutrina e jurisprudência francesa que, fundada no sistema do código de Napoleão, fez a sua mais perfeita síntese, reduzindo-as a três categorias: nulidade, revogação e caducidade.

Com efeito, uma disposição testamentária, quando não tem valor jurídico, é inutilizada por algum dos seguintes motivos:

a) por não satisfazer às condições essenciais ou formais, que a lei declara indispensáveis para a sua validade actual, isto é, independentemente de qualquer facto posterior; ou

b) porque o próprio testador manifestou por modo legítimo a sua vontade de inutilizar a disposição; ou ainda;

c) porque a disposição, embora vàlidamente feita pelo testador, não pode produzir os seus efeitos, em virtude de algum facto posterior e independente da sua vontade.

No primeiro caso temos a *nulidade*, no segundo a *revogação*, e no terceiro a *caducidade*.

A nulidade testamentária pode ser absoluta ou total e relativa ou parcial, se a consideramos em relação ao seu alcance ou conteúdo, conforme abrange todo o testamento ou só uma parte das disposições testamentárias; e é intrínseca ou substancial, e extrínseca ou formal, conforme resulta da falta ou inobservância dos requesitos intrínsecos do testamento ou das suas formalidades externas.

As intrínsecas podem ser a todo o tempo reclamadas, salvos os efeitos da prescrição (art. 2017.º); as extrínsecas só podem ser reclamadas no prazo de três anos depois do começo da execução do testamento (art. 1967.º).

A nulidade extrínseca atinge todo o testamento (arts. 1919.º, 1925.º, 1947.º, 1960.º, 2495.º e 2496.º); a intrínseca pode afectar só parte das disposições testamentárias (art. 1773.º).

As nulidades intrínsecas resultam:

a) da falta das condições da personalidade do testador (arts. 1740.º e 1741.º);

b) da falta das condições de certeza da sua vontade (arts. 1745.º, 1751.º, 1758.º e 1809.º);

c) da falta de condições da sua liberdade e autonomia de vontade (art. 1748.º);

d) da falta de condições de capacidade de testar (art. 1763.º e seg.);

e) da ilegalidade das condições ou restrições im-

postas pelo testador (arts. 1743.º, 1747.º, 1808.º, 1809.º e outros);

f) da falta de condições objectivas da validade dos legados (art. 1801.º e seg.).

As nulidades extrínsecas só resultam da falta ou inobservância das formalidades externas que a lei declara substanciais; pois formalidades há, que a lei considera apenas acessórias ou secundárias, e que porisso não importam nulidade.

A determinação das formalidades substanciais depende da forma do testamento:

a) se é testamento público, é preciso verificar se foram cumpridas as formalidades dos arts. 1911.º-1918.º (art. 1919.º);

b) se é testamento cerrado, há que atender às formalidades dos arts. 1920.º-1924.º (art. 1925.º),

c) se é testamento militar, há que atender só às formalidades dos §§ 1.º e 2.º dos arts. 1945.º e 1946.º (art. 1947.º);

d) se é testamento marítimo, há que atender às formalidades dos arts. 1949.º-1951.º (art. 1960.º);

e) se é testamento externo, há que atender às formalidades do testamento público ou cerrado (art. 1962.º), ou às formalidades exigidas pela lei do país onde o testamento é feito (arts. 1961.º e 1965.º).

O carácter jurídico específico das nulidades extrínsecas concretiza-se em dois princípios — a prescrição trienal do art. 1967.º, e a responsabilidade do notário (art. 1919.º e 1925.º), que é civil e disciplinar ou penal. A responsabilidade do notário está especialmente regulada no decreto n.º 8273 de 18 de Setembro de 1922, que codificou as disposições reguladoras do notariado.

A revogação testamentária, sendo o acto pelo qual o testador, por algum modo legítimo, torna ineficaz o seu testamento ou alguma das suas disposições, pode resultar de três ordens de factos: ou de uma declaração

expressa da nova vontade do testador (revogação *expressa*); ou do facto de êle fazer um novo testamento, que no todo ou parte, seja incompatível com o primeiro, o que importa uma manifestação tácita, mas certa, da sua mudança de vontade (revogação *tácita*); ou da prática material de certos factos, como a alienação dos bens ou a destruïção do testamento, que teem a conseqüência necessária da revogação (revogação *real*).

A revogação expressa só pode fazer-se por um de dois modos (art. 1755.º):

a) por um novo testamento com as solenidades legais; ou

b) por uma escritura pública.

O código resolveu no sentido afirmativo (§ único do art. 1755.º e art. 1757.º) as questões, antigamente muito debatidas, de saber se um testamento revogatório, embora nulo como testamento, pode contudo produzir o seu efeito de revogação, se tiver os requesitos formais da escritura pública; e se o testamento revogatório, mesmo tendo caducado, produz ainda o seu efeito de revogação.

A revogação tácita (art. 1756.º e § único) resulta do facto de o testador fazer um novo testamento, com disposições *contrárias* ou *contraditórias*. É o clássico preceito — *posteriore testamento, quod rite perfectum est, superius rumpitur*. E o efeito revogatório dá-se também nas disposições contrárias de testamentos da mesma data.

Mas qual deve ser o carácter da *contrariedade* ou *contradição* das disposições, para produzir o efeito revogatório?

Bastará a *incompatibilidade intencional* das diversas vontades do testador, ou será necessária a *incompatibilidade material* das disposições?

O conceito jurídico do testamento e o emprêgo das duas expressões «*contrárias*» e «*contraditórias*» na

redacção da lei demonstram que se trata apenas de incompatibilidade intencional das vontades.

A revogação real (art. 1755.º *in fine* e art. 1811.º, n.º 1.º) é na essência uma forma de revogação tácita. Mas é costume considerá-la à parte, por ser muito diversa a forma jurídica da sua manifestação.

A velha questão de saber se a perfilhação feita em testamento é ou não invalidada pela revogação foi decidida pelo art. 24.º do decreto n.º 2 de 25 de dezembro de 1910 no sentido da irrevogabilidade.

As causas de caducidade são de três ordens:

a) comuns a herdeiros e legatários;
b) próprias dos herdeiros; e
c) próprias dos legatários.

As causas comuns a herdeiros e legatários (art. 1738.º e 1759.º) são:

a) a morte dos instituídos, anterior ou simultânea com a do testador, ou ainda posterior, mas antes de realizada a condição suspensiva;
b) a incapacidade superveniente dos instituídos;
c) a sua renúncia.

A caducidade relativa só aos herdeiros é a resultante da superveniência de descendentes legítimos, nos termos dos arts. 1760.º, 1814.º e 1815.º.

A caducidade dos legados (art. 1811.º) tem logar:

1.º Se o testador alienar por qualquer forma a cousa legada;

2.º Se a cousa legada não estiver em comércio;

3.º Se o testador transformar a cousa legada de modo que não conserve nem a forma nem a denominação que tinha;

4.º Se a cousa legada fôr evicta ou perecer de todo durante a vida do testador, ou se fôr evicta ou perecer depois, sem que o herdeiro para isso haja concorrido.

O código reduziu a forma externa dos testamentos

a cinco tipos (art. 1910.º); *público, cerrado, militar, marítimo* e *externo*, ou feito em país estrangeiro.

No direito antigo eram admitidas duas classes de formas de testamentos: os testamentos *ordinários*, para todas as pessoas capazes, que eram os *públicos*, os *cerrados* ou *mixticos*, e os *abertos*, ou feitos por escrito particular; e os *privilegiados*, que só eram permitidos às pessoas que se encontrassem em determinadas e especiais circunstâncias e que compreendiam: o *nuncupativo* (testamento oral perante seis testemunhas permitido aos doentes em perigo de vida), o *militar*, o *marítimo*, e o dos *doentes do hospital de S. José*.

Foram abolidos o nuncupativo e o dos doentes do hospital de S. José, por serem desnecessários. E foi abolido o testamento particular, escrito pelo próprio testador, admitido por muitos códigos, como o francês, o espanhol e o italiano (testamento *ológrafo*), por se prestar fácilmente à falsificação.

Testamento público é o escrito pelo notário no respectivo livro de notas (art. 1911.º).

As solenidades do testamento público (art. 1912.º-1918.º) são:

a) a declaração da vontade do testador perante o notário e as testemunhas (1);
b) certificar-se o notário e as testemunhas da identidade, capacidade e liberdade do testador;
c) redacção e data do testamento pelo notário; leitura em voz alta pelo notário, ou pelo testador, ou, sendo este surdo, por uma pessoa por êle designada,

(1) O código exigia cinco testemunhas; mas o decreto n.º 5625 de 10 de maio de 1919 alterou esta disposição, exigindo apenas três testemunhas. O art. 1966.º, n.º 2.º excluia as mulheres de testemunhas; mas esta incapacidade foi abolida pelo decreto n.º 5647 de 10 de maio de 1919.

tudo perante as testemunhas; e assinatura de todas estas pessoas;

d) cumprimento de todas estas formalidades em acto contínuo, e menção expressa de como assim foram cumpridas.

O testamento cerrado, chamado tambem secreto, mixtico ou particular, é o que é feito pelo testador, e no qual as testemunhas e o notário só interveem para o autenticar, sem tomarem conhecimento das suas disposições.

As formalidades do testamento cerrado (art. 1920.º-1924.º) são:

a) redacção, assinatura e rúbrica, pelo testador ou por outrem a seu rôgo;

b) apresentação pelo testador ao notário perante três testemunhas, com a declaração de ser a sua última vontade;

c) auto de aprovação lavrado pelo notário, perante as mesmas testemunhas, com as menções declaradas na lei.

Testamento militar é o feito por militares ou empregados civis do exército em campanha fóra do país, ou ainda dentro do país, estando cercados em praça fechada ou residindo em terra, cujas comunicações com outras estejam cortadas, se nessa praça ou terra não houver notário (art. 1944.º).

É um testamento privilegiado, no sentido de só ser permitido às pessoas que se encontram nas circunstâncias indicadas, e de serem muito reduzidas as suas formalidades (art. 1947.º). É um privilégio justificado por essas circunstâncias especiais; mas, porque é um privilégio, fica sem efeito passado um mês depois de cessarem essas mesmas circunstâncias (art. 1945.º, § 5.º, e 1946.º, § 3.º).

Testamento marítimo é o feito no alto mar, a bordo dos navios do Estado, por militares ou empregados civis em serviço público (art. 1948.º).

É também um testamento privilegiado, e porisso só produz efeito, falecendo o testador no mar, ou dentro de um mês, contado desde o desembarque em território português.

Testamento externo, segundo o código (arts. 1961.º-1965.º), é o feito em país estrangeiro, quer por um português, quer por um estrangeiro.

O testamento feito por português pode ter qualquer das formas da lei do país em que é feito, contanto que seja *forma autêntica* (art. 1961.º); ou pode ser feito com a intervenção do cônsul ou vice-cônsul português, em conformidade com a lei portuguesa (art. 1962.º).

O testamento feito por um estrangeiro fora de Portugal produz efeitos no país, desde que seja feito em conformidade com a lei do logar onde foi feito, mesmo que não tenha forma autêntica (art. 1965.º).

A finalidade do testamento é a sua execução.

Em regra o testamento executa-se naturalmente, e sem dificuldades, pela entrada dos herdeiros ou legatários na posse efectiva da sua parte hereditária.

Muitas vezes, porém, a distribuïção de vários legados torna mais difícil a execução, sendo necessário que alguém se encarregue de a levar a efeito.

Tal é a função dos *testamenteiros* ou da *testamentaria*, que o código regula nos arts. 1885.º-1909.º.

Várias teorias se teem proposto definir a natureza jurídica da testamentaria: tutela, mandato, arbitramento, representação formal do *de cujus*, legado com encargo, gestão de negócios, e por fim a teoria do quási contracto.

A aparência externa da relação jurídica da execução testamentária é muito favorável à teoria da tutela; como esta também ela é *testamentária, legítima* ou *dativa*. Talvez porisso foi durante muito tempo a teoria dominante na escola francesa, e foi a adoptada pelo grande civilista Windscheid.

Mas em verdade são muito diferentes as funções da tutela e as dos testamenteiros.

A teoria mais próxima da realidade jurídica é a do mandato.

126. **Sucessão legitimária.** — Como vimos, no sistema do nosso código a *legítima* é como uma incapacidade do testador relativa aos bens (art. 1774.º).

Mas o seu verdadeiro conceito é antes o de uma limitação ou restrição da liberdade de testar, imposta em benefício dos parentes mais íntimos, em homenagem ao princípio germânico da compropriedade doméstica, ou ao princípio romano da unidade da família.

Êste limite da liberdade refere-se não só às disposições *mortis causa,* mas também às feitas por doação. *Inoficiosidade,* isto é, ofensa da *porção legítima* ou *reserva hereditária,* dá-se tanto nos testamentos como nas doações *inter vivos.*

Mas qual é a verdadeira natureza da *legítima?* É uma certa porção dos bens que constituem o património do *de cujus (quota bonorum),* ou será antes uma fracção ou parte aliquota da unidade patrimonial da herança *(quota hereditatis)?* Os jurisconsultos do período medieval entendiam geralmente que é *quota bonorum.*

Um exame, embora sumário, do desenvolvimento histórico do instituto é necessário para esclarecer o problema.

A legítima não existia no antigo direito de Roma. O *paterfamilias,* chefe omnipotente, tinha o direito de dispor de todos os seus bens a favor de quem lhe aprouvesse. Apenas uma regra de pura formalidade regulava o exercício dêste direito: o *pater,* que não quisesse deixar cousa alguma aos seus descendentes, era obrigado a desherdá-los em termos sacramentais no seu testamento. E os jurisconsultos explicavam esta obrigação pela idea da compropriedade existente entre o chefe da família e os *heredes sui;* para tirar a estes herdeiros a sua parte no *condominium,* era pois necessário expropriá-lo dela prèviamente.

Mas esta omnipotência do *pater* sofreu o primeiro golpe no princípio do império, com a instituïção da *querela inofficiosi testamenti,* que pela primeira vez fez surgir a noção da *legítima.* Quando um herdeiro legitimário, expropriado em proveito de uma *persona turpis,* era *injustamente* privado pelo *de cujus* da porção que devia legìtimamente pertencer-lhe na sua sucessão, tinha o direito de fazer anular o testamento como contrário ao *officium pietatis.* Mais tarde Justiniano, para evitar as conseqüências graves da anulação, determinou que se, em vez de ser deserdado, o legitimário tinha recebido alguma cousa do defunto, não podia reclamar senão a sua *portio debita.*

Quanto à importância da *portio debita,* que o herdeiro legitimário devia ter recebido para que não houvesse logar à *querela,* foi a princípio confiada à apreciação dos magistrados, sendo mais tarde fixada no *quarto* da *parte* que lhe caberia *ab intestato,* donde a denominação de *quarta legítima.*

Justiniano aumentou pela Novela 18 a porção legítima dos descendentes, fixando-a no *terço* para o caso de serem quatro filhos ou menor, e em *metade* quando houvesse mais de quatro.

No direito romano a legítima era uma verdadeira reserva fundada sôbre a idea do dever, no *officium pietatis,* da qual o legitimário só podia ser privado por uma *justa causa.* Fóra do caso excepcional de deserdação justificada, o legitimário tinha sempre direito à sua *portio debita.* Para a reclamar, não era mesmo obrigado a aceitar a sucessão, porque a *legítima* era inerente à qualidade de parente, e não à de herdeiro; a êste, e não ao legitimário, incumbe a obrigação de pagar as dívidas; a legítima era pois, como diziam os antigos autores, *pars honorum,* e não *pars hereditatis.*

O duplo sistema da deserdação formal e da legítima conservou-se intacto no antigo direito francês dos

países de direito escrito, sobretudo no sul da França, até ao direito sucessório da Revolução.

E a partir do século XIII a legítima penetrou também nos países de direito consuetudinário. Mas na França costumeira foi sensìvelmente modificada; só era concedida aos descendentes, e não aos ascendentes, nem aos irmãos e irmãs; e foi fixada na *metade* da parte ou porção de cada filho na sucessão *ab intestato* de seus pais ou descendentes.

De resto, nos países costumeiros, a legítima nunca representou senão um papel subsidiário. Ela veiu simplesmente reforçar, em favor dos filhos, uma instituïção original, desconhecida dos países do sul, excepto em certas regiões, nomeadamente a de Bordeaux, que era a *reserva costumeira dos quatro quintos*. Esta instituïção opunha ao direito de testar, mas ao direito de testar sòmente, um obstáculo mais enérgico que a legítima romana.

Pela sua filiação histórica, a reserva costumeira está ligada à antiga tradição germânica do dever sucessório para com a família, tradição que se continuou e desenvolveu na idade média na sociedade gaulesa e feudal, organizando-se sòlidamente na distinção entre os bens próprios e adquiridos (*propres et acquêts*). Quando o indivíduo conquistou o poder de dispor dos seus bens por testamento, poder que lhe era recusado pelos antigos costumes germânicos (*nullum testamentum*, diz Tácito), determinou-se que não poderia legar aos estranhos senão uma parte dos seus bens *próprios*, isto é, dos bens que lhe provieram de seus antepassados (1).

No direito consuetudinário esta parte disponível era limitada no quinto dos bens *próprios*. Os outros quatro quintos formam a *reserva* dos parentes da respectiva linha paterna ou materna. Quer dizer: os parentes

(1) Lefebvre, *L'Ancien droit des successions*, I, pag. 241.

directos ou colaterais do *de cujus*, chamados à sucessão *ab intestato* na linha paterna e na materna, teem um direito intangível sôbre os quatro quintos dos bens que provinham desta linha; e se o defunto não deixa parente algum do lado de seu pai ou do de sua mãe, a reserva da linha que falta desaparece e não passa à outra linha. O direito dos parentes da respectiva linha perdeu, porém, nos últimos séculos, uma parte da sua energia. As causas de deserdação do direito justinianeo foram admitidas nos países do direito consuetudinário, reconhecendo-se ao testador o poder de deserdar dos bens *próprios* o parente contra o qual tivesse uma justa causa de ressentimento.

A *reserva* consuetudinária dos *quatro quintos* apresenta caractères muito diferentes dos da *legítima*.

Em primeiro logar, existia em proveito de todos os parentes da respectiva linha, dos colaterais como dos parentes em linha recta, emquanto que a legítima romana só pertencia aos descendentes, aos ascendentes, e excepcionalmente aos irmãos e irmãs consanguíneos.

Em segundo logar, a reserva só abrangia os bens *próprios*, e não os móveis e adquiridos, emquanto que a legítima recaía sôbre toda a herança.

Além disso, a reserva consuetudinária não protegia a família senão contra a disposição por testamento, mas não còntra os actos entre vivos, salvo em alguns costumes, onde se admitia que os reservatários podiam impugnar as doações feitas pelo defunto. O *de cujus* podia doar em vida os seus bens *próprios*. Pelo contrário, os legitimários eram protegidos tanto contra as doações entre vivos como contra as disposições *mortis causa*.

Finalmente, o reservatário só podia invocar o seu direito no caso de concorrer à sucessão como herdeiro aceitante, mas não quando renunciava; neste caso presumia-se que êle se tinha desinteressado completamente da herança, e portanto não tinha mais direito algum a

fazer valer sôbre ela. E por isso se dizia que a reserva não era *pars bonorum*, mas *pars hereditatis* (1).

É interessante que já em alguns costumes do antigo direito francês se encontrava a regra, que veiu depois a ser formulada no direito sucessório da Convenção, mas foi abolida pelo direito moderno, segundo a qual era proïbido aos pais estabelecer desigualdade entre os filhos, dispondo a favor de algum deles da sua quota disponível.

O direito revolucionário, inspirado em idéas nìtidamente individualistas, proclamando o princípio de que a propriedade é um direito inviolável e sagrado, deveria lògicamente ter sido favorável à liberdade de testar. Mas foi o contrário que aconteceu.

As considerações políticas, o propósito de repartir as heranças pelo maior número possível de herdeiros, a persistência dos sentimentos igualatários da antiga França em matéria de sucessão, a hostilidade contra as antigas práticas aristocráticas contrárias à igualdade dos filhos, o receio das captações da parte da Igreja, levaram os legisladores da Revolução a quási suprimir completamente a liberdade de testar.

Um grande debate teve logar na Assembleia constituinte em 1891 sôbre a legitimidade do direito de testar no ponto de vista moral e filosófico. Mirabeau, que tinha morrido, mas cujo discurso foi lido na tribuna por Talleyrand, Tronchet, Dupont de Nemours e Robespierre defenderam a tése que o direito de propriedade morre com o homem, e que o direito de testar, não sendo mais do que um favor concedido pela lei, só deve ser reconhecido na medida compatível com a ordem geral. É preciso que o homem não possa destruir a igualdade estabelecida pela lei entre os seus herdeiros; é necessário que êle não possa usar do testamento para restabelecer o direito de progenitura e

(1) Colin e Capitant, III, pags 698 e seg.

criar substituïções, isto é, fazer reviver um estado de cousas contrário ao espírito de igualdade. E por conseqüência, afirmavam, a quota disponível deve ser reduzida a uma parte mínima da sucessão, e só deve ser permitido deixá-la a estranhos, e não a alguns dos reservatários.

Mirabeau contentava-se em considerar reservatários os parentes em linha recta, emquanto que Robespierre queria a reserva para todos os colaterais, sendo esta a doutrina que triunfou nas leis da Convenção.

A primeira foi o decreto de 3-11 de março de 1793, que proïbiu ao pai de família, tendo filhos, dispôr de qualquer parte dos seus bens, quer entre vivos, quer por causa de morte, «afim de que todos os descendentes tivessem um direito igual na partilha dos bens de seus ascendentes».

Em seguida foi o célebre decreto, um pouco menos radical, de 17 do nivoso do ano 11 (6 de janeiro de 1794), sôbre as doações e testamentos, que revogou o anterior, e reduziu a quota disponível à décima parte da herança, tendo o defunto herdeiros em linha recta, e à *sexta*, quando só tivesse colaterais. Além disso, o autor da herança só podia dispôr da quota disponível a favor de estranhos.

Mas não tardaram as medidas mais moderadas em harmonia com a antiga tradição.

A lei de 4 do germinal do ano VIII (25 de março de 1800) aumentou consideràvelmente a medida da quota disponível; restituiu ao pai de família o direito de dispôr da quarta parte dos seus bens se tivesse menos de quatro filhos, da quinta parte se tivesse quatro, e assim sucessivamente, contando sempre para determinar a porção disponível o número de filhos mais um.

Quanto aos colaterais, o seu direito de reserva foi deminuido, e suprimido para os mais afastados. Se à morte do autor da herança só havia ascendentes ou irmãos, irmãs, ou descendentes dêstes, a porção dispo-

nível era fixada em metade; e elevava-se a três quartos em presença de tios, tias e primos até ao 5.º gráu, abrangendo toda a sucessão desde que só houvesse colaterais além do 5.º gráu.

Também se reconhecia o direito de dispor da quota disponível a favor de qualquer dos reservatários, que ficava assim beneficiado à custa dos outros.

Os redactores do código napoleónico foram muito mais longe que os legisladores do ano VIII, no caminho da liberdade de testar, e foram mesmo ainda além do antigo direito consuetudinário.

Em primeiro logar excluiram da reserva todos os colaterais, até mesmo os irmãos.

Por outro lado aumentaram a quota disponível, que é *metade* havendo só um filho, a *terça* havendo dois e a *quarta* havendo três ou mais (art. 913.º). É bem visível a idea do legislador: deixar à livre faculdade de disposição dos pais uma parte igual à de cada filho. Mas, em vez de seguir o sistema, qualquer que fôsse o número dos filhos, como fazia a lei do ano VIII, parou a proporção no número três, para dar aos pais a faculdade de dispôr pelo menos da quarta parte da herança, e não reduzir a quási nada a importância da quota disponível.

E em conformidade com os raros costumes chamados *coutumes de préciput*, o código permite aos pais favorecer com a quota disponível algum dos seus filhos, de modo a ser-lhes possível reparar as desigualdades naturais ou acidentais que entre eles possam existir.

Pelo que respeita aos ascendentes, na falta de descendentes, pode o *de cujus* dispor de metade dos seus bens, se há ascendentes das duas linhas, e de três quartos, se os há só de uma das linhas (art. 914.º).

De resto as causas de deserdação, outrora muito numerosas, ficaram reduzidas às causas gerais de incapacidade por indignidade (art. 727.º), comuns a todos os herdeiros. O principal motivo, que fez abolir o direito de deserdação, foi a consideração de que a aplicação da pêna ao filho culpado iria afinal recair sôbre a posteridade inocente.

«Em resumo, concluem Colin e Capitant, comparando o sistema do código civil com os precedentes, verificamos:

1.º que a quota disponível em direito romano era maior que a actual;

2.º que, pelo contrário, no direito costumeiro era muito mais restrita.

De resto, as instituïções modernas e as do direito consuetudinário correspondem a concepções diferentes. A nossa *reserva*, apesar do seu nome, não se liga, como a do direito costumeiro, à idea de um dever póstumo para com o conjunto da família. Mas baseia-se antes, como a *legítima* romana, na idea do dever alimentar, do *officium pietatis*. O código julgou que o pater famílias não tem o direito de privar de todos os seus bens aqueles a quem deu o *ser*, ou aqueles que lho deram. E é precisamente porque foi esta a idea dominante, que não incluiu os irmãos e as irmãs no número dos reservatários. A respeito dos colaterais, dizia o Tribunal de Apelação de Paris, não vemos sôbre que fundamento se lhes atribuïria uma legítima. Na exacta verdade, um homem nada deve a seus irmãos e irmãs; não lhes deu a vida nem a recebeu deles. De resto, o direito romano e os países de direito escrito não reconheceram, pròpriamente falando, legítima aos irmãos e irmãs; apenas lhes permitiram impugnar o testamento no caso de uma pessoa de má fama (*persona turpis*) ter sido instituído herdeiro em prejuízo deles. Pode dizer-se que os redactores do código civil deram prova nesta matéria de um espírito de justa medida, sabendo conciliar a liberdade de testar com o respeito devido aos direitos da linha recta» (1).

(1) Colin e Capitant, III, págs. 703 e 704.

O sistema do quantitativo variável da porção legítima, conforme o número de filhos, não foi adoptado pelos códigos modernos, que fixaram uma determinada medida, independentemente do número de descendentes.

Assim, o código italiano fixou metade para os descendentes, e um terço para os ascendentes; e conferiu também ao cônjuge sobrevivo uma reserva legitimária sôbre o usofruto, variável conforme os herdeiros com quem concorre.

O código espanhol seguiu o sistema do nosso, dando dois terços aos descendentes legítimos; mas consignou um sistema original, derivados dos costumes franceses de *préciput*, permitindo aos pais dispôr de um dos dois terços da reserva global, para a dar áqueles dos descendentes legítimos que lhe aprouver favorecer; e também concede uma reserva de usofruto ao cônjuge sobrevivo.

O código alemão adoptou um sistema muito simples e igual: os herdeiros legitimários são os descendentes, os pais e o cônjuge sobrevivo, tendo cada um uma reserva fixada uniformemente em metade do valor da sua parte hereditária legal.

O código suiço foi o que mais alargou o círculo dos herdeiros legitimários, que são os descendentes, os pais, os irmãos e o cônjuge. A legítima é para um descendente três quartos do seu direito de sucessão; para o pai ou mãe metade; para cada um dos irmãos ou irmãs a quarta parte; para o cônjuge sobrevivo toda a sua quota hereditária em propriedade, se concorre com outros herdeiros legitimos, e metade, se é único herdeiro. O código suiço é o que melhor trata o cônjuge.

O código brasileiro só dá legítima aos descendentes e ascendentes, fixando-a uniformemente em metade.

O nosso código adoptou, como era natural, o sistema da antiga tradição do direito peninsular, isto é, deixar à livre disponibilidade dos testadores ou doadores a *terça* dos seus bens, sendo portanto, em regra, de dois

terços a reserva legitimária, que só pertence aos descendentes e ascendentes.

Assim determina o art. 1784.º:

«Legítima é a porção de bens, de que o testador não pode dispôr, por ser aplicada por lei aos herdeiros em linha recta, ascendente ou descendente.

§ único. Esta porção consiste nas duas terças partes dos bens do testador, salva a disposição do art. 1787.º».

E o art. 1787.º determina:

«Se o testador só tiver, ao tempo da sua morte, outros ascendentes, que não sejam pai ou mãe, consistirá a legítima dêles em metade dos bens da herança».

Tinha assim o nosso código adoptado um sistema, que é bem o resultado da combinação da *portio legítima* do direito romano, em que se parte da liberdade de testar, e se restringe esta faculdade, impondo-se ao testador o dever de deixar alguma cousa aos parentes mais íntimos, e da *reserva* do direito germânico e consuetudinário francês, em que se parte do princípio da compropriedade doméstica, que exclue a liberdade de testar, e se admite por excepção uma limitada faculdade de dispôr a favor de estranhos.

E dêle se pode bem dizer o que diz Ruggiero do seu código:

«A legítima ou reserva do nosso direito inspira-se em ambos os institutos donde tirou a sua origem, e representa uma justa conciliação entre o princípio do livre arbítrio do proprietário em dispôr das suas cousas e o da legítima espectativa dos membros da família». (1)

Mas como já vimos, o justo e tradicional sistema do código civil foi alterado pelo decreto de 31 de outubro de 1910, que nesta matéria não fez mais do que copiar os arts. 1784.º-1787.º, substituindo: no § único do art. 1784.º, «nas duas terças partes» por «em me-

(1) Ruggiero, II, pág. 606 e 607.

tade»; no n.º 2.º do art. 1785.º, «terça» por «metade»; no art. 1786.º, «nos dois terços» por «em metade»; e no art. 1787.º, «em metade» por «na terça».

Temos, portanto, em face do decreto de 31 de outubro de 1910 as seguintes medidas de legítima e quota disponível:

a) havendo descendentes, ou pai ou mãe, a quota legitimária é igual à quota disponível — é *metade* (art. 1.º, § ún., e art. 3.º do decreto);

b) se os herdeiros legitimários são os avós, a legítima é a *terça*, e, portanto, a quota disponível é *duas terças* (art. 4.º).

Não é fácil descortinar o alcance desta reforma meramente aritmética do sistema tradicional do código, tanto mais que o legislador de 1910 não quis ou não soube ter o cuidado de resolver as questões, tanto de carácter doutrinal como de ordem exegética, a que dá logar o art. 1785.º (2.º do decreto).

Melhor fôra, pois, deixar em paz o sistema do código.

As medidas da legítima e quota disponível não são apenas as que indicamos, resultantes do disposto nos arts. 1.º, 3.º e 4.º do decreto.

Em virtude da disposição do n.º 2.º do art. 2.º, a legítima dos filhos perfilhados ou reconhecidos depois do casamento dos pais, se concorrem com filhos legítimos dêsse casamento, *só sai da metade disponível* da herança.

Em tais condições, a legítima é uma parte variável da herança, que pode chegar a absorvê-la completamente; e assim a quota disponível é uma medida variável e decrescente, que pode reduzir-se a *nada*.

Diz o art. 2.º:

«Se o testador tiver, ao mesmo tempo, filhos legítimos ou legitimados, e filhos perfilhados, observar-se há o seguinte:

1.º Se os filhos perfilhados o estavam ao tempo em que o testador contraiu o matrimónio de que veiu a ter os filhos legítimos, a porção daqueles será igual à legítima dêstes menos um têrço;

2.º Se os filhos forem perfilhados depois de contraído o matrimónio, a sua porção não excederá a *legítima dos outros menos um têrço, e sairá só da metade disponível da herança*».

Manteve-se assim uma distinção entre a quota legitimária dos filhos legítimos e a dos perfilhados, que se explica no sistema do código pela necessidade de transacção ou conciliação no embate das novas com as antigas ideas, mas que já não tem explicação plausível no sistema reformador de 1910.

Mas o que, pelo menos, o art. 2.º do decreto devia ter feito, e não fez, era resolver as graves questões de interpretação, a que dá logar o art. 1785.º do código.

E então devia ser assim redigido: «Se o testador tiver, ao mesmo tempo, filhos legítimos ou legitimados, *ou descendentes dêles com direito de representação*, e filhos perfilhados, *ou descendentes dêstes com direito de representação*, observar-se há o seguinte:

1.º Se os filhos perfilhados o estavam ao tempo em que o testador contraiu o matrimónio de que veiu a ter os filhos legítimos, a porção daqueles será igual à legítima dêstes menos um têrço;

2.º Se os filhos forem perfilhados depois de contraído o matrimónio, a sua porção *poderá ser igual à dos outros, mas sairá só* da metade disponível da herança, *considerando-se inoficiosas as disposições ou doações feitas em prejuízo desta legítima, conforme as regras gerais*» (1).

A questão mais difícil de resolver, sôbre a deter-

(1) Relativamente à inoficiosidade das disposições testamentárias, já dispôs o decreto n.º 5644, de 10 de maio de 1919, no art. 3.º: O testador pode sempre dispôr livremente de metade dos bens, excepto no caso do n.º 2.º do art. 2.º do decreto com fôrça de lei de 31 de

minação da legítima dos filhos perfilhados, é a de saber a que filhos se refere a palavra «*outros*» empregada no n.º 2.º do art. 1785.º do código e do art. 2.º do decreto.

Refere-se aos filhos legítimos ou aos perfilhados antes do casamento, do qual provieram os filhos legítimos?

Se se refere aos legítimos, a medida da legítima dos perfilhados depois do casamento tem por limite máximo a mesma medida da dos perfilhados antes do casamento; mas se se refere a estes, então é muito menor, não podendo a sua porção ir além da dêstes menos um terço. E neste caso teríamos para os filhos três diversas medidas de legítima. Assim, designando por x a porção dum filho legítimo, por y a dum filho perfilhado antes do casamento, e por z a dum filho perfilhado depois, será

$$y=\tfrac{2}{3}x \text{ e } z=\tfrac{2}{3}y=\tfrac{2}{3}\cdot\tfrac{2}{3}x=\tfrac{4}{9}x.$$

Esta interpretação parece-nos inaceitável. É certo que a forma gramatical presta-se a deduzi-la da palavra «*outros*», que parece referir-se aos outros filhos perfilhados.

Mas também as expressões «*sua porção*» e «*legítima dos outros*» parecem referi-la antes aos filhos legítimos, visto que no n.º 1.º do artigo se emprega a palavra «*porção*», para a quota legitimária dos perfilhados, e a palavra «*legítima*», para a quota dos filhos legítimos.

Mas o espírito da lei leva-nos à conclusão de que

outubro de 1910». Mas subsiste ainda a dúvida a respeito das doações. Nós entendemos, porém, que não pode deixar de se entender a lei no sentido da redacção acima indicada, por fôrça do princípio da intangibilidade das legítimas.

As palavras que acrescentamos no corpo do artigo, são uma consequência do direito de representação, e são necessárias para evitar dúvidas.

A modificação que fazemos na primeira parte do n.º 2.º, traduz a interpretação que se lhe deve dar.

não há razão para se fazer distinção entre as duas categorias de perfilhados, a não ser a de limitar à quota disponível as legítimas da segunda categoria; e nem mesmo esta distinção é compreensível quando não haja legítimos, como de resto se conclui necessàriamente do art. 1990.º, que é igualmente exacto sendo redigido na forma do plural.

A fórmula das legítimas, designando por h a herança, por l o número de filhos legítimos, e por i o número de filhos perfilhados antes do casamento, será

$$\tfrac{h}{2}=lx+iy=lx+i\tfrac{2}{3}x\text{(a), ou,}$$
$$3h=6lx+4ix\text{(b), donde}$$
$$x=\frac{3h}{6l+4i}$$

Determinada a legítima do filho legítimo, conhecidas estão as dos filhos ilegítimos, pois é $y=\frac{2}{3}x$, e $z=\frac{2}{3}x$ ou $z=\frac{2}{3}y=\frac{4}{9}x$, conforme a interpretação que se adoptar, e se a quota disponível chegar para integrar êste limite máximo de legítima dos perfilhados depois do casamento.

Para se compreender a fórmula das legítimas, basta notar que o primeiro membro da fórmula (a), $\frac{h}{2}$, é a metade da herança, precisamente porque é a quota legitimária global da herança, que é destinada aos filhos legítimos e aos perfilhados antes do casamento; e, portanto, o segundo membro ou termo da igualdade é a soma das legítimas destes filhos, $lx+iy$; da fórmula (a) passa-se para (b), multiplicando por 6, menor múltiplo comum dos denominadores dos quebrados, para desembaraçar a equação dos termos fraccionários.

Pode dispensar-se a equação, empregando uma simples expressão algébrica, que traduz a relação ou proporção das medidas da legítima dos filhos legítimos e dos perfilhados antes do casamento.

Essa expressão algébrica é simplesmente $3l+2i$,

em que l é o número dos filhos legítimos e i o dos ilegítimos perfilhados antes do matrimónio.

Dividindo a quota legitimária a partilhar pelo valor da expressão $3l + 2i$, tem-se um quociente, que multiplicado por 3 dá a legítima dos filhos legítimos, e por 2 a dos ilegítimos.

Por exemplo: a herança é de 180 contos, e portanto a legítima a partilhar 90 contos. Ha 2 filhos legítimos e 2 ilegítimos. A expressão $3l + 2i = 3 \times 2 + 2 \times 2 = 10$.

O quociente $\frac{90 \text{ contos}}{10} = 9$ contos é o número, que multiplicado por 3 dá 27 contos, que é a legítima dos filhos legítimos, e multiplicado por 2 dá 18 contos, que é a legítima dos ilegítimos perfilhados antes do casamento.

Não havendo necessidade de calcular as legítimas, e tratando-se de calcular as quotas hereditárias, nos termos do art. 1991.°, a equação será

$$h = lx + iy = lx + i\tfrac{2}{3}x, \text{ ou, multiplicando por 3,}$$
$$3h = 3lx + 2ix, \text{ donde } x = \frac{3h}{3l + 2i}.$$

Para quem adoptar a interpretação, que distingue as quotas hereditárias das duas categorias de ilegítimos, a equação será, designando i' os filhos perfilhados depois do matrimónio,

$$h = lx + iy + i'z = lx + i\tfrac{2}{3}x + i'\tfrac{4}{9}x, \text{ ou multiplicando}$$
$$\text{por 9, } 9h = lx + 6ix + 4i'x, \text{ donde } x = \frac{9h}{9l + 6i + 4i'}$$

Nesta interpretação o processo prático mais simples é dividir o valor da massa hereditária a partilhar pelo divisor $9l + 6i + 4i'$; obtem-se assim o quociente, que multiplicado por 9 dá a parte de cada filho legítimo, por 6 a de cada ilegítimo da primeira categoria, e por 4 a de cada ilegítimo da segunda categoria. A razão é a mesma do divisor $3l + 2i$.

É porque os números 9, 6 e 4 são os que traduzem a proporção do direito hereditário das três espécies de filhos, na referida interpretação.

O calculo da metade e da terça, isto é, da quota legitimária global faz-se nos termos do art. 1790.° (art. 3.° do decreto):

«§ 1.° Somar-se há o valor de todos os bens, que o autor da herança houver deixado, feita a dedução das dívidas da herança; ajuntar-se há à soma restante o valor dos bens que o falecido houver doado, e a quota disponível será calculada em relação a esta soma total.

§ 2.° O valor dos bens doados será o que tiverem na época em que a doação produzir os seus efeitos.

§ 3.° Se a cousa doada houver perecido, sem que o donatário para isso concorresse directamente, não será compreendida na massa da herança para o cálculo das legítimas».

O princípio da intangibilidade das legítimas é defendido por dois meios:

a) a *excepção* ou *cautela sociniana*, do jurisconsulto Socino, que a inspirou, a qual tem logar quando o testador dispõe de algum usofruto, pensão vitalícia, ou outro encargo, cujo valor excede a quota disponível, podendo em tal caso os legitimários cumprir o legado, ou entregar simplesmente ao legatário a quota disponível (art. 1788.°);

b) a *acção de redução*, que tem logar quando o *de cujus* tiver doado, ou disposto de mais bens do que aqueles de que lhe é permitido dispôr, podendo então os legitimários requerer, na abertura da sucessão, que a doação ou deixa seja reduzida, nos termos dos arts. 1493.° e seguintes (art. 1789.°).

Comtudo o princípio da intangibilidade não é absoluto, podendo ser invalidado pela *deserdação* (arts. 1875.°-1884.°) e pelas *doações para casamento* (arts. 1169.°, 1483.°, n.° 2.° e 1501.°).

127. **Sucessão legítima.** — A sucessão legítima, que no seu conceito amplo abrange também a *legitimária*, a sucessão legítima por excelência (supra, n. 122), tem logar, segundo o art. 1968.º, em três casos:

a) se qualquer pessoa se finar, sem dispôr de seus bens, ou dispuzer só em parte; ou

b) se o testamento fôr anulado; ou

c) se o testamento caducar.

Mas a disposição do art. 1968.º é incompleta, sendo necessário acrescentar mais estes dois casos:

d) se o testamento fôr revogado, e não houver herdeiro testamentário com direito de acrescer;

e) quando fôr deferida a espécie de *sucessão provisória* que é a *curadoria definitiva*, ou a sucessão definitiva, embora resoluvel, dos ausentes, nos termos do art. 79.º (supra, n.º 120).

Verificado o presuposto da abertura da sucessão legítima, quem são os herdeiros chamados ou nomeados pela lei?

A resposta é dada pelos arts. 1969.º-2008.º.

Mas o art. 1969.º, que é o fundamental na determinação da ordem da sucessão legítima, foi muito alterado pelo conhecido decreto de 31 de outubro de 1910, devendo agora, em conformidade com o art. 6.º da carta de lei de 1 de julho de 1867, ser assim redigido:

A sucessão legítima defere-se na *ordem* seguinte:

1.º Aos descendentes;

2.º Aos ascendentes, salvo no caso do art. 1236.º (deverá acrescentar-se o do art. 292.º);

3.º Ao cônjuge sobrevivo;

4.º Aos irmãos e seus descendentes;

5.º Aos colaterais não compreendidos no número anterior, até ao sexto gráu;

6.º Á fazenda nacional».

As alterações reduzem-se a duas, mas são muito importantes:

1.ª o cônjuge sobrevivo que só era chamado à sucessão depois dos irmãos e sobrinhos, passou a excluir todos estes parentes, sendo chamado logo depois dos ascendentes;

2.ª o limite de gráu de parentesco para o direito sucessório dos colaterais foi reduzido do décimo ao sexto gráu.

A quem ler desprevenidamente o art. 7.º do decreto poderá parecer que êle fez ainda uma terceira alteração, e esta seria também muito importante — a de fundir em um único grupo as duas categorias de herdeiros dos n.os 3.º e 5.º do art. 1969.º, isto é, fazer de todos os colaterais, irmãos, sobrinhos, tios e primos, uma mesma ordem ou classe de herdeiros legítimos.

E, com efeito, já assim se tem entendido, e até julgado.

Mas tal interpretação do art. 7.º do decreto é inaceitável.

Diz o art. 7.º: «Na falta de descendentes, ascendentes e cônjuge sobrevivo, a sucessão *ab intestato* defere-se aos colaterais até ao 6.º grau, inclusivé, por direito civil, *observada a ordem legal*».

As palavras finais do artigo mostram claramente que se mantém a *ordem legal* da sucessão dos colaterais, isto é, a preferência dos irmãos e sobrinhos aos tios e primos, sendo estes excluídos por aqueles, conforme a ordem estabelecida no código.

Nem mesmo se pode dizer que a ordem legal, de que fala o art. 7.º, é apenas a da maior proximidade do gráu e a do direito de representação, nos termos do art. 1770.º, pois que neste artigo não se fala em *ordem*, emquanto que o art. 1769.º diz: «a sucessão defere-se na *ordem seguinte*».

Não se pode, portanto, deixar de entender que a *ordem legal*, mandada observar pelo art. 7.º do decreto, é necessàriamente, e principalmente, a *ordem* do art. 1969.º do código, e que, por conseqüência, os n.os 3.º

e 5.º (agora 4.º e 5.º) dêste artigo continuam a constituir duas ordens diferentes e sucessivas de herdeiros legítimos.

Fixada a ordem geral da sucessão legítima, deve porém notar-se que esta é a ordem normal ou regular; mas há alguns casos particulares de sucessão legítima, que fogem à ordem normal da sucessão, e por isso se podem chamar sucessões anormais ou irregulares.

Três dêstes casos são expressamente declarados na lei:

a) o do art. 1236.º, segundo o qual os bens herdados pelo binubo ou binuba de algum dos filhos de matrimónio anterior, e que êste filho houvesse herdado de seu falecido pai ou mãe, ficarão pertencendo em propriedade aos irmãos germanos do dito filho, se os houver, e o pai ou mãe só terá o usofruto;

b) o caso do art. 292.º, segundo o qual a herança intestada dos expostos ou abandonados, na falta de descendentes, será deferida ao estabelecimento de beneficência pupilar que exercer a sua tutela;

c) o caso do art. 1663.º, segundo o qual, na falta de cônjuge sobrevivo e de parentes sucessíveis do foreiro, será o prédio enfitêutico devolvido ao senhorio directo.

Casos de sucessão legítima irregular ou anormal devem também considerar-se as determinações da vontade do autor da herança mandando-a deferir por uma ordem diversa da estabelecida na lei, o que pode fazer, quer por testamento, quer por contracto antenupcial, contanto que não altere a ordem dos herdeiros legitimários, visto que só esta é de ordem pública (art. 1096.º e 1103.º), devendo portanto considerar-se meramente supletiva ou subsidiária a ordem legal da sucessão legítima geral ou voluntária, isto é, que não é legitimária.

Simplesmente estes casos de sucessão irregular não são pròpriamente de sucessão legítima, mas antes de

sucessão testamentária, visto que a sucessão contractual, excepcionalmente admitida nas convenções antenupciais, tem a natureza de disposição de última vontade.

Em face dos princípios fundamentais do direito sucessório, é certamente lícita a deserdação pura e simples de todos os herdeiros legítimos, salva a reserva da *legítima*, e com excepção do Estado, que pode ser preterido por um sucessor testamentário, mas que o não poderia ser absolutamente na falta de qualquer sucessor testamentário ou legítimo, porque uma semelhante disposição de última vontade, além de revelar incapacidade mental no disponente, seria ofensiva da ordem jurídica, e portanto nula.

A ordem normal da sucessão legítima não é um produto da fantasia, do arbítrio ou mesmo do simples raciocínio do legislador, mas antes o resultado de uma longa e complexa elaboração histórica.

Na Grécia antiga não se admitia a princípio o testamento; só havia herdeiros naturais.

A sucessão legítima fundava-se nos laços de sangue e no parentesco legítimo ou adopção legal, preferindo os parentes paternos aos maternos. Era deferida, em primeiro logar, aos descendentes, e na falta dêstes aos colaterais. As filhas, havendo irmãos legítimos ou adoptivos, só tinham direito a um dote. Na ordem colateral, era deferida:

1.º Aos que tinham o mesmo pai que o autor da herança — *a*) primeiro aos irmãos e seus descendentes até à segunda geração; *b*) depois às irmãs e seus descendentes até à segunda geração;

2.º Aos que tinham o mesmo avô que o autor da herança — *a*) primeiro os primos paternos e seus filhos; *b*) depois as primas paternas e seus filhos;

3.º Aos que tinham a mesma mãe que o autor da herança e seus descendentes até à *décima geração*;

4.º Finalmente aos que tinham parentesco paterno

com o defunto em gráu mais remoto que os compreendidos nos números 1.º e 2.º.

O direito romano intercalou entre os descendentes e os colaterais uma segunda classe ou ordem de sucessores legítimos, constituída pelos ascendentes.

Justiniano, regulando a sucessão nas Novelas 118 e 127, distinguiu nìtidamente as três ordens sucessivas de herdeiros legítimos: *descendentes, ascendentes, collateralles;* mas na última, *tertius ordo*, estabeleceu três subordens: 1.ª *fratres et sorores ex eodem patre et ex eadem matre nati* (irmãos germanos); 2.ª *fratres et sorores ex uno parente* (consanguíneos ou uterinos); 3.ª *omnes a latere cognati secundum gradus praerogativam* (1).

O direito romano foi adoptado no ocidente nos países de direito escrito; os ascendentes não excluíam todos os colaterais; os irmãos e irmãs germanos sucediam conjuntamente com os ascendentes, excluindo os irmãos unilaterais, ainda mesmo na falta de ascendentes; era a prerogativa denominada *privilégio do duplo vínculo.*

Em cada uma destas ordens de sucessão, o parente de gráu mais próximo excluia o mais afastado, excepto havendo logar à *representação*, que era admitida na linha recta descendente até ao infinito, e na linha colateral em favor dos filhos de irmãos ou irmãs.

Consistia a *representação* em chamar à sucessão, conjuntamente com os parentes mais próximos, outros mais afastados, no logar do defunto de que êles descendiam, falecido antes do *de cujus*, e que seria chamado se fosse ainda vivo. Sendo os representantes chamados no logar do representado, a partilha da herança não se faz por cabeças (*per capita*) ou em partes iguais, mas sim por grupos ou ramos (*per stirpes*), dividindo-se

(1) Filomusi Guelfi, *Diritto hereditario*, I, pág. 50.

a parte correspondente a cada representado pelos seus representantes.

Nos países do antigo direito consuetudinário francês o regime sucessório é governado por três princípios ou regras fundamentais. O primeiro é o da tradição germânica, que só admitia uma espécie de sucessão, a legítima ou determinada pela lei. O testamento, quando começou a ser admitido, graças à influência da Igreja, só serve para fazer legados, e não para conferir a estranhos a qualidade de herdeiros: *Dieu seul peut faire un héritier; Gignuntur heredes, non scribuntur; En France, institution d'héritier n'a lieu.* O segundo é que a ordem da sucessão é determinada, não pelas presumidas afeições do defunto, mas pela idea da *coesão familiar*, do *dever de família;* de modo que os bens do património, pelo menos os mais importantes, os imóveis adquiridos por herança, são considerados como pertencendo menos ao indivíduo do que ao grupo familiar; ninguém que não seja um membro da família que os adquiriu pode recebê-los. E daí o terceiro princípio, a *pluralidade das massas ou patrimónios hereditários*, em oposição ao da *unidade do património*, característica do direito romano. Daí a distinção dos bens *próprios* (*propres*) e dos *móveis* e *adquiridos* (*meubles ei acquêts*), que dá logar a dois diversos modos de sucessão: os móveis e os adquiridos (isto é, os imóveis não herdados) seguem geralmente a ordem de sucessão das Novelas de Justiniano; os *próprios* (isto é, os imóveis herdados da família) são devolvidos aos parentes da respectiva linha (*lingnagers*) paterna ou materna, ainda que não sejam os mais próximos — *Paterna paternis, materna maternis.*

Na sucessão legítima do antigo direito consuetudinário francês distinguiam-se assim três espécies de bens: *feudos* e *herdades nobres; móveis* e *adquiridos;* e os *próprios* ou *bens da família.*

Quanto aos *feudos* e às *herdades nobres*, havia re-

gimes e speciais de sucessão, caracterizados sobretudo pelos privilégios da *primogenitura* (morgados) e da *masculinidade*, que consistia na exclusão das mulheres pelos varões.

Para os *móveis* e *adquiridos* vigoravam pouco mais ou menos as regras do direito justinianeo. Mas, ao contrário dêste, o direito consuetudinário determina que os ascendentes excluem os irmãos, e sucedem pelo gráu mais próximo, sem distinção (*fente*) entre linha paterna e materna. Na ordem dos colaterais, à excepção do costume de Paris, vigoram as regras da separação das duas linhas e do privilégio do duplo vínculo. Pela primeira regra a sucessão é dividida em duas partes, sendo uma para os colaterais mais proximos da linha paterna, e a outra para os da linha materna — *Dimidium paternis, dimidium maternis*. Quanto ao privilégio do *duplo vínculo*, o seu efeito é a exclusão, em igualdade de gráu, do colateral uterino ou consanguíneo pelo colateral germano.

Quanto ao direito de *representação* era admitido até ao infinito na linha recta descendente, mas na linha colateral sómente em favor dos sobrinhos e quando concorressem com irmãos do *de cujus*.

Quanto aos bens próprios da família, seguiam na ordem dos descendentes a mesma sucessão dos móveis e adquiridos.

Na falta de descendentes do defunto, «d'hoirs de son corps», a sucessão dos *próprios* é regulada pela dupla regra — *Paterna paternis, materna maternis*, e *Propres ne remontent*. Esta regra significava, no último estado do direito consuetudinário, que os bens próprios de uma linha não podem passar aos ascendentes da outra linha, emquanto houver algum colateral da linha a que pertencem

O direito da Revolução transformou profundamente o regime das sucessões. Duas razões fundamentais inspiraram o direito revolucionário. Em primeiro logar a

idéa de estabelecer a unidade da legislação. Em segundo logar, abolir as características da sucessão costumeira contrárias aos princípios democráticos do novo regime, tais como os privilégios de primogenitura e masculinidade na sucessão dos bens nobres, e as regras tendentes à estabilização perpétua dos bens na família. Os pontos fundamentais da reforma foram assim sintetizados no relatório de Merlin na Assembléa Constituínte: unidade de sucessão; supressão da sucessão nos *próprios;* devolução segundo a ordem das afeições com igualdade absoluta das partilhas. Mas foi na Convenção que a idéa revolucionária veio a ser convertida em lei, a famosa lei de 17 do nivoso do ano II (5 de janeiro de 1794).

Segundo esta lei, a sucessão, constituíndo um património único, sem distinção entre os bens que o compunham, era deferida em primeiro logar aos filhos e aos seus descendentes chamados pela *representação*. Na falta de descendentes, a herança dividia-se em duas partes (*fente*), uma das quais ia para a linha paterna, a outra para a linha materna; e cada uma destas partes subdividia-se ainda (*refente*), sendo caso disso, entre as linhas paterna e materna do pai e da mãe do *de cujus*.

A parte de cada linha era atribuída, não ao ascendente mais próximo, mas aos descendentes do ascendente mais próximo do defunto. Assim, eram chamados em primeiro logar os irmãos e irmãs e seus descendentes (sobrinhos do *de cujus*), e depois é que eram o pai e a mãe. Depois do pai e da mãe eram chamados os descendentes dos avós, tios, primos germanos e seus descendentes, e na falta dêstes, é que eram então os avós. E assim sucessivamente. Dêste modo se constituía a série de *linhagens* ou *parentelas* sucessivamente chamadas à sucessão. Era a ressurreição do sistema germânico das parentelas, abandonado pela França consuetudinária, e ainda em vigor na Alemanha e na Suíça.

A representação era admitida indefinidamente, tanto na linha recta como na colateral.

O objectivo final do direito revolucionário era sempre a divisão das heranças pelo maior número de herdeiros.

O código napoleónico, sempre inspirado no espírito de ponderação e conciliação, organizou um sistema com elementos dos diversos sistemas anteriores.

Do direito escrito, ou seja, do direito romano, adoptou o princípio da unidade do património; as regras sôbre a ordem da sucessão seguem nas suas linhas gerais as Novelas de Justiniano, complicadas por vezes com recordações mais ou menos felizes do direito costumeiro.

Do espírito dêste deixou-se influenciar pela idea de que só há verdadeira sucessão na sucessão *ab intestato*, considerando legatários universais os herdeiros instituídos em testamento, e incluindo os testamentos, não no título das sucessões, mas no das doações. Foi lá também que o código foi buscar a instituïção da posse hereditária (*saisine héréditaire*).

O direito revolucionário forneceu-lhe o princípio da igualdade, que exclui as regras especiais de devolução para os bens *próprios* e certos bens qualificados de *nobres*. «A lei, diz o art. 732.°, não considera nem a natureza nem a origem dos bens para regular a sua sucessão».

Depois de 1804, dizem Colin e Capitant, o trabalho da jurisprudência e da legislação teem modificado a fisionomia do regime sucessório. Dum modo geral, pode dizer-se que as transformações assim realizadas, o foram no sentido dum regresso parcial às ideas doutrora, quer às do antigo direito, quer às do direito revolucionário. É assim que os direitos do filho natural foram aumentados em 1896, e os do cônjuge sobrevivo em 1891. A jurisprudência, por seu lado, fez reviver a sucessão testamentária, assimilando pouco mais ou

menos a situação dos legatários universais ou a título universal à situação dos herdeiros (1).

No sistema do código francês (art. 723.°) os sucessores chamados à herança são de duas categorias, os *herdeiros* e os *sucessores irregulares*. O interesse desta distinção fundamental está em que só os primeiros são investidos *ipso jure* da *saisine* (art. 724.°), isto é, do domínio e posse da herança, pelo simples facto da morte do *de cujus*, sem necessidade de qualquer investidura formal, emquanto que os segundos precisam de requerer a entrega ou posse da sucessão, pelo menos quando concorrem com herdeiros legitimários ou reservatários.

Segundo o código napoleónico, a classe dos herdeiros pròpriamente ditos compreendia sòmente os *parentes legítimos*. A dos sucessores irregulares compreendia os *parentes naturais*, o *cônjuge sobrevivo* e o *Estado* (art. 723.°). Mas, como depois a lei de 25 de março de 1896 elevou os filhos naturais à categoria de herdeiros, ficou a classe dos herdeiros, segundo o novo art. 723.°, a ser constituída pelos *parentes, quer legítimos, quer naturais*, sendo porém discutível a condição jurídica dos irmãos naturais.

Relativamente ao cônjuge sobrevivo diz o art. 723.° que é chamado à sucessão na falta de herdeiros, «*à défaut d'héritiers*»; mas esta fórmula não é exacta desde que a lei de 9 de março de 1891 chamou o espôso sobrevivo à sucessão «*en concours*» com os herdeiros de sangue.

E há ainda no sistema do código francês uma terceira categoria de sucessores, a que o art. 723.° não alude: são os beneficiários dum direito chamado direito de *reversão* «*droit de retour*», ou *sucessão anómala*. São os chamados *sucessores anómalos*. Êste direito sucessório de reversão é admitido em quatro casos:

(1) Colin e Capitant, III, pág. 366.

a) o direito do ascendente doador sôbre as cousas doadas a seus filhos ou descendentes falecidos sem posteridade, e que se encontrarem ainda na sua sucessão (art. 747.°);

b) o direito do *adoptante* doador sôbre as cousas por êle doadas, se o adoptado ou seus descendentes falecerem sem posteridade, e essas cousas se encontrarem ainda na sua sucessão (arts. 351.° e 352);

c) o direito de reversão dos *irmãos legítimos do filho natural*, falecido sem posteridade, sôbre os bens por êle recebidos em virtude de liberalidades do seu progenitor comum ou pela sucessão dêste (art. 766);

d) o direito de reversão dos doadores ou de suas famílias sôbre os bens doados ou legados a *associações que sejam dissolvidas* (lei de 1 de julho de 1901, sôbre as associações e congregações, art. 18.° alíns. 5, 7 e seg.).

A classe dos herdeiros legítimos no sistema do código francês (art. 731.°) abrange três ordens sucessivas, em harmonia com as Novelas de Justiniano: 1.ª os *filhos* e *descendentes;* 2.ª os *ascendentes;* 3.ª os *colaterais*. É pois a proximidade da ordem ou linha e não a proximidade do gráu, que em primeira logar determina a vocação hereditária, pois que um parente mais próximo pode assim ser excluído por outro mais afastado. Dêste modo um irmão ou irmã, apesar de parente em segundo gráu, não deveria em princípio ser chamado à sucessão, senão na falta de qualquer ascendente, mesmo do terceiro ou quarto gráu. Mas não é assim, porque os arts. 745.°-755.° estabeleceram várias excepções ao princípio: por um lado, certos ascendentes foram colocados num logar à parte na sua ordem, sendo mais favorecidos; e o mesmo acontece a certos colaterais. Daí resulta que as ordens de herdeiros legítimos não são apenas três, mas cinco:

1.ª Descendentes;

2.ª Ascendentes privilegiados, isto é, pai e mãe;

3.ª Colaterais privilegiados, isto é, irmãos e irmãs e seus descendentes;

4.ª Ascendentes ordinários, isto é, avós ou ascendentes do segundo gráu em deante;

5.ª Colaterais ordinários, isto é, tios e primos.

Mas as três ordens intermediárias dos ascendentes privilegiados, colaterais privilegiados e ascendentes ordinários, não são sucessivas no sentido de se excluírem sucessivamente; há entre elas um sistema de combinação ou entrelaçamento, em virtude do qual muitas vezes concorrem à herança parentes de duas destas ordens.

Além disso é de notar que, fóra da ordem dos descendentes, tem logar outra regra essencial — a *divisão da herança entre as duas linhas paterna e materna;* de modo que, se há ascendente só de uma das linhas, êste, ainda que seja o mais próximo parente do *de cujus*, só recebe metade da sucessão, indo a outra metade para os colaterais da outra linha (art. 733.° e 734.°). É uma aplicação da regra *Paterna paternis, materna maternis*, transplantada, mas transfigurada ou mesmo desnaturada, do direito consuetudinário (1).

O código italiano seguiu muito de perto o código de Napoleão, embora com importantes modificações.

Em primeiro logar aboliu a distinção entre *herdeiros legítimos* e *sucessores irregulares*, que ainda se encontrava no projecto Pisanelli, e estabelece seis classes de herdeiros, dispondo no art. 731.°: «A lei devolve a sucessão aos *descendentes legítimos,* aos *ascendentes*, aos *colaterais*, aos *filhos naturais* e ao *cônjuge*, na ordem e segundo as regras em seguida estabelecidas, e na sua falta ao património do *Estado*».

Dizemos *classes*, e não *ordens*, para acentuar bem a exacta terminologia de Filomusi Guelfi, definindo

(1) Colin e Capitant, III, pág. 379.

classe aquele grupo ou categoria de herdeiros chamados à sucessão em virtude de uma especial e própria razão de vocação; e *ordem* aquele grupo ou categoria de herdeiros que, na série sucessiva deles, ou seja, na ordem da sucessão, tem o seu logar fixo, anterior ou posterior a um outro; ou como diz Ruggiero, aquele grupo que tem precedência sôbre outro, de modo que o grupo sucessivo não pode ser chamado emquanto existir uma só pessoa pertencente ao grupo anterior (1).

E assim se explica como no relatório de Pisanelli, e ainda hoje na doutrina de muitos autores italianos, se reduzem os grupos ou categorias de herdeiros legítimos às quatro classes:

a) *Parentela legítima* — por direito de família *(jure familiae);*

b) *Parentela natural* — por direito de sangue *(jure sanguinis)*;

c) *Cônjuge sobrevivo* — por direito de matrimónio *(jure matrimonii);*

d) *Estado* — por direito de soberania *(jure imperii)*.

Mas se se trata de fixar as *ordens* de herdeiros, então a série não é esta, nem tão pouco a do art. 731.°, mas sim a que se encontra especificada nos artigos subsequentes, e que é, segundo Filomusi Guelfi:

1.ª Descendentes legítimos em concurso com filhos naturais e com o cônjuge sobrevivo (art. 721.° e 736.°);

2.ª Filhos naturais em concurso com ascendentes e com o cônjuge sobrevivo (art. 744.° e 745.°);

3.ª Ascendentes, irmãos e irmãs (germanos, consanguíneos e uterinos) em concurso com o cônjuge sobrevivo (art. 738.°-742.°);

(1) Filomusi Guelfi, *Diritto creditário*, I, pág. 52; Ruggiero, II, pág. 577.

4.ª Cônjuge sobrevivo em concurso com colaterais dentro do sexto gráu (art. 721.°, 754.° e 745.°);

5.ª Colaterais até ao décimo gráu (art. 742.°);

6.ª Estado (arts. 721.° e 758.°) (1).

Outra diferença importante do sistema do código italiano é que êste, na sucessão dos ascendentes e colaterais, não admite a divisão entre linha paterna e materna, senão no caso excepcional do art. 739.°, pelo qual, sucedendo ascendentes em gráu igual, mas em número desigual (por ex. avô paterno dum lado, e ambos os avós maternos do outro), a divisão não se faz em três partes iguais, mas sim em duas partes, atribuindo-se uma ao avô paterno, e a outra aos dois avós maternos.

Fora dêstes casos excepcionais o princípio é o do art. 722.°: «A lei ao regular a sucessão considera a proximidade do parentesco, e não a prerogativa da linha, nem a origem dos bens, senão nos casos e pelos modos expressamente estabelecidos pela mesma lei».

Os códigos do tipo germânico (austríaco, alemão e suíço) seguem um sistema muito diferente dos do tipo romano, que é o chamado sistema da *parentela por linha* ou *sucessão linear*, o qual chegou a ser introduzido em França, como vimos, pelo direito revolucionário.

Assim o código austríaco (§ 731.°) distingue seis linhas ou ordens sucessivas:

1.ª Linha ou parentela do defunto — os descendentes;

2.ª Linha ou parentela dos pais — pai e mãe e seus descendentes;

3.ª Linha ou parentela dos avós — o avô e a avó, e os seus descendentes;

4.ª Linha ou parentela dos bisavós — o bisavô e a bisavó, e os seus descendentes;

(1) Filomusi Guelfi, pág. 53.

5.ª Linha ou parentela dos trisavós; e

6.ª Linha ou parentela dos tetravós.

O código brasileiro apesar de ser influenciado em grande parte, até mesmo na sua sistematização, pelo código germânico, em matéria de sucessões seguiu o sistema latino, seguindo a tradição do nosso antigo direito, deferindo a sucessão legítima (art. 1603.°):

I. Aos descendentes;
II. Aos ascendentes:
III. Ao cônjuge sobrevivo;
IV. Aos colaterais;
V. Aos Estados, ao Distrito Federal ou à União.

A diferença para o nosso direito antigo está apenas no logar do cônjuge sobrevivo, que só era chamado na falta de colaterais (1).

Vê-se, pois, que também já o nosso código melhorou a situação do cônjuge sobrevivo, antepondo-o, não a todos os colaterais, como fez depois o decreto de 31 de outubro de 1910, mas intercalando-o entre a ordem dos irmãos e sobrinhos e a dos tios e primos.

Confrontando agora o sistema da sucessão legítima, tal como se encontra formulado no art. 1969.° do código, modificado pelo decreto de 31 de outubro de 1910, com os sistemas dos outros códigos, reconhece-se que, no ponto de vista restrito à técnica legislativa, êle revela um gráu mais elevado de perfeição, que foi seguido pelos redactores do código brasileiro.

Com efeito, no sistema do art. 1969.° está bem nìtidamente impresso o princípio de que as classes ou categorias de herdeiros nele mencionadas constituem verdadeiras *ordens* da sucessão, no sentido de que cada uma delas não só exclue as seguintes, mas só é chamada na falta da anterior.

Êste princípio está claramente formulado no corpo

(1) Coelho da Rocha, *Inst.*, § 335.

do artigo — «A sucessão legítima defere-se *na ordem seguinte*»; e depois resulta expressamente das disposições subseqüentes, sôbre a passagem de cada uma das ordens para a imediata (art. 1993.°, 1990.°, 2003.°, 2004.° e 2006.°).

É, portanto, um princípio fundamental, e tão certo como se no código estivesse expressamente formulado, que nunca um herdeiro de qualquer ordem pode ser chamado à sucessão, emquanto houver algum da ordem precedente, salvo nos casos declarados por uma disposição expressa da lei, como é a do art. 1236.°, resalvado pelo n.° 2.° do art. 1969.°.

É por isso que sempre consideramos um êrro o dizer-se, como se tem dito na doutrina e jurisprudência dominantes, que os filhos, embora legítimos, de irmãos perfilhados não entram na quarta ordem da sucessão, podendo ser excluídos pelos tios e primos legítimos.

Felizmente que a jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal de Justiça abandonou semelhante doutrina, reconhecendo a evidência e a certeza do princípio que enunciámos.

Dissemos, porém, que a maior perfeição do sistema do nosso código é restrita ao ponto de vista da técnica legislativa.

E efectivamente assim é; porque relativamente à própria constituïção e seriação sucessiva das diferentes ordens de herdeiros, temos de reconhecer que, pelo contrário, o nosso código enferma de defeito grave em relação aos códigos do mesmo tipo romano.

A dois pontos se refere principalmente a imperfeição do nosso código: à situação do cônjuge sobrevivo, e à determinação das ordens pelo critério demasiadamente simplista da diferenciação das linhas de parentesco.

A situação dada pelo código ao cônjuge sobrevivo, chamando-o sómente na falta de descendentes, ascendentes, irmãos e sobrinhos, era por assim dizer uma situação de completo abandono.

E não se pense que a alteração introduzida pelo decreto de 31 de outubro de 1910 veiu remediar o mal, antepondo o cônjuge sobrevivo aos irmãos e sobrinhos.

A simples troca de logares, entre a terceira e quarta ordem de herdeiros legítimos, é um expediente por tal fórma rudimentar e empírico, que só por estes caracteres se devia revelar ao espírito do legislador como um meio insuficiente e impróprio para corrigir o defeito da lei.

Com semelhante processo de reformar o sistema do código não se fez outra cousa senão apagar uma injustiça para acender outra exactamente igual.

Se se puzer em confronto a infinidade de casos de concurso de cônjuge sobrevivo com irmãos e sobrinhos, há de necessàriamente verificar-se que pouco mais ou menos em metade dos casos é injusto excluir o cônjuge sobrevivo em benefício dos irmãos e sobrinhos, como na outra metade é injusto excluir estes em benefício daquele.

Isto é de uma evidência manifesta, puramente intuitiva; e, portanto, o que havia a fazer, não era trocar-lhes os logares na ordem do código, mas chamá-los em concurso, dando ao cônjuge sobrevivo, quer uma parte da herança em propriedade, como fazem alguns códigos, quer em simples usofruto, como fazem outros. E o concurso devia ser, não apenas com colaterais, mas também com ascendentes, e ainda com descendentes, sempre que o cônjuge sobrevivo ficasse sem meios regulares para continuar a viver numa situação desafogada.

Relativamente ao critério da constituïção e seriação das ordens sucessivas dos herdeiros, que foi o da simples separação da linha recta descendente, da ascendente, e da subdivisão da linha colateral em duas sublinhas, a dos irmãos e sobrinhos e a dos tios e primos, também é intuitivo que o sistema do código nem sempre corresponde, nem ao princípio da presumida afeição ou vontade

do *de cujus* (critério romanista), nem ao da compropriedade doméstica ou familiar (critério germânico).

Neste ponto foi mais perfeito o código francês, e ainda mais o italiano, organizando ordens com o concurso de ascendentes, cônjuge sobrevivo e colaterais mais próximos.

Organizadas como estão as diversas ordens de herdeiros legítimos, pelo critério simplista da separação das linhas, vejamos como funciona o mecanismo da sua sucessão.

Como vimos, o primeiro princípio fundamental é o da proximidade da linha ou da ordem, e não o da proximidade do gráu, como à primeira vista poderia inferir-se do disposto no art. 1970.º:

«O parente mais próximo em gráu excluirá o mais remoto, salvo o direito de representação, nos casos em que êste vigora».

É evidente que um neto, parente em 2.º gráu, prefere aos pais, parentes em 1.º gráu; que um bisneto, parente em 3.º gráu, prefere aos avós, parentes em 2.º gráu; do mesmo modo é evidente que um bisavô parente em 3.º gráu, prefere aos irmãos, parentes em 2.º gráu; do mesmo modo que um sobrinho, que seja neto ou bisneto de irmão, e, portanto, parente em 4.º ou 5.º gráu, prefere aos tios, parentes em 3.º gráu.

Por conseqüência, o princípio do gráu mais próximo só é aplicável entre parentes que pertençam à mesma ordem, e não aos parentes de diversa ordem, linha ou sublinha.

Mas ainda mesmo dentro da mesma ordem, nem sempre o parente de gráu mais próximo exclue todos os de gráu mais remoto, visto que, em virtude do *direito de representação*, podem concorrer parentes de gráu mais remoto com os de gráu mais próximo (arts. 1970.º, 1980.º-1984.º), como, por exemplo, quando os parentes do *de cujus* forem filhos e netos, filhos de outros filhos já falecidos, ou irmãos e sobrinhos, filhos

de outros irmãos já falecidos; no primeiro caso herdam os filhos e os netos como representantes de seus falecidos pai ou mãe, e no segundo os irmãos e os sobrinhos também como representantes de seus falecidos pai ou mãe.

Vejamos, pois, o que é êste terceiro princípio determinador dos herdeiros, que só tem aplicação na primeira ordem e na quarta, isto é, na primeira linha dos colaterais.

O *direito de representação* é definido pelo art. 1980.°:

«Dá-se o direito de representação, quando a lei chama certos parentes de uma pessoa falecida a suceder em todos os direitos, em que essa pessoa sucederia, se viva fôsse».

Afastou-se o código da definição dada pelo art. 739.° do código francês, adoptada pelo nosso grande Coelho da Rocha (§ 336.°), e também pelo art. 729.° do código italiano, àparte a idea da ficção: «La répresentation est une fiction de la loi, dont l'effet est de faire rentrer les représentants dans la place, dans le degré et dans les droits du représenté».

E bem procedeu o nosso legislador, porque nem a representação é uma ficção, nem tem o efeito, que não pode ter, de colocar o representante no gráu do representado.

Não é uma ficção, mas é antes uma situação jurídica positiva e real. E não é preciso colocar ficticiamente os representantes no *gráu* do representado, pois para o efeito que a lei pretende é suficiente coloca-los no seu logar, ou na situação jurídica que teria o representado, se fôsse ainda vivo.

A antiga escola romanista faz derivar o *jus representationis* do direito romano. Segundo o velho conceito, o direito de representação consiste essencialmente em que o herdeiro chamado *in locum praedefuncti parentis* não sucede *jure proprio*, mas sim por direito

do seu ascendente predefunto (*jure praedefuncti parentis*). Mas os romanistas da moderna escola regeitam êste conceito, dizendo que se nas fontes romanas há expressões, que se referem à sucessão *in locum praedefunti parentis*, elas querem apenas significar que em tais casos a divisão da herança não se faz por cabeça ou em partes iguais (*in capita*), mas por estirpes ou ramos (*in stirpes*) correspondentes aos grupos de representantes (1).

É por isso que os próprios autores franceses, apesar da definição dada pelo art. 739.° do seu código, dizem que para poder beneficiar da representação, três condições são necessárias, além da que consiste em fazer parte de uma ordem de herdeiros que a admita, a saber:

1.ª que o representado seja falecido;

2.ª que êle tivesse direito à sucessão, se vivesse;

3.ª que o representante tenha por si mesmo uma vocação própria e pessoal na sucessão do *de cujus* (2).

No sistema do nosso código, que de resto é o sistema clássico geralmente adoptado, só tem logar a favor dos descendentes (art. 1981.°) e dos sobrinhos filhos de irmãos já falecidos, quando concorrem com irmãos do *de cujus* (art. 1982.°); e o efeito da representação é conferir a cada grupo de representantes, ou ao representante que fôr um só, o mesmo direito que teria o seu ascendente representado, se fôsse vivo (arts. 1983.° e 1984.°).

A *representação* é, pois, o direito em virtude do qual os descendentes de certos parentes do autor da herança falecidos antes dêle, embora de gráu mais remoto que os herdeiros de gráu mais próximo, são chamados à sucessão conjuntamente com estes, para receberem a porção hereditária que pertenceria ao seu ascendente falecido, se fôsse ainda vivo.

(1) Filomusi Guelfi, pag. 61-63.
(2) Colin e Capitant, pág. 381 e 382.

Simplesmente no sistema do código os únicos parentes que beneficiam dêste direito são, na linha recta, todos os descendentes do segundo gráu em deante, mas na colateral só os sobrinhos filhos de irmãos quando concorrem com tios.

E assim se compreende porque a doutrina moderna se mostra hostil ao velho conceito do *jus representationis*, sustentando pelo contrário que quem sucede *in locum praedefuncti parentis*, sucede por direito próprio (*jure próprio*), e não por direito do ascendente premorto (*jure praedefuncti parentis*). E assim se explica que a vocação *in stirpes* não é efeito de uma representação, mas segundo alguns de uma *substituïção legítima* (Vangerow, Sintenis, Unger), segundo outros, da sucessão conferida pela lei a determinados grupos orgânicos da parentela (Kohler) (1).

Para nós a *representação* é um direito especial que se justifica por um duplo fundamento e fim: em primeiro logar, evitar a injustiça deshumana em muitos casos resultante do princípio do gráu mais próximo; e em segundo logar, evitar que as quotas hereditárias dos descendentes dos filhos e dos irmãos sejam maiores ou menores, conforme a circunstância acidental e infeliz da morte de seus pais se dá antes ou depois da do autor da herança.

E assim é fácil resolver a contradição entre os arts. 1971.°, 1981.° e 1983.°.

Concorrendo à herança só netos descendentes de filhos já falecidos, parece que a partilha tem de ser *per capita*, em vista do art. 1971.°: «os parentes, que se acharem no mesmo gráu, herdarão por cabeça ou em partes iguais».

Mas determinando o art. 1981.° que o direito de representação «*dá-se sempre na linha recta descendente*, e o art. 1983.° que os representantes só podem herdar o que herdaria o representado, se vivesse, parece que a partilha deve ser *per stirpes*.

(1) Filomusi Guelfi, pág. 63.

E, com efeito, assim deve ser, dado o conceito e o fim da representação, devendo portanto aplicar-se o art. 1983.° como excepção à regra do art. 1971.°.

E assim é de notar que não é boa a doutrina do art. 1982.° quando restringe o direito de representação dos sobrinhos ao caso de concorrerem com tios, o que é tanto mais de extranhar quanto é certo que no nosso antigo direito se seguiu a boa doutrina de que os sobrinhos sucediam por direito de representação, e portanto *in stirpes*, quer concorressem com tios, quer sós, em harmonia com o art. 742.° do código francês (1).

E a lógica reclama o direito de representação também para todos os sobrinhos descendentes de irmãos falecidos do *de cujus*. A boa doutrina foi consignada no art. 732.° do código italiano.

O código italiano, compreendendo bem o verdadeiro conceito da representação, determinou no art. 734.°: «Não se representam as pessoas vivas, excepto se se trata de pessoas *ausentes* ou *incapazes* de suceder». Mas exagerou a doutrina estabelecendo no art. 735.° que se pode representar a pessoa a cuja sucessão se renunciou.

Neste ponto foi mais lógico o nosso código, dando representação aos descendentes dos incapazes (art. 1979.°), mas negando-a aos dos renunciantes (art. 1972.°).

Relativamente aos ausentes também o nosso código admite a representação, presumindo-os falecidos (art. 64.°, 78.° e 79.°, supra n.° 120).

Fixados os primeiros princípios fundamentais deter-

(1) Lobão, na Dissertação em *Suplemento ao Tratado dos Morgados*, pretendeu sustentar a opinião de que os sobrinhos, concorrendo sós e sem tio, deviam suceder *in capita*; mas era talvez o único dos nossos praxistas que a sustentava, pois, como êle mesmo confessa, a prática era sempre em contrário — Coelho da Rocha, § 343.

minadores da ordem da sucessão legítima, o código trata depois, em secções separadas e sucessivas, das regras que regulam em cada uma das *ordens* de herdeiros a determinação daqueles que são chamados à sucessão e do modo como entre êles se faz a divisão da herança, pois que, em regra, não são chamados todos, e sucedem ora *per capita*, ora *per stirpes*.

Êste sistema do código, perfeitamente definido, tratando em secções separadas das regras próprias das diversas ordens de herdeiros, tem uma grande importância, que convém ter sempre presente: é que as normas ou preceitos relativos a uma das ordens, desde que sejam de carácter excepcional ou restritivo, não devem aplicar-se às outras ordens, sem declaração expressa da lei.

E assim, o art. 2005.º, ou seja, o art. 8.º do decreto de 31 de outubro de 1910, pertencendo à secção ou ordem dos *transversais não compreendidos* no n.º 3.º (agora 4.º) do art. 1969.º, não deve aplicar-se à secção ou ordem dos irmãos e sobrinhos, cujo direito sucessório é regulado pelos arts. 2000.º-2002.º, salva a alteração introduzida no art. 2000.º pelo art. 6.º daquele decreto.

Na ordem dos descendentes os princípios reguladores são o do gráu mais próximo combinado com o direito de representação (arts. 1985.º-1988.º) e a concorrência dos descendentes ilegítimos desde que estejam perfilhados ou reconhecidos, na mesma proporção da quota legitimária (arts. 1989.º-1992.º).

Mas, porque nestes artigos se fala apenas de filhos, discutiu-se durante muito tempo se os netos ilegítimos tinham ou não direito á sucessão dos avós.

A solução não podia lògicamente ser outra senão a afirmativa, pela razão simples de que se o código nada dizia a tal respeito, era que nada tinha a dizer, pois que nos termos do art. 1981.º só podiam herdar pelo direito de representação, e êste direito já estava consignado e regulado nos arts. 1980.º-1984.º.

Por isso a doutrina e a jurisprudência se podiam já considerar definitivas neste sentido.

Entretanto o decreto de 31 de outubro de 1910, para quebrar uma ou outra resistência de alguns julgadores, consignou expressamente, e regulou nos §§ 1.º-3.º do art. 8.º, o direito sucessório dos netos ilegítimos.

Mas estas disposições do decreto, as únicas que dêle seriam aproveitáveis numa justa e adequada reforma do direito sucessório, ainda enfermam de defeito substancial na parte em que consignam o direito dos netos ilegítimos como direito novo, quando deviam ter apenas o carácter de interpretação do código.

Na ordem dos ascendentes o princípio regulador é pura e simplesmente o do gráu mais próximo, pois não há direito de representação (art. 1981.º), nem divisão entre as linhas paterna e materna, nem sequer a divisão justamente admitida pelo código italiano, para o caso de concorrerem ascendentes das duas linhas em número desigual (arts. 1993.º-1999.º).

É de notar a justa disposição dos arts. 1995.º e 1999.º, segundo a qual, tratando-se da sucessão a um filho perfilhado, sem posteridade, é conferido o usofruto de metade da herança ao cônjuge sobrevivo.

Na ordem dos irmãos e sobrinhos os princípios reguladores são três:

1.º Preferência dos legítimos sôbre os ilegítimos (arts. 2000.º e 2002.º);

2.º O princípio do gráu mais próximo combinado com o direito de representação (art. 1982.º);

3.º O princípio do duplo vínculo aplicado à partilha (art. 2001.º).

Como já observámos, o princípio da preferência dos legítimos sôbre os ilegítimos nunca pode significar que os descendentes de irmãos perfilhados passem para a quinta ordem, sendo excluídos por tios do autor da herança.

O facto de o art. 2002.º não falar deles significa apenas que nada mais era preciso acrescentar.

De resto, o mesmo art. 2002.º, nas palavras *«do mesmo modo»*, mostra bem que sucedem igualmente ao disposto nos artigos anteriores os descendentes dos irmãos perfilhados.

O princípio do duplo vínculo, aplicado à partilha, consiste em dar aos germanos *dobrada parte da herança*, diz o art. 2001.º e § único.

Já se tem discutido o significado e alcance da quota em dôbro, podendo entender-se que deve dividir-se toda a herança em três partes, sendo duas para os germanos e uma para os unilaterais.

Mas semelhante interpretação é manifestamente inaceitável, porque levaria ao absurdo de muitas vezes ficarem os unilaterais com uma quota superior á dos germanos.

Portanto, o que o artigo significa é que cada um dos consanguíneos ou uterinos terá metade da quota de cada um dos germanos.

Mas ainda assim, e perante a disposição semelhante do código italiano (art. 741.º), duas diversas soluções teem sido apresentadas, correspondendo a duas interpretações da norma legal.

Segundo uma interpretação, a quota dos unilaterais será metade da que efectivamente receberem os germanos (*quota facti*); segundo a outra será metade da que lhe competiria se fôssem germanos (*quota juris*).

É fácil de ver que a *quota juris* será sempre menor que a *quota facti*, e tanto menor quanto maior fôr o número de unilaterais.

Por isso, e porque em todo o caso o preceito da lei se harmoniza melhor com a solução da *quota facti*, não há dúvida de que esta é a verdadeira interpretação.

E assim a forma da partilha é muito simples: divide-se a herança em tantas partes quantos os herdeiros, contando-se por dois cada um dos germanos; cada um dêstes terá duas dessas partes, e cada um dos unilaterais terá só uma (1).

Na ordem dos tios e primos os princípios reguladores são três:

1.º Preferência dos legítimos sôbre os ilegítimos (art. 2005.º ou 8.º do decreto);

2.º O princípio do gráu mais próximo (art. 1970.º);

3.º Restrição do direito sucessório ao sexto gráu (art. 7.º e 8.º do decreto).

Convém ter presente que, segundo o verdadeiro sistema do código, conforme já observámos, o preceito do art. 2005.º modificado pelo art. 8.º do decreto, sendo excepcional, restritivo, e pertencendo à ordem dos *transversais não compreendidos* na ordem dos irmãos e seus descendentes, não deve aplicar-se aos sobrinhos.

A restrição do direito successório ao sexto gráu é tendência de algumas legislações modernas, como o código brasileiro e a lei de finanças francesa de 31 de dezembro de 1917 (art. 17.º).

É uma medida de carácter fiscal, contrária à tradição do nosso direito de família. Devemos pois condena-la, tanto mais que, entre nós, ela só servirá para apanhar na rêde algum incauto ou desconhecedor do preceito da lei.

Da analise que temos feito dos princípios fundamentais do direito sucessório resulta que êle carece na verdade de ser remodelado.

E agora ainda muito mais, pois que a reforma do decreto de 31 de outubro de 1910, além de contrariar a boa doutrina e a tradição do nosso direito, foi não só improficua, mas até contraproducente no ponto de vista exegético do código civil.

---

(1) Ruggiero, pág. 582-584.

INDICE

PRIMEIRA SECÇÃO

CONCEITO E ESPÉCIES DE DIREITO

CAPÍTULO I

DIREITO E RELAÇÃO JURÍDICA

PAGS.

1. — O Direito como um facto social necessário. Relação jurídica 5
2. — Variedade infinita das relações jurídicas 6
3. — Regras ou normas da vida social: Religião, Moral, Costume, Leis Económicas 8
4. — Carácter e função especifica da norma jurídica 13
5. — Origem social do direito. A escola do direito natural e a escola histórica 16
6. — Conceito e fundamento do direito. 18
7. — Principais significados da palavra «Direito». Direito Objectivo e Direito Subjectivo. 21
8. — Distinção e relações entre o direito e a moral 26
9. — Processo social da formação e desenvolvimento da norma jurídica 32
10. — Função jurídica do Estado. Individualismo e socialismo. 38
11. — Direito positivo e direito natural. 44

Págs.

12. — Direito e equidade 49
13. — Relação jurídica. O direito adquirido. Instituto jurídico. O sistema jurídico e os códigos 54
14. — Elementos constitutivos da relação jurídica. O sujeito e a capacidade jurídica 59
15. — Objecto da relação jurídica. Cousas, bens e património 62
16. — Factos jurídiços. Conceito e espécies 65
17. — Garantia dos direitos: defesa pessoal e acção judicial. . 69
18. — Classificação das relações e institutos jurídicos 75

CAPÍTULO II

DIREITO OBJECTIVO

19. — Conceito e caracteres do direito objectivo: norma jurídica ou regra de direito. — A lei. 78
20. — Órgão de formação e aplicação da norma jurídica . . . 80
21. — Forma e conteúdo da norma jurídica 83
22. — Direcção da norma jurídica. 86
23. — Sancção da norma jurídica. A coacção 89
24. — Objecto da norma jurídica Relações jurídicas de direito público e de direito privado. 94
25. — Divisão do direito em público e privado: direito interno e internacional. Crítica da divisão 96
26. — Divisão do direito público: direito político ou constitucional, administrativo, penal ou criminal, judiciário ou processual, internacional, eclesiástico ou dos cultos . 98
27. — Divisão do direito privado em civil e comercial . . . 110
28. — Evolução do conceito de direito civil. O art. 3.º do código civil e o art. 2.º do código comercial 113
29. — Caracteres distintivos e relações entre o direito civil e o comercial. A doutrina da comercialização do direito civil 117
30. — Fontes do direito civil: noção e classificação 120
31. — O costume como fonte de direito. 122
32. — Doutrina e jurisprudência 129
33. — A lei única fonte formal do direito. art. 5.º do código civil. A lei no sentido técnico e no sentido lato. Decretos, regulamentos, instrúções, portarias e posturas. . 133
34. — Diferentes espécies de leis. Leis interpretativas, imperativas, proibitivas, permissivas ou facultativas e directivas 135
35. — Leis de interêsse e ordem pública e de interêsse privado, declarativas, supletivas ou subsidiárias 139
36. — Leis gerais, especiais, e excepcionais. Direito universal, geral, comum ou normal, e direito particular ou local, singular ou anómalo. Normas de conservação e de atribuição. Regras normativas e construtivas ou técnicas. 145
37. — Formação, promulgação e publicação das leis. 152
38. — Vigência das leis: continente, ilhas, colónias e estrangeiro. Rectificação de diplomas legais já publicados . 158
39. — Ignorância da lei ou êrro de direito. 163
40. — Revogação das leis. 166
41. — Fontes subsidiárias do direito civil. Preenchimento das lacunas da lei. Casos ómissos 169

Págs.

CAPÍTULO III

DIREITO SUBJECTIVO

42. — Diversos conceitos do Direito subjectivo. 179
43. — O direito subjectivo como domínio ou poder da vontade do indivíduo 180
44. — O direito subjectivo como interêsse juridicamente garantido 185
45. — O direito subjectivo como interêsse dirigido pela vontade ou como vontade sôbre um interêsse 191
46. — O direito subjectivo como garantia ou acção judiciária . 197
47. — O verdadeiro conceito do direito subjectivo — o poder jurídico do interêsse 199
48. — Diversos significados da expressão *direito subjectivo* . . 205
49. — A crítica negativista dos direitos subjectivos 209
50. — A nova técnica das situações jurídicas objectivas e subjectivas. Crítica 212
51. — Elementos constitutivos do direito subjectivo: interêsse, sujeito, poder, garantia ou acção 231
52. — Direito subjectivo e situações jurídicas similares: personalidade, capacidade, faculdade, espectativa e pretensão. 238
53. — Dever jurídico ou obrigação 245
54. — Classificação dos direitos subjectivos 248

Págs.

55. — Classificações puramente formais ou empíricas dos direitos subjectivos 251
56. — Classificação legal dos direitos civis: direitos originários e adquiridos. Caracteres dos direitos originarios . . 257
57. — Classificação doutrinal e objectiva dos direitos civis: direitos não patrimoniais ou pessoais e direitos patrimoniais 264
58. — Direitos sôbre a própria pessoa 270
59. — Direitos reais e direitos de crédito ou obrigação. . . 277
60. — Confronto dos direitos reais e de obrigação 281
61. — Classificação germânica dos direitos civis 286

SEGUNDA SECÇÃO

SISTEMA DO DIREITO CIVIL

CAPÍTULO IV

CODIFICAÇÃO DO DIREITO CIVIL

62. — Conceito da codificação 289
63. — Mérito da codificação. A escola do direito natural e a escola histórica 290
64. — Movimento da codificação civil. Os códigos modernos . 295
65. — Diferentes sistemas na codificação do direito civil . . . 305
66. — Sitema romano das Institutas. Suas variantes. Código austríaco e Cimbali. 306
67. — Sistema do Codigo francês. Código italiano, espanhol e outros. 308
68. — Sistema baseado na classificação dos direitos ou nas obrigações. Sistema germânico 309
69. — Sistema das categorias das relações jurídicas do indivíduo. 312
70. — Sistema baseado no objecto dos direitos. 313
71. — Sistema derivado da própria vida jurídica do sujeito do direito. 315
72. — Confecção do Código civil. Suas fontes. 317
73. — Mérito do Código civil 320
74. — Vigência do Código civil. Revogação do antigo direito. Legislação posterior 322

Págs.

CAPITULO V

OBRIGAÇÕES

75. — Diversos significados do termo «obrigação». Conceito técnico 330
76. — Elementos constitutivos da obrigação. 333
77. — Natureza do vínculo obrigatório. 334
78. — Carácter patrimonial das obrigações 336
79. — Diversas modalidades no vínculo obrigatório. Obrigações condicionais, modais e a termo. Principais e acessórias. 341
80. — Objecto das obrigações. — *A prestação*. Caracteres ou requisitos da prestação 343
81. — Diferentes espécies de obrigações quanto ao objecto. Obrigações indivisíveis 347
82. — Obrigações genéricas e alternativas 356
83. — Obrigações pecuniárias, líquidas e ilíquidas. 363
84. — Os sujeitos da obrigação. Sua determinação. Diferentes espécies de obrigações quanto ao sujeito. Obrigações de sujeito activo indeterminado. Obrigações singulares e plurais; simplesmente conjuntas e solidárias. . 369
85. — Obrigações solidarias. Solidariedade activa e passiva . 380
86. — Fontes das obrigações. Classificação clássica ou romanista e classificações modernas 394
87. — Diferentes espécies de obrigações quanto às fontes. Obrigações civis e comerciais. 406
88. — Obrigações voluntárias: unilaterais e bilaterais ou contractuais. Ofertas e promessas a pessoa indeterminada. Gestão de negócios. 407
89. — Noção de contrato. Conceito romano e conceito moderno. Fundamento da sua obrigatoriedade 420
90. — Diferentes espécies de contratos. Classificação. . . . 437
91. — Elementos constitutivos e efeitos dos contratos 460
92. — Obrigações delituais. O ilícito civil e o penal. Teoria da responsabilidade civil. 514
93. — Obrigações involuntárias. 532
94. — Garantia das obrigações ou acção. Obrigações perfeitas e imperfeitas. Obrigações naturais. 533
95. — Efeitos das obrigações. Seu cumprimento. 538
96. — Falta de cumprimento. Perdas e danos. O dolo, a culpa e a mora. 543

PAGS.

97. — Meios conservatórios ou de defesa das obrigações. Acção subrogatória e acção revogatória 552
98. — Caução ou garantia do cumprimento das obrigações. Fiança. 556
99. — Penhor. Consignação e adjudicação de rendimentos. Arresto e penhora. Direito de retenção. 560
100. — Privilégios creditórios. Hipoteca. 566
101. — Transmissão das obrigações: sucessão, cessão e subrogação 577
102. — Extinção das obrigações 585

CAPÍTULO VI

DIREITOS REAIS

103. — Determinação e classificação dos direitos reais 598
104. — Direito de propriedade. Conceito, caracteres, conteúdo e fundamento 602
105. — Diferentes espécies de propriedade. Modos ou títulos de adquisição da propriedade 613
106. — Limitações ou restrições do direito de propriedade . . 619
107. — Posse. Conceito, fundamento e espécies 626
108. — Efeitos da posse 639
109. — Acções possessórias 641
110. — Usofruto, uso e habitação. 645
111. — Enfitêuse 649
112. — Servidões 666

CAPÍTULO VII

DIREITO DE FAMILIA

113. — Conceito e conteúdo do direito de família. Família legítima e ilegítima 692
114. — Filiação e parentesco. 694
115. — Contracto de casamento. Relações pessoais dos cônjuges 703
116. — Relações patrimoniais. Convenções antenupciais e regimes de bens 724

PAGS.

117. — Dissolução e interrupção da sociedade conjugal: divórcio e separação 738
118. — Poder paternal 751
119. — Tutela e curatela 757
120. — Curatela dos ausentes 783

CAPITULO VIII

SUCESSÕES

121. — Sucessão e direito sucessório. 793
122. — Espécies de sucessão. Instituição de herdeiros e legatários 796
123. — Pactos sucessórios. 801
124. — Fundamento do direito de sucessão 806
125. — Sucessão testamentária. 821
126. — Sucessão legitimária. 846
127. — Sucessão legítima 862