F. C. ANDRADE DE GOUVEIA
E
MÁRIO RODRIGUES NUNES
(Alunos da Faculdade de Direito de Lisboa)

DIREITO CIVIL

SEGUNDO AS MAGISTRAIS PRELECÇÕES FEITAS AO CURSO DO 1.º ANO JURÍDICO DE 1939-40 PELO EX.mo PROFESSOR
DOUTOR JAIME DE GOUVEIA

(as únicas autorizadas e revistas)

1939

DIREITO CIVIL

INTRODUÇÃO

1.º Conceito e definição de Direito

a)—Segundo Von Tuhr
b)—Entre positivistas
c)—Sob o ponto de vista lógico
d)— » » » técnico
e)— » » » científico
f)—O nosso conceito

2.º Caracteres diferenciais entre Direito e Moral

a)—Doutrina de Ripert
b)— » » Emile Bouterou
c)— » positivista
d)—Nossa doutrina

1. **Conceito e definição de Direito**—A pregunta que tantas vezes tendes posto a vós próprios: — O que é Direito? — vai ser objecto da nossa lição de hoje.

a) **Segundo Von Tuhr:**—O professor alemão Von Tuhr, que faleceu professor de Civil na Faculdade de Zurich, es-

creveu um livro intitulado *Noções Gerais de Direito Civil*.

Primeiramente, escreveu-o em três tomos que formaram o grande tratado de Binyng; depois, pouco antes de morrer, em 1923, escreveu um livro pequeno sintetizando o que está nos três volumes. Êsse livro, que está traduzido em espanhol com o título de *Nociones generales de Derecho Civil*, é clássico e, por isso, o recomendo. Se bem que eu não esteja em muitos pontos de acôrdo com êle, podem consultá-lo para obter noções gerais de direito civil.

Von Tuhr, nas suas Noções Gerais de Direito Civil, começa assim: «Em dois sentidos se usa a palavra Direito.

Em sentido *objectivo*, Direito é uma regra ou conjunto de regras que, no seio de uma colectividade humana organizada, se acatam como obrigatórias para a conduta dos indivíduos; ao passo que, em sentido *subjectivo*, Direito significa uma faculdade que ao indivíduo se oferece como derivação dos preceitos do Direito objectivo.»

Como vêem, estamos perante uma noção abstracta e, como dissemos, nós temos de concretrizar, pôr claras e acessíveis as tais noções abstractas, as tais noções fundamentais. Depois, não concordamos muito em dar uma noção sem a explicar.

Durante todo o século XIX — e eu fui educado nessa escola — por princípio de oposição a todos os dogmas disse-se que as definições eram inúteis e, por vezes, prejudiciais.

A tese não é verdadeira. Mas, dentro dela, há uma coisa que merece a nossa consideração. Nas ciências experimentais, mais ou menos experimentais — e o Direito é uma ciência algum tanto experimental, - uma definição não deve ser o ponto de partida duma investigação, antes deve ser a abóbada dessa investigação.

Aparece um problema. Estuda-se o problema. E, depois, como coroamento dêsse estudo, vem uma definição, que é uma síntese, a última noção, a noção fundamental.

Nas ciências exactas, isto é, nas ciências matemáticas, no estado (desenvolvimento) actual da Ciência, não se compreende o seu estudo sem *postulados*. Mas, mesmo nas ciências experimentais, quando não se trata de uma investigação original, quando se trata apenas da iniciação dum sistema — é o nosso caso — não são descabidas as definições.

Não é fácil, porém, dar uma definição completa, firme, de Direito. Nós, professores, temos muitas vezes a noção do vazio intelectual, da vacuidade, quando numa prova preguntamos a um aluno *o que é o Direito*. Esta dificuldade resulta de duas razões principais: de uma razão de forma e de uma razão de fundo.

A razão de forma é esta: a terminologia varia muito no emprêgo da palavra Direito. Emprega-se a palavra Direito em muitos sentidos:

a) *para significar disciplina social*,
b) » » *preceitos jurídicos*,
c) » » *fontes reais de direito*,
d) » » *direitos*,
e) » » *justiça*,
f) » » *equidade*, e até
g) » » *direitos subjectivos*.

Há direito e direitos. Direito é a ciência do direito; direitos são os tais direitos subjectivos.

Antigamente, empregava-se a palavra *direitos* para significar *direitos subjectivos*, faculdades, prerrogativas derivadas do direito objectivo.

No fim do século passado, começou a distinguir-se entre direito objectivo, segundo a técnica alemã, que foi adoptada em França, depois por nós, e que ainda hoje é seguida.

No significado disciplina social —, Direito é uma ins-

tituïção que se estabelece entre homens, entre os grupos humanos para estabelecer a harmonia social.

No significado fontes formais de Direito—, Direito é a lei no sentido genérico — *a lei e o costume* que regula a conduta dos homens.

Entre êstes dois significados há um certo parentesco, mas há, também, evidentemente, uma certa diferenciação, que resulta da distinção que se faça entre o direito-disciplina social e o direito-regra de conduta. E' uma diferença que traduziremos desta maneira: a disciplina social é o continente, a regra de direito o conteúdo. Por virtude dessa fôrça chamada disciplina social, surgem manifestações que são as tais normas, regras de conduta externa.

b) Entre positivistas: — Mas entre positivistas é freqüente empregar-se a expressão Direito *para significar sòmente as fontes formais do Direito.*

Essas regras nem sempre correspondem, porém, às necessidades sociais e caducam.

Nas instituïções jurídicas acontece como em tudo. Há instituïções jurídicas que vêm de antanho, conservam o seu vigor, correspondem ainda às necessidades sociais e têm aplicação activa e freqüente. Há instituïções jurídicas que vêm de antanho, mas já são pouco vigorosas, já não se adaptam às necessidades da vida, às realidades da vida. Há, também, instituïções jurídicas, que ainda estão no papel, ainda fazem parte do corpo de leis, mas já não correspondem de modo nenhum às necessidades sociais, já não se aplicam, estão caducas. Pelo contrário, há outras instituïções que surgem, começam agora a vigorar, correspondem às necessidades do momento, tomam corpo, impõem-se. Essas instituïções (ou essas regras de direito), que correspondem às necessidades do momento e começam a impor-se à sociedade, antes, porém, de serem convertidas em leis, são apenas regras de conduta externa, correspondem às solicitações da vida social, mas são regras de conduta, fazem parte do Direito, são, também, Direito, em nosso entender.

Estamos nêsse ponto em discordância com os positivistas.

Pois bem: a expressão *Direito* usa-se em todos êsses significados. A técnica jurídica emprega a expressão *Direito* para significar tudo isso, e daí uma dificuldade grande em definir o que é Direito.

A essa dificuldade temos de acrescentar outras, que resultam, pròpriamente, de fundamentos científicos. E' que o Direito pode tomar-se em vários sentidos, — no sentido lógico ou material, correspondendo ao fim do Direito, por exemplo.

O Direito tem um fim indiscutível — a harmonia social, O Direito surge, impõe-se, mantém-se, para estabelecer a harmonia social. Não pode haver sociedade sem Direito, qualquer que ela seja.

Há várias zonas sociais. O Estado é uma zona; dentro do Estado há muitas outras sociedades. Uma sociedade comercial também é um círculo social. Tem o seu direito que é fixado pelas normas estabelecidas na escritura social.

c) Sob o ponto de vista lógico: — Mas se o referirmos sob o ponto de vista lógico, o Direito toma um conceito que poderemos traduzir por estas expressões: Direito debaixo do ponto de vista lógico, *é o conjunto de regras de conduta atinentes a estabelecer a harmonia social.*

Nesta definição, não encontramos nem as fontes formais do Direito, nem as fontes reais do Direito, nem a distinção entre Direito e Moral, mas encontramos uma definição que corresponde ao fim social do Direito, à harmonia social, que é o seu indiscutível escopo.

d) Sob o ponto de vista técnico:—Se considerarmos Direito sob outro aspecto, pelo critério técnico, vemos que

o Direito se manifesta, tècnicamente, pela lei e pelo costume.

Por conseqüência, definimos Direito como sendo *os preceitos legais e costumeiros atinentes a estabelecer a harmonia social.*

e) Sob o ponto de vista científico: — Se, pelo contrário, encararmos o Direito pelo aspecto científico, pelo aspecto das fontes reais, definimo-lo assim: Direito são *as regras de conduta derivadas das solicitações sociais e da própria noção de Direito, que tendem a estabelecer a harmonia social.*

f) O nosso conceito; — Qualquer destas definições é insuficiente. Para definirmos Direito, temos de considerar todos aqueles prismas — fontes reais, fontes formais do Direito, o próprio fim do Diretto, e, simultâneamente, diferença entre Direito e Moral — temos de arranjar uma definição científica, integral, plena, e, daí, a dificuldade em encontrá-la.

Nós, para definirmos Direito conscientemente, com um critério científico, tínhamos de entrar nestes problemas todos, tínhamos de resolver prèviamente muitas questões, como estas: há fontes reais do Direito a par de fontes formais? as fontes reais do Direito são só as solicitações da vida social? ou, simultâneamente, com estas fontes experimentais do Direito, há também uma fonte racional do Direito correspondendo à noção e ao fim do Direito? o Direito será um ramo da Moral ou destaca-se dela com uma essência diversa? E muitas outras questões.

Só, resolvidas elas, surgiria, como abóbada do nosso estudo, a definição de Direito. Mas é um problema de ordem psicológica, que eu me dispenso de tratar, para só ao fim apresentar a definição de Direito.

O moral é o nervo de todos os empreendimentos.

Os soldados sem moral perdem a guerra, os homens sem moral são os vencidos da vida. Porisso é um problema psicológico, que, para nós, reveste a forma e os aspectos de questão pedagógica, darmos, agora, a definição de Direito.

Se eu gastasse uma série de sessões a estudar essas questões tôdas, na espectativa lógica da definição de Direito, os Srs. diriam: que maçada, e que dificuldade!

Vamos, pois, dar já a definição de Direito para, em seguida, estudarmos essas questões tôdas, como problemas derivados da própria noção de Direito. O critério científico era êste: estudar tôdas aquelas questões e, depois disso, dizer: por conseqüência, o Direito é «isto». Nós, porém, sacrificaremos o método, visto que já dissemos o suficiente para se compreender a definição; isto é, daremos já a definição de Direito e estudaremos depois aquelas questões referidas, como questões derivadas da própria definição de Direito.

Direito é, pois, *o conjunto de regras de conduta externa, consagradas ou não pela lei em sentido genérico, que efectivam a harmonia social num certo meio social e em certa época, emanadas das aspirações dos grupos e dos indivíduos, isto é, correspondentes às solicitações sociais, e impostas à obediência por uma autoridade constituída.*

Como vêem, há uma certa diferença entre esta definição e a de von Tuhr. Von Tuhr fala-nos em regras ou conjunto de regras. Nós, àlém do mais, falamos em *regras de conduta externa.* E, aqui, está implícita uma questão — saber se o Direito faz ou não parte da Moral. *Consagradas ou não pela lei num sentido genérico.* E aqui está implícita outra questão: no Direito, haverá, àlém das fontes formais, fontes reais? E estas últimas o que são? As fontes reais são só as solicitações da vida social ou, àlém delas, há também um elemento racional?

Como as primeiras lições constituem iniciação da ma-

téria, e uma iniciação é sempre um processo difícil para o iniciando não iremos hoje àlém da definição dada, insistindo, porém, em que ela é fundamental para o nosso estudo. Que esta definição seja como viático que os acompanhe na longa viagem através o curso jurídico que empreenderam.

2. Carácteres diferenciais entre Direito e Moral— Direito é, pois, como vimos, o complexo das regras de conduta externa, consagradas ou não pela lei em sentido geral, tendentes à realização da harmonia social num certo meio e numa certa época, mediante as solicitações da vida social, impostas à obediência por uma autoridade constituída.

Ora, a primeira parte desta definição — complexo de regras de conduta externa — importa uma questão, que eu, por razões psicológicas e pedagógicas, como lhes disse, considero uma questão derivada, emanente da própria definição de Direito.

Formulo assim essa questão: *o Direito será uma ciencia independente da Moral? Em que relação está a Moral com o Direito?*

Da própria definição que demos de Direito, se conclui que êle é uma ciência independente da Moral: é um complexo de normas de conduta externa que buscam efectivar a harmonia social. Com efeito, a Moral procura a perfeição interna do homem, ao passo que o Direito procura a conduta externa do homem. O Direito só tem por fim impor uma atitude e um proceder correctos ao homem, para obter assim a harmonia social, enquanto a Moral procura a perfeição interna do homem.

Da segunda parte da definição — que buscam efectivar a harmonia social — a mesma conclusão se tira.

Que é a harmonia social? A harmonia dum grupo social com outro grupo social, grupos pertencentes à mesma sociedade mais ampla. Mas os homens que vivem em sociedade são correctos uns com os outros e estabelecem entre si harmonia social, se porventura os seus actos externos e as suas atitudes externas também forem correctas.

Por consequência, esta definição implicitamente contém a afirmação de que o Direito e a Moral são duas coisas diversas. Mas é verdade, como hão-de notar, que o Direito se ocupa por vezes de actos internos, de actos de vontade. Pode, por isso, parecer que a Moral não é absolutamente estranha ao Direito, exercendo uma função tal ou qual no Direito. Por vezes, um acto jurídico é correcto, quere dizer: foi feito de harmonia com as regras do direito. No entanto, por haver alteração da vontade dos agentes, porque a vontade dos agentes não correspondeu inteiramente à conduta externa, êsse acto é considerado ineficaz.

E' assim que acontece com os vícios da vontade, que é elemento essencial dos actos jurídicos, e com a simulação. Quando o acto jurídico é feito com êrro do agente, quando o acto jurídico é feito com fraude de quem o pratica para enganar terceiros ou o Estado, quando o acto jurídico é feito em contrário da vontade interna de quem o praticou, quando o acto jurídico é feito com violência, coactivamente, êsse facto jurídico é susceptivel de ser anulado.

Também acontece, por vezes, que o mesmo acto jurídico, sobretudo em matéria penal, tem sanções diversas conforme a atitude interna de quem o praticou. Por exemplo, dois homicídios, um praticado com premeditação, outro sem premeditação, têm sanções diversas.

Pode também um acto jurídico, feito conforme o Direito, ser considerado inexistente. Por exemplo, um crime cometido por um louco, um delito civil cometido por um louco é considerado inexistente, porque se atende à falta de inteligência do agente.

Por consequência — preguntar-me-hão — se assim é, se as atitudes internas exercem função no Direito, como é que podemos distinguir a Moral do Direito?

— *Primo conspecto*, diremos o seguinte: para que a atitude interna do agente seja relevante no Direito, é necessário, primeiramente, que haja um acto externo. Só depois de realizado êsse acto externo é que, por vezes, no domínio do Direito se atende à vontade e inteligência do agente.

A questão da diferenciação de Moral e Direito tem sido objecto de muita polémica, em que têm gasto resmas de papel e potes de tinta.

a) **Doutrina de Ripert**: — Em 1925, Georges Ripert escreveu uma monografia que se intitula: «*La règle morale dans les obligations civiles*». Nessa tese, cujo pensamento se vê pelo título, diz-se que, embora a doutrina francesa se dê no sentido de o Direito e a Moral terem círculos diversos, usando da frase de Bentham, o que é certo é que na opinião dêle, Ripert, o Direito e a Moral têm o mesmo domínio. Não se compreendia o Direito sem a seiva da Moral. Se separássemos o Direito da sua origem, a Moral, cortaríamos cerce o tronco do Direito, que, por isso, morria.

Nesta monografia, que é relativa a todo o direito civil em geral, e em especial às obrigações, que são um capítulo do Direito Civil a estudar no 2.º ano, diz Ripert: é verdade que há vinte anos a esta parte as obrigações têm sido tratadas pelos nossos escritores sob o ponto de vista técnico, sem considerações pelo aspecto moral. Separa-se a obrigação dos seus sujeitos, considera-se a obrigação como o activo ou passivo dum património, mas isto não corresponde à realidade. Nós não podemos bem compreender uma obrigação—uma obrigação de dívida, por exemplo,—sem que haja um homem que seja o devedor e outro o crèdor; não podemos abstrair de crèdor e devedor, considerar sòmente o património do crèdor e o do devedor, e dizer que o dêste está diminuído em importância da dívida e que o daquêle está acrescido na mesma importância.

É Ripert continua a tratar do assunto pelo livro adeante.

Eu admito, como êle, que o Direito e a Moral têm o mesmo domínio, mas características especiais. Segundo a minha doutrina de Direito, isto explica-se assim: Os homens são solidários, só podem viver em sociedade. O homem que vive numa ilha isolada, sem ter relações, comércio comunicações com os outros homens, não existe. Um homem relaciona-se sempre com outros homens. Um homem vive do convívio com os outros homens. O homem é essencialmente sociável—é uma das suas qualidades. E, porque vive em sociedade, o homem tem que fazer tudo que seja necessário para o progresso e desenvolvimento da sociedade, deve fazer tudo para evitar o prejuízo da sociedade. Até aqui, o domínio do Direito e da Moral são comuns.

«Não faças aos outros o que não queres te façam a ti»: isto é um princípio de moral, e é também um princípio de direito.

Em que se distingue a Moral do Direito? Nisto apenas; é que o preceito, quando muito necessário, quando assaz útil ao desenvolvimento da sociedace, recebe uma injunção, é imposto coactivamente pela autoridade constituída. E' a *injunção*, é *a coacção social*, é *a autoridade constituída* que faz distinguir a norma de direito da norma de moral. E os Srs. estão a ver. Há muitas normas de moral: «Respeita a mulher do próximo» — é uma norma de moral. Mas, se porventura houver o desrespeito, que se traduza em actos previstos pela lei, aparece uma sanção. Então, nesta hipótese, a autoridade constituída, usando uma injunção, impõe-se, e temos um princípio de direito.

«Não cobices as coisas alheias» — outro preceito de moral; mas, se a cobiça atinge o grau de furto proibido, aparece então a injunção, a coacção, a sanção imposta pela autoridade, surge o Direito.

De maneira que, como vêem, o domínio da moral e do direito são o mesmo, mas as características diversas.

O Direito está de alguma maneira relacionado com a Moral, mas não devem estranhar isso. Já Cícero, num dos seus discursos, dizia que tôdas as artes humanas (*artes* corresponde aqui a *ciências*) têm entre si um parentesco, uma cognação: «In novum organum scientiarum» de Bacon repete a mesma ideia.

Em «De casibus perplexis in jure» de Leibniz os Srs. encontram a mesma afirmação: o Direito está relacionado com muitas ciências. E no «Discours préliminaire de l'Encyclopédie» de D'Alembert a mesma afirmação se encontra.

De maneira que o Direito relaciona-se com a Moral, como com a Filosofia em geral e com outras ciências.

Pelo fim do Direito e da Moral é que se faz bem a distinção entre ambos.

Qual é o fim da Moral? A perfeição interna do homem.

Qual o fim do Direito? A conduta externa do homem para obter a harmonia social.

Se nós considerarmos em que consiste essa perfeição interna do homem, confirmar-nos-hemos na distinção que fizemos.

Em que consiste a perfeição interna? Vinha aqui a-propósito falar do positivismo e de outras escolas filosóficas, a que nos referiremos na próxima lição. Hoje, apenas lhes direi que, segundo uma doutrina tradicional, e outra muito actualizada, a perfeição interna do homem consiste nos destinos dêste numa vida super terrestre. E, sendo assim, ao passo que a Moral procura a conduta do homem atinente a uma vida super terrestre e só acessòriamente se ocupa da conduta do homem neste mundo, na vida terrestre, o Direito, pelo contrário, só se ocupa da conduta externa do homem para obter a harmonia social, isto é, da conduta do homem na vida terrestre.

b) Doutrina de Emile Bouterou — Um livro, não muito antigo, dum filósofo francês, Emile Bouterou, intitulado *Morale et Réligion* versa essa doutrina de que a Moral procura o bem estar do homem na vida super terrestre. Mas o Direito ocupa-se da conduta externa do homem, da conduta nesta vida terrestre.

O prof. de Direito francês, Jacques Chevalier, numa comunicação feita à Academia de Ciências Morais, intitulada «Les deux conceptions de Morale», põe em contraste os dois conceitos de moral: o tradicionalista e o positivista.

Como lhes disse já, o conceito tradicional de moral é hoje muito seguido; é um conceito muito dominante.

c) Doutrina positiva — O positivismo de Augusto Conte, pelo contrário, sustenta que a Moral é uma espécie de ciência dos costumes, um capítulo da sociologia; ocupa-se, portanto, da perfeição do homem mas atinente à vida terrestre.

Na *Filosofia* de Challey os Srs. vêem que êste conceito positivista de moral não é de aceitar e, bem assim, que a moral, embora não seja uma ciência, todavia, não é excluída por esta.

A matemática, a física, a química, a biologia, a psicologia, que são ciências, não excluem a Moral.

Vejamos o argumento.

As ciências dizem-nos o que é, mas não nos dizem o que deve ser. As ciências dizem-nos o que é o homem, mas não nos dizem o que êle deve ser. Não impedem, porém, as ciencias que a Moral nos diga o que deve ser o homem.

Por consequência, a ciência positiva não exclue a Moral, que nos diz o que deve ser o homem.

Ponhamos exemplos. A história e a sociologia dizem-nos que os povos viveram sempre em guerra. A Moral diz-nos que se deve viver em paz, que devem fazer se arranjos, combinações para que os homens e os povos se tolerem, se perdoem, vivam em bem.

A sociologia exclue a moral? Não.

Outro exemplo: A biologia diz-nos que os seres mais preparados para a vida destroem os outros. Mas isto poderá excluir a ideia moral de que o homem deva ser tolerante, altruísta, caritativo? Por êstes exemplos, mais claramente se vê que a Ciência não exclue a Moral.

A Moral não é a Ciência, mas a ciência positiva não a exclue, antes a admite. Porque, repetimos, a Ciência diz-nos o que é, a Moral o que deve ser.

Também o Direito é uma ciência normativa algum tanto experimental, diz-nos o que é necessário fazer, o que o homem deve fazer para a harmonia social.

Uma das fontes do Direito é a experiência e assenta nos dados fornecidos pela história e pela sociologia.

As passo que a Moral, sobretudo nesta concepção de moral que procura a perfeição interna do homem para a vida super terrestre, não é experimental, é metafísica.

Por consequência, Direito e Moral são disciplinas diversas. Podem ter a mesma origem, mas possuem características diferentes.

O Direito é ciência, a Moral é uma disciplina. Direito e Moral estão relacionados, como o Direito está relacionado com muitas outras ciências; com a filosofia, a ciência administrativa, a psicologia, etc.. A moral, porém, é uma ancila, uma auxiliar do Direito.

Esta é a doutrina tradicional.

d) **Nossa doutrina**: — A doutrina que hoje sustento é esta: o direito é uma ciência e não um ramo da moral. A moral tem relação com o direito, mas como auxiliar simplesmente. A teologia, por exemplo, tem relação com a filosofia, mas são coisas diversas; a filosofia é uma auxiliar da teologia.

Depois de ponderadamente ter estudado o assunto, cheguei à conclusão de que o Direito é independente da Moral.

No direito, como na literatura, como na filosofia, como na própria teologia, há uma escola que nós costumamos chamar romântica. Há o romantismo jurídico, como há o romantismo teológico, como há o romantismo literário.

Que é que caracteriza essa escola? O romantismo jurídico, o que nós chamamos «romantismo jurídico», é uma escola em que predomina o sentimento e a sensibilidade, em oposição ao classicismo jurídico, que é uma escola em que predomina o raciocínio.

E o mesmo em teologia: de um lado, estão os agostinianos, — Santo Agostinho resolvia as questões com muita sensibilidade e sentimento;—doutro lado, estão os tomistas, que discutem com a razão.

Em Direito, é a mesma coisa — há os românticos e os clássicos, digamos assim.

Um exemplo. Na questão da responsabilidade civil, há os que dizem: quem causa o dano deve indemnizar o que o sofreu, quer aquele tenha culpa quer não; e há outros que dizem: a culpa é um dos elementos essenciais da responsabilidade civil. Para uns, para haver responsabilidade, é necessário haver prejuízo, facto ilícito e culpa. Para outros, basta o prejuízo e o facto ilícito.

Um indivíduo tem uma fábrica, onde emprega vários operários, e um deles sinistra-se fora do serviço da fábrica. Não obstante, o patrão deve uma indemnização civil, embora não tenha culpa. Outros, porém, entendem que tem de haver culpa da parte do patrão. Os primeiros são os românticos: resolvem a questão pelo sentimento e pelo coração, e dizem assim: «ubi commoda ibi incommoda» (quem tem os proventos deve sofrer os prejuízos),

Os outros, discutindo com a razão, dizem: ninguém pode ser responsável por um acto cometido sem culpa sua.

Pois aí têm o que eu hoje queria dizer lhes. O Direito distingue-se da Moral. Esta distinção está compreendida na definição que demos de Direito. No entanto, há partidos:

Há quem sustente esta doutrina que está implícita na nossa definição, e há quem sustente a doutrina de que o Direito é uma parte da Moral — por exemplo, Ripert. Para nós, o Direito é uma ciência distinta da disciplina da Moral e a Moral é uma serva do Direito.

3.° Das Fontes do Direito

a)—As fontes reais do Direito variam conforme a escola filosófica que adotamos

b)—O problema do conhecimento humano segundo as várias escolas

c)—As fontes do Direito segundo a escola do positivismo jurídico

d) - As fontes do Direito segundo a escola do pragmatismo

e)—Quanto a nós, são fontes reais do Direito: as solicitações do ambiente social, a natureza permanente do homem e a própria noção do Direito que vai radicar-se na noção do absoluto, da justiça.

3. Das Fontes do Direito:

a) As fontes reais do Direito variam conforme a escola filosófica que adotamos — Na lição anterior, conexo com o assunto que vamos tratar, levantou-se a questão de saber quais são as fontes reais do Direito.

Surge agora o problema, que tem grande ligação com o anterior, que, como sabem, foi saber se a Moral e o Direito são disciplinas distintas ou se, pelo contrário, o Direito é um ramo da Moral. E, como essa questão se prende bastante com assuntos filosóficos de alguma transcendência, temos necessidade de o estudar com o preciso cuidado.

Vamos ver se as fontes reais do Direito são não só

as solicitações da vida social e a natureza permanente do homem, mas, também, a própria noção de Direito.

b) **O problema do conhecimento humano segundo as várias escolas** — O problema não é simples, pelo contrário, tem uma grande dificuldade, porque temos de passar em revista as várias escolas que, através dos séculos, se têm preocupado com a Teoria do Conhecimento Humano, e, por isso, temos de empregar um grande poder de síntese. E' mister sintetizar, em poucas palavras, o que sôbre êle tem sido dito; daí a dificuldade da matéria. Vamos ver se conseguimos versar êste problema e para verificar as suas dificuldades, basta-me citar-lhes alguns livros em que êste assunto foi tratado:

La Croix—Essai du misticisme des Sciences Juridiques.
Bonnecase—Notions du Droit en France au XIX siécle.
Bruyére—Le Romantisme Juridique.

No século XIX, já existiam as lutas entre o positivismo de Duguit e Rippert e o pragmantismo de Jény. Conhecendo-as, já podemos compreender o sumo alcance, a suma importância desta matéria, que é, pela primeira vez, tratada nas nossas escolas. Vamos ver como podemos tentar versar êste assunto.

A Teoria do Conhecimento Humano ou a Filosofia do Conhecimento Humano vem da mais velha antiguidade. Podemos classificar em três as escolas que dela se ocupavam: a Escola Dogmática, a Escola Agnóstica e a Escola das Crenças. Segundo a Escola Dogmática, o absoluto pode ser atingido pela inteligência humana. Levanta-se aqui uma pregunta natural: mas qual é o absoluto em Direito?

E' a Justiça, a noção de justiça. Por conseqüência, segundo esta teoria, a filosofia dogmática, a justiça, pode ser abrangida, atingida pela inteligência humana.

Segundo a Escola Agnóstica, o absoluto não pode ser atingido pela inteligência humana. O homem, perante o conhecimento do Absoluto, é como um verme. Se um verme quizesse agir havia de servir-se de documentos de vermes, havia de tomar soluções de vermes. Pois a mesma coisa acontece com o homem se procura atingir o Absoluto.

Há várias espécies de agnosticismo; a mais crassa é o pirronismo.

Entre as duas escolas, dogmatismo e agnosticismo, aparece uma intermédia, a das crenças, crenças que não constituem a certeza absoluta nem produzem a certeza matemática. Segundo esta escola, podemos ter uma certeza matemática, científica, mas sôbre o absoluto só podemos obter uma crença. Desta maneira, se a escola dogmática diz «Je sais» — e a Agnóstica «não conheço nem posso conhecer o absoluto», a Escola das Crenças diz: «eu não conheço o absoluto mas creio no absoluto». Estas três escolas renovaram-se e actualizaram-se; na época moderna temos o Positivismo, o Pragmatismo, o Bergsonismo e o Neotomismo.

O Positivismo, que é uma ciência formada por Augusto Comte, depois seguida com brilho por Littré, e que fez furor no século passado — pois ganhou os melhores espíritos dessa época — é uma tese do relativismo objectivo que distingue o absoluto do relativo, daquilo que se vê, daquilo que actua sôbre a nossa sensibilidade.

O Pragmatismo, que é uma filosofia moderna fundada por William James, parte do princípio da acção.

O Evangelho de S. João diz: «no princípio era o verbo».

O «Fausto de Goethe, enuncia: «No princípio era a acção». A acção é ou não verificada pela nossa emotividade, e por conseqüência chegou a esta afirmação que põe como postulado de tôda a filosofia: — «o que é útil é verdadeiro». — Para melhor compreensão vou dar-vos um exemplo: as morais — ideológicas, religiosas, meramente filosóficas — a moral católica e até a pèssimista de Schopenhauer, tôdas terminam pelo mesmo preceito: «não faças a outrem aquilo

que não queres que te façam a ti», princípio êste que se traduz nos dez preceitos ou mandamentos da moral católica ou «ama o próximo como a ti mesmo». Se assim é, dir-se-á que as morais são pràticamente iguais. Não acontece precisamente assim, porque a sanção dos preceitos morais varia conforme as diferentes escolas de moral.

Por exemplo: a moral solidarista diz: «ama o próximo como a ti mesmo» — «não faças aos outros aquilo que não queres que te façam a ti porque tu vives em sociedade e o mal dos outros é o teu mal e o seu bem-estar em ti se reflete». E' a máxima sanção desta filosofia.

A moral da honra diz: — «Se não amares o próximo como a ti mesmo tu deshonras-te». E' também uma sanção.

A moral católica diz: «Há Céu e Inferno; se praticares o bem vais para o Céu, se praticares o mal vais para o Inferno».

Ora qual destas sanções é que será mais eficiente? Evidentemente, para o grande vulgo, o receio do Inferno, o desejo de ir para a bemaventurança eterna é um estímulo maior do que o da moral da honra.

Por conseqüência, eu concluo, pragmàticamente, que a moral católica é mais útil do que a moral da honra e por isso mesmo é a verdadeira.

Segue-se depois o Bergsonismo que nos diz: «O absoluto pode ser conhecido por intuïção». O que vem a ser intuïção? E' um conhecimento directo e imediato da realidade.

Conhecemos uma côr, uma dor, pelas sensações, mas o Absoluto só o podemos conhecer pela intuïção, e o relativo, o fenoménico, êsse é que pode ser conhecido pelos métodos de que dispõe a Ciência.

Mas nós não podemos na Ciência abstrair do Absoluto, pois o homem exige da ciência conhecimentos do absoluto.

Segue-se depois o Neo-intelectualismo que estuda o Absoluto já sem ser por meio da intuïção, sem ser por meio

da Crença, estuda o Absoluto como sendo êle próprio objecto da ciência.

Para a Metafísica dogmática, o Direito o que vem a sôr? Um complexo de normas de conduta reveladas por Deus ao legislador.

b) As fontes do Direito segundo a escola do positivismo jurídico — Para o Positivismo, o Direito é um conjunto de normas de conduta impostas pelo governante (O Estado) aos governados (Duguit).

c) As fontes do Direito segundo a escola do pragmatismo — Para o Pragmatismo, o Direito é um complexo de regras de conduta emanadas da vida social. O homem vive no meio da sociedade; produzem-se fenómenos religiosos e outros de várias ordens; pois todos êsses fenómenos são solicitações, são desejos, aspirações do homem, e essas aspirações traduzem-se em directrizes de normas de conduta e depois em normas de Direito.

Como já dissemos, tem sido renhida a luta entre positivistas, dogmatistas e pragmatistas. Em 1923, já eu estava formado, veio a Coimbra Duguit e fez um escola de Direito que negava o direito subjectivo e que punha em dúvida o conceito de personalidade.

Já fui educado nessa escola e encontrei nos princípios da minha formatura um professor, Sr. Doutor Fezas Vital, imbuído do ideal realista de Duguit.

Abracei essa Escola.

O professor Fezas Vital introduziu-a no Direito Público e eu procurei introduzi-la, em Portugal, no Direito Privado.

A minha tese de formatura «Construção Jurídica da Propriedade» abunda nessas ideas. Hoje estou um pouco afastado de alguns princípios de Duguit. Nós evolucionamos e mau é que fiquemos sempre com as mesmas aspirações

e o mesmo pensamento; é sinal de que não trabalhamos, de que não pensamos. Quem pensa, quem reflete, ou arredonda ou lima as arestas dos seus conhecimentos, evoluciona.

Na conferência a que aludi, «Le Pragmatisme Juridique», proferida no dia 3 de Dezembro de 1923, Duguit disse que admitir a noção de direito subjectivo e de personalidade só como processo técnico, ou processo de organização, o mesmo é que negar êsses conceitos, como fazia a escola dêle.

No fundo, diga-se a verdade, essas noções aceitam-se porque são úteis à acção. Não é pelo seu valor, é pela sua utilidade.

Quando se trata de princípios científicos, há certas noções que têm de ser respeitadas, mas, quando se trata de meios de aplicação ou de realização do Direito, há uma certa faculdade, uma liberdade de seguir êste ou aquele meio técnico, conforme seja mais fácil ou não a realização e a aplicação do Direito.

d) **Nossa opinião** — Como vêem, estou um pouco virado para os horizontes pragmatistas. Não cheguei ainda ao neo-intelectualismo talvez porque a minha falta de estudo, ou o meu passado científico, seja como for, me tenham impedido de lá chegar.

Mas sou bastante bergsoniano. Compreendo, ao contrário do que diz Duguit, que se não pode dispensar a ciência do estudo do Absoluto.

Há alguém que se dispense de pensar na idea de Deus? Há alguém que se dispense de pensar na idea de Justiça?

Ouvimos a cada passo dizer: «a lei é assim, mas não é justa!» Cá está a ideia de Justiça proclamada!

Por conseqüência, compreendo perfeitamente que seja preciso que a ciência também encare o Absoluto, não para

obter uma certeza matemática, mas para formar uma certeza moral, uma probabilidade maior ou menor.

E porque assim é, e porque em certos aspectos repugna aceitar o conceito de que o Direito é o complexo de normas de conduta impostas pelos governantes aos governados, porque, se há governantes bons, há, também, governantes maus, tirânicos, déspotas, pelos quais podem ser ditadas más normas de conduta, destinadas antes a vexar e escravizar do que a estabelecer a harmonia social, eu quero que no Direito haja, àlém do fundo experimental, também, um fundo racional.

Eu quero que o Direito, para ser legítimo e para ser respeitável, possa ser acatado com respeito por quem obedece, possa ser aceite pelos membros individuais e colectivos dos próprios governados, pelos súbditos. E porque assim é, eu quero que no Direito, que tem duas fontes experimentais, haja, também, uma fonte racional, que é a própria noção de Direito, a qual se encontra com a noção de Justiça, com essa noção absoluta, a Justiça.

Eis a razão por que dissemos que o Direito é um complexo de normas consagradas ou não pelas leis «lato sensu» para efectivar a justiça social mediante as aspirações dos grupos de indivíduos em obediência a noções de Direito e impostas à nossa obediência por uma autoridade constituída.

As fontes experimentais do Direito são, por conseqüência, *as solicitações ou aspirações de indivíduos e de grupos de indivíduos e a natureza permanente do homem.* Mas, àlém dessas fontes experimentais, há uma fonte racional que é *a própria noção do Direito que se vai encontrar com a noção de Justiça.*

4.º Das fontes do Direito (cont.)

a)— . . . . . .
b)— . . . . . .
c)— . . . . . .
d)— . . . . . .
e)— . . . . . .

f)—Além das fontes formais o Direito tem fontes reais.

—Uma escola de Direito que predominou em todo o século passado e ainda hoje tem adeptos só admite as fontes formais do Direito.

—Presentemente, surgiu na Alemanha a «Doutrina da lei lògicamente suficientes».

—Nenhum dos argumentos por ela oferecidos é procedente.

—O artigo 16.º do Código Civil dá ao Juiz poderes para resolver as questões sôbre direitos e obrigações pelos princípios do Direito natural conforme as circunstâncias do caso.

—Estes princípios vêm a ser os elementos geradores do Direito ou fontes riais do Direito.

—As fontes riais são: os elementos riais ou naturais geradores do Direito e o elemento racional. Os elementos riais ou naturais deduzem-se do comportamento do homem que vive em sociedade segundo os fins que o indivíduo tem necessidade de atingir e, além disso, da natureza permanente do homem.

—O elemento racional a que Jeny chama elemento ideal, é a própria noção de Direito que se encontra com a noção absoluta da Justiça e que é conhecido pela intuïção.

Além das fontes formais de Direito, haverá fontes reais de Direito? E' êste o problema que vamos tratar.

Que existem fontes formais é fora de dúvida. Existirão, a par dessas fontes formais, outras chamadas fontes reais?

Há muitos escritores que põem em dúvida a afirmativa. Há jurisconsultos que ainda hoje consideram despiciendo o estudo das fontes reais de Direito.

O séc. XIX foi influenciado por uma escola de Direito, chamada a *Escola de Exegese*, que ainda hoje subsiste entre nós, segundo a qual, *a Lei é a única fonte do Direito*,— a Lei «lato sensu». A *Escola da Exegese* ou o *método de exegese* é uma das duas fases extremas que se notam no método tradicional. A outra é conhecida por *gramaticismo*.

Na primeira fase, na fase do *gramaticismo*, a lei tinha uma origem mística e teológica; a lei derivava ou directamente dos deuses, dos seres supremos, ou, então, era um produto do legislador, por sua vez, inspirado pela divindade. A lei, por conseqüência, era infalível e indefectível, porque o legislador era omniciente e omnipotente; conhecia tudo, sabia tudo, tudo tinha presente, tudo havia previsto.

Esta fase do *gramaticismo* não remonta a uma época tão afastada da História do Direito, que não possamos encontrá-la em muitos escritores, cuja leitura era o maior recurso do saber dos nossos próximos antepassados.

Entre muitos tratadistas franceses e alemãis, em cujas obras se verifica êste facto, temos: Demolombe, Proudhon e Taullier.

Proudhon afirmava que a interpretação do Código Napoleónico se fazia no próprio Código Napoleónico.

Taullier, por sua vez, dizia — «Eu interpreto o Código

Napoleónico, sem me importar com a jurisprudência antiga nem com a jurisprudência moderna nem com a História do Direito Romano.

Já são um pouco diversos os princípios em que assenta o Método Tradicional na sua fase exegética, a-pesar-de notarmos, nesta, também, o culto do texto da lei, isto é, o culto do texto da lei substituído ao culto do Direito.

Por exemplo, o professor Brunet disse num dos seus livros:—«Eu não conheço o Direito, eu interpreto o Código Napoleónico, eu ensino o Código de Napoleão»...

Quere dizer, para êle, o Direito Civil era todo contido no Código Napoleónico.

O Código Francês chama-se Código Napoleónico, porque foi discutido sob a presidência de Napoleão quando Consul; pela mesma razão o nosso Código Civil se chama, por vezes, o Código do Visconde de Seabra. (1)

---

(1) O nosso Código Civil apareceu, como sabemos, um pouco atrazado em relação aos códigos de outras nações europeias.

Em 1822, criou-se um prémio para quem apresentasse um projecto do Código Civil.

Como ninguém tivesse metido ombros à empresa, na sessão das constituíntes de 8 de Fevereiro de 1826 repetiu-se a oferta dum prémio para o autor do Código Civil e renovou-se a iniciativa na própria Carta Constitucional de 1826, art.º 145.º, § 17.º

Seguiu-se um período de agitação política, de guerra civil, lutas entre liberais e absolutistas que terminaram pela vitória dos primeiros.

Por decreto de 8 de Agosto de 1850, foi encarregado o Dr. António Luiz de Seabra, juiz da Relação do Pôrto, de redigir o projecto do novo Código Civil, sendo nomeada pelo mesmo Decreto a Comissão Revisora, composta de Vicente Ferrer Neto Paiva, Coelho da Rocha, Pais da Silva e Sousa Magalhães.

Só a 22 de Junho de 1857 o visconde de Seabra apresentou à Câmara dos Deputados a primeira parte do seu projecto, intitulada *«Da capacidade civil»*.

Em 1858, porém, apareceu o primeiro projecto completo, publicado pela Imprensa da Universidade de Coimbra.

A Comissão Revisora já referida, a que um Decreto agregou, em

Merlin, que é um outro grande professor e escritor francês, emprega uma expressão na sua obra que é por assim dizer o lema da Escola de Exegese, «avant tout, la Loi»—eu só me importo com a Lei.

Laurent, escritor e jurisconsulto belga, disse que a lei não deixa ao interprete qualquer arbítrio na interpretação das leis.

Podia citar-lhes indefenidamente escritores que seguiam a escola exegética, mas, se quizerem fazer um estudo que lhes dê conhecimentos mais vastos sôbre o assunto, podem consultar o livro de Bonnecase «L'École de l'Exegese en Droit Civil». (1) Há, também, entre nós, positivistas que só consideram direito positivo o estabelecido na lei.

Julho de 1858. Alexandre Herculano, António de Melo e Carvalho, Silva Ferrão, Filipe de Soure, Levy Faria Jordão, António Gil, Jerónimo da Silva, Oliveira Marreca e Carvalho Martins, começou, então, os seus trabalhos revisionistas.

Em 1859, Seabra publicou uma segunda edição do seu projecto com algumas correcções, a qual foi mandada submeter à Comissão Revisora a que foram agregados novos vogais.

Em 1863, 1864 e 1865, foram apresentados os trabalhos da Comissão, em sucessivas edições, até que, em 9 de Novembro de 1865, o Ministro da Justiça, Augusto Cesar Barjona de Freitas, levou o projecto à Câmara dos Deputados, sendo o parecer da Comissão de Legislação da mesma Câmara dado em 21 de Junho de 1867 e o projecto aprovado após rápida discussão.

Em 26 de Junho, do mesmo ano, a Câmara dos Pares ratificava aquela aprovação e o Código era tornado lei do País em 1 de Julho de 1867.

O Legislador do Código Civil foi o parlamento, mas, a-pesar disso, é muito conhecido pelo Código do Visconde de Seabra.

(1) Nessa sua obra interessantíssima. Bonnecase reduz os princípios da escola exegética aos cinco seguintes:

1.º — Culto do texto da Lei;

2.º — O predomínio no pensamento do legislador sôbre o conceito livre do Direito;

3.º — O espírito metafísico;

Na Alemanha, essa doutrina foi defendida por Brinz e Zitelmann.

Brinz escreveu um livro «*Die logische geschlossenheit des Rechts*» — «Doutrina das leis lógicamente suficientes», e raciocina pouco mais ou menos assim: — A lei é suficientemente vasta para formar o direito, porque a lei interpreta-o com todos os recursos de que pode servir-se o espírito. E' suficiente para regular as relações da vida social, acrescentando que nem pode ser de outra maneira. O Direito está consubstanciado na lei. O que é que distingue o Direito da Moral? ou por outra: qual é o elemento específico do Direito? Segundo alguns é a coacção; ora a coacção é atribuída à norma pelo Estado que é a autoridade normalmente constituída. Por isso é razoável que só a norma traduzida em lei pelo orgão legislativo do Estado possua a coação, que é o elemento específico do Direito. Por consequência, lei que não tenha sido formulada por espírito, ou

---

4.° — A doutrina da omniciência e da omnipotência do legislador;

5.° — O respeito pelos precedentes de interpretação e da autoridade dos interpretes; (enunciado por Bonaecase como sendo o princípio do respeito pelos precedentes e pela autoridade)».

Culto do texto da lei, como já dissemos, quere dizer o culto da lei substituído ao culto do Direito.

Conforme êste princípio, o Direito positivo deve ser a preocupação exclusiva do jurisconsulto, identificando-se o direito positivo inteiramente com a lei.

O predomínio do pensamento do legislador sôbre o conceito livre do direito significa que um texto não vale nada em si próprio, mas todo o seu valor está na intensão do legislador, que o interprete deve procurar traduzir.

O espírito metafísico, isto é, o carácter ilógico, parodoxal, quanto à doutrina exegética e quanto à existência e à função do direito.

Finalmente, a doutrina da omniciência e da omnipotência do legislador ou o carácter profundamente estadístico da doutrina exegética.

direito que não tenha sido formulado por uma lei não pode, ter coacção de um Estado.

Argumenta mais: o que vem a ser o Direito? Kant diz que é *o conjunto de preceito que restringem a liberdade individual*; por conseqüência, onde não há preceitos, há pleno domínio de liberdade, cada um faz o que quere, sem estar vinculado por nenhuma regra.

Os fautores da «*Doutrina das leis lògicamente suficientes*», (a que Geny chama «*teoria da plenitude lógicamente necessária da legislação escrita*» a páginas 193 do seu «Méthode d'interpretation), dizem: — «*Se a lei escrita não for a única fonte de direito, não pode existir a liberdade. Se não existirem preceitos concretos e normas conhecidas que nos digam até onde cada qual pode exercer a sua actividade, sem menosprêzo pelos direitos de outrem, acontece que fica sem se saber qual a extensão da liberdade de cada um, qual o âmbito em que cada qual se pode mover*».

Mas isto não é assim. Esses argumentos são realmente de algum valor: a tradição nesse sentido é forte. Êste conceito do exclusivismo da lei como fonte do direito, que a «escola exegética» propugna, é um conceito que tem profundas raízes históricas. E' um conceito que lhe foi emprestado pelo filósofos e enciclopedistas, pelos homens que orientaram a Filosofia da Revolução Francesa.

Entre esses filósofos, foi Montesquieu quem melhor o enunciou, tanto no seu «*Esprit des Lois*», como nas suas «*Lettres Persannes*», e a sua afirmação foi dominante em relação a todos os escritores do século XIX.

Se lermos o «*Esprit des Lois*», encontraremos, várias vezes, o conceito de que a lei deve ser fonte exclusiva do direito e que o interprete, mesmo que seja juiz, nunca, em caso algum deve criar o direito. (1)

---

(1) No livro IX do «Esprit des Lois», Montesquieu diz que «o juiz é apenas a boca da lei; o juiz é um ser inanimado que não pode alterar nem a fôrça nem o valor da lei».

Não é, porém, assim, pois reconhecidamente a lei não é suficiente para julgar as relações na vida social. Há até um ramo de direito—o Direito Internacional,—em que a lei aparece por excepção, sendo a maioria das relações disciplinadas pela doutrina e pelo costume. Os senhores, quando estudarem o Direito Internacional hão-de ver que as convenções são poucas, sendo, porisso, o direito normativo muito restrito, e que a maioria das relações entre Estados e até entre cidadãos de diferentes Estados são reguladas, principalmente, pelo costume e pela doutrina. Por conseqüência, vê-se que, àlém da lei, «lato sensu», àlém da norma, há um direito que não está contido em normas escritas.

Pensando bem, o Direito, no estado actual da Ciência, não é já aquilo que Kant definiu na sua máxima — «*O Direito é apenas um conjunto de preceitos restritivos da liberdade*». Hoje, a função do Direito não é, apenas, uma função restritiva da liberdade. No conceito moderno de Direito, a finalidade é diversa. O Direito impõe deveres e dá poderes legais para que o homem possa desempenhar-se bem da função que lhe é imposta dentro da sociedade em que vive. Estudadas as origens do Direito, encontramos outro conceito diverso, fazemos concepções diferentes e podemos considerar a lei insuficiente. O princípio específico da lei pode encontrar-se fora da coacção e pode ser uma simples tendência para a coacção.

Há quem diga, como Jellinek, que o elemento específico do Direito é o *mínimo ético*.

Por conseqüência, ainda que não possamos entrar desenvolvidamente no estudo da doutrina de Brinz, concluímos, na verdade, que, àlém das fontes formais de Direito, existem outras, as fontes reais de Direito.

Se admitíssemos, por hipótese, a «doutrina das leis lògicamente suficientes», ainda subsistia o problema.

A lei é, fora de dúvida, uma expressão de direito. Mas pregunto: O que é que forma a substância do Direito? O

que é que determina estas normas de conduta que estão expressas na lei? A lei nasce, porventura, como Minerva nasceu do cérebro de Júpiter? Ou, pelo contrário, a lei foi produzida por elementos geradores?

Seguramente, a lei não nasce abruptamente da cabeça dos governantes.

Aos governantes são subministrados elementos de formação das leis, elementos estes determinados por circunstâncias económicas, políticas, religiosas, morais, sociológicas.

E' verdade que, se nós pretendermos aplicar lógica abstrata, verificamos que no caso ela não existe. Os comandos ou normas de conduta são imperativos impostos aos súbditos, e as tais solicitações da vida social a que nos temos referido, que são elementos experimentais das fontes reais de direito, seriam pretensões dos próprios súbditos.

De maneira que, se a lógica abstracta, exige que a norma imposta aos cidadãos venha de fora, não existe no caso lógica abstracta. Mas a verdade é que o Direito nasce no meio social, não pode existir sem êle. O meio social, que é um ser vivo e consciente e um princípio da conservação dêste, que é presidido pelo governante, exige que as leis, as normas de conduta, sejam determinadas por pretensões ou solicitações do próprio meio social, por indivíduos que o formam. Concluímos por conseqüência, que, àlém das fontes formais de Direito, existem fontes reais de Direito. Precisamos, agora, saber quais são essas fontes reais. Já dissemos, mas não explicámos, que os elementos geradores de Direito ou fontes reais de Direito, que existem àlém das fontes formais, são dois elementos experimentais e um elemento racional. Os elementos experimentais são: as solicitações do meio social e a natureza permanente do homem. O elemento racional é a própria noção do Direito, que vai encontrar o conceito absoluto de

Justiça. Vamos vêr como é que nós deduzimos os elementos experimentais do Direito.

Esses elementos experimentais são uns variáveis e outro fixo. Uns são formados por circunstâncias diversas a cada momento e em cada país, como se costuma dizer, diversas em cada época e em cada latitude. O outro é o elemento fixo, porque a natureza, da espécie humana, conforme nos ensina a História, desde há muitos séculos, desde uma época milenária, é invariável, ou quási invariável. O homem, desde épocas milenárias, apresenta tendências aproximadas, as mesmas ou quási as mesmas. Isto fez com que estudando essa natureza permanente à luz da biologia se criasse uma ciência nova intitulada Biologia humana. (1)

Essa ciência verifica o dado em que assentamos, segundo o qual a natureza humana é quási permanente. Mas, vamos agora ver quais são os elementos geradores de Direito. Para isso temos de nos socorrer da sociologia.

Mauret tem um livro intitulado «Introduction á la Sociologie» em que estuda o que êle chama «*os comportamentos humanos*».

Vou dar-lhes uma idea, «per suma capita», do que se deve entender, por «comportamentos humanos».

Mauret diz que as sociedades humanas são como que um vaso fechado, que comporta o sentimento e as ideas dos indivíduos, e dá-nos outra imagem: «são como um ecran onde se desenrola o cinematógrafo dos ideais dos sentimentos humanos».

Os homens, que vivem em grupos, têm em geral os mesmos pensamentos, os mesmos sentimentos e a mesma acção. Uniformizam-se os seus pensamentos no sentimento

(1) Se quizerem mais pormenores sôbre êsse estudo, podem consultar o livro de Grasset, publicado há 21 anos, intitulado «La Biologie Humaine».

e na acção. E é à sua acção, pensamentos e sentimentos, que êle chama comportamentos humanos.

Os comportamentos humanos, traduzem-se em noções e acções; noção, idea, crença, pensamento e acção que são o modo de sentir dêsses grupos. Ora, esses comportamentos humanos podem classificar-se; os homens procuram atingir fins, e esses fins é que nos dão o critério para a classificação dos comportamentos. Umas vezes, os homens procuram satisfazer necessidades; surgem então, a indústria a arte, a economia, a vida das coisas, que são uma vida física, um fenómeno económico revelado por circunstâncias, de facto, económicas.

Há circunstâncias, em que o homem que frequenta a casa de outro homem, faz política nesse sentido. Uma outra espécie de circunstâncias são as que resultam da vida das relações do homem com os seus semelhantes: são os fenómenos sociais que geram a vida política ou a vida das relações.

Outras vezes, o homem por uma necessidade íntima, recôndita do seu ser, precisa de comunicar com o àlém-túmulo, com o super humano e surgem, então, outros fenómenos religiosos ou místicos, etc., como diz Mauret. Compreende a religião e a magia, que determinam as normas de conduta do homem. São, por consequência, segundo êle diz, esses fenómenos que correspondem aos comportamentos humanos para o àlém-túmulo. Temos os fenómenos económicos, políticos, religiosos, sociológicos, morais, que são determinantes do comportamento humano, porisso, elementos geradores do Direito, elementos variáveis e experimentais, geradores do Direito. A doutrina de Mauret é aceite pelos jurisconsultos.

«La science et la technique en Droit Positif» de Jeny, doyen da Faculdade de Nancy e fundador da escola científica, um livro, cuja leitura é bastante difícil, não sendo, por enquanto, de aconselhar a alunos que começam agora

os seus estudos jurídicos, também admite elementos geradores de Direito, elementos reais, a que chama exactamente naturais e elementos ideais (1).

Para êle, os tais elementos naturais são as circunstâncias de facto que rodeiam o homem, que determinam a sua norma de conduta. São elementos económicos, psicológicos, climatéricos, fisiológicos, religiosos ou imateriais e, depois, exemplifica:

O homem sente a mulher, tem necessidade de unir-se à mulher; dêsse fenómeno fisiológico, que é espiritual e natural, resulta a necessidade do casamento. A sociedade tem necessidade de que os filhos sejam reconhecidos pelos seus pais, sejam dirigidos por eles, e assim é que a lei recomenda, de certo modo, a investigação de paternidade.

A lei presume que os filhos do casamento são filhos legítimos *«pater is est quem nuptiae demonstrant»*.

Outro exemplo: E' mais fácil demonstrar a maternidade do que a paternidade, porque a maternidade é evidenciada pelo facto da gravidez, ao passo que a paternidade resulta de um acto secreto e difícil de observação.

---

(1) O Método Científico é uma escola fundada por Jeny, sendo seus representantes muitos escritores ou civilistas franceses, belgas e alguns italianos.

Na Escola Científica, encontramos, entre outras, as seguintes características:

1.° — *A afirmação de que, àlém das fontes formais de Direito, há elementos geradores do próprio Direito, que se denominam fontes reais do Direito.*

E' esta a primeira idea comum a todos os métodos da Escola Científica. Há fontes formais de Direito, mas, àlém delas, há elementos geradores do Direito, elementos donde promana o Direito, que se chamam fontes reais.

A Escola Científica ou Método Positivo parte, pois, do princípio que existem, àlém das fontes formais, as fontes reais ou elementos geradores do Direito, sendo estes elementos geradores a experiência (abrangendo, neste elemento experiência, as exigências do meio social

No Direito Privado, há dois ramos—Civil e Comercial. Os elementos experimentais variáveis do Direito aparecem mais no Direito Comercial, e o elemento experimental fixo, o elemento que resulta da natureza permanente do homem, actua mais no Civil. E fàcilmente se vê, pois o comércio estabelece-se entre indivíduos em virtude de uma indústria.

O comerciante, que exerce uma indústria, é mais influenciado pelo fenómeno económico, isto é, por um fenómeno experimental variável, gerador de Direito, ao passo que o Direito Civil regula as relações do homem com a família, com o seu semelhante; são fenómenos que mais interessam à natureza permanente do homem. Mas Jény diz que, àlém dêsses fenómenos naturais, a que nós chamamos *experimentais*, há quem acrescente o elemento *histórico*. Mas, àlém dêstes, existe outro elemento na terminologia de Jény o ideal: elemento que nós vimos corresponder à noção de Direito, que vai encontrar o Absoluto da Justiça. Além dêsses elementos experimentais e histórico, há um outro factor que fornece dados ao Direito.

Se nós examinarmos uma questão jurídica muito debatida, vemos que, àlém dêsses elementos geradores do Di-

---

e o estudo da própria natureza do homem tal como ela nos é revelada pelas Ciências Naturais e pelas Ciências Morais; e a razão, que controla a experiência e não deixa que esta contrarie a função do Direito e a própria noção de Direito.

2.° — *Todos os métodos da Escola Científica admitem fontes formais de Direito, ao lado das fontes reais.*

3.° — *Não obstante as codificações, as fontes reais de Direito continuam a actuar, quer para criar Direito à margem da lei, quer para colmar as lacunas do Direito.*

4.° — *A lei não é suficiente para regular todas as relações sociais. A lei só previu certos casos e só esses casos regula, mas a lei deve ser interpretada, antes de a declararmos insuficiente.*

reito, experimentais e histórico, existe um outro elemento, que corresponde ao sentimento público.

Se pegarmos no relatório de uma lei, na exposição dos motivos, por exemplo, do Código Alemão de 1896, verificamos que o legislador atendeu muito a esses «desiderata».

Esses desejos e sentimentos públicos, esses anelos da civilização é o que Jény chama o *elemento ideal*, e, depois, diz que esses «desiderata» não equivalem à opinião pública.

A opinião pública pode ser, às vezes, determinada por esses «desiderata», por esses desejos, mas, a maior parte das vezes, é determinada por sentimentos baixos, inferiores, e, então, destaca-se perfeitamente dos tais «desiderata», dos tais elementos ideais do Direito.

Esse elemento ideal do Direito adquire-se e adita aos outros elementos geradores do Direito o elemento novo que faz com que o Direito vá encontrar-se com o Absoluto da Justiça.

Esta lição tinha necessidade de um outro desenvolvimento, mas eu tenho o meu programa, que é o de corresponder a cada questão uma lição.

Recapitulando: Pelo que acabo de expor, ao lado das fontes formais do Direito, existem as fontes reais, que são constituídas por elementos naturais a que eu chamo experimentais e por um elemento racional. Por sua vez, os elementos experimentais geradores do Direito são uns variáveis e outro fixo. São variáveis os fenómenos económico, político, sociológico, religioso, moral, fisiológico.

E' fixo, o que resulta da natureza permanente do homem, mas há, àlém disso, o elemento racional gerador de Direito, que corresponde à própria noção do Direito, a que não é estranha a intuição da Justiça.

5.° Das fontes do Direito (cont.).

a)— . . . . . .
b)— . . . . . .
c)— . . . . . .
d)— . . . . . .
e)— . . . . . .
f)— . . . . . .

g)—A lei não é única fonte formal do Direito.

—Escolas de Direito que afirmam que a Lei é a única fonte formal do Direito.

—A escola científica do Direito sustenta, porém, a tése de que além da Lei, há outras fontes formais do Direito.

—Divergências adentro da Escola Científica sôbre quais sejam as fontes formais do Direito.

—A opinião de JÉNY e BONNECASE que nós adotamos segundo a qual as fontes formais do Direito são: a Lei é o Costume.

—O que é o costume?

—Elementos materiais do costume.

—Elemento psicológico do costume.

Continuando a questão tratada na lição anterior que consiste em saber se, àlém das fontes formais de Direito, existem fontes reais de Direito, vamos hoje ver quais são essas fontes formais.

Ninguém duvida que existam fontes formais de Direito. Mas quantas são ? Quais são ? Eis o problema de que hoje nos vamos ocupar. A questão é longa e não podemos, certamente, versá-la numa só lição. Procuraremos continuá-la na lição seguinte.

O Direito, como já vimos, tem fontes reais, isto é, elementos geradores do próprio Direito, tem revestimentos dêsses elementos geradores, revestimentos concretos, sensíveis, aos quais chamamos fontes formais do Direito. Segundo algumas escolas de Direito, ou melhor, a Escola de Exegese e a Escola Histórica Evolutiva, numa palavra, segundo os positivistas de Direito, existem só fontes formais de Direito sendo a Lei a única fonte formal.

A fonte formal de Direito será só a lei, a lei «lato sensu», abrangendo várias espécies de normas escritas hierarquizadas—a lei e as diversas espécies de regulamentos constituindo só isso fontes formais de Direito.

Segundo a Escola Científica, àlém da lei como fonte formal de Direito, existem outras fontes formais, encontrando-se apenas divergência entre os seus sequazes.

Ao passo que uns, como Gény e Bonnecase, querem que as fontes formais de Direito sejam a lei e o costume, outros como Lambert, que foi eminente professor de Direito em Lyon, querem que sejam a lei, o costume e a jurisprudência, outros, ainda, como Wander Eycken, querem que sejam a lei, os actos preparatórios da lei, o costume, o uso, a jurisprudência, a doutrina e a tradição.

As fontes formais do Direito estão para as fontes reais do Direito, como a forma está para a substância.

As fontes formais de Direito são o revestimento externo, sensível e concreto por que se nos revelam e impõem as directrizes do Direito. As fontes formais representam a materialização da substância do Direito.

Saber, conseqüentemente, quais são as fontes formais do Direito, é o problema que consiste em determinar quais são as maneiras como se revela o Direito.

—Revelar-se-à apenas sob a forma de lei, como pretendem os exegetas ?

—Revelar-se-à também sob a forma de costume ?

—Poderá, também, o Direito revelar-se através da jurisprudência ?

—Haverá, ainda, outras formas por que o Direito se revele ?

E' êste o problema das fontes formais de Direito, em cuja solução existe discrepância entre os vários sequazes da Escola Científica.

Geny, no resumo por êle elaborado, no final da sua obra, (1) faz as seguintes considerações :

1.° *A ordem jurídica dum país não é nunca plenamente satisfeita pelas disposições das suas leis escritas.*

2.° *E', pois, mister encontrar outras vias de pesquiza das regras de Direito.*

Quere dizer que há direito fora da lei.

3.° — *Além da lei, também o costume é fonte formal de Direito.*

4.° — *A lei é, todavia, a principal fonte formal de Direito.*

Para Jény, como vêem, existe a lei, mas a lei é insuficiente e, conseqüentemente, temos de encontrar outra fonte formal de Direito. Jény encontrou o costume.

O método de Jény existe consagrado no artigo 1.° do Código Civil Suisso: *A lei disciplina todos os casos a que se refere pela sua letra e espírito. A' falta de disposição legal o juiz aplica o costume. A' falta de Direito costumeiro decide segundo regras que êle próprio estabeleceria se fôsse legislador, inspirando-se nas decisões consagradas pela doutrina e pela jurisprudência.*

(1) La Methode, edição de 1919.

Jény diz também: a lei é insuficiente e, por conseqüência, é preciso que exista outra fonte formal de Direito — o costume. Pode acontecer, porém, que o costume não contemple o caso e, então, o juiz tem o poder de decidir conforme ao tipo ideal do legislador, segundo as directivas da Ciência e da Técnica do Direito, (A Ciência ocupa-se dos dados ou dos elementos geradores do direito, isto é, das fontes reais; a Técnica tem por objecto as fontes formais do Direito, ou as formas por que o Direito se pode revelar).

Por conseqüência, o problema que se põe, a primeira sub-questão que se nos impõe, é saber quantas são as fontes formais de Direito. Já dissemos que eram duas, para nós: a *Lei* e o *Costume*, e que não era só a lei como queriam os exegetas e os histórico-evolucionistas, em suma, os positivistas do Direito.

Êsse problema de saber quais são as fontes formais de Direito é, primeiro que tudo, uma questão de posição entre direito escrito e não escrito. O direito não escrito foi, antigamente, nas épocas remotas, o predominante. As sociedades regulavam se, outrora, sobretudo, pelo costume. Depois, a evolução fez-se no sentido do direito escrito predominar em absoluto sobre o não escrito, até haver quem entenda que não há senão o direito escrito e as leis.

O problema podia ter um grande desenvolvimento, mas não merece a pena, porque é um facto conhecido hoje, que o direito escrito predomina sobre o direito não escrito. Mas o que é certo é que há uma zona legal e uma zona jurídica.

Suponhamos dois círculos concêntricos de raios diferentes, tendo o que representa a ordem jurídica o maior. Essa ordem jurídica, na zona que fica fora da ordem legislativa, é preenchida pelo costume. O centro é o mesmo, mas o círculo legal, é mais pequeno que o jurídico. Onde não chega o círculo legal, pois nós supomos a doutrina «*das leis lògicamente suficientes*» uma doutrina inaceitável, será preenchido pelo costume. O círculo jurídico é

constituído pelo legal e pelo costumeiro, mas embora o círculo do Direito seja maior que o legal, o certo é, porém, que é constituído só pelo legal e o costumeiro, segundo a nossa opinião.

No entanto, é preciso notar que o círculo costumeiro não corresponde exactamente ao círculo de direito não escrito, porque tem havido costumes escritos.

Houve monarcas em França e Portugal, e, àlém de monarcas, houve jurisconsultos, que mandaram fazer ou fizeram, colecções de costumes.

Em princípio, é assim. Costume—Direito não escrito; Lei—Direito escrito; mas, como dissemos, houve monarcas e jurisperitos que mandaram escrever o direito costumeiro e, então, ficamos a ter um direito costumeiro escrito.

Em 1924, apareceu um livro em França, de De Clareil(1) que logo, no princípio, se ocupa do costume como fonte de Direito. Sustenta uma tese, cuja apreciação não quero agora fazer, segundo a qual o costume é, apenas, um facto, facto que consiste, muitas vezes, numa sentença, ou decisão, que foram seguidas e que se impuzeram ao povo.

Na próxima lição, quando tivermos de falar no uso convencional e na diferenciação entre uso e costume, novamente nos referiremos, talvez, à doutrina de De Clareil, para mostrar como o uso convencional, que é uma *quaestio facti* pode gerar o costume.

O costume não era escrito, mas as leis eram escritas, gravadas em tábuas de mármore ou de bronze, e colocadas no Tabularium do Capitólio. Por conseqüência, assentemos nisto hoje: o direito escrito predomina, actualmente, e muito, sôbre o direito não escrito, e, segundo uma tese, que nós vamos demonstrar em seguida, o Direito tem como fontes formais não só a Lei, como queriam os exegetas e

(1) Rome et la Organization Juridique.

histórico-evolucionistas (positivistas de Direito), mas também o Costume.

O Direito modifica-se sempre e está em perpétua laboração. No seu eterno «devenir» o Direito, antes de chegar à forma de lei já, por vezes, se impõe com fôrça coersiva, já constitui normas de conduta externa.

Essas normas, que já se impõem obrigatòriamente, mas que ainda não têm expressões de lei, são o Costume.

O nosso Código Civil foi feito numa época em que estava no auge, em pleno prestígio, a ideologia da Revolução Francesa e, por conseqüência, não podia deixar de a exprimir.

A filosofia da Revolução Francesa, que, segundo uns, (e é a opinião que prevalece) está imbuída do Direito Natural e, segundo outros, tem, como fundamental, o princípio da soberania da Nação e o princípio da independência de um Estado dos outros Estados, pode levar à convicção de que só a Lei é fonte formal de Direito.

Parece averiguado que foi o Direito Natural que levou à concepção das ideas da Revolução Francesa; mas pode afirmar-se, também, que os princípios políticos da organização estadoal, saída dêste movimento revolucionário, são antes ideas dos políticos daquela época, do que corolários dum conceito jurisnaturalista.

Os princípios da soberania da Nação, em relação aos seus nacionais, e da independência da Nação, em relação aos outros Estados, são conceitos estranhos ao Direito Natural.

Pelo primeiro princípio, o Estado impõe-se aos cidadãos que compõem a Nação. O Estado é soberano; só êle é que pode impor as suas ordens e, assim, só a vontade do Estado, traduzida nesses comandos e expressa nas fontes abstractas, é que se podia considerar como fonte de Direito. Desta forma, só a lei era fonte de Direito.

Nós já demonstrámos que, àlém das fontes formais de

Direito, havia, também, as reais, elementos geradores de Direito, e que, portanto, a lei não é um produto expontâneo da vontade do Estado, pois que é imposta ao próprio Estado.

Há elementos geradores de Direito que dizem ao Estado: promulga uma medida, um comando neste sentido. O que é certo, porém, é que no tempo da Revolução Francesa, no tempo da còdificação do Código Napoleónico, se considerava uma única fonte formal de Direito, a Lei, imposta pela vontade do Estado (1).

Se lerem a grande e volumosa questão que no tempo da còdificação se levantou entre os que defendiam o princípio da còdificação, e aqueles que eram opostos a esses princípios, sentirão perfeitamente o que acabo de lhes dizer. Savigny, que foi um grande jurisconsulto, opunha-se à idea da còdificação — que no seu tempo também tinha um grande defensor: Tibaud.

Foi, talvez, mais por motivos de ordem política do que por quaisquer outros, que Savigny, de princípios conservadores (era filho de conservadores e fôra educado segundo a ideologia do seu pai), não querendo aceitar os princípios dos homens da Revolução Francesa, fez a campanha contra a còdificação, contra o espírito da còdificação que era, nessa época, muito defendido por Tibaud e pelos seus adeptos.

Para Savigny, a lei não era a vontade de todos os cidadãos. Segundo o eminente escritor, a lei adquire fôrça, porque todos os princípios se podem converter em «ideas-fôrças» e, como tal, impor-se aos cidadãos, traduzindo-se em preceitos legais quando o Estado se convence da vir-

(1) No entanto, foi a Convenção francesa que fez os «Direitos do Homem e do Cidadão», que são princípios de Direito Natural que se impõem ao próprio Estado, na confecção das leis constitucionais e ordinárias.

tude dêsses mesmos princípios; mas, de modo nenhum, a lei é mera imposição da vontade do Estado.

Evidentemente que, segundo esta concepção, a par da lei e antes da lei e como gerador da lei, existe o costume.

Como já dissemos, o nosso Código Civil foi influenciado pela ideologia da Revolução Francesa. E, na verdade, alguns dos artigos do seu Título 1.º, revelam-nos a influência dêsse ideal e a preocupação de o traduzir, podendo asseverar-se, que o nosso legislador não quiz admitir outra fonte formal de Direito que não fôsse a lei.

Os artigos 4.º, 5.º, 9.º e 16.º, dão-nos esta impressão.

Assim o artigo 5.º diz: *A lei civil reconhece e especifica todos estes direitos e obrigações; mantém e assegura a fruïção daqueles e o cumprimento destas; declara os casos em que o cidadão pode ser inibido do exercício dos seus direitos, e determina o modo como deve ser suprida a incapacidade dele.*

De maneira que, parece que não há direitos nem obrigações, que não sejam contemplados na Lei Civil; donde à primeira vista, se pode concluir que a única fonte formal de Direito é a Lei.

O artigo 4.º diz: *Estes 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.* E dá-nos, assim, a entender que todos esses direitos e obrigações derivam da lei e que, portanto, a fonte formal do direito será a lei.

O artigo 9.º, por sua vez, preceitua: *Ninguém pode eximir-se de cumprir as obrigações impostas por lei, com o pretexto de ignorância desta, ou com o do seu desuso.* Por

conseqüência, o desuso ou costume em contrário não podem revogar a lei, não havendo, assim, direito senão na lei.

O artigo 16.º, a que várias vezes nos referiremos, também não recorre ao costume como fonte formal de direito. Diz êle: *se as questões sôbre direitos e obrigações não puderem 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.*

Por conseqüência, aparece uma questão, um litígio, um «diferendum» entre litigantes. Se êsse «diferendum» não puder ser resolvido, nem pela lei, nem pelo seu espírito, nem pelos casos análogos, prevenidos em outras leis, há de ser resolvido pelos princípios do direito natural, conforme as circunstâncias do caso, mas não pelo costume.

Porisso, «primo compecto», pode entender-se que o costume não serve para decidir questões, que o costume não intervém na solução de conflitos, isto é, o costume não é fonte formal de direito, pois os artigos referidos, ao menos ao primeiro exame, negam a existência de outra fonte de direito que não seja a lei.

Nós veremos que não é assim.

No entanto, encontramos, em várias outras disposições do Código Civil, referências ao costume.

Assim, o artigo 438.º diz: *O que fica disposto nos artigos precedentes não prejudicará os direitos adquiridos ao tempo da promulgação dêste código, sôbre certas e determinadas águas por lei, uso e costume, concessão expressa, sentença ou prescrição.*

Neste artigo, fala-se, pois, em *lei, uso* e *costume.*

Também nos artigos 444.º, 448.º e 451.º, se fala em *uso.*

No artigo 704.º fala-se *em conseqüências usuais e legais.*

Em matéria de prestação de serviços, a respeito do serviço doméstico, no artigo 1373.º diz-se também: — «*salvo se houver costume da terra em contrário*». E no artigo seguinte, 1374.º a respeito da retribuïção dos serviçais, manda-se observar o *costume da terra.*

No artigo 1623.º, verifica-se a mesma expressão e, finalmente, no artigo 1628.º, preceitua o legislador:

Não tendo sido declarado o prazo de arrendamento entender-se-á que êste se fizera pelo tempo costumado na terra.

De maneira que, ao passo que os artigos 4.º, 5.º, 9.º e 16.º nos dão a entender, «primo compecto», que só a lei é fonte formal de Direito, os artigos, que acabamos de examinar, impõem, pelo contrário, o costume como fonte formal de Direito.

Estamos, pois, perante esta posição do legislador do nosso Código Civil. Por um lado, nos princípios gerais consignados no capítulo I, parece que repele em absoluto o costume como fonte formal de direito. Por outro lado, nas disposições agora compulsadas, faz referência ao costume e ao uso como reguladores das relações jurídicas.

E' verdade que temos de distinguir duas categorias nas disposições do Código Civil por nós analisadas: uma, a que pertencem as disposições dos artigos 438.º e 444.º, em que se fala de costume como fonte formal de direito subjectivo; outra, que abrange as restantes disposições mencionadas, e em que se fala em costume como criador de regras gerais de direito objectivo.

Na primeira categoria, o costume dá origem apenas a poderes subjectivos ou poderes legais, segundo Duguit.

Eu, ao falar em costume como fonte formal de direito, quero dizer *costume que cria regras de direito objectivo.*

E' certo que há quem diga, (como o falecido Prof. José Tavares) (1) que o costume é apenas fonte imediata do Direito, porque só obriga quando a lei o indica e lhe dá fôrça obrigatória. Na verdade, êste professor diz a pág. 126 do livro citado: «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 suprír o silêncio das partes, cuja vontade se deve presumir ser conforme ao que era o uso no local e no momento em que a relação jurídica se formou».

Há também quem diga que o costume formaria direitos subjectivos, ao passo que o direito objectivo só seria criado pela lei.

O costume é também fonte de direito objectivo, e um exame, que faremos, do art. 16.º — *os princípios do direito natural, conforme as circunstâncias do caso* — levar-nos-á à conclusão de que o juiz também pode aplicar o costume para decisão de pleitos, decisões das questões entre indivíduos. (2).

A questão de saber se o costume cria direitos subjectivos ou direitos objectivos resulta da confusão que, muitas vezes, se estabelece entre usos convencionais e costume.

Como veremos, porém, o uso convencional é diferente do costume. O uso depende da vontade das partes; o costume estabelece regras de conduta externa impostas coativamente.

Mas, chegados a êste ponto, impõe-se uma definição do que seja o costume.

---

(1) Princípios Fundamentais do Direito Civil.

(2) O juiz quando não tenha lei, ou casos análogos previstos em outras leis, forma *hic et nunc*, um preceito apenas aplicável ao caso concreto que é sujeito à sua apreciação para decidir.

A sua decisão tem a fôrça obrigatória precisa para a execução do caso julgado.

Decisões uniformes geram uma norma de conduta que é considerada obrigatória pelo povo, e que, porisso, tem a «*opinio juris*».

O costume, segundo o Direito Romano, era o «*tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus*».

Para melhor análise do conceito de costume temos de considerar isto no campo sociológico ou da Filosofia do Direito, e sob o aspecto apenas jurídico.

No seu conceito meramente jurídico, abstraindo do modo da sua formação e das causas do seu aparecimento, o costume é a «*regra de direito objectivo não escrita*».

Sob o aspecto da Filosofia do Direito, sob o ponto de vista sociológico, o costume pode definir-se como uma regra que é produzida por actos repetidos durante muito tempo e que é acompanhada do que se chama a «*opinio juris*» ou «*opinio necessitatis*».

Na *Lei da Boa Razão*, § 14.º diz-se quais são os requisitos para o costume se impor ou ter fôrça de lei: —

1.º Não ser o costume contrário à lei escrita, *contra legem*.

2.º Devia ser geral e conforme à boa razão;

3.º Devia ter mais de 100 anos de duração,

O costume tem de ser, pois, *uniforme*, *duradoiro* e *geral*.

Duração, *Generalidade* e *Universalidade* são os três requesitos do costume.

Deve ser *duradoiro* ou como se diz na Lei da Boa Razão que *seja costume prescrito*. E' necessário que o costume tenha determinado a repetição dos actos durante muitos anos.

Deve ser *geral* porque não basta a prática repetida, ainda que por muito tempo, de actos praticados por duas ou três pessoas. Para que surja a regra de direito é preciso que a sociedade, tôdas as pessoas que a compõem pratiquem repetidas vezes os actos que estão, na sub-sumpção de tal regra costumeira.

E' preciso, também, que seja *uniforme*, isto é, que esses actos sejam praticados sempre da mesma forma.

Esses requisitos que exige a Lei da Boa Razão, são requesitos do conceito sociológico do costume, são requesitos da Filosofia do Direito.

O costume pode considerar-se sob o ponto de vista *material* e *psicológico*. A repetição de actos, uniforme, geral e duradoira, constitui o que se chama o *elemento material do costume*. Sob êste aspecto — *material* — deve ter, pois, os seguintes requesitos: —

a) *Duração* — (deve ser de prática duradoura);

b) *Generalidade* — (tacitus consensus populi);

c) *Uniformidade* — (deve ser seguido por todos os que constituem o povo e sempre da mesma forma).

Não basta que seja seguido só por dois ou três indivíduos, é necessário que seja uma prática do povo, de muitos indivíduos e seguido uniformemente por esses indivíduos.

O requisito psicológico designa-se pelas expressões: «*opinio necessitatis*» e «*opinio juris*». E' preciso haver a convicção de que é obrigatório e essa obrigatoriedade, essa convicção de que é imposto é que se traduz pelas expressões «*opinio necessitatis*» e «*opinio juris*».

O que deve entender-se por «*opinio necessitatis*» ou «*opinio juris*» não é ponto assente na doutrina.

Há duas teses: uma diz que deriva da *vontade* e outra diz que deriva do *sentimento*.

A primeira diz que é a vontade do povo, que pratica a regra, que dá a coacção.

Há ainda a opinião de que êsse «*opinio necessitatis*» deriva da Autoridade de quem aplica o costume.

Há ainda a opinião do Prof. Cabral Moncada, (1) que nos diz que é a vontade do Estado que dá à regra costumeira, que dá à prática costumeira a «*opinio necessitatis*».

(1) Noções Elementares de Direito.

Não estou muito de acôrdo com a opinião do Prof. Cabral Moncada, porque me parece que esta opinião importa a eliminação do Costume como fonte formal do Direito.

Se é o Estado que dá à regra costumeira, à prática costumeira a «*opinio necessitatis*»; se é êle que torna o Costume obrigatório, é o próprio Estado, a quem cumpre fazer leis, que cria a norma de conduta costumeira, donde fàcilmente se pode tirar a ilacção de que o Costume não é fonte formal do Direito. Quere dizer, o costume só tem «*opinio necessitatis*» por vontade da lei ou do autor da lei.

Não encontramos esta opinião do ilustre professor defendida por quaisquer outros escritores, nem mesmo pelos escritores alemãis que são os partidários da doutrina da vontade constitutiva da «*opinio necessitatis*».

Se a «*opinio necessitatis*» reside na vontade do Estado que manda aplicar a regra costuneira, pode parecer necessário que, para o costume surgir como fonte formal de direito, um outro comando do Estado o imponha como tal, isto é, que só exista o costume quando a lei o reconhecer e mandar aplicar. Assim, o costume deixaria de ser fonte directa e imediata de direito.

A teoria da *vontade geradora da regra*, que diz que é o povo que tem a vontade de que a regra costuneira tenha «*opinio necessitatis*», é de Kelsen e é a que reputamos certa.

Quem defende a teoria de que a «*opinio necessitatis*» deriva da vontade da Autoridade que pratica a lei é Heineccerus. Esta doutrina é a da *vontade preceptiva da regra já existente.*

Mas para Savigny, a «*opinio necessitatis*» é a convicção dogmática em que está constituído o povo, todos os membros da sociedade, os que praticam o costume, de que a *regra costumeira é obrigatória.* Para êste escritor, a «*opinio necessitatis*» é um sentimento.

Mais tarde, porém, Savigny, fugindo ao dogmatismo

da sua doutrina, mudou de parecer, passando a considerar a «*opinio necessitatis*» como a convicção, em que estão os que praticam a regra, de ser esta obrigatória por virtude da doutrinação feita pelos jurisconsultos nesse sentido.

Resumindo: — Seja como for, vêem que temos que distinguir entre costume *juridicamente* e *sociològicamente.*

Sob o ponto de vista *jurídico*, o costume é uma regra de conduta externa, não escrita, com fôrça coactiva.

Sob o aspecto *sociológico*, o costume é o «*tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus*», é uma regra produzida por actos repetidos, durante muito tempo, e que é acompanhada do que se chama a «*opinio juris*» ou «*opinio necessitatis*».

Tem *elementos materiais* e *elemento psicológico.*

O elemento material é constituído pela repetição de actos, uniforme, geral e duradoira.

O *elemento psicológico* consiste na já citada «*opinio necessitatis*».

Quanto ao que deve entender-se por «*opinio necessitatis*», nada está assente na doutrina.

Uns dizem que é um *acto de vontade*; e em relação a estes ainda encontramos dois aspectos diferentes:

Segundo um, a «*opinio necessitatis*» *é o acto de vontade do povo gerador da regra;*

Segundo outro a «*opinio necessitatis*» *é a vontade de se impor, coactivamente, à regra de direito já existente.*

A teoria da *vontade geradora da regra* é de Kelsen.

A teoria da *vontade preceptiva da regra já existente* é de Heineccerus.

Para Savigny, a «*opinio necessitatis*» *é um sentimento;* é a convicção em que vive o povo, os que praticam o costume de que a regra costumeira é obrigatória.

O professor Cabral Moncada faz ainda referência à *von-*

tade do Estado. (1) Não é, porém, de aceitar a sua opinião pois, se a «*opinio necessitatis*» reside na *vontade do Estado* que manda aplicar a regra costumeira, pode parecer que para o costume surgir como fonte formal de direito, tem de existir um outro comando do Estado a impô-lo como tal. O costume não seria fonte directa e imediata de direito.

(1) *Lições de Direito Civil, 1931-1932* «E' realmente o Estado quem lha (obrigatoriedade jurídica coativa) atribui (ponto de vista jurídico). Assim surge, pois, a «teoria da vontade do Estado» como fundamento da obrigatoriedade do costume, que, como se vê logo, nega precisamente, como dizemos, ao costume, como tal, a qualidade de «fonte de direito autónoma».

«Com efeito, o costume não é hoje por si só «fonte de direito» autónoma em Portugal: não é direito por si; não obriga, senão quando uma lei lhe atribue êsse caracter. Quere dizer, por outras palavras, hoje em dia, entre nós, nem mesmo pode dizer-se que o costume, quando vigora, represente um «*tacitus consensus legislatoris*». Pelo contrário, êle não vigora, senão em virtude dum «*manifestus consensus legislatoris*».

4.° Das fontes do Direito (cont.)

a) — . . . . . .
b) — . . . . . .
c) — . . . . . .
d) — . . . . . .
e) — . . . . . .
f) — . . . . . .
g) — . . . . . .
h) — **Há três espécies de costume nas relações com a lei: — «secundum legem», «praeter legem» e «contra legem».**

— **O costume «secundum legem» é irrelevante.**

— **O nosso Código Civil admite o costume «praeter legem», porque só êste é que tem o papel de suprir as deficiências do sistema legislativo.**

— **Admite-o subsidiàriamente para colmar as lacunas da lei.**

— **Não admite o costume «contra legem», já porque êle é proïbido pelo art.° 9.°, já porque êste ultrapassaria a função que ao costume atribui o art.° 16.°, a qual é a de colmar as lacunas da lei.**

— **Os «princípios fundamentasis do Direito» do art.° 3.° do antigo código italiano e os «princípios do direito natural» do art.° 16.° do nosso Código Civil.**

— **A opinião do eminente escritor italiano, Pacchioni, a dos nossos jurisconsultos e a da escola neojurisnaturalista.**

— **Os «princípios fundamentais» de Direito» não são, segundo Pacchioni, correspondentes à eqüidade ou a um conceito estreito de direito natural.**

— **Segundo nossa interpretação do art.° 16.° do Código Civil, a expressão «princípios de direito natural «conforme as circunstâncias do caso» quere dizer conforme o costume, sendo, assim, êste uma fonte formal de Direito.**

— **O uso convencional não é o costume.**

Na última lição, ocupámo-nos do Costume. Definimos o que é o Costume, determinamos os elementos que o constituem e a natureza dêsses elementos. Hoje, trataremos das espécies de Costume.

O costume, nas relações com a lei, pode ser *secundum legem*, *praeter legem* ou *contra legem*.

Há um costume que vai além da lei naquela imagem que fantasiámos dos crículos concêntricos; há o costume que é contrário à lei; há o costume que é conforme à lei.

O costume conforme com a lei é irrelevante, não tem nem deixa de ter autoridade jurídica.

O costume *praeter legem* é, na opinião de notáveis jurisconsultos, fonte formal de Direito.

Quanto ao costume *contra legem*, as dificuldades são muito maiores, as opiniões mais divergentes, parecendo, na

verdade, pela análise do art. 9.° do Código Civil que essa espécie de costume não pode constituir fonte formal do Direito.

O art.° 9.° dispõe, como sabemos, que «*Ninguém pode eximi-se de cumprir as obrigações impostas por lei, com o pretexto de ignorância desta ou com o seu desuso*», parecendo, pois, que repele o costume *contra legem*.

Quere dizer, à falta de uso da lei, o costume, que determinar o esquecimento da lei, não é elemento que possa dispensar o seu cumprimento.

Há, ainda, a tal respeito, opiniões várias.

Gény, por exemplo, entende que êle não é fonte formal de Direito, mas outros, sobretudo na Alemanha, entendem pelo contrário, que o costume *contra legem* é fonte formal do Direito.

Ponhamos, porém, de parte o costume *contra legem* e *secundum legem* que não nos interessam e vejamos o costume *praeter legem*, que é fonte formal do Direito.

Vimos, portanto, que as espécies de costume são três.

Mas, pregunta-se: —

1.° — Será o costume admitido como fonte formal do Direito?

2.° — Será, apenas, o costume, àlém da lei, fonte formal do Direito?

3.° — Será o costume admitido pelas nossas leis positivas como fonte formal do Direito?

Dissemos que sim. Trataremos agora a concepção desta tese.

Temos de nos socorrer do art.° 16.°, que é um artigo semelhante ao art.° 3.° do Código Civil italiano.

A Itália, no dia 1 de Julho do ano passado, apareceu com a primeira parte de um Código Civil, estando a outra parte por publicar. Mas, o Código Civil anterior a êste, em

vigor até ao dia 1 de Julho de 1938, dispunha no art.º 3.º o mesmo que o nosso no art.º 16.º

O Art.º 16.º encerra um canon de interpretação das leis; os litígios, as questões são resolvidas pelo *texto da lei, pelo seu espírito, pelos casos análogos prevenidos noutras leis.* Na falta da lei, o juiz decidirá *pelos princípios do direito natural, conforme as circunstâncias do caso.*

O Código antigo italiano emprega a expressão «*princípios fundamentais do Direito*».

Pacchioni (1) procurou interpretar o que queria dizer essa expressão de «*princípios fundamentais do Direito*». Os nossos jurisconsultos costumam fazer corresponder esta expressão do nosso Código Civil — «*princípios de Direito Natural conforme as circunstâncias do caso*», com essa outra — «*princípios fundamentais do Direito*».

E, assim, os nossos jurisconsultos fazem coincidir o art.º 16.º com o art.º 3.º do antigo Código Civil italiano.

Chegavam a tal conclusão por, durante muito tempo, se haver entendido que não havia Direito Natural.

A Escola de Exegese e a dos histórico-evolucionistas diziam que havia Direito Natural, mas como elemento informador e como ideal do direito positivo.

Se se partir, portanto, do princípio de que não havia Direito Natural, o tal *princípio do direito natural conforme as circunstâncias do caso* é uma expressão equivalente, aos *princípios fundamentais do Direito*, princípios estruturais do Direito, que, segundo disse alguém, são as vigas, os pilares, as paredes mestras do edifício do Código Civil.

Esta equivalência era estabelecida, pela escola positiva. Hoje há uma escola *neojurisnaturalista* que admite o Direito Natural, não pelo conteúdo, não pelo teor do Direito Natural clássico, mas segundo um conceito que faz corresponder

(1) Corso di Diritto Civil, ano de 1926.

o Direito Natural ao direito que deriva da própria natureza das coisas. (1)

Lendo Pacchioni, na sua obra citada, encontramos um capítulo interessante sôbre o que deve entender-se pela expressão: — «*princípios fundamentais do direito*».

Pacchioni procura demonstrar que:

1.º — *Esses «princípios fundamentais de direito» não são os de «eqüidade»*, porque a eqüidade não é uma regra diversa, distinta da lei ou preceito de direito.

2.º — *Também a expressão «princípios fundamentais de direito»* não pode ser correspondente a um conceito estreito de direito natural.

Não são equivalentes à eqüidade, porque esta é apenas uma qualidade que o preceito deve ter, e, segundo acrescenta o mesmo escritor, olhada por outro ângulo, a eqüidade deve considerar-se como um sentimento.

Assim, a aplicação do mesmo preceito só pode fazer-se a casos iguais; a casos desiguais não se pode aplicar o mesmo preceito.

Não há situações da vida real perfeitamente iguais, mas há pormenores, há circunstâncias diversas. Não há casos concretos precisamente iguais, e, por conseqüência, não devemos aplicar a norma abstracta, pura e simples, mas há que ter em conta as características que individualizam cada caso.

(1) Tôdas as doutrinas neojurisnaturalistas são concordes em afirmar a existência do Direito Natural embora discordem no processo que adotam e nas funções que lhe atribuem.

A doutrina do Direito Natural vem de longe, mas encontramo-la fortemente delineada nos escritores da idade média, em todos os teólogos e filósofos, e principalmente na Summa Theológica de S. Tomaz de Aquino, da qual disse Ihering (insuspeito, porque era protestante), depois de ter procurado estabelecer as concepções atinentes ao fundamento do direito: «já não teria escrito o meu livro se conhecera antes a sua obra» (Zweck im Recht, 2.ª edição, 1886, 161).

Por exemplo: um divórcio pode ser impugnado por adultério da mulher, por injúrias, por ausência, mas de cada vez que se requere um divórcio por adultério ou por injúrias, como há adultério e adultério, injúrias e injúrias, distinguem-se, não havendo na vida real concreta, casos perfeitamente iguais; eles distinguem-se pelas circunstâncias que os acompanham, e, evidentemente, não se lhes pode aplicar exactamente o mesmo preceito legal, surgindo então, a eqüidade que dá humanidade ao preceito legal.

A eqüidade é, pois, uma qualidade do preceito da lei positiva, sentimento de que o julgador tem que impregnar o preceito legal.

Portanto, quando houver vários preceitos concorrentes para o mesmo caso, devemos escolher o que der ao caso uma solução mais humana.

E, assim, estão a ver que, sendo esta a função da eqüidade, não pode regular os casos omissos da lei, porque a eqüidade não contém norma distinta da própria lei.

Depois, como êsse sentimento, a eqüidade, é muito subjectivo, não é de facilitar ao juíz para colmar as lacunas da lei, porque isso teria como conseqüência a outorga ao julgador dum instrumento de arbitrariedade.

Depois dêstes considerandos, Pacchioni conclue: — *A expressão «princípios fundamentais de direito», empregada no art.° 3.° do Código italiano não é equivalente à eqüidade.*

O ilustre escritor vai, assim, contra a opinião dos que procuram identificá-la com os princípios do direito natural, como Markovitch e Calamandrei in Archivio Giuridico, v.° 85, ano de 1921, etc.

São muitíssimas as definições de eqüidade e, até mesmo, entre aqueles que pertencem à mesma escola as opiniões divergem.

Vimos que o conteúdo de eqüidade não era o mesmo

do direito natural e que nem era de reconhecer como fonte subsidiária do Direito.

Presentemente, a eqüidade não tem um conceito preciso, uma função adequada.

Certos escritores eminentes como Bonnecase — «*La Nocion de Droit en France au XIX siècle*», pág. 21 — entendem que se torna necessário restituir à eqüidade o lugar de regra suprema de conduta que lograra em Roma, (1) não sendo a justiça senão a sua aplicação, a conformidade entre a eqüidade e as disposições do direito positivo.

Outros autores, também autorizados, afirmam que a eqüidade é um ramo cortado à grande árvore da justiça, um sentimento, uma espécie de sub-consciente moral. (Charmont, — «*La Renaissance du Droit Naturel*», pág. 183; Gény e Demogue).

Como vimos, porém, ao apresentar a doutrina de Pacchioni, sôbre o assunto, não é a eqüidade constituída por princípios ou normas jurídicas que se apliquem ou possam identificar com os princípios do direito natural.

---

(1) Foi em Roma que a eqüidade teve a sua idade de ouro; aí foi alcandorada a noção suprema, considerada como idea que orienta o juiz e o julgador.

A *aequitas* designa tudo que é conforme a certos princípios gerais, tudo que é conforme a certos princípios formais de conduta; é a base moral do direito, é a verdadeira regra moral de Direito Romano.

O direito positivo é apenas a *aequitas constituta*.

Confrontando esta noção com a de justiça, nós concluímos a função importante que lhe estava reservada. Justiça, em Roma, conforme a terminologia jurídica, importava o que era conforme ao Direito positivo.

Modestino qualificava a *aequitas* de *naturalis justitia*, que lhe correspondia no Direito Natural de Cicero, para a distinguir da *justitia civilis*.

A eqüidade, em Roma, segundo diz Markovicth, poderia, em linguagem moderna, ser chamada uma fonte real de direito positivo.

A eqüidade consiste numa qualidade inerente ás próprias normas, ou ás soluções encontradas para resolver certos casos, propriedade que resulta do facto de serem ou não conformes com um conceito superior de justiça, que se impõe mesmo que não esteja sancionado na lei positiva.

Portanto a eqüidade não se pode identificar com os princípios do direito natural. Quando muito será pela recta aplicação dos princípios do direito natural que surge a eqüidade de certas normas.

Vimos, pois, que a expressão «*princípios fundamentais de direito*», empregada no art.º 3.º do Código italiano não é equivalente à *eqüidade* e que esta não pode também ser identificada com os «*princípios do direito natural*».

O mesmo eminente escritor, Pacchioni, conclue, também, na sua obra, já citada: a expressão «*princípios fundamentais de direito*» não pode ser correspondente a um conceito estreito de direito natural.

Como já dissemos, a expressão «*princípios de direito natural*» que aparece no art. 16.º do nosso Código Civil, é, na opinião geralmente seguida pelos nossos jurisconsultos, correspondente a «*princípios fundamentais de direito*».

No Código italiano, porém, e segundo a opiuião de Pacchioni, as coisas passam-se ao contrário como acabamos de constatar.

O ilustre escritor começa por apresentar a concepção clássica de direiro natural, ainda hoje seguida na Itália por Del Vecchio (por ser de origem judaica êste professor, Del Vecchio, foi afastado do ensiuo), dizendo-nos que é um direito que corresponde à própria natureza humana sempre idêntica a si mesma, o qual, portanto, é constituído por princípios imutáveis, universais e absolutos.

Na verdade, ou nos colocamos no campo experimental a-fim-de criar um conceito de natureza humana, pela observação e estudo, e então adquirimos um conceito de natureza humana que, longe de ser imutável, é constantemente variável, longe de ser universal, é particular; ou nos colocamos no campo da abstracção e à margem da realidade e estamos sujeitos a invadir os limites da Metafísica.

Numa cadeira do 5.º ano que regi em 1934, concordei inteiramente com a idea de Pacchioni, hoje, porém, mais enfronhado nos princípios da Biologia humana mudei um pouco de opinião. Considero hoje a natureza humana quási imutável.

Pacchioni concluiu, pois, que os «*princípios fundamentais de direito*» não equivalem à eqüidade, nem correspondem ao direito natural conforme a dontrina clássica.

Não é êste, porém, o único conceito de direito natural. O neojurisnaturalista Stammler (1) considera direito natural o direito que está em correspondência com a Justiça.

Para êle, tôda a investigação a respeito do direito só pode ter um objecto — estabelecer um *método formal universalmente válido capaz de determinar quando a substância necessàriamente mutável do direito, històricamente condicionado, recebe a propriedade de ser objectivamente justo.*

Êste eminente neojurisnaturalista diz-nos que o direito é justo quando as suas normas, por razão do seu conteúdo, estão conformes com o pensamento universal da sociedade

(1) Stammler é um dos juristas e filósofos do direito de maior renome, visivelmente impregnado do kantismo, de evolucionismo e relativismo. Rejeita, por um lado, o positivismo jurídico, pois que tal sistema é impotente para nos fornecer um conceito de direito universalmente válido, e, por outro lado, um direito natural, porque julgou absurdo pretender estatuir-se, acima do direito positivo válido, um código de conteúdo imutável. E repugna-lhe a existência do direito natural, porque o conteúdo do direito resulta da cooperação humana dirigida para a satisfação das necessidades colectivas. Ora, o que respeita à existência das necessidades humanas e à forma da sua satisfação, está sujeito a mudança permanente, pelo que «não existe preceito algum jurídico que, por razão do seu conteúdo, possa estabelecer-se duma maneira absoluta».

humana ou com o ideal social. Quere dizer, o direito é justo quando proporciona uma ordenação ou modelação regular da vida social.

Mas, como a substância da regulamentação social se realiza por modos diversos, através dos tempos, pode dizer-se que Stammler admite um direito natural imutável quanto à forma mas variável no seu fundo.

Resumindo, a filosofia do direito para Stammler tem por objecto a investigação dum critério atinente a determinar a justiça duma norma de direito. Êsse critério reside na conformidade da regra com o ideal social, que prosseguem todos os homens quando, esquecendo o seu interêsse próprio, cada qual, solidàriamente com os restantes, procura o bem comum na luta conjunta pela vida.

Portanto, para Stammler, os princípios de direito natural são princípios que, em cada época, coïncidem com a Justiça, com a noção absoluta de Justiça, sendo, assim, princípios que mudam conforme a noção de Justiça, mudam conforme a intuição que em cada época se tem de Justiça. A minha opinião não está ainda bem formada. Eu, por um lado, considero a natureza humana quási imutável, conforme a considerava a história naturalista clássica. Por outro lado, admito, também, a noção de Justiça de Stammler. Hesito, pois, entre a escola clássica do naturalismo e a escola de Stammler. Mas, na verdade, inclino-me mais para a noção de Justiça de Stammler; e, sem chegar à tal imutabilidade da natureza humana compreendo, por outro lado, que a intuição, que em cada época a natureza humana tem de Justiça, faça com que os princípios de Direito natural sejam diversos de época para época. Mas, Pacchioni, indica-nos também, uma escola de Direito natural *neojurisnaturalista, que faz corresponder os princípios de direito natural aos princípios, ao direito, que derivam da própria natureza das coisas.*

Também podemos admitir essa escola. E' um pouco

dogmática, envolve um conceito pouco tangível, tão fugitivo que um escritor italiano chegou a afirmar que este modo de dizer é uma expressão eliptica, que não podemos chegar a um conceito compreensível de direito natural correspondente à natureza das coisas sem atendermos, afinal, ao ambiente social do momento, conforme as conclusões da jurisprudência de cada época.

Mas, o que é certo é que os princípios do direito natural são os princípios ou as directrizes indicadas pelos elementos geradores de direito. São princípios derivados das circustâncias da natureza das coisas.

Se nos vincularmos, porém, a esta noção de *direito que deriva da própria natureza das coisas*, chegaremos à conclusão de que êste direito natural é variável de época para época e idêntico à própria Ciência do Direito que nos revela, em cada momento, qual é o direito que deriva da própria natureza das coisas, ou *conforme as circunstâncias do caso* (das coisas), conforme dispõe o nosso art.º 16.º e verificaremos que êsse princípio de direito natural coïncide com aquele que nós chamamos *tacitus consensus longa consuetudine inveteratus.*

Segundo êste comentário de Pacchioni, vem a ser o próprio costume gerado pela Ciência do Direito o que nós encontramos como constituindo os tais princípios fundamentais de direito a que faz referência o art.º 3.º do Código Civil italiano antigo.

O problema, à face da lei portuguesa, é quási o mesmo, porque a esta expressão *princípios de direito natural* ou fazemos corresponder esta outra — *princípios fundamentais de direito* — ou a interpretamos no seu significado e acepção gramatical.

Na primeira hipótese, caímos na letra do art.º 3.º do antigo Código Civil italiano e, assim, o raciocínio que acabamos de fazer, acompanhando Pacchioni, é absolutamente ajustado ao nosso preceito.

Não pode ser a eqüidade, não pode ser o direito natural, na sua concepção clássica, mas pode ser, como vimos, o direito natural, na concepção de Stammler ou no conceito de direito conforme à própria natureza das coisas.

Contudo, como êste direito natural só pode ser revelado pela Ciência do Direito, e os princípios da Ciência do Direito, quando se traduzem na prática de actos repetidos acompanhados da «*opinio necessitatis*», nada mais são do que o costume, acabaremos por *fazer corresponder os princípios de direito natural ao costume.*

Na segunda hipótese, interpretando à letra a expressão — «princípios de direito natural conforme as circunstâncias do caso», — também nos poderá servir a demonstração de Pacchioni, na parte que diz respeito à correspondência do direito natural com o costume.

De modo que, quaisquer que sejam as hipóteses de que partamos, quer nos coloquemos em presença do art.º 3.º do antigo Código Civil italiano, quer do art.º 16.º do nosso Código Civil, podemos lògicamente chegar a esta conclusão: — *por estas expressões, nós verificamos que, subsidiàriamente, para o preechimento das lacunas da nossa ordem legislativa. o nosso direito admite o costume, o costume consagrado pela jurisprudência que lhe deu origem por virtude da prática repetida de certos actos, acompanhados da «opinio necessitatis».*

O povo habitua-se a normas nas circunstâncias em que vive. O homem pratica essas normas longamente, com a convicção de que é obrigado a essa prática. Temos, assim, os princípios fundamentais do direito conformes com o costume.

Segundo a interpretação que acabamos de dar do art.º 16.º, as questões, os conflitos são resolvidos pela lei, pelo espírito da lei, pelos casos análogos, prevenidos em outras leis. Na falta de idea legal, de lei, são, então, resolvidos

pelos princípios de direito natural conforme as circunstâncias do caso, quere dizer conforme o costume.

E, assim, concluímos que o costume, segundo a interpretação dada a êste artigo, é uma fonte formal de Direito. E chegamos, dêste modo, à demonstração da tese que, àlém da lei, o costume é fonte formal de Direito.

Mas temos, então, um costume que é fonte formal de Direito, um costume que supre as faltas do Direito, costume «*praeter legem*» que preenche as lacunas da lei.

Só quando o costume é necessário para colmar as lacunas da lei é que o art.º 16.º o adopta, não admitindo, portanto, êste artigo o costume *contra legem.*

Só admite costume quando é preciso colmar as deficiências da lei.

Podemos, assim, sintetisar as respostas relativas à solução do problema que de início apresentámos e que deu margem a tôda esta exposição, o qual consiste em saber se o nosso Código Civil admite o costume como fonte de direito, do modo seguinte:

1.º—*O nosso Código Civil admite o costume como fonte de direito.*

2.º—*Admite-o, subsidiàriamente, para colmas as lacunas da lei;*

3.º—*Admite o costume «praeter legem», porque só êste tem o papel de suprir as deficências do sistema legislativo;*

4.º—*Não admite o sistema «contra legem», já porque êle é proïbido pelo art.º 9.º, já porque êste ultrapassaria a função que ao costume atribui o art.º 16.º, a qual é a de colmar as lacunas da lei, se lhe fôsse concedido também derrogar a própria lei.*

Surge agora outra questão — a de saber se, apenas, a lei e o costume são fontes formais de direito.

Como já dissemos, (1) há várias opiniões, perfilhando nós a de Gény e Bonnecase — *apenas a lei e o costume são fontes de direito* — e que é a única admitida no art.º 16.º do nosso Código Civil.

Mas há, na verdade, noções, algumas instituïções que se confundem com o direito. E' muito freqüente confundir-se o costume com o *uso convencional* e, dessa confusão resultam opiniões menos exactas no campo da doutrina.

Assim, a afirmação de que o costume é fonte mediata, isto é, que só se aplica quando a lei o manda aplicar, é evidentemente um corolário da tese que confunde o costume com o uso convencional.

A propósito de várias disposições aqui citadas, dissemos que o costume a que nelas se fazia referência, não era o costume no seu sentido técnico jurídico, não era o «*tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus*» o costume acompanhado do «*opinio necessitatis*».

Mas, vejamos, detalhadamente, os limites existentes entre costume e usos convencionais.

No art.º 684.º do Código Civil, ao fazer-se referência a uso e costume, repetem-se duas palavras que traduzem o mesmo conceito.

Diz êste artigo: — «*É nulo o contrato sempre que dos seus termos, natureza e circunstâncias, ou do uso, costume ou lei, se não possa depreender qual fôsse a intenção ou vontade dos contraentes, sôbre o objecto principal do mesmo contrato*».

Os termos, uso e costume, aqui empregados, significam o tal uso convencional. O uso a que se refere o art.º 684.º do nosso Código Civil é uma prática geral ou particular que os contraentes costumam introduzir no conteúdo dos negócios jurídicos que realizam.

Segundo se depreende, êste uso convencional figura

(1) Pág. 41.

nas convenções como elemento tácito da vontade das próprias partes.

Êste uso convencional cria situações jurídicas subjectivas e não regras de direito.

O artigo 648.º, canon da interpretação dos contratos, diz-nos que podemos servir-nos do costume para ver quais os efeitos ou obrigações resultantes do contrato. Antepõe, mesmo, o costume, à lei, considerados uma e outra como elementos de interpretação do objecto dos actos jurídicos.

Mas, é necessário não confundir o costume que é elemento de interpretação dos contratos com o costume que é fonte formal de direito.

O costume de que nos temos ocupado, dizendo-o fonte formal de direito, é um elemento gerador de regras perceptivas de direito.

Poderá, porém, objectar-se: — nós afirmámos que o costume, como fonte de direitto, não derroga leis. Defendemos a tese, que aliás, como vimos, não é pacífica, de que o costume «*contra legem*» não é admissível à face do nosso direito. Nestas condições, o costume, para nós, tem uma função supletiva da lei, e êste uso convencional, esta fórmula mais ou menos geral que as partes tàcitamente fazem entrar no conteúdo dos contratos, também desempenha a função de lei subpectiva, isto é, que supre a vontade das partes.

Faz-se um contrato de certa maneira, com certas cláusulas, numa região, e todos os contratos idênticos que se lá fizerem, têm essas cláusulas, que fazem parte do conteúdo do contrato.

E' isto que se chama o uso convencional.

Poderá, ainda, dizer-se: — se não existisse êsse uso convencional, na hipótese dos contraentes não estipularem certas cláusulas, tínhamos de ir procurá-las à lei supletiva dos contratos.

Ora, o uso convencional tem essa função; faz que o

contrato tenha certos efeitos, desempenhando, assim, o papel de lei supletiva.

Mas, não é bem assim; entre o uso convencional, segundo o nosso conceito, e o costume entendido como nós o entendemos, há esta grande diferença: — *o uso só por fôrça da vontade, só por fôrça da autonomia da vontade que é fundamental em matéria de obrigações, tàcitamente se admite no conteúdo dos contratos.*

O costume, pelo contrário, *por si só impõe-se ao próprio contrato.*

Ora, são desta natureza muitos dos usos a que se referem algumas disposições do nosso Código Civil, assim como são desta natureza os usos com que a cada passo topamos em matéria comercial, designadamente os usos da Bolsa, os usos em matéria de transportes, de arrendamentos e de contratos de trabalho.

Vou dar-lhes um exemplo já citado num livro meu (1). Por êle veremos como os usos geram os costumes.

«Dominado pelo coração e sob a influência dum sentimento generoso e humanitário, Sauzet, em França, e Sainctelette, na Bélgica, a-fim-de conseguirem para o operário uma situação mais favorável, do que aquela que criava a aplicação do direito comum, começaram a sustentar que o contrato de prestação de serviços continha uma cláusula tácita de obrigação de segurança. De maneira que, o operário sinistrado no serviço não tinha que preocupar-se com a produção da culpa do patrão. Ao invés, êste é que, para evitar a responsabilidade emergente do sinistro, tinha de provar que executara a sua obrigação, que fizera tudo o que podia e devia fazer para evitar o desastre e que êste era atribuível a um caso de fôrça maior.

A doutrina dêstes escritores não logrou convencimento, mas ocasionou uma campanha humanitária a favor da sorte

(1) Da Responsabilidade Contratual, Pág. 403 e 404.

dos operários, a qual preparou as leis sôbre acidentes de trabalho, que em todos os países foram promulgadas.

Êste sistema doutrinário conseguiu, no entanto, adeptos, que, alguns anos depois, impressionados com a freqüência de desastres ocorridos na indústria de transportes de pessoas, levantaram novamente a tese.

O processo, que estes seguiram, foi o mesmo. Repetiram a afirmação de que, no contrato de transportes de pessoas à semelhança do que se dá no contrato de transporte de mercadorias, existe uma cláusula tácita de segurança, segundo a qual, servindo-nos das expressões dum aresto da Cour de Cassation francesa, o transportador tem a obrigação de conduzir o viajante são e salvo ao destino; a entrega dum bilhete ao viajante importa, por si mesma, sem que haja necessidade duma estipulação expressa, a obrigação para o transportador, (no caso sub-judice era uma companhia de caminhos de ferro) de levar o viajante livre de perigo, ao ponto em que termina a viagem.

A jurisprudência francesa, assim como a italiana e a belga, por fôrça das constantes repetições da doutrina, que é mais generosa do que sábia, deixaram convencer-se.

Alea jacta est. Passado que foi o Rubicão da relutância que até ali manifestavam os tribunais, pela doutrina da cláusula de segurança, foi um *autem genuit* interminável de novas aplicações da sedutora doutrina».

Pela passagem citada, vêem os senhores que se acabou por criar um uso convencional, segundo o qual, todo o contrato de trabalho tinha sub-entendido, no seu conteúdo, a clausula de segurança.

A segunda parte da campanha foi mais fácil. Tôdas as legislações e, até mesmo, entre nós o Código Comercial, art.° 283.°, inseriam disposições relativas à responsabilidade do transportador pelas perdas e danos que as mercadorias transportadas sofressem.

No transporte de pessoas, contudo, não existia seme-

lhante cláusula; porisso, não admira, dado êsse precedente, que a segunda parte da campanha tivesse mais êxito e que, em breve, a jurisprudência francesa admitisse o princípio de que em todos os contratos de transporte de pessoas, está sempre incluída, embora não tenha sido expressa, a cláusula de segurança.

A jurisprudência e a doutrina criaram, primeiramente, o uso convencional, segundo o qual a estipulação da responsabilidade do transportador ficou fazendo parte do conteúdo dos contratos de transporte. Depois, êste uso, geralmente seguido e aceite como obrigatório, estabeleceu a regra costumeira, segundo a qual a responsabilidade do transportador é elemento específico do contrato.

O mesmo se aplicou, também, a outros contratos: — contratos, por exemplo, que as empresas teatrais fazem com os seus artistas; contratos de albergaria ou pousada; contratos de prestação de serviços de ensino e educação; etc.

De maneira que, temos, neste exemplo, um uso convencional, que, pela fôrça da repetição e devido à aplicação da jurisprudência, passou a ser um costume.

E, assim, ficamos nós a saber que, se é certo que o uso convencional é uma figura distinta do costume, é igualmente certo que o uso convencional gera, muitas vezes, o próprio costume.

O uso convencional supre, como já se disse, a norma supletiva, (há normas supletivas e imperativas, como veremos em breve) quando preenche o contrato, quando faz parte do conteúdo do contrato.

Mas, uma característica importante do costume é a de que *êste, tomado na sua acepção técnico-jurídica, não precisa de ser alegado pelas partes, ao passo que os usos convencionais precisam de ser alegados e provados pelas partes.*

Na verdade, em qualquer acção não precisamos de alegar o direito, é necessário apenas, alegar os factos segundo o prolóquio — *Da mihi factum, dabo tibi jus.*

O costume é, também, uma *quaestio juris* e, porisso, não precisa de ser alegado.

O uso convencional é um facto, é uma *quaestio facti* e, portanto, precisa de ser alegado.

Há ainda uma outra nota diferencial muito importante entre o costume e o uso convencional: — *o costume impõe-se a todos ainda mesmo que o não conheçam; o uso convencional precisa de ser conhecido das partes, para ser integrado no conteúdo dos contratos.*

Assim como a ignorância da lei, a que faz referência o art.º 9.º do nosso Código Civil, a ninguém aproveita, também, a ninguém aproveita a ignorância do costume.

Como não é fácil provar e estado dos conhecimentos de cada indivíduo, está a ver-se a difícil incerteza e fundadas dúvidas que surgiriam no espírito do julgador.

Já assim não sucede quanto aos factos.

Pode admitir-se a alegação do seu desconhecimento. Ora, os usos convencionais são «*quaestiones facti*» e, portanto, admite-se a alegação do conhecimento deles.

Mas, àlém das duas, já citadas, há ainda uma terceira característica diferencial, cujo conhecimento é muito importante e necessário para quem se destina à advocacia. E' a seguinte:

«*Segundo a organização judiciária da maioria dos países europeus, existe um tribunal superior que só conhece das questões de direito. Entre nós êsse tribunal é o Supremo Tribunal de Justiça; em França, Bélgica, Suíça, etc., é o tribunal de Cassação.*

As questões de facto são relegadas aos tribunais de instância, (julgados municipais, juízes de direito e relações) não se podendo recorrer para o supremo tribunal de justiça, para que êste conheça dos factos que constituem as circunstâncias em que se basela o pedido, mas só para que decida questões de direito».

Ora, estão os senhores a ver, *porque o costume é uma*

«quaestio juris», *pode recorrer-se para o Supremo Tribunal de Justiça com o fundamento de que os tribunais de instância julgaram contra a regra costumeira.*

Pela mesma razão, *não se pode recorrer para o Supremo Tribunal de Justiça com o fundamento de violação dos usos convencionais.*

Ainda a título de curiosidade, não quero terminar êste assunto sem lhes apresentar, também, uma nota diferencial entre os usos convencionais e os costumes e que é apresentada por Gény.

Segundo êste ilustre escritor, o costume derroga as leis, revoga-as, ao passo que os usos convencionais não têm êsse poder, não têm essa fôrça revogatória da lei.

Ora, para nós, que aceitamos a tese de que não é admissível o costume *contra legem* à face do nosso direito, não é necessária esta nota de diferenciação apresentada por Gény.

Devemos, contudo, estár atentos, porque, até mesmo entre nós, a doutrina confunde, muitas vezes, o costume com os usos convencionais.

a) — . . . . . .
b) — . . . . . .
c) — . . . . . .
d) — . . . . . .
e) — . . . . . .
f) — . . . . . .
g) — . . . . . .
h) — . . . . . .

i) — **Nem a jurisprudência nem a doutrina nem a tradição são fontes formais de direito.**

—Conceito de autoridade e sua distinção do costume e da tradição.

—Entre a tradição e a autoridade a única característica diferencial é a idade; a autoridade velha, venerada através dos anos, nimbada pela «patine» dos séculos, chama-se tradição.

—Em 1926, pelo Dec. n.° 1.353 surge uma anomalia em a nossa legislação — os Assentos do Supremo Tribunal de Justiça—consagrada, também, no Art.° 763.° do actual Código do Processo Civil.

Estávamos na demonstração de que o uso convencional não é fonte formal de Direito. Tinhamos visto a diferenciação entre uso convencional e costume, e notado que essa diferenciação vem dum ponto de vista principal, dum teorema de que os pontos de diferenciação são corolários:

o costume é uma *quaestio juris* ao passo que o uso é uma *quaestio facti*.

Modernamente, há quem pense que o uso convencional é também uma fonte formal de Direito, e essa afirmação deriva de duas conclusões.

A primeira, deriva da confusão que os oponentes têm ao verem que o Juiz resolve certas questões sem ser pela aplicação da lei. Se êle as resolve sem aplicar as leis, concluem que na verdade os usos são fonte formal de Direito.

A outra conclusão deriva de não distinguirem bem entre uso e costume.

Pode ainda aparecer uma terceira conclusão, que deriva do misticismo corporativo. Na verdade, estamos numa época de misticismo corporativo, por exemplo, o fenómeno dos sindicatos dos operários, como foi reconhecido pelo falecido professor da Faculdade de Lyon, Lambert.

Lambert pretendeu descobrir um Direito Corporativo que corra parelhas com o Direito Legislativo, um direito que dê vias novas, que dê métodos novos, um Direito em que tenha influência principal a codificação dos usos convencionais, por meio dos quais os órgãos jurisdicionais do Direito Corporativo regulem os conflitos.

Mas, o que é certo, é que tudo isso são confusões, e é igualmente certo que não compreendo o Direito Corporativo à maneira de Lambert — que se oponha ao Direito Legislativo — e não o compreendo em nome do Estado.

Por conseqüência, os usos convencionais não são fontes formais de Direito.

Mas, serão a *Doutrina*, a *Jurisprudência* e a *Tradição* fontes formais do Direito?

Vimos já que não.

Vamos ver, agora, qual o conceito de Doutrina, de Jurisprudência e de Tradição, e o que deve entender se por Autoridade.

A *Doutrina* é o estado actual de Direito que se revela

ou que se traduz na opinião de entidades de reconhecida competência na literatura jurídica.

A *Jurisprudência* é o estudo do Direito traduzido através as decisões dos tribunais.

Por vezes, emprega-se êste têrmo, jurisprudência, para englobar não só a doutrina, mas ainda as decisões dos tribunais. Quando designa, porém, as decisões dos tribunais chama-se jurisprudência prática.

A *Autoridade*, de que tanto se fala na Escola de Exegese, é a fôrça emprestada a uma resolução jurídica, por virtude do alvitre de conformidade com essa resolução dado por entidades de reconhecida competência, ou por virtude de outras decisões jurídicas conformes.

E, assim, a autoridade pode porvir ou dum alvitre de conformidade de entidades particulares de reconhecida competência, e então tem a designação de *doutrina*, ou pode porvir de outras decisões jurídicas conformes, tendo, neste caso, o nome de *jurisprudência*.

A *Tradição* encontra-se na autoridade nimbada pelo *cachet* dos séculos, aureolada pela *patine* dos tempos.

Mas, em qualquer destas espécies — doutrina, jurisprudência e tradição — a autoridade distingue-se perfeitamente do costume.

O costume é o uso do povo que é acompanhado duma convicção de direito, da chamada «*opinio juris*», ao passo que a autoridade é o alvitre de certas entidades competentes consentâneo a determinada resolução.

Enquanto que a autoridade não é acompanhada da «*opinio juris*», o costume é imposto pela convicção da obrigatoriedade.

Apresentados os conceitos de costume e de autoridade e analizadas as suas características diferenciais, verificamos que ao contrário do costume que é fonte formal de direito, a autoridade não o é.

Antes, porém, de irmos adiante, vamos distinguir bem o que seja a doutrina e a jurisprudência prática.

A doutrina nunca foi considerada fonte formal de Direito. E' certo que se lerem uma decisão dos juízes, uma sentença, podem ver que o juíz se guiou pela autoridade, podendo derivar a confusão de se concluir que uma doutrina é fonte formal de Direito. Não é assim. Essa decisão, provida de citações, simplesmente revela que o juiz quis acompanhar na opinião de escritores de Direito.

Apesar, porém, da opinião dêsses escritores, o juíz não foi coagido a decidir pela autoridade dos escritores que citou, de onde se deduz que essa autoridade, essa opinião não significa comando de direito, não significa imperativo, não é fonte formal de direito.

E o que dizemos a respeito da doutrina de hoje, podemos, igualmente, afirmar da doutrina de antanho, aquela que é aureolada pela *patine* dos séculos.

Nunca, no Direito Português, pôde ser considerada como fonte formal de Direito.

Em tôdas as épocas, o juiz pôde decidir contra a doutrina de qualquer escritor o mais célebre, o mais afamado, e, na História do Direito, saíndo da História do Direito Português, nós temos de recuar muito, para encontrar a opinião dos autores, a doutrina como fonte formal de Direito.

No direito antigo, a autoridade foi, de facto, fonte formal de Direito. No Direito Romano, como sabem, não só havia jurisconsultos que tinham o «*jus respondendi*» o «*jus publice respondendi ex autoritate principis*», criação de Augusto, (1) isto é, havia um certo número de jurisconsultos, cujas respostas às consultas que lhes faziam obrigavam os tribunais; mas havia, também, os «*edicta*» os «*mandata*», os «*decreta*» e os «*rescripta*», que se podem abranger sob a designação genérica de *constituïções imperiais* e que tôdas eram ou se convertiam em fontes de direito. (1)

(1) L. 2, § 49 (47), D., de orig. jur., 1,2 -. Primus Divus Augustus, ut major juris auctoritas haberetur, constituit ut ex auctoritate ejus responderent...

Os «*edicta*» eram fontes de direito, porque continham regras, feitas pelo imperador, regras impostas a todo o Império e durante tôda a vida do imperapor.

Os «*decreta*», porém, eram sentenças preferidas pelo imperador nos processos submetidos ao seu julgamento.

Os «*rescripta*» eram respostas dadas pelo imperador aos magistrados ou aos particulares, sôbre pontos de direito que lhe eram apresentados.

Os «*mandata*» eram, por sua vez, ordens de serviço dadas pelo imperador aos seus funcionários.

Parece que, sendo os *Decreta* decisões que os príncipes tomavam nos casos concretos que eram levados à sua presença, para êles resolverem, e sendo os *mandata* ordens de carácter administrativo, dadas pelo príncipe aos seus funcionários, e sendo os *escripta* consultas autorizadas com o nome do imperador, não continham regras gerais e impessoais para serem fontes de Direito.

Acontecia, contudo, que estas resoluções relativas a casos particulares eram depois generalizadas aos casos semelhantes, mercê da autoridade donde emanavam e, assim, convertiam-se em regras de Direito.

Antes da Codificação a autoridade, no seu duplo as-

(1) Gaius, I, § 5: Constitutio principis est quod imperator decreto vel edicto vel epistola constituit; nec unquam dubitatum est quin id legis vicem obtineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat.

Upiano, L. 1, pr., D., de constitut., I, 4: Quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum lege regia quae de imperio ejus lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat.—Cf. Pomponio, L. 2, § 11, D., de orig. jur., I, 2.

pecto de doutrina e de jurisprudência, era aceite pelos tribunais. Depois da codificação deixou de o ser.

Pode, na verdade, a autoridade, pelas espécies jurisprudenciais determinar um uso que, com o decorrer do tempo, seja acompanhado de «*opinio juris*».

A' fôrça de muitas decisões, no mesmo sentido, pode acontecer que, com o decorrer dos tempos, se estabeleça a convição de que essas decisões representam aplicações dum uso obrigatório.

Mas, como se vê, não é a autoridade que é fonte de direito, é o costume, porque, neste caso, a autoridade é apenas uma fonte geradora do costume, um farol que deve orientar o interprete na aplicação das leis, iluminando-lhe o caminho, não para o obrigar a seguir por determinada rota, mas, apenas, para que o interprete considere êsse facho como um clarão orientador do caminho que pode trilhar, mas por onde pode deixar de seguir. (1)

E' esta a função que lhe atribue Geny, ao dizer: — *A autoridade e a tradição não constituem uma fonte formal, independente e «sui generis», do direito privado positivo. Podem, é certo, preparar a lei escrita, inspirando as suas disposições e, principalmente, contribuir para a criação do costume, servindo de base, entre os interessados, aos usos apoiados num sentimento jurídico. Em si mesmas, a autoridade e a tradição são apenas fachos que iluminam o caminho do interprete, sem lhe imporem uma direcção e, também, devem ser consideradas como precedentes que auxiliam a razão do interprete, sem lhe tirarem a livre autoridade de interpretar.*

As tradições antigas, relativas a matérias englobadas nas codificações, representam, apenas, um valor moral. As autoridades recentes ou relativas a matérias não compreendidas nas codificações têm uma fôrça mais positiva e podem até ditar soluções, considerando-se complemento necessário do direito novo, à falta de outra razão superior».

Para o efeito da distinção que agora vou fazer, considero como tradição a doutrina e a jurisprudência prática, anteriores ao Código Civil.

Na verdade, o mais alto marco, que separa a nossa época legislativa da passada, é a codificação.

É a autoridade anterior ao Código Civil que chamo aqui, a tradição.

A razão de irmos buscar tão perto de nós a tradição é simples. As codificações estabeleceram uma outra base legal, de modo que se tornou caduca a opinião dos doutores que ensinaram antes.

Bastou, pois, o pó de três quartos de século para dar côr de tradição à doutrina dos nossos escritores anteriores ao Código Civil.

A autoridade consiste num alvitre sôbre a solução dos problemas empíricos, uniformemente ou suficientemente apoiado, ou na decisão dada pelos tribunais, ou na doutrina constante.

Nesta expressão «autoridade», repetimos, englobamos quer as soluções dadas aos casos concretos pela doutrina, quer pela jurisprudência.

Vamos ver agora se a tradição, considerada nos termos expostos pode ser fonte de direito, para, em seguida, vermos se ela tem ou não notas características que a diferenciem do costume.

(1) Depois de Bacon e de Descartes, a autoridade ou o argumento de autoridade deixou de ser, por si só, para a Ciência Jurídica, assim como para tôdas as outras ciências, um argumento categórico.

O «*magister dixit*» deixou de ser um argumento.

Hoje, o argumento de que «*é a doutrina duma autoridade, duma competência*», ainda que êle seja do mais competente dos mestres é, apenas um argumento que se pode aumentar à fôrça de convicção dos outros, mas que não é decisivo.

Acima do argumento de autoridade ficam, por mais categorisado que seja o mestre, os argumentos da experiência e da lógica.

A autoridade não tem nem nunca teve, mesmo no tempo anterior à codificação, fôrça de lei.

Evidentemente que, antes das codificações, nos países em que se seguia o regime das leis extravagantes, a opinião dos doutores teve uma influência enorme; mas, nem assim, por maior que fôsse o seu prestígio, obrigava a decidir conforme os seus ditames.

A autoridade não constituía, portanto, uma regra objectiva e geral e nunca foi, conseqüentemente, fonte formal de direito.

Não obstante, a autoridade, na época anterior às codificações, embora não fôsse fonte formal de direito, embora não constituísse um imperativo jurídico que coartasse a interpretação feita pelo juíz, tinha uma importância que não deve ser esquecida.

Mas, dir-se-à, se a tradição não tem fôrça obrigatória, para que interessa ao jurisperito estudar a História do Direito?

Já Portalis dizia que a História do Direito era a Física Experimental do Direito e da Legislação; a História do Direito é, pois, um campo de experiência e de observação.

E' pelo estudo da legislação antiga que nós podemos verificar a eficiência dos vários sistemas legislativos com que se tem procurado disciplinar as relações sociais. A História, dado o carácter objectivo que tem, alarga consideràvelmente os horizontes do legislador e do jurisconsulto.

Como se distingue a tradição do costume?

Distingue-se do costume, porque, enquanto êste consiste na prática constante e inveterada de actos acompanhada da «*opinio necessitatis*», a tradição não se manifesta por actos repetidos.

Também a tradição não é imposta pela «*opinio juris*».

E' a uniformidade de vistas em relação às soluções dos tribunais e à opinião dos doutores, que constitue, como

dissemos, a autoridade, que engloba a doutrina e a juris prudência.

Vejamos ainda se a jurisprudência prática pode ser fonte formal de direito e quais são as suas notas distintivas do costume.

Quanto a esta questão não é uniforme a doutrina.

Se há quem diga, como Gény, que a jurisprudência prática nunca pode ser fonte formal de direito, podendo apenas funcionar como fonte geradora do costume, sendo este fonte formal de direito, há, também, quem defenda, como Planiol, Lambert e Bartin, a opinião de que a jurisprudência é fonte formal de direito.

Gény diz que a jurisprudência não pode ser fonte formal de direito, porque é instável, pode atingir uniformidade num dado momento, mas é variável de época para época.

Pela sua falta de fixidez, a jurisprudência nunca pode ser fonte formal de direito, diz o mesmo eminente escritor. E acrescenta que não há a menor utilidade em considerar a jurisprudência como fonte formal de direito.

Esta consideração da utilidade é, também, apresentada pelos sequazes da doutrina oposta.

Um outro argumento de Gény, em defesa da sua doutrina, é de ordem constitucional e assenta no princípio da divisão dos poderes.

Se se desse ao poder judicial, cujas decisões constituem a jurisprudência, a faculdade de criar regras abstractas de direito conceder-se-lhe-ia, ipso facto, a função do poder legislativo.

Na sua argumentação, Gény concede que, em países como a Inglaterra e os Estados Unidos, a jurisprudência possa ser fonte formal de direito, porque, na verdade, a «*comum law*», — as decisões dos tribunais — não pode deixar de ser considerada como fonte formal de direito, com o carácter de regras objectivas que regulam as relações sociais.

Mas, se é assim na Inglaterra e nos Estados Unidos,

nos outros países em que há codificações, continuou Gény, a jurisprudência não deve ser tida como fonte formal de direito.

A afirmação de que a jurisprudência é fonte formal de direito resulta da confusão que se estabelece, freqüentemente, entre o poder dado ao juiz para criar regras do direito para os casos que lhe são presentes e não estão na subsumpção da lei e o poder de dar ao juiz a criação de regras abstractas de direito.

Na verdade, à face de certas legislações, o juiz tem o poder de criar regras de direito para os casos cuja solução lhe é pedida e que não estão contemplados no direito escrito.

Mas, êsse poder não é o de criar normas gerais. O juiz tem, neste caso, o chamado «*jus praetorium*» tomado na acepção que a esta expressão é dada pela doutrina, ou melhor, um «*jus praetorium*» semelhante ao do pretor do Direito Romano, (1) isto é, o direito de criar regras solucionadas dos casos que lhe são presentes e que não foram previstos pelo legislador.

Seguindo opinião oposta, Planiol diz que a jurisprudência é fonte de Direito, porque a caracteristica essencial das regras de direito é a coação.

---

(1) Papiniano, L. 7, § 1, D., de justit., I, 1:—Jus praetorium est quod praetores introduxerunt adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam. .

Eugéne Petit, Droit Romain, pág. 30:—Pode causar admiração que magistrados encarregados de aplicar a lei tivessem também o poder de apresentar um direito novo, o que parece contrario ao nosso princípio moderno da separação de poderes; princípio que era desconhecido, então, dos romanos, como de todos os povos antigos. Mas, o pretor não tinha o poder legislativo propriamente dito. Encarregado de prover aos interêsses gerais da justiça, êle tomava, em virtude do seu «imperium», tôdas as medidas que lhe pareciam próprias para assegurar uma bôa administração.

Esta pode ser estabelecida pelo Estado, por qualquer dos seus órgãos executivo ou judicial. Só o juiz, portanto, pode dar a uma regra de Direito, que não seja direito escrito, uma fôrça coactiva. O juiz dá à regra essa fôrça pela sentença.

E, assim, a jurisprudência pode aparecer como uma fôrça criadora de direito, uma verdadeira fonte de direito.

Bartin e Lambert opinam no mesmo sentido, embora com argumentos diversos.

Lambert sustenta a tese de que o costume moderno tem um conceito diverso do costume do direito romano e canónico.

O costume moderno, segundo Lambert, é criado pela jurisprudência. Esta tem a função de renovar o direito e de o adaptar às exigências do ambiente social de cada época. Tem, assim, a função de criar regras que se impoem coactivamente e que adquirem a característica de costume.

A sucessiva aplicação pelos tribunais de certas regras consagradas por soluções uniformes dêsses mesmos tribunais, atribui às regras aplicadas o carácter de costume.

Perante esta divergência de opiniões, que atitude devemos tomar?

Devemos negar à jurisprudência a fôrça de fonte formal de direito ou, pelo contrário, devemos considerá-la fonte de direito?

Entendo que a solução exacta consiste numa transigência estabelecida entre as duas opiniões.

Essa transigência faz-se considerando o costume como fonte formal do direito a par da própria lei, mas dando à jurisprudência o poder de converter uma certa regra, praticada durante muito tempo, em fonte formal de direito, em regra costumeira.

E' através da jurisprudência que a regra adquire obrigatoriedade ou aquele elemento chamado «*opinio necessitatis*».

Presentemente, pelo menos, parece ser assim; se qualquer prática, embora repetida muitas vezes e durante largo tempo, não for consagrada por um tribunal que a declare obrigatória, nunca assumirá o vulto de costume.

Dentro dêste ecletismo por nós proposto, a jurisprudência não será fonte formal de direito, mas é através da jurisprudência que a regra se torna obrigatória, adquire a qualidade de regra costumeira.

Vamos ver se, com um exemplo, conseguimos compreender o meu ecletismo.

Já lhes disse, na lição passada, que o uso convencional gera o costume, e citei lhes o exemplo do contrato de trabalho, que incluía a cláusula de garantia. Disse-lhes, então, que a opinião de Sauzet não foi aceite, não ganhou os ânimos, mas que, ainda assim, foi eficaz, porque determinou essas leis de acidentes de trabalho que apareceram em legislações, como, por exemplo, na nossa.

Os tribunais começaram a dizer que no contrato de transportes havia a cláusula de garantia,

Apareceu na França, Bélgica e Itália uma jurisprudência uniforme, e dentro dessa jurisprudência, hoje quem faz um contrato de transportes, quem chega ao «guichet» de uma estação dos caminhos de ferro, está convencido que a Companhia transportadora, ou outra entidade qualquer, se compromete a levá-lo a pôrto seguro.

Por sua vez, por virtude dessa decisão constante, uniforme, o transportador, ao vender o bilhete, vende-o convencido de que se obriga a levar pelo seguro a pessoa que lhe compra o bilhete. Conseqüentemente, cria um costume, acompanhado do elemento psicológico, com a convicção de que é obrigatório por via da jurisprudência. O mesmo diremos em relação à doutrina. A «*comunis opinio doctorum*» não pode ser considerada fonte formal de direito.

Tem, sem dúvida, uma fôrça moral grande; póde exercer influência maior ou menor na evolução do direito, conforme o prestígio dos autores, que a constituem, mas não constitue preceito a que os interpretes da lei devam obediência.

E' vulgar ver-se o juiz, nas suas decisões, citar a opinião dos doutores; mas, insistimos, essa citação não é mais do que uma documentação da opinião do juiz, que pretende valorisar a sua decisão com o parecer de jurisconsultos consagrados.

O juiz procura, apenas, alicerçar-se com aquele valor moral e doutrinal.

A doutrina tem ainda a virtude de, quando a autoridade dos doutrinários é grande, poder inclinar o juiz em certo sentido na apreciação do caso concreto que lhe é submetido.

Se há uma corrente doutrinária grande, o juiz pode, mesmo, dispensar-se de transcrever a opinião dos doutores em determinado sentido e resolver o caso que é submetido à sua apreciação segundo essa corrente doutrinária avassaladora.

Mas assentemos nisto: nem a opinião dos doutores corcta a liberdade do juiz em decidir em contrário, nem tem mais do que uma fôrça influente, não constituindo jàmais um imperativo.

Se relativamente à jurisprudência as opiniões se dividem, quanto à doutrina, ninguém ousa apresentá-la como fonte formal de direito.

A respeito da jurisprudência, embora a não aceite como fonte formal de direito, considero-a, contudo, como instrumento criador do costume.

E, assim, se não funciona como fonte formal de direito, funciona como instrumento criador de costume que, por sua vez, é fonte formal de direito.

Basta uma jurisprudência, quer judicial, quer extra-judicial, consistindo a primeira nas decisões dos tribunais e a segunda na prática de certos actos da vida jurídica

(como, por exemplo, o facto do notário praticar actos de certo modo), para que se possa criar um costume.

Na normalidade da vida jurídica, não é preciso recorrer aos tribunais, porque a estes só se recorre quando surge a desarmonia social.

Mas, se os tribunais julgarem, durante um certo tempo, uma certa espécie jurídica, da mesma forma, criam o costume.

Do mesmo modo, se os doutores sustentarem, na doutrina, a mesma solução para o mesmo caso, durante muito tempo, e sem discrepância, naturalmente esta opinião, assim formulada, poderá gerar a prática de actos conformes à doutrina; pois ninguém de bom senso e prudente irá praticar um acto contrário à opinião dos doutores, que foi consagrada pelos tribunais.

Aparece, dêste modo, uma prática uniforme e prolongada visto que tôda a gente procede da mesma maneira, por irem adquirindo a convicção de que só por meio daquela prática se podem conseguir determinados efeitos de direito.

Assim se geram os costumes por meio da jurisprudência e da doutrina.

Não é, pois, só a jurisprudência que gera costumes, também a doutrina, apoiada pelos tribunais, pode criar o costume.

Mas, qual será a distinção entre o costume e estas duas figuras — a jurisprudência e a doutrina?

O elemento material do costume é, como sabemos, a uniformidade do dever jurídico, resultante da prática constante e duradoira de certos actos sempre os mesmos.

Na jurisprudência também existe a uniformidade do dever jurídico, vindo não do povo, como a do costume, mas dos tribunais, dos órgãos que aplicam a justiça. Não devemos, contudo, esquecer que aquela uniformidade da aplicação da regra por parte dos tribunais pode gerar a uniformidade do dever jurídico por parte do povo.

Quanto ao elemento psicológico — a *coacção*, os tribunais estabelecem uma coacção, mas, para cada caso concreto e particular.

No costume há, não aquela coacção real e efectiva dada pelo tribunal ao caso que lhe é apresentado, mas a convicção da obrigatoriedade, aquilo que se chama, como sabem, a «*opinio necessitatis*».

E, assim, vêem que, enquanto o elemento psicológico do costume é a «*opinio necessitatis*», a respeito duma regra, o da jurisprudência é a coacção do tribunal apenas relativa ao caso sujeito a deliberação.

E qual a distinção entre a doutrina e o costume?

Quanto ao elemento material, a doutrina também pode ser uniforme e constante e ter uma prática prolongada. Mas, falta-lhe o elemento psicológico, que caracteriza o costume.

A minha tese é, portanto, esta: Nem a jurisprudência nem a doutrina são fontes formais do Direito. Há, porém, uma anomalia em a nossa legislação.

Pelo Decreto n.º 1353 criou-se entre nós um recurso da uniformização da jurisprudência. Por êste recurso, o Supremo Tribunal de Justica pode proferir em Pleno uma decisão que tenha a forma de Assento e que se impõe à obediência dos outros Tribunais.

Essa decisão, uma vez tomada em forma de Assento, obriga os outros tribunais e até o Supremo Tribunal de Justiça é obrigado a seguir o Assento. Apareceu êsse recurso em 22 de Setembro de 1926 e, hoje, existe no actual Código de Processo Civil na artigo n.º 763.º. Explicar-lhes-ei, agora, a anomalia dêste recurso, que, na verdade, só tem precedente muito recuado na História.

A anomalia consiste em que, na organização moderna dos Estados, há Poderes, há divisão de Poderes; há o poder Executivo, o poder Legislativo e o poder Judicial.

O poder legislativo, é o poder de fazer leis, e o Executivo, é o poder de fazer executar as leis. Ora, por êsse re-

curso de uniformização através dos Assentos, vemos confundidos os dois Poderes: o Legislativo e o Judicial. Quem faz leis, quem faz normas que se impõem à obediência dos cidadãos é o Poder Lesgislativo. Quem aplica as leis é o Judicial e quem as executa é o Poder Executivo. Mas, nesse Decreto, é o Poder Judicial que sai da sua esfera, para fazer normas de conduta que se impõem à obediência dos cidadãos.

Eu prefiro, talvez, o sistema francês.

Hoje, em França há *arrets de príncipes* e *arrets de espèces*. Nos *arrets de príncipes*, o Tribunal começa por fazer uma combinação; depois chega a uma solução prática que resolve o conflito como conseqüência dessa teoria. Nos *arrets de espèces*, o Tribunal só cuida de aplicar a lei ao que está sujeito à sua decisão. Os *arrets de príncipes*, porque são uma conclusão de uma teria desenvolvida, em regra, são acatados pelos outros Tribunais, mas estes podem deixar de acatá-los. Por conseqüência, não são fontes formais de Direito.

Mas, deixando essa teoria, nós concluiremos que a jurisprudência não é fonte formal de Direito, porque nos tribunais não faz norma de conduta, não se generalisa em princípios que se possam aplicar a decisões de outras causas semelhantes.

Voltando, porém, ao nosso assunto.

E' preciso terem bem presente que na nossa jurisprudência há a anomalia dos Assentos do Supremo Tribunal de Justiça. Por conseqüência, segundo nós, as fontes formais de Direitos são a Lei e o Costume. Mas, agora, uma advertência. Nós consideramos no nosso estudo as fontes formais de Direito no sentido técnico, porque essa expressão entende-se mais nêsse sentido. Há fontes *essendi* e fontes *cognoscendi*. Fontes *essendi* são os órgãos do Estado de onde derivam as normas de conduta impostas coactivamente aos cidadãos.

Fontes *cognoscendi* são os modos de formação do direito e, também, os órgãos que dão a conhecer o Direito. São, por exemplo, fontes de direito, o Poder Legislativo, a Assemblea Nacional que faz leis, o Poder Executivo que faz Decretos-Leis, o Governador Civil que faz Regulamentos, as Autarquias locais que fazem Regulamentos e Posturas. Mas, nesse sentido restrito em que nós empregamos a expressão fonte formal de direito, é «lato sensu», para significar os modos de formação e de revelação do direito, os modos porque o direito se forma e se revela e, então, dizemos que as fontes formais de direito são a Lei e o Costume.

Ainda há quem empregue a expressão «fonte de direito» para significar as circunstâncias que determinam a formação de uma regra de conduta.

Insisto. Empreguei a expressão fonte de direito para significar o modo de formação do direito, o modo como se revela o direito.

Há, também, quem distinga entre fonte imediata ou directa do direito e fonte mediata ou indirecta do direito.

Conforme o que lhes disse, as fontes imediatas ou directas do direito são a lei e o costume. As fontes indirectas ou mediatas do direito seriam, então, a jurisprudência, a doutrina e também os usos convencionais.

O direito revela-se por meio do costume e por meio de leis, mas o costume, como já dissemos, pode ser gerado pelos usos convencionais, pela jurisprudência e pela doutrina. Como sabem, a doutrina é a documentação do juíz que decide. Há doutrina uniforme e essa doutrina influencia juíz, o que decide conforme essa doutrina e, por sua vez, a jurisprudência gera a *opinio juris* do costume. Vemos, assim, que são fontes formais directas ou imediatas a lei e o costume, e que são fontes formais indirectas ou mediatas os usos convencionais, a doutrina e a jurisprudência.

6.º Das fontes do Direito (cont.)

j — **Da lei.**

- **Conceito científico e conceito legal da lei.**
- **Hierarquia da lei.**
- **Inconstitucionalidade das leis.**
- **Poder dos tribunais conhecerem da inconstitucionalidade das leis.**
- **Ilegalidade dos regulamentos e a faculdade dos tribunais conhecerem desta ilegalidade.**

Vamos hoje ocupar-nos da *lei*, das várias espécies de leis, que formam a hierarquia das leis.

Para a definição de lei há sempre um conceito científico e um conceito racional, sendo o primeiro o que resulta dos termos legais, sobretudo, os constitucionais, e o segundo o que decorre de uma noção científica de lei

Para nos determinarmos sôbre a hierarquia das leis, temos, antes de mais nada, que definir *lei* sob o conceito científico ou sob o conceito racional.

Para a definição de lei surgem várias doutrinas, de que se hão-de ocupar mais especialmente na cadeira de *Direito Constitucional*, mas, que, aqui, por razão lógica, não temos remédio senão abordar, ainda que ligeiramente.

As escolas que procuram definir *lei* são, umas, monistas—doutrina formalista e doutrina rousseauniana—e outras dualistas, isto é, doutrinas que dão dois conceitos de lei, e que vêm a ser a doutrina da generalidade e a doutrina da novidade.

Por conseqüência, temos quatro doutrinas: formalista, «rousseauniana», da generalidade e da novidade.

Para a doutrina formalista só é lei o diploma emanado do órgão legislativo. Em todos os países, há um órgão legislativo, que é, entre nós, a Assemblea Nacional, segundo a Constituïção de 1933.

Pois bem: as deliberações dêsse órgão legislativo deviam chamar-se *leis*, segundo a doutrina formalista.

Para a doutrina «rousseauniana» a lei é o diploma de carácter geral, quanto à sua origem e quanto ao seu conteúdo. Para haver lei é necessário que haja um diploma que emane da vontade geral, da vontade nacional, e que tenha um conteúdo também geral e impessoal.

Isto quanto às doutrinas monistas. Vejamos, agora, o que vem a ser lei para as doutrinas dualistas.

Para a doutrina da novidade há, também, leis formais e leis materiais, sendo leis formais os diplomas emanados do órgão legislativo, e leis materiais os diplomas que vêm alterar a esfera jurídica da personalidade.

Há diplomas gerais e impessoais que não são regras de direito, que não são leis, e, pelo contrário, há diplomas individuais e concretos que são leis, regras de direito. Tudo depende de o diploma alterar ou não a esfera jurídica das pessoas e do Estado, que pessoa jurídica é também.

Diz o art. 1.º do Código Civil:

«*Só o homem é susceptível de direitos e obrigações. Nisto consiste a sua capacidade jurídica ou a sua personalidade*».

De maneira que, todo o homem tem direitos e obrigações. Êsse somatório de direitos e obrigações constitui a sua esfera jurídica. Mas o homem é uma pessoa física. Há outras pessoas que têm susceptibilidade de direitos e obrigações, que têm esferas jurídicas e que não são pessoa física—são pessoas colectivas.

O Estado é uma pessoa colectiva constituída por um número de cidados; o concelho é uma pessoa colectiva constituída pelos munícipes; a freguesia é uma pessoa colectiva; a sociedade comercial é uma pessoa colectiva constituída pelos sócios.

Na verdade, tanto os indivíduos, ou pessoas físicas, como as pessoas colectivas têm todos um somatório de direitos e obrigações que constitui a sua esfera jurídica.

Pôsto isto, digamos: sob o ponto de vista da doutrina dualista da novidade, quando aparece um diploma que vem modificar a esfera jurídica das pessoas, êsse diploma é uma lei, êsse diploma inova direito. Mas, se um diploma, embora de carácter geral e impessoal, não altera a esfera jurídica dos cidadãos ou das pessoas colectivas, a pesar da sua generalidade e impersonalidade, êsse diploma não é uma lei. Só é lei o diploma que modifica a esfera jurídica dos cidadãos ou das pessoas colectivas.

Qual destas doutrinas se adoptou na nossa Constituïção?

Sou obrigado a confessar-lhes que, nesse ponto, como em muitos outros, a nossa Constituïção nem é formalista, nem adoptou de um modo absoluto a doutrina da generalidade da lei, nem chegou a adoptar inteiramente a doutrina da novidade.

Não adoptou a doutrina formalista, como se vê da disposição do art.º 91.º confrontada com a do art.º 99.º, § único.

Diz o n.º 1.º do art. 91.º da nossa actual Constituïção tratando da função legislativa da Assemblea Nacional, que a esta compete:—«*Fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las*».

E o § único do art.º 99.º dispõe:

«*São promulgadas como resoluções:*

a) *As ratificações dos decretos-leis expedidos nos casos de urgência e necessidade pública;*»

Raciocinemos. Segundo a doutrina formalista, todo o diploma que emana do orgão legislativo é uma lei. O orgão legislativo, segundo a nossa Constituïção, é a Assemblea Nacional. Por conseqüência, se a Constituïção adoptasse a doutrina formalista, todo o diploma que saísse da Assemblea Nacional havia de ser uma lei. Mas, confrontando o art. 91.º, com o § único do art. 99.º, vê-se que da Assemblea Nacional saiem leis e resoluções. Portanto a nossa Constituïção não adoptou a doutrina formalista.

Mas, se lermos mais artigos da Constituïção, verificamos que, por vezes, ela chama *leis*, não só aos diplomas emanados da Assemblea Nacional, mas também aos regulamentos, às posturas, aos diplomas de carácter geral e impessoal. Mas, nem por isso ela adoptou inteiramente a doutrina da generalidade. E, segundo o art. 14.º, pode parecer que ela adoptou a doutrina da novidade.

Em suma: segundo me parece, a nossa Constituïção não teve um critério firme na definição de lei.

Também na doutrina não encontramos opinião assente.

Para Duguit, por exemplo, o regulamento é uma lei material, porque contém disposições gerais e impessoais. Mas para Berthélemy e para Hauriou o regulamento distingue-se da lei: a lei é a declaração da vontade da autoridade administrativa com poder governamental.

Em conclusão, nós fizemos estas considerações para ver quais são os membros da hierarquia de leis. Já verificámos que não há opinião assente; que a nossa Constituïção não seguiu uma teoria só a respeito do conceito de Lei; todavia, é certo que para a nossa Constituïção os membros da hierarquia são: lei constitucional, lei ordinária, decreto-lei, regulamento geral, regulamento do governador civil, regulamento e

postura da câmara municipal e postura da junta de frèguesia.

Os diplomas que saem da Assemblea Nacional podem ser leis — di-lo o art.º 91.º. O Govêrno tem poderes de fazer diplomas que têm o vigor e a eficiência jurídica da lei, diplomas que se chamam decretos-leis.

Diz-nos o art.º 99.º que o Govêrno faz decretos-leis, faz regulamentos. E o Código Administrativo, no seu art.º 51.º, diz: «*Para desempenho das suas atribuïções, compete às câmaras:*

1.º Fazer, interpretar, modificar e revogar os regulamentos necessários à boa ordem dos serviços e estabelecimentos municipais;

2.º Fazer, interpretar, modificar e revogar posturas e regulamentos policiais permitidos ou impostos por lei ou decreto».

E logo a seguir, no art.º 52.º, diz, também, o Código Administrativo que «*as deliberações das câmaras municipais podem revestir a forma de postura ou regulamento policial, sempre que contenham disposições preventivas de carácter genérico e execução permanente.*

E no artigo 201.º, ao tratar da competência das juntas de frèguesia, diz que «*para o desempenho das suas atribuïções, compete às juntas de frèguesia:*

1.º Fazer, interpretar, modificar e revogar posturas sôbre os objectos comprendidos nos n.ºs 3.º, 7.º e 8.º do artigo 199.º e os regulamentos necessários à administração paroquial».

Por conseqüência, de tôdas essas disposições nós vemos o seguinte: segundo a nossa legislação, são membros da hierarquia legislativa, primeiramente, a lei constitucional, segundo, a lei ordinária, terceiro, o decreto lei, quarto, o regulamento geral, quinto, o regulamento do governador

civil, sexto, o regulamento e a postura municipal, sétimo, a postura da junta de frèguesia.

Ora êste panorama da hierarquia legislativa tem efeitos que nos interessam. Esses efeitos são: 1.º quando uma lei ordinária é contraditória dos princípios da lei constitucional, essa lei ordinária pode ser arguïda de inconstitucionalidade, pode alegar-se a excepção de inconstitucionalidade; 2.º quando um regulamento de execução de lei é contrário à lei, ou a um decrecto-lei, êsse regulamento — ou seja um regulamento geral, ou seja um regulamento do governador civil, ou seja uma postura ou um regulamento municipal, ou seja uma postura da junta de frèguesia — é ilegal; 3.º quando um regulamento do governador civil, um regulamento ou uma postura municipal ou uma postura da junta de frèguesia são contrários a um regulamento geral, a um decreto-lei, ou a uma lei ordinária, todos esses regulamentos ou posturas são também ilegais.

Vejamos o problema da inconstitucionalidade das leis.

Poderá ser excepcionada a inconstitucionalidade das leis para o efeito de o juiz não aplicar uma lei que seja contrária aos princípios constitucionais? Em face do nosso direito positivo pode.

Basta lêr o Art.º 123.º da Constituïção, que diz:

«*Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar leis, decretos ou quaisquer outros diplomas que infrinjam o disposto nesta Constituïção ou ofendam os princípios nela consignados*».

Por conseqüência, à face da nossa lei não há dúvida de que os tribunais não podem aplicar uma lei ordinária que seja inconstitucional.

Nós precisamos, em virtude do disposto no art. 123.º, de distinguir duas espécies de inconstitucionalidade: a inconstitucionalidade substancial e a inconstitucionalidade orgânica ou formal.

Uma lei ordinária pode ser inconstitucional; primeiro,

porque contém doutrina contrária aos princípios da Constituïção (inconstitucionalidade substancial); segundo, porque foi emanada de um orgão que não tinha poder para a emitir (inconstitucionalidade formal ou orgânica).

Quando a inconstitucionalidade é substancial, a lei não pode ser aplicada; o tribunal que apreciou o caso concreto sujeito à sua jurisdição, encontrando uma lei que substancialmente é contraditória dos princípios constitucionais, não a aplica, declara essa lei inconstitucional; e o litigante contra quem é citada a lei substancialmente inconstitucional pode alegar a excepção de inconstitucionalidade. E isto porque nós estamos em face de uma Constituïção rígida.

Há duas espécies de constituïção (isto também é matéria de Direito Constitucional, mas não podemos avançar, sem ter umas noções, ainda que ligeiras, do assunto). Há constituïções rígidas e constituïções flexiveis.

Uma constituïção é rígida, quando o órgão que faz a lei constitucional é diverso daquele que faz as leis ordinárias, ou quando as leis ordinárias são feitas por processos e métodos diversos da lei constitucional, que é o nosso sistema.

Em França a lei constitucional é feita pela Assemblea Nacional, ao passo que as leis ordinárias são feitas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado, funcionando separadamente. Portanto, o orgão que faz leis constitucionais é diverso do que faz leis ordinárias. Por isso os orgãos das leis ordinárias não devem poder modificar a Constituïção.

Entre nós, a Constituïção é revista de 10 em 10 anos, de 5 em 5 se a Assemblea Nacional o resolver por dois têrços dos seus membros, se o Presidente da Rèpública, ouvido o Conselho de Estado, der poderes constituintes à Assemblea Nacional para a rever em certos e determinados pontos, ou pode o Presidente da Rèpública sujeitar uma nova Constituïção ao plebescito da Nação.

E' o que dizem os arts. 134.° e 135.° da Constituïção,

Na verdade, diz o art. 134.° que «*a Constituïção será revista de dez em dez anos, tendo para êsse efeito poderes constituintes a Assemblea Nacional cujo mandato abranger a época de revisão.*

§ 1.° A revisão pode ser antecipada de cinco em cinco anos, se for aprovada por dois têrços dos membros da Assemblea Nacional, e, neste caso, contar-se-à da data da revisão antecipada o novo periodo de dez anos.

§ 2.° Não podem ser admittdas como objecto de deliberação propostas ou projectos de revisão constitucional que não definam precisamente as alterações projectadas».

E o art. 135.°: «*Independentemente do preceituado no artigo anterior, quando o bem público imperiosamente o exigir, e depois de ouvido o Conselho de Estado, pode o Presidente da Rèpública, em decreto assinado por todos os Ministros:*

1.° Determinar que a Assemblea Nacional a eleger assuma poderes constituintes e reveja a Constituïção em pontos especiais indicados no respectivo decreto;

2.° Submeter a plebiscito nacional as alterações da Constituïção que se refiram à funcão legislativa ou seus órgãos, vigorando as alterações aprovadas logo que o apuramento definitivo do plebiscito seja publicado no **Diário do Govêrno.**»

Por conseqüência, o método, o processo de fazer a lei constitucional é diverso do método ou do processo de fazer as leis ordinárias. E uma Assemblea Nacional qualquer, que não tenha poderes constituintes, nos termos dos arts. 134.° e 135.°, não pode rever a Constituïção. E, quando faz uma lei ordinária que contraria os princípios constitucionais, fará, portanto uma lei que importa a revisão da Constituïção; e, como ela não podia, porque não tinha poderes para tal, essa lei ou essa disposição da lei ordinária é inconstitucional.

Pode acontecer, no entanto, que um Estado tenha uma

Constituïção que não seja rígida. Pode acontecer que o órgão incumbido pela Constituïção de fazer a lei constitucional seja o próprio órgão que faz a lei ordinária pelos mesmos métodos, com os mesmos processos. E, então, compreende-se que não haja inconstitucionalidade das leis, visto que o órgão que faz a lei ordinária bem podia fazer a lei constitucional.

Também pode acontecer que numa Constituïção haja a proïbição dos tribunais conhecerem da excepção de inconstitucionalidade das leis.

Na nossa Constituïção de 1933, como já ouviram ler no art. 123.º, há uma espécie de inconstitucionalidade, que se chama orgânica, que não pode ser apreciada pelos tribunais. Mas a inconstitucionalidade substancial, essa pode ser apreciada pelos tribunais. Pois é admissível uma Constituïção que proïba conhecer da inconstitucionalidade das leis, quer seja substancial, quer formal. E, então, os tribunais não podem tomar conhecimento da excepção de inconstitucionalidade das leis.

Mas, se um país tiver uma Constituïção rígida, como a nossa, a da França, a dos Estados Unidos, e não houver proïbição constitucional que inhiba os tribunais de apreciar a excepção da inconstitucionalidade, embora não haja disposição como a do nosso art. 123.º que expressamente declara que os tribunais não podem aplicar leis inconstitucionais, então entendo eu que os tribunais, não obstante a omissão, deverão conhecer da inconstitucionalidade das leis. E' a função, também, própria do tribunal.

O juiz, quando aplica a lei, tem necessàriamente de discernir se há mais do que uma lei que se aplique à situação concreta que êle vai apreciar. Por virtude dêste discernimento, quando por ventura êle encontre uma lei constitucional que seja contraditória da lei ordinária, ou vice-versa; uma lei ordinária que seja contraditória da lei constitucional, o juiz deve julgar procedente a excepção de inconstitucionalidade da lei.

Os tribunais muitas vezes hesitam; ficam esmagados debaixo da responsabilidade de conhecer a inconstitucionalidade de um diploma emanado do orgão legislativo, que entre nós se chama Assemblea Nacional, e, por isso, tergiversam. Por vezes, defendem-se, dizendo que não querem um papel político — e apreciar se um diploma emanado da Assemblea Nacional é constitucional ou inconstitucional, é matéria política; mas o que é certo é que, a-pesar-da sua magnitude, o conhecer da inconstitucionalidade das leis é função natural de julgar. Não se julga sem se apreciar a constitucionalidade de uma lei.

Em 1912 — o ano em que entrei para a Faculdade de Direito, o ano em que fui «caloiro», como os Srs. agora são, —publicou-se na «Revue de Droit Public» uma consulta a quatro administrativistas de Paris feitas nos seguintes termos: uma companhia de «tramways» de Bucareste preguntava se porventura o tribunal supremo de Bucareste—a «Cour de Cassation» de Bucareste—podia ou não julgar da inconstitucionalidade duma lei, pôsto que na Constituïção da Romênia não havia disposição alguma que desse aos tribunais o poder de julgar da inconstitucionalidade das leis.

Apareceu a consulta na citada revista redigida por Jèze e Berthélemy, ouvidos, também, Esmein e outros administrativistas.

Nessa consulta diz-se que, embora a Constituïção da Romênia não dê expressamente aos juizes o poder de apreciar a inconstitucionalidade das leis, o que é certo é que, por função natural do próprio juiz, que é julgar, que é discernir o caso concreto sujeito à sua apreciação, êle tem de apreciar se uma lei é constitucional ou inconstitucional.

O juiz conhece o conflito de leis internacionais; conhece o conflito entre duas leis nacionais; porque é que não

há de conhecer o conflito entre uma lei constitucional e uma lei ordinária? E, se encontrar essa contradição entre uma lei constitucional e uma lei ordinária, como a lei constitucional está no primeiro plano da hierarquia das leis, prefere a lei constitucional, e por isso tem de julgar inconstitucional a lei ordinária.

A inconstitucionalidade das leis pode ser apreciada pelas justiças ordinárias, pelos tribunais ordinários, ou pode ser apreciada, como nos Estados Unidos, por um alto tribunal encarregado especialmente de julgar a inconstitucionalidade das leis.

E Lambert estudou a orgânica dêsse alto tribunal dos Estados Unidos e chegou à conclusão de que não há vantagens de maior em a constitucionalidace das leis ser julgada por um tribunal com essas funções especiais em vez de ser julgada, em cada caso concreto, pelos tribunais ordinários.

Ora, paralelo a êste primeiro corolário do problema da hierarquia das leis — o da inconstitucionalidade das leis ordinárias quando contraírem a lei constitucional — há o corolário da legalidade dos regulamentos.

Pode acontecer — muitas vezes acontece — que um regulamento contém disposições contraditórias de uma lei. E então é ilegal. Se, havendo contradição entre uma lei ordinária e uma lei constitucional, a primeira é declarada inconstitucional, pela mesmo razão, quando houver contradição entre uma lei ordinária e um regulamento, ou entre um decreto-lei e um regulamento, o juiz deve julgar ilegal o regulamento.

Entre nós, isso não pode ser muito freqüente, por virtude do expôsto no art. 92.º da Constituïção, que diz:

«*As leis votadas pela Assembléa Nacional devem restringir-se à aprovação das bases gerais das regimes jurídicos, não podendo, porém, ser contestada, com fundamento na violação dêste princípio, a legitimidade constitucional de quaisquer preceitos nelas contidos*».

Como se vê por êste artigo, as leis são votadas nas bases gerais, a Assemblea Nacional vota as bases gerais das leis. O resto é regulamentar. Mas não pode ser argüida a legitimidade constitucional de quaisquer preceitos contidos no regulamento.

Pelo facto de o regulamento ser contrário às bases gerais da lei ordinária, não se pode alegar a ilegitimidade constitucional dêsse regulamento. Apesar desta disposição constitucional ainda pode ser possível a arguïção da ilegalidade dum regulamento, porque há diplomas em que a Assemblea Nacional tem de esgotar o poder legislativo. Essas disposições são aquelas a que se refere o art.º 93.º da nossa Constituïção Política, que diz:

«*Constitue, porém, necessàriamente matéria de lei:*

a) A organização da defesa nacional;

b) A criação e supressão de serviços públicos;

c) O pêso, valor e denominação das moedas;

d) O padrão dos pêsos e medidas;

e) A criação de bancos ou institutos de emissão e as normas a que deve obedecer a circulação fiduciária;

f) A organização dos tribunais».

Nessas matérias referidas no art.º 93.º, a Assemblea Nacional tem de entrar em disposições regulamentares.

Também é corolário da hierarquia das leis o seguinte princípio: quando um regulamento distrital, um regulamento municipal, uma postura municipal ou uma postura da junta de frèguesia forem contraditórios dum regulamento geral, duma lei ordinária ou dum decreto-lei, aqueles regulamentos ou posturas também são ilegais.

Em suma: segundo o nosso direito positivo a hierarquia das leis é constituída:

a) pela lei constitucional;

b) pela lei ordinária;

c) pelo decreto-lei;

d) pelo regulamento geral de execução das leis;

e) pelo regulamento do governador civil;

f) pelos regulamentos e posturas municipais;

g) pela postura da junta de frèguesia.

Por virtude dessa hierarquia, quando uma lei ordinária é, substancialmente, contrária a uma lei constitucional, a lei ordinária é inconstitucional; quando um regulamento geral é contrário a uma lei ordinaria ou a um decreto-lei, o regulamento geral póde ser ilegal; quando um regulamento distrital, um regulamento municipal, uma postura municipal ou uma postura da junta de frèguesia forem contrários a um regulamento geral, a um decreto-lei ou a uma lei ordinária, esses regulamentos são também ilegais.

7.ª Das Fontes do Direito (cont.)

I—Classificação das normas jurídicas.
—Relação entre as normas de interêsse e ordem pública e de interêsse privado e nulidades absolutas e relativas.
—Tôda a norma jurídica contém um imperativo.
—Sugestão atinente a substituir por outra a designação de normas jurídicas imperativas.
—O imperativo da norma jurídica é categórico e não hipotético.

Já dissemos que a lei é uma fonte formal do Direito, e, conseqüentemente, também uma regra de conduta externa. Mas, essa regra de conduta não aparece sempre com a mesma designação: daí, a necessidade de termos de classificar as leis.

Há umas leis que se impõem à obediência, proïbindo ou preceituando certos actos: na terminologia doutrinal chamam-se *leis imperativas* — imperativas proïbitivas ou imperativas preceptivas.

Há outras leis que não impõem, mas permitem, facultam a prática de certos actos: chamam-se *leis permissivas* ou *facultativas*.

Há outras normas que nos definem conceitos: são normas ou *leis declarativas* ou *explicativas*.

Há outras normas que dizem: «se as partes não estipularem de modo diverso, faz-se assim, o conteúdo do acto jurídico é assim constituído: chamam-se *leis supletivas*. Suprem (daí a expessão «*supletivas*») a vontade das partes.

Há outras leis que nos definem os termos que se empregam nos actos jurídicos ou nas leis.

E, finalmente, há leis ou normas de conduta que, contrariadas, importam sempre a nulidade do acto, ainda que as partes não queiram aplicá-las.

Ao contrário, há leis que as partes podem eliminar, que as partes podem determinar não aplicar: as primeiras são as *leis de interêsse e ordem pública*, em oposição às segundas que são *leis de interêsse particular*.

Por exemplo, a lei que diz que o pai tem de prestar alimentos aos filhos menores é uma lei imperativa preceptiva.

E' uma lei imperativa proïbitiva, por exemplo, o art. 1764.º do Código Civil que dispõe: «**E' proïbido testar**»:

1.º — Aos que não estiverem em seu perfeito juízo;

2.º — Aos menores de catorze anos de um e outro sexo».

E' uma lei facultativa a que permite praticar certos actos, não os impondo, facultando-os. Por exemplo, o art. 1763.º que determina: «**Podem testar** *todos aqueles a quem a lei expressamente o não proíbe*».

«*Podem testar*». Não obriga a testar, mas faculta que faça testamento aquele a quem a lei não proíbe.

Outras normas de conduta definem conceitos. Por exemplo, a regra de conduta do art. 18.º que nos dá um exemplo duma *norma declarativa* ou *explicativa*, ao indicar quais são os cidadãos portugueses.

Que é que se entende por «*cidadãos portugueses*»?

Di-lo êste artigo. Por conseqüência, êste artigo define, explica um conceito; é uma *norma declarativa ou explicativa*.

Outras vezes, a norma diz: «*Se as partes não convencionarem em contrário, faz-se assim*». Por exemplo, o art. 711.º:

«*O que se obrigou a prestar algum facto, e deixou de o prestar, ou não o prestou conforme o estipulado, responde pela indemnização de perdas e danos, nos termos seguintes:*

1.º Se a obrigação foi com prazo e dia certo, corre a responsabilidade, desde que expira o prazo, ou o dia assinado;

2.º Se a obrigação não depende de prazo certo, a responsabilidade corre só desde o dia em que aquele, que está sujeito à obrigação, é interpretado.»

Alguém contraiu uma obrigação; por exemplo, a obrigação de pagar uma dívida. As partes podem fixar o dia em que o devedor tem de pagar a dívida; e então a obrigação vence-se nesse dia prefixado. Mas pode acontecer que as partes não estipulassem a tal respeito; podem as partes, por exemplo, fazer uma escritura em que o devedor se obrigue a pagar 50 contos, sem fixarem o dia de pagamento. Não há dia de pagamento determinado: então, conforme dispõe o art. 711.º, a obrigação vence-se no momento da interpelação.

Trata-se, portanto, de uma *norma supletiva*.

Outras vezes, uma norma limita-se a dizer o significado dum têrmo que se encontra numa lei ou num acto jurídico — é uma norma interpretativa de que temos um exemplo, no art. 377.º:

«*Quando na lei civil ou nos actos e contratos se usar da expressão — bens ou coisas imobiliárias — sem outra qualificação, compreender-se-ão nela, tanto os que são imóveis por natureza ou mediante a acção do homem, como os que o são por disposição da lei. Quando se usar simplesmente da expressão — imóveis, coisas ou bens imóveis —, esta expressão significará só os que o são por natureza, ou mediante a acção do homem.*»

Já vêem que essa norma diz simplesmente o que se

deve entender por *«coisas imobiliárias»* e por *«coisas imóveis»*.

Finalmente, o art. 10.º diz-nos que, a-par-de *leis de interêsse e ordem pública*, como ali são classificadas, há outras que não são de interêsse e ordem pública, e a que nós chamamos de *interêsse particular*.

Preceitua o art. 10.º do Código Civil:

«Os actos praticados contra a disposição da lei, quer esta seja proïbitiva, quer perceptiva, 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 for de **interêsse e ordem pública.»**

Essa classificação de normas de interêsse e ordem pública e normas de interêsse particular é, sobretudo, relevante em Direito Civil. Não quere isto dizer que aos outros ramos do Direito não interesse tal classificação.

Pelo contrário, no Direito Constitucional tôdas as normas são de interêsse e ordem pública. E o mesmo se deve dizer para o Direito Penal, Administrativo e Processual.

Por conseqüência, visto serem todas as normas dêsses ramos de Direito de interêsse e ordem pública, não tem relevância a distinção entre normas de interêsse e ordem pública e normas de interêsse particular.

Mas, no Direito Civil, que acautela os interêsses particulares, poderia parecer que todas as normas são de interêsse particular. Não obstante, aparecem normas que são feitas para defender, acautelar, prevenir os interêsses da colectividade, os interêsses gerais.

Há, portanto, em Direito Civil, a-par-de normas de interêsse particular, normas de interêsse e ordem pública. E é por isso que, aqui, neste ramo de Direito, é mais relevante esta distinção entre normas de interêsse e ordem pública e normas de interêsse particular.

A definição de normas de interêsse e ordem pública é bastante dogmática.

Se lerem livros que tratam do assunto, verificarão que, pouco mais ou menos, dizem assim: *«Normas de interêsse e ordem pública são as normas que dizem respeito aos fundamentos ou bases económicas, sociais e políticas dum Estado»*. Mas, como dentro desta definição podem caber mais ou menos normas, por isso mesmo eu lhes digo que a definição é bastante dogmática.

Voltaremos à distinção entre normas de interêsse e ordem pública e normas de interêsse particular na próxima lição, porque há ligação entre normas de interêsse e ordem pública e nulidade absoluta e entre normas de interêsse particular e nulidade relativa.

A violação das normas de interêsse e ordem pública produz sempre nulidade absoluta, ao passo que a violação das normas de interêsse particular produz nulidade relativa. Eis a razão por que eu disse que voltaremos ao estudo das normas de interêsse e ordem pública e das normas de interêsse particular, a-propósito-de nulidade absoluta e nulidade relativa.

Mas — preguntar-me-ão — todas as normas jurídicas contêm um imperativo? Pode parecer que não; porque, se há normas supletivas, isto é, normas que determinam o conteúdo dos contratos, quando a vontade das partes se não manifesta, normas que, por conseqüência, a vontade das partes pode excluir; se há normas permissivas ou facultativas, isto é, normas que não se impõem à vontade das partes, preceitos que as partes podem eliminar ou não, conforme lhes convenha — parece que, pelo menos, essas normas não são imperativas.

Contudo, se assim pensarmos, entendemos mal, pois que tôdas as normas contêm um imperativo. Se não, vejamos.

Normas facultativas ou permissivas são as que contêm um preceito, que dá uma faculdade aos cidadãos. O art.º

1.763.°, que já tivemos ocasião de ver, dá-nos um exemplo preciso desta categoria de normas.

«*Podem testar*». Realmente, êste preceito não obriga os cidadãos a fazer testamento; dá lhe a faculdade de fazer testamento. Não contém um imperativo para o cidadão, mas contém um imperativo para os outros. Quem, usando de uma faculdade que a lei lhe dá, pratica um acto, obriga os outros com êsse acto. Por exemplo. *A* tem filhos: só pode dispor de metade dos seus bens, — (a quota disponível é metade). O art. 1763.° dá-lhe a faculdade de fazer testamento; êle pode deixar de fazê-lo; mas, se o fizer, o que dispõe em testamento obriga os filhos e os outros interessados.

Por conseqüência, a própria norma facultativa contém um imperativo para as pessoas que têm relação com a faculdade que usou aquele que se serviu da norma facultativa ou permissiva.

Quanto às normas suplectivas já vimos, também, um exemplo no n.° 2.° do art. 711.° do Código Civil.

Também, quanto a estas, pode parecer que não contêm um imperativo, pois, se as partes podem praticar o acto dando um conteúdo diverso do que é preenchido pelas normas suplectivas, aparentemente as normas não contêm imperativos para com elas. Mas, se por ventura as partes não estipularem, logo se aplicam as normas às próprias partes. Conseqüentemente, mesmo as normas suplectivas contêm um imperativo.

Por outro lado, quer as normas facultativas ou permissivas, quer as suplectivas contêm sempre um imperativo para o juiz. O juiz é que tem sempre de aplicar essas normas. E, assim, para com êle a norma contém um imperativo.

Durante todo o século XIX, entendeu-se e manifestou-se, muitas vezes, o ideal de que a lei era um mal. O desejável, o apetecível é que a harmonia social e as relações sociais se entretecessem com actos da vontade.

Os Srs. podem ver êsse ideal, que enche todo o século XIX, no livro «*Science Sociale Contemporaine*» de Fouillée.

Fouillée diz nesse livro: «Já hoje os artigos do Código são preenchidos em $\frac{9}{10}$ com actos da vontade; dia virá em que os Códigos, do primeiro ao último artigo, contemplem apenas actos de vontade».

E Beudain diz, expressamente, que a lei é um mal.

Conforme êste modo de ver, as leis imperativas devem diminuir, limitar-se ao máximo. Em lugar delas, devem aparecer os actos de vontade. E foi, assim, que o casamento veio a ser considerado um contrato: o acôrdo entre as vontades dos cônjuges. E foi ainda de harmonia com êsse ideal que Collin e Capitant, dois escritores clássicos, mas recentes, chegaram a dizer no seu livro (1) que o filho nascido da mulher casada, durante o casamento, é filho do marido por vontade do próprio pai; porque, quando casou, manifestou a vontade de que todos os filhos nascidos dentro do casamento fôssem filhos dele.

Mas, hoje, entende-se de modo diverso, ou começa a entender-se de modo diverso.

Em matéria de obrigações, a autonomia da vontade era o princípio supremo. Quere dizer: em matéria de obrigações, conseqüentemente, de contratos, atendia-se, sobretudo, à vontade das partes; e a lei só supletivamente é que supria essa vontade. Hoje, já não é assim. Se lerem, por exemplo, as leis do inquilinato (2) encontram lá princípios como êste: «*O que as partes contratarem em contrário desta lei é nulo*».

Já vêem que em matéria de contratos, segundo o conceito do legislador, a autonomia da vontade deixou de ser o princípio supremo.

---

(1) Cours Elementaire de Droit Civil Français.

(2) O principal dêstes diplomas é o decreto 5.411 de 17-4-1919

Se lerem, também, as leis de acidentes de trabalho, encontram disposições que proïbem estipulações em contrário do que nelas se estabelece. Aí desapareceu também o princípio da autonomia da vontade.

E, se saírmos do campo dessa ordem legislativa para o da dialéctica jurídica, compreenderemos bem que tôda a lei é imperativa, contém um imperativo — mesmo a lei supletiva e a lei facultativa—porque tôda a norma, antes de ser facultativa ou supletiva, é dispositiva ou orgânica; e, na sua qualidade de dispositiva ou orgânica, há-de conter necessàriamente um imperativo.

Por esta ordem de ideas concluímos: *tôda a norma de conduta, tôda a lei, quer imperativa, quer facultativa ou permissiva, quer declarativa ou explicativa, quer supletiva, quer de interêsse e ordem pública ou de interêsse particular, contém sempre um imperativo.* E, daí, esta observação que agora vem a-propósito.

Em verdade, a doutrina consagra essa classificação de leis imperativas, nas suas duas formas de preceptivas ou proïbitivas; mas, se tôda a lei contém um imperativo, parece que essa designação de *imperativas* convém a todos os membros da classificação e não a um só grupo, a não ser que queiramos chamar «leis imperativas» por antonomásia. Também se diz: «O Poeta», para significar Camões. Mas, se não quisermos empregar a linguagem tropológica, deveremos, a-pesar-da terminologia doutrinal, em contrário, empregar outro termo para significar o que até hoje se tem chamado «leis imperativas». Podemos, por exemplo, designá-las por «leis cogentes», conforme lhes chama a doutrina italiana.

Também há quem classifique estas leis de *vinculativas* e *descricionárias*. Essa classificação, porém, interessa pouco ao Direito Civil; pode interessar mais ao Direito Administrativo, onde há autoridades com poder descricionário e autoridades com poder vinculado e normas, por conseqüência, que atribuem esses poderes. Mas, se repararmos bem, essa classificação de leis em *vinculativas* e *descricionárias* bem pode reduzir-se à classificação que fizemos em leis imperativas ou cogentes.

Surge agora um problema, que é o de saber se o imperativo das leis é imperativo categórico ou imperativo hipotético.

Imperativo categórico quere dizer *imperativo absoluto;* imperativo hipotético quere dizer *imperativo condicional.*

E formulo outra vez a pregunta: o imperativo das leis é categórico ou hipotético?

Lavra grande divergência entre as opiniões dos autores.

Se lerem, por exemplo, o Prof. Marcelo Caetano, logo no primeiro número de lições de Direito Penal, os Srs. verificam que êle díz que a lei é imperativo hipotético.

Se lerem as Noções Elementares de Direito Civil do Prof. Cabral Moncada, os Srs. também notam que êle classifica a norma de conduta como um imperativo hipotético.

Se lerem o Prof. Fèzas Vital, nas lições de Direito Constitucional, os Srs. notam que êle, embora não o diga expressamente, dá a entender que o imperativo da lei é um imperativo categórico.

Nas lições desta Cadeira, do ano passado, também não se diz expressamente, mas dá-se a perceber, que o imperativo da lei é categórico.

Se nós quizessemos figurar erudito dir-lhes-íamos còmodamente: «E. e S. dizem que o imperativo da lei é hipotético e E. e B. dizem precisamente o contrário—que o imperativo da lei é um imperativo categórico. Os Srs. sigam a opioião que lhes parecer. «Mas não é essa a função do professor; êste tem de emitir a sua opinião. Ainda que me custe, vou emiti-la também.

Esta questão é velha; vem de Kant.

Kant escreveu vários livros: um chama-se «A Crítica

da Razão Pura», outro «A Crítica da Razão Prática», outro «A Crítica do Juízo».

Na «Crítica da Razão Pura», êle diz que os princípios que governam a razão especulativa são imperativos hipotéticos. Mas, depois, escreveu a «Crítica da Razão Prática» e, aí, já sustenta que os princípios que governam a razão prática são imperativos categóricos. Os princípios que o levam a concluir que o homem é livre, que Deus existe, que a alma é imortal, são princípios que êle classifica de imperativos categóricos.

Houve quem visse contradição entre o que êle escrecreveu na «Crítica da Razão Pura» e o que depois escreveu na «Crítica da Razão Prática». Não me parece que haja tal contradição. Tem de se arranjar outra explicação, porque Kant era um homem que merecia bem a designação de super-homem; não se contradizia com facilidade.

Ele afirmou na «Crítica da Razão Pura» que os princípios que governam a razão especulatica eram imperativos hipotéticos. e também afirmou a razão por que entendia que os princípios que governam a razão prática eram imperativos categóricos.

Notem bem: Kant na «Crítica da Razão Prática» fala das regras de conduta moral. Como sabem, as regras de conduta moral são diferentes das regras jurídicas. Eis a razão por qne a Moral é diferente do Direito.

Mas, o que é certo é que continuou durante muito tempo a dizer-se e ainda hoje se diz que o Direito era um ramo da Moral; e, por isso, o que Kant disse a respeito do imperativo da razão prática houve quem o aplicasse ao imperative da regra jurídica; houve quem entendesse que êsse imperativo era categórico—e suponho que bem.

O Prof. Cabral Moncada põe-se dentro do campo de Kant, porque diz o seguinte: «Na verdade, a regra de conduta impõe-se à consciência de um modo absoluto, isto é, como imperativo categórico; mas, porque nós, fora do campo da teologia e da metafísica, não podemos saber o que é o «dever ser» e o que é o Bem, por isso dizemos que a regra de conduta inclue um imperativo hipotético. Como problema do conhecimento humano, é um imperativo hipotético; como regra de conduta, regra prática que se impõe à consciência, é um imperativo categórico.»

O Prof. Marcelo Caetano, talvez influenciado pelas leis penais, diz: Tôda a lei contém duas partes: um pressuposto ou condição e uma conseqüência. «Se fazes isto, tens esta sanção». Por conseqüência, o imperativo da lei é um imperativo hipotético, condicionado. A lei penal é assim concebida, diz: «Se matares voluntàriamente, tens tantos anos de prisão»; «Se furtares, tens tantos anos de prisão».

Mas, aqui, há uma miragem. O pressuposto e a sanção formam a norma, a regra de conduta, constituem ambos o conteúdo da regra de conduta. No Direito Civil, por exemplo, encontramos muitas normas de conduta sem o tal pressuposto. Por exemplo, a do art. 1.º do Código Civil, que, como já vimos diz:

«*Só o homem é susceptível de direitos e obrigações. Nisto consiste a sua capacidade jurídica ou a sua personalidade.*»

«*O homem é susceptível de direitos e obrigações*» — onde está aí o pressuposto?

E, por aí fora, tantas e tantas outras. E, quando há pressuposto, êste forma com o resto do dispositivo o próprio conteúdo da disposição, do comando da regra de conduta. A autoridade preceitua de modo absoluto, não condicionalmente. Porisso, concluímos, porque não temos tempo para mais digressões, que o imperativo da lei *é um imperativo categórico.*

7.º Das Fontes do Direito (cont.)

m)—Correlação entre as leis «perfectae» e «imperfectae» da classificação romana e as leis de interêsse e ordem pública e interêsse privado da moderna classificação.

—O conceito de leis de interêsse e ordem pública.

—A classificação de nulidades absoluta e relativa.

—A classificação moderna tripartida.

O nosso ponto de vista.

—O regime das nulidades absolutas e das nulidades relativas.

Na última lição, classifiquei as normas jurídicas em normas imperativas, nas suas duas formas de perceptivas e proïbitivas, em normas facultativas, normas declarativas ou explicativas, normas supletivas, normas interpretativas, normas de interêsse e ordem pública e normas de interêsse privado.

Segundo uma classificação do Direito Romano, havia «*leges perfectae*», «*leges minus quam perfectae*» e «*leges imperfectae*».

Podemos estabelecer um certo paralelismo entre esta classificação em «*leges perfectae*», «*minus quam perfectae*», e «*imperfecta*» e a classificação das normas de interêsse e ordem pública e normas de interêsse privado, Por outras palavras: podemos estabelecer uma correlação entre esta classificação do Direito Romano e o art. 10.º do nosso Código Civil, que, como já tivemos ocasião de verificar, trata

das sanções da violação da lei e, no seu § único, refere se às leis de interêsse e ordem pública.

«Leges perfectae» eram aquelas que tinham uma sanção; «leges imperfectae», as que não tinham saução; «minus quam perfectae» eram leis que uão tinham uma sanção efectiva, completa, mas tinham uma tal ou qual sanção.

Ora, segundo o art. 10.º, quando um acto jurídico viola uma lei de interêsse e ordem pública, é nulo; e as partes não podem dar-lhe validade.

As leis de interêsse e ordem pública são as tais «leges perfectae». Todavia, quando a norma violada não é de interêsse e ordem pública, mas sim de interêsse privado, podem as partes, por acôrdo, dar validade a um acto violador duma norma jurídica de interêsse privado. São as tais «leges minus quam perfectae».

«Leges imperfectae», hoje, uo Direito moderno, não existem.

Os Srs., sabem, porque já lho disse aqui, que a nota específica, característica das normas jurídicas é a sanção. Tôda a norma jurídica tem uma sanção, ou efectiva ou tendencial, ao menos.

Eu digo *tendencial, ao menos*, porque, por exemplo, as normas de Direito Internacional não têm sanção efectiva; o que têm é uma tendência para a sanção; e, no entanto, são normas jurídicas, *com sanção tendencial*, repito.

Por conseqüência, uo Direito moderno não pode haver «leges imperfectae».

Sucede, porém, que, por vezes, nós encontramos normas ou leis a que não foi estabelecida sanção directa e imediata, Mas, se bem reparmos, encontramos uma sanção indirecta, mediata para essa norma. Por exemplo, se os Srs. tivessem aí o Decreto n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910, chamado a *Lei de Família, n.º 1*, leudo o art. 38.º, verificavam o seguinte: que os cônjuges têm os deveres

recíprocos de fidelidade, co-habitação, auxílio e socorros mútuos. Por conseqüência, segundo esta norma, os cônjuges têm de co-habitar, têm de viver juntos. Mas, segundo outra disposição do mesmo decreto, o marido nunca pode requerer que a mulher lhe seja judicialmente entregue para viver com êle. Parecendo, assim, que essa norma de co-habitação não tem sanção: seria uma «lex imperfecta», segundo a classificação do Direito Romano. E eu diria, mesmo, que não seria uma norma jurídica, porque não lhe cabe sanção.

Vendo, porém, bem as coisas, nós observamos que esta falta de co-habitação, se se der num certo tempo e fôr completa, importa o abandono do domicílio conjugal; e êste abandono, por mais de três anos, quando completo, é fundamento de divórcio.

Conseqüentemente, aí temos uma sanção indirecta. O marido não pode pedir que a mulher lhe seja judicialmente entregue para viver com êle, como acontecia no regime do Código Civil e do Código de Processo Civil de 1876; mas o marido o que pode, se o abandono do domicílio conjugal da mulher fôr por mais de três anos e fôr completo, é requerer o divórcio — sanção indirecta.

Mais: por vezes, quando se trata de formalidades externas dos actos jurídicos, algumas são secundárias, não são essenciais.

Sem saírmos para fora do casamento: quando dois noivos se querem casar, começam pela seguinte formalidade preliminar: vão ter com o oficial do Registo Civil do domicílio de um deles e, ali, fazem a declaração de querer casar, declaração que pode ser verbal ou por escrito, assinada por ambos os nubentes.

Depois disto, a máquina administrativa, isto é, a máquina do Registo Civil entra em função. Da declaração são extraídos editais, que são afixados durante certo tempo, seguindo-se o casamento e as formalidades do registo, etc.

Suponham que não houve declaração ou que houve defeito da declaração dos conjuges para casar. A falta ou deficiência desta declaração não importa nulidade do casamento.

«*Prim» consp ctu*», parece, pois, que estamos em face duma norma sem sanção, porque o casamento não pode ser anulado. Mas o certo é que, se o oficial do Registo Civil faltar aos seus deveres, omitindo esta formalidade preliminar, êle incorrerá em responsabilidade disciplinar. E aqui está a sanção.

Em conclusão, diremos: hoje, no direito moderno, não existem «leges imperfectae»; existem «leges perfectae» e «minus quam perfectae», correspondentes, respectivamente, a normas de interêsse e ordem pública e normas de interêsse privado.

Esta classificação de normas de interêsse e ordem pública e normas de interêsse privado obriga-nos a entrar agora no estudo das *nulidades absolutas* e das *nulidades relativas*.

Este assunto poderia ser tratado quando construíssemos a nossa teoria sôbre o acto jurídico, porque, afinal, há nulidades, quando o acto é feito sem aquele condicionamento, com falta daquelas condições que a lei exige, e é nulo então. Mas, também, a-propósito das leis de interêsse e ordem pública e das de interêsse privado, podemos fazer o estudo das nulidades.

As nulidades, segundo o nosso modo de ver, são de duas categorias: *nulidades absolutas* e *nulidades relativas*.

A Doutrina não é uniforme nesta matéria. Há quem queira fazer uma classificação tri-partida em *actos inexistentes*, *actos feridos de nulidade absoluta* e *actos feridos de nulidade relativa*. Nós, porém, repetimos, só admitimos uma classificação bi-partida: *actos viciados de nulidade absoluta* e *actos viciados de nulidade relativa*.

Entre nós, a classificação tri-partida dos actos irregu-

lares em actos inexistentes, feridos de nulidade absoluta e feridos de nulidade relativa é seguida, apenas, (que eu saiba) pelo Prof. Paulo Cunha, cuja opinião merece a nossa consideração, e pelo Sr. Doutor Cunha Gonçalves. Todos os outros seguem uma classificação bi partida em actos viciados de nulidade absoluta e actos viciados de nulidade relativa.

Como lhes disse, também é êste o meu parecer. No entanto, peço lhes que estudem o assunto, porque não me incomoda nada que um aluno discorde do meu modo de ver. Só o que quero é que discorde com a cabeça, — com os pés ou com as mãos, com apiausos ou pateada, não me serve.

Vamos, então, pronunciar-nos sôbre êsse assunto.

A classificação deve ser bi-partida ou tri-partida? Devemos estabelecer a categoria de actos inexistentes, actos absolutamente nulos e actos relativamente nulos, ou, ao contrário, devemos estabelecer a doutrina bi-partida de actos absolutamente nulos e actos relativamente nulos?

No Direito Romano, não apareceu a categoria dos actos inexistentes; os actos ou eram absolutamente nulos ou relativamente nulos.

No velho Direito Português, também só havia actos absolutamente nulos e actos relativamente nulos.

E, no próprio velho Direito Francês, (refiro-me ao Direito Francês, porque a doutrina tri-partida nasceu em França, entre os jurisconsultos franceses) também, só havia actos absolutamente nulos e actos relativamente nulos. Mas a outra categoria, a dos actos inexistentes, apareceu a-propósito do casamento.

Em França, havia um aforismo jurídico que dizia assim; «*Pas de nulité sans texte*» —«Não há nulidade sem texto». Mas não havia nenhuma norma jurídica que dissesse, por exemplo, que o casamento entre dois indivíduos do mesmo sexo era nulo; e, por conseqüência, isto trouxe dificuldades aos jurisconsultos.

Se não há nulidade sem texto, se não há texto que diga que o casamento de dois mancebos é nulo, é porque êsse casamento é válido. E isto era um contrasenso.

Quando apareceu um jurisconsulto—Zacariae—que numa sua obra de Direito Civil defendeu a categoria dos actos inexistentes, esta doutrina foi bem recebida, porque resolvia as dificuldades.

O casamento de dois mancebos não era nulo, porque era mais do que isso: era inexistente.

Quando foi a discussão do Código Civil, feita sob a presidência do 1.º Cônsul, como sabem, Napoleão, êste também disse coisa que valia a inexistência do casamento.

Dizia êle: «Quando uma mulher, no acto do casamento, diz: «*Não*», e, apesar disso, o oficial do Registo Civil escreveu: «*Sim*», não há casamento. E' o contrário do que acontece, quando uma mulher diz: «*Sim*», mas foi levada a dizer: «*Sim*», por coacção, porque então o casamento existe, mas é anulável».

Daqui como estão a ver, nasceu a tal teoria dos actos inexistentes.

Para os partidários desta doutrina são actos inexistentes aqueles a que falta um elemento essencial, um *órgão vital*, como eles também diziam. Por exemplo: num contrato são elementos essenciais *a capacidade dos contraentes, o mútuo consenso e o objecto possível.*

Se falta um dêsses elementos essenciais, o acto seria inexistente. Se se conjugam todos os elementos essenciais, todos os *órgãos vitais*, mas apenas há violação de uma lei de interêsse e ordem pública, o acto existe, mas seria viciado de nulidade absoluta.

Se existem os elementos essenciais, não há violação de norma de interêsse e ordem pública, mas sim violação de norma de interêsse privado, e o acto seria ferido de nulidade relativa.

Esta distinção tri-partida em actos inexistentes, actos feridos de nulidade absoluta e actos feridos de nulidade relativa é apenas uma distinção teórica.

Como diz Planiol, no seu *Traité élementalre de droit civil*, a distinção entre *inexistência* e *nulidade absoluta* é uma distinção teórica. Pràticamente, é irrelevante, porque o regime jurídico dos actos inexistentes é o mesmo regime jurídico da nulidade absoluta. Só causas que determinam que um acto inexistente seja inexistente ou ferido de nulidade absoluta, é que seriam diversas.

Estamos, portanto, perante uma distinção meramente teórica. E Trouchet diz: «Dentro de todo o acto jurídico há uma aparência que é preciso destruir. Por conseqüência, não há actos jurídicos inexistentes perante o Direito. E' necessário que o tribunal declare sempre a sua nulidade».

Ora, nós somos pela doutrina clássica da classificação bi-partida, porque, como já sabemos, o regime é o mesmo, quer para a nulidade absoluta quer para o acto inexistente. São as mesmas as pessoas que podem pedir a declaração de inexistência do acto e as que podem requerer a declaração da nulidade absoluta; pode ser pedida na mesma ocasião tanto uma como outra; tanto uma como outra são insanáveis; tanto num caso como noutro é necessária a declaração do tribunal.

E, assim, sendo o regime o mesmo, por que motivo havemos de distinguir entre *inexistência* e *nulidade absoluta?* Não vejo.

Depois, nem mesmo o tal aforismo jurídico, que tanto preparou o ambiente para a nova doutrina em França, existe em Portugal. Em Portugal não existe coisa parecida com o aforismo: «*Pas de nulité sans texte*». Há nulidade com texto e sem texto; há nulidade, quando falta algum dos elementos essenciais, como há nulidade absoluta quando se viola uma norma de interêsse e ordem pública.

Além disso, ainda, segundo o nosso Código Civil, quando

falte um elemento essencial dum contrato ou dum acto jurídico, declara-se êsse contrato ou acto nulo, e não inexistente. Portanto, o Código não reconhece a categoria de actos inexistentes.

Ora, vejamos o art.º 643.º, que trata das condições de validade dos contratos:

«*Para o contrato ser válido devem dar-se nele as seguintes condições:*

1.º Capacidade dos contraentes;

2.º Mútuo consenso;

3.º Objecto possível».

Para o contrato ser válido é necessário que se verifiquem estas três condições ou elementos essenciais: *capacidade dos contraentes, mútuo consenso, objecto possível.*

No dizer dos partidários da classificação tri-partida, a falta dum dêsses elementos determinaria a inexistência do acto. Mas à nossa lei diz que o acto não é válido. Ora, qual o antinómico de «*válido*»? «*Nulo*».

Quere dizer: o acto é nulo, quando é feito sem capacidade dos contraentes, sem mútuo consenso ou quando não tem objecto possível. Como vêem, a nossa lei não considera a categoria de actos inexistentes; considera o acto: ou absolutamente nulo, ou relativamente nulo.

Isso mesmo pode verificar-se pela leitura dos arts. 687.º e seguintes do Código Civil, que tratam da rescisão dos contratos. Na verdade, segundo o art.º 687.º, «*a acção de rescisão por nulidade, resultante da incapacidade dos contraentes, nos casos em que é permitida nos títulos dêste código, respectivos aos mesmos incapazes, é admissível pela forma declarada no artigo seguinte.*

E preceitua o art.º 688.º: «*A acção de rescisão por incapacidade prescreve, contra os incapazes, pelo lapso de cinco anos*»...

E o art.º 689.º: «*A acção de rescisão por causa de*

êrro prescreve pelo prazo de um ano, contado desde o dia em que o enganado teve conhecimento do êrro».

Determina o art.º 690.º: «*A acção de rescisão por causa de coacção prescreve, se o coagido a não propôs dentro de um ano*» . . .

E, depois, o art.º 691.º dá-nos exemplo de uma nulidade absoluta: «*A acção de rescisão por nulidade resultante de achar-se a coisa, que faz objecto do contrato fora do comércio é imprescritível, salvo nos casos em que a lei dispuzer expressamente o contrário*».

Nos primeiros artigos trata-se de casos de nulidade relativa, e então diz o Código: a acção de rescisão por nulidade, por incapacidade, etc.. No art.º 691.º trata-se de uma nulidade absolula. Mas, num caso como noutro, o nosso Código chama *nulidade*. E, em todos esses artigos, nunca emprega a expressão *inexistência*, o que mais prova que o nosso Código Civil reconhece a categoria de nulidade absoluta e nulidade relativa, mas não comtempla a categoria de inexistência do acto jurídico.

Por tôdas estas razões, eu defendo a doutrina clássica, a doutrina que diz que há duas categorias de actos feitos em contrário das condições exigidas por lei, isto é, actos irregulares, actos feridos de nulidade absoluta e actos feridos de nulidade relativa.

Actos feridos de nulidade absoluta *são aqueles que violam uma lei de interêsse e ordem pública ou aqueles a que falta um elemento essencial ou específico.*

Actos feridos de nulidade relativa *são aqueles que violam uma lei de interêsse privado.*

Mas, agora, surge uma questão delicada: que vêm a ser normas de interêsse e ordem pública e normas de interêsse privado? Já outro dia dissemos que leis de interêsse e ordem pública eram as relativas às bases, económicas, sociais e políticas dum povo. E disse, ainda, que essa definição era algum tanto dogmática, porque, pela sua elasticidade, lhe podem convir ou deixar de convir muitas normas.

Mas, não podemos, (voltamos, por conseqüência, ao estudo, que prometemos, das normas de interêsse e ordem pública e das normas de interêsse privado) não podemos, nem isso é método, dizer, concreta e casuisticamente, quais são as normas de interêsse e ordem pública e quais as de interêsse privado.

Há umas certas normas que são por todos consideradas normas de interêsse e ordem pública. Por exemplo: as normas que dizem respeito à organização, constituïção e dissolução da família, ao poder paternal, ao poder marital, à sucessão legítima, ás formas externas de publicidade dos actos, ao regime da propriedade, ou estatuto proprietário. Tôdas estas normas são, evidentemente, normas de interêsse e ordem pública.

Eu vou dizer por, que são normas de interêsse e ordem pública. São de interêsse e ordem pública, porque visam o interêsse geral, o interêsse da colectividade, embora, em casos concretos, se possam aplicar a interesses privados, Mas contemplam, acima dos interesses privados, os interesses gerais ou da colectividade.

Há, porém, outras normas que a dialéctica jurídica mandaria fôssem normas de interêsse e ordem pública, mas que nós verificamos não o serem.

Raciocinemos agora com a dialéctica jurídica. As normas que dizem respeito ao estado das pessoas são normas de interêsse e ordem pública, mas a-fim do estado das pessoas, é a capacidade jurídica das mesmas. Portanto, as leis relativas à maioridade, à emancipação, deviam ser consideradas, lògicamente, leis de interêsse e ordem pública. Mas diz o art.º 99.º: «*Os contratos celebrados ilegitimamente pelos menores, não podem todavia ser impugnados pelos outros estipulantes, com o fundamento da incapacidade do menor*».

Portanto, a-pesar dessa dedução lógica, diz-nos o art. 99.º que os actos celebrados pelo menor são feridos de nulidade relativa apenas; pois, como havemos de ver, em breve, ao estabelecer o regime das nulidades absolutas e das nulidades relativas, só quando um acto é ferido de nulidade relativa, é que pode apenas ser pedida a anulação por aquela parte, que a lei quis proteger.

Ora, aqui, no caso do art. 99.º, a lei só permite que o menor peça a nulidade do acto; não consente que a nulidade seja pedida pela outra parte. Se o acto fôsse absolutamente nulo, por ofender uma lei de interêsse e ordem pública, as partes não podiam concordar em que o acto fôsse válido, a-pesar de violador da norma do art. 99.º «*in proemio*». Trata-se, pois, de uma nulidade relativa.

E o mesmo se conclue da doutrina do art. 299.º.

Se fôsse uma nulidade absoluta, uma nulidade resultante de se ter violado uma norma de interêsse e ordem pública, o acto era nulo, quer o menor requeresse, quer não, a nulidade: a nulidade seria superior à vontade do menor.

Mas não acontece isso. Tratando-se, portanto, de uma nulidade relativa.

E' preciso, em cada caso, considerarmos (e considerarmos bem), para concluírmos se se trata de nulidade absoluta ou de nulidade relativa; por outras palavras: se a norma violada é uma norma de interêsse e ordem pública ou uma norma de interêsse privado.

Há casos correntes de estado das pessoas, organização da família, sucessão da família, pátrio poder, poder marital, organização da propriedade, formas de publicidade, todos casos de normas de interêsse e ordem pública.

Há outros casos duvidosos que é preciso considerar bem para se verificar se se está em face duma nulidade absoluta ou duma nulidade relativa. Eu dito um exemplo:

Quando alguém vende o que não é seu, a venda é nula.

Há uma nulidade do acto. Mas, nulidade absoluta ou relativa?

Se preguntarem a alguém que não seja perito em direito, a resposta será: é uma nulidade absoluta. Quem vende o que não é seu, pratica um acto jurídico absolutamente nulo. Mas, o que é certo é que não é uma nulidade absoluta. Trata-se de um acto relativamente nulo.

Levaria muito longe entrar em considerações para demonstrar que o acto é absolutamente nulo. O assunto está tratado (mais uma razão para nos dispensarmos de o tratar aqui) por Capitant no seu livro «Les Causes des Obligations».

Vamos, agora, ver qual o regime jurídico das nulidades absolutas e das nulidades relativas. Devemos, para isso considerar um texto, que é o art. 1.191.º e o seu § 2.º.

Diz êste artigo: «*Não é lícito ao marido alienar bens imobiliários, nem estar em juízo por causa de questões de propriedade, ou posse de bens imobiliários, sem outorga da mulher*».

E o seu § 2.º: «*As alienações, porém, dos bem próprios feitos pelo marido, contra a disposição dêste artigo, só podem ser anuladas a requerimento da mulher ou dos seus herdeiros, achando-se o marido constituído em responsabilidade para com ela, ou para com êles, e não tendo outros bens pelos quais responda*».

E diz o art. 1.201.º: «*A nulidade por falta de autorização pode ser sanada:*

1.º — Pela confirmação do marido, não se achando proposta em juízo, por terceiro, acção nenhuma a êste respeito;

2.º — Se não fôr arguída dentro de um ano, contado desde a dissolução do matrimónio;

3.º — Se o acto houver prescrito, conforme as regras gerais».

O art. 1.191.º, § 2.º, trata de uma espécie de nulidades, nulidade que só pode ser arguída pela mulher ou pelos

seus herdeiros, nulidade que só pode ser arguída em certo prazo, diz o art. 1.191.°; nulidade que, se não fôr arguida, é sanada diz o art. 1.201.°.

Trata-se, por conseqüência, de uma nulidade que só certas pessoas podem arguir, uma nulidade que só pode ser arguída em certo prazo, uma nulidade que pode ser sanada por ratificação, expressa ou tácita, e uma nulidade cuja acção de anulação prescreve num certo prazo. *É de uma nulidade relativa que se trata.*

Fazem parte do regime da nulidade relativa: o só poder ser requerida a declaração de nulidade por certas pessoas, o só poder ser requerida em certo prazo — prazo que varia, segundo os arts. 687.° e segs. —, o poder ser sanada, isto é, ratificada ou tácita ou expressamente, e prescrever o direito de pedir a acção de anulação depois de certo prazo.

Este é o regime da nulidade relativa.

Em oposição a êste regime, há o da nulidade absoluta.

Se a nulidade é absoluta, pode ser pedida a declaração de nulidade por todos os interessados. Não é apenas por certos, como além apenas pela mulher ou pelos seus herdeiros. Pode ser requerida em qualquer prazo, conforme se pode ver no artigo 693.°: «*A nulidade do contrato pode ser oposta, por via de excepção, a todo o tempo em que o cumprimento do contrato nulo fôr pedido*».

E no art. 694.°: «*Pode ser proposta a acção, ou deduzida a excepção de nulidade, tanto pelos queixosos e seus representantes, como pelos seus fiadores, salvo nos casos em que a lei expressamente ordenar o contrário*».

Pode ser requerida a todo o tempo a declaração de nulidade. E' insanável, isto é, não se pode ratificar o acto absolutamente nulo.

Repetimos,

A) — Notas do regime da nulidade relativa:

a) — Só pode ser pedida a declaração de nulidade em certo período, e por pessoas determinadas pela lei;

b) — Pode ser sanado o acto, ou expressa ou tàcitamente. Expressamente, por meio da ratificação. Tàcitamente, por um acto donde se deduza a ratificação.

c) — E só pode ser pedida a declaração de nulidade em certo período. Passado êsse período, caduca o direito de pedir a anulação.

B) — Notas do regime da nulidade absoluta:

a) — Pode ser pedida por todos os interessados em todo o tempo.

b) — E' insanável, quere dizer: não pode ser ratificada.

Mas nós dissemos: a declaração de nulidade do acto absolutamente nulo pode ser pedida por todos os interessados.

Chamamos a vossa atenção para dois pontos.

1.° ponto: quando se trata de *nulidade relativa*, diz-se que o tribunal **anula** *o acto*; quando se trata de *nulidade absoluta*, diz-se qud o tribunal **declara** *o acto nulo*.

2.° ponto: quem são os interessados que podem pedir a declaração de nulidade absoluta? Nós dissemos: são todos. Mas, todos que tiverem qualquer interêsse, ou só aqueles que têm interêsse patrimonial?

Nós opinamos que só podem pedir a declaração de nulidade absoluta os que têm interêsse patrimonial, e excluímos, por conseqüência, o interêsse moral e o interêsse social.

E' certo que há casos excepcionais em que, quem tem ou representa interêsses sociais, pode pedir a declaração de nulidade dum acto.

Mas, só, excepcionalmente. Porque, em regra, só pode pedir a declaração de nulidade dum acto absolutamente nulo quem tem interêsse patrimonial.

Por exemplo: em matéria de casamento, a citada *Lei de Família n.° 1* diz no seu art.° 13.° que o Ministério Público pode pedir a declaração de nulidade dum casamento feito contra o disposto no art.° 4.° da mesma Lei. Ora, o

Ministério Público não representa interêsses patrimoniais, mas sim sociais.

Neste caso, por excepção, também quem tem interêsses sociais pode pedir a declaração de nulidade. Mas, repetimos, só excepcionalmente. Em regra, só quem tem interêsse patrimonial é que pode pedir a declaração de nulidade.

E quando, repito, se trata de nulidade relativa, só pode pedir a declaração de nulidade aquele a quem a lei quís proteger. Não é qualquer interessado; *é só aquele a quem a lei quís proteger.*

O acto relativamente nulo é válido até ao momento da anulação, e até que o tribunal o declare nulo. Mas, uma vez anulado, a anulação retroage ao momento da formação do acto jurídico.

Por exemplo: faz-se um contrato de compra e venda relativamente nulo. Êsse contrato é válido, até que o tribunal o anule. Mas, logo que o tribunal o anule, a anulação retroage ao momento em que se fez o contrato, ao momento da formação do contrato de compra e venda.

E' o que se pode ver, lendo o art.° 697.°, que diz:

«*Rescindido o contrato, haverá cada um dos contraentes o que tiver prestado, ou seu valor, se a restituïção em espécie não for possível*».

Quer dizer: o contrato de compra e venda é válido até que o tribunal o anule. Mas, logo que o tribunal o anule, considera-se tal, desde o momento da sua formação; e o comprador vai buscar o dinheiro que deu ao vendedor, e êste a coisa que lhe vendeu.

9.° Das fontes do Direito (cont.)

n)—Conceitos clássicos de instituïção, dado por Savigny, von Ihering e pelo professor Guilherme Moreira, além doutros.

—Conceito de instituïção dado por Hauriou.

—Aproximação dêstes dois conceitos.

—A opinião de George Renard.

Vamos falar hoje das instituïções jurídicas.

Numa lição anterior falámos na classificação das normas jurídicas. Antes, tinhamos definido o que era norma jurídica. E agora vamos ver o que se deve entender por instituïção. Vamos dar o conceito clássico e um conceito moderno dessa expressão *instituïções* e procurar relacionar um com o outro.

O conceito de norma jurídica é dado superiormente por von Ihering no seu livro «L'esprit du Droit Romain dans les Diverses Fases de son Développement. Nêsse livro diz von Ihering pouco mais ou menos o seguinte:

«A regra jurídica deduz-se da relação social. Mas acontece, por vezes, que para regular a mesma relação social há diversas regras jurídicas. E, então, o ponto de contacto, de convergência de tôdas essas diversas normas jurídicas, que regulam uma relação social, é o fim. Acontece, ainda, que umas regras jurídicas têm relações com outras. De maneira que essas regras jurídicas formam sistimas. Esses sistemas das regras jurídicas são a ossatura do Direito, ossatura que é coberta pelas normas singulares, assim como os ossos do esqueleto são cobertos pelos músculos, nervos e outros tecidos».

Os Srs. estão a ver já o que von Ihering entendia por instituïção jurídica. E' instituïção jurídica, por conseqüência, um complexo de regras jurídicas que se penetram umas às outras, formando um corpo orgânico, que se difundem por diversas regulamentações e que têm por base um facto central, que preside ao seu desenvolvimento.

Por conseqüência, para haver uma instituïção é preciso haver um complexo de regras, regras que têm ligação umas com as outras, regras que formam um corpo orgânico, regras que se difundem por uma série indefinida de regulamentações, regras que têm por base um facto central que preside à sua elaboração. Está a ver-se, adentro dêste conceito, a relação entre a regra de direito e a instituïção.

A lei é um elemento, como estão a ver, da instituïção. A lei é o elemento simples, a instituïção é o composto. A lei combina-se com outras leis para formar um sistema, um corpo organizado. Porque não é qualquer facto que dá origem a uma regra de direito. Só certos factos relevantes é que determinam uma regra de direito.

Há relações sociais e há relações jurídicas. Um facto de homem para homem é uma relação social. Mas, se êste facto de homem para homem está disciplinado por uma regra de direito, converte-se de relação social em relação jurídica.

De madeira que, a regra jurídica é uma regra da vida social regulada pelo Direito.

Mas essas regras não estão espalhadas por um corpo de leis, por uma ordem dispersa: essas leis têm conexão por vezes, umas com as outras, têm ligação. Como diz von Ihering: há muitas leis para disciplinar um facto social; e, quando essas leis, regras de direito dispersas, obedecem a um sistema, formam um corpo organizado, então é que se diz haver uma instituïção.

Também há instituïções abstractas e concretas, como

há regras de direito abstractas e regras de direito concretas.

«O homem é susceptível de direitos e obrigações», diz o art.º 1.º do Código Civil. E' uma regra abstracta. Eu, homem, tenho, por isso, direitos e obrigações. E' uma regra concreta.

A sucessão legítima, por exemplo, é uma instituïção. Aí, há um complexo de regras formando um corpo organizado. E' uma instituïção. Morre o autor da herança, abre-se uma sucessão. E essa instituïção, que é abstracta, que é teórica, que é apenas, uma vocação, passa a aplicar-se a um indivíduo ou a indivíduos, concretiza se, passa a ser uma instituïção concreta.

Eu sou filho do autor da herança, sou, por conseqüência, herdeiro legitimário; surgiu uma situação concreta, onde havia, antes, uma situação abstracta, isto é, uma vocação, uma situação teórica.

Vamos, agora, com um exemplo, tornar mais claro o que devemos entender por instituïção.

Repetimos: *instituïção jurídica* é um complexo de regras de direito que se penetram umas às outras formando um corpo organizado, que se difundem numa série indefinida de regulamentações e que tem por base um facto central que preside à sua elaboração e desenvolvimento.

Vejamos uma instituïção. Seja o casamento, embora o estudo desta instituïção não pertença ao curso em que estamos.

Eu vou explicar. Há «casamento» e «casamento». Quere dizer: há casamento-instituïção e casamento-acto jurídico.

Há um grupo de regras jurídicas que regulam o estado de casado. Isto é o que se chama uma instituïção. Mas, também, há um acto por virtude do qual o indivíduo entra no estado de casado: é o que o nosso Decreto-Lei n.º 1 de 25 de Dezembro de 1910 chama o contrato de casamento, e é o que eu chamo um acto jurídico «*sui generis*». (Fui eu

quem primeiramente, entre nós, chamou ao casamento um acto jurídico «*sui generis*», negando-lhe a natureza contratual).

Mas vamos ao casamento-instituïção, que é êsse que nos interessa.

Dissemos que a instituïção é um complexo de regras. Umas dizem respeito à capacidade para casar, outras à forma externa do casamento, outras aos efeitos do casamento, outras ao poder marital, outras ao regime de bens, etc..

Tôdas essas regras têm entre si relação, conexão, penetram-se, formam um todo orgânico que se difunde por uma série indefinida de regulamentações, e que derivam dum facto central que lhes serve de base e preside ao seu desenvolvimento, que é a união sexual.

Que é a união sexual? E' um facto socialmente relevante.

E' necessário disciplinar êsse facto da união sexual, para bem da sociedade, para o desenvolvimento da humanidade e do progresso social. E, então, surge uma série de regras que diz respeito a ângulos diversos, a prismas diferentes dêsse facto central, regras que formam um todo orgânico e a que preside o facto central união sexual. E' isso que se chama uma instituïção.

O que digo do casamento, poderia dizer de várias outras instituïções. Por exemplo: de avarias, em matéria de navegação, de obrigações, em matéria de Direito Civil, de propriedade, etc.

Ora, êste é o conceito de *instituïção* de von Ihering, êste é o conceito que de instituïção teve, por exemplo, o falecido professor Guilherme Alves Moreira.

Êste professor escreveu um livro intitulado «Instituïções do Direito Civil». No 2.º volume ocupa-se de Obrigações. Que é que êle entendia por obrigações, segundo se depreende do seu livro? Entendia um composto de regras que tinham entre si conexão, formando um corpo organizado que se difundia em várias regulamentações e tinha por base

factos. Esses factos sociais que eram base das obrigações eram os factos que se chamam fontes das obrigações.

Êsse conceito de instituïções é um conceito comum, (Não digo *vulgar*, porque é um conceito científico) é o conceito de instituïções, que até hoje, mais freqüentemente, se tem dado aos alunos.

Eu, porém, sou obrigado a dar-lhes outro conceito e a relacionar o novo conceito que vou dar com êste conceito clássico.

Apareceu últimamente, quere dizer, já neste século, nas duas últimas décadas, terceira e quarta, um movimento jurídico chamado o movimento institucional. E' o movimento de que foi principal sequaz, e talvez inventor, Hauriou, falecido professor de Direito Administrativo em Toulouse.

Esse movimento tem engrossado dia a dia, e cada dia aparecem novas obras, novas teses sôbre êsse movimento jurídico chamado institucional.

Ora, Hauriou definiu *instituïção*, em 1925, quási no fim da sua vida, numa obra intitulada «La teorie de l'institution et de la fondation», que apareceu nos cadernos «La nouvelle journée», de modo seguinte: «*instituïção é uma idea de obra ou de empresa que se realiza e dura no meio social, mediante um poder que a realiza, e havendo entre os indivíduos, que formam o meio social, manifestações de comunhão*».

Para Hauriou, como estão a ver, para que haja uma instituïção é necessário: 1.º elemento, uma idéa de obra ou de empresa; 2.º elemento, realização dessa idéa de obra ou de empresa mediante poderes; 3.º elemento, a existência, entre os indivíduos que compõem o meio social onde se realiza a obra ou a empresa, de manifestações de comunhão.

Hauriou, nessa mesma obra, distingue entre *instituïções-pessoas* e *instituïções-coisas*. Há instituïções que se personificam — por exemplo, o Estado, um sindicato, um

município — e instituïções que não ganham a qualidade de pessoas; por exemplo, a propriedade, uma obra de beneficência que nunca foi personificada, cuja realização está confiada aos benfeitores.

A primeira categoria de instituïções chama-se instituïções-pessoas; a segunda categoria, instituïções-coisas.

Agora, e posto isto, vamos ver que relação poderá haver entre a primeira noção de instituïção — grupo de regras jurídicas organizado — e a segunda definição de instituïção, aquela que nos é dada por Hauriou.

«*Primo conspectu*», parece que esses conceitos são inteiramente diversos. Mas a nós, afigura-se-nos que não é assim. Esses diversos conceitos de instituïção resultam só da posição que toma o jurisconsulto.

Von Ihering, Guilherme Moreira, Savigny, olharam a instituïção de fora para dentro. Hauriou colocou-se no centro da instituïção, para surpreender aí o movimento da instituïção. Daí, a diversidade de conceitos.

Vejamos se assim é. Vamos outra vez à instituïção do casamento.

Von Ihering examinou o casamento, como disse, de fora para dentro. E que viu? Viu um complexo de regras, regras que são entre si ligadas, que são conexas, regras que se difudem por uma série de regulamentações indefinida, regras que têm um facto central que lhes serve de base e preside ao seu desenvolvimento — a união sexual — regras, afinal, que regulamentam o casamento. Fez um exame externo da instituïção.

Hauriou, por sua vez, que fez? Tomou posição dentro da instituïção e viu, realmente, uma idea, que é a idea da união sexual, que se efectiva no meio da sociedade, ideia-obra que tem realização por intermédio de órgãos — o órgão do registo civil, etc. — idea que importa a manifestação de comunhão entre os indivíduos que compõem o meio social.

De maneira que, no fim de contas, tudo depende da

posição do jurisconsulto. Ou se vêem as instituïções de fora para dentro, ou de dentro para fora. No primeiro caso, temos um complexo de regras organizado; no segundo caso, temos uma idea-obra ou uma idea-empresa que se realiza num meio social.

Ora êste conceito de instituïção é que ainda, que eu saiba, não foi lançado nas nossas escolas. E, no entanto, impõe-se a sua análise, porque, como disse, o chamado movimento institucional perdura.

Hauriou escreveu, como disse; «La Teorie de L'institution et de la Fondation»; Reynaud escreveu «L'institution de la Dot»; Georges Renard escreveu «La Teorie de L'institution, Essai d'ontologie Juridique», e muitos outros têm escrito obras que podemos integrar nesse movimento institucional.

Eu refiro-me, agora, à obra de Renard — «La Teorie de L'institution, Essai d'ontologie Juridique».

Êsse livro é curioso e recente. O primeiro volume foi publicado em 1930 e o segundo creio que é de 1932.

Nessa obra, Renard, que também era professor de Toulouse, como Hauriou, mas que hoje suponho ser frade, diz o seguinte:

«Chegámos, meus senhores, à tese central da minha obra, àquela em prol da qual eu venho alegar — *plaidoyer* — a existência de um dualismo de sujeitos de direito. A par do direito do homem, há o direito da instituïção. A par do direito individual, há o direito social.

Isto que eu lhes vou dizer não é idealismo jurídico, é psicologia prática.

Nós observamos todos os dias que, ao lado do homem, existe a família, a pátria, a religião. O homem morre, passa, e a família perdura; a pátria tem uma fôrça de conservação que não tem a família nem o indivíduo; a religião é eterna.

Por conseqüência, ao lado da realidade-indivíduo, há a realidade-instituïção.

Por função individual, eu tenho de conservar, defender o sangue que corre nas minhas veias; mas êsse sangue que corre nas minhas veias tem muitas partículas do sangue da minha família. Eu tenho de defender o meu ideal próprio, mas também o meu pensamento ou a idea da civilização a que pertenço. Tenho os meus sentimentos, mas estes foram insuflados pela religião que eu perfilho.

Por conseqüência, eu tenho de ter amor à minha família, à minha pátria e à religião.

Se puder defender simultâneamente o meu «*ego*», a minha família, a minha Pátria e a Religião, é conveniente que o faça. Mas, se esses interêsses se não puderem harmonizar. Se para defender a minha pessoa, tenho de causar prejuízo à minha família, à Pátria ou à Religião, então devo ser sacrificado; o bem individual, pessoal, deve ceder perante o bem comum, o bem colectivo, como diz S. Tomás».

Mas, se eu fiz uma digressão pelo livro de Renard, não era isso que nos interessava. O que nos interessava é o conceito que êle dá de instituïção.

Ele diz no 1.º volume do seu livro: «O Conceito de instituïção está ainda hoje cercado de neblina. Se eu me pudesse servir de uma imagem fotográfica, diria que o conceito de instituïção, como hoje nos aparece, foi retirado da substância plástica da chapa; mas, para fazermos um conceito nítido, perfeito de instituïção, é necessário tirar a chapa para fora da câmara escura, trazê-la para a luz do dia, e pôr assim, em relêvo, o nosso critério. Só então, fazendo o que até hoje não foi feito, é que poderemos encontrar uma noção exacta, nítida do que é a instituïção».

De maneira que, vejam: para von Ihering, para o professor Guilherme Moreira, para os nossos professores, a instituïção era apenas um conjunto de regras de direito, que formavam um corpo organizado, que se baseavam num facto central que presidia ao seu desenvolvimento. Como lhes disse, é o conceito de instituïção visto de fora para dentro.

Para Hauriou, a instituïção é uma idea de obra ou de empresa que se realiza no meio social. E' o conceito de instituïção visto de dentro para fora.

Para Renard, ainda não está nítido, perfeito, o conceito de instituïção; o conceito de instituïção ainda está envolvido na neblina. Sente-se o que é instituïção, vê-se, palpa-se a instituïção; esta é já um fenómeno da psicologia experimental, mas ainda não temos de *instituïção* um conceito verdadeiramente nítido.

Êste assunto é um pouco transcendente; mas, porque é novidade o que êle trouxe ao ensino, gostaria que os Srs. o estudassem convenientemente.

10.º Das fontes do Direito (cont.)

o)—Divisão do Direito:

—Direito público.
—Direito privado.
—O Direito público subdivi-se em:
—Direito constitucional
» administrativo
» penal
» processual
—O Direito privado subdivide-se em:
—Direito civil
» comercial { terrestre / marítimo
» de trabalho e previdência social.

As leis agrupam-se dum modo organizado em *instituïções* — disse eu na última aula; *instituïções*, no sentido que lhes davam Savigny, von Ihering e o professor Guilherme Moreira.

Mas estas regras jurídicas, que se absorvem em instituïções, ainda se dividem em ramos de Direito.

A primeira divisão do Direito, a divisão clássica que nos vem do Direito Romano, é esta: regras de direito público e regras de direito privado.

Ulpiano definia assim: «*publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat*» (o direito público é o que contempla o estado da coisa romana); *privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet*» (o direito privado é o que pertence à autoridade dos particulares). (1)

(1) Ulpiano, L. 1, § 2, D., *de Justit.*, 1, 1.

Segundo essa definição, direito público era o que visava o interêsse público e direito privado o que visava o interêsse dos particulares.

Nem todos têm admitido esta definição de direito público e de direito privado, Mas o que é certo — para encurtarmos apreciações — é que na própria organização de estudos da nossa Faculdade de Direito se faz distinção entre direito público e direito privado.

Assim, há doutoramentos de ciências histórico-jurídicas — doutoramentos de direito privado, e há doutoramentos de ciências económico-políticas — doutoramentos de direito público.

Mas, quanto ao critério que possa servir para definirmos o que seja direito público e o que seja direito privado, há discordância entre os escritores.

Uns dizem: direito público é o que visa o interêsse público, à maneira da definição de Ulpiano; direito privado é o que visa os interêsses privados, também à maneira do que dizia o mesmo jurisconsulto romano.

Outros, seguindo critério diferente, dizem: direito público é o que regula as relações do Estado com os particulares, e direito privado é o que regula as relações dos particulares entre si.

Qualquer dêstes critérios é rígido. No fundo, bem no fundo das coisas, o Direito procura sempre a utilidade pública, o bem colectivo, o bem comum.

Uma lei votada pela Assemblea Nacional e promulgada pelo Presidente da Rèpública, um decreto-lei emanado do Govêrno nunca procuram os interêsses de *A*, de *B*, ou de *C*, procuram sempre regular as relações sociais da maneira mais conveniente ao interêsse público, ao bem comum.

Por conseqüência, êsse critério que se cifrava em dizer: o direito público visa o interêsse público e o direito privado visa os interêsses particulares, é um critério que, definido nestes precisos termos, não pode ser aceite.

Também o outro critério, o que diz que direito público é o que regula as relações do Estado com os particulares e direito privado o que regula as relações dos particulares entre si, não é aceitável. Porque o próprio Estado, muitas vezes, entra em relações com os particulares, reguladas pelo direito privado. Muitas vezes, o Estado despe-se da autoridade pública, aparece nas relações sociais com os cidadãos, como igual aos próprios cidadãos.

Basta ler o 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, êsses direitos e obrigações constituem a capacidade civil dos cidadãos, denominam-se direitos e obrigações civis, e são seguidos pelo direito privado contido no Código Civil, excepto na parte que é regulada por lei especial*».

Como os Senhores estão a ver, e consta da própria disposição do art. 3.º do Código Civil, o Direito Civil regula relações entre o Estado e os particulares relativas à propriedade.

Por conseqüência, o critério que acabamos de expor é inaceitável. E, então, procuram os escritores mitigar êsse critério rígido, e dizem, seguindo o primeiro critério: direito público é o que visa, directa e imediatamente, o interêsse público e direito privado é o que visa, directa e imediatamente, o interêsse dos particulares.

Com esta plasticidade já se compreende.

Aparece uma lei a regular uma relação social, por exemplo, a regular o contrato de compra e venda. No fundo, e bem no fundo, o que esta lei procura é regular uma relação social da maneira mais conveniente ao interêsse público. Mas o que, directa e imediatamente, a lei regula é uma relação entre particulares, entre o comprador e o vendedor.

E também procuram certos escritores mitigar o segundo

critério assim: direito público é o que regula as relações entre o Estado como tal e os particulares, entre o Estado guarnecido do poder público e os particulares: direito privado é o que regula as relações entre os particulares ou entre o Estado, despido do prestígio da autoridade, e os particulares.

Esse critério é uma mitigação do segundo critério, acima referido.

O primeiro critério mitiga se assim: direito público é o que visa, directa e imediatamente, o interêsse público, e direito privado é o que visa, directa e imediatamente, o interêsse dos particulares.

O segundo critério mitiga se assim: direito público é o que regula as relações entre o Estado como tal, *o Estado-autoridade*, e os particulares, e direito privado é o que regula as relações entre os particulares, ou entre o Estado, despido de poder público, e os particulares.

Chegamos, assim, à primeira grande divisão do Direito: *direito público*, de um lado, e *direito privado*, doutro lado.

Cada uma dessas grandes divisões ainda, por sua vez, se sub-divide. Assim,

O direito público pode ser; *Direito constitucional, direito administrativo, direito processual, direito penal* ou *criminal.*

O direito privado pode ser: *Direito civil, direito comercial* e, modernamente, apareceu um outro ramo de direito, *o direito do trabalho e previdência social*, que, também, se chama *direito operário e industrial.*

De maneira que temos já a primeira grande divisão: direito público e direito privado.

Ramos do direito público: direito constitucional, direito administrativo, direito processual e direito penal ou criminal.

O direito privado também tem divisões: direito civil,

direito comercial, que, ainda, pode ser terrestre ou marítimo, e direito do trabalho e previdência social (é a primeira vez que, entre nós, aparece êste terceiro termo), chamando-se, também, direito operário e industrial.

O direito público, como vêem, tem os ramos do direito constitucional, administrativo, processual e penal.

A-respeito do direito constitucional e do direito administrativo, não há dúvidas: são, evidentemente, ramos do direito público.

A-respeito do direito processual e do direito penal, já não acontece assim.

Ao passo que todos os escritores ou professores dos modernos tempos, que nós conhecemos, sustentam que o direito processual e o direito penal ou criminal são ramos de direito público (e, na verdade, a tradição didáctica portuguesa é nesse sentido), há, também, quem sustente que, tanto um como outro, são ramos de direito privado. E, com efeito, se nos socorrermos também da organização dos estudos de Direito, verificamos o seguinte:

No tal ramo de ciências jurídicas, há dois doutoramentos: em ciências histórico-jurídicas e em ciências económico-administrativas. E, depois, esses dois doutoramentos ramificam-se em quatro grupos de professorado: professorado de ciências históricas, professorado de ciências jurídicas, professorado de ciências económicas e professorado de ciências administrativas.

O doutoramento em ciências histórico-jurídicas dá concurso para os grupos de ciências históricas e ciências jurídicas, e o doutoramento em ciências económico-administrativas dá concurso para as ciências económicas e administrativas.

Pois bem, as ciências jurídicas são ciências de direito privado. Ora, no grupo dessas ciências, estão o Civil, o Comercial, o Processo (ou os Processos), o Penal e o Internacional Privado.

Por conseqüência, socorrendo-nos da organização dos nossos estudos, poderia parecer que o legislador quís considerar o Direito Criminal ou Penal e o Direito Processual como direito privado.

Mas, repito, na tradição didáctica portuguesa sustenta-se opinião contrária, sustenta-se, e com sólido fundamento, que os direitos processual e penal são ramos do direito público e não do direito privado.

Na última sessão, dissemos que as instituïções e regras de direito objectivo se dividiam em dois grandes grupos; *direito público* e *direito privado*. E estabelecemos critérios de diferenciação entre direito público e direito privado.

Prosseguindo, diremos, hoje, que tanto o direito público como o direito privado se sub-dividem em outros ramos.

O direito público tem os seguintes ramos: direito constitucional, direito administrativo, direito penal ou criminal e direito processual, compreendende a organização judiciária.

Por sua vez, o direito privado tem os seguintes ramos: direito privado comum ou civil, direito privado especial comercial e especial do trabalho e previdência social, que, também, se chama direito operário ou, ainda, legislação industrial.

O direito público, em geral, vem a ser o complexo de regras de direito que se ocupa da estrutura do Estado e das pessoas colectivas de direito público, das relações que guardam entre si essas entidades, Estado e pessoas colectivas de direito público, das relações delas com os particulares.

Quando estas regras dizem respeito à estrutura do Estado, mòrmente aos órgãos superiores do Estado — constitui o chamado *direito constitucional*.

Quando essas regras dizem respeito à estrutura e ao funcionamento dos órgãos inferiores do Estado—constitui o chamado *direito trativo*.

Quando essas regras dizem respeito à tutela, isto é, à defesa da existência e do património do Estado e à defesa da existência e do património dos particulares, sancionando penas para que esta tutela se efective—constitui o chamado *direito penal*.

Quando essas regras dizem respeito à organização dos tribunais, à competência dêstes e às formalidades que se têm de guardar na prática dos actos processuais, designadamente na prática dos actos pelos quais os particulares se dirigem aos tribunais — constitui o que se chama *direito processual*.

Os dois primeiros ramos de direito público são o direito constitucional e o direito administrativo.

As linhas divisórias do direito constitucional e do direito administrativo não são nítidas. Há uma certa hesitação ao definir os limites dêsses ramos de direito público.

Há uma doutrina, que é sedutora, por ter lógica e simplicidade: é a doutrina que diz que o direito constitucional trata da estática do Estado e o direito administrativo trata da dinâmica do Estado.

Assim como, na Medicina, há uma ciência que descreve os órgãos do corpo humano, que se chama Anatomia, e há outra ciência que se ocupa das funções de cada um dos órgãos do corpo humano, que se chama Fisiologia, também, no Direito haveria uma ciência que se ocuparia da anatomia do Estado, da estrutura dos órgãos do Estado, da estática do Estado — o direito constitucional, — e haveria outra ciência que se ocuparia das funções dos vários órgãos do Estado, das relações dos vários órgãos do Estado com os particulares—o direito administrativo.

Mas, o que é certo é que essa sedutora doutrina tem a contrariá-la tanto a tradição didáctica como a tradição legislativa.

Se os Senhores pegarem num livro de direito político ou constitucional e noutro livro de direito administrativo,

ambos da actualidade ou do princípio dêste século, ou do fim do século passado, ou do meado do século passado, vêem que o direito constitucional ou político se ocupa tanto da estática como da dinâmica de alguns órgãos do Estado.

E, então, temos de arranjar a seguinte distinção:

Como lhes disse, há limites hesitantes entre o direito constitucional e o direito administrativo. O direito constitucional ocupa-se da estática, isto é, da estrutura e do funcionamento dos *órgãos superiores* do Estado. O direito administrativo ocupa-se da estrutura e do funcionamento dos *órgãos inferiores* do Estado.

Por exemplo: o chefe do Estado elege-se de uma certa maneira, tem umas certas atribuïções; o Govêrno tem tantos membros, tem certas atribuïções; a Assembleia Nacional tem um modo de eleição, tem atribuïções definidas. Tudo isso são disposições contempladas pela Constituïção, tudo isso é matéria do direito constitucional, portanto.

O direito administrativo diz quais são as atribuïções do governador civil, quais são as atribuïções do município, quais são as atribuïções das juntas de frèguesia, como se elege a junta de frèguesia, como se elege o município, etc.

Mas, quais sejam os órgãos superiores do Estado e quais os órgãos inferiores, quais sejam os órgãos de cuja estática e dinâmica se ocupa a Constituïção e quais os de cuja estática e dinâmica se ocupa o direito administrativo — eis os limites hesitantes.

O direito processual e o direito penal são ramos, como lhes disse, do direito público.

Há uma tradição didática no sentido de os escritores de Direito desta época, do princípio do século, do fim do século passado, do meado do século passado e ainda de antanho, considerarem tanto o direito processual como o direito penal ramos do direito público. No entanto, há ainda raros escritores de opinião contrária.

E, se nós, mais uma vez, formos analizar a organiza-

ção da nossa Faculdade de Direito, verificaremos que há quatro concursos correspondentes a dois doutoramentos nas Faculdades de Direito (o doutoramento de ciências histórico-jurídicas e o doutoramento de ciências económico-políticas): concurso para ciências históricas, concurso para ciências jurídicas, concurso para ciências económicas e concurso para ciências políticas.

O doutoramento de ciências histórico-jurídicas corresponde a direito privado; o doutoramento de ciências económico-políticas corresponde a direito público. E aos concursos para ciências históricas e para ciências jurídicas pareceria que devia corresponder o direito privado; no entanto, nas disciplinas que constituem o grupo das ciências jurídicas, compreende-se o direito penal e o direito processual, o que podia dar a entender, em relação ao legislador que tratou da organização dos estudos jurídicos, que o Processo e o Direito Penal eram ramos de direito privado e não de direito público.

Mas, o que é certo é que, além da tradição didáctica, que, como lhes disse, é nêsse sentido, também a lógica nos leva a opinar de igual maneira.

De que é que trata o direito penal? Da defesa da existência e do património do Estado, e da defesa da existência e do património dos particulares.

Quando se ocupa da defesa da existência e do património do Estado, evidentemente que é direito público. Quando se ocupa da defesa da existência e do património dos particulares, ainda o faz por motivos de interêsse geral, para bem comum, para bem da colectividade. Por conseqüência, ainda o faz como direito público.

O mesmo diremos a respeito do direito processual.

Os tribunais são órgãos do Estado. Por conseguinte, tratar da competência dos tribunais, do formalismo que se deve guardar nos tribunais, parece que é tratar de um ramo de direito público.

Assim, em nosso entender (e, na verdade, no de quási todos os escritores), o direito público divide-se, como dissemos, em direito constitucional, direito administrativo, direito penal ou criminal e direito processual, compreendendo a organização judiciária.

Também o direito privado tem sub-divisões, como já ficou dito.

O direito privado é constituído pelo complexo de regras que, directa e imediatamente, visam os interêsses dos particulares ou os interêsses do Estado desprovido de poder público, de *imperium*.

Essas regras, que dizem respeito à constituição da família, à capacidade jurídica das pessoas físicas e colectivas, à apropriação da riqueza e à utilização dos serviços, formam o direito privado comum, que também se chama direito civil.

Mas, acontece que, por virtude de circunstâncias especiais, por virtude de necessidades de profissão, em certos casos, essas regras comuns de direito privado são inaplicáveis.

O direito privado, por exemplo, estabelece rigidamente os meios de prova de certos contratos. O empréstimo de certas importâncias só se pode provar por meio de escritura pública; a compra e venda prova-se de certa maneira.

Mas a profissão comercial pratica freqüentemente estes actos; e, por conseqüência, não se pode sujeitar a essas normas rígidas do direito privado comum; precisa de um ritmo mais acelerado e, portanto, de dispensa de formalidades.

Ora, estas regras, diferentes mas paralelas às regras de direito privado comum, formam o direito privado especial comercial, que se sub-divide em dois grupos—o direito comercial terrestre e o direito comercial marítimo.

Os actos do comércio são *objectivos* e *subjectivos*.

Há uns actos que se consideram comerciais, porque

estão especialmente regulados no Código Comercial: são os actos objectivos de comércio.

Outros actos consideram-se comerciais, por serem praticados por comerciantes: são os actos subjectivos de comércio.

Os actos comerciais não são sempre, em todos os seus pormenores, regulados pelo direito comercial. O direito comercial estabelece regras especiais, diversas das do direito civil.

Mas, naqueles pormenores em que o direito comercial não estabeleça regras especiais, então, subsidiàriamente, aplicam-se as regras do direito privado comum, as regras do direito civil.

Pela mesma razão, porém, que ao lado do direito privado comum — o direito civil — apareceu o direito privado especial comercial, também, modernamente, as circunstâncias determinaram a formação de outras regras de direito especial.

O Estado começou a olhar com carinho para as relações entre operários e patrões, para proteger os primeiros. Começou a impor aos patrões uma certa orientação no trabalho, a tornar obrigatórios os seguros sociais, etc.. E o complexo dessas regras, que são paralelas às do direito privado comum ou civil, mas diversas, porque tendem a regular relações entre operários e patrões, constituem modernamente um outro ramo de direito privado especial, direito que pela primeira vez, entre nós, eu aponto como ramo do direito privado. E' o direito do trabalho e previdência social, que, também, podemos chamar direito operário ou, ainda, legislação industrial.

Êste novo termo da classificação do direito privado impõe-se, pela necessidade de acomodar o Direito à vida social.

Já hoje temos tribunais de trabalho, e, no Supremo Tribunal Administrativo, existe uma secção que trata dos conflitos de trabalho.

Portanto, legislativamente, está reconhecido que existe, ao lado do direito privado comum, e do direito privado especial, chamado comercial um outro ramo de Direito privado especial — o direito do trabalho e previdência social.

Até aqui, nós temo-nos ocupado do Direito, adentro de cada Estado. Mas, as relações e as situações jurídicas podem existir de Estado para Estado, assim como podem existir entre membros de diversos Estados.

Ao lado do direito interno temos, pois, de considerar o direito internacional, que, também, como aquele, é público e privado.

Lògicamente, nós fizemos uma distinção entre direito público e direito privado, e considerámos que tanto um como outro podem regular relações entre indivíduos do mesmo Estado, ou entre um Estado e os cidadãos dêsse mesmo Estado, ou entre Estados diversos, ou entre cidadãos de Estados diversos. E temos, assim, uma classificação: direito público interno e direito privado interno, direito internacional público e direito internacional privado. Esta é a distinção tradicional, com a qual nos conformamos, por esta razão simples: é que as inovações, quando não sejam necessárias, são perturbadoras.

O direito internacional, também, se chama direito externo e direito interestadual.

Segundo uns, tanto faz dizer direito internacional, como direito externo, como direito interestadual. Segundo outros, há diferença entre direito externo e direito internacional.

O direito seria internacional, quando criado pela vontade de dois ou mais Estados, colaborando uns com os outros para regular situações e relações jurídicas; e seria externo, quando a relação jurídica fôsse regulada pelas normas de direito interno, internacionalmente, relevantes.

Eu vou explicar com exemplos.

Diz o art.° 24.° do Código Civil: «*Os portugueses, que viajam ou residem em país estrangeiro, conservam-se su-*

jeitos às leis portuguesas concernentes à sua capacidade civil, ao seu estado e à sua propriedade imobiliária situada no reino, enquanto aos actos que houverem de produzir nele os seus efeitos...»

Os Senhores vêem aqui uma regra que se aplica aos portugueses que vivem no estrangeiro. Uma regra de direito interno, porque é de direito civil. E' uma regra criada pelo Estado português, mas tem aplicação em relações internacionais. E', pois, uma regra de direito interno, interoacionalmente, relevante, porque tem aplicação internacional.

Vou, ainda, dar-lhes outro exemplo.

Para regular o casamento fez-se uma convenção: a Convenção da Haia de 12 de Junho de 1902.

Esta convenção aplica-se aos casamentos de cidadãos de vários Estados aderentes. Hoje, os Estados aderentes são oito ou nove, entre os quais se encontram Portugal e a Itália.

Se um português casa com uma italiana, ou vice-versa, aplica-se a convenção da Haia.

Como a convenção da Haia tem regras que resultaram da colaboração de vários Estados, teríamos uma relação jurídica regulada por uma norma internacional.

Mas, há Estados que não são aderentes da convenção da Haia. Por exemplo, a França, depois da guerra de 1914-1918, renunciou à convenção. A Bélgica, idem. A Espanha nunca chegou a aderir. A convenção só se aplica aos indivíduos pertencentes a Estados aderentes.

Suponham que casa um espanhol com uma francesa. Não se aplica a convenção. Têm de aplicar-se normas de direito interno. E, então, segundo aqueles que querem distinguir entre direito internacional e direito externo, estamos perante uma relação regulada pelo direito externo e não pelo direito internacional.

Também, o Estado pode aparecer nas relações internacionais como um simples particular, isto é, desprovido de

imperium, sem o fastígio da autoridade pública. Se, assim, acontecer, da mesma maneira que as relações entre o Estado desprovido de *imperium* e um simples particular são relações de direito privado, também as relações de um Estado com um particular de outro Estado, quando o Estado intervém sem *imperium*, são relações de direito internacional privado.

Suponham os Senhores: o Estado brasileiro resolve comprar em Lisboa um palácio para a sua embaixada, e compra-o a um dos Senhores.

Quando o Estado brasileiro compra o palácio a um dos Senhores, que o vende, aparece desprovido de *imperium*, sem o fastígio da autoridade pública, aparece como particular.

A relação, que se estabeleceu, é regulada por normas de direito internacional privado.

Não é absolutamente indiscutível a definição de direito internacional.

Uns dizem que o direito internacional é o direito que regula as relações de Estado para Estado, ou as relações entre indivíduos pertencentes a diversos Estados.

Outros — hoje poucos — dizem: o Estado não tem personalidade jurídica. Por conseqüência, não pode ter relações jurídicas. Não é susceptível de direitos e obrigações. De maneira que, o direito internacional público não é o direito que regula as relações de Estado para Estado, é o direito que regula as relações entre os governantes de diversos Estados.

Seja como for—e o assunto não interessa consideràvelmente aqui, porque estamos numa cadeira de Direito Civil, e não de Direito Internacional,—seja como for, os Senhores verificam, desde já, que, ao lado do direito interno, que é público e privado, tendo cada um deles vários ramos, há, também, o direito internacional, que é, do mesmo modo, público e privado.

O direito internacional estava, antes da guerra actual, na ordem do dia, em grande parte devido a essa instituïção chamada a Socidade das Nações, criada pelo tratado de Versailles, que foi celebrado depois da chamada Grande Guerra, a guerra de 1914-1918.

E, no campo do direito internacional, também se procurou fazer uma grande renovação.

Por virtude da tal elaboração institucional, de que eu já lhes falei, até há pouco entendia-se que uma convenção ou um tratado normativo entre Estados era um acto contratual. E, por ser um acto contratual, podia um Estado retirar-se da convenção, *denunciar a convenção*, como se diz em terminologia jurídica.

Assim, aconteceu com a convenção a que há pouco lhes fiz referência. A Espanha e a Rússia, por exemplo, estiveram em Haia, discutiram a convenção, mas nunca aderiram. A França e a Bélgica aderiram, mas, durante a grande guerra, denunciaram a convenção, desaderiram. A Alemanha ficou fora da convenção, por virtude do tratado de Versailles.

Por conseqüência, estabeleceu-se na convenção uma cláusula, que dizia: cada uma das altas partes contratantes — também é terminologia jurídica — pode denunciar a convenção, notificando às outras altas partes contratantes a sua resolução com antecedência de tantos meses.

Por virtude da dita elaboração institucional, assim como se admitiu a existência da instituïção nacional, assim se admitiu a existência de instituïções internacionais. E admitiu-se a existência de uma instituïção de tôdas as instituïções, que era a *comitas gentium*, a sociedade das nações.

E, segundo esta concepção, as convenções que fixavam uma regra ou regras reguladoras de instituïções não eram actos subjectivos, não criavam obrigações subjectivas para as partes contraentes. Da instituïção resultava um poder de autoridade, princípios de direito que se impunham aos contraentes. Por conseguinte, as regras seriam regras de direito objectivo e não obrigações subjectivas.

Isto é importante. Se os senhores quizerem ler um livro que lhes dê notícia dessa elaboração doutrinal, vejam «La Societé Internationale et les Principes de Droit Public», de Delos.

Em suma, resumindo um pouco da lição anterior e a lição de hoje, direi:

As instituïções jurídicas, formadas por regras jurídicas, agrupam-se em dois grandes ramos de direito — o direito público e o direito privado.

Cada um dêsses grandes ramos tem sub-divisões.

O direito público sub-divide-se em direito constitucional, direito administrativo, direito penal ou criminal e direito processual, compreendendo a organização judiciária.

O direito privado sub-divide-se em direito privado comum ou civil, direito privado especial ou comercial, nos seus dois ramos de direito comercial terrestre e direito comercial marítimo, e direito privado especial do trabalho e previdência social, também chamado direito operário ou legislação industrial.

E tanto o direito público como o privado podem ser interno e internacional.

- DIREITO
  - PÚBLICO
    - Interno
      - constitucional;
      - administrativo;
      - penal ou criminal;
      - processual e organiz. judiciária;
    - Internacional
  - PRIVADO
    - Interno
      - comum ou civil;
      - especial ou comercial
        - terrestre
        - marítimo
      - especial do trabalho e previdência social — direito operário ou legislação industrial.
    - Internacional

II.º Das fontes do Direito (cont.)

p)—Fases da vida da Lei:

1.ª)—A formação da Lei.
2.ª)—A promulgação da Lei.
3.ª)—A publicação da Lei.
4.ª)—O período da «vacatio-legis»: no Continente, nas Ilhas adjacentes, nas Ilhas das Flores e do Corvo e nas Colónias.
5.ª)—A vigência da Lei.
6.ª)—A Lei obriga a todos sem excepção.
7.ª)—Consideração dos artigos 9.º e 659.º do Código Civil.
8.ª)—A obrigatoriedade da Lei ratificada começa depois da publicação da ratificação.
9.ª)—O ocaso da Lei, por virtude da revogação ou por circunstâncias intrínsecas da mesma Lei.
10.ª)—Espécies de revogação da Lei.

A propósito da lei como fonte formal do Direito, falámos de instituïções como um complexo organizado de leis. Dissemos que há dois ramos de direito. Os ramos de Direito são, também, um complexo de leis, ou antes, de instituïções jurídicas.

Voltamos agora a falar das leis para estudar a sua vida.

A lei atravessa diversas fases, a primeira das quais é a da sua *formação*, a segunda a da *promulgação*, a terceira a da *publicação*, depois há a «*vacatio legis*», e, por fim, a lei entra em vigor e acaba por ser abrogada, atingindo, assim, o seu fim.

É' da vida da lei, pois, que hoje nos vamos ocupar.

O primeiro período da lei é a *formação*; é, por assim dizer, a situação de feto.

Ocupa-se da formação da lei o art.º 97.º da Constituïção, que diz: «*A iniciativa da lei compete indistintamente ao Govêrno ou a qualquer dos membros da Assemblea Nacional; não poderão porém estes apresentar projectos nem fazer propostas de alteração que envolvam aumento de despesa ou deminuïção de receita do Estado.*

§ único. A apresentação de projectos de lei será condicionada pelo voto favorável de uma comissão especial».

Em suma: uma lei começa por na Assemblea Nacional se apresentar um projecto ou uma proposta de lei.

Há distinção entre *projecto* e *proposta*.

Quando a iniciativa da lei é tomada por um membro da Assemblea Nacional, chama-se um *projecto de lei*.

Quando a iniciativa da lei é tomada por um membro do Govêrno, chama-se uma *proposta de lei*.

Esta distinção entre projecto e proposta já vem da Constituïção de 1911 e perdura. E' uma terminologia que a Constituïção de 1933 aceitou.

Depois de apresentado o projecto (ou a proposta) vai à Câmara Corporativa. A Câmara Corporativa estuda-o e dá o seu parecer. Volta outra vez à Assemblea Nacional o projecto (ou a proposta) com o parecer da Câmara Corporativa.

E' então discutido. Recai sôbre essa discussão uma votação; e, quando aprovado o projecto (ou a proposta), surge então um texto de lei, uma lei com o seu conteúdo.

Mas, ainda não estamos em face da lei. Essa proposta (ou êsse projecto) discutida e votada pela Assemblea Nacional continua a ser uma proposta, já com mais sacramentos do que tinha a proposta do Govêrno, ou o projecto da Assemblea Nacional porque já tem uma votação. Mas, não é lei, porque, para haver lei, é preciso mais alguma coisa.

No tempo da Carta Constitucional, chamava-se ao di-

ploma assim votado pelas Côrtes um *decreto das Côrtes*. Hoje, continua a chamar-se um *projecto* ou *uma proposta de lei.*

Depois de discutido e votado o projecto (ou a proposta) pela Assemblea Nacional, vai ao Presidente da Rèpública.

Com efeito, diz o art.° 98.° da Constituïção: «*Os projectos aprovados pela Assemblea Nacional são enviados ao Presidente da República, para serem promulgados como lei dentro dos quinze dias imediatos*».

Entramos, assim, na segunda fase da vida da lei: o projecto (ou a proposta) vai ao Presidente da Rèpública, para êste fazer a *promulgação.*

O Presidente da Rèpública promulga ou pode deixar de promulgar. Porquanto, o Presidente da Rèpública tem «veto», mas não «veto» definitivo. Em todo o caso, tem «veto».

Se êle resolve não promulgar no prazo de 15 dias, volta o projecto ou a proposta de lei à Assemblea Nacional. E, se a Assemblea Nacional por $\frac{2}{3}$ dos seus membros em exercício votar novamente o projecto de lei, então o Presidente da Rèpública já não pode deixar de promulgar, tem de promulgar.

E' a doutrina do § único do art.° 98.°.

A promulgação *é um acto pelo qual o Presidente da República ou o Chefe do Estado autentica a existência de lei, ordena às autoridades que a façam cumprir e manda aos cidadãos que a observem.*

E', pois, a promulgação a segunda fase da vida da lei.

Mas, então, ainda a lei não obriga. Não se pode obrigar ao que é desconhecido. Para que os cidadãos cumpram uma lei, é preciso que a conheçam; e, para que a conheçam, é precisa a sua *publicação.*

Só por meio da publicação é que os cidadãos tomam conhecimento da lei. E aparece a terceira fase da vida da lei — *a publicação.*

Os termos da publicação, o efeito da publicação das leis e as conseqüências dêstes actos são determinados pelo decreto n.° 22.470, de 11 de Abril de 1933, que trata do — *Formulário dos diplomas oficiais — Disposições sôbre publicação de leis e datas em que começam a vigorar.*

Diz o art. 1.°: «*As leis começarão a vigorar, salvo declaração especial, nos prazos seguintes:*

1.° — No continente cinco dias, na Madeira e Açores quinze dias, com excepção das Ilhas do Côrvo e Flôres em que o prazo será de quarenta dias, depois de publicadas no **Diário do Govêrno**;

2.° — Nas colónias da Guiné, Macau e Timor, nas Ilhas de Santiago e de S. Tomé e nos distritos das capitais das colónias de Angola, Moçambique e Índia cinco dias, e nos restantes territórios das colónias de Cabo Verde, S. Tomé, Angola, Moçambique e Índia trinta dias, depois de publicadas no respectivo **Boletim Oficial**;

3.° — Nos países estrangeiros sessenta dias depois da sua publicação no **Diário do Govêrno.**

§ único. O dia da publicação da lei não se conta».

Diz o art. 3.°: «*As leis entram em vigor nas colónias independentemente da sua publicação nos respectivos* **Boletins Oficiais** *quando nelas se declarar que se aplicam o todo o território da Rèpública, devendo em tal caso os prazos acima referidos ser contados a partir da publicação no* **Diário do Govêrno.**

§ único. Os diplomas que forem publicados no **Diário do Govêrno** *para vigorarem nas colónias, levarão a indicação:* **Para ser publicado no «Boletim Oficial» de...**».

Diz o art. 3.°: «*A obrigatoriedade das leis ou dos diplomas publicados no* **Diário do Govêrno** *ou no* **Boletim Oficial** *de cada colónia não depende da sua inserção em quaisquer outras publicações*».

De maneira que uma lei, para ser obrigatória, é preciso

que seja publicada no órgão oficial, chamado, hoje, *Diário do Govêrno.*

Durante décadas de anos, o órgão oficial, o jornal oficial chamou-se «Diário de Lisboa». Hoje o «Diário de Lisboa», como sabem, é um jornal particular.

Se lerem o citado decreto n.º 22.470, verificarão que uma lei é conhecida e designada pela data da publicação e não pela data da promulgação.

Embora tôda a lei tenha de ser promulgada e a data da promulgação tenha de ter a rubrica do Presidente da Rèpública, o que é certo é que uma lei é conhecida pela data da publicação.

Por exemplo, no decreto que estamos a analisar, nós dissemos: *o decreto de 11 de Abril de 1933*, foi nesta data publicado no «Diário do Govêrno». Podia ser promulgado antes, mas a data que o designa é a da publicação no «Diário do Govêrno».

Por exemplo: uma lei é promulgada hoje, 11 de Dezembro, mas publicada no «Diário do Govêrno» no dia 15 do mesmo mês. Diz-se que é uma lei de 15 e não de 11 de Dezembro.

E há um preceito no decreto n.º 22.470 que diz que as leis são publicadas sem indicação da data da promulgação, precisamente para que a lei seja conhecida pela data da publicação, e não pela da promulgação.

Depois de publicada, a lei não entra logo em vigor. Surge um período chamado da «*vacatio legis*».

Compreende-se a existência dêste período. Os cidadãos para cumprir uma lei, têm de a conhecer. Para a conhecer, têm de a ler, estudar, analisar. Por conseqüência, não é admissível que, no próprio dia em que a lei é publicada no «Diário do Govêrno», antes de chegar às mãos de muitos cidadãos, entre logo em vigor. E, assim, dá-se um período entre a publicação da lei e a sua obrigatoriedade. Êsse período é o chamado período da «*vacatio legis*».

Êsse período está determinado no art.º 1.º do citado decreto.

Portanto, quando é que as leis começam a vigorar? Depois do período da «*vacatio legis*».

Qual é êsse período?

Para as leis publicadas no «Diário do Govêrno», em relação á parte continental do país é, normalmente, de cinco dias.

Em relação às Ilhas adjacentes é, normalmente, de 15 dias a contar da publicação, com excepção das ilhas do Côrvo e das Flôres, do arquipélago dos Açôres, porque, aí, elas entram em vigor 40 dias depois da sua publicação no «Diário do Govêrno.

Em relação às colónias: quanto às de Macau, Timor, Guiné, S. Tomé, e S. Tiago, do arquipélago de Cabo Verde, e aos distritos das capitais de província de Angola, Moçambique e Índia, no prazo de 15 dias depois da publicação no respectivo «Boletim Oficial».

Quanto aos outros pontos, quere dizer, quanto a todo o arquipélago de Cabo Verde, excepto S. Tiago, quanto à Ilha do Príncipe, quanto aos pontos das colónias de Angola, Moçambique e India que não sejam distritos das capitais dessas províncias, o período da entrada em vigor das leis é de 30 dias após a sua publicação, podendo, ainda assim, o Ministro das Colónias, em relação a pontos mais afastados, estender êsse período de 30 para 50 dias.

Não foi sempre assim. A lei de 9 de Outubro de 1841 dizia que as leis entravam em vigor, em Lisboa e nos seus termos, três dias depois da sua publicação no «Diário de Lisboa; quanto ao resto da parte continental do País, 15 dias depois da publicação na fôlha oficial; quanto às Ilhas Adjacentes, 8 dias depois de chegar o respectivo paquete; e, com relação às colónias, a lei não dizia coisa alguma, mas aplicava-se por analogia a mesma disposição, fazendo-se a publicação no «Boletim Oficial».

Adoptava-se o método sucessivo.

Há dois métodos relativos à entrada das leis em vigor num país.

Há um método, chamado o *método simultâneo*, segundo o qual a lei entra em vigor, no mesmo momento, em tôda a parte do país; e há o chamado *método sucessivo*, segundo o qual a lei entra em vigor, em momentos diversos, nos vários pontos do país.

Compreendia-se o método sucessivo em 1841, porque os meios de comunicação eram difíceis, — não havia combóios, não havia automóveis, fazia-se a viagem do Algarve ao Minho escarranchado nas costas dum muar.

Por conseqüência, não era o período de três dias suficiente para se tomar conhecimento de uma lei. E, então, distinguia-se entre Lisboa e seu termo e o resto do Continente. Em Lisboa e seu termo entrava a lei em vigor três dias depois da sua publicação na fôlha oficial. No resto do Continente, 15 dias depois dessa publicação.

E, com relação às Ilhas Adjacentes, está bem de ver que, só depois de lá chegar o paquete, é que a lei podia entrar em vigor.

Depois, êsse sistema foi modificado pela lei orçamental de 30 de Junho de 1913, publicada no «Diário do Govêrno» de 1 de Julho de 1913.

Segundo êsse diploma, a lei entrava em vigor no terceiro dia, após a sua publicação, em todo o País, e, com relação às Ilhas Adjacentes, ficou o mesmo sistema.

Tinham mudado as condições. Os meios de comunicação no País eram mais fáceis. Já havia combóios, automóveis e camionetas. Era fácil, pois, tornar as leis obrigatórias no prazo de três dias em todo o País.

E substituiu-se, em parte, o método sucessivo da lei de 9 de Outubro de 1841 pelo método simultâneo. E digo: *em parte*, porque, em relação às Ilhas Adjacentes e Colónias, não se aplica o método simultâneo, a lei não entrava

em vigôr no mesmo dia em que começava a vigorar no Continente.

Depois, modificou-se ainda o sistema por aquele decreto n.º 22.470, de 11 de Abril de 1933. Em vez de as leis entrarem em vigor no terceiro dia, para cuja contagem apareceram dificuldades, entram em vigor, em todo o País, cinco dias depois da sua publicação no «Diário do Govêrno», e nas Ilhas Adjacentes, com excepção de Flôres e Côrvo, do arquipélago dos Açôres, quinze dias depois da publicação no «Diário do Govêrno».

Não foi capricho nem favoritismo o que presidiu a essa disposição. E' que, hoje, as vias de comunicação entre o Continente e as Ilhas Adjacentes, que em regra são realizadas pela Companhia Insulana, estão organizadas de maneira que nem todos os vapores, que vão para as Ilhas, fazem escala pelas ilhas do Côrvo e das Flôres, como o regime da navegação é assim: um vapor vai às Flôres e outro vai ao Côrvo, e como, durante um mês, só há duas carreiras, por isso se estabeleceu que, em relação a estas Ilhas, as leis entrem em vigor 40 dias depois da sua publicação no «Diário do Govêrno».

Com relação às colónias, segundo aquele decreto; distingue-se entre colónias pequenas — Macau, Timor, Guiné — e colónias maiores; e nestas ainda se distinguem pontos de mais fácil comunicação e pontos de mais difícil comunicação. Distingue-se, do arquipélago de Cabo Verde a ilha de S. Tiago, e na colónia de S. Tomé e Príncipe a ilha de S. Tomé, em Angola, Moçambique e India, os distritos das capitais de província. E, aí, as leis entram em vigor 5 dias depois da sua publicação no «Boletim Oficial» da respectiva província.

Nos outros pontos entram em vigor 30 dias depois da publicação no «Boletim Oficial», podendo o ministro das Colónias — diz o artigo 95.º da Carta Orgânica do Império Colonial — espaçar a entrada em vigor de uma lei para 50

dias depois da sua publicação no «Boletim Oficial», quando se trate de um sítio de difícil acesso.

Em relação às colónias, é preciso ainda atender ao que dizem os artigos 25.º e 27.º do Acto Colonial.

No art.º 25.º estabelece-se o princípio de que as colónias são reguladas por uma organização especial; e depois, diz-se: há casos, porém, (e diz quais são) em que a legislação colonial tem de ser aprovada pela Assembleia Nacional. Desde que é aprovada pela Assembleia Nacional, é publicada no «Diário do Govêrno». Mas, a-pesar-de publicada aí, tem de ser publicada também no «Boletim Oficial» da respectiva colónia. E, por conseqüência, o período da entrada em vigor conta-se desde a publicação no «Boletim Oficial» da respectiva colónia.

No estrangeiro, as leis portugueses entram em vigor 60 dias depois da publicação na fôlha oficial.

Poderão os Senhores estranhar que num país estrangeiro, em Espanha, França, Itália ou Inglaterra, etc. entrem em vigor as leis portuguesas. Mas deixarão de fazer reparo se considerarem que Portugal tem os seus agentes diplomáticos e consulares nos países estrangeiros. Esses agentes diplomáticos e consulares têm funções notariais e de registo civil, e, para exercer essas funções, têm de aplicar a lei portuguesa.

De maneira que, a lei portuguesa também entra em vigor no estrangeiro; e, como diz o n.º 3.º do art.º 1.º do decreto n.º 22.470, ela entra em vigor 60 dias depois da publicação na fôlha oficial.

Além disso, por vezes, uma situação jurídica tem conexão com as leis de vários países. A's vezes, surge o que em Direito Internacional se chama um conflito de leis, e êste conflito de leis é regulado pela lei do País ou por outra com a qual a relação jurídica tem conexão.

De maneira que pode acontecer, e acontece, que os

próprios tribunais estrangeiros e as autoridades estrangeiras hajam de aplicar a lei portuguesa.

Depois disto tudo, deixam de-certo de estranhar que o n.º 3.º do art.º 1.º do decreto n.º 22.470 diga que no estrangeiro as leis portuguesas entram em vigor 60 dias depois da sua publicação na fôlha oficial.

Mas o prazo da entrada em vigor de uma lei, que vem indicado no art.º 1.º do citado decreto, é o prazo normal. Todavia, as leis, por vezes, estabelecem outro prazo.

A razão da «*vacatio legis*» já eu a disse. E' porque não se compreende que os cidadãos sejam obrigados a cumprir uma lei sem a conhecerem. Pretende-se, portanto, dar tempo aos cidadãos para lerem, estudarem, conhecerem as leis.

Mas, por vezes, acontece que uma lei é muito grande, e o prazo normal de 5 dias não é suficiente para os cidadãos tomarem conhecimento da lei. E, quando isto suceda, a própria lei marca um prazo maior.

Aconteceu isto, por exemplo, com o Código Civil.

Diz o art.º 2.º da Carta de Lei que pôs em vigor o Código Civil:

«*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**».

Como vêem, nesse caso, por se tratar de uma lei muito grande, embora estivesse em vigor a lei de 9 de Outubro de 1841, que dizia que as leis entravam em vigor, em Lisboa e seu termo, três dias depois da sua publicação na fôlha oficial, e no resto do País 15 dias depois, o que é certo é que a própria lei estabeleceu um prazo maior, um prazo que o legislador supôs ser necessário para os cidadãos tomarem conhecimento do Código Civil.

Mas, por ocasião da publicação do Código Civil, surgiu esta dificuldade:

O Código Civil é um diploma grande, não podia ser publicado num só número da fôlha oficial. Foi publicado em números sucessivos. E, depois, preguntava-se: quando é que o Código Civil entra em vigor? Seis meses depois da publicação da primeira parte ou seis meses depois da publicação da última parte?

Houve hesitações e, por fim, resolveu-se que entrasse em vigor seis meses depois da publicação da última parte.

Para evitar estas dificuldades, já o Código Comercial de 1888 e o Código de Processo Civil, recentemente publicado, em vez de estabelecerem um prazo de seis meses ou parecido, marcaram o dia fixo da sua entrada em vigor. E, assim, o Código Comercial de 1888 entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1889 e o Código de Processo Civil em 1 de Outubro de 1939.

Outras vezes, dá-se o contrário. Uma lei contém uma medida urgente, e então o legislador elimina o período da «*vacatio legis*»; a lei entra imediatamente em vigor. Acontece isto com muitas leis em cujo texto se diz: «*Esta lei entra imediatamente em vigor*».

De maneira que o preceito do art.º 1.º do decreto n.º 22.470 contém o período normal em que a lei entra em vigor. Mas, pode acontecer que uma lei estabeleça um período maior para a entrada em vigor da lei e, ao contrário, que uma lei diga que entra imediatamente em vigor.

Depois de a lei entrar em vigor, obriga todos os cidadãos, sem que ninguém se possa eximir ao seu cumprimento, com pretexto de ignorância dela ou do seu desuso— diz o art.º 9.º do Código Civil.

«*Ninguém pode eximir-se de cumprir as obrigações impostas por lei, com o pretexto de ignorância desta, ou com o do seu desuso*».

E' o velho princípio: «*Ignorantia juris neminem excusat*».

Sôbre a disposição do art.º 9.º e a sua relação com o art.º 659.º, temos de falar novamente,

Na verdade, diz êste artigo que «*o êrro de direito acêrca da causa produz nulidade, salvo nos casos em que a lei ordenar o contrário*».

Parece haver uma aparente contradição. Não há — como mostraremos.

Depois de feita uma lei, de promulgada, de publicada e de passado o período da «vacatio legis», ela entra em vigor dum modo absoluto, não podendo ninguém eximir-se à sua fôrça obrigatória, com fundamento na ignorância desta ou no seu desuso, como já dissemos, ao interpretar o artigo 9.º do Código Civil.

Antigamente, no nosso Direito e, já antes, no Direito Romano, determinadas categorias de pessoas estavam dispensadas do conhecimento da lei: eram as crianças, as mulheres, os rústicos e os soldados.

Mas isto trazia perturbações sociais, porque quem se via acusado de não cumprir a lei tinha sempre uma defesa — a de que não conhecia a lei. E, para evitar essas perturbações, os Códigos modernos, designadamente o nosso Código Civil, no seu art. 9.º, diz que ninguém pode eximir-se ao cumprimento da lei com fundamento na ignorância desta ou no seu desuso.

Para a compreensão desta disposição, quero falar-lhes do significado da expressão *pretexto*.

Poderia parecer que, se ninguém pode eximir-se ao cumprimento da lei com o pretexto da ignorância desta, quando a ignorância fôsse verdadeira, real, não seria pretextada e, por conseqüência, uma ignorância verdadeira eximiria da obrigação de cumprir a lei, Mas não é assim.

A palavra *pretexto* encontra-se no artigo 9.º para significar *fundamento. Com pretexto da ignorância desta* quere dizer com *fundamento na ignorância desta.*

Em segundo lugar, quero dizer-lhes que o desuso não

revoga a lei. O desuso é um costume *contra legem;* e, como já lhes disse, o costume *contra legem* não é fonte de direito. Só o costume *secundum legem* e o costume *praeter legem* o são.

No direito francês, não há um preceito expresso como o do artigo 9.º do nosso Código Civil, mas, ainda assim, a generalidade dos escritores de Direito diz que o desuso não revoga a lei.

Eu disse: a generalidade dos escritores de Direito, porque não é essa a opinião de todos eles. Há, por exemplo, um, que foi professor de Direito Civil na Sorbonne, na Faculdade de Direito de Paris, -- Beudant — que, no seu «Cours de Droit Civil Français», ensina que o desuso revoga a lei, e cita exemplos.

Assim, diz êle: no século XVII foi promulgada uma lei, em França, que proïbia fumar. Essa lei nunca foi revogada por outra lei; no entanto, hoje, fuma quem quere em França, e ainda mais as mulheres que os homens..., prova de que o desuso revoga a lei.

Também, no tempo da Revolução Francesa, apareceu uma lei que impunha ao Estado a obrigação de educar os filhos das famílias que tivessem mais de seis, lei que também nunca foi revogada. Mas, quando, há pouco tempo, um deputado pediu ao ministro que fizesse com que o Estado cumprisse essa obrigação, o ministro respondeu que não havia verba no orçamento para isso, e que essa lei tinha caído em desuso, isto é, tinha sido revogada pelo desuso.

Não obstante a opinião autorizada de Beudant, eu sustento, sobretudo, com fundamento no artigo 9.º «*in fine*», que o desuso não revoga a lei.

Mas, o que nesta altura do nosso curso é necessário, é conveniente, embora tenhamos outra oportunidade para o fazer, é o tratarmos da teoaria do acto jurídico e fazer a conciliação entre o art.º 9.º e o art.º 659.º,

O art.º 9.º diz: «*Error juris neminem excusat*» — «Ninguém pode desculpar-se com a ignorância da lei».

O art.º 659.º diz: «*Erroz juris excusat*» — «a ignorância da lei é desculpada».

Eu vou dizer o que é êrro de direito àcêrca da causa.

Hoje, depois de um decreto de 1933, nos arrendamentos novos o senhorio pode aumentar as rendas, o senhorio não está limitado por aquelas restrições impostas pelo decreto n.º 5.411, autonomia da vontade das partes.

Suponham que havia, como de facto há, muitos senhorios que desconhecem essa disposição, e que um senhorio, supondo que ainda estava em vigor o decreto n.º 5.411, fazia um contrato de arrendamento com uma renda igual à renda antiga, com a renda igual ao máximo da renda que podia levar de harmonia com os diplomas antigos.

Êsse contrato pode ser anulado nos termos do art.º 659.º, e pode sê-lo, porque o senhorio foi determinado pela ignorância da lei, por êrro de direito, e o êrro de direito é um vício que anula os contratos.

Surge, agora, o problema com toda a nitidez.

Então o êrro de direito, a ignorância da lei, escusa ou não escusa?

Não chega a haver contradição entre o art.º 9.º e o art.º 659.º, porque, na verdade, as coisas passam-se em planos diversos.

A lei obriga a todos, objectivamente, é um imperativo para todos e, como lhes disse, um imperativo categórico, mesmo para crianças, para mulheres, para rústicos e para soldados—para todos. É o plano do art.º 9.º.

Mas a lei defende interêsses criados pela vontade das partes. Assim como há efeitos jurídicos que são produzidos por factos jurídicos, há efeitos jurídicos que são produzidos por actos jurídicos ou negócios e são determinados pela vontade.

Ora, para os negócios jurídicos, a vontade é um elemento essencial, assim como para os contratos o mútuo consenso, que vontade é, é elemento essencial, como podem

verificar pela doutrina do artigo 643.°, já atraz apresentado.

Notem isto: o nosso Código Civil tem uma teoria geral dos contratos, não contém uma teoria geral do negócio jurídico ou do acto jurídico; mas, por analogia, aplicamos a teoria geral dos contratos aos negócios jurídicos, «*mutatis mutandis*», isto é, fazendo as alterações necessárias.

No contrato, o elemento essencial é o mútuo consenso, isto é: no contrato há mais do que uma vontade (ou mais do que duas vontades), vontades antagónicas, vontades com que cada uma das partes defende os seus interêsses, vontades que se encontram para fazer o contrato, constituíndo o mútuo consenso. O *mútuo consenso* é a vontade de um e de outro. È o que a expressão quere dizer.

No negócio jurídico ou no acto jurídico, pode haver uma só vontade. Por exemplo, um testamento é um negócio jurídico unilateral. Há só a vontade do testador a considerar.

Por conseqüência, nos actos jurídicos, o elemento essencial não é o mútuo consenso, como diz o art. 643.° a-respeito dos contratos, mas sim a vontade.

A vontade porém, é um elemento essencial, um presuposto necessário. Faltando a vontade, deixa de ser válido o negócio jurídico.

Por isso, quando no negócio jurídico ou no contrato (art. 649.°) a vontade está viciada por êrro de direito que a determinou, falta e presuposto *vontade*, falta um elemento essencial do negócio jurídico, e, conseqüentemente, o art. 659.° permite a anulação do contrato. Nós diremos mais: permite a anulação do negócio jurídico, porque há um êrro de direito que determinou a vontade.

As coisas passam-se neste plano: objectivamente, como imperativo categórico, a lei obriga a todos (art. 9.°); subjectivamente, quando há necessidade de considerar a vontade das partes, então, se a vontade foi viciada por êrro de direito, compreende-se que êsse êrro de direito possa determinar a nulidade do acto jurídico.

Como vêem, não há nenhuma contradição entre o art. 9.° e o art. 659.° e a lei, passado o período da «vacatio legis», entra em vigor para todos, sem excepção.

Há, porém, uma situação confusa.

Os Senhores, se abrirem uma colecção do «Diário do Govêrno», encontram freqüentes vezes uma publicação rectificada: «*Publicação rectificada da lei tal*», «*Publicação rectificada do decreto tal*»...

Antigamente, isso fazia-se de modo caótico. Apareciam no «Diário do Govêrno» diplomas rectificados sem assinatura de ninguém, anónimos. Outras vezes, apareciam diplomas rectificados com a assinatura do chefe da repartição, outras vezes, com a assinatura do Secretário Geral do Ministério, outras vezes, com a assinatura do Ministro respectivo.

Ora, tudo isto é incorreto. E, para evitar esta anarquia, que mereceu tão rigorosas críticas ao falecido professor José Tavares nos «Princípios Fundamentais de Direito Civil», apareceu o art. 6.° do decreto n.° 22.470 a dizer:

«*Quando houver divergência entre o texto decretado e o publicado, compete ao Presidente do Conselho ordenar e assinar as necessárias rectificações*».

Hoje, segundo esta disposição, as rectificações têm de ser ordenadas e assinadas pelo Presidente do Conselho. Já não é o chefe da repartição, nem o Secretário Geral do Ministério, nem o Ministro respectivo, mas, apenas, o Presidente do Conselho, quem pode ordenar e assinar as rectificações.

O Presidente do Conselho dá uma certa autenticidade à rectificação.

Mas vamos ver quando é que há lugar às rectificações.

Só devia haver rectificação, quando a publicação no «Diário do Govêrno» não correspondesse ao texto original da lei.

Uma lei, como os Senhores sabem, é formada, depois discutida e votada pela Assemblea Nacional e em seguida promulgada e assinada pelos Ministros, assim como um decreto é votado e assinado pelos ministros. Depois, vai para o «Diário do Govêrno» e, por fim, o texto original é arquivado.

Só quando houvesse divergência entre o texto original e a publicação do «Diário do Govêrno» é que devia haver, na verdade, rectificação.

E essa divergência podia ser mais ou menos profunda. Podia ser uma divergência de ortografia, de pontuação, em suma: uma gralha tipográfica, e podia ser uma divergência de texto, que é uma divergência mais fundamental.

Mas, o que é certo é que estamos no costume de fazer as rectificações, ainda mesmo quando o pensamento do legislador não foi traduzido fielmente na lei. Quere dizer: embora não haja divergência entre o texto original arquivado e a publicação do «Diário do Govêrno», se, porventura, se verificar que a lei não correspondeu ao pensamento do legislador, faz-se uma rectificação.

E' uma falsa rectificação.

Assim como há pérolas falsas, também há rectificações falsas. Mas, em suma, chamam-se rectificações.

Ora, a questão que surge é esta:

Quando há uma rectificação, desde quando entra a lei em vigor? Depois de passada a «vacatio legis» da primeira publicação ou depois da segunda publicação?

Houve quem sustentasse que, à maneira do que o art. 8.º diz, a-respeito das leis interpretativas, que têm efeito retroactivo, também a lei rectificada passava a vigorar desde a primeira publicação, porque a rectificação é uma interpretação da primeira publicação.

Diz o art. 8.º do Código Civil ao tratar da aplicação das leis no tempo, ou da sucessão das regras de direito civil: «*A lei civil não tem efeito retroactivo. Exceptua-se a lei interpretativa, a qual é aplicada retroactivamente, salvo se dessa aplicação resulta ofensa de direitos adquiridos*».

Mas essa doutrina não é exacta, pelo que não a podemos aceitar.

Vamos ver que é, assim, como eu digo.

Há, como viram, duas espécies de rectificação, ou antes: uma verdadeira rectificação e uma falsa rectificação.

A rectificação é verdadeira, quando há divergência entre o texto original e a publicação do «Diário do Govêrno».

Mas, como o que dá fôrça à lei não é a publicação no «Diário do Govêrno», mas sim a sua promulgação e a sua publicação, conforme, porém, o original assinado pelo Presidente da República e pelos ministros, quando se trata de uma verdadeira rectificação, isto é, quando há divergência entre o original e a publicação no «Diário do Govêrno», a lei publicada não tem validade: é uma lei que não foi promulgada; e uma lei, para ser válida, precisa de ser promulgada. Por conseqüência, a rectificação não é uma interpretação.

A segunda publicação, a publicação rectificada, vem a ser a verdadeira publicação conforme o original; e sem publicação, bem o sabem, não há lei.

Portanto, só a partir do momento da segunda publicação, da publicação de harmonia com o texto original, é que temos lei; só a partir dêsse momento é que a lei ganha vigor, vigência, fôrça obrigatória.

Mas vamos ao segundo caso, ao caso da falsa rectificação.

Fez-se uma lei, que foi assinada pelo Presidente da República e pelos ministros e publicada no «Diário do Govêrno» conforme o original, fielmente ao original. Mas verificou-se, depois, que essa lei não correspondia ao pensamento do legislador, àquilo que o legislador quiz, à sua vontade. E fez-se, então, uma falsa rectificação. Fez-se uma lei em que se mudou o texto, o conteúdo da primeira, isto é, uma lei que

alterou a primeira. Estamos perante uma nova lei. E, como uma lei tem de ser feita, promulgada, publicada e, só depois disso e após a «vacatio legis», é que entra em vigor, tratando-se de uma nova lei, como se trata, é só a partir da segunda publicação que a lei entra em vigor.

Seja como for, nunca podemos aplicar à rectificação o disposto no art. 8.º, nunca podemos considerar a nova publicação rectificada uma interpretação, uma lei interpretativa da lei antiga. Sempre, em ambos os casos, ela só entra em vigor depois da publicação rectificada.

A lei para entrar em vigor, como se disse, é feita, promulgada, publicada. Mas o vigor da lei também caduca. A obrigatoriedade da lei tem termo.

Em regra, a vigência da lei termina pela revogação da própria lei.

Eu digo *em regra*, porque, excepcionalmente, a lei pode ver caducada a sua obrigatoriedade, por virtude de circunstâncias intrínsecas à mesma lei. Isto, porém, acontece excepcionalmente.

Suponham os Senhores que foi agora publicado um diploma legislativo para vigorar durante a guerra.

Evidentemente, logo que termine a guerra, êsse diploma deixa de vigorar em virtude de uma circunstância intrínseca ao próprio diploma, sem ser necessária uma revogação.

Mas a revogação duma lei pode ser *total* ou *parcial*. Se é total, chama-se abrogação; se parcial, chama-se derrogação.

E a revogação, em regra, faz-se por meio de diploma que regula ou disciplina diversamente aquela relação que estava disciplinada por uma lei anterior.

Mas, também, pode acontecer, embora excepcionalmente, porque não é costume, que a revogação se limite ao facto da revogação. Quere dizer: pode haver um diploma que diga: «*Desde êste momento, fica sem vigor a lei tal*»,

e não se disciplina diversamente a relação social. A lei anterior revogou-se por um diploma que se limitou a fazer revogação.

A revogação pode ser *expressa* ou *tácita*.

A revogação *é expressa*, quando o novo diploma diz: «*Fica revogada a lei tal*». «*Fica revogado o decreto tal*»; quando no novo diploma se indicam os diplomas que ficam sem vigor, por virtude da sua publicação.

A revogação *é tácita*, quando o novo diploma é incompatível com outro diploma antigo. Os diplomas anteriores que sejam incompatíveis com o novo diploma ficam tàcitamente revogados.

Até ao decreto n.º 22.470, de 11 de Abril de 1933, ainda havia uma outra espécie de revogação: era a revogação tácita por modo expressso. Havia, portanto, a revogação, expressa, a revogação tácita e a revogação tácita por modo expresso.

Era freqüente — os Senhores conhecem a fórmula — dizer-se no fim do diploma: «*Fica revogada a legislação em contrário*».

Isto é uma revogação tácita por modo expresso. Não se diziam os diplomas revogados, dizia-se que ficava revogada tôda a legislação em contrário, quere dizer, tôda a legislação incompatível com o novo diploma. Mas a incompatibilidade entre o diploma anterior e o posterior é que faz a revogação tácita. Tratava-se, assim, de um modo expresso de revogação tácita. Era uma revogação supérflua, porque, se havia incompatibilidade, havia, conseqüentemente, revogação.

No entanto, êsse modo expresso de revogação tácita foi banido pelo art. 10.º do decreto n.º 22.470, que diz:

«*Só podem empregar-se nos diplomas de caracter legislativo fórmulas de revogação expressa*».

Por conseqüência, nos actuais diplomas já não se encontra a fórmula: «*Fica revogada a legislação em contrário*».

O art. 10.º do decreto n.º 22.470 baniu, por supérflua, essa fórmula, como supérflua era, também, essa revogação'

Hoje, o novo diploma revoga os diplomas anteriores, indicando-os, ou então não diz coisa nenhuma.

São estas as regras da revogação com base legislativa.

No entanto, a doutrina tradicional ainda usava um binómio de regras, que ajudava o intérprete a respeito da revogação das leis. Dizia se: a lei especial posterior revoga a lei geral anterior naqueles pontos que são pela lei especial contemplados. Outro termo do binómio: a lei geral posterior não revoga a lei especial anterior.

Ora, estas regras não são absolutas.

O professor Alves Moreira, nas suas «Instituïções de Direito Civil», já dizia que havia excepções.

Assim, a lei geral posterior, dizia êle, pode revogar a lei especial anterior, quando expressamente o declare. E também a lei geral posterior pode revogar a lei especial anterior, dizia, quando das circunstâncias da lei se verifique que foi propósito do legislador revogá-la: assim, por exemplo, se a lei geral criou princípios inconciliáveis com os princípios da lei especial.

O professor Cabral Moncada, no 1.º volume das suas *Noções Elementares de Direito Civil*, contradiz o ensinamento do professor Alves Moreira, afirmando que não é verdadeiro o princípio de que a lei geral posterior não revoga a lei especial anterior, pois tal princípio não tem base jurídica. E a dialética jurídica, a lógica, também não se conforma inteiramente com êle.

Que não há base jurídica para êsse bimóuio de princípios — já nós dissemos. Que a dialética jurídica também não apoia absolutamente êsses princípios — compreende-se.

Em que é que se baseia a lógica para estabelecer o princípio? No seguinte: é que os motivos que determinaram

a lei especial podem subsistir, ainda que outros motivos determinem a lei geral.

Podem-se conciliar os princípios da lei geral posterior com os princípios da lei especial anterior. Mas—diz o professor Cabral Moncada—pode admitir-se a inconciliabilidade dêsses princípios da lei geral posterior e da lei especial anterior. E, então, nós verificamos que a lei geral posterior revoga a lei especial anterior.

Estamos de acôrdo. Mas o que é certo é que no ensinamento do professor Alves Moreira já se dizia coisa parecida. Estabelecia êle, como regra de legislação, o binómio: lei especial posterior revoga a lei geral nos pontos nela contemplados; lei geral posterior não revoga a lei especial anterior. Mas, como excepção, admitia que a lei geral posterior pudesse revogar a lei especial anterior, quando expressamente o declarasse, e quando pelas circunstâncias da lei geral posterior se verificasse que havia inconciliabilidade entre os princípios da lei geral e os princípios da lei especial.

Em suma: como regra, nós podemos admitir o tal binómio: lei especial posterior revoga a lei geral anterior nos pontos por ela contemplados ou previstos; lei geral posterior não revoga a lei especial anterior.

Mas esses princípios não são absolutos, têm limitações ou excepções. Por vezes, a lei geral posterior revoga a lei especial anterior. Tudo depende do exame da lei, das circunstâncias da lei, dos princípios que a lei consubstancia.

Mas, como vêem, assim como a lei entra em vigor, também morre, deixa de estar em vigor.

São estas as fases da vida lei: 1.ª formação, 2.ª promulgação, 3.ª publicação, 4.ª «vacatio legis», 5.ª vigência, 6.ª o ocaso da lei, a cessação da vigência da lei.

12.º Das fontes do Direito (cont.)

q) — A doutrina da não-retroactividade da lei.

— Várias teorias que procuram explicar o conceito da não-retroactividade das leis.

— As teorias recentes mais preciosas:

A teoria do direito adquirido e da mera espectativa;

A teoria do direito e do interêsse;

A teoria da situação jurídica objectiva e da situação jurídica subjectiva;

A teoria do facto passado.

— Motivos da não aceitação destas teorias.

Na última sessão que precedeu as férias, se bem me recordo, falámos da vida da lei.

A lei forma-se; é promulgada; é publicada; surge a «vacatio legis»; entra em vigor, e, por fim, é revogada. Regra geral, é revogada por incompatibilidade com outra lei, que vem regular as mesmas situações jurídicas.

Surge, agora, uma outra questão.

A lei nova aplicar-se há a todos os efeitos do facto passado, isto é, praticado na vigência da lei velha, contanto que se tenha realizado na sua vigência?

Este problema é o da não-retroactividade da lei, problema que, no dizer de Merlim, levanta uma das questões mais complicadas e difíceis do Direito.

Na verdade, se estudarem esta matéria, encontram teorias às dezenas para resolver a tal questão da não-retroactividade da lei.

Logo após a publicação do Código Civil, em 1870, me parece, se publicou uma tese sôbre esta questão.

A tese chama-se «*Questões transitórias do Direito Civil*», feita pelo que foi mais tarde professor Dr. Paiva Pita, vulgo «o Padre Pita», que ainda conheci em Coimbra nos meus tempos de estudante, já professor jubilado.

Aí encontrarão notícia de dezenas de teorias sôbre esta questão da não-retroactividade da lei.

De entre as muitas teorias, há quatro que modernamente têm tido mais celebridade.

São elas:

a) a teoria do direito adquirido e da mera expectativa;

b) a teoria do direito e do interêsse;

c) a teoria das situações jurídicas subjectivas e objectivas;

d) a teoria do facto passado.

E poderei acrescentar ainda, a essas teorias uma outra, que me parece a preferível,

e) a teoria da situação jurídica abstracta e da *situação jurídica concreta.*

a) A teoria do direito adquirido e da mera espectativa é uma teoria que encheu todo o século passado, que ainda hoje tem muita voga entre nós. E' a teoria que, em regra, é sustentada nos nossos tribunais e defendida pelos nossos homens do fôro.

Partiu-se do pressuposto de que esta teoria é que tinha orientado o legislador do Código Civil português, no artigo 8.º que, como já sabemos, trata da não-retroactividade das leis, da aplicação das leis no tempo, isto é, da sucessão das regras de direito civil, pois preceitua que «*a lei civil não tem efeito retroactivo. Exceptua-se a lei interpretativa, a qual é aplicada retroactivamente, salvo se dessa aplicação resulta ofensa de direitos adquiridos.*»

Na verdade, aqui, fala-se de *direitos adquiridos*. Mas,

se analisarem bem êste artigo, verificam que não é esta teoria que pode ser aceite por nós á face da referida disposição legal.

O artigo 8,° tem três partes. Primeira parte: «A lei não tem efeito retroactivo...» Segunda parte: «...exceptua-se a lei interpretativa, que tem aplicação retroactiva ..» Terceira parte: «...salvo se da sua aplicação resultar ofensa dos direitos adquiridos».

Como vêem, há três partes nesse artigo. E também nêle há dois conceitos diversos de *retroactividade.*

Há um conceito para as leis interpretativas.

Segundo o artigo, as leis interpretativas têm aplicação retroactiva, salvo se da sua aplicação resultar ofensa para os direitos adquiridos.

E' um conceito.

Há um conceito mais amplo da *retroactividade* para as leis em geral. Para tôdas as outras leis o artigo apenas diz que não têm efeito retroactivo.

Por conseqüência, a doutrina do direito adquirido e da mera espectativa é uma doutrina adequada ao conceito de não-retroactividade em relação às leis em geral.

Não obstante, —repito— esta teoria dos direitos adquiridos e das meras espectativas é teoria ainda hoje dominante entre nós.

Eu preciso, aqui, de lhes dar uma informação.

Já numa lição anterior, disse o que deve entender-se por *leis interpretativas.* São leis que dão o significado dum termo empregado na lei ou nos actos jurídicos. E, como exemplo de leis interpretativas, citei-lhes, até, o artigo 377.°, onde vimos que «*quando na lei civil ou nos actos e contratos se usar da expressão—bens e coisas imobiliárias—, sem outra qualificação, compreender-se-ão nela, tanto os que são imóveis por natureza ou mediante a acção do homem, como os que o são por disposição da lei. Quando se usar simplesmente da expressão—imóveis, coisas ou bens imóveis—, esta expressão significará só os que o são por natureza ou mediante a acção do homem*».

Como vêem, essa disposição é interpretativa, porque nos diz o significado da expressão *bens* ou *coisas imobiliárias e imóveis.*

Mas, quando no artigo 8.° se fala em *leis interpretativas,* quere-se dizer uma coisa um pouco diferente.

Segundo o artigo 8.°, lei interpretativa deve ser a que interpreta de modo autêntico uma outra lei anterior.

Não podia passar adiante sem lhes dar esta informação.

Como ficou dito há, modernamente, quatro teorias que se propõem definir o que deva entender-se por *não-retroactividade das leis.*

Já vimos que a teoria do direito adquirido e da mera espectativa não convém, conforme o dispôsto no artigo 8.° do nosso Código, embora neste artigo se fale em direitos adquiridos.

Mas, não é essa a única razão.

E' que há uma certa imprecisão em distinguir entre *direitos adquiridos* e *meras espectativas.* E até se pode dizer mais: pode chegar-se a dizer que todos os direitos são adquiridos, que não há direitos que não suponham a sua aquisição por parte de um sujeito e que o direito não adquirido ainda não é direito.

Se não fôssem estes inconvenientes, um de ordem legal, que é o artigo 8.°, o outro de ordem lógica, que é a imprecisão, esta teoria seria uma teoria aceitável. Assim, teremos de a pôr de reserva, o que lhe faremos desde já.

b) — Vem depois outra teoria: é a teoria do direito e do interêsse.

Esta teoria tem a imprecisão da anterior. Mas, àlém dessa imprecisão, há uma outra razão para a pôr de reserva também. E' que na maior parte dos casos o direito não

é senão o interêsse juridicamente protegido, e, portanto, confunde-se o direito com o interêsse. «*Ipso facto*», não podemos estabelecer uma teoria que se baseie na distinção entre direito e interêsse.

c) — Temos, então, uma terceira teoria: a teoria das situações jurídicas subjectivas e objectivas.

Esta teoria surgiu na escola realista, de que é chefe Duguit.

Esta escola nega a existência de direitos subjectivos.

Diretto subjectivo é o poder de uma vontade sôbre outra vontade. Só se pode admitir metafisicamente.

Esta hierarquia de vontades não é um conceito científico. Devemos, por conseqüência, regeitar, dizem, a noção de direito subjectivo.

Em vez de direito subjectivo e objectivo, criaram as situações jurídicas subjectivas e objectivas; umas, gerais, as objectivas, outras, particulares, as subjectivas. E criaram sôbre esta distinção entre situações jurídicas subjectivas e objectivas uma teoria de aplicação da lei no tempo, criaram a doutrina que serve de critério para determinar o conceito de não-retroactividade da lei.

Também, esta doutrina merece hoje os meus reparos. Digo: «merece hoje os meus reparos», porque nem sempre fui da mesma opinião.

E' a doutrina seguida pelo vosso professor de Direito Constitucional, que a defendeu primeiramente no *acto jurídico*, uma das suas teses; que a defendeu depois no *Boletim da Faculdade de Direito*, ano IV, em artigo por êle feito, e creio que a defende ainda nas *Lições de Direito Constitucional*.

Para êsse professor, como aliás para Duguit, a situação jurídica subjectiva é emergente de um acto de vontade praticado em exercício dum poder legal. E' êste acto de vontade que faz a subjectivação da situação jurídica. Mas, êste facto é contestável. Nem todos os actos de vontade

praticados no exercício de um poder legal criam situações jurídicas subjectivas e, ao contrário, há situações jurídicas subjectivas que parece emergirem dum facto jurídico, quere dizer, duma eventualidade material, sem que seja preciso um acto de vontade.

Nós deveremos no decurso destas lições, quando tratarmos da teoria do acto jurídico, referir a distinção que há entre facto jurídico e acto jurídico.

O acto jurídico é um acto de vontade dirigido no sentido de produzir efeitos jurídicos.

O facto jurídico é uma emergência, uma eventualidade que produz efeitos jurídicos. Por exemplo, o nascimento produz efeitos jurídicos, no entanto não há aqui um acto de vontade. A morte produz efeitos jurídicos, no entanto não há aqui, também, acto de vontade.

O mero decurso de tempo, também produz efeitos jurídicos, independentemente de qualquer acto de vontade. Este evento material, produtor de factos jurídicos é o que se chama um facto jurídico, ao passo que no acto jurídico há sempre um acto dirigido no sentido de produzir um efeito de direito;

Notem bem, no entanto, que há, também, a noção genérica de facto jurídico, compreendendo todos os eventos materiais ou actos humanos produtores de efeitos jurídicos, sendo, por conseqüência, o facto jurídico, o género, de que o acto jurídico será uma espécie, pois há situações jurídicas subjectivas que emergem do próprio facto jurídico, sem que haja necessidade, contra a teoria a que nos vimos referindo, de um acto de vontade.

Vou dar-lhes um exemplo.

Morre um «*de cujus*» sem testamento.

O «*de cujus*» quere dizer «autor da herança».

Como estamos numa cadeira do 1.º ano, numa cadeira de iniciação, eu quero dizer-lhes porque é que se chama «*de cujus*» ao autor da herança.

No direito romano empregava-se muitas vezes esta fórmula: «*Is de cujus successione agitur*»; «aquele de cuja sucessão se trata».

Como vêem, essa expressão, que até parece latim bárbaro — uma preposição a reger genitivo (!) — mas que de facto é latim correto, porque a preposição rege ablativo *successione*, é uma abreviatura daquele texto latino e significa autor da herança.

Com dizia, morre um «*de cujus*» sem testamento. Tinha mulher e tinha irmãos.

No dia em que morreu, vigorava uma lei, que estabelecia preferência dos irmãos sôbre a mulher.

No dia seguinte, veio uma lei que dava preferência á mulher sôbre os irmãos.

Isto sucedeu entre nós. Até 31 de Outubro de 1910 havendo irmãos e mulher, herdavam os irmãos de preferência à mulher. Depois do decreto de 31 de Outubro de 1910, e até ao decreto 19.126 a mulher passou a ter preferência sôbre os irmãos.

Hoje, depois dêste último decreto, que entrou em vigor no dia 1.º de Janeiro de 1931, os irmãos tornaram a ter preferência sôbre a mulher. No entanto, a mulher ficou com o direito de usufruto.

Mas, vejam: No dia em que morreu o «*de cujus*», eram herdeiros legítimos os irmãos. No dia seguinte, veio uma lei que deu preferência à mulher.

Pois bem: essa lei nova não se aplica a essa herança; ¿porque o direito dos irmãos está subjectivado, os irmãos estão numa situação jurídica subjectiva, proveniente dum acto de vontade?, não, porque não havia testamento por virtude apenas dum facto jurídico—a morte do «*de cujus*».

Admitamos, por hipótese, que não é preciso aceitação por parte dos herdeiros.

Essa subjectivação nasceu dum facto jurídico, independentemente de qualquer acto de vontade. E, portanto, por

êsse lado, a doutrina das situações jurídicas subjectivas e objectivas mete água.

Mas, há mais. Quási sempre, as situações jurídicas subjectivas, existem a-par-de situações jurídicas objectivas, não podendo existir situação jurídica subjectiva sem situação jurídica objectiva. E isto é uma dificuldade para a aplicação desta teoria à questão da aplicação das leis no tempo.

Vou dar-lhes outro exemplo.

Eu compro uma propriedade. Pratico um acto de vontade. Crio uma situação jurídica subjectiva. Por virtude do acto que eu pratiquei, o vendedor obrigou-se a entregar-me a propriedade e eu obriguei-me a entregar-lhe o preço.

Mas, a-par-desta situação jurídica subjectiva, surge uma situação jurídica objectiva, a situação jurídica objectiva do proprietário, fico sendo o proprietário, fico constituído no estado de proprietário, fico tendo os poderes de uso, de fruição, de defesa, de exclusão, que tem qualquer outro proprietário: fico, portanto, também, numa situação jurídica geral, objectiva.

Por essas razões, eu creio que é conveniente pôr de reserva, também esta teoria.

d) — Vamos à quarta teoria: a teoria do facto passado (*factum praeteritum*).

Esta teoria, «primo conspectu», pode enunciar-se assim: a lei nova só se aplica a factos novos, não tem aplicação a factos passados.

Mas, exposta assim, com esta simplicidade, com esta quási ingénuidade, esta teoria é uma superfactação, uma banalidade.

Que a lei nova se aplica a factos presentes é evidente. O facto passado é um facto morto. Os jurisconsultos não podiam criar uma teoria para êste efeito, para dizerem que uma lei não se pode aplicar ao que já é morto.

Por conseqüência, esta teoria deve ter uma outra concepção.

Os factos passados produzem efeitos, têm conseqüências que se projectam na época da vigência da lei nova. Esta doutrina procura resolver exactamente esta questão: a lei nova aplicar-se-há, por ventura, aos efeitos, às conseqüências dum facto passado que se projecta na época da vigência da lei nova?

E, vista a questão através esta concepção, oferece já muitas hesitações.

Com efeito, os sequazes desta teoria, que são muitos, — Planiol, Vareilles-Somier, na França, Daneburg, na Alemanha, Ruggiero, Ferrara, Abello e Coviello, na Itália —, têm cada um deles a sua concepção diversa a-respeito da aplicação da lei nova às conseqüências da facto passado, e daí resulta uma certa hesitação e incerteza.

Planiol, (1) por exemplo, tem esta concepção limitada: a lei nova não se aplica aos factos passados, o que é evidente, e não se aplica, também, às conseqüências já produzidas do facto passado.

Mas, já, por exemplo, Abello e Coviello não têm esta concepção. E o nosso prof. Cabral Moncada tem esta outra concepção a-respeito da aplicação da lei nova às conseqüências do facto passado: a lei nova não se aplica às *conseqüências directas do facto passado*, (2) quando da sua aplicação resultaria um novo conhecimento da validade ou da relevância jurídica do facto passado.

E, assim, a teoria do facto passado oferece essas hesitações.

Mas, tem, ainda, um outro defeito: tanto na concepção de Planiol, como na do prof. Cabral Moncada, parece-me que ela é uma mera superfactação. Que a lei nova não se aplique aos factos passados, porque eles já estão mortos, é evidente, não é necessária teoria para explicá-lo. Que ela não se aplica, como diz Planiol, às conseqüências já produzidas dos factos passados, porque também são mortas, é uma outra banalidade. Que ela não se pode aplicar às conseqüências directas dos factos passados que importem novo conhecimento da validade ou da relevância jurídica do facto passado, isto equivale a dizer que não se aplica ao acto passado.

Por conseqüência, por estas razões nós pomos também de reserva esta teoria, a teoria do facto passado (*factum prieteratum*).

e) — Vamos, agora, estudar a outra teoria, a teoria que apresentamos pela primeira vez entre nós, pôsto que não seja da nossa autoria e construção — a teoria da situação jurídica abstracta e da situação jurídica concreta.

---

(1) Planiol sustenta que a lei nova só não deve aplicar-se aos factos passados nem às suas conseqüências *já produzidas*, mas pode aplicar-se às conseqüências e efeitos futuros.

(2) Por «*conseqüências directas de factos passados*», diz o prof. Cabral Moncada, na obra cit., não deve entender-se que são quaisquer factos novos que possam vir a achar-se numa qualquer relação de conexão com os primeiros, ou de que estes sejam inclusivamente o pressuposto, por forma que, se não fôssem os passados, os novos não se produziriam. Não; por «*conseqüências de factos passados*» entendem-se aqui apenas quaisquer outros factos que representam uma «conseqüência jurídica directa» dos antigos, uma «expansão dos seus efeitos», ou melhor ainda, novos factos que «não poderiam ser tomados em consideração, ou apreciados de novo pela lei nova, sem que essa apreciação (ao regulá-los ela) envolvesse uma apreciação directa da realidade do facto velho», de que eles são a projeção ou a conseqüência.

13.° Das fontes do Direito (cont.)

r)—A doutrina da não-retroactividade da lei (cont.).

—A teoria das situações jurídicas abstractas e concretas.

—Processo de que se deve servir o intérprete para que a lei não tenha efeito retroactivo.

—Conceito de direitos adquiridos determinado pelo conceito de situações jurídicas subjectivas.

—O nosso conceito de situações jurídicas subjectivas e situações jurídicas objectivas.

Notámos algumas deficiências das teorias dos direitos adquiridos e das meras espectativas, do direito e do interêsse, das situações jurídicas subjectivas e objectivas e do facto passado.

Vamos hoje ver uma outra teoria—a das situações jurídicas abstractas e concretas, — que, presentemente, é a que mais me satisfaz.

Esta matéria está em evolução, ou antes, em elaboração.

Por conseqüência, é possível que, àmanhã, haja uma outra teoria que me satisfaça mais do que esta que vou apresentar.

Qualquer teoria preferível não deve ser aquela que satisfaça o nosso sentimento teórico ou a nossa especulação pura. E' preferível a teoria que, satisfazendo o fim da disposição do artigo 8.°, se case melhor com o pensamento do legislador. Aqui, o legislador não tem que fazer mais do que faz quando interpreta outra disposição qualquer.

A que melhor quadre, a que melhor se case com a letra e o espírito da lei, é a teoria que nós devemos preferir.

Pode haver, na verdade, teorias que mais satisfaçam a nossa especulação, a nossa lógica. Mas, se porventura não se poderem enquadrar dentro da lei, nós temos de afastá-las.

A mesma coisa acontece, aqui, quanto à questão da aplicação da lei no tempo ou à teoria chamada da não-retroactividade da lei.

Já lemos o artigo 8.°, mas não será excessivo que o voltemos a ler e a analisar.

Pela análise dêste artigo, verificamos que êle tem três partes e contém dois conceitos diversos de não-retroactividade.

Primeira parte do artigo: *a lei civil não tem efeito retroactivo.*

Segunda parte: *exceptua-se a lei interpretativa, que tem aplicação retroactiva.*

Terceira parte: *salvo se dessa aplicação resultar ofensa dos direitos adquiridos.*

E, assim, como êste artigo contém três partes, que acabamos de enunciar, também tem duas noções ou dois conceitos distintos de não-retroactividade: um conceito mais amplo, outro conceito mais restrito.

Vamos ao conceito mais restrito: excepto a lei interpretativa, que se aplica retroactivamente, salvo se dessa aplicação resultar ofensa dos direitos adquiridos.

Há um conceito de não-retroactividade para a lei interpretativa: excepto a lei interpretativa, que se aplica retroactivamente, salvo se dessa aplicação resultar ofensa de direitos adquiridos.

Há um conceito mais amplo, contraposto a êste conceito mais restrito, que se deduz desta parte do artigo: a lei civil não tem efeito retroactivo.

Como estão a ver, se não houvesse dois conceitos de não-retroactividade, a segunda e terceira partes do artigo eram inúteis; o artigo 8.º limitava-se a dizer: a lei civil não tem efeito retroactivo; e aplicava-se êste princípio a todas as leis, quer fôssem interpretativas, quer não; fôsse qual fôsse a natureza delas.

Mas a lei estabelece um conceito de não-retroactividade para as leis interpretativas.

(Já dissemos na outra lição o que se deve entender por leis interpretativas, — aquelas que dão uma interpretação autêntica de outras leis mais antigas, anteriores).

E tem outro conceito, mais amplo, que é o que consta da primeira parte do artigo 8.º.

Ora, qual seria o sentido em que o legislador empregou a expressão «não-retroactividade»?

Com relação à segunda e terceira partes do artigo, com relação às leis interpretativas, o legislador quis significar com o seu conceito de não-retroactividade que a lei se retroactivava quando ofendesse direitos adquiridos.

Por conseqüência, em relação a esta parte do artigo, é evidente que o legislador teve presente a teoria dos direitos adquiridos e das meras expectativas.

Mas, qual foi o conceito que o legislador teve presente de não-retroactividade na primeira parte do artigo—a lei civil não tem efeito retroactivo — ?

Claro que não foi o conceito que nos dá a teoria dos direitos adquiridos e das meras expectativas, porque o primeiro conceito de não-retroactividade—repito—é mais amplo, é mais extenso. E, se não foi o significado que nos dá a teoria dos direitos adquiridos e das meras expectativas, qual seria o significado que o legislador teve presente?

Havia de ser o significado mais amplo—isto é indubitável. Mas qual foi?

Temos de excluir a teoria dos direitos adquiridos e das meras expectativas, que só se aplica à segunda e terceira partes do artigo, que aplica ao artigo 8.º quando em referência às leis interpretativas.

Qual será uma outra teoria que nos dê um conceito mais amplo, mais extenso de não-retroactividade?

A teoria dos direitos e dos interêsses têm a mesma amplitude, o mesmo horizonte que tem a teoria dos direitos adquiridos e das meras expectativas.

A teoria das situações jurídicas subjectivas e objectivas pode-se fazer coincidir, como víramos, com a teoria dos direitos adquiridos e das meras expectativas.

Ficar-nos-ia, por exclusão, a teoria dos factos passados. Mas a teoria dos factos passados, como lhes disse, considerada «primo conspectu», é uma teoria banal, tautológica.

Que a lei não se pode aplicar a um facto passado é por demais evidente. O facto passado—disse eu e é verdade—é um facto morto, Ora, uma lei só se aplica às realidades vivas, não se aplica às realidades mortas.

Considerada, pois, «primo conspectu», esta teoria é tautológica, banal, é uma teoria tam pouco relevante que não merece que o jurisconsulto gaste tempo com ela.

É claro que essa teoria compreende-se, depois, como abrangendo tanto os factos como as conseqüências jurídicas directas dêsses factos passados. E, então, já essa teoria ganha importância, relêvo, já merece a consideração dos jurisconsultos. Mas o que deve entender se por «conseqüências jurídicas directas»?

«Tot capita, quot sententiae» — «são tantas as cabeças como as sentenças». Por conseqüência, essa doutrina resulta imprecisa. E, segundo é opinião de alguns, se conseqüências jurídicas directas são aquelas que, aplicando-se a lei nova, equivaleria a tomar conhecimento novo da validade e da eficiência do facto passado, ainda voltamos novamente à banalidade, à irrelevância da doutrina, pelo facto de uma lei só se poder aplicar às realidades vivas.

Lembrei-me, pois, de uma outra doutrina. Não fui eu

que a criei, — não quero empavonar-me com essas penas. E' uma doutrina de Bonnecase, que eu adopto, a-pesar-de também ter inconvenientes e estabelecer confusões. Adopto-a, porque ela se adapta perfeitamente ao nosso artigo 8.°, dando-nos um conceito de não-retroactividade mais amplo, do que o conceito da segunda e terceira partes do artigo como convém ao espírito da lei. Em segundo lugar, porque, a-pesar de confusa, ainda assim é muito mais simples do que qualquer das outras.

Mas, a nossa função não ficará por aqui, não ficará em dizer que na primeira parte do artigo 8.° o conceito de não-retroactividade nos é dado pelo conceito de situações jurídicas abstractas e situações jurídicas concretas, isto é, que será retroactiva a lei que se aplica a situações jurídicas concretas existentes e não será retroactiva se se aplicar simplesmente a situações jurídicas abstractas.

Não é isso só a nossa função. Temos, ainda, de explicar o que se deve entender por *direitos adquiridos*.

O conceito de direito adquirido é um conceito bastante confuso, muito pouco preciso, como já dissemos. Precisamos de encontrar uma fórmula que nos dê mais precisão, que nos elimine tôdas as confusões, que nos empreste mais rigor jurídico a esta expressão «direitos adquiridos».

Lembramo-nos de traduzir o significado de direitos adquiridos pelo das situações jurídicas subjectivas.

Vamos então ao nosso empreendimento.

Que virão a ser *situações jurídicas abstractas* e *situações jurídicas concretas?*

Já falámos da lei. Uma lei forma-se, é promulgada, é publicada, entra em vigor. Quando está em vigência é um elemento de direito objectivo, é direito objectivo, e dá faculdades, e daí derivam faculdades para os homens.

Pois bem: as situações eventuais, teóricas, que resultam da lei como vocação e são capazes de se aplicar aos homens,

mas que não foram aplicadas, são chamadas situações jurídicas abstractas.

Mas a lei vigente pode aplicar-se mercê de um acto jurídico ou de um facto jurídico. Depois de aplicada, cria uma situação positiva, já não abstracta, já não eventual, mas aplicada a um homem ou a um grupo de homens, é o que se chama uma situação jurídica concreta.

Vejamos a questão mais devagar com exemplos.

Diz o nosso Código Civil no artigo 18.°, ao tratar da aquisição da nacionalidade portuguesa, quais são os cidadãos portugueses.

Esta disposição considerada em si, como lei vigente e sem aplicação a nenhum homem, cria uma situação jurídica abstracta em relação a todos os homens. Mas dá-se o facto do nascimento. Por virtude dêsse facto-nascimento, esta disposição aplicou-se a um homem que nasceu em Portugal, filho de pai e mãi portugueses. Imediatamente esta situação jurídica abstracta, teórica, passou a ser uma situação jurídica concreta relativamente ao que nasceu em Portugal filho de pai e mãi portugueses.

Uma outra disposição: «Casamento é o contrato entre indivíduos de sexos diferentes com o fim de constituír legìtimamente família».

Isto é uma disposição legal, é uma regra de direito, é elemento de direito objectivo.

Todos os homens e tôdas as mulheres podem casar.

Qualquer homem, desde que tenha a idade nupcial, se pode casar. Mas, enquanto se não casa, enquanto não aplicou a lei, a regra jurídica, a si próprio, está numa situação jurídica abstracta, teórica, eventual. E' uma maneira de ser que se parece com uma vocação.

Todo o homem se pode casar; mas, se um dia casou, se praticou o acto jurídico de introdução no estado de casado, imediatamente a situação jurídica de abstracta passou a

concreta, a maneira de ser teórica passou a ser uma maneira de ser positiva.

Como é então que de uma situação abstracta se passa para uma concreta?

E' por meio dum facto jurídico ou de um acto jurídico. Um facto ou um acto jurídico aplicados a uma situação abstracta de um homem ou de um grupo de homens convertem-na em situação jurídica concreta.

Havemos de estudar adiante a teoria do acto jurídico, e, então, veremos, com precisão, que o *acto jurídico* é um acto de vontade dirigido no sentido de produzir efeitos jurídicos que podem ser situações jurídicas subjectivas ou objectivas, e que *facto jurídico* é um acontecimento que tem o mesmo efeito de criar situações jurídicas objectivas ou situações jurídicas subjectivas, numa palavra: situações jurícas concretas. E havemos de ver que entre facto jurídico e acto jurídico há esta relação: umas vezes — e é o normal — considera-se o facto jurídico como género, género que é uma espécie o acto jurídico; outras vezes, considera-se o acto jurídico um acto de vontade e o facto jurídico um acontecimento material, ambos produtores de efeitos jurídicos, ambos criadores de situações jurídicas concretas.

Por exemplo: o nascimento não é um acto de vontade, é um acontecimento material, é um facto jurídico.

A morte é um facto jurídico.

Um contrato é um acto de vontade, é um acto jurídico.

Mas, quando se torna facto jurídico como género e acto jurídico como espécie, então facto jurídico é todo o acontecimento criador de situações jurídicas concretas, ao passo que o acto jurídico é o acontecimento voluntário criador de situações jurídicas concretas. Pois o facto jurídico ou o acto jurídico, ou, de um modo genérico, o facto jurídico compreende também o acto jurídico, o que faz que uma maneira de ser teórica, um poder legal crie direitos e deveres, se aplique a um homem ou a um grupo de homens.

Segundo a nossa teoria, para interpretar o sentido de não-retroactividade na primeira parte do artigo 8.º, temos a seguinte fórmula: será retroactiva a lei que se aplique a situações concretas, já existentes, será não-retroactiva a lei que só se aplique a situações abstractas e que respeite situações concretas, já existentes.

Temos, claro, de caminhar com cuidado, porque, por exemplo, *A* casou, criou, por isso, uma situação jurídica concreta, aplicou, criando para êle próprio direitos e deveres, a regra jurídica que lhe permitia casar-se.

E casou quando era permitido o divórcio. Depois, por hipótese, veiu uma lei que proïbiu o divórcio. E poderá parecer à primeira vista que, se a lei nova não se aplica a situações jurídicas concretas, se o casamento está feito, se, quando fez o casamento, havia divórcio, a lei nova, que proïbiu o divórcio, não se pode aplicar a esta situação jurídica concreta. Mas temos de considerar, não a instituïção em si, o complexo organizado das regras, mas regra por regra; e, então, encontramos conexas com o casamento muitas outras intituïções; o divórcio, a separação, o poder marital, etc. Quando *A* casou na vigência de uma lei que permitia o divórcio, não concretizou a situação jurídica relativa ao divórcio, só concretizou a situação jurídica relativa ao casamento. Porque, se êle casou ainda na vigência da lei, e pediu o divórcio e o divórcio foi declarado, ainda que, depois, venha uma lei nova que proïba o divórcio, aquele cidadão está divorciado para todos os efeitos, porque a situação jurídica dele a-respeito de divórcio tornou-se concreta.

Como vêem, ainda assim, a-pesar dêste critério ser bem claro, é necessário andar com cuidado, reflectir bem nas soluções.

De maneira que, conforme êste critério das situações jurídicas abstractas e das situações jurídicas concretas, nós temos de ver o seguinte:

Aparece um caso. Temos de ver, primeiramente, se se trata de uma lei interpretativa. Se se trata de lei interpretativa, aplica-se o critério dos direitos adquiridos e das meras expectativas. Se não se trata de lei interpretativa, aplica se o critério das situações jurídicas concretas e abstractas. Mas, por um raciocínio «a minore ad majus», como o que proíbe o menos proíbe também o mais se porventura, quando estamos a reflectir sôbre se nos encontramos perante uma situação jurídica abstracta ou concreta, descobrirmos que a aplicação da lei nova vem ofender direitos adquiridos, embora o critério só seja para leis interpretativas, porque êsse critério é mais acanhado, mais limitado, aplicamo-lo também a qualquer outra lei.

No art. 8.°, há duas concepções de não-retroactividade: uma mais ampla, outra mais limitada, como dissemos. A mais limitada aplica-se à lei interpretativa.

Mas, se nós, intérpretes, enquanto reflectimos, descobrir-mos que, embora se trate de uma lei que não é interpretativa, todavia a aplicacão da lei nova importa ofensa de direitos adquiridos, como o outro conceito a aplicar é mais amplo, e a lei que proíbe o menos proíbe o mais, nós ficamos por aí, não precisamos de entrar em mais cogitações, porque o conceito de não-retroactividade que se aplica à lei civil em geral é um conceito mais amplo do que aquele que se aplica à lei interpretativa.

Mas, se o próprio conceito de não-retroactividade da lei interpretativa também se pode aplicar ao conceito da lei em geral, escusamos de entrar em mais cogitações, em virtude do princípio — «o que proíbe o menos proíbe o mais». Mas, se não virmos ofensa de direitos adquiridos, então vamos aplicar o outro critério — o critério das situações jurídicas abstractas e concretas. O que faremos do modo seguinte: se aplicando a lei nova, ofendermos situações jurídicas concretas, faremos uma aplicação rectroactiva da lei.

Ainda neste passo tenho de lhes dizer o seguinte:

Houve quem pensasse, quer no campo da legislação, quer no campo da doutrina, que o efeito não-retroactivo da lei era um preceito constitucional, que obrigava, por conseqüência, a todo o legislador. Mas, não é assim. O preceito não é constitucional, o preceito é do artigo 8.° do Código Civil. O legislador pode respeitá-lo ou não. Por conseqüência, o legislador pode dizer: essa lei aplica-se retroactivamente, conforme a concepção dele. Mas, se não disser nada, então é que se aplica o artigo 8.°.

Está a primeira parte da função desempenhada. Vamos à segunda parte.

Como já vimos, quando a lei é interpretativa, o critério a aplicar é o dos direitos adquiridos. A própria lei interpretativa não se aplica quando da sua aplicação resulte ofensa de direitos adquiridos.

Mas o que se deve entender por *direitos adquiridos?*

Tem-se escrito bastante para precisar, explicar esta noção. Quem mais claramente escreveu sôbre o assunto foi Gabba, a respeito da não-retroactividade das leis.

E Gabba serviu-se do conceito de património para esclarecer o que se devia entender por não-retroactividade das leis. No entanto, a-pesar-de todos os esforços, sempre ficou impreciso, como já lhes disse, o conceito de direitos adquiridos.

Mas nós, em virtude do critério da nossa lei, em virtude do espírito do artigo 8.° do nosso Código Civil, temos de definir, tão precisamente quanto possível, o que são direitos adquiridos.

E, então, como atraz já dissemos, vamos socorrer-nos, para precisar êsse conceito, daquela outra teoria das situações jurídicas subjectivas e objectivas, e ficarão os direitos adquiridos correspondendo às situações jurídicas subjectivas e ficarão as meras expectativas sendo aquilo que na outra teoria se chama situações jurídicas objectivas.

Mas isto ainda não é o suficiente. Precisamos de dizer

mais, porque já mostrámos algumas deficiências da teoria das situações jurídicas subjectivas e objectivas, tal como geralmente é apresentada.

E, então, temos de dar um outro conceito de situações jurídicas subjectivas e de situações jurídicas objectivas.

Não é só a vontade posta em movimento, para aplicar a lei, no exercício dum poder legal, que cria situações jurídicas subjectivas. Parece que a situação jurídica subjectiva que resulta de facto jurídico, isto é, de acontecimento material, neste sentido, resulta da lei sem manifestação de vontade.

Também se dá a inversa. Por vezes, a vontade manifesta-se no exercício dum poder legal, criando, não situações jurídicas subjectivas, mas apenas situações jurídicas objectivas.

Como vêem, temos de modificar o conceito de situações jurídicas subjectivas e objectivas.

Tôda a situação jurídica que importa uma alteração no estado civil ou no património dum cidadão é uma situação jurídica subjectiva.

Tôda a situação que apenas determina o *quantum* de poderes abstractos dum cidadão investido num situação jurídica é que é uma situação jurídica objectiva.

Como sabem, esta grande questão — porque é uma magna questão — da aplicação da lei no tempo ou da não-retroactividade da lei tem por fim, por fundamento ético-jurídico, o respeito da esfera jurídica de cada um.

Suponham que uma lei nova podia vir tirar a qualidade que um cidadão tem na família ou no Estado, ou que uma lei nova podia vir tirar bens patrimoniais dum cidadão. Diríamos que essa lei era perturbadora, que essa lei roubava os direitos do cidadão.

Admitam, mais concretamente, que àmanhã vinha uma lei nova que dizia: todo aquele que possua casas na cidade de Lisboa, perde-as em favor do Estado. Essa lei diríamos nós, diria tôda a gente — prejudicava, roubava o cidadão

E' com êsse fundamento ético-jurídico que se diz que a lei não deve ter efeito retroactivo.

Pois bem: em virtude destas considerações, é que eu disse que tôda a situação que traz uma modificação no estado civil ou no património do cidadão é subjectiva, e então a lei nova não se aplica. Essa situação subjectiva, é o que o nosso Código chama direitos adquiridos, para a qual a lei nova não se aplica.

Tôda a situação que apenas determine o *quantum* de direitos que pertence ao indivíduo investido numa situação, é uma situação jurídica objectiva.

O proprietário tem «estes» e «aqueles» poderes legais, o proprietário está investido numa situação jurídica subjectiva.

O marido tem «estes», «aqueles» e «outros» poderes legais e deveres — está investido numa situação jurídica objectiva.

E então «direitos adquiridos» será correspondente a «situações jurídicas subjectivas» e «meras expectativas» será correspondente a «situações jurídicas objectivas».

14.º Das fontes do Direito (cont.)

s) — Da aplicação das leis no espaço ou do conflito das leis no espaço.

— Conceito, conteúdo e relevância do Direito Internacional Privado.

— Critério da aplicação das leis normalmente competentes.

— Limitação à aplicação das leis normalmente competentes.

Nas últimas sessões, ocupámo-nos da aplicação da lei no tempo, problema que também se chama do conflito das leis no tempo ou ainda problema da não-retroactivadade das leis.

Hoje, vou falar-lhes do problema da aplicação das leis no espaço, também designado por problema do conflito das leis no espaço.

«Primo conspectu», pode parecer que o Estado faz leis para os seus cidadãos, para os seus súbditos, e para serem aplicadas pelos seus tribunais e pelas suas autoridades ou órgãos.

Sendo assim, a lei seria territorial e o problema da aplicação das leis no espaço seria simplicíssimo.

Uma lei aplica-se no território do Estado que a fez. Mas, assim como há uma ordem jurídica nacional, que tem por fim estabelecer a harmonia social entre os cidadãos dum Estado, há, em virtude das relações dum Estado com outro Estado ou de cidadãos dum Estado com cidadãos doutro Estado, uma ordem jurídica internacional. E, então, o problema da aplicação das leis no espaço ganha relevância e complicação.

Uma relação jurídica pode ter conexão com as leis de vários Estados. Uma relação jurídica pode ligar-se com as

leis dos Estados, (um ou mais), a que pertencem os sujeitos de certa relação, com a lei do Estado da situação do objecto da mesma relação, com a lei do Estado onde é feito o acto jurídico, com a lei do Estado onde produzirá efeitos o atco jurídico. Podem, como se vê, ser vários os Estados com que a relação jurídica tem conexão.

Diz-se, então, que é uma relação jurídica que tem conexão com várias leis, com leis de vários Estados. E pregunta-se: se assim fôr, qual a lei competente para regular a relação jurídica? A lei do objecto da relação jurídica? A lei do sujeito da relação jurídica? A lei do lugar onde foi feito o acto jurídico? A lei do Estado onde produz efeitos o acto jurídico? A lei da situação do objecto?

Estão a ver a relevância.

Êste problema é estudado com mais pormenor, com mais profundidade, no Direito Internacional. Mas não podemos deixar de o versar perfunctòriamente, ligeiramente, aqui, porque é problema que diz respeito à fôrça obrigatória da lei.

O Direito Internacional ocupa-se das várias categorias de soluções: a categoria relativa à capacidade dos estrangeiros, a categoria relativa ao conflito das leis, a categoria relativa aos efeitos jurídicos do acto ou actos praticados no estrangeiro.

Mas, de tôdas essas categorias de soluções do problema, a categoria central, a categoria que, por assim dizer, constitue o centro do Direito Internacional, é a teoria do conflito das leis, esta teoria que agora abordamos singelamente.

Falei-lhes em Direito Internacional, como se houvera um direito internacional privado único.

Não é assim. Para que cheguem à conclusão que não há um direito internacional privado único, basta que atentem nas fontes do Direito Internacional.

São fontes do Direto Internacional os tratados norma-

tivos, as leis internas internacionalmente relevantes e o costume internacional.

De tôdas estas fontes de Direito Internacional a mais abundante é a lei interna internacionalmente relevante, como vão ver.

São desta espécie os dois artigos, 24.º e 25.º, do título IV — **Dos cidadãos portugueses em país estrangeiro** — e os artigos do título V — **Dos estrangeiros em Portugal** — na parte I do nosso Código Civil e, ainda, o artigo 964.º — *das hipotecas contraídas em país estrangeiro sôbre bens existentes no reino;* o artigo 1.106.º — *sôbre as convenções ante-nupciais, estipuladas em país estrangeiro, entre súbditos portugueses;* o artigo 1.107.º — *do casamento contraído em país estrangeiro entre português e estrangeira, ou entre estrangeiro e portuguesa;* e os artigos 1.961.º e 1.965.º que tratam *do testamento externo ou feito em país estrangeiro.*

A estas disposições posso acrescentar outras do Decreto n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910, dos Códigos Comercial e do Processo Civil, do Regulamento Consular, etc..

Como vêem, tôdas estas disposições são disposições internas de vários diplomas portugueses internacionalmente relevantes, isto é, que regulam as relações jurídicas praticadas por portugueses no estrangeiro ou por estrangeiros em Portugal.

Esta é a fonte mais abundante do Direito Internacional.

Destas fontes—tratados normativos, leis internas internacionalmente relevantes, costume internacional—a fonte mais abundante, a que contém mais disposições, a que regula mais situações, é, pois, a lei interna internacionalmente relevante.

Mas, como a lei interna internacionalmente relevante portuguesa não é igual à lei interna internacionalmente relevante espanhola ou francesa ou italiana ou alemã, por

isso eu lhes digo: os complexos de regras que regulam os conflitos de leis são diversos conforme os Estados.

Há muitos direitos internacionais: o direito internacional português, o espanhol, o francês, o italiano, o alemão, etc..

Muito embora exista uma tendência para uniformização, muito embora, também, haja aspirações humanas para esta uniformização, o certo é que no estado actual ainda há muitos direitos internacionais privados.

Estes direitos internacionais privados não contêm normas materiais ou substânciais, isto é, normas que regulem as relações sociais.

Se analisarem aqueles artigos, aquelas normas de direito interno internacionalmente relevantes, o que encontram? Isto: regras que lhes dizem qual a lei que deve ser aplicada—a lei portuguesa ou a estrangeira.

Por conseqüência, o Direito Internacional Privado é um conjunto de regras de aplicação, isto é, de regras que nos dizem qual a lei que deve ser normalmente aplicada para regular a relação social que tem conexão com as leis de vários Estados. E' um conjunto de regras de conflitos, mas não de regras substanciais ou materiais.

Por isso mesmo, há quem sustente que o próprio Direito Internacional Privado é um ramo do Direito Público.

Se as normas de Direito Internacional Privado fôssem substanciais, regulassem as relações particulares entre um português e um estrangeiro ou entre estrangeiros, podia mais fàcilmente dizer-se que o Direito Internacional Privado era direito privado. Mas, como o Direito Internacional Privado apenas nos diz qual a lei que se deve aplicar quando há um conflito de leis, sendo sòmente constituído por normas de aplicação ou normas de conflito, pois que essas normas visam o interêsse predominante da colectividade, há quem sustente que o Direito Internacional Privado é um ramo do Direito Público.

Em suma: os Snrs. vêem já qual é o âmbito do problema da aplicação das leis no espaço.

Há muitas relações que têm ligação — *conexão* é o termo que se emprega em direito internacional privado — com as leis dos vários Estados. Qual a lei que se deve aplicar? A lei portuguesa ou a lei de outro Estado? Qual a lei que o juiz tem de aplicar? Qual a lei que o órgão ou a autoridade do Estado tem de aplicar?

O problema é êste. E, como subsidiários dêste problema, vêm estes três:

1.º problema subsidiário: qual a lei que se deve aplicar como regra e qual a que se deve aplicar como excepção? A lei territorial ou a lei extra-territorial?

2.º problema subsidiário: qual o critério a adoptar para o intérprete fazer a averiguação se deve aplicar a lei territorial ou a extra-territorial?

3.º problema subsidiário: a lei normalmente competente terá alguma limitação?

Vamos ver cada um dêstes problemas.

Qual a lei que se deve aplicar como regra e qual a que se deve aplicar como excepção? É a lei territorial ou a lei extra-territorial?

E' êste o primeiro problema. A solução a dar-lhe tem tido vicissitudes na história do Direito.

Primeiramente, entendia-se que a lei que se devia aplicar como regra era a lei territorial e que só como excepção se podia aplicar a lei extra-territorial ou pessoal.

O raciocínio era êste: O Estado faz uma lei para ser aplicada pelos seus tribunais, pelas suas autoridades. Em regra, os tribunais e as autoridades do Estado só podem aplicar a lei dêsse Estado. Só excepcionalmente é que poderão aplicar outra lei.

Foi esta solução que dominou as escolas estatutárias, que são escolas de Direito Internacional, com começo no século XIII e que foram até ao século XVIII com várias orientações.

Depois, apareceu no século XVIII Savigny, romanista alemão, que criou a escola da comunidade do direito.

Sustentava êle que, no actual estado de civilização, os povos que pertencem a um mesmo tipo de civilização têm, em regra, os mesmos princípios e sistemas e regulam-se pelas regras semelhantes.

Conseqüentemente, é indiferente a aplicação da lei territorial ou da extra-territorial. O que o intérprete deve averiguar, em cada caso, é qual a lei mais idónea de harmonia com a relação que se pretende disciplinar.

No entanto, Savigny não nos disse qual era o critério para a determinação da lei mais idónea, mais consentânea; e, por isso, fazia caír os intérpretes do Direito na arbitrariedade, no alvedrio mais completo, mais absoluto.

Depois, já no século XIX, apareceu a escola italiana de Mancini, que como teoria de direito internacional defendeu a doutrina de que a lei mais idónea, intrìnsecamente mais harmónica com as relações jurídicas, era a lei nacional.

De maneira que, por obra dessas duas escolas, — da escola da comunidade do direito de Savigny e da escola da lei nacional de Mancini — o que é certo é que hoje deve considerar-se como regra a aplicação da lei extra-territorial ou pessoal e como excepção a aplicação da lei territorial.

Isso mesmo acontece conforme o direito internacional português, como já de seguida veremos, ao estudar o segundo problema, isto é, ao averiguar qual é o critério jurídido geral que nós devemos seguir para a determinação da lei normalmente competente. E então temos de voltar à leitura daqueles artigos do Código Civil.

Diz art. 24.º: «*Os portugueses, que viajam ou residem em país estrangeiro, conservam-se sujeitos às leis portuguesas concernentes à sua capacidade civil, ao seu estado e à sua propriedade imobiliária situada no reino, enquanto*

aos actos que houverem de produzir nele os seus efeitos: a forma externa dos actos será, todavia, regida pela lei do país, onde forem celebrados, salvo nos casos em que a lei expressamente ordenar o contrário».

E preceitua o art. 27.°: «*O estado e a capacidade civil dos estrangeiros são regulados pela lei do seu país*».

Os Snrs. deduzem da análise dêstes dois artigos o seguinte: o estado e a capacidade de portugueses que viagem no estrangeiro ou de estrangeiros que viagem em Portugal são regulados pela lei nacional respectiva, lei extra-territorial.

Vão ver, já, como a *lei nacional* corresponde à *lei extra-territorial*.

Se os tribunais portugueses aplicassem a lei portuguesa, aplicariam a lei territorial, mas, se os tribunais portugueses aplicam a lei doutro Estado, a lei que não é do seu território, aplicam a lei extra-territorial, ou seja: a lei nacional de cidadãos de outros Estados os quais viajam ou residem em Portugal. Nesse caso, *lei extra territorial* é, pois, igual a *lei nacional*.

Por conseqüência, o estado e a capacidade dos portugueses que viajam ou residem no estrangeiro ou dos estrangeiros que viajam ou residem em Portugal são regulados pela lei extra-territorial ou nacional (arts. 24.° e 27.° do C. Civil).

Quem diz *estado* e *capacidade* diz também *relações de família* e *sucessões*.

Não há, a respeito das relações de família, um preceito categórico, vigoroso, enérgico, como os dos arts. 24.° e 27.°, mas verão mais tarde que as relações de família se reduzem a *estados* e *capacidades*. Portanto, se o estado e a capacidade são regulados pela lei extra-territorial, também as relações de família o devem ser.

Casado, divorciado, solteiro ou *viúvo* — tudo isto são estados. *Pai de família, filho, marido, mulher casada* — tudo isto são estados, também.

Verão, depois, com mais conhecimento de causa, que, na verdade, as relações de família se traduzem, como dissemos, em estados e capacidades; e, por conseguinte, tem de se lhes aplicar o disposto nos artigos 24.° e 27.°, têm as relações de família de ser reguladas pela lei extra-territorial.

O mesmo diremos quanto ás sucessões. Estas são relações de família *lato sensu*. Portanto, aplica-se-lhes o que dissemos a respeito das relações de família.

Temos, então, os seguintes capítulos do direito privado: estado, capacidade, relações de família, sucessões—regulados pela lei extra-territorial.

Depois, temos as relações emergentes da propriedade imobiliária (artigo 24.°), que são reguladas pela lei da situação. E', como se diz em terminologia de Direito Internacional, pela *lex rei sitae* — lei territorial.

Com relação à forma externa dos actos, tratada no fim do artigo 24.°, é, também, regulada pela lei territorial.

Se o acto é praticado em Portugal, a lei que regula a sua forma é a portuguesa; se em Espanha, a espanhola. Portanto, a lei é a do local onde o acto é celebrado.

E', como se diz em terminologia de Direito Internacional, *locus regit actum*.

Substância e efeitos das obrigações: —

Estes são regulados, como diz o n.° 1.° do art.° 4.° do Código Comercial, pelas expressões *salvo convenção em contrário*, pelo princípio ou lei da autonomia da vontade

Direi o que isto é.

Em matéria de obrigações o princípio superior, estrutural é o princípio da autonomia da vontade.

Os contratos, quanto à sua substância e efeitos, regulam se pela vontade das partes (é o que se chama *autonomia da vontade das partes*), têm os efeitos, que as partes quizerem, valem o que as partes determinaram.

Ora, êste princípio da autonomia da vontade das partes transbordou do direito nacional para o direito internacional;

e o n.º 1.º do art.º 4.º do Código Comercial diz: *salvo a convenção das partes*. Quere dizer: prefere a lei que as partes escolheram.

Mas, agora, em síntese vemos o seguinte: estado, capacidade, relações de família, sucessões são reguladas pela lei extra-territorial ou nacional; propriedade imobiliária e forma externa dos actos pela lei territorial; substância e efeitos das obrigações pelo princípio da autonomia da vontade das partes, isto é, pela lei que as partes escolheram.

Portanto, podemos concluir que hoje, conforme a doutrina geralmente aceita e ainda conforme os princípios do nosso Código, a regra é a aplicação da lei extra-territorial ou nacional e a excepção a aplicação da lei territorial.

Vamos, agora, ver o terceiro problema subsidiário, isto é, se haverá alguma limitação à lei normalmente competente para regular as relações jurídicas que têm conexão com leis de vários Estados.

As leis normalmente competentes são: para regular o estado, a capacidade, as relações de família, as relações de sucessão—a lei nacional ou extra-teritorial; para disciplinar as relações derivadas da propriedade imobiliária—*lex rei sitae*, lei territorial; para regular a forma externa dos actos—segundo o princípio *locus regit actum*, e a *lex loci*, lei territorial; para regular a substância e efeitos das obrigações—a lei escolhida pelas partes.

Estas são as leis normalmente competentes.

Mas haverá alguma limitação à sua aplicação? Há a ordem pública internacional.

As leis normalmente competentes são as referidas; mas, se porventura a ordem pública internacional dum Estado o exigir, pode, em vez da lei normalmente competente, a extra-territorial, por exemplo, aplicar-se a lei territorial.

Já falámos da ordem pública; quando qualificámos as normas jurídicas, as leis, e também a propósito do art. 10.º

do Código Civil, que, como sabemos, trata das sanções da violação da lei.

Esta é a ordem pública nacional. A-par dela, há a ordem pública internacional.

Eu, quando lhes falei das leis de ordem pública nacional (entenda-se agora: *nacional*), disse-lhes que o seu conteúdo era impreciso. Disse-lhes também que a ordem pública nacional (*nacional*: entenda-se agora) é dogmática.

Não tenho nada que alterar ao que disse então.

O que disse a-respeito da ordem pública nacional, repito a-respeito da ordem pública internacional: o conteúdo da ordem pública internacional é impreciso.

Mas, tenho que acrescentar que *ordem pública nacional* e *ordem pública internacional* são coisas diversas. A's vezes, comuns, mas também, por vezes, diversas.

Podemos representar *ordem pública internacional* por um círculo e *ordem pública nacional* por outro círculo maior, mas concêntrico.

De maneira que há princípios da ordem pública nacional que não são princípios de ordem pública internacional.

E compreendem bem que assim seja. Os nacionais têm os mesmos deveres que os estrangeiros, mas nem sempre os estrangeiros têm os deveres dos nacionais.

E, daqui, resulta o seguinte como corolário: ordem pública internacional a mais restrit do que ordem pública nacional, mais extensa; há princípios de ordem pública nacional que não são princípios de ordem pública internacional.

Vou dar-lhes um exemplo que bem esclareça o assunto.

Em Itália, por exemplo, não há divórcio; os tribunais italianos não podem decretar o divórcio, e, conseqüentemente, não podem libertar os cidadãos dos vínculos matrimoniais contraídos.

Mas, se não há divórcio, há casamento por virtude de divórcio.

Suponhamos, porém, que um português se divorciou em Portugal, em França ou noutro país, onde seja permitido o divórcio, e que, depois de divorciado, foi para a Itália e lá se tornou a casar.

As leis italianas permitem o casamento do português divorciado, mas não podem permitir o casamento do italiano divorciado, porque em Itália não há divórcio.

Por conseguinte, como vêem, os estrangeiros podem ter menos deveres que os nacionais, embora êstes tenham, em regra os deveres dos estrangeiros.

Quere dizer: os deveres dos estrangeiros podemos representá-los por x e os deveres dos nacionais por $x+y$.

De maneira que a ordem pública internacional será x e a ordem pública nacional $x+y$, isto é, mais extensa que aquela.

O que é certo e necessário saber, é que o Estado considera certos princípios de ordem moral ou jurídica como necessários para poder coordenar as actividades individuais, sem que consinta que qualquer lei estrangeira seja aplicada pelos seus tribunais, pelas suas autoridades, em contrário a esses princípios. E' esta a ordem pública internacional. Assim como considera certos princípios e certas normas essenciais ao interêsse da colectividade, ao interêsse geral, sem que os particulares possam convencionar em contrário deles. E' esta, também, a chamada ordem pública nacional, a que se refere o art.º 10.º do C. Civil.

Mas o que fundamentalmente é necessário saber, porque há muita gente que o tem esquecido e o devia ter presente por isso ser conveniente para muitas soluções jurídicas, é que a ordem pública internacional, que serve de limite às leis normalmente competentes, é diversa da ordem pública nacional.

Chegámos, assim, ao fim do estudo da fôrça obrigatória da lei. Em seguida, vamos entrar no estudo da interpretação da lei.

15.º Das fontes do Direito (cont

t) — **Interpretação das leis.**

— A interpretação das leis não se faz determinando o pensamento ou a vontade do legislador.
— Interpretação autêntica e doutrinal.
— Só a doutrinal é que é a verdadeira interpretação.
— Interpretação «stricto sensu» e «lato sensu».
Interpretação mèramente declarativa, extensiva, restritiva, enunciativa e revogatória ou «abrogans.»

Na vida do Direito há duas fases distintas. Na primeira fase, trata-se da criação da lei — é a que nós temos estudado até aqui. Quere dizer: antes de falarmos da vida da lei, da sua formação, promulgação, publicação, «vacatio» e vigência, estudámos, como presuposto, como questão prévia, as fontes formais e reais do Direito.

Mas, depois de criada a lei, outra fase importante é a da aplicação da lei criada aos casos da vida real.

A lei é feita para se estabelecer a harmonia social.

Mas, para que haja harmonia social, não basta a existência da lei. E' necessário que a lei se aplique aos casos concretos da vida real.

A estas duas fases correspondem órgãos diversos do Estado.

A criação das leis pertence aos órgãos que têm a função legislativa; hoje, o legislativo e o executivo: o legisla-

tivo, que faz leis, o executivo que faz decretos-leis e regulamentos.

A aplicação da lei pertence a outros órgãos: ao órgão executivo e, principalmente, ao órgão judicial, se quizermos considerar êste distinto do poder executivo, e não simples ramo dele.

Quando há um caso da vida real que levante um conflito, o intérprete da lei, seja o juíz, seja aquele que os interessados consultam, os advogados e os práticos do fôro, sejam os próprios interessados, faz uma série de operações.

Primeiramente, procura saber se há lei que regule o caso; depois, se essa lei, existindo, é válida; em seguida, qual é o sentido a dar a essa lei; e, ainda, se não há lei, como é que se há-de resolver o caso concreto.

Tudo isto são operações intelectivas. Algumas delas estão à margem da interpretação das leis; por exemplo: a operação de determinar a validade da lei, que já estudámos a-propósito-da hierarquia das leis.

Há leis que estão em oposição com os princípios constitucionais, leis, portanto, inconstitucionais, leis, conseqüentemente, que não são válidas.

Há regulamentos que não estão de harmonia com a lei; são, também, ilegais.

O problema da convergência das várias leis, no tempo ou no espaço, para regular a mesma situação jurídica, também já o estudámos, a-propósito dos problemas da aplicação da lei no tempo e no espaço.

Agora, resta-nos versar o problema da *interpretação das leis*.

Essa expressão — *interpretação das leis* — toma-se em dois sentidos: «stricto sensu» e «lato sensu».

«Stricto sensu», interpretar uma lei é determinar o sentido correcto dessa lei, o significado exacto dela.

«Lato sensu», interpretar uma lei não é, apenas, determinar o seu exacto significado; é também ver como se hão-de colmar ou integrar as lacunas da lei.

Porque, por vezes, não há uma lei que se aplique a um caso concreto, e, não obstante, o juiz não pode deixar de decidir, como dizia o art. 97.º do Código do Processo Civil de 1876 e o preceitua, também, o actual Código do Processo Civil.

Com lei ou sem ela, pois, o juiz tem de julgar. Mas julgar como? Que princípio há-de aplicar?

O juiz tem de colmar ou integrar, nesta hipótese, as lacunas da lei. E, então, como veremos depois, vai buscar ao nosso sistema de legislação uma norma, um princípio que aplica a cada caso concreto.

Êste, o problema da integração ou da colmação das lacunas das leis é também, «lato sensu», um problema de interpretação.

Vamos estudar êsse problema; e fazemo-lo em três tempos: no primeiro, pomos o problema; depois, diremos o nosso critério para a interpretação das leis; e, finalmente, faremos um ligeiro bosquejo de todos os sistemas, de tôdas as teorias que se propõem fazer a interpretação.

A aplicação da lei tem sido, muitas vezes, comparada a um raciocínio silogístico.

Como sabem, o raciocínio silogístico é um raciocínio de dedução, em que há três proposições coordenadas entre si, estando a conclusão contida nas premissas maior e menor, se forem verdadeiras.

«Todo o animal racional é homem; Joaquim é animal racional; por conseqüência, é homem».

No processo judicial a premissa maior é a lei, a premissa menor é o facto concreto da vida real e a conclusão é a decisão do juiz.

A lei diz que é proïbido matar, sob pêna de o assassino ser condenado em x anos de prisão maior celular.

António matou: deve ser, portanto, condenado a x anos de prisão maior celular.

A premissa maior é, por conseqüência, a lei.

E' preciso determinar com correcção, com exactidão, o significado, o sentido dessa premissa maior.

A premissa menor, o facto concreto da vida real, também tem de ser provada; mas, essa, por qualquer meio de prova aceitável.

A premissa maior tem de ser determinada e provada. A conclusão é tirada pelo raciocínio silogístico.

Durante muito tempo — ainda hoje há quem o entenda assim — supôs-se que interpretar uma lei era determinar o pensamento e a vontade do legislador dessa lei.

Tal opinião, porém, tem sofrido reacções, tem sido contraditada, e com razão.

Primeiramente, uma lei é uma norma que contém uma idea; e a vida das ideas, depois que saiem do cérebro de quem as pensou, é autónoma e independente.

Pregunto aos Srs.: quem é que hoje se preocupa com a investigação do que pensava aquele que concebeu a célebre trilogia da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade? Quem é que hoje se preocupa com investigar o que pensava quem teve a idea da economia corporativa?

As ideas surgiram, apareceram na sociedade e ganharam autonomia, destacando-se do cérebro de quem as produziu, ganharam independência, hoje são o que são: independentes de quem as criou.

Também, assim, quanto às leis. As normas de conduta aparecem, autonomizam-se, independentizam-se, ganham vontade própria, independentemente da do legislador.

E assim deve ser. Porque, hoje, aliás como sempre, é impossível determinar o pensamento do legislador.

Já sabem como se cria uma lei. Aparece um projecto ou uma proposta de lei, que é mandado para a Assemblea Nacional. Quem fez o projecto tinha, evidentemente, um

pensamento, uma finalidade. Mas, mandado para a Assemblea Nacional, o projecto vai depois à Câmara Corporativa, onde uma ou mais secções o estudam e fazem um parecer sôbre êle.

Quem é que me pode afirmar que, depois do pensamento do relator do parecer, quer êste seja aceite, quer não, o pensamento inspirador do projecto fica inalterável?

Depois, com o parecer, volta o projecto à Assemblea Nacional, para ser discutido e, possivelmente, emendado.

Qual foi o pensamento de quem fez uma proposta de emenda? Será o mesmo pensamento do legislador? É possível que não, pois «tot capita, quot sententiale», são tantas as cabeças, quantas as sentenças.

Depois, há a votação. Quem garante aos Srs. que o pensamento e a vontade de cada um dos Deputados que aprovaram o parecer e fizeram a lei são a vontade e o pensamento do autor do projecto?

Vê-se, portanto, que é impossível determinar o pensamento do legislador. Hoje, como sempre.

Quando a lei era feita pelo monarca, pelos reis, alguns deles nem sequer a liam. Andavam os jurisconsultos à sua volta, os seus conselheiros, que era quem fazia as leis que o rei assinava, algumas vezes de cruz (+).

Pregunto: qual foi o pensamento do monarca, que fez a lei? Nenhum.

Saiamos do campo das leis singulares e vamos ao campo das compilações de leis.

Qual seria o pensamento de D. Afonso V, D. Manuel I e Filipe I de Portugal nas Ordenações que tiveram o seu nome? É possível que nenhum, que nem sequer conhecessem as leis, e que, por conseqüência, não tivessem nenhum pensamento, nenhuma vontade.

Modernamente, foi promulgado o Código Civil.

De fazer o Código Civil foi incumbido Luiz António de Seabra, que depois foi o visconde de Seabra e, igualmente,

foi nomeada uma Comissão revisora para estudar o trabalho daquele jurisconsulto. Mas nem o visconde de Seabra nem a Comissão revisora foram legisladores. O legislador do Código Civil foram a Câmara dos Pares e a Câmara dos Deputados, que eram ao tempo as duas casas do Parlamento.

Se lerem o *Diário das Sessões* das Câmaras de então, verificam que o Código Civil quási não foi discutido, pois teve uma ligeira discussão em matéria do casamento civil, mas, na sua totalidade, não foi discutido.

E agora pregunto: qual foi o pensamento dos parlamentares de então sôbre o Código Civil que aprovaram? Que vontade tinham eles? Alguém a poderá descortinar?

Por conseqüência, seria um contrasenso interpretar a lei segundo o pensamento ou a vontade do legislador. Nem há conveniência social em isso ser assim.

Os Srs. sabem que a humanidade progride; o progresso é um facto. Hoje, têm-se condições de vida diversas das condições de vida de há cincoenta anos, de há cem anos. Por exemplo, no campo dos transportes.

Quando foi feito o Código Civil, há três quartos de século, os transportes eram feitos por meio de carros de tracção animal ou por muares e, poucas vezes, por caminhos de ferro, que eram raros então.

Depois, vieram os automóveis e as «camionettes», que hoje são tão freqüentes. Mais tarde, vieram os aviões, que também transportam mercadorias.

O nosso Código Civil, bem como o Código Comercial, tem uma regulamentação de transportes. Sobretudo, o Comercial.

Evidentemente, que o legislador do Código Civil, assim como o do Código Comercial, não pensaram no transporte de avião, nem de «camionettes», nem de automóveis.

Se quizessemos interpretar a lei, segundo o pensamento e a vontade do legislador, não podiamos aplicar as disposições dos referidos Códigos a esses transportes modernos.

E estavamos perante esta situação: esses transportes modernos não eram disciplinados por nenhuma norma de conduta geral e impessoal.

Mas, se quisermos interpretar a lei pela vontade da própria lei, considerando a lei autónoma e independente, já não acontece assim.

A lei tem um conteúdo. E esse conteúdo atrai as relações da vida social, atrai os casos da vida real, para a sua aplicação poder projectar-se, porque a lei tem uma vontade própria que se destaca da vontade do legislador. O legislador fica apenas um instrumento da evolução do Direito — mais nada.

De maneira que, nesta altura, podemos dizer que interpretar a lei, «stricto sensu», não é procurar determinar o pensamento do legislador, mas, sim, determinar a vontade da lei, vontade que não resulta simplesmente das palavras da lei, vontade que resulta, como havemos de ver, sobretudo, do fim social da lei. Porque já os romanos diziam: «Scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem» — «Conhecer as leis não é dominar as suas palavras mas compreender-lhes a fôrça e o poder».

Os romanos também chamavam a essa «vis ac potestas» voluntas legis — «a vontade da lei».

Mas há várias espécies de interpretação.

Quanto à entidade donde a interpretação emerge, esta é *autêntica* ou *doutrinal*.

Interpretação autêntica é a feita pela própria autoridade, que criou a lei, por meio de leis interpretativas.

Já falámos de leis interpretativas a-propósito da aplicação da lei no tempo, a-propósito do artigo 8.º, que, como vimos então, trata da teoria da não retroactividade das leis, ísto é, da sucessão das regras de direito civil, da aplicação das leis no tempo.

Portanto, interpretação autêntica é a que é feita pela autoridade que criou a lei por meio de leis interpretativas.

Aquilo que se chama interpretação autêntica não é, pròpriamente, uma interpretação.

Com efeito, interpretar uma lei (já o dissemos) é determinar a vontade da lei, isto é, o sentido, o significado da lei.

Mas, quando a autoridade, que tem função legislativa, interpreta a lei que ela fez, não procura em regra, sòmente, determinar o sentido ou o significado da lei, procura esclarecê-la, alterando-a ou corrigindo-a. Mas esta não é a função da interpretação.

A interpretação verdadeira e quando falarmos de *interpretação* é a ela que nos referimos — é a interpretação doutrinal, aquela que é feita pelo jurisconsulto, segundo os preceitos da ciência do Direito.

E esta interpretação doutrinal, segundo os efeitos dela, segundo a conclusão a que chega o intérprete, pode ser *mèramente declarativa, extensiva, restritiva, enunciativa* ou *revogatória.*

Vamos ver o que é cada uma destas espécies de interpretação.

Por vezes, o intérprete, depois de feita a operação intelectual da interpretação, conclue simplesmente por determinar o sentido, o significado exacto da lei, a vontade da lei. E, quando assim acontece, esta interpretação é *mèramente declarativa.*

E' certo que tanto a interpretação extensiva, como a restritiva, a enunciativa e a revogatória, são também declarativas. Mas, quando o intérprete conclue, simplesmente, por achar o sentido, o significado, a vontade da lei, essa interpretação diz-se *mèramente declarativa.*

Outras vezes, o intérprete, depois da sua operação intelectual, verificou que o legislador disse «minus quam voluit», menos do que quis; e, então, faz uma interpretação que alarga, para àlém das palavras do texto legal, o significado da própria lei. Essa interpretação chama-se extensiva.

Diz o art.º 1.º do C. Civil, já nosso conhecido, que «*só o homem é susceptível de direitos e obrigações. Nisto consiste a sua capacidade jurídica ou a sua personalidade*».

E o art.º 32.º dispõe: «*Dizem-se pessoas morais as associações ou corporações temporárias ou perpétuas, fundadas com algum fim ou por algum motivo de utilidade pública, ou de utilidade pública e particular conjuntamente, que nas suas relações civis representam uma individualidade jurídica*».

Por conseguinte, confrontando a art.º 1.º com o art.º 32.º e outros, nós chegamos à conclusão de que não é só o homem que tem capacidade civil, personalidade jurídica; que também há grupos de homens, agrupamentos chamados pessoas colectivas, que, igualmente, gosam de personalidade jurídica, que são susceptíveis de direitos e obrigações. E, chegados a esta conclusão, afirmamos que o que legislador quis dizer foi que o homem e os agrupamentos humanos com personalidade colectiva são sujeitos de direitos e obrigações.

Temos aqui uma interpretação extensiva. O legislador quis dizer mais do que aquilo que está no art.º 1.º.

E já daqui podemos tirar uma ilacção útil à prática forense.

Diz o art.º 11.º do C. Civil que uma lei excepcional só pode ser aplicada aos casos contemplados na lei e não a outros quaisquer casos por analogia.

«*A lei, que faz excepção às regras gerais, não pode ser aplicada a nenhuns casos, que não estejam especificados na mesma lei*» diz o artigo 11.º ao tratar das leis de excepção, preceituando, assim, que a analogia não pode ser aplicada a estas leis.

Mas êsse artigo não quere dizer, contra a opinião quási geral, que uma lei, ainda mesmo a lei excepcional, não possa ter interpretação extensiva.

A lei excepcional aplica-se aos casos contemplados na

lei, não se aplica por analogia. Mas a lei excepcional é susceptível de uma interpretação extensiva, tal qual como outra lei.

Vou dar-lhes um caso típico, dos que melhor se fixam, e que vem relatado num livro alemão de Ihering e que vou reproduzir para lhes dar idea do que é uma interpretação extensiva:

«Numa estação de caminho de ferro há uma tabuleta que diz: «E' proïbida a entrada de podengos». Um indivíduo quere entrar na estação levando consigo dois galgos, porém, repara na tabuleta e hesita. Depois de considerar, durante algum tempo, reflete que a proïbição só se destina aos podengos e não aos galgos e, portanto, não é abrangido por ela.

Ora, a tabuleta destinava-se a proïbir a entrada de cães na referida estação; mas as suas expressões é que não estavam suficientemente claras para, sem hesitação, tal se compreender.

Empregou-se um termo que não compreendia todos os casos que se pretendiam incluir naquela proïbição.

Ora, se nós interpretarmos a tabuleta afirmando que a disposição se destina a galgos, podengos e a todos os cães, não fazemos uma interpretação por analogia, partindo da semelhança entre podengos e galgos e todos os indivíduos da espécie canina; fazemos, apenas, uma interpretação extensiva do preceito proïbitivo».

Por conseqüência, aquela ordem entender-se-há assim: «E' proïbida, aqui, a entrada de cães de qualquer variedade».

O legislador, no caso presente a autoridade que fez a tabuleta, disse «minus quam voluit», *menos do que quiz.*

Por conseqüência, quando o intérprete é levado à conclusão de que o legislador disse menos do que quiz, faz uma interpretação extensiva.

Como vêem, o intérprete pode chegar à conclusão de

que o legislador disse *mais do que quiz*, e então, verifica que a lei tem de ser interpretada com um significado mais estreito, mais limitado do que aquele que se contém nas suas palavras.

Dá-se então a interpretação restritiva.

Além, era extensiva, aqui, é restritiva.

Querem ver como é assim?

Diz o art.º 31.º: «*As sentenças proferidas nos tribunais estrangeiros sôbre Direitos civis, entre estrangeiros e portugueses, podem ser executadas perante os tribunais portugueses, nos termos prescritos no código do processo*».

O art.º 52.º preceitua: «*Os militares arregimentados têm domicílio no lugar, onde o corpo a que pertencem está de guarnição. Os militares não arregimentados têm domicílio no lugar onde estão de serviço, se não tiverem algum estabelecimento ou morada permanente; porque, nesse caso, aí será o seu domicílio*».

E o art.º 47.º determina: «*Os menores, não emancipados, têm por domicílio o do pai ou da mãi, a cuja autoridade se acham sujeitos, e, na falta ou impedimento legal déstes, o do tutor*».

Quere dizer: da conjugação dos art.os 52.º e 47.º do C. Civil nós concluímos que o legislador disse *mais do que quiz. potius quam voluit;* o legislador quiz dizer que o militar, e o funcionário público civil, se forem maiores, têm o seu domicílio no lugar onde o regimento estiver de guarnição e onde o funcionário público civil exercer a sua função.

Mas a lei não distingue entre militares e funcionários civis, maiores ou de menoridade.

No entanto, pelo confronto dos artigos citados, verifica-se que só militares e funcionários civis, maiores, é que

têm domicílio no local onde o regimento está de guarnição ou naquele em que exercer a sua função.

Conclui-se, pois, que o legislador disse «potius quam voluit».

Impõe-se, por conseqüência, a interpretação restritiva.

16.º Das fontes do Direito (cont.)

u) — **Da interpretação das leis: (cont.)**

— **Classificação da interpretação enunciativa e revogatória.**

— **Processos lógicos de que se servem estas espécies de interpretação.**

— **Interpretação «strioto sensu».**

— **Operação de que se serve o intérprete na determinação da vontade da lei.**

— **O fim social da lei.**

— **O modo de determinar o fim social da lei.**

Na última sessão, classificámos a interpretação, quanto às conclusões a que chega o intérprete, em mèramente declarativa, extensiva, restritiva, enunciativa e revogatória ou «abrogans».

Fizemos considerações sôbre a interpretação mèramente declarativa, a-respeito da interpretação extensiva, relativamente à interpretação restritiva. Hoje, vamos fazer considerações quanto à interpretação enunciativa e quanto à interpretação revogatória ou «abrogans».

Por vezes, o intérprete, ao determinar o sentido, o significado exacto ou a vontade duma lei, verifica lògicamente que nessa lei, nessa norma de conduta estão implícitas outras normas. E, então, diz estas normas de conduta encerram em si estoutras normas de conduta.

E' isto que se chama uma interpretação enunciativa

Para isso, o intérprete serve-se de processos de pura lógica abstracta, mas que têm uma relevância especial neste processo intelectual da interpretação das leis.

O intérprete pode encontrar uma lei permissiva e raciocinar assim: se essa lei permite o mais, há-de permitir o menos; por conseqüência, essa lei inclui em si, lògicamente, estoutra.

E' o processo lógico que se chama: *a majore ad minus*.

Outras vezes, o intérprete está a determinar o significado duma norma proïbitiva e conclui assim: se essa norma proíbe o menos, há de proïbir o mais; se a lei proíbe, por exemplo, a ofensa corporal, há-de proïbir a *fortiori* o homicídio. E, então, emprega um processo lógico que se chama: *a minore ad majus*.

Outras vezes, o intérprete está a determinar o significado duma lei excepcional e raciocina desta maneira: se a lei excepcional não tem aplicação por analogia a outros casos não expressos—como diz o artigo 11.º do Código Civil, já nosso conhecido e por nós comentado—se esta lei é excepcional, se não pode aplicar-se a casos diversos dos contemplados nela, todos os outros casos estão sujeitos a uma outra norma, a uma norma—regra.

E' o que se chama a interpretação «*a contrario sensu*».

Notem, porém, que esta interpretação «*a contrario sensu*» exige muitos cuidados, por ser muito delicada.

Primeiramente, só se pode usar com normas excepcionais.

Em segundo lugar, é necessário verificar se essas normas não têm interpretação extensiva, porque nós já dissemos que as normas excepcionais não se aplicam por analogia a outros casos, mas podem ter interpretação extensiva.

Conseqüentemente, só quando verificarmos que se trata de uma lei excepcional e de uma norma que não tem interpretação extensiva, é que podemos fazer a interpretação «a contrario sensu».

Vou dar-lhes um exemplo duma interpretação «a contrario sensu» correcta.

O artigo 1191.º diz: «*Não é lícito ao marido alienar bens imobiliários, nem estar em juízo por causa de questões de propriedade, ou posse de bens imobiliários, sem outorga da mulher.*

§ 1.º *Esta outorga pode ser suprida judicialmente, se a mulher a recusar sem justo motivo, ou se estiver impossibilitada para a dar*».

Estamos perante uma lei excepcional: o artigo 1191.º; e estamos perante uma norma que não pode ter uma interpretação extensiva: o artigo 1191.º

Então, raciocino assim «a contrario sensu»:

Se o marido não pode vender bens imobiliários, e só estes, — diz o art.º 1.191.º — êle pode, «a contrario sensu», vender bens mobiliários do casal.

Eu pego na regra que diz que o marido não pode vender bens imobiliários e, «a contrario sensu», e, *pelo contrário*, infiro estoutra norma: *por conseqüência, o marido pode vender bens mobiliários do casal.*

Esta interpretação «a contrario sensu», é correcta; e tão reconhecidamente correcta, que o legislador do Código Civil, porque entendeu que assim era, a consagrou numa outra disposição—a do art.º 1.118.º que nos diz: «*O marido pode dispor livremente dos bens mobiliários do casal; mas se, sem consentimento da mulher, os alhear, ou obrigar por contratos gratuitos, será a importância dos bens assim alheados, levada em conta na meação dele*».

Êste artigo é uma interpretação «a contrario sensu» da disposição excepcional do art.º 1.191.º.

São, pois, estes os processos—«*a majore ad minus*», «*a minore ad majus*» e «*a contrario sensu*» — a que o intérprete vai buscar a norma interpretanda, expressa por

normas que estão lògicamente, implicitamente, contidas nela.

E' isso o que se chama a *interpretação enunciativa.*

Vejamos agora a outra espécie de interpretação—*a interpretação revogatória ou «abrogans»*.

Pode parecer, *primo conspectu*, que o intérprete, cuja função é, apenas, determinar o significado exacto duma lei, não possa revogar a lei. A revogação da lei é função do legislador, que não do intérprete. A' Assemblea Nacional é que pertence fazer e revogar leis.

Todavia, o intérprete, já o dissemos, pode verificar que a lei disse «*potius quam voluit*», disse mais do que quis; e, então, faz uma interpretação restritiva.

Pois, esta interpretação revogatória não é mais do que a interpretação restritiva levada ao último limite.

Também, o legislador pode concluir que uma lei, que está interpretando, não significa nada, ou porque está em contradição, porque é inconciliável com uma outra norma que contém um princípio mais geral, ou porque é inconciliável com uma outra norma de igual conteúdo, igualmente acessória.

Quando o intérprete encontra uma norma acessória que é inconciliável, contraditória duma norma mais geral, êle declara essa norma acessória revogada—faz uma interpretação «*abrogans*».

Quando o intérprete encontra uma norma acessória que é inconciliável com outra norma igualmente acessória, então declara ambas revogadas—faz, também, uma interpretação «*abrogans*».

Exemplo:

Diz o art.º 1.201.º; «*A nulidade por falta de autorização pode ser sanada:*

1.º Pela confirmação do marido, não se achando proposta em juízo, por terceiro, acção nenhuma a êste respeito;

2.º Se não fôr arguida dentro de um ano, contado desde a dissolucão do matrimónio;

3.º Se o acto houver prescrito, conforme as regras gerais».

Por conseqüência, pelo que diz êste n.º 1.º do art.º 1.201.º, os terceiros poderiam pedir a anulação duma alienação feita pelo marido sem outorga da mulher.

Vejamos agora, o § 2.º do art.º 1.191.º: «*As alienações, porém, dos bens próprios feitas pelo marido, contra a disposição dêste artigo, só podem ser anuladas a requerimento da mulher ou de seus herdeiros, achando-se o marido constituído em responsabilidade para com ela, ou para com êles, e não tendo outros bens pelos quais responda*».

Conforme o § 1.º do art.º 1.191.º, só a mulher e os herdeiros dela, nas condições ali referidas, podem pedir a anulação da alienação dos bens do marido sem outorga da mulher.

E o § 3.º do mesmo artigo diz que só a mulher, ou os seus herdeiros ou os herdeiros legitimários do marido é que podem pedir a anulação, ao passo que o artigo 1.201.º permite que terceiros, também, peçam a anulação, ou antes, diz que a anulação não pode ser sanada quando já tenha sido pedida por terceiros.

Qual dessas normas é mais geral?

A primeira diz: o marido não pode alienar bens imobiliários da mulher sem outorga desta, e, se o fizer, essa alienação é nula. A anulação pode ser pedida pela mulher e pelos seus herdeiros.

O artigo 1,201.º diz: essa anulação pode ser sanada, se houver sido pedida em tempo por terceiros.

O primeiro art.º, o 1.191.º, fala de anulação; o segundo artigo, o 1.201.º, fala de ratificação da nulidade.

O primeiro princípio é, pois, mais geral que o segundo.

Portanto, nós concluímos: êsse n.º 1.º do artigo 1.201.º, que está em contradição, que é inconciliável com o art.º

1.191.º, que contém um princípio mais geral, não tem significado, é como se não existisse.

E temos feito, assim, uma interpretação revogatória ou «abrogans».

Já falámos do estado em que deve ser posta a questão da interpretação; já falámos das espécies de interpretação, quanto à fonte donde emergem: interpretação autêntica e interpretação doutrinal, e quanto às conclusões a que chega: meramente declarativa, extensiva, restritiva, enunciativa e revogatória ou «abrogans».

Vamos, agora, entrar, pròpriamente, no processo da interpretação.

A interpretação das leis é feita segundo um cânone, segundo uma regra estabelecida no Código Civil. Essa regra é o artigo 16.º, que diz o seguinte: «*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*».

Como vêem, neste artigo há duas partes: uma, que diz que as questões sôbre direitos e obrigações são decididas pelo *texto da lei e pelo seu espírito*. (1)

Esta parte diz respeito à interpretação «*stricto sensu*».

Depois, diz o art.º 16.º que se essas questões não puderem ser resolvidas nem pelo texto da lei nem pelo seu

(1) Esta expressão «espírito da lei» é bastante dúbia, porque tanto pode significar o pensamento do legislador, como a sua vontade, como uma vontade diferente da do legislador, uma vontade considerada objectivamente.

Mas, qual o seu verdadeiro significado?

Muitos escritores entenderam, durante muito tempo, que êsse espírito da lei era, apenas, o pensamento do legislador.

espírito, são no *pelos casos análogos contidas em outras leis e pelos princípios do direito natural, conforme as circunstâncias do caso*.

Trata, portanto, esta segunda parte da interpretação *das leis «lato sensu»*, daquela interpretação das leis que se chama integração ou colmação das lacunas da lei

Quando falte uma lei que resolva um caso, vai-se buscar *fora* uma outra lei (*fora* quere dizer *a outra coadiflcação*) ou vai-se buscar um princípio de direito natural, conforme as circunstâncias do caso.

Como, hoje, apenas vamos tratar da primeira parte da interpretação das leis, da interpretação das leis «stricto sensu», só nos ocuparemos, conseqüentemente, daquela parte do artigo 16.º que diz: *as questões sôbre direitos e obrigações são resolvidas pelo texto da lei e pelo seu espírito.*

Aqui temos um cânone: para interpretar as leis é necessário, primeiramente, apreciar o texto e, depois, apreciar o sentido mais profundo da lei, buscando o espírito da lei.

Notem, porém, que não há duas interpretações: uma, literal, e outra, lógica. Há uma só interpretação correspondente ao texto, à lógica ou ao espírito da lei.

Há, apenas, dois momentos da interpretação: a interpretação começa pela letra da lei e acaba pela apreciação do espírito da lei.

Para apreciar a letra da lei não basta conhecer a língua em que a lei está redigida, não basta conhecer o dicionário, o lexicon.

As palavras, às vezes, têm um significado vulgar, que

Era freqüente entre nós, nas discussões relativas à interpretação do Código Civil, espíritos dos mais eminentes, procurarem o pensamento do legislador, que consideravam o «espírito da lei», através os vários projectos, as actas das comissões revisoras e até os opúsculos em que o visconde de Seabra pretendeu justificar os seus pontos de vista, ou refutar a argumentação dos adversários.

nos dá o lexicon, e têm um significado técnico-jurídico, que nos dá a ciência do Direito.

Para interpretar literalmente uma lei é necessário conhecer, pois, a técnica jurídica. Até acontece que, por vezes, uma palavra só tem significado jurídico, não tem significado vulgar — o que mais nos põe em evidência que, para interpretar uma lei conforme o seu texto, é necessário conhecer a ciência do Direito.

Mas, interpretado o texto da lei, feita a chamada interpretação literal, que, como disse, é apenas um momento da operação intelectual da interpretação una, não se pode considerar perfeita a interpretação. E' preciso descer até ao sentido profundo da lei, o que nos é dado pela chamada interpretação lógica, que, como se conclui do que já lhes disse, é apenas uma operação da interpretação.

A interpretação lógica é feita com uma operação racional, que pode ser acrescida duma operação sistemática e duma operação histórica. Quere dizer: nós, para interpretarmos o sentido profundo da lei, para determinarmos o sentido, o significado exacto da lei ou a vontade da lei, por vezes, podemos confinar-nos, limitar-nos a fazer a interpretação racional. Mas, se a operação racional não nos dá êsse sentido exacto, essa vontade da lei, socorrer-nos-hemos da operação sistemática, que consiste na apreciação de todo o contexto da lei, isto é, dos antecedentes e conseqüentes da regra interpretanda, daquilo que está antes e depois da regra interpretanda, e também da interpretação dos lugares paralelos, quere dizer, de normas que regulam a mesma relação social ou relações sociais afins — e muito afins. Isto são os *lugares paralelos*.

E quando ainda a vontade da lei não seja revelada por essa operação sistemática, nós podemos socorrer-nos do *elemento histórico*.

O elemento histórico consiste na apreciação do projecto ou da proposta de lei, da discussão da lei, de todos os actos

e operações (discussões e comentários) que acompanharam a lei na sua formação.

De todos esses actos, há uns que tiveram relevância especial. São os chamados *actos preparatórios da lei*: o projecto ou a proposta, a discussão, os motivos da lei.

Disse-lhes acima: *tiveram relevância especial*, porque, como já sabem, até há pouco tempo entendeu-se que interpretar a lei era descobrir, revelar a *mens* a *voluntas legislatoris--o pensamento e a vontade do legislador*. Mas, hoje, que opinamos em sentido diverso, hoje, que, como já sabem, afirmamos que a lei tem vontade diversa da vontade do legislador, hoje, que nós destacamos a lei do pensamento do legislador, saber o que o legislador pensa tem uma importância somenos para nós.

Portanto, os actos preparatórios das leis são elementos muito secundários para a interpretação da lei.

De tôdas as operações, pois, da chamada interpretação lógica, a mais relevante é a operação racional, também, designada por interpretação racional.

Essa interpretação racional consiste em determinar a «*ratio legis*». Mas a «*ratio legis*», quanto a nós, não é apenas o princípio geral e fundamental donde deriva a norma interpretanda.

Bem vêem que uma norma, uma regra de conduta que disciplina uma relação social tem, superior a ela, um princípio geral, um princípio fundamental, E, quanto a mim, a operação racional não consiste—repito—em descobrir êsse princípio. Também, não consiste, nem pode consistir, em determinar a «*occasio legis*», isto é, «*a causa determinante da lei*», a que os italianos chamam «*fati espezie*».

Um facto da vida social pode tomar relevância até ao ponto de o legislador entender ser necessária uma regra jurídica para o disciplinar. E então êsse facto da vida real passa a ser um facto jurídico.

Pois a determinação dêsse facto jurídico constitui a

occasio legis, que também não é, quanto a mim, a *ratio legis*.

A *ratio legis* é determinada pela *occasio legis* compreendida de harmonia com o princípio fundamental de direito donde a regra emerge, constituíndo o que eu chamo o *fim social da lei*.

Assim interpretada a primeira parte do artigo 16.º, nós diremos o seguinte: se as questões sôbre direitos e obrigações não poderem ser determinadas nem pelo texto da lei nem pelo fim social desta (e fazemos, portanto, corresponder *fim social da lei* a *espírito da lei)*, sê-lo-hão pelos casos análogos, prevenidos em outras leis e pelos princípios do direito natural, conforme as circunstâncias do caso.

Como vêem, pelas considerações que acabamos de fazer, para mim, interpretar uma lei é determinar o sentido dela conforme o texto e o fim social da lei.

O texto, o elemento literal, é o elemento fixo da lei.

O fim social é o elemento plástico da lei, mas não tão plástico, que permita que uma lei se possa aplicar a todos os casos da vida social, que todos os casos da vida social, tôdas as relações da vida social possam ser reguladas por lei estabelecida.

Há momentos da evolução social em que surgem casos da vida real que não podem ser compreendidos no fim social da lei existente e que fazem rebentar o texto da lei, que não cabem, pois, dentro do texto da lei. E temos, então, de passar à interpretação *lato sensu*, temos de fazer a integração ou colmação das lacunas da lei, temos de nos servir das fontes e regras de Direito para arranjar uma norma de conduta que se aplique ao caso concreto sujeito à apreciação do juíz.

v) — Da interpretação das leis. (cont.)

— A interpretação «lato sensu».

— A analogia e os métodos da lógica abstracta.

— A Analogia, só é método científico quando é uma síntese da indução e da dedução.

— A Analogia é, a maior parte das vezes, empírica e, por isso, não é aconselhável como método científico.

— O pensamento de vários escritores estrangeiros e nacionais sôbre a analogia.

— A obrigação que tem o Juíz de decidir as questões, ainda que não haja lei.

— O processo de que o Juíz deve lançar mão para criar uma regra que aplique aos casos «sub judice» não disciplinados por regras de conduta pre-estabelecidas.

— Síntese das operações sucessivas que o julgador tem de usar.

Pode acontecer que uma lei nem pelo seu texto nem pelo seu espírito possa regular uma relação jurídica ou que,

como diz o art.º 16.º do Código Civil, seja insuficiente para regular certa questão sôbre direitos e obrigações. Sendo assim, continua a segunda parte do citado artigo, regular-se-hão essas questões sôbre direitos e obrigações pelos casos análogos prevenidos nas outras leis ou pelos princípios do direito natural conforme as circunstâncias do caso.

Na primeira parte do art.º 16.º, temos o problema da interpretação das leis «stricto sensu»; na segunda, quando o intérprete é chamado a lançar mão da analogia ou dos princípios do direito natural conforme as circunstâncias do caso, estamos perante o problema da interpretação das leis «lato sensu», isto é, o problema da integração ou da colmação das lacunas da lei.

O primeiro instrumento ou processo para colmar ou integrar as lacunas da lei é a analogia — diz o art.º 16.º. Quando a analogia não basta, temos os princípios do direito natural conforme as circunstâncias do caso.

Estamos em pleno campo da exegese. Entre nós, no fôro, na vida dos tribunais e, até, na doutrina, ainda hoje reina no que respeita a esta matéria a escola exegética.

E' certo que a lei é a lei e todos lhe devem obediência. E por isso é mister aplicar o cânone do artigo 16.º. Mas temos de interpretá-lo hàbilmente, inteligentemente; usando, pois, da analogia só quando esta fôr um processo científico.

E, a propósito, vem dizer paradoxalmente que a analogia, quando é um processo científico, não é analogia. Explico-me.

A lógica abstracta só conhece dois métodos para descobrir a verdade e adquirir conhecimentos cientificamente: o método indutivo e o método dedutivo, por outras palavras: a indução e a dedução.

A analogia é uma indução incompleta; conseqüentemente, nunca pode ser admitida como processo científico de descobrir a verdade.

Na indução partimos do particular para o geral, averiguamos que a certos indivíduos pertencem determinados atributos, agrupamos esses indivíduos em classes, em grupos, e, depois, dizemos que tôda aquela classe, todo aquele grupo, têm os mesmos atributos que reconhecemos existirem em cada um dos indivíduos.

Partimos, assim, do indivíduo, que é o particular, para o grupo, para a classe, para o género, que é o geral.

Este método é científico, quando feito com cuidado.

Por exemplo: o gato é mortal; o cão é mortal; o cavalo é mortal; o homem é mortal.

Conclusão: todos os animais são mortais.

Êste é o método indutivo.

O dedutivo, ao contrário, parte de um princípio geral para atribuir certas qualidades, certos atributos aos indivíduos.

Por exemplo: todo o homem é mortal; Pedro é homem: logo, Pedro é mortal.

São êstes os métodos científicos que a lógica tem para descobrir a verdade, para adquirir conhecimentos — o indutivo e o dedutivo.

Mas a analogia não parte do particular para atingir o geral; parte do semelhante para o semelhante.

Portanto, a analogia é uma indução incompleta, é cientìficamente inaceitável, não é meio recomendável para descobrir a verdade.

Para que em Direito possamos aplicar a analogia, é preciso, primeiramente, que encontremos o que os alemães designam por *tatbestand* ou, como dizem os italianos, o *fatti espezie* da norma que contempla o caso previsto; e, depois, se encontrarmos o *tatbestand* ou o *fatti espezie* ou, em português, o caso-tipo, no caso omisso, podemos aplicar a analogia.

Mas, se aplicarmos a analogia, sem ter descoberto, primeiramente, o *tatbestand*, ou o *fatti espezie* ou, como di-

ríamos em português, o caso-tipo, desrespeitamos, infringimos a lei da causalidade.

Ora, quando o intérprete, para aplicar cientificamente a analogia, descobre primeiro o *tatbestand*, ou o *fati espezie*, ou o caso-tipo, procede, primeiramente, pelo método indutivo e, depois, aplica a regra ao caso omisso por dedução, isto é, serve-se de dois métodos que a lógica aceita: a indução e a dedução. Só então, impròpriamente, chamamos a êste método analogia.

Eis a razão por que eu lhes disse: só podemos aplicar cientificamente a analogia, quando ela não é pròpriamente analogia.

Mas, quando, — é o que acontece nos tribunais, na nossa vida forense, — aplicamos a analogia sem primeiramente descobrir o *tatbestand* ou o *fati espezie* ou o *caso-tipo*, fazemos o que Wander Eycken chama *analogia empírica* por isso mesmo que não é processo científico.

Desta opinião, que eu tenho, são muitos escritores estrangeiros. Mas, porque esta é, entre nós, doutrina nova que vai de encontro aos conceitos feitos, e porque aventar um conceito feito é coisa difícil e perigosa (1), quero mostrar-lhes a opinião de alguns escritores.

A páginas 48 das minhas lições — *Método de interpretação das leis* — feitas ao curso complementar de ciências jurídicas em 1934-1935 encontra-se o seguinte:

Consideramos portanto que a analogia «*stricto sensu*»

(1) Tenham, por exemplo, em vista o que aconteceu com Pasteur. Baseou a Ciência em princípios novos que iam de encontro a conceitos formados e, porisso, teve impugnação, lutas, dissabores, e só a muito custo conseguiu fazer triunfar a sua Doutrina.

Hoje, acontece o contrário. Quando a ciência médica inculca algum princípio que é contrário à doutrina de Pasteur, daí vêm novas dificuldades, porque a doutrina de Pasteur impôs-se, tornou-se conceitos feitos, em que foram educados os espíritos, pelo que é muito difícil e perigoso doutrinar em sentido contrário.

não é um instrumento lógico de interpretação das leis; contudo, é legítimo empregá-la como processo de interpretação desde que se conheça, prèviamente, o «*Tatbestand*» ou o «*Fati espezie*» da lei que queremos aplicar a um caso não contemplado pelo legislador; pois se aplicarmos a analogia sem conhecermos o «*Tatbestand*», o motivo determinante do preceito, fazemos apenas uma analogia empírica.

Parece haver contradição nas nossas afirmações, porque, por um lado, consideramos a analogia como um critério destituído do carácter científico e, por outro lado, fazemos a afirmação de que para a boa aplicação da analogia é necessário conhecer o «*Tatbestand*», o caso tipo determinador da norma.

Surge assim uma aparente contradição. Com efeito, de duas uma: — *ou a analogia é um processo lógico de aplicação recomendável, ou o processo não é lógico e não é lícito por isso usá-lo.*

Mas, observando bem, não há realmente nenhuma contradição.

Se para aplicarmos a analogia, procuramos antes conhecer qual foi o facto que determinou o legislador a estabelecer o caso que consideramos análogo ao omisso, empregamos apenas um processo que da analogia só tem o nome.

Neste caso, o que fazemos é indução para determinar o preceito, a regra, e depois dedução para aplicar a mesma regra a novo caso ou casos análogos.

Quere dizer, quando usamos êste processo a que, por empréstimo, chamamos analogia, servimo-nos verdadeiramente dos dois processos da lógica.

Ora a analogia, no sentido rigoroso do termo não é nada disto.

Já dissemos que a analogia e os dois processos da lógica são duas coisas bem distintas. Podemos, se quizermos, porque nada a isso obsta, continuar a chamar «*analogia*» a êste processo de interpretar a lei; mas, é preciso ter pre-

sente que convencionamos designar por analogia a síntese de todo o sistema dos métodos lógicos.

Para que não considerem como gratuita a afirmação feita de que só partindo do «*Tatbestand*», ou do facto que determinou a regra que se aplica a um certo caso concreto da vida real, é que nos podemos servir do tal processo chamado «*analogia*», aplicando-se assim essa regra ao novo caso não contemplado pelo legislador, porque nela encontramos os mesmos elementos, vamos enunciar algumas opiniões que tal asserção confirmam indiscutivelmente.

Ferrara diz: — «*A analogia é uma correspondente aplicação dum princípio ou dum complexo de princípios a casos juridicamente semelhantes. A base da analogia pode* ser ou uma disposição singular (analogia legis) ou um complexo de princípios jurídicos, a síntese deles, o espírito de todo o sistema (analogia iuris).

A primeira forma é mais fácil. Decide-se um caso não regulado, segundo a norma que preside a um caso afim, a um caso já decidido: «Ubi eadem est legis»...

E noutro passo acrescenta: «*Analogia é a harmónica igualdade, proporção e paralelismo entre relações semelhantes*».

E ainda mais adeante, precisando os conceitos anteriores, diz: — «O intérprete só se pode servir da analogia, nas seguintes condições:—1.ª Que falte uma precisa disposição da lei para o caso a decidir, não havendo, portanto, nenhuma norma de direito a regular a questão, e isto não apenas segundo a letra mas também segundo o sentido lógico dessa norma. 2.ª Que haja um caso semelhante regulado pela lei. 3.ª Que haja igualdade jurídica na essência entre o caso a regular e o caso regulado». (1)

Quere dizer: que os elementos que determinaram o legislador a fazer a regra de direito, sejam os mesmos elementos, isto é, sejam idênticos aos do caso a que se vai aplicar, por analogia, a referida regra.

A igualdade jurídica, na essência, dos casos contemplados e omissos obtém-se pela investigação do «*Tatbestand*».

E' preciso que os elementos do caso regulado na lei, e que são semelhantes aos do caso novo a que se quere aplicar a regra, sejam a razão do condicionamento ou disciplina estabelecida para o caso antigo.

Pacchioni, no seu «curso» do ano de 1933, expõe doutrina quási igual, mesmo idêntica, em substância, dizendo: —«O recurso à análogia pressupõe três condições:—1.ª Que não exista uma precisa disposição da lei, directamente aplicável ao caso que se procura resolver. 2.ª Que êste caso tenha uma **substancial semelhança** com outro contemplado na lei. 3.ª Que a disciplina estabelecida pela lei em relação ao caso por ela contemplado seja determinada por aqueles elementos que têm semelhança substancial com os do caso a resolver.

Von Thur, escritor alemão hoje muito citado, diz-nos na parte geral do seu «Direito Civil»:—«Analogia consiste em fazer aplicação duma norma jurídica a um caso que não se achando compreendido na letra da lei, apresenta uma afinidade jurídica essencial com outro que a lei decide.

Êste processo que é mister aplicar com tacto e prudência, é autorizado pelo postulado «Ubi eadem est legis...»

Sob esta expressão «*afinidade jurídica essencial*» temos necessàriamente de compreender a coincidência de elementos comuns no caso regulado pela lei e no caso a que pretendemos aplicar a analogia e que não foi contemplado pelo legislador.

Além disso, é preciso também que sejam esses elemencomuns que levaram o legislador a fazer a regra para o caso contemplado.

Del Vecchio diz, por sua vez: — «Graças à analogia, o âmbito da aplicação das leis, estende-se além do reportório

(1) Interpretação e aplicação das leis.

de casos originàriamente previstos, **contanto que se trate de supostos similares ou afins e sempre que a «ratio legis» valha igualmente para uns e para outros.»**

E' condição para que se aplique a analogia que haja supostos similares ou afins e que estes supostos constituam a *«ratio legis»*, a razão que determinou o legislador a fazer o preceito.

Vander Eycken, explica:—*«Em muitos casos ignora-se qual é a razão duma disposição, ou porque não se procurou, ou porque não se pode conseguir averiguá-la. Todavia, na prática, ainda neste caso, se continua a argumentar por analogia.*

Limitam-se a contemplar o aspecto exterior das hipóteses, por forma global, e, se encontram semelhança aparente, atribuem à hipótese não contemplada pela lei, uma conseqüência análoga à da hipótese contemplada».

Wander Eycken chama a esta analogia—**a concepção empírica da analogia.**

Segundo estes empiristas, o intérprete, a-fim-de aplicar um preceito legal a um caso não contemplado pelo legislador, pode limitar-se á simples apreciação duma semelhança aparente entre os dois factos.

Esta é a analogia inadmissível. Se o intérprete não faz uma aproximação mais perfeita, examinando cuidadosamente os elementos comuns aos dois casos, então a analogia não é processo científico nem aceitável.

Para que a analogia ganhe foros de processo científico é mister que nos dois casos — *o contemplado e o não disciplinado* existam elementos comuns e sejam estes os que determinaram o legislador a fazer a lei.

Gianturco afirma que — *«A analogia da lei supõe plena identidade de razão entre a questão a resolver e a lei que se lhe aplica; se esta se baseia em várias razões, tôdas devem concorrer no caso controvertido».*

Para Gianturco, a analogia e a identidade são uma e a mesma coisa.

Ora, o processo que parte do igual para o igual é o processo de indução; é, pois, um processo lógico. Constata-se que Gianturco, na sua definição, confunde indução com analogia, ou melhor, dá o nome de analogia a um processo indutivo.

Mas acrescenta: — *Se as razões que determinam o legislador a fazer o preceito, são certas e determinadas, é preciso que também essas razões se encontrem no caso não contemplado e ao qual se quere aplicar a lei por analogia».*

Guido Capitani, no Digesto Italiano, afirma: — *«A analogia é a combinação de dois elementos contrários: — a identidade e a diversidade; na aplicação da lei, o processo da analogia resulta da diversidade dos casos e da identidade dos princípios para resolvê-los».*

Para Capitani, o fundamento ou base da analogia, reside na **coerência de motivos,** *ou concorrência dos motivos determinantes do caso contemplado, no outro caso omisso.*

Todos estes escritores são concordes que só se pode aplicar o instrumento da analogia, quando se conheçam os elementos que levaram o legislador a fazer a regra e desde que esses elementos se encontrem também no caso que se quere contemplar.

A estas opiniões podemos acrescentar o ensinamento do professor Cabral Moncada, nas *Lições elementares de Direito Civil*, que diz o seguinte:

«Para que se possa aplicar a analogia é necessário, primeiramente, que haja um caso omisso; em segundo lugar, que haja um caso previsto noutra lei ou no sistema de direito; em terceiro lugar, que haja uma semelhança não superficial, mas essencial, entre o caso omisso e o caso contemplado ou previsto noutra lei».

Não diz êste professor que o uso da analogia, fora dês-

tes casos da semelhança essencial, é o uso empírico da analogia, como não diz também o que é preciso fazer para que se empregue cientificamente a analogia.

Mas diz o que aqui fica transcrito e isso, supomos nós, é correspondente à nossa opinião.

Para que se veja, com mais desenvolvimento, o que entendo sôbre a analogia, consintam que se leiam mais os seguintes passos a págs. 45 das lições acima referidas:

A analogia, no sentido filosófico do termo, é uma indução incompleta.

Como há pouco dissemos, pela indução atribuímos a uma colecção, a um género, a uma espécie, a um grupo, em suma, certas qualidades, determinados atributos, constatados como peculiares a cada indivíduo dessa espécie, dêsse género, dêsse grupo, ou dessa colecção.

Na analogia, ao invés, não se faz qualquer constatação. Não partimos do particular para o geral, não partimos do idêntico para o idêntico, mas sim do semelhante para o semelhante.

Stuart Mill (1) diz-nos: — «*Dá-se a analogia quando afirmamos a respeito dum sujeito um atributo que existe noutro sujeito, porque nos dois encontramos algumas propriedades comuns*». Serve-se até desta fórmula para expor melhor o seu pensamento: — «*Se encontramos no fenómeno — A — certas conseqüências que designamos por — N — e se encontramos as mesmas conseqüências no fenómeno — B —, embora os fenómenos — A — e — B — sejam diversos, consideramo-los análogos, porque têm conseqüências comuns*».

Mas para que esta afirmação de que se trata, por conseqüência, de fenómenos análogos seja uma afirmação lógica, temos de estabelecer primeiramente a conexão entre o atributo, a propriedade e as condições dos feoómenos.

(1) Sistema de Lógica Dedutiva e Indutiva.

Se o atributo é uma conseqüência de propriedades cumuns dos dois sujeitos — *A* e — *B* —, então a afirmação é exacta: — *A — é semelhante a — B —!*...

Stuart Mill apresenta-nos ainda um exemplo mais concreto.

Afirma-se que na Lua há habitantes exactamente porque a lua tem uma forma parecida com a da Terra e movimentos semelhantes aos do nosso planeta. Isto porém, é absolutamente erróneo.

Para que, na verdade, da forma e dos movimentos da Lua, se pudesse concluir a existência de habitantes na Lua, era necessário que, prèviamente, se estabelecesse a relação de causalidade entre a forma e os movimentos da Terra e a existência do homem. Mas, sem que possamos fazer tal demonstração, antes de encontrarmos essa relação de causalidade, não podemos chegar a semelhante conclusão.

Seria preciso, primeiramente, demonstrar a causa da existência do homem na Terra, para depois podermos tirar, da semelhança das formas e dos movimentos do planeta terráqueo e do seu satélite a conclusão de que na Lua existem selenitas.

Como êste, todos os argumentos da analogia, são argumentos que repugnam ao princípio da causalidade; na analogia concluímos da semelhança de certos atributos ou propriedades para a das causas; da aparência dos fenómenos para a das leis que os regem, preterindo a relação constante entre as causas e os efeitos.

«*Ser e não ser não pode ao mesmo tempo ser*». Tudo aquilo que contrarie o princípio da identidade é falso e absurdo, traduz a negação do próprio pensamento.

No processo da analogia, para suprir as lacunas da lei partindo sempre da afirmação de que não existe um princípio legal, aplicável ao caso em questão, chegamos sempre à afirmação contraditória de que ao caso se aplica um preceito legal.

Nós dizemos: — «*o legislador não contemplou êste caso*» e, por outro lado, vamos aplicar-lhe um preceito estabelecido pelo legislador: — «*Esse et non esse*».

Para não causarmos confusão, impõe-se dizer desde já que os argumentos «*a fortiori*» e «*a pari*», não são pròpriamente argumentos de analogia. São argumentos de identidade, são argumentos em que partimos do idêntico para o idêntico, do mesmo para o mesmo, com uma precisão científica e com um rigor matemático.

Por conseqüência, desta merecida acusação contra a anologia, vamos desde já excluir os argumentos apontados.

Mas a analogia, além de todos os defeitos, tem um outro, resultante da aplicação que dela se faz na prática.

A maior parte das vezes não podemos conhecer o condicionamento, o determinativo do pensamento do legislador. A maior parte das vezes não conhecemos o chamado «*Tatbestand*», como dizem os alemães ou o «*Fati espezie*» dos italianos.

O que vem a ser o «*Tatbestand?*...

E' o caso concreto que determina o legislador a fazer o preceito legal que lhe deve ser aplicado.

Um exemplo para esclarecer: — o legislador verificou em dado momento que os mutuantes levavam juros exagerados; estabeleceu um preceito que limita a taxa do juro.

O «*Tatbestand*» é aquele caso concreto que o legislador considerou para fazer o preceito da lei, limitativo da taxa de juro.

Pois, muitas vezes, como iamos dizendo, não podemos conhecer qual seja o «*Tatbestand*» dum preceito, o caso tipo, chamemos-lhe assim, que levou o legislador a fazer o preceito.

Não obstante, fazemos aplicações do preceito por analogia.

Não conhecendo o «*Tatbestand*» não podemos conhecer a «*ratio-legis*» e se não conhecemos a «*ratio-legis*», não podemos fazer uso da analogia».

Por conseqüência, em meu entender, só podemos empregar o processo analógico, quando, primeiramente, descobrirmos o caso-tipo que determinou o legislador a fazer a regra que disciplina o caso contemplado.

Fora desta hipótese, nunca podemos lançar mão do processo analógico, ao contrário do que em geral se faz, que é aplicar a lei que disciplina um caso contemplado a outro caso não contemplado ou omisso simplesmente por semelhanças aparentes, superficiais, sem conhecer da *ratio legis*. Daí, também, a razão de dizermos que só é admissível o processo analógico aconselhado pelo cânone do art.º 16.º, quando tal processo não é pròpriamente analogia, posto convenhamos em que analogia se chame a êste processo.

Agora, aqui, põe-se a seguinte questão:

Mas a analogia serve para descobrir leis implícitas num sistema legislativo ou serve para criar leis?

Se a analogia, como ensina Ferrara, é um processo de descobrir leis que estão implícitas num sistema legislativo, então a analogia faz parte do problema da interpretação das leis «stricto sensu».

Se, pelo contrário, a analogia serve para criar leis, então ela faz parte do problema da interpretação das leis *lato sensu*, ou antes, do problema da integração ou colmação das lacunas da lei.

O moderno pensamento alemão, com o qual me conformo, ensina que a analogia é um processo para criar leis, e não apenas para descobrir leis implícitas num sistema de legislação: conseqüentemente, para nós, a analogia é um processo de integração ou colmação das lacunas da lei, faz parte do problema da interpretação das leis *lato sensu*.

Acontece, por vezes, que não podemos servir-nos do

processo analógico: ou por não conhermos a determinante do legislador, a *ratio legis*, o *tatbestand*, ou o *fati espezie* ou o *caso-tipo*, ou porque se trata de leis excepcionais, que não têm aplicação analógica, ou porque, finalmente, não há lei alguma que contemple um caso semelhante ao caso omisso, nem lei ou instituto algum que regule uma instituïção parecida com a instituïção omissa.

Quando assim aconteça, para integrar as lacunas da lei o art.º 16.º manda recorrer aos princípios do direito natural conforme as circunstâncias do caso.

A aplicação dos princípios do direito natural conforme as circunstâncias do caso, umas vezes, já o dissemos, equivale á aplicação da regra costumeira, do costume.

Mas pode acontecer que não haja costume formado, que não haja regra de conduta costumeira, e, então, a aplicação dos princípios do direito natural conforme as circunstâncias do caso leva o juíz, que não pode deixar de julgar com fundamento de que não há lei, a fazer uma regra que aplica só ao caso que tem de decidir, que não é lei porque não é geral e impessoal, que só se aplica—repito—àquele caso que o juíz é obrigado a decidir. Dêste modo, o juiz decide conforme os princípios do direito natural, que ainda não são costume, de harmonia com as circunstâncias do caso, isto é, decide conforme as fontes reais do Direito que são os elementos geradores das regras de conduta que ainda não existem.

Se bem se recordam, nós dissemos, seguindo o raciocínio de Pacchioni, que os princípios do direito natural conforme as circunstâncias do caso podiam ser o costume.

Para haver costume, como dissemos, é necessário haver uma regra de conduta geral acompanhada da «opinio necessitatis», ou «opinio juris».

Quando ainda não se tenham formado essas regras de

conduta costumeiras—os princípios do direito natural, essas regras imutáveis que constituem o direito natural na concepção clássica, dizem a decisão que o juíz há de tomar no caso particular que é obrigado a resolver.

Gény, no seu livro, (1) já citado, quási no final, conclui, assim, como já vimos:

«A lei é insuficiente para regular as relações sociais; por conseqüência, é preciso encontrar outra fonte formal do Direito. Essa fonte formal do Direito é o costume.

Quere dizer há direito fora da lei.

A lei deve ser interpretada (aqui não concordamos) segundo a vontade do legislador na época em que ela foi feita.

Quando o intérprete não tem lei que regule a relação juridica, nem costume ou regra costumeira que se aplique, poderá criar uma regra só para o caso que tem de decidir, conforme os princípios da ciência e da técnica do Direito—da ciência, que trata das fontes reais do Direito, e da técnica, que trata das fontes formais». E' êste o método de Geny, o primeiro que, em boa forma e com posição sólida fez fogo contra a Escola da Exegese.

Como vêem, Geny, admitindo, também, outras fontes de direito àlém da lei, interpreta a lei pela mente do legislador e em relação ao momento em que a lei foi feita, do que nós discordamos.

Aí têm o quadro:

Quando se nos apresenta uma questão, vamos ver se há lei que a regule. Havendo, aplica-se a lei, considerando-a no seu texto e no seu espírito. Não havendo lei, temos de suprir a sua falta lançando mão da analogia.

(Já dissemos o cuidado que se deve ter no uso da analogia: só a devemos empregar quando ela é uma síntese dos processos lógicos de indução e de dedução).

---

(1) La Methode, edição de 1919.

Não havendo lei nem costume nem se podendo aplicar a analogia então o juíz decide a questão sujeita à sua jurisdição, criando uma regra que só se aplica àquele caso, regra que não é lei porque não é geral e impessoal, regra que vai buscar às fontes reais do Direito: às solicitações da vida social, à natureza permanente do homem, à própria noção do Direito.

Mas julga, porque a isso é obrigado pela lei positiva.

18.º Das fontes do Direito (cont.)

x) — **Da interpretação das leis. (cont.)**

-- **Classificação dos métodos da interpretação das leis.**

— **Os categoremas do método tradicionalista, no gramaticismo e na escola de exegese.**

— **Os categoremas do método histórico-evolutivo.**

— **A classificação em sistemas dos vários sequazes do método histórico-evolutivo.**

— **Categoremas do método positivo ou escola científica ou da interpretação das leis.**

— **Categoremas do método do direito livre.**

— **Sistemas que sdentro dêste método procuram orientar o Juiz.**

Vamos hoje falar, neste terceiro tempo das nossas considerações sôbre interpretação das leis, das várias escolas que se têm ocupado dêste magno problema.

O nosso esfôrço, primeiro, é no sentido de agrupar as várias opiniões dos diversos escritores, sôbre a interpretação das leis, em escolas.

Dualde, que foi professor da Faculdade de Direito de Barcelona e ministro da Instrução do país vizinho, antes do movimento nacionalista, dizia que havia só duas escolas

da interpretação das leis: a tradicionalista e a do direito livre.

Geralmente, agrupam-se as opiniões em três escolas ou métodos: *método tradicionalista*, *método histórico-evolutivo* e *método do direito livre*.

Nós, porém, considerando que entre a escola alemã chamada do direito livre e a escola francesa fundada por Gény há uma disparidade tal de critérios, que não permite, fàcilmente, reduzir a escola francesa ao método do direito livre, agrupamos, por isso, essas opiniões em quatro escolas ou métodos:

1.º, **o método tradicionalista**;

2.º, **o método histórico-evolutivo**;

3.º, **o método positivo ou escola científica da interpretação das leis**;

4.º, **o método do direito livre.**

Dentro de cada uma destas escolas, há opiniões muito diferentes, quere dizer, dentro de cada uma destas escolas, há sistemas diversos; mas, quando encontramos notas comuns nos diversos sistemas, formamos com elas uma escola.

Assim, no *método tradicionalista*, há vários sistemas, entre os quais o *gramaticismo* e a *escola da exegese*, mas, como esses sistemas tem características comuns, fazemos com todos eles o método tradicionalista da interpretação das leis.

No *método histórico-evolutivo*, também, encontramos vários sistemas, como depois veremos.

Na *escola científica da interpretação das leis*, há opiniões, também, muito divergentes.

Desde Wander Eycken até Gény, que diferença de sistemas! No entanto, como encontramos em todos esses sistemas características comuns, fazemos com elas uma escola.

O mesmo diremos do *método do direito livre*: desde Ehrlich, Helwig até Kantorowicz, que distância também!

No entanto, em tôdas essas opiniões há notas comuns e com tôdas elas formamos o chamado *método do direito livre* ou, como dizem os alemães, «*Free Recht*».

Mas, parece ser indispensável distinguir a escola científica da interpretação das leis do método do direito livre, porque há duas notas da primeira que não convêm ao segundo; notas importantes que avolumam de tal maneira a diferença dêsses dois métodos, que tornam indispensável criar uma nova escola. *E' a escola científica da interpretação das leis.*

No método do direito livre, em geral, só se admite a lei como fonte formal do Direito.

Na escola científica da interpretação das leis admite-se sempre mais que uma fonte formal do Direito. Uns querem que sejam a lei e o costume, outros a lei e a jurisprudência e outros, ainda, como já vimos, Wander Eycken, a lei, os actos preparatórios da lei, o uso, o costume a jurisprudência, a doutrina e a tradição.

Na escola do direito livre opina-se que o juíz decide àlém da lei e contra a lei: àlém da lei, quando a lei é omissa; contra a lei, quando a lei é obscura ou quando não corresponde às necessidades da vida real.

Na escola científica da interpretação das leis, se é verdade que se admite que o juíz crie regras para disciplinar o caso sujeito à sua apreciação, quando não há nem lei nem outra fonte formal do Direito, ainda assim, exige-se que o juíz crie estas regras conforme as fontes reais do Direito.

Essas duas notas são tão importantes, que, repito, fazem com que não possamos incluir a escola científica ou escola francesa da interpretação das leis no método do direito livre ou escola austro-alemã.

Por isso, para nós, os métodos de interpretação das leis são quatro: método tradicionalista, método histórico-evolu-

tivo, método positivo ou escola científica da interpretação das leis e método do direito livre.

Vamos ocupar-nos de cada um deles.

Método tradicionalista

Como já lhes disse, no método tradicionalista há vários sistemas. Referimo-nos apenas ao primeiro e ao último, isto é, o *gramaticismo e a escola exegética*, que ambos, repito, estão incluídos no método tradicionalista.

Sistema gramaticista:

O sistema gramaticista ou gramaticismo assentava nos seguintes princípios:

1.º *a lei é precisa e perfeita;*

2.º *na lei não há lacunas, porque o legislador é onniciente e omnipotente;*

3.º *a interpretação das leis consiste, sòmente, em declarar o texto da lei.*

Este sistema é muito antigo, remonta a uma idade afastada, mas veio até ao século passado até época recente.

Já na Bíblia encontramos o ensinamento de que Deus —Jeovah— deu um texto de lei a Moisés.

Se a lei tinha essa origem divina, havia de ter naturalmente as características de omniciência e de omnipotência, que pertencem à Divindade.

Deus previa tudo. Não podia haver casos omissos, porque Deus regulava tudo, e regulava tudo com precisão. A lei devia ser precisa e perfeita, como perfeita era a Divindade donde ela dimanava.

Quando a lei não promanava da Divindade, promanava do legislador, que era um iluminado, que era um super-homem, que tinha a revelação divina que o conduzia na feitura da lei, que tinha, portanto, a omniciência e a omnipotência, isto é, que nos dava a mesma lei precisa e perfeita, a mesma lei que não admitia lacunas, a mesma lei cuja interpretação consistia, apenas, em declarar o sentido do texto.

E' certo que ao intérprete não podia passar despercebido que, por vezes, a lei não previa casos da vida real que era mister resolver. Mas, então, a habilidade humana criou um bordão—bordão que se traduzia nestas palavras latinas: «Ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, non dixit», isto é, «onde a lei quis, disse; onde não quis, calou».

Ora, êsse bordão ocultava, encobria, «camouflava» as lacunas da lei.

Uma lei regulava, contemplava, dizia?

Então aplicava-se a lei.

Mas a lei não previa, não dizia? Nesse caso, é como se não quizesse, é como se proïbisse, é como se houvesse uma lei proïbitiva.

Também, havia um aforismo latino que dizia que a interpretação consistia só em declarar o sentido do texto. Esse aforismo dizia assim: «In claris non fit interpretatio», isto é, «Nos textos claros não há interpretação».

Mas veio a reconhecer-se que o legislador não é omniciente nem omnipotente, o que se verifica hoje com os ministros, que fazem decretos-leis, e com os deputados, que fazem leis, que tanto uns como outros, sem sombra de dúvida, não são omnipotentes, são humanos e tam ignorantes ou mais que os seus semelhantes, pelo menos como os seus semelhantes. E, se o legislador não é omniciente nem omnipotente, lá se destruíram lá se desfizeram esses princípios em que assentava o sistema. Se êle não é omniciente, a lei pode deixar de ser precisa e perfeita, a lei pode ter lacunas.

Ao mesmo tempo, averiguou-se que o legislador, que legislou porventura há muitos anos, podia ter deixado de

contemplar casos que o progresso trouxe à supuração; donde a interpretação da lei não poder consistir só em determinar o sentido do texto.

Escola exegética:

Dentro da evolução dêste método tradicionalista apareceu a escola exegética que tem os mesmos defeitos do sistema gramaticista.

E' um progresso, mas ainda assenta nas mesmas bases ou em bases parecidas.

Segundo a escola da exegese, a interpretação faz-se de harmonia com estes princípios:

1.º, *com o culto do texto da lei;*

2.º, *com o predomínio do pensamento do legislador sôbre o conceito do direito livre;*

3.º, *segundo o ilogismo da doutrina;*

4.º, *segundo o princípio da omnipotência e ommiciência do legislador;*

5.º, *de harmonia com a autoridade da interpretação precedente e dos intérpretes.*

Como estão a ver, estes princípios sofrem da mesma deficiência dos princípios do gramaticismo e, até em parte, são os mesmos.

O culto do texto da lei: — Quere dizer: há só uma fonte formal do Direito: a lei, porque esta prevê tudo, regula todos os casos.

O predomínio do pensamento do legislador sôbre o conceito novo do direito: — Isto é: a interpretação faz-se descobrindo o pensamento do legislador o que revela que êste é omnisciente e omnipotente, contra aquilo que se verifica na vida real.

Segundo o princípio contemporizando com o ilogismo da doutrina: — Quere dizer: tanto a escola da exegese como o gramaticismo admitiam princípios do direito natural, absolutos, imutáveis, mas, a-pesar disso, continuaram a considerar como única fonte formal do Direito a lei; isto é, aceitavam o direito que não era norma de conduta, que não tinha aplicação. Por isso, assentavam num ilogismo.

Atribuía uma exagerada importância à opinião dos intérpretes e á interpretação já estabelecida na lei: — E' o princípio que nós costumamos criticar dizendo que passou o tempo do «magister dixit»; princípio, porém, que tinha raízes profundas na vida jurídica.

Êsse princípio é que explica que as alegações, as sentenças, apareçam ainda hoje recheadas de citações, citações conformes com a opinião do intérprete, que é autor da sentença ou da minuta.

Na teologia católica, relativamente à infalibilidade do Papa, há um aforismo que diz: «Locuta est Roma finita est causa»

Pois na escola da exegese havia um aforismo paralelo, o «magister dixit», o qual se pode traduzir por esta expressão: «Falou o Mestre, calaram-se tôdas as bôcas».

Na escola da exegese, de que o nosso artigo 16.º é um rebento, a interpretação fazia-se assim: determinava-se o pensamento do legislador e, para isso, o intérprete servia-se do texto da lei combinado com o espírito da lei; e para encontrar o espírito do legislador servia-se o intérprete não só do texto, mas dos actos preparatórios, da opinião traduzida pelo legislador, das críticas levantadas no momento da feitura da lei, do contexto, dos lugares paralelos. Assim se procurava ver qual era o pensamento do legislador.

Se, porventura, a lei não previa a hipótese, sendo preciso colmar a lacuna da lei, então o intérprete lançava mão da analogia, da analogia empírica, a que já nos referimos; e, quando a analogia não dava ainda maneira de fazer a integração, o intérprete servia-se dos princípios estruturais do Direito, porque assim entendia a Escola da Exegese que se

devia traduzir a expressão do artigo 16.º: *os princípios do direito natural conforme as circunstâncias do caso.*

Mas, como lhes disse, verificou-se que o legislador não é omnisciente nem omnipotente, que a lei é insuficiente, que o argumento da autoridade é precário; e, então, fêz-se reacção contra a Escola da Exegese, que encheu todo o século passado, veio a dominar-nos no século actual e ainda hoje procura influenciar o intérprete.

Essa reacção fêz-se quási simultâneamente em França e na Alemanha. (1)

Em França, Gény escreveu em 1889 um livro intitulado «*La methode d' interpretation et sources en droit privé positif.*»

Na Alemanha, Ehrlich escreveu, já neste século, um livro intitulado «*Livre investigação do Direito e Ciência livre do Direito*».

Nesses livros, Gény e Ehrlich reagiram violenta e francamente contra a escola da exegese.

Método histórico - evolutivo

Mas, logo depois, apareceu também na Alemanha e na Itália uma outra escola, um outro método, o método histórico-evolutivo, que também procurava interpretar a lei sem ser conforme o pensamento do legislador.

(1) Não se pode determinar com precisão o momento em que se iniciou o movimento de discordância e reacção. Sabe-se, apenas, que êle foi assinalado em França pelo aparecimento do livro de Gény, publicado em 1889, e na Alemanha pela obra de Ehrlich, em que se baseiam os que reivindicaram para a literatura alemã a primazia da luta contra o Método Tradicional.

Cronològicamente, depois da escola tradicionalista, devíamos referir-nos, primeiro, à escola científica da interpretação das leis, depois, ao método do direito livre, e, finalmente, ao método histórico-evolutivo. Mas, lògicamente, quere dizer, por haver mais aproximação entre o método histórico-evolutivo e o tradicionalista do que entre a escola científica da interpretação das leis e o método do direito livre, referir-nos-emos, em primeiro lugar, ao método histórico-evolutivo.

Êste método, como já lhes disse, não interpreta as leis segundo o pensamento do legislador; mas para êle há só uma fonte formal do Direito, que é a lei. Por isso, é mais próximo do método tradicionalista.

Mas, neste método histórico-evolutivo há vários sistemas, que nós reduziremos ainda a três:

1.º — o sistema subjectivo do método histórico-evolutivo;

2.º — o sistema finalista ou teleológico do método histórico evolutivo;

3.º — o sistema objectivo do metodo histórico-evolutivo.

Sistema subjectivo:

O sistema subjectivo do método histórico-evolutivo teve como prosélito principal o italiano Cimbali, e chama-se sistema subjectivo porque parte realmente do pensamento do legislador, como a escola exegética, para se chegar a uma vontade da lei diferente da vontade do legislador, vontade da lei que, como já lhes disse, não é uma vontade psicológica, porque não pode existir uma «psiché» na lei, chamando nós *vontade da lei ao conteúdo da própria lei.*

Cimbali (1) dizia que, quando a lei foi feita há pouco tempo, quando a aplicação da lei é contemporânea da feitura da lei ou quando a época da aplicação da lei é próxima da época da feitura da lei, então, porque o legislador contemplou o caso e conhecia a necessidade da vida real, aplicamos a lei segundo o pensamento do legislador. Mas, quando a aplicação da lei se faz em época distante daquela em que foi feita a lei, então as necessidades são outras ou podem ser outras, o pensamento do legislador já não podia ter considerado as necessidades da vida social, e, então, temos de interpretar a lei, não conforme o pensamento do legislador, mas segundo as solicitações do sistema de legislação. Interpretamos a lei harmonizando-a com o sistema de legislação e com as necessidades da vida real, isto é, fazemos uma interpretação objectiva da lei.

Sistema teleológico ou finalista:

Segundo o sistema teleológico ou finalista, a lei é interpretada conforme o seu fim social.

Notem bem: não estamos com esta doutrina; não somos histórico-evolutivos, porque admitimos, além duma fonte formal do Direito: a lei, outra fonte formal: o costume, porque admitimos que o intérprete ou o juíz, quando não haja fonte formal do Direito que regule o caso que êle tem de

(1) «Studo di Diritto Civil»: — «A lei constitui um instituto vivo e um centro dinâmico de fôrças, que obedece e manda ao mesmo tempo; obedece às altas necessidades lógicas e históricas das relações de direito em geral, mas, por outro lado, comanda as relações concretas do direito e as obrigações que se desenvolvem em um dado período e sob o império de determinadas circunstâncias».

Por êste conceito de Cimbali, já nós vemos que êste escritor não se limita, apenas, à determinação da vontade ou da intenção do legislador, pois, diz-nos que a lei comanda e é comandada.

apreciar, possa criar uma regra para o resolver não podemos ser histórico-evolutivos. Somos do método do direito livre, mas, eclèticamente, aceitamos o princípio finalista, o princípio social do fim da lei, para fazer a interpretação da lei.

Sistema objectivo:

Finalmente, o sistema objectivo do método histórico-evolutivo, que tem como principais representantes o italiano Ferrara (1) e o alemão Kohler, diz que a lei pode ter vários sentidos, vários conteúdos, vários pensamentos, conforme as necessidades da vida real — ora um, ora outro.

O conteúdo da lei é um conteúdo actual e não contemporâneo do pensamento do legislador que o intérprete dá à lei, conteúdo que as exigências da vida social reclamam conforme o *ratio legis*.

Não podemos aceitar êste sistema, porque êle dá ao juíz o poder de atribuir a uma lei um conteúdo diverso, um pensamento diverso. Conforme êste sistema, dá-se ao intérprete o arbítrio e, ao mesmo tempo, despeja-se o próprio texto da

(1) Ferrara, apud tradução feita pelo Prof. Manuel de Andrade, diz: A chamada interpretação evolutiva é sempre mera aplicação do direito e repousa em dois cânones: *a ratio legis é objectiva* (não a ratio subjectiva do creador da lei) e *é actual* (não a ratio histórica do tempo em que a lei foi feita). Assim pode acontecer que uma norma ditada para certa ordem de relações, adquira mais tarde um destino e função diversa. E' um fenómeno biológico que tem correspondência no campo do direito. De sorte que uma disposição jurídica pode ganhar com o tempo um sentido novo que os intérpretes nunca lhe tinham atribuído e que também não estava nas previsões do legislador, ressalvando, já se entende, que daí não venha contradição com outras disposições ou desharmonia com o sistema. A interpretação evoluciona e satisfaz novas necessidades, sem todavia mudar a lei. A lei é a mesma; mas, porque a sua *ratio* como fôrça vivente móvel adquire com o tempo colaboração diversa, o intérprete sagaz colhe daí novas aplicações».

lei, pois pode acontecer que um certo texto de lei não possa comportar um determinado conteúdo, e não podemos desprezar, na interpretação, o texto da lei.

Método positivo

Mas, como lhes disse, na França e na Alemanha apareceram outras reacções contra a escola exegética: na França, fundou-se a escola científica da interpretação das leis, na Alemanha, o método do direito livre.

Também cada um dêsses métodos comporta muitas opiniões e, às vezes, tam divergentes que nós hesitamos em fixar um certo tratadista na escola científica. Por exemplo, Wander Eycken expõe o seguinte sistema de interp etação das leis, no seu livro *La méthode scientifique de l'interprétation des lois*:

Na interpretação há dois momentos: no primeiro, o intérprete, consultando a sua consciência, resolve o caso conforme a solução que a sua consciência lhe ditou, sem se preocupar com fontes formais do Direito. Depois, o intérprete, passa a confrontar a solução que encontrou com o fim social da lei, que é revelado por qualquer das fontes formais: ou a lei, ou o uso, ou a jurisprudência, ou a doutrina, ou a tradição. E, quando encontrar concordância entre a solução que obteve consultando a sua consciência ùnicamente e a solução dada pelo fim social da lei que é revelado por qualquer das fontes formais do Direito, está feita a interpretação.

Wander Eycken é o Bártolo moderno.

Bártolo foi um eminente jurisconsulto do Direito intermédio.

Bártolo também interpretava assim as leis: apresentava-se-lhe um caso para resolver e êle resolvia-o consultando a sua consciência jurídica. Depois de encontrar solução,

chamava o seu secretário, que tinha o nome de Tigrinius e preguntava-lhe: ¿Como é que o Direito Romano resolve êste caso?», ao que Tigrinius respondia.

Encontrando concordância entre a fonte do Direito Romano e a solução que tinha achado, estava o caso resolvido.

Ora, nós, quando vemos êste processo de interpretação de Wander Eycken, hesitamos se devemos metê-lo na escola científica da interpretação das leis. Mas êle próprio é que deu ao seu livro o nome de *Méthode scientifique de l'interprétation des lois*; êle próprio é que se meteu na escola. Por isso, não temos direito nenhum de o afastar.

Gény, no seu livro já citado, diz que a lei é insuficiente. Por conseqüência, além da lei, há-de haver outra fonte formal do Direito, que êle diz ser o costume.

Para Gény, há pois duas fontes formais: a lei e o costume, e a lei deve interpretar-se segundo o pensamento do legislador. Quando nem a lei nem a regra costumeira contemplem o caso que deve ser apreciado, o juíz pode criar uma regra para regulamentação dêsse caso.

Mas, entre Wander Eycken e Gény há, portanto, uma distância enorme. No entanto, um e outro pertencem à mesma escola, segundo a nossa classificação, porque num e noutro encontramos estas notas comuns, que também encontramos em todos aqueles que incluímos nessa escola:

1.ª Nota — àlém da lei, há outra fonte formal do Direito, que, segundo uns (Gény e Bonnecase) é o costume, segundo outros é a jurisprudência (Lambert) e ainda segundo outros são o uso, a jurisprudência, a doutrina e a tradição (Wander Eycken).

2.ª Nota — Todos admitem, àlém das fontes formais, fontes reais.

3.ª Nota — Todos eles admitem que o juiz pode criar

uma regra quando o caso sujeito à sua apreciação não é contemplado em nenhuma fonte formal do Direito.

Método do direito livre

Esta escola científica da interpretação das leis ou método positivo de interpretação, como já lhes disse, distingue-se do método do direito livre, porque neste, em regra, só se admite uma fonte formal do direito — a lei, e, porque o método do direito livre consente que o juíz julgue àlém da lei e contra a lei: àlém da lei, quando houver caso omisso; contra a lei, quando esta é obscura ou não corresponde às realidades sociais.

Esta escola teve um paladino: Kantorowicz, que escreveu, em 1906, defendendo com todos os excessos e arrebatamentos dum apóstolo a sua doutrina.

Kantorowicz, no seu «*Combate pela Ciência do Direito*» diz-nos:

«O direito livre, em oposição ao direito do Estado, é uma espécie de direito natural rejuvenescido, diferindo do direito natural clássico em ser frágil e mutável como as estrêlas que, também, são objecto do estudo da ciência moderna e em não poder impor-se na ordem prática senão depois de erigido em direito positivo por uma circunstância externa, potência, vontade, reconhecimento.

A Ciência do Direito deve ser essencialmente activa, uma verdadeira fonte donde promanem regras. Não deve admitir a analogia, nem as ficções, nem a interpretação extensiva, nem considerações sôbre o espírito da lei. Deve aliar se à psicologia e a tôdas as ciências sociais. O juíz deve ter poderes não só para suprir as lacunas da lei, mas ainda para se emancipar dela quando se lhe afigure inverosímil que o legislador de hoje pudesse preceituar como o faz a lei».

Vemos, assim, segundo esta doutrina — austro-alemã — que o juíz tem poderes não só para interpretar a lei, mas, até, para a eliminar, quando verifique que ela não seria feita pelo legislador, se êle vivesse na época da interpretação.

Este método foi criticado por Coviello numa oração de sapiência proferida na Universidade de Palermo e que se encontra publicada em folhêto existente na biblioteca da nossa Faculdade. Nesse opúsculo, nós encontramos, entre outras, a seguinte passagem:

«A incondicional observância da lei, por parte do juíz, é um princípio fundamental da organização do Estado Moderno que não pode ser desprezada; é uma *regula juris — quae simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum.* — E' inútil recordar o exemplo do pretor romano ou do juíz inglês, pois a constituição política do nosso Estado é, profundamente, diversa, visto que se inspira no princípio da divisão dos poderes, àlém de que a nossa organização judiciária é também inteiramente diferente.

Mas o próprio pretor romano não tinha poderes arbitrários, pois estava vinculado quer pelo costume, quer pelo edito que publicava quando tomava posse da função, quer pelos editos dos predessessores.

Note-se ainda que o juíz inglês observa rigorosa e escrupulosamente o juramento de cumprir a *common law*, revelada pelos precedentes judiciários que constituem a jurisprudência cartacea escarnecida por Cneus Flavius e, ainda, a *equity*, não a eqüidade cerebrina, mas um complexo de soluções já consagradas, para temperar as regras da antiga tradição».

Ouvirão falar muitas vezes da *escola naturalista da interpretação das leis, no método sociológico da interpretação das leis, na jurisprudência dos interêsses, no método dos valores ideais da interpretação das leis,* o que

lhes pode dar a entender se trata de outras tantas escolas não enumeradas por nós. Não é assim, porém.

Como vêem, no método do direito livre, o juíz pode julgar além e contra a lei, mas, para isso, tem de crear regras que aplique. Qual é o critério que deve presidir à aplicação dessas regras, que deve dirigir o juíz na creação de regras que deve aplicar para julgar àlém da lei e contra a lei? Há vários sistemas: *O sistema naturalista*, fundado pelo alemão Bosi, que diz que o juíz na interpretação das leis deve seguir os métodos dos cultores da ciência naturalista—a observação e a experiência; o *sistema da jurisprudência dos interêsses*, (1) segundo o qual o juíz não se deve importar nem com abstrações, nem com teorias, nem com soluções, visto que, tendo diante de si interêsses, tem de julgar conforme os interêsses, equilibrando-os o mais possível; *o sistema sociológico*, segundo o qual o juíz deve aplicar na interpretação das leis o que lhe por determinado pela Sociologia. Por conseqüência, quando ouvirem falar em jurisprudência dos interêsses, escola naturalista da interpretação, método sociológico, método dos valores ideais da interpretação—ficam sabendo que tudo isto são critérios para orientar o juíz adentro do método do direito livre.

(1) Geny difine, assim, esta doutrina: «A jurisprudência dos interêsses abstrai dos conceitos e das abstracções que procura banir, para considerar, sòmente, face a face, os interêsses a-fim de os comparar e equilibrar».

19.º Das fontes do Direito (cont.)

(z —O pensamento das còdificações.

—Motivos que levaram à còdificação.

—A còdificação do nosso Código Civil.

—Precedentes da còdificação do nosso Código Civil.

—A incumbência dada ao jurisconsulto António Luiz de Seabra.

—Os projectos dêste e os projectos da Comissão Revisora.

—As fontes do nosso direito Civil.

—A sistematização do nosso Código Civil e o critério a que obedece.

—Sistematização moderna do Código Civil.

—Sistematização moderna dos novos Códigos Civis.

—Deficiências da sistematização do nosso Código Civil.

Temos, até aqui, falado da lei como a principal fonte formal do Direito.

Uma lei pode ser pequena ou grande; pode ocupar-se só de uma relação social ou pode ocupar-se das relações sociais que formam um capítulo de todo o Direito.

Ao lado das leis pequenas, há os Códigos.

Estamos numa época da evolução jurídica que podemos chamar de còdificação.

A còdificação nasceu nos fins do século XVIII, aumentou no princípio do século XIX e, hoje em dia, quási todos os povos civilizados (porque eu abro excepções para a Inglaterra e Estados Unidos da América do Norte) estão em pleno período de còdificação.

As còdificações são determinadas nos povos por circunstâncias diversas.

Umas vezes, há necessidade de simplificar e ordenar o Direito; e, então, faz-se uma codificação, isto é, um corpo sistemático de leis que se ocupe de todo um ramo de Direito.

Antes da còdificação, havia leis diversas, costumes diferentes, cujo complexo regulava as relações sociais.

Mas isto fazia confusão.

E, por isso, se começou a querer um Código que regulasse todo um ramo de Direito, que simplificasse e ordenasse as relações jurídicas.

Outras vezes, aparece um fenómeno, êste mais político, a determinar o aparecimento do Código.

Há um Estado que se formou de muitos Estados anteriores. Por exemplo: a Itália, hoje, é um Estado unificado, mas até ao meado do século passado havia muitos Estados no território da Itália actual. Feita a unificação, foi preciso dar uma lei uniforme a todos os Estados e, então, fez-se um Código, que estabeleceu a mesma disciplina social para todos os cantos do país.

Outras vezes, ainda, e isso aconteceu um pouco connosco, (digo que aconteceu um pouco connosco, porque não foi factor exclusivo) entrou-se no campo das codificações, não só por espírito de imitação mas também por necessidade de simplicidade nas normas de direito.

Mas, em grande parte, entre nós, abraçou-se a idea da còdificação, porque se viu que ela produzira bons resultados noutros povos. Então, por espírito de imitação, quisemos também fazer còdificações.

Seja como fôr, o que é certo é que hoje a principal fonte formal do nosso Direito Civil é o Código Civil. E era aqui onde eu queria chegar.

E' claro, convergindo com o Código Civil há outras leis de maior ou menor importância, mas o núcleo principal, o astro à volta do qual gravitam outros satélites é o Código Civil.

O nosso Código Civil tem hoje modificações, a principal das quais foi introduzida pelo decreto n.º 19.126, que entrou em vigor no dia 1.º de Janeiro de 1930, chamado a *Reforma do Código Civil.*

Além dessa, temos outras leis: *as leis de família de 25 de Dezembro de 1910, a lei do divórcio, os diversos decretos sôbre o inquilinato* e muitos outros.

Mas, repito, a principal fonte formal do nosso direito civil é o Código Civil.

O nosso Código Civil foi uma aspiração nacional logo desde os primeiros alvores do movimento liberal.

Logo em 8 de Fevereiro de 1821 as Constituintes de então deliberaram fazer um Código Civil.

Entre êsse momento e o ano de 1822 decidiram as Côrtes dar um prémio ao autor dum projecto de Código Civil.

E a Carta Constitucional, no seu art.º 145.º, § 17.º, promete um Código Civil e um Código Penal.

Em 25 de Abril de 1835, novamente as Côrtes deliberaram dar um prémio a quem apresentasse um projecto de Código Civil aceitável.

Em 10 de Dezembro de 1845, nomearam as Côrtes uma comissão encarregada da elaboração do Código Civil.

Mas sempre debalde: nem comissão, nem jurisconsulto algum apareceu com um projecto do Código Civil desejado.

Já eram decorridos mais de 20 anos, até que, enfim, em 8 de Agosto de 1850, foi António Luís de Seabra encarregado de fazer um projecto de Código Civil e nomeada uma comissão revisora, que fôsse analisando as matérias à medida que iam sendo apresentadas.

Essa comissão teve reuniões, chegou a fazer um plano do Código, chegou a determinar as matérias que, segundo êsse plano, deviam constituir o Código Civil, chegou a analizar, a apreciar alguns artigos, mas, depois, veio a discórdia ou o amuo.

E o que é certo é que António Luís de Seabra resolveu fazer o Código Civil por êle próprio, independentemente da Comissão.

E, em 1855, apresentou um projecto de Código Civil.

Em Julho do mesmo ano, foi alargada a comissão revisora do Código.

A primeira comissão, a que foi nomeada quando em 1850 António Luís de Seabra fôra encarregado de fazer o projecto do Código, era contituída por Vicente Ferrer Neto, Coelho da Rocha, Pais da Silva, Sousa Magalhães e pelo próprio A. L. de Seabra.

Agora, em 1855, foi essa comissão ampliada com novos membros.

Em 1858, foi publicada uma portaria em que se convidava a Universidade de Coimbra, — então a única, — os tribunais, a Academia das Ciências, o Conselho de Estado e a Associação dos Advogados a dar parecer sôbre o projecto do Código Civil.

E, em Março de 1860, começou a trabalhar a comissão revisora, que estendeu o seu labor até 1865.

Durante todo êsse período, apareceram cinco projectos

de Código Civil: os dois primeiros, de António Luís de Seabra, são de 1858 e 1859; os três últimos, da comissão revisora, são de 1863, 1864 e 1865.

A comissão revisora introduziu modificações notáveis no projecto de António Luís de Seabra, mais tarde Visconde de Seabra.

Depois, foi o projecto do visconde de Seabra revisto, mandado para as Côrtes, que o votaram quási sem discussão. Apenas discutiram o casamento civil.

E, aprovado o projecto, ficámos com o Código Civil, que foi promulgado pela lei de 1 de Julho de 1867, da qual faz parte o próprio Código Civil.

Assim, diz o art.° 1.° da carta da lei:

É aprovado o projecto do Código Civil, que faz parte da presente lei.

O Código Civil entrou em vigor, no Continente e Ilhas, em 23 de Março de 1868, e na Colónias no dia 1 de Julho de 1870, conforme se dispunha no decreto de 13 de Novembro de 1869.

O Código Civil revogou tôda a legislação anterior sôbre matérias reguladas nêle próprio e que eram matérias de Direito Civil.

E' isso que se conclui da aproximação do art.° 5.° da Carta da lei de 1867 com o art.° 3.° do Código.

Art.° 5.° da Carta de lei:

«*Desde que principiar a ter vigor o Código Civil, ficará revogada tôda a legislação anterior que recaír nas matérias que o mesmo Código abrange, quer essa legislação seja geral, quer seja especial.*»

Art.° 3.° 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 proprie-*

dade ou de direitos puramente individuais, êsses direitos e obrigações constituem a capacidade civil dos cidadãos, denominam-se direitos e obrigações civis, e são regidas pelo direito privado contido no Código Civil, excepto na parte que é regulada por lei especial».

De maneira que, do confronto dêstes dois artigos, se verifica o seguinte: o Código Civil revogou tôda a legislação anterior sôbre matérias nele reguladas e que eram de direito civil.

Mas isto é dito claramente pelo art.° 8.° do decreto de 13 de Novembro de 1869.

O Código Civil teve como fonte principal a legislação anterior, que, nesse tempo, eram as *Ordenações Filipinas* (livro IV), que haviam sido publicadas em 1603, dadas por Filipe II de Espanha a Portugal e, depois, confirmadas por lei de 29 de Janeiro de 1643 por D. João IV.

Além dessas leis, foram fonte do Código Civil:

a) *as leis extravagantes anteriores*, quer fôssem oficialmente compiladas quer não;

b) *os códigos das nações modernas*;

c) *o direito romano*;

d) *o direito canónico*.

Como vêem, também a nossa Codificação de Direito Civil, àlém do espírito de imitação, teve a determiná-la o factor da simplificação e ordenação do Direito.

Até aí havia ordenações, leis extravagantes (umas, compiladas, outras, não), direito romano, direito canónico e código das noções modernas.

Depois, porque isto trouxe confusão, apareceu um Código a substituir êsse estado de coisas e a simplificar e ordenar o Direito.

Mas, além dêsse, houve um outro factor a determinar a codificação do direito civil, entre nós: a imitação.

O nosso Código segue um sistema que nem é cientìficamente defensável, nem pràticamente útil.

O Visconde de Seabra (é assim que passamos a chamar a António Luís de Seabra) tinha o critério de que o Direito Civil devia ter uma sistematização que fôsse conforme com a natureza jurídica das relações do Direito Civil.

As relações de direito civil estabelecem-se entre particulares e o Estado considerado como particular. Por conseqüência, dizia êle, o elemento principal destas relações é o sujeito do direito.

Também há sujeitos de obrigação e há objecto do direito e das obrigações.

Mas, o sujeito da obrigação não pode ser elemento de sistematização, porque há muitas relações jurídicas em que êle é indeterminado.

E o objecto da relação jurídica tampouco pode servir de critério de sistematização, porque o objecto da relação jurídica são coisas, são serviços, e as coisas são inclassificáveis e os serviços indefinidos.

Por conseqüência, até por exclusão de partes, temos de seguir o critério do sujeito do direito.

Ora — dizia êle — o sujeito do direito pode ser considerado estàticamente ou dinâmicamente. Pode ser considerado na sua faculdade imanente ou na sua actuação jurídica.

Considerado na forma estática, o sujeito do direito trata-se no primeiro livro, aquele que se ocupa da capacidade civil.

Considerado na sua actuação jurídica, o sujeito do direito trata-se em outros livros; porque o sujeito do direito, na sua actuação jurídica, ou adquire direitos — e temos então uma parte que se chama *da aquisição dos direitos* — ou, depois de adquirir direitos, gosa-os, usufrui-os — e então temos outra parte, chamada do direito da propriedade — ou

é ofendido nos seus direitos — e então temos a parte que trata da ofensa dos direitos, da reparação civil e da prova dos direitos.

De maneira que, o visconde de Seabra, segundo êsse critério, divide o Código Civil em quatro partes.

A primeira parte, que vai do art.° 1.° ao art. 358.° e se chama da capacidade civil, estuda o sujeito do direito estàticamente, na sua faculdade imanente.

Na segunda parte, o Código Civil trata da aquisição dos direitos. E, como os direitos podem ser adquiridos por facto próprio do sujeito de direitos ou podem ser originários, como podem ser adquiridos por facto do sujeito do direito com cooperação de outrem, como podem ser adquiridos por facto de outrem ou por disposição da lei, o Código Civil dividiu essa segunda parte em três livros:

No primeiro livro, que vai do art.° 359.° ao 641.°, trata dos direitos originários e dos direitos adquiridos por facto próprio, independentemente da cooperação de outrem.

No segundo livro, que vai do art.° 642.° até ao art.° 1772.°, trata dos direitos que se adquirem por facto próprio e de outrem conjuntamente.

No terceiro livro, que vai do art.° 1.773.° ao 2.166.°, trata dos direitos adquiridos por mero facto de outrem, que não é o sujeito de direitos, ou por disposição da lei.

Depois de adquirir direitos, o sujeito entra no gôso deles, e o legislador trata dêsse capítulo na rúbrica *do direito de propriedade*, nos art.os 2.167.° a 2.360.°.

Depois, o sujeito que adquire direitos, ou por facto próprio, ou por facto próprio com a cooperação de outrem, ou por mero facto de outrem, ou por disposição da lei, e que os gosa, pode ser ofendido nos seus direitos e, por virtude da ofensa, pode ter direito a uma indemnização de perdas e danos; e, assim, o Código ocupa-se da ofensa dos direitos e da sua restituïção nos art.os 2.361.° a 2403.°.

Mas o sujeito de direitos tem de provar que tem direitos e, então, aparece um outro livro: da prova dos direitos e sua reparação — art.os 2.404.° a 2.538.°, que é o último artigo do Código Civil.

Êste é o sistema do Código, que, como lhes disse, cientificamente não é defensável, e pràticamente não é útil.

Não é defensável, porque num Código agrupam-se relações jurídicas. Por conseguinte, o que é necessário é que se classifiquem cientificamente essas relações e, depois, se distribuam de harmonia com a classificação feita. E para a classificação das relações temos de considerar a relação em si, integralmente, e não só em qualquer dos seus elementos.

Foi assim que fez o Código Civil alemão, que é o mais perfeito Código moderno e, depois dele, os Códigos Civis suíço e brasileiro: classificaram as relações jurídicas em relações de obrigação, direitos reais, relações de família e relações de sucessão e, depois, distribuíram-nas nos Códigos.

E' êsse o sistema que seguiremos para o estudo que vamos fazer do Código Civil — um estudo perfunctório, simples e elementar, mas um estudo que é preciso e muito útil para os Srs.

E' útil, porque ficam a fazer uma idea de todo o Direito Civil; útil, porque abrange todo o Direito Civil num único horizonte, num único panorama; útil, porque, se de futuro nas outras cadeiras de Direito Civil deixarem de estudar algum capítulo, já ficam com noções elementares sôbre essas matérias.

Vamos ocupar-nos, de futuro, isto é, nas lições seguintes, das obrigações, dos direitos reais, das relações de família, das sucessões, mas de tudo isso elementarmente. Isto não impede que venham a tomar conhecimento mais

detalhado de todas essas matérias, porque, como sabem, há Direito Civil no 2.°, 3.°, 4.° anos e até no 5.° ano.

A sistematização do nosso Código Civil não é pràticamente útil, como dissemos, primeiro, porque há regras que são comuns a tôdas as relações jurídicas e, por conseguinte, devia haver uma parte geral do Código, que foi banida por virtude da sistematização adotada.

Não é pràticamente útil, porque gerou uma defeituosa distribuïção de matérias.

Querem ver como assim é?

Apenas como exemplo lho vou dizer.

1.° — A segunda parte do Código trata da aquisição de direitos, mas começa a ocupar-se dos direitos originários Se são originários, não são adquiridos. Portanto, não havia razão alguma para, neste ponto, se ocupar dos direitos originários.

2.° — Logo a seguir, ocupa-se o Código, nesta segunda parte, da classificão das coisas.

As coisas são objecto de várias relações jurídicas: por conseqüência, não deviam ser ali tratadas.

3.° — Depois, ocupa-se o Código da prescrição. Nesta, não há só direitos adquiridos por facto próprios — há, lambém, direitos adquiridos por virtude da lei.

De maneira que não devia ser aí tratado êste instituto.

4.° — Na primeira parte, o Código Civil ocupa-se do pátrio poder e da tutela.

Ora, o pátrio poder e a tutela não deviam ser tratados na parte da capacidade civil, mas, sim, na das relações de família.

Todos estes exemplos e outros, que poderia citar, servem para demonstrar que a sistematização do nosso Código não é pràticamente útil.

INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL

§ 1.°

20.°—Conceito de obrigação

— Elementos da obrigação:
a) — Sujeito activo;
b) — Sujeito passivo;
c) — Objecto;
d) — Vinculo.

— Fontes das obrigações:
a) — Contratos;
b) — Declaração unilateral da vontade
c) — Locupletamento à custa alhela;
d) — Pagamento indevido;
e) — Gestão de negócios;
f) — Delito;
g) — Quási-delito.

A — Classificação das obrigações quanto ao sujeito.

Prometi, na última lição, estudar perfunctòriamente, *per summa capita*, as instituïções do Direito Civil, segundo a divisão que estava feita no Código Civil alemão, no suíço e no brasileiro, passando às obrigações, aos direitos reais, aos direitos de família e, depois, às sucessões.

No nosso Código não há princípios gerais, como no Código alemão, e foi, por isso, que na última lição lhes li todo o capítulo da capacidade civil, pois que a capacidade é relativa a tôdas as instituïções. Não há instituïção nenhuma em que não seja preciso lidar com o instituto da capacidade.

A capacidade, por conseqüência, diz respeito aos princípios gerais comuns de tôdas as instituïções. Mas, porque no nosso Código não há uma introdução, começamos, hoje, pelas obrigações, que são objecto especial do estudo de uma cadeira do 2.º ano da Faculdade de Direito, chamada cadeira de Obrigações.

A palavra *obrigação* tem em Direito Civil um significado técnico-jurídico, mas, também, por vezes, se emprega num significado que não é o próprio, o estricto. Por exemplo: no art.º 2.º do Código Civil encontramos a palavra obrigação tomada no significado de *dever jurídico*:

Entende-se por direito, neste sentido, a faculdade moral de praticar ou de deixar de praticar certos factos; e por obrigação a necessidade moral de praticar ou de não praticar certos factos.

Obrigação, aí, é, pois, *a necessidade moral, o dever jurídico*.

Mas não é nessa acepção que se emprega a palavra *obrigação* no significado técnico-jurídico.

No significado técnico-jurídico, *obrigação é um vínculo jurídico de carácter pessoal, autónomo e patrimonial proveniente de um facto voluntário, por virtude do qual uma ou mais pessoas, chamadas devedores, se obrigam a uma prestação para com outra ou outras pessoas, chamadas crédores.*

Exemplificando:

A obrigou-se para com B a pagar, no fim do ano, 100 contos.

Há aqui um vínculo jurídico, uma obrigação, um compromisso de A para com B; de carácter pessoal, quere dizer, foi A que se obrigou, que assumiu a responsabilidade para com B; de carácter autónomo, porque a obrigação deriva do próprio facto assumido pessoalmente, e não de uma outra situação jurídica; de carácter patrimonial, isto é, se A não pagar a B os 100 contos êste executá-lo-á nos seus bens, no seu património e venderá, em hasta pública, os bens precisos para se pagar, para receber os 100 contos; proveniente de um facto voluntário, porque A, obrigando-se para com B, praticou um acto voluntário, porvirtude do qual se comprometeu a entregar a B uma prestação.

Agora, A obrigou-se a vender a B um automóvel.

Temos aqui também um *vínculo jurídico* — a obrigação de vender o automóvel; *pessoal* — foi o sujeito passivo da obrigação, aquele que se obrigou a vender o automóvel, que tomou a responsabilidade da venda; de carácter autónomo e patrimonial, porvirtude do qual aquele que se obrigou a vender o automóvel, assume a responsabilidade de entregar a prestação a B, que é o promitente comprador.

Que êste vínculo é pessoal — já o mostrei. Que é patrimonial — já o disse. Que resulta de um facto voluntário — já o viram.

Mas também é um vínculo autónomo.

Há deveres jurídicos promanantes, emergentes de situações jurídicas criadas. Por exemplo:

A tem uma propriedade, que está desdobrada em domínio útil e domínio directo, quer dizer que há um fôro. O foreiro é obrigado a pagar um cânone ao sedhorio directo. Êsse dever jurídico resulta de quê? De um facto autónomo? Não. Resulta da situação de proprietário do domínio útil. Por conseguinte, é um dever jurídico promanante de uma situação jurídica de propriedade, e não uma obrigação ou vínculo autónomo.

Outro exemplo: um proprietário é obrigado a pagar a décima. O crèdor é o Estado.

Isto não é uma obrigação, mas sim um dever jurídico proveniente da situação do proprietário. Não é um vínculo jurídico autónomo, é um vínculo jurídico resultante de uma situação de outra espécie. Falta-lhe, pois, autonomia.

Os elementos das obrigações são: *o sujeito activo, o sujeito passivo, o objecto o vínculo jurídico.*

O sujeito activo, que se chama *crèdor*, é aquele que tem de receber a prestação.

O sujeito passivo, que se chama *devedor*, é aquele que tem de pagar a prestação.

O objecto pode ser *imediato* ou *mediato*: o *imediato* é sempre uma prestação; o *mediato* é o facto ou coisa em que consiste a prestação.

O vinculo jurídico é a própria obrigação despida dos outros elementos.

As obrigações emergem de factos ou de circunstâncias que lhes dão origem. Esses factos ou circunstâncias de que procede a obrigação chamam-se *fontes das obrigações.*

Quero fazer-lhes notar que nesta cadeira eu não tenho de discutir opiniões, porque isso levar-me-ia muito longe e faria confundir esta cadeira com a cadeira de Obrigações do 2.º ano. Emito uma opinião e, depois, os Srs. discutirão esta ou outra opinião nas outras cadeiras—em *Obrigações, Direitos Reais, Direitos de Família e Sucessões.*

Isto vem a propósito das fontes, porque nessa matéria tenho uma opinião pessoal, divergente da opinião dos outros escritores.

Para mim, as fontes das obrigações são:

a) *os contratos;*
b) *as declarações unilaterais da vontade;*
c) *o locupletamento à custa alheio;*
d) *o pagamento indevido;*
e) *a gestão de negócios;*
f) *o delito;*
g) *o quási-delito.*

Para o professor Guilherme Moreira as fontes das obrigações são: *o contrato, a declaração unilateral da vontade, o delito e o quási-delito.*

O professor José Tavares admitia, como fontes de obrigações, também, *o facto involuntário.* Nós, como vimos, apenas consideramos obrigação *o vínculo jurídico proveniente de um facto voluntário.*

E, no estrangeiro, passa-se o mesmo. Esta é matéria, em que se pode dizer: *tot capita, quot sententiae.*

a) O contrato:

O contrato é uma fonte de obrigações.

Eu faço um contrato de mútuo; surge a obrigação de o sujeito passivo pagar, em tempo determinado, a quantia emprestada.

Faço um contrato de compra e venda; surge a obrigação de entregar a coisa vendida e o preço desta.

Faz-se um contrato de arrendamento; surge a obrigação de o senhorio entregar ao uso e fruição do inquilino a coisa arrendada e a obrigação de êste pagar a renda.

Faz-se um contrato de prestação de serviços, e surge a obrigação de prestar um serviço determinado.

E, assim, sucessivamente.

b) As declarações unilaterais da vontade:

Mas, se por virtude dos contratos emergem obrigações, também pode haver obrigações que nasçam de uma simples declaração da vontade, de uma declaração unilateral da vontade. Por exemplo: nas ofertas feitas ao público, nas promessas de recompensa, nas fundações.

A perdeu um cão e publica um anúncio, dizendo: dou 500$00 a quem me entregar um cão de tal raça, de tal côr, perdido nas alturas de tal.

A fez uma declaração unilateral da vontade.

No dia seguinte, aparece um indivíduo com o seu cão, restitui-o, e A tem obrigação de entregar a êsse indivíduo os 500$00.

Eis uma obrigação nascida de uma declaração unilateral da vontade.

Eu faço a promessa de dar 5 contos a quem escrever o melhor poema sôbre a heroicidade da Finlândia. Aparecem quatro ou cinco concorrentes e eu tenho obrigação de dar os 5 contos àquele dos poetas que melhor interpretou o meu sentimento.

c) O locupletamento à custa alheia:

Mas, também, há obrigações que nascem do locupletamento à custa alheia.

Há um património que enriqueceu e outro património que empobreceu. Não existe causa de enriquecimento nem de empobrecimento.

Pelo simples facto do enriquecimento sem causa surge a obrigação de o dono do património enriquecido dar uma indemnização ao dono do património que foi empobrecido.

Citarei exemplos tirados da jurisprudência, para melhor compreensão.

Uma rapariga namorava um homem que tinha uma fábrica.

A rapariga passou a trabalhar na fábrica sem haver contrato nenhum.

Passado tempo, meses ou anos, o namôro acabou e a rapariga viu-se nesta situação: trabalhara durante tantos anos sem recompensa na expectativa do casamento, que é o fim do namôro; o namôro estava rôto, o casamento já não podia fazer-se.

O património do dono da fábrica ficava enriquecido com os ordenados que a rapariga deixava de receber e o património da rapariga ficava empobrecido, porque trabalhara sem remuneração. A rapariga pediu ao tribunal que lhe desse uma indemnização que a locupletasse dos prejuízos sofridos, e o tribunal atribuiu-lha.

Trata-se de uma obrigação proveniente do locupletamento à custa alheia, resultante do facto de o património do dono da fábrica ter enriquecido sem causa à custa do património da rapariga.

Outro exemplo: um indivíduo arrendou uma herdade e, depois, comprou adubos, que não pagou, e fez a sementeira. E, já quando tinha semeado e os frutos estavam crescidos, o senhorio, porque o inquilino não tinha satisfeito a quaisquer requisitos do arrendamento, pô-lo fora, despejou-o.

O vendedor dos adubos não pôde ir contra o rendeiro, porque êste era pobre. Não tinha contrato nenhum feito com o dono do prédio, porque quem comprára os adubos fôra o rendeiro.

Propôs uma acção de não-locupletamento à custa alheia contra o dono do prédio, e os tribunais obrigaram êste a pagar uma indemnização de locupletamento à custa alheia ao vendedor dos adubos.

De maneira que o locupletamento à custa alheia é também fonte de obrigações.

d) — O pagamento indevido :

O art.º 758.º diz-nos que o pagamento indevido também é fonte de obrigações.

Diz o art.º 758.º: «*Quando, por êrro de facto ou de direito, nos termos dos art.ºs 657.º e seguintes, alguém paga o que realmente não deve, pode recobrar o que houver dado, nos seguintes termos :*

§ 1.º — O que de má fé receber coisa indevida, deve restituí-la com perdas e danos. Se a transmitiu a outrem, que fôsse igualmente de má fé, pode o lesado reivindicá-la. Mas, se o adquirente foi de bôa fé, só a pode reivindicar o lesado, tendo sido transferida por título gratuito, e achando-se o alheador insolvente.

§ 2.º—Enquanto a benfeitorias, observar-se-à o que fica disposto nos artigos 499.º e seguintes».

Diz êste artigo: o que pagou por êrro de facto ou de direito pode recuperar aquilo que pagou indevidamente. De maneira que o pagamento indevido é uma fonte das obrigações. O que recebeu indevidamente tem obrigação de entregar aquilo que recebeu.

e) A gestão de negócios :

Também a gestão de negócios é uma fonte de obrigações, o que se vê da leitura dos art.ºs 1.723.º e segs. do Código Civil.

Diz o art.º 1723.º: «*Aquêle, que, sem autorização e voluntàriamente, se intromete na gestão de negócios de outrem, torna-se responsável para com o proprietário dos ditos negócios, e para com aqueles com quem contratar em nome dêle*».

O art.º 1724.º: «*Se o proprietário, ou aquele a quem pertence o negócio, ratificar a gestão, e quizer aproveitar-se dos comodos e proveitos que dela provierem, será obrigado a indemnizar o gestor das despesas necessárias que houver feito, e dos prejuizos que tiver padecido por causa da dita gestão*».

E o art.º 1725.º: «*Se o proprietário não ratificar a gestão, e esta tiver por objecto, não obter um lucro, mas evitar algum dano eminente e manifesto, deverá em todo o caso indemnizar o gestor pelas despezas feitas nêsse intuito*».

Por virtude da leitura dos art.ºs 1723.º e seguintes, verifica-se que da intromissão de alguém nos negócios de outrem, satisfeitas as condições precisas para resultar a figura jurídica da gestão de negócios, emergem obrigações, tanto para o gestor de negócios, isto é, para aquele que se intrometeu nos negócios de outrem, como para o gestionado, para o «*dominus negotii*».

f) *O delito e* g) *O quási-delito :*

Também o delito e o quási-delito são fontes de obrigações. Basta, para isso, ler os art.ºs 2.361.º e seguintes:

Diz o art.º 2361.º: «*Todo aquele, que viola ou ofende os direitos de outrem, constitui-se na obrigação de indemnizar o lesado, por todos os prejuizos que lhe causa*».

Portanto, concluímos: são fontes das obrigações o contrato, as declarações unilaterais da vontade, o locupletamento à custa alheia, o pagamento indevido, a gestão de negócios, o delito e o quási-delito.

No Direito Romano do tempo de Justiniano dizia-se que as obrigações nasciam do contrato, do quási-contrato, do delito e do quási-delito.

Mas não aceitamos êste conceito clássico, entre outras

razões, porque esta figura jurídica do quási-contrato é uma figura incoerente, o conteúdo desta figura jurídica não é científico e repugna à lógica. Dentro dêste conceito, metem-se institutos que não têm nada de comum uns com os outros. Por conseqüência, não há razão nenhuma para se criar esta espécie de fonte de obrigações que se chama o quási-contrato.

Reconhecendo isso mesmo, Demogue, falecido há pouco, e que escreveu recentemente um livro em muitos volumes — *Théorie générale des obligations* —, restabeleceu, no entanto, o conceito de quási-contrato por comodidade — simplesmente por comodidade.

As obrigações classificam-se segundo os seus elementos constitutivos.

Na obrigação há sujeitos, objecto e vínculo jurídico. Pois bem: há uma classificação das obrigações segundo o sujeito, outra conforme o objecto e outra segundo o vínculo jurídico.

A) — Classificação das obrigações quanto ao sujeito:

Segundo o sujeito, uma obrigação pode ter sujeito conhecido, determinado e sujeito indeterminado. Melhor: a obrigação pode ter sujeitos activos determinados e sujeitos activos indeterminados, porque o sujeito passivo tem de ser sempre determinado. E, conforme a obrigação tem sujeito activo determinado ou indeterminado, mas determinável, assim se diz uma *obrigação de sujeito activo determinado* ou *de sujeito activo indeterminado*.

Exemplificando: *A* obrigou-se a pagar a *B* no fim do ano 100 contos.

Temos uma *obrigação de sujeito activo determinado.*

Mas *A* comprou ou mandou comprar a qualquer teatro um bilhete de camarote. A empresa ou o bilheteiro entregou-lhe o bilhete.

O sujeito passivo é conhecido. Por virtude dêste contrato surgiu uma obrigação: a obrigação de a empresa do teatro franquear a entrada a quem lhe apresentar o bilhete. O sujeito passivo é, pois, conhecido — é a empresa do teatro.

Mas, quem será o sujeito activo? Será o *A?* Será o môço que foi comprar o bilhete? Não. *A* pode ter dado o bilhete a uma pessoa conhecida. O sujeito activo é a pessoa, que na ocasião do espectáculo, quiser tomar assento no camarote com aquele bilhete.

Temos aqui uma *obrigação de sujeito activo indeterminado, mas determinável.*

O sujeito activo é determinável pela apresentação do bilhete.

O Banco de Portugal emitiu um milhão de notas de conto. Por virtude dessa emissão, o Banco obrigou-se a trocar aquelas notas a quem as apresentasse.

O sujeito passivo é o Banco de Portugal, é conhecido, é determinado — não há obrigação de sujeito passivo indeterminado.

Mas o sujeito activo será aquele, agora indeterminado, que apresentar as notas, uma nota ou qualquer das notas ao *guichet* do Banco de Portugal. A determinação é feita pela apresentação da nota.

Eu emito uma letra, como sacador: «por esta minha única via de letra pagará V. S.ª a A a quantia de X».

O principal sujeito passivo é o aceitante. O sujeito activo será aquele que apresentar a letra ao aceitante para receber o montante dela. Mas, na vida da letra pode haver endossos.

De maneira que o sujeito activo ou o portador da letra pode variar, conforme cada um dos endossos, sendo a final o que apresentar a letra a pagamento.

Eis outro exemplo de uma obrigação de sujeito activo indeterminado.

Mas, também, as obrigações podem ter um só sujeito

activo e um só sujeito passivo, ou muitos sujeitos activos e um só sujeito passivo, ou muitos sujeitos passivos e um só sujeito activo, ou simultâneamente muitos sujeitos activos e muitos sujeitos passivos.

Quando a obrigação tem um só sujeito activo e um só sujeito passivo, diz-se *obrigação singular*.

Quando a obrigação tem mais que um sujeito activo, ou mais que um sujeito passivo, ou simultâneamente muitos sujeitos activos e muitos sujeitos passivos, diz-se uma *obrigação plural*.

Portanto, temos outra classificação segundo o sujeito: *obrigações singulares* e *obrigações plurais*.

Mas as obrigações plurais — (também é minha a classificação e parece-me que só minha, não só em Portugal, mas no mundo jurídico) — podem ser *disjuntas* e *conjuntas*, e as *conjuntas* podem ser *comuns* e *solidárias*.

Exemplifiquemos:

A, B, e C obrigam-se a pagar-me 9 contos no fim do ano.

Temos aqui uma obrigação plural, porque A, B, e C são vários sujeitos passivos, que se obrigaram para comigo a pagar 9 contos.

Essa obrigação chama-se *conjunta comum* nos termos do art.º 731.º do C. Civil.

Diz o art.º n.º 731.º: «*Sendo vários os obrigados a prestar a mesma coisa, responderá cada um deles proporcionalmente, excepto:*

1.º) *Se cada um deles se responsabilizar solidàriamente;*

2.º) *Se a prestação consistir em coisa certa e determinada, que se ache em poder de algum deles, ou se depender de facto que só um deles possa prestar;*

3.º) *Se pelo contrato outra coisa tiver sido determinada*».

Quere dizer: conforme o art.º 731.º, sendo vários os obrigados, os sujeitos passivos, cada um deles obriga-se a pagar-me proporcionalmente: A. três contos, B. três contos e C. três contos. 9 : 3 = 3.

Portanto, êsse vínculo obrigacional decompôs-se em três vínculos: um vínculo de A para comigo, outro vínculo de B para comigo e outro vínculo de C para comigo.

E' o que se chama uma *obrigação conjunta comum*.

Agora vejamos as *obrigações conjuntas solidárias*.

Se A, B, e C se obrigaram solidàriamente, eu posso pedir a qualquer deles os 9 contos, embora aquele que me pagou os 9 contos tenha, depois, o *direito de regresso* de receber de cada um deles três contos.

E' o que se diz nos art.os 752.º e seguintes.

Diz o art.º 752.º:

«*O crèdor de uma prestação, a que são obrigados solidàriamente vários devedores, pode exigi-la de todos conjuntamente ou só de alguns deles, sem que o demandado possa implorar o benefício da divisão*».

Art.º 753.º:

«*O crèdor que exigir de algum dos condevedores solidários a totalidade ou parte da prestação devida, não fica por isso inibido de proceder contra os outros, no caso de insolvência daquele*».

Art.º 754.º:

«*O devedor solidário, que pagar pelos outros, será indemnizado por cada um deles na parte respectiva; e, se algum for insolvente, será a sua quota repartida entre todos*».

E art.º 755.º:

«*Se a coisa, que é objecto da prestação se perder por culpa de algum dos condevedores solidários, não ficarão os outros desobrigados; mas o que deu causa à perda será o único responsável por perdas e danos*».

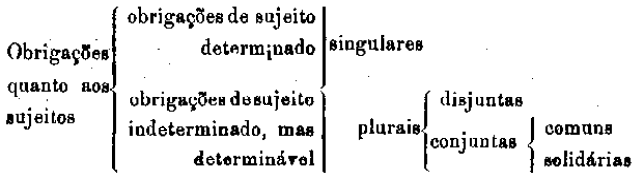
Suponham, porém, agora, esta hipótese, que foi o que me levou a criar outra espécie de obrigações plurais:

Eu depositei no Banco de Lisboa & Açores 100 contos em meu nome e no de A.

O Banco tem a obrigação de pagar 100 contos quer eu lhos peça ou passe um cheque, quer lhos peça A ou êste passe um cheque; obriga-se para cada um de nós pela totalidade da obrigação, que é isso que eu chamo obrigação disjunta.

A demonstração desta tese é para outra cadeira.

Portanto, as obrigações, quanto aos sujeitos, são singulares e plurais, ou plurais são conjuntas ou disjuntas e as conjuntas são comuns ou solidárias.



21.º — Das obrigações (cont.)

B) — Classificação das obrigações quanto ao objecto:

1.º — Obrigações de objecto determinado;

2.º — Obrigações de objecto indeterminado.

1.º — Obrigações de objecto determinado:

— a) simples, b) cumulativas e c) complexas, d) divisíveis e e) indivisíveis.

2.º — Obrigações de objecto indeterminado:

— a) obrigações facultativas; b) obrigações alternativas; c) obrigações genéricas; d) obrigações pecuniárias.

3.º — Obrigações civis e comerciais.

4.º — Obrigações líquidas e ilíquidas.

C) — Classificação das obrigações quanto ao vínculo:

— a) obrigações puras e b) simples; c) obrigações condicionais; d) obrigações a termo; e) obrigações modais.

No último dia, depois de definirmos obrigação, depois de dizermos os elementos constitutivos da obrigação, depois

de nos referirmos, ainda, às fontes das obrigações, entrámos na classificação das obrigações, e fizemos essa classificação quanto ao sujeito; dissemos que as obrigações eram de sujeito activo determinado e de sujeito activo indeterminado, mas determinável, singulares ou plurais, estas disjuntas ou conjuntas e estas, por sua vez, comuns ou solidárias.

B) — Quanto ao objecto:

Hoje, vamos continuar a classificação das obrigações quanto ao outro elemento, quanto ao objecto.

Quanto ao objecto, as obrigações são *de fazer* ou *de dar*. Como os romanos diziam: obrigações de *dare vel facere*.

Os romanos ainda admitiam uma outra espécie de obrigações: as de *praestare*, isto é, as obrigações de indemnização de perdas e danos.

Mas, na terminologia moderna, as obrigações de *praestare* fazem parte das de *dare*, e, por conseguinte, estamos reduzidos a obrigações de *dare* ou *obrigações de coisas* e obrigações de *facere* ou obrigações de serviços ou de factos.

Na verdade, esta classificação de obrigações está autorizada pelo art.º 710.º do C. Civil, que diz: «*O contrato resolve-se ou na prestação de factos, ou na prestação de coisas*».

E o art.º 714.º diz-nos que espécies de obrigações de *dare* pode haver: «*A prestação de coisas por efeito de contrato pode consistir*:

1.º—Na alienação da propriedade de certa coisa.

2.º—Na alienação temporária do uso, ou fruição de certa coisa.

3.º—Na restituïção de coisa alheia, ou no pagamento de coisa devida».

Há certas espécies de obrigações que oferecem dúvidas quanto a saber se são de facto ou serviço, se de coisa.

Por exemplo: um joalheiro obriga-se a fazer um colar de pérolas.

Como nesta obrigação o principal são as pérolas e como o serviço representa pouco no colar, inclinamo-nos a ver no fundo desta obrigação uma obrigação de *dare*, de coisa. Porque o principal arrasta o acessório — «accessorium sequitur principale».

Ora, a coisa em que consiste a prestação, — quer seja um facto, um serviço, ou uma coisa, — pode ser determinada ou indeterminada, mais ou menos indeterminada.

E' certo que uma coisa indeterminada não pode ser objecto dum contrato; mas, quando falamos duma coisa indeterminada, queremos falar de uma coisa indeterminada mas determinável por circunstâncias que se acentúam no momento da formação do acto jurídico.

E pode ser uma coisa simples ou um acervo de coisas.

Portanto, temos a seguinte classificação das obrigações quanto ao objecto: *obrigações de coisa determinada* e *obrigações de coisa indeterminada mas determinável*.

Porvirtude de haver vários graus de indeterminação, temos: *obrigações alternativas, obrigações facultativas, obrigações genéricas, obrigações quantitativas* e *obrigações pecuniárias*.

E temos, depois, as obrigações de coisas determinadas, que são *simples, complexas, cumulativas divisíveis e indivisíveis*.

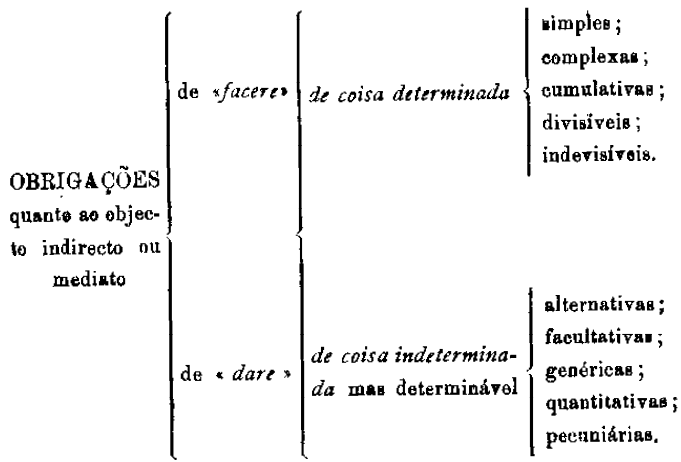
Sintetizando, temos o seguinte quadro:

Quanto ao objecto (*mediato*, isto é, aquilo em que consiste a prestação) a obrigação pode ser: *de dar* ou *de fazer*; tanto umas como outras podem ser *de coisa ou serviço indeterminado mas determindvel*, ou de *coisa ou serviço determinado*; como a coisa indeterminada pode ter uma maior ou menor indeterminação, conforme o grau desta indeterminação, assim aparece a seguinte classificação: *obrigações alternativas, obrigações facultativas, obrigações genéricas, obrigações quantitativas, obrigações pecuniárias*; quando a

coisa está determinada, temos esta classificação: *obrigações simples, obrigações complexas, obrigações cumulativas, obrigações de coisa divisível* e *obrigações de coisa indivisível.*

E ainda o facto pode ser um facto positivo ou negativo.

Assim:



Além dessa classificação, temos *obrigações civis, obrigações comerciais, obrigações líquidas* e *obrigações ilíquidas.*

Já dissemos o que é uma obrigação de *facere.*

Mas eu acrescentei, agora, que o *facto* pode ser *positivo* ou *negativo.*

O devedor pode-se obrigar a fazer uma coisa; um colar de pérolas, uma casa, etc.; ou pode obrigar-se a não

fazer certa coisa: por exemplo, a não tocar piano para não incomodar o vizinho.

E' o que dá a entender o art.° 713.°, dizendo: «*O que se houver obrigado a não praticar algum facto, incorre na responsabilidade de perdas e danos, desde o momento da contravenção, e pode o crédor exigir, que a obra feita, se obra feita houver, seja demolida à custa do que se obrigou a não a fazer*».

Temos, aqui, uma obrigação de *facto negativo.*

Das obrigações de coisa indeterminada:

A indeterminação—dissemos—tem graus.

Assim, a obrigação alternativa é menos determinada que a facultativa.

Mas, como o nosso Código só fala de obrigações alternativas e é, depois, por meio de um raciocínio derivativo, que nós podemos falar das *obrigações facultativas*, por isso, falamos primeiro das alternativas.

Depois, nas *obrigações genéricas* já a indeterminação é maior; igualmente, nas quantitativas.

Vejamos cada uma dessas espécies de obrigações.

Das obrigações alternativas:

Das *obrigações alternativas* ocupa-se o art.° 733.° que diz:

«*Se o devedor estiver obrigado a um de dois factos, ou a uma de duas coisas, à sua escolha, cumprirá prestando qualquer desses factos ou coisas, mas não poderá, contra a vontade do crèdor, prestar parte de uma coisa e parte de outra*».

Os romanos definiam assim as obrigações alternativas: aquelas em que *sunt plurae res in vinculo, una in solutione,* isto é, as obrigações em que estão muitas coisas no vínculo e uma só no pagamento.

Realmente, aceito essa definação, mas vou explicar-lhes com um exemplo o que é uma obrigação alternativa.

Obriguei-me a dar a A um livro, uma bengala ou um relógio. Cumpro esta obrigação, dando a escolher a A — (a escôlha pode pertencer ao crèdor) — um dêstes três objectos: um livro, uma bengala ou um relógio.

Por conseqüência, no vínculo estão muitas coisas, estão três coisas: um livro, uma bengala e um relógio; mas, *in solutione*, para pagamento, eu entrego apenas uma coisa.

Isto é o chamado *fenómeno da concentração*, que se faz por eleição a qual pode pertencer ao crèdor ou ao devedor, conforme fôr determinado.

Das obrigações genéricas:

Agora, nas obrigações genéricas já a indeterminação é maior, pois consiste em dar uma coisa dum género.

A obriga-se a dar a B 100 moios de trigo rijo, com o pêso específico de 84.

A, aqui, indica uma quantidade — 100 moios — uma qualidade — rijo — um pêso específico — 84 — mas não diz mais nada.

O devedor, A, paga, entregando aquela quantidade de trigo referido.

A indeterminação é, pois, maior.

Das obrigações quantitativas:

Na *obrigação quantitativa* há, também, uma indeterminação maior que na alternativa.

A vende 100 pipas de vinho da sua adega.

O género aqui é menor, porque é o vinho da sua adega.

Mas, a indeterminação é maior que na alternativa.

A coisa, na obrigação quantitativa, determina-se *pela contagem, pelo pêso ou pela medida.*

100 metros de pano do que A teceu na sua fábrica: pela medida; 100 cabeças de gado do seu rebanho: pela contagem; 100 quilos de carne do seu açougue: pelo pêso.

Por vezes, não sabemos se estamos perante uma obrigação alternativa, se perante uma obrigação genérica.

—A pode obrigar-se a dar um cavalo da sua coudelaria.

Será uma obrigação genérica? Será uma obrigação alternativa?

Por vezes, hesita-se, duvida-se e, assim, temos de fixar o seguinte critério: *quando as partes podem representar na sua imaginação todos os objectos que estão no vínculo*, trata-se de uma *obrigação alternativa; quando não podem*, trata-se de uma *obrigação genérica.*

Das obrigações pecuniárias:

As *obrigações pecuniárias* são aquelas cujo objecto da prestação consiste numa quantia de dinheiro.

Essas obrigações são muito importantes. 80 % das vezes, que nos ocupamos de uma obrigação, trata-se de obrigações pecuniárias.

Regula-as o art.° 723.° e seguintes, que nos dizem:

Art.° 723.°: «*As prestações em dinheiro serão feitas na forma convencionada*».

Art.° 724.°: «*Quanto se tiver convencionado que o pagamento seja feito em moeda metálica de certa e determinada espécie, será êsse pagamento feito na espécie convencionada, existindo ela legalmente, embora tenha variado de valor entre o tempo do contrato e o do pagamento e ainda que essa variação haja resultado da disposição da lei.*

§ 1.°) *Não se encontrando a moeda estipulada na quantidade necessária, poderá ser feito o pagamento em moeda corrente equivalente, segundo a cotação que aquela tiver na Bôlsa no dia do vencimento da obrigação.*

§ 2.°) *Tendo-se estipulado que o pagamento deverá ser feito em moedas, de ouro e prata, sem se fixar a proporção de umas e de outras, será esta proporção regulada pela da dívida originária, e, não sendo isto possível, pagará o devedor metade em ouro e metade em prata.*

§ 3.°) *O curso forçado da nota bancária não preju-*

dica a validade de convenção de pagamento em moeda metálica nacional ou estrangeira».

Das obrigações de coisa determinada:

Mas, quando a obrigação é de coisa determinada, pode o objecto da prestação ser uma coisa só e pode ser um acervo de coisas e de factos.

Eu posso obrigar-me a dar uma bengala: *obrigação simples*; e posso obrigar-me a dar tôdas as coisas que tenho em minha casa: *obrigração complexa.*

Mas, há que distinguir entre obrigações complexas e *obrigações cumulativas.* Foi por isso que fiz, há pouco, a divisão entre obrigações *simples, complexas* e *cumulativas.*

O facto de tôdas as coisas, que compõem um acervo só de coisas ou só de factos, constituir o objecto da prestação, dá uma certa unidade, e a obrigação não está cumprida enquanto o devedor não tiver entregado tôdas as coisas que constituem o acervo.

Mas pode acontecer que por vontade das partes se independentizem essas coisas que constituem o acervo; e, então, a obrigação, em vez de complexa, é *cumulativa.*

A coisa em que consiste o objecto da prestação pode ser uma coisa *divisível* ou *indivisível.*

Sendo um só o sujeito activo e um só o sujeito passivo, tratando-se, portanto, de obrigações singulares, é indiferente que o objecto seja divisível ou indivisível. Mas, quando se trate de obrigações plurais, a indivisibilidade da obrigação traz um regime especial ao cumprimento da obrigação. E, por conseqüência, temos de classificar as obrigações em divisíveis e indivisíveis.

Também as obrigações, quanto ao objecto, são *civis* ou *comerciais,* conforme promanam de um acto jurídico civil ou comercial.

Para sabermos o que é um acto jurídico civil ou um acto jurídico comercial, temos de estudar o art.° 2.° do Código Comercial, segundo o qual há actos comerciais subjectivos e actos comerciais objectivos. Mas não é agora ocasião de entrar neste assunto.

Também as obrigações podem ser *líquidas* e *ilíquidas.*

Obrigação líquida é aquela cujo montante se pode determinar no prazo de nove dias ou já está determinado.

Quando o montante da obrigação não esteja já determinado nem se possa determinar naquele prazo, a obrigação é *ilíquida.*

E' o que diz o art.° 765.°: «*O devedor pode desobrigar-se da sua dívida por meio de compensação com outra que o crédor 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 coisas fungíveis, da mesma espécie e qualidade; ou se umas forem somas de dinheiro e outras forem coisas 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».

Assim exposta a classificação das obrigações quanto ao objecto indirecto ou mediato, quanto ao objecto em que consiste a prestação, vamos agora tratar da classificação das obrigações quanto ao outro elemento — o vínculo.

C) — Quanto ao vínculo:

Quanto a êste elemento, as obrigações podem ser *puras e simples, condicionais, a termo* e *modais.*

Obrigações puras e simples são aquelas que não estão

dependentes de nenhuma cláusula acessória do acto jurídico, de nenhum dos *accidentalia negotii.*

Por exemplo, eu obrigo-me a dar 100 contos, sem dizer em que condições, em que prazo, com que encargos para o donatário.

Estamos perante uma *obrigação pura e simples.*

Obrigação condicional é aquela em que existe uma cláusula que consiste num facto futuro e incerto de que depende a eficácia do acto jurídico que é fonte de obrigação.

Por exemplo: A obriga-se a dar um automóvel a B, se passar no seu exame.

Esta obrigação de A de dar um automóvel está subordinada à clausula *se passar no exame.*

Ora, se passar no exame é um facto futuro e incerto. Tôda a obrigação está dependendo dêste facto futuro e incerto. A eficácia da obrigação, a produção de efeitos desta obrigação está dependente do facto futuro e incerto.

As condições são *suspensivos* ou *resolutivas. Suspensivas,* se a eficácia do negócio jurídico fica dependente dêsse facto futuro e incerto que constitui a condição; *resolutivas,* se a obrigação produzir logo efeitos, mas deixar de produzi-los se se verificar o facto futuro e incerto que constitue a condição.

Os anglo-saxões, em vez de usar esta terminologia — condição suspensiva e condição resolutiva,—empregam esta outra: *condição precedente* e *condição subseqüente;* e com certa razão, pois essa terminologia é mais directa, mais significativa, quanto a mim.

Se não vejamos.

A dará um automóvel a B, se êle passar no exame.

Esta obrigação só tem eficiência depois de se verificar o facto futuro e incerto da passagem no exame. Portanto, essa condição é *precedente;* o facto futuro e incerto precede a eficácia da obrigação. Por isso mesmo os ingleses lhe chamam condição precedente.

A dá desde já a B uma herdade. Mas ficará sem efeito essa obrigação, se A tiver filhos.

Os ingleses chamam a esta condição subseqüente.

Quere dizer: a obrigação produziu já efeitos. Mas, se se realizar o facto futuro e incerto de A ter filhos, então fica sem efeito a obrigação. Essa condição é, pois, uma *condição subseqüente.*

Aparecem, ainda, na Doutrina classificações da condição tais como: condição potestativa, condição causal, condição mixta, condição lícita, condição ilícita, condição possível e condição impossível.

Em meu entender, porém, essa classificação nasce duma confusão da Doutrina.

O facto em que consiste a condição tem que ter requisitos.

O facto deve ser:

a) lícito;

b) possível.

Não deve ser:

c) meramente voluntário.

Por isso, se dirá que o facto futuro e incerto é lícito ou ilícito, possível ou impossível, causal, meramente potestativo ou mixto.

Mas a condição não é o facto; a *condição* é uma cláusula que consiste num facto futuro e incerto.

Eis por que me limitei a fazer a classificação de condições suspensivas e resolutivas ou, seguindo a terminologia saxónica, condições precedentes e subseqüentes.

Dissemos que as obrigações, quanto ao vínculo, podiam ser *obrigações a termo.*

No nosso Direito, umas vezes, aparece a expressão *termo,* outras vezes, *prazo,* outras vezes, ainda, *dia.*

Na Doutrina também, por vezes, se faz a distinção entre termo voluntário, termo legal e termo judicial.

E' outra confusão, em meu entender.

Estamos aqui a tratar das cláusulas acessórias de negócios jurídicos, isto é, das cláusulas que voluntàriamente as partes põem no conteúdo dos negócios jurídicos. Portanto, esses termos — judicial e legal — não interessam ao sentido de *termo* na acepção técnico-jurídica, porque não dependem da vontade das partes. Só o termo que depende dela é que nos interessa aqui.

Assim como a condição é suspensiva e resolutiva, também o termo — *dies* lhe chamavam os romanos — pode ser *inicial* ou *extintivo* ou, como eles diziam, *dies a quo* ou *dies ad quem*.

A obriga-se a entregar a B 10 contos no dia em que êle fizer 21 anos: eis um *termo inicial*.

A obriga-se a pagar, mensalmente, a B 1 conto, até que êle faça 21 anos: eis um *termo extintivo*.

O primeiro é o *dies a quo*, o dia desde o qual começa a obrigação. O segundo é o *dies ad quem*, o dia, praso ou termo, até ao qual subsiste a obrigação.

O conceito de *termo* é distinto do de *condição*.

Ao passo que a *condição* é a cláusula que consiste num facto futuro e incerto de que depende a eficácia do negócio jurídico que é fonte de obrigação, pelo contrário, o *termo* é uma cláusula que consiste, também, num facto futuro, mas certo, de que depende, não a eficácia, *mas apenas a exigibilidade da obrigação*.

Exemplifiquemos:

A dá um automóvel a B, se passar no exame. Há aqui uma condição, isto é, uma cláusula que consiste num facto futuro e incerto. E' incerta e futura a passagem no exame e dela depende a eficácia da obrigação.

Até que se verifique o facto, a declaração de A não produz efeitos, pelo menos efeitos normais.

A dá um automóvel a B no dia em que êste fizer 21 anos. Temos aqui uma obrigação subordinada a uma cláusula, também, que consiste num facto futuro — o êle fazer 21 anos — mas certo (êle há-de fazer 21 anos; pode morrer mas faz 21 anos que nasceu), de que depende, não a eficácia da obrigação, porque A já está vinculado, mas apenas a exigibilidade da obrigação. B é que não pode exigir a A o automóvel senão no dia em que fizer 21 anos.

Esta é a diferença entre *condição* e *termo*.

Vejamos, agora, as *obrigações modais*:

A expressão *modus*, no Direito romano, era de significado mais amplo que na Doutrina moderna. Por essa expressão, significavam os romanos tanto a condição como o termo, como aquilo que nós hoje chamamos o *modo* ou *encargo*.

Mas, a expressão *modo* significa, apenas, na técnica jurídica moderna, *a restrição de uma liberalidade*.

O nosso Código Civil nunca emprega a expressão «modo», mas sim, e sempre, «onus» ou «encargo» como se pode ver no art.º 1454.º: «*A doação pode ser pura, condicional, onerosa ou remuneratória.*

§ *1.º — Pura é a doação mèramente benéfica, e independente de qualquer condição.*

§ *2.º — Doação condicional é a que depende de certo evento ou circunstância.*

§ *3.º — Doação onerosa é a que traz consigo certos encargos.*

§ *4.º — Doação remuneratória é a que é feita em atenção a serviços recebidos pelo doador, que não tenham a natureza de dívida exigível*».

Assim: deixo a quantia de X a A, com o encargo de êle dar ao meu criado, José, mensalmente, 300$00.

E' isto que se chama o «modo» — uma restrição de uma liberalidade

Há quem entenda que não são apenas os negócios a título gratuito, mas também os negócios jurídicos a título

oneroso, que admitem o «modo». Sou de opinião contrária. Para aqueles, o «modo» é um encargo imposto ao adquirente.

Por vezes, o intérprete fica na dúvida se está perante um «modo» ou perante uma «condição».

Por exemplo, nesta hipótese: A deixa a sua herdade a B, contanto que êle dê mensalmente ao seu criado, José 300$00.

Será uma «condição»? Será um «modo»?

Pois em caso de dúvida, como o «modo» é mais favorável ao devedor—*in dubio pro debitore*—o intérprete deve entender que é de um «modo» que se trata.

OBRIGAÇÕES quanto ao vínculo
- *puras e simples*
- *condicionais* . . . . — suspensivas; resolutivas.
- *a termo* . . . . . — iniciais; extintivas.
- *modais*.

22.ª—Das obrigações (cont.)

—Efeitos das obrigações.

1.º—Efeitos directos e consequências resultantes do não cumprimento da obrigação.

—Casos em que o devedor é dispensado do cumprimento da obrigação.

—A «conditio non adimpleti contractus» e o direito de retenção.

2.º—Efeitos indirectos das obrigações.

—A acção da anulação por simulação.

—A acção revogatória ou pauliana, quando o acto jurídico é oneroso e quando o acto jurídico é gratuito.

—A acção subrogatória.

—Modos da extinção das obrigações: a) o pagamento; b) a proposta de pagamento; e c) a consignação em depósito; d) a compensação; e) a confusão; f) a novação; g) o perdão; e h) a renúncia.

—Modos de transferência dos créditos ou sucessão dos créditos a título singular: a) a cessão; b) a subrogação.

—As obrigações em especial ou os contratos especialmente regulados no Código Civil.

—O casamento, que nós não consideramos um contrato, a-pesar-da terminologia usada na legislação.

—A sociedade.

—A parceria rústica e pecuária.

Vamos hoje ocupar-nos dos efeitos das obrigações.

Há *efeitos directos* e *efeitos indirectos*.

Dos efeitos directos das obrigações:

Os efeitos directos das obrigações são: *o cumprimento a que é relativo o estudo das conseqüências provenientes do não cumprimento da obrigação.*

O cumprimento da obrigação, normalmente, faz-se pelo pagamento. A própria expressão *pagamento da obrigação* quere dizer *cumprimento da obrigação.*

Mas, por vezes, a obrigação não é cumprida.

A falta de cumprimento da obrigação traz responsabilidades patrimoniais. Quere dizer: quando, voluntàriamente, o devedor não paga, não cumpre a obrigação, responde pela falta do pagamento o património do próprio devedor.

Umas vezes, a obrigação não é cumprida por culpa ou negligência do devedor; outras vezes, não é cumprida por facto do próprio crèdor.

Ainda a obrigação pode deixar de ser cumprida por ocorrer um caso fortuito ou de fôrça maior e, também, por se verificar algum daqueles casos em que o devedor não é obrigado a cumprir, isto é, os casos de o crèdor, por sua

vez, não ter cumprido aquilo a que se obrigou, verificando-se a condição *non adimpleti contractus* ou quando o devedor tem o direito de relenção.

Se o devedor não cumpre por culpa ou negligência própria — dizem os artigos 702 e seguintes — é responsável por perdas e danos, consistindo essa responsabilidade em ter de pagar os lucros cessantes e os danos emergentes. Na verdade, o art.º 702.º diz: «*Os contratos, legalmente celebrados, devem ser pontualmente cumpridos; nem podem ser revogados ou alterados, senão por mútuo consentimento dos contraentes, salvas as excepções especificadas na lei*».

Art.º 703.º: «*Os direitos e obrigações, resultantes dos contratos, podem ser transmitidos entre os vivos ou por morte, salvo se esses direitos e obrigações forem puramente pessoais, por sua natureza, por efeito do contrato, ou por disposição da lei*».

Art.º 704.º: «*Os contratos obrigam tanto ao que é nêles expresso, como às suas conseqüências usuais e legais*».

(Sôbre o mesmo assunto vide mais os artigos 705.º, 706.º, 707.º, 708.º, 709.º e 710.º do Código Civil).

Mas, se o devedor falta ao cumprimento da obrigação por facto de outrem para que de nenhum modo tenha contribuído ou por caso fortuito ou de fôrça maior, já não é responsável por perdas e danos.

Na Doutrina costumava distinguir-se entre *caso fortuito* e *caso de fôrça maior*. Nós, porém, no nosso livro *Da responsabilidade contratual* (1) sustentamos que à face da

(1) Encontra-se a págs. 464: No nosso direito previgente, só encontramos as expressões *caso fortuito* ou *acaso*, e nunca a expressão *fôrça maior*.

É o Código Comercial de Ferreira Borges o primeiro diploma le-

nossa legislação não há distinção entre caso fortuito e caso de fôrça maior.

Caso fortuito e caso de fôrça maior são uma e a mesma coisa.

Também o vendedor pode estar a coberto da obrigação de cumprir, em virtude da condição *non adimpleti contractus*, a que se refere o art.º 709.º, que diz:

«*Se o contrato fôr bilateral e algum dos contraentes deixar de cumprir pela 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.*

§ único — *Igualmente se pode ter como desobrigado um dos contraentes, se o outro se achar física ou legalmente impossibilitado de cumprir o contrato*».

Há um contrato de compra e venda, por exemplo.

O vendedor obrigou-se a certa e determinada coisa, mas não cumpriu: o comprador fica a coberto da obrigação de entregar o dinheiro.

Ou vice-versa: o comprador obriga-se a certa e determinada coisa, mas não cumpriu. Nesse caso o vendedor fica a coberto da obrigação de entregar a coisa vendida.

Um exemplo: a Companhia Nacional de Navegação, em 18 de Agosto, vendeu 2 barcos com a obrigação de o

gislativo onde aparece a locução «caso fortuito ou fôrça maior». Por influência dos códigos estrangeiros que lhe serviram de fonte, o Código Comercial, de 1833, oferece-nos esta locução, em que os dois termos *caso fortuito* e *fôrça maior* aparecem como sinónimos, como bem se infere da disjuntiva *ou* que liga os dois vocábulos e igualmente de todo o texto do artigo 932.º.

E a págs. 466: As expressões *caso fortuito* e *fôrça maior*, quando usadas simultâneamente pelo Código, são pleonásticas, pois a locução *fôrça maior* tem um significado que já está compreendido na acepção técnico-jurídica do vocábulo *caso fortuito*.

comprador os levar para o estrangeiro e de os demolir. Passaram meses — Setembro, Outubro, Novembro e quási Dezembro — e o comprador não cumpriu a sua obrigação, isto é, levar e demolir os barcos.

Pelo contrário, foi a Companhia Nacional de Navegação informada de que o comprador pretendia revender os barcos em Portugal — o que não convinha, porque era vendê-los a um concorrente. Então, dispensou-se a Companhia da obrigação de entregar os barcos, em virtude da dita condição *non adimpleti contractus*, em virtude do disposto no art.º 709.º, e consignámos em depósito o dinheiro.

E o comprador foi obrigado a levantar o dinheiro que tinha depositado e a deixar os barcos.

Quere dizer: a Companhia que tinha a obrigação de entregar os barcos não o fez porque o comprador não cumpriu aquilo a que se havia obrigado, porvirtude da *exceptio non adimpleti contractus*, a que se refere o art.º 709.º.

Outras vezes, o devedor tem o *direito de retenção*. Quere dizer; o devedor da obrigação é crèdor do seu crèdor, porvirtude da coisa que êle tem em seu poder. E, então, enquanto o devedor do devedor, que vem a ser o crèdor do devedor, não cumprir, o devedor, porvirtude do direito de retenção, não é obrigado a entregar a coisa.

Estes são os efeitos das obrigações e as conseqüências que resultam do não-cumprimento da obrigação.

Mas, além dêstes efeitos directos, há os efeitos indirectos, a que se referem os art.ºs 1030.º e seguintes.

Por vezes, o devedor, para não cumprir a sua obrigação, pratica os actos de alienação patrimonial que resultam em prejuízo do crèdor. E então o crèdor pode revogar esses actos por meio de uma acção que se chama *acção revogatória* ou *acção pauliana*.

Esses actos ou são simulados, ou são onerosos, ou são gratuítos.

Se são simulados, o crèdor pode anulá-los, nos termos dos art.os 1.030.º, 1.031.º e 1.032.º, que nos dizem:

Art.º 1030.º: «*Os actos e contratos, celebrados em prejuízo de terceiro, podem ser rescindidos a requerimento dos interessados, nos termos seguintes*».

Art.º 1031.º: «*Os actos ou Contratos, simuladamente celebrados, pelos contraentes com o fim de defraudar os direitos de terceiro podem ser anulados e rescindidos a todo o tempo, a requerimento dos prejudicados.*

§ único—*Simulado diz-se o acto ou contrato, em que as partes declaram, ou confessam falsamente alguma coisa que na verdade se não passou, ou que entre elas não foi convencionada*».

Art.º 1032.º: «*Rescindido o acto ou contrato simulado será restituída a coisa ou o direito, a quem pertencer com seus frutos ou lucros, se frutos ou lucros houver*».

Mas, também, as partes podem praticar actos verdadeiros que resultem em prejuízo dos crèdores: êsses actos ou são onerosos ou gratuitos, e também uns como os outros se podem revogar.

Se são onerosos, revogam-se quando o crédito do crèdor é anterior ao acto, quando o devedor age de má fé e quando da actuação das partes no acto resultou a insolvência do devedor.

Isto é: ainda que o acto seja verdadeiro, se o crèdor tiver um crédito anterior, se as partes procederem de má fé, se do acto resultou a insolvência do devedor, pode êsse acto ser anulado por meio de uma acção *revogatória* ou *pauliana*.

Sendo o acto gratuito, para ser anulado basta que o direito do crèdor seja anterior e que do acto gratuito resulte a insolvência do devedor. Não é preciso a má fé.

É o que se encontra regulado nos art.os 1.033.º e seguintes.

O art.º 1033.º diz: «*O acto ou contrato verdadeiro, mas celebrado pelo devedor em prejuízo do seu crèdor, pode ser rescindido a requerimento do mesmo crèdor, se o crédito fôr anterior ao dito acto ou contrato, e dêste resultar insolvência do devedor*».

O art.º 1034.º: «*Se o acto ou contrato fôr oneroso, só poderá ser rescindido havendo má fé, tanto da parte do devedor, como da outra parte*».

O art.º 1035.º: «*Se o acto ou contrato for gratuito, pode dar-se a rescisão, ainda que os estipulantes não procedessem de má fé*».

E o art.º 1036.º: «*Dá-se insolvência, quando a soma dos bens e créditos do devedor, estimados no justo valor, não iguala a soma das suas dívidas. A má fé, em tal caso, consiste no conhecimento dêsse estado*».

Mas, além desta acção revogatória, pode o crèdor também exercer uma acção chamada *subrogatória*.

Segundo a doutrina até há pouco estabelecida entre nós, o crèdor só podia exercer a acção subrogatória no caso do art.º 2.040.º, que nos diz:

«*Os crèdores daquele, que repudia a herança em prejuízo deles, podem ser autorizados judicialmente a aceitá-la no lugar em nome do devedor; mas o remanescente da herança, depois de pagos os crèdores, não aproveitará ao repudiante, mas sim aos herdeiros imediatos*».

A acção subrogatória consiste em o crèdor poder ocupar o lugar do devedor para exercer direitos que êste não quiz exercer.

Mas, conforme eu sustento, não é só neste caso que há acção subrogatória. Em matéria de prescrição e de sociedade por quotas, como mais tarde verão, há casos expressos d acções subrogatórias.

Entendo, pois, que a acção subrogatória é a regra e não, apenas, excepção.

Portanto, os efeitos indirectos do não-cumprimento das obrigações são:

a) — a *acção revogatória* e *b*) — a *acção subrogatória*.

Cumprida uma obrigação, esta extingue-se, pois tudo que nasce morre.

A obrigação extingue-se pelo pagamento, pela proposta de pagamento ou consignação em depósito, nos termos do art.° 759.°, que diz: «*O devedor pode livrar-se, fazendo depositar judicialmente, com citação do crèdor, a coisa devida nos casos seguintes:*

1.°—*Se o crèdor recusar recebê-la;*

2.°—*Se o crèdor não vier, ou não mandar recebê-la na época do pagamento, ou no lugar para isso designado;*

3.°—*Se o crèdor não quizer, dar quitação;*

4.°— *Se o crèdor fôr incerto.*

§ único—*No caso do número 4.° dêste artigo é dispensada a citação do crèdor*».

Pode acontecer que o devedor queira pagar e o crèdor não apareça, não se saiba quem é ou não queira receber, e então o devedor livra-se fazendo a proposta de pagamento e a consignação em depósito.

Depois, o crédor é citado para *impugnar*. (1) Impugna ou não impugna. Se impugna, há casos em que o devedor tem o direito de resposta, e responde. Se não impugna, o juíz julga logo bem consignado o depósito e extingue a obrigação.

Se o crèdor impugna, vai, depois da impugnação, o processo concluso ao juíz, e êste aprecia se o devedor depositou bem ou mal. No caso de decidir que o depósito foi bem consignado, extingue se também a obrigação.

(1) É o têrmo empregado pelo novo Código de Processo Civil.

Também se extingue a obrigação por meio da compensação, como preceitua o art.° 756.°: «*O devedor pode desobrigar-se da sua dívida por meio de compensação com outra, que o crèdor 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 coisas fungíveis, da mesma espécie e qualidade; ou se umas forem somas de dinheiro e outras forem coisas 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».

Por vezes, acontece que o devedor é também crèdor do seu crèdor.

Suponhamos que A emprestou a B 10 contos, mas que B é, por sua vez, crèdor de A por 8 contos.

Ambas estas dívidas estão nas condições do art.° 765.°. Dá-se a compensão, que produz efeitos *ipso facto*, isto é, A apenas é devedor de B por 2 contos.

Se as importâncias devidas fôssem iguais, a obrigação extinguia-se completamente. No caso presente, a obrigação extingue-se até aos 8 contos.

Também a obrigação se extingue por *confusão*. (1)

Dá-se a *confusão*, quando, porvirtude de um facto qualquer, por exemplo: de um fenómeno de herança, se confundem na mesma pessoa o crèdor e o devedor.

(1) Vide os arts. 796.°, 797.°, 798.°, 799.°, 800.° e 801.° de Código Civil.

Exemplo: A pediu emprestado ao seu tio B 10 contos. B não tinha filhos. Morreu com testamento, em que instituiu A seu herdeiro universal. Quere dizer: A é devedor de B até à morte dêste; depois da morte de B, passa a ser crèdor de si mesmo,

Deu-se, portanto, a *confusão.*

Suponha-se, porém, que o testamento vem a ser anulado e que A, que tinha sido instituído herdeiro universal de B, deixou de o ser.

Então, verifica-se o caso do art.° 801.°: renasceu a obrigação.

Também se extingue a obrigação por novação. (1)

Dá-se a novação quando a dívida fica substituída por outra, ou porque se substitui o objecto da obrigação ou porque se substitui o devedor ou o crèdor, isto é, os sujeitos da obrigação. Morre a dívida antiga e aparece uma dívida nova Extingue-se a dívida antiga.

Exemplifiquemos.

A emprestou 10 contos a B, mas B vai ter com A e diz-lhe: «devo-lhe 10 contos, mas tenho um automóvel que lhe convém; obrigo-me, no acto do vencimento, a dar-lhe, em vez dos 10 contos, o automóvel».

Se A aceita, morre a dívida antiga, que consistia no pagamento de 10 contos, mas surge uma dívida nova, cuja prestação consiste na entrega de um automóvel.

Dá-se, assim, a extinção de uma obrigação por novacão objectiva.

Outra hipótese: A empresta a B 10 contos, mas C, pai de B, quere tomar a responsabilidade da dívida do seu filho. A aceita expressamente a substituïção e, por conseqüência, C é que fica sendo o devedor.

(1) Vide os art.os desde o número 802.° até ao art.° 814.° do Código Civil.

Desaparece, assim, a obrigação antiga e surge outra obrigação que consiste num vínculo jurídico que se estabeleceu entre A e o pai daquele a quem A tinha emprestado o dinheiro.

Dá-se, portanto, aí a extinção de uma obrigação por novação subjectiva porvirtude do devedor.

Mas pode acontecer, ao contrário, que A tenha necessidade de 10 contos e os peça a B. A, porém, é crèdor de C por 10 contos.

Se B aceitar expressamente que passe C a ser seu devedor por 10 contos, e não A, visto que C tem obrigação para com A igual à que êste tem para com B, dá-se a extinção de uma obrigação por novação subjectiva por substituïção do crèdor

A obrigação ainda se pode extinguir por *perdão* ou *renúncia*, como determina o art.° 815.°, ao dizer: «*E' 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 proïbir.*

§ único—*A renúncia só pode provar-se por documento escrito e assinado pelo renunciante, devendo, no caso de êle não saber ou não poder escrever, intervir duas testemunhas com reconhecimento notarial*».

O crèdor pode perdoar o seu direito ou renunciar a êle, e então extingue-se a obrigação por perdão ou por renúncia.

Mas, antes da extinção da obrigação, pode esta ser transferida. Pode haver uma sucessão a título singular na obrigação. E essa transmissão da obrigação pelo lado activo (só os créditos é que se transmitem) pode fazer-se por *cessão* ou por *subrogação.*

A cessão é regulada nos art.os 785.° e seguintes. (1)

(1) Vide os artigos n.os 785.°, 786.°, 787.°, 788.°, 789.°, 790.°, 791.°, 792.°, 793.°, 794.° e 795.°

Por meio de cessão, como por meio de subrogação, o crédito transmite-se íntegro, com tôdas as suas qualidades.

Tem penhor a garanti-lo? Transmite-se com o penhor.

Tem hipoteca a garanti-lo? Transmite-se com a hipoteca.

Em suma, transmite-se íntegro.

A cessão faz-se por meio dum acto jurídico pelo qual o crédor transfere os seus direitos a outra pessoa, que fica sendo o crèdor. Mas, para que se dê essa transferência, é preciso que o devedor seja notificado ou tome conhecimento da cessão por modo autêntico.

A subrogação é regulada nos art.os 778.º e seguintes.

Êstes artigos dizem-nos:

Art.º 778.º: «*Aquele, que paga pelo devedor com seu consentimento, expressamente manifestado, ou por factos donde tal consentimento claramente se deduza, fica subrogado nos direitos do crèdor*».

Art.º 779.º: «*Aquele, que paga pelo devedor, sem seu consentimento, só adquire os direitos do crèdor nos casos seguintes:*

1.º—*Se a pessoa, que fez o pagamento, é fiador ou interessado, por algum outro modo, em que êle se faça.*

2.º—*Se o crèdor, que recebe o pagamento, ceder os seus direitos nos termos, da seguinte secção, ou subrogar quem houver pago nos seus direitos, contanto que a subrogação seja feita expressamente, e no acto do pagamento*».

Art.º 780.º: «*Se a dívida for paga pelo próprio devedor, com dinheiro que terceiro lhe emprestasse para êsse fim, êste só poderá ficar subrogado nos direitos do crèdor se o empréstimo constar de título autêntico, em que se declare, que o dinheiro foi pedido para pagamento daquela dívida*».

Como já disse, pela subrogação também o crédito se transmite íntegro.

A subrogação pode ser *legal* ou *convencional*.

E' convencional, quando o crédor recebe o pagamento de outra pessoa a quem subroga, ou quando o devedor pede dinheiro emprestado para pagar ao crèdor declarando-se expressamente o fim para que contraiu o empréstimo.

E' legal, quando alguém tem interêsse no pagamento— por exemplo, o fiador — e paga a obrigação, porque então fica subrogado nos direitos do crèdor, a quem pagou.

Repito: tanto pela cessão como pela subrogação há uma sucessão a título singular pelo lado activo.

Vamos, agora, ocupar-nos das obrigações em especial.

O nosso Código trata, nos art.os 1.056.º a 1.722.º, de vários actos jurídicos a que êle chama contratos, que são fontes de obrigações.

Examinar a natureza jurídica, *per summa capita*, sempre perfunctòriamente, dêsses actos jurídicos — é o que nós chamamos tratar das obrigações em especial.

Logo no art.º 1.056.º, o Código ocupa-se do casamento, como sendo um contrato.

A mesma definição se encontra na Lei de Família n.º 1, de 26 de Dezembro de 1910, que substitui os artigos do Código Civil em matéria de casamento.

Mas, na verdade, o casamento, quanto a mim, não é um contrato.

E' certo que ao casamento convém a definição do art.º 681.º, a definição legal de contrato; mas o que é certo, também, é que a definição do art.º 641.º não é definição de contrato no sentido técnico-jurídico. E' uma definição de convenção.

Como mais tarde veremos, há *actos jurídicos unilaterais* e *actos jurídicos plurilaterais*, e estes podem ser *convenções* ou *contratos*.

Que distingue a convenção do contrato?

Numa e noutro há o acôrdo de duas ou mais vontades, — nesse ponto encontram-se a convenção e o contrato. Mas, ao passo que do contrato resultam obrigações, da convenção resulta simplesmente a criação, alteração ou modificação de direitos, e não obrigações.

Do casamento não resultam obrigações. Do casamento resultam estados e capacidades. Por conseqüência, ao casamento não convém a definição técnico-jurídica de contrato, mas, simplesmente, a designação de convenção.

Depois, o Código ocupa-se, nos art.os 1240.º, 1241.º, 1242.º e seguintes, da outra espécie de contratos, — a sociedade.

O art.º 1240.º preceitua: «*E' lícito a todos os que podem dispor de seus bens e indústria associar-se com outrem pondo em comum todos os seus bens ou parte deles, a sua indústria, simplesmente, ou os seus bens e indústria conjuntamente, com o intuito de repartirem entre si os proveitos ou perdas, que possam resultar dessa comunhão. E' o que se chama sociedade*».

Art.º 1241.º: «*A sociedade pode existir por convenção expressa, ou por factos, de que se deduza necessàriamente a sua existência*».

E o art.º 1242.º: «*Será nula a sociedade, na qual se estipular, que todos os proveitos pertençam a algum, ou alguns dos sócios, e tôdas as perdas a outro, ou outros deles*».

No art.º 1.298.º passa o Código a tratar da parceria rural.

Que vem a ser a parceria rural?

Encontram esta matéria tratada no meu livro — «*Da responsabilidade contratual*» — a págs. 331 e segs.:

— Em seguida à sociedade, o Código Civil regulamenta a parceria rural, que subdivide em dois ramos: a parceria agrícola, e a parceria pecuária.

A parceria agrícola é o contrato pelo qual o possuidor dum prédio rústico o dá a cultivar, por certo e determinado tempo, a um lavrador, que se encarrega da cultura dêle, mediante o encargo da partilha dos frutos segundo uma percentagem convencionada. E' um contrato consensual, sinalagmático e de execução contínua.

Surge, a-propósito da regulamentação subsidiária dêste contrato, a questão de saber se a parceria agrícola é uma sociedade ou um arrendamento. Por um lado tem tôda a aparência duma sociedade: um dos contraentes entra com o uso e fruïção do prédio rústico, o outro entra com o seu trabalho ou indústria, e dividem entre ambos os frutos. No direito romano já se estabelecia esta aproximação entre o colonato, designação porque ainda hoje é conhecida a parceria agrícola, e a sociedade, como pode deduzir-se de Gaio: *Alioquin colonus partiarius, quasi societatis jure, et damnum et lucrum cum domino fundi partitur.* (1)

Por outro lado, existe uma velha doutrina que considera a parceria agrícola como um contrato a fim do arrendamento.

O nosso legislador, ao que parece, teve hesitação, pois se é certo que regulamenta a parceria, logo após a sociedade, como para nos significar a semelhança que existe entre estes dois contratos, também, para aproximar a parceria do arrendamento, dispõe no artigo 1.303.º do Código Civil *serem aplicáveis aos parceiros as disposições dos artigos relativos aos direitos e obrigações dos locadores e arrendatários em tudo o que não fôr regulado por disposições especiais.*

(1) Gaius, *Digesto* XIX, 2, 25.

Ocupar-nos-emos aqui sòmente das obrigações especiais dos parceiros.

O parceiro lavrador tem obrigações distintas das do arrendatário:

1.° Não pode ceder a outrem a sua situação jurídica como bem se evidencia desta expressão que entra na definição legal da parceria agrícola — «para ser cultivado por quem o recebe».

2.° O parceiro lavrador não pode levantar o pão da eira, nem tirar o vinho do lagar, nem recolher quaisquer outros frutos, de que deva partilha, sem que o faça saber ao proprietário, ou a quem as suas vezes fizer, estando na mesma freguesia, ou sem fazer medir os frutos na presença de duas testemunhas insuspeitas, se o proprietário não se achar na mesma freguesia, incorrendo, se assim não proceder, na obrigação de pagar em dôbro a parte que teria a dar (artigo 1301.°);

3.° O parceiro lavrador não pode deixar o prédio sem cultura ou cultivá-lo de modo diverso do convencionado, ou de modo diferente do que é costume local, se nada houver sido estipulado no contrato, e, se infringir êste preceito, fica responsável pelas perdas e danos a que der causa (artigs 1302.°).

Por sua vez, o proprietário, se outra cousa não fôr estipulada, terá de adiantar as sementes, que depois serão deduzidas do quinhão do cultivador (artigo 1301.°, § 3.°).

Além destas obrigações, tanto o colono como o proprietário ainda ficam vinculados a tôdas aquelas que teem o arrendatário e o senhorio e que não sejam contrárias às especialmente estatuídas no contrato de parceria agrícola.

Se faltarem ao cumprimento destas obrigações, respondem os obrigados pelos prejuízos causados.

No artigo 1301.°, § 2.°, o legislador fixou o pagamento em dôbro, para a hipótese de lavrador não medir os frutos

perante o proprietário, se êste estiver na freguesia, ou perante duas testemunhas insuspeitas, se o proprietário não se achar na paróquia. Esta regra foge ao princípio basilar da responsabilidade civil, segundo o qual a indemnização é sempre igual ao prejuízo causado. E' uma disposição excepcional, que estabelece uma pena civil em substituïção da reparação pelos prejuízos causados. Não consideramos êste caso como sendo de indemnização fixada por lei, porque a indemnização só é devida, quando há prejuízo certo, e o pagamento em dôbro é exigível, ainda que da conduta incorrecta do lavrador não haja resultado qualquer dano para o proprietário.

E' mister não esquecer que tôdas estas disposições legais são supletivas, por isso só se aplicam quando os contraentes não tenham feito estipulações diversas. Convém ter sempre presente, como já dissemos, que o conteúdo dos contratos é estabelecido preferentemente pelos têrmos da própria convenção.

O direito romano considerava a parceria como uma espécie de sociedade. O legislador do nosso Código Civil hesitou entre considerá-lo um contrato de arrendamento, porque no art.° 1.303.° mandou aplicar à parceria agrícola as disposições relativas ao arrendamento, o que prova que se inclinou a considerar a parceria agrícola também como uma espécie de arrendamento, conforme podem ver a págs. 334 e segs. do meu livro já citado: —

— No Código Civil só está regulada a parceria pecuária simples. Mas nos costumes locais do nosso país existem outras combinações de parceria pecuária. São freqüentes as combinações desta com os contratos de arrendamento e de parceria agrícola. Também é vulgar um outro contrato, em que o parceiro pensador entra com capital para a compra dos animais que lhe são entregues para criar, pensar e

vigiar, contrato que o código civil francês denomina de *cheptel à moitié*.

Bem fez, em nosso entender, o legislador português, regulando sòmente a parceria pecuária simples, pois o contrato de parceria em que o pensador entra com capital, é uma verdadeira sociedade, e as outras combinações da parceria, porque são contratos mixtos de parceria pecuária e arrendamento ou de parceria pecuária e parceria agrícola, regulam-se simultâneamente pelas regras de cada um dos contratos que entram na combinação, na parte respectivamente aplicável.

O artigo 1304.° do Código Civil define parceria pecuária o *contrato em que uma ou mais pessoas entregam a outra ou outras certos animais, ou certo número dêles, para os criarem, pensarem e vigiarem, com o ajuste de repartirem entre si os lucros futuros em certa proporção.*

Afigura-se-nos esta definição imperfeita, pois, como logo se deduz do preceito do artigo 1310.°, não são só os lucros futuros qne teem partilha, mas também pode haver partilha das perdas, pois o que êste artigo proíbe é tão sòmente que *tôdas as perdas resultantes do caso fortuit fiquem por conta do parceiro pensador*. Podem, é certo, os contraentes estipular que tôdas as perdas sejam a cargo do proprietário, mas também podem convencionar, e é esta a regra, que as perdas sejam sofridas tanto pelo proprietário como pelo parceiro pensador.

Mais aceitável nos parece a definição do artigo 1800.° do código civil francês, segundo a qual, *parceria pecuária é o contrato em que uma das partes entrega à outra certos animais para criar, alimentar e vigiar, sôbre as condições que entre si convencionam.*

Conforme disposição expressa, aliás desnecessária, do

artigo 1305.°, as condições dêste contrato serão reguladas a aprazimento dos interessados e, na falta de acôrdo, observar-se-á o costume geral da terra, salvas as disposições que a seguir estabelece.

Pela redacção dêste artigo *in fine* poderá parecer que tôdas as disposições subseqüentes àquele artigo 1305.° são preceptivas. Não entendemos assim, pois afigura-se-nos que as regras dos artigos 1307.°, 1308.° e 1312.°, ao menos estas, são de carácter supletivo e, por isso, as partes podem estipular em contrário do que elas regulam.

Se os contraentes outra coisa não estipularem, quando isso lhes seja permitido, o parceiro pensador é obrigado:

1.° A empregar, na guarda e tratamento dos animais, aquele cuidado que ordinàriamente emprega nas suas cousas (artigo 1309.°);

2.° A entregar ao proprietário, diligenciando que não se perca, todo o proveito que se possa tirar dos animais que morrerem (artigo 1309.°);

3.° A não dispor de cabeça alguma de gado, quer do principal, quer do agrescido, sem consentimento do proprietário (artigo 1311.°);

4.° A não fazer a tosquia do gado lanígero, sem que previna o proprietário (artigo 1312.°);

5.° A dar aviso ao proprietário, quando o gado fôr penhorado e a final arrematado em praça por dívidas do pensador.

Entendemos que esta mesma obrigação de dar aviso ao proprietário existe, pôsto que a penhora tenha sido feita em execução requerida contra outrem, porque o fim da lei, impondo êste dever ao parceiro pensador é acautelar os interêsses do proprietário, para que êste embargue a penhora, quando para isso tenha fundamento legítimo.

Por seu lado, o proprietário tem obrigação:

1.° De assegurar, ao parceiro industrial, a posse e uso

dos animais referidos no contrato, e a substituir por outros, em caso de evicção, os animais evictos (artigo 1307.º);

2.º A não dispor de cabeça alguma de gado, sem consentimento do parceiro tratador (artigo 1311.º);

3.º A manter o contrato pelo tempo convencionado e, na falta de convenção, por todo o tempo que, conforme o uso geral da terra, costumarem durar tais parcerias, salvo se o tratador não cumprir as suas obrigações (artigos 1313.º e 1314.º).

Pelo não cumprimento de qualquer destas obrigações, ou de outras que as partes estipularem, incorre o devedor em responsabilidade de perdas e danos, salvo, quanto à obrigação do parceiro tratador prevenir o proprietário da tosquia do gado lanígero, porque, em relação a esta, a lei substitue a reparação civil de perdas e danos pelo pagamento em dôbro do valor da parte que havia de pertencer ao proprietário, o que nós, por motivos expostos, consideramos uma pena civil.

—Conceito jurídico de mandato: mandato representativo e mandato sem representação.

—Espécies de procuração.

—Contrato de prestação de serviços.

—Espécies de prestações de serviços que são objecto do estudo do Direito Civil.

—Espécies de prestações de serviços de que se ocupa a legislação operária ou legislação industrial.

—O contrato de empreitada.

—O exercício das profissões liberais.

—Os contratos de recovagem, barcagem e alquilaria.

—O contrato de albergaria ou pousada.

—O contrato de depósito.

—Doações e suas espécies.

—Da revogação das doações.

—Do empréstimo e suas espécies: o mútuo e comodato.

—Os contratos aleatórios e suas espécies: contrato de risco ou seguro e jôgo ou aposta.

Em seguida aos contratos de parceria, quer agrícola, quer pecuária, ocupa-se o Código Civil do *mandato*, nos art.os 1.318.º e seguintes.

Sôbre o mandato transcrevemos, a seguir, do nosso livro —*Da responsabilidade contratual*— mais os seguintes passos:

Passemos ao exame das obrigações que, segundo a regulamentação do Código Civil, emergem do contrato do mandato.

E' nosso propósito, fixar, em relação a cada contrato, sòmente as noções indispensáveis para a delimitação do seu conteúdo. Doutro modo, êste capítulo do nosso estudo, só êle, constituiria um tratado de direito civil.

O mandato regulado no Código Civil é o mandato representativo. Depreende-se êste conceito de várias disposições legais, principalmente do artigo 1350.º, pois preceitua que «o constituínte é responsável para com qualquer pessoa, nos termos do artigo 1345.º, pelo que o mandante tiver feito, como tal, em relação a essa pessoa; mas o mandatário não tem acção para exigir dela, em nome do constituínte, o cumprimento das obrigações contraídas pela mesma pessoa. Este direito compete ao constituínte».

O instituto da representação não foi conhecido de direito romano, que não admitia que o acto jurídico realizado por uma pessoa fôsse vincular outra.

As realidades da vida social impunham já então que, em determinadas circunstâncias, os actos jurídicos fôssem praticados por pessoas diversas daquelas a quem êles interessavam. Mas, quando tal acontecia, o direito romano desdobrava a operação: o intermediário transferira, por novo acto jurídico, para o interessado, a situação jurídica que tinha obtido. E' claro que êste complicado sistema oferecia graves inconvenientes, entre outros, o de sujeitar o interessado e o intermediário às conseqüências da recíproca insolvência e da má-fé nos negócios.

Para remediar estes efeitos maléficos, o direito pretoriano criou uma *acção útil* entre o interessado e a pessoa com quem o intermediário contratava, continuando, todavia, a respeitar o princípio de que o acto jurídico só produzia efeitos entre os próprios que intervieram na sua realização.

Como se vê, só posteriormente ao direito romano é que surgiu, apercebida de todos os elemento que hoje a constituem, a figura jurídica da representação, cujas características são as seguintes: o que realiza o acto jurídico actua em nome duma terceira pessoa, o representado, e dá conhecimento desta sua intenção àquele com quem contrata; o representante deve ter poderes, conferidos por lei ou por contrato, para actuar em nome do representado.

Muitos são os trabalhos aparecidos, mòrmente na Alemanha, sôbre a construção técnico-jurídica do instituto da representação. Alheemo-nos dêsses estudos, que bem longe nos levariam, para apontarmos sòmeote os efeitos da representação, que todos se reduzem a êste corolário: os efeitos do acto realizado pelo representante projectam-se sôbre o representado, de modo que êle só é que fica juridicamente vinculado. Desta proposição derivam dois outros corolários: Como o representado é que assume as obrigações do acto feito pelo representante, é na pessoa daquele que devem concorrer as condições de capacidade necessárias para a validade do acto; porque é o representante que realiza o acto jurídico, sem por êle ficar obrigado, precisa êste de possuir discernimento para poder manifestar a sua vontade, sem que seja mister que tenha capacidade de obrigar-se.

Estes princípios estão sancionados no artigo 1334.º do nosso Código Civil, que dispõe: «As mulheres casadas e os menores não emancipados podem ser mandatários... mas

o mandante só terá acção contra o menor ou contra a mulher casada, em conformidade das regras gerais que regulam a responsabilidade dos actos destas pessoas, excepto se o mandato, sendo escrito, tiver sido autorizado pelo marido, pai ou tutor do mandatário».

Ainda que, conforme o sistema do nosso Código Civil, o mandato é sempre representativo, nada obsta a que o constituínte e o mandatário estipulem que êste actue em nome próprio e sem revelar a sua qualidade. Evidentemente que, nesta hipótese, o mandatário vincula-se a si próprio. Não há representação, mas nem porisso deixará de haver mandato.

E' o que acontece na figura jurídica da comissão, regulada no Código Comercial: na comissão existe um mandato sem representação, como se averigua da análise dos artigos 266.°, 267.° e 268.° dêste Código, que conteem as seguintes regras:

«Dá-se o contrato de comissão quando o mandatário executa o mandato mercantil sem menção ou alusão alguma ao mandante, contratando por si e em seu nome, como principal e único contraente» (artigo 266.°).

«O comissário fica directamente obrigado com as pessoas com quem contrata, como se o negócio fôsse seu, não tendo estas acção contra o comitente, nem êste contra elas, ficando, porém, sempre salvas as que possam competir, entre si, ao comitente e ao comissário (artigo 268.°).

Também na interposição de pessoas há um mandato sem representação. A interposição de pessoas tem por fim, na generalidade dos casos, a fraude da lei ou o prejuízo de terceiros. Mas pode visar, única e exclusivamente, a ocultação da pessoa dum dos contraentes ao outro. Nêste caso é respeitável. A interposição de pessoas só é contemplada pelo nosso direito positivo para reprimi-la, quando tem uma finalidade ilegal. A' face do nosso direito, a interposição de

pessoas tem um regime semelhante ao da intervenção no direito romano: os actos praticados pela pessoa interposta só por meio duma transferência da situação jurídica que esta adquiriu é que podem reverter para a pessoa oculta.

O intermediário, que realizou em nome próprio um contrato de compra e venda, só por meio de outro contrato é que pode transferir a propriedade da cousa para o seu constituínte.

No entanto, existe um vínculo jurídico entre a pessoa interposta e o constituínte, que é, em nosso entender, idêntico ao que resulta do mandato sem representação.

Como se vê, o mandato é, em regra, representativo, mas pode haver mandato sem representação; assim como existe, por fôrça de lei, representação sem mandato.

Josserand sustenta que só os actos jurídicos são susceptiveis de constituir objecto do mandato, com exclusão dos factos materiais. Diz êle: «Não se dá procuração a uma pessoa para construir um muro ou para fazer uma viagem; a operação realizada nestas condições é uma empreitada ou uma prestação de serviços, que é preciso distinguir do mandato» (1).

Planiol e Ripert também distinguem o mandato da prestação de serviços pela natureza do objecto de cada um dêstes contratos e afirmam que o mandato tem por objecto actos jurídicos, enquanto que o objecto da prestação de serviços é um facto de ordem material (2).

Colin e Capitant (3) não aceitam êste critério de diferenciação, porque, afirmam, é contraditado pela definição que o Código Civil dá de mandato.

---

(1) Josserand: *Cours de Droit Civil Positif*, II, n.° 1400.
(2) *Traité Elémentaire*, 2.ª ed., II, n.° 2293.
(3) *Cours élémentaire*, 4.ª ed., II, pág. 707.

Em verdade, o artigo 1318.° do nosso Código diz: «Dá-se o contrato de mandato ou procuradoria, quando alguma pessoa se encarrega de prestar, ou fazer alguma cousa por mandado e em nome de outrem».

Na expressão da lei, não se distingue entre actos jurídicos e factos materiais, porque *alguma cousa* é uma locução que, literalmente, abrange o acto jurídico e o simples facto.

Mas o sentido a atribuir àquela expressão *alguma cousa* é, logo a seguir, dado pelo artigo 1322.°, que se encontra na secção intitulada: *Do objecto do mandato e das pessoas que podem conferir e aceitar procuração*, e que estatue: «Pode qualquer mandar fazer por outrem todos os *actos jurídicos*, que por si pode praticar, e que não forem meramente pessoais».

De maneira que aquela expressão *alguma cousa*, do artigo 1318.°, é, segundo o artigo 1322.°, equivalente a *acto jurídico*.

De facto, não se dá procuração a ninguém para praticar um acto material: a construção duma casa, uma operação cirúrgica, lição aos filhos, etc.

Passa-se procuração a uma pessoa para outorgar por outra em uma escritura que dá forma a um acto jurídico (compra e venda, confissão de dívida, distrate, etc.), mas não se confere mandato a um notário para lavrar a escritura, que é um acto material.

Por isso, o médico, o arquitecto, o notário não são mandatários dos seus clientes, mas apenas lhes prestam serviços.

Àquele critério de distinção, que consiste na natureza do objecto do contrato de mandato e do da prestação de serviços, podemos ainda juntar outro, de ordem subjectiva, a saber: mandatário é aquele cuja vontade se substitue à

do mandante, querendo o acto jurídico e prestando-lhe o consentimento.

A diferenciação entre estas duas espécies de contratos é, juridicamente, relevante, primeiro, porque os constituintes que passaram procuração ao mesmo mandatário para tratar dum negócio comum são solidàriamente responsáveis por tôdas as obrigações que resultarem da execução do mandato (artigo 1348.°), o que não acontece na prestação de serviços; em segundo lugar, porque o mandatário não se obriga pessoalmente para com terceiros com quem contrata, ao contrário do que presta serviços, pois êste vincula-se pessoalmente com terceiros pelos actos com êles realizados.

Pôsto isto, podemos determinar as obrigações recíprocas do mandatário e do constituinte e as dêstes para com terceiros.

O mandatário é obrigado:

1.° A cumprir o mandato nos termos e pelo tempo por que lhe foi conferido (artigo 1335.°):

2.° A dedicar à gerência de que é encarregado a diligência e cuidado de que é capaz, para o bom desempenho do mandato (artigo 1386.°);

3.° A manter-se dentro do limite dos seus poderes (artigo 1338.°);

4.° A não praticar actos, que, embora contidos nos poderes conferidos, sejam contrários ao fim do mandato (artigo 1353.°);

5.° A não distrair, em proveito seu, o dinheiro do seu constituinte (artigo 1340.°);

6.° A não substabelecer noutrem o mandato, se para isso não lhe tiverem sido dados poderes (artigo 1342.°).

7.° A responder pelo substabelecido, quando êste fôr notòriamente inhábil ou insolvente (artigo 1342.° *in fine*);

8.º A prestar contas exactas da sua gerência (artigo 1339.º).

Pela inexecução destas obrigações incorre o mandatário em responsabilidade civil contratual para com o constituinte. Por virtude da natureza do mandato representativo, o mandatário, normalmente, só tem de responder perante o mandante. No caso, porém, de exceder os poderes que lhe são conferidos e, anàogamente, no de haver praticado áctos contrários ao fim do mandato, incorre também em responsabilidade para com terceiros, porque desaparece o *standard* da representação. No entanto, os actos praticados com excesso de poderes vinculam o constituinte em duas circunstâncias especiais; quando o mandante ratifica a actuação do mandatário e quando o constituínte induz o terceiro em êrro, passando a procuração em têrmos ambíguos ou dando-lhe a entender, por qualquer meio, que os poderes do procurador são bastantes para o acto jurídico com êle realizado, pois nenhum contraente pode alegar êrro para que haja contribuído (art.º 695.º do Código Civil).

A responsabilidade do mandatário que excedeu os poderes ou dêles usou com desvio do fim por que lhe foram conferidos é, em relação ao constituinte, evidentemente contratual; mas, para com o terceiro com quem pretendeu contratar, não nos parece que tenha de responder contratualmente, por isso que não teve vontade de vincular-se a si mesmo. Ora sem o mútuo consenso não há contrato possível. Todavia, se cometeu delito civil, e como tal deve considerar-se o dolo de que, porventura, haja usado, emerge a responsabilidade civil delitual para com o terceiro que prejudicou.

Havendo mais do que um mandatário para a realização do mesmo acto, não são estes solidàriamente responsáveis, pois a lei só estabelece a solidariedade em relação aos constituíntes que deram procuração a um único mandatário para negócio comum. Mas, no mandato comercial, por virtude do disposto no artigo 100.º do respectivo código, existe solidariedade entre os procuradores.

Quando o mandatário fôr uma mulher casada, que não tenha autorização do marido, ou um menor, a responsabilidade deles é condicionada pela sua incapacidade.

O constituinte assume obrigações para com o mandatário e para com o terceiro com quem êste contratou.

As obrigações do mandante para com o mandatário são as seguintes:

1.ª Indemnizá-lo de todas as despesas que fizer e de todos os prejuízos que lhe provierem do cumprimento do mandato (artigo 1.344.º);

2.ª Pagar-lhe os salários estipulados, ou que lhe sejam devidos, ainda que o mandato não tenha sido vantajoso, excepto quando isso aconteceu por culpa ou negligência do mandatário (arttgo 1.347.º);

3.ª Executar as obrigações que êle contraíu em seu nome (artigo 1.346);

4.ª Fornecer-lhe os meios necessários à execução do mandato (artigo 243.º do Código Comercial).

O mandato era, no direito romano, um contrato gratuito. No fim da época clássica, tolerava-se que as partes podessem prèviamente convencionar uma remuneração, chamada *salarium* e *honor*, que o mandatário podia exigir judicialmente, não por meio da *actio mandati*, mas por meio duma *persecutio extra ordinem*.

O nosso Código Civil ainda estabelece a presunção de que o mandato é gratuito, quando não houver sido estipulada remuneração e quando não é daqueles que o mandatário trata por ofício ou profissão lucrativa (artigo 1.331.º). O Código Comercial, porém, estabelece presunção contrária, em relação ao mandato comercial (artigo 232.º).

A jurisprudência francesa permite aos tribunais reduzir

a remuneração do mandatário fixada entre as partes (1). Para justificar esta intervenção no domínio das convenções, em que o princípio da autonomia da vontade deve ser soberano, partem do conceito de que, em regra, o mandato é gratuito. Tôda esta construção é, porém, indefensável, segundo o apotegma que diz que *o contrato faz lei entre as partes*.

A execução das obrigações, que o mandante, por intermédio do mandatário, contraíu para com terceiros, afecta o interêsse do procurador, que ficaria desprestigiado, descreditado e, porventura, impossibilitado de intervir em outros contratos, se os seus constituíntes não cumprissem os já efectuados. Eis o motivo, por que a lei considera a execução dos contratos uma obrigação do mandante, quer para terceiros, quer para o mandatário.

As obrigações do mandante para com terceiros resultam do carácter representativo que actualmente tem o mandato e sintetizam-se nesta fórmula:

O constituínte é responsável para com qualquer pessoa pelo que o mandatário tiver feito, como tal, em relação a essa pessoa (artigo 1350.º).

Pela inexecução destas obrigações e de quaisquer outras convencionalmente estipuladas, assumem o mandatário e o constituínte, respectivamente, a obrigação de reparação civil dos prejuízos causados.

Daqui se tiram as seguintes noções:

Definição de mandato: — A definição legal vem no art.º 1318.º, que diz:

«Dá-se o contrato de mandato ou procuradoria, quando alguma pessoa se encarrega de praticar, ou fazer alguma coisa, por mandato e em nome de outrem. O mandato pode ser verbal ou escrito.»

Espécies de mandato: — Há o mandato *com representação* e o mandato *sem representação*.

Em regra, o mandato é representativo. O mandatário pratica um acto que vai projectar-se no mandante. Por exemplo: A passou a B uma procuração para comprar um prédio: o acto de compra de B vai produzir efeitos, criar direitos e obrigações para o mandante, A.

Mas também há mandato sem representação. Por exemplo: a comissão, que vem regulada no Código Comercial, a interposição de pessoas.

Então, quando o mandato é sem representação, não há projecção de efeitos na pessoa do mandante.

O mandato prova-se *por meio de procuração*, que pode ser — diz o *art.º 1323* — geral ou especial.

E acrescenta o art.º 1324: *«A procuração geral é a que representa o mandato para todos e quaisquer actos, sem os especificar; a procuração especial é a que representa o mandato para certos e determinados negócios.»*

O mandato pode ser *verbal* ou *escrito*.

Diz-nos, com o efeito, o art.º 1326.º: *«O mandato verbal prova-se por qualquer meio de prova: o escrito, nos casos em que a lei o exige, só pelos meios estabelecidos nos artigos 1320.º, 1321.º e 1322.º»*

Ainda a procuração por escrito pode ser *pública* ou *havida por pública*, como nos diz o art.º 1327.º:

«É necessária procuração pública, ou havida por pública, para os actos que têm de realizar-se por modo autêntico, ou para cuja prova é exigido documento autêntico».

— Em seguida ao contrato do mandato, regula o nosso Código Civil o contrato de prestação de serviços, do qual

(1) Josserand, *Cours de Droit Positif*, II, n.º 1414. Colin e Capitant, 4.ª ed., II, pág. 706.

individualiza as espécies seguintes: o serviço doméstico, o serviço salariado, as empreitadas, o serviço prestado no exercício das artes e profissões liberais, a recovagem, barcagem e alquilaria, a albergaria ou pousada, a aprendizagem e o depósito.

Destas espécies enumeradas, três delas — o serviço doméstico, o serviço salariado e a aprendizagem — fogem, no estado actual da legislação, ao quadro do nosso estudo.

Estes contratos, se contratos ainda se podem chamar, deixaram de ser comandados pelo princípio da autonomia da vontade. A regulamentação deles, na legislação dos povos mais progressivos, deixou de ser feita pelo Código Civil e foi transferida para o Código de Trabalho, que limita os dias e as horas de serviço, proíbe o pagamento do salário em géneros, estabelece regras especiais de reparação civil pelos acidentes ocorridos no trabalho, etc.

O estudo do efeito dêstes contratos, que, umas vezes, são negociados entre o sindicato e o industrial ou ainda entre o sindicato de operários e o sindicato de patrões, e, outras vezes, são condicionados pelos regulamentos das fábricas e oficinas, que o salariado não discute e, porventura não conhece, pertence à economia social, posto-que, segundo o nosso direito positivo, não tenha sido ainda inteiramente irradiado do Código Civil.

Devem estar lembrados de que dividimos o Direito Privado em direito civil ou comum, direito comercial (nas suas duas formas de terrestre e marítimo) e direito operário (legislação operária, legislação industrial ou Código do Trabalho).

Pois ao direito operário pertence a regulamentação destas três espécies do contrato de prestação de serviços: serviço doméstico, serviço assalariado e aprendizagem. Portanto, segundo a divisão que fizemos, é impròpriamente que

os consideramos contratos de direito civil. Por isso mesmo, passamos desde já a ocupar-nos da *empreitada*.

Dêste contrato trata o Código Civil nos art.os 1396.º e seguintes.

— Empreitada é o contrato sinalagmático, por virtude do qual uma parte se encarrega, sem que entre ao serviço da outra, de fazer certa obra, subministrando ou não materiais, mediante uma retribuïção proporcionada à obra que executa.

Nos têrmos do artigo 230.º, n.os 1.º e 6.º e § 1.º do Código Comercial, os empreiteiros podem ser comerciantes, quando fazem dos contratos de empreitada a sua profissão habitual e exercem essa em conformidade com os preceitos ali estabelecidos.

Como se depreende do artigo 1401.º do Código Civil, preço da empreitada pode ser fixado por modos diversos, pois neste artigo se diz que *o empreiteiro que se encarregar de executar certa obra por preço determinado, não terá direito de exigir mais cousa alguma, ainda que os materiais ou os jornais aumentem, e ainda que se tenha feito alguma alteração na obra.*

Com efeito, na prática, umas vezes fixa-se o preço de empreitada em globo, determinando-se uma quantia única para todos os serviços e trabalhos a executar, sem discriminação; outras vezes organiza-se um orçamento, em que se discriminam as várias partes da obra e se atribue, por previsão, um preço a cada parcela ou a cada unidade.

Como se vê da disposição do artigo 1401.º, não é indiferente o sistema de fixação do preço, pois que, no caso de existir orçamento, o empreiteiro pode exigir mais, se houver alteração na obra, ainda que esta e o custo dela não hajam sido convencionados; ao invés, quando a remuneração fôr estabelecida, sem orçamento e em globo, o empreiteiro nada mais pode pedir ao dono da obra, àlém do

preço determinado, salva convenção posterior por escrito.

Planiol e Ripert dizem, a êste respeito: «O preço pode ser fixado por *execução completa* (*á forfait*), isto é, em globo e determinado por uma única cifra, que não deverá ser excedida, suceda o que suceder. O contrato contém, neste caso, uma verdadeira cláusula de seguro segundo a qual o dono da obra fica garantido contra as insuficiências e imprevisões que ocorrerem na avaliação do custo dos trabalhos a efectuar... e pode ser estabelecido por um orçamento (*devis*), isto é, por simples previsão, ficando, neste caso, susceptível de variar e, sobretudo, de aumentar, por acrescentamento de novos pormenores ou de trabalhos suplementares...» (1).

Para a determinação da responsabilidade contratual do empreiteiro (*locator operis*) é mister, de harmonia com as disposições dos artigos 1397.º e 1398.º do Código Civil, distinguir os casos êm que êste se obriga a subministrar lavor e materiais e aqueles em que a empreitada é ùnicamente de lavor.

Como já noutro passo dêste estudo dissemos, o risco está antitèticamente relacionado com a responsabilidade civil, de maneira que diminue a responsabilidade do *locator operis*, quando o risco corre por conta do dono da obra e, vice-versa, aumenta a responsabilidade do *locator operis*, quando o risco é da sua conta. Ora, segundo o disposto no artigo 1397.º, todo o risco da obra até ao acto da entrega é a cargo do empreiteiro, nas empreitadas em que êste subministra lavor e materiais. Ao contrário, quando o *locator operis* fornece só o lavor, diz o artigo 1398.º, o risco será por conta do dono da obra, excepto se houver mora, culpa ou imperícia do empreiteiro, ou se êste, conhecendo a má qualidade dos materiais, não tiver prevenido o dono da obra do risco a que, empregando-os, ela ficaria exposta.

A justificação destas disposições é feita por Colin e Capitant, nos seguintes termos, que perfilhamos: «Se o empreiteiro fornece os materiais, permanece, como dissemos, proprietário da cousa até que seja recebida (pelo dono da obra); a sua situação é comparável à do vendedor duma cousa genèricamente determinada. De modo que, se esta cousa perece, ainda que seja sem sua culpa, a perda corre por conta dele; não tem nada que reclamar do dono da obra, nem em relação aos materiais, nem em relação ao lavor, a não ser que êste esteja em mora quanto ao recebimento... *res perit domino*... Se o *locator operis* fornece apenas a mão de obra, por exemplo, um industrial a quem é enviada certa quantidade de lã para cardar, o moleiro a quem se entrega trigo para farinar, convém então distinguir entre o risco da matéria prima e o da remuneração» (1).

Deixemos aqui a lição de Colin e Capitant, porque, no caso da empreitada ser sòmente de lavor, o nosso Código não encerra preceito idêntico ao do Código napoleónico. Êste preceitua que o empreiteiro perca a sua remuneração, salvo se a cousa pereceu *por vício da matéria*, e o dono da obra sofra a perda do material. O nosso Código, porém, acolhendo a tradição do direito romano (2), estatue que *todo o risco seja por conta do dono da obra, excepto se houver mora, culpa ou imperícia do empreiteiro, ou se, conhecendo a má qualidade dos materiais, não tiver prevenido o dono da obra do risco a que, empregando-os, ficaria exposta* (artigo 1398.º). Como a expressão *todo o risco* abrange, evidentemente, o risco da remuneração do lavor, afirmamos que o nosso Código, como acontecia no direito romano, põe

(1) *Traité Élémentaire*, II, n.º 1900.

(1) *Cours élémentaire*, 4.ª ed., II, págs. 566 e 567.

(2) 59, *Dig*, *Loc. Cond.* XIX, 2.

a cargo do dono da obra o risco do custo desta, o qual, conseqüentemente, tem de pagar ao empreiteiro de simples lavor a remuneração que lhe fôr devida.

No caso do *locator operis* se encarregar só do lavor, os materiais e o trabalho que, por acessão industrial, neles foi encorporado, pertencem ao dono da obra. Ainda, nesta hipótese, tem aplicação o princípio *res perit domino*.

Do exposto resulta que o âmbito da responsabilidade do empreiteiro é maior, quando subministra materiais e lavor, pois tem de responder pela perda da cousa.

Nas empreitadas em que o *locator operis* subministra materiais e lavor, há uma espécie, aliás muito freqüente na prática da vida real, que ofereee dúvidas. Verifica-se quando o empreiteiro se obriga a levantar uma construção sôbre um terreno que pertence ao dono da obra. Por um lado, o *locator operis* fornece os materiais, parecendo, por isso, que deve aplicar-se o artigo 1397.°.

Sob outro aspecto, o proprietário do solo, desde o início das obras, é o dono delas, porque os materiais e trabalho incorporados no terreno aderiram a êste por acessão industrial (artigo 2298.° do Código Civil). Ora, *res perit domino*.

Deverá, neste caso, aplicar-se o artigo 1397.°, a-pesar da regra contida neste princípio, consagrado no nosso direito positivo, segundo já tentámos demonstrar?

Afigura-se-nos que podemos conciliar a disposição do artigo 1397.° com o princípio *res perit domino*, nesta espécie agora contemplada, pela seguinte consideração: o risco só corre por conta do *locator operis* até o acto da entrega da obra, mas neste caso a entrega vai-se fazendo à medida que o trabalho e os materiais vão sendo incorporados e confundidos no solo. E' uma entrega contínua e sucessiva. Por isso, seja qual fôr o momento em que a cousa pareça, esteja ou não a obra acabada, o risco corre por conta do dono do terreno.

Para que assim não aconteça, é mister que as partes no contrato de empreitada estipulem coisa diversa, o que bem podem fazer, porque a disposição do artigo 1397.° é meramente supletiva.

O empreiteiro, àlém da responsabilidade pela perda da cousa, quando se obrigou a subministrar material e lavor, é ainda obrigado para com o dono da obra:

1.° A garantir, durante cinco anos, a segurança e solidez do edifício ou outras construções consideráveis, tanto em razão da qualidade dos materiais, como da firmeza do solo, excepto se houver prevenido com tempo o dono da obra de não achar o dito solo suficientemente firme, mas esta garantia só existe em relação às empreitadas de materiais e de execução (artigo 1399.°);

2.° A concluir a obra no prazo assinado ou, na falta de estipulação, no tempo que razoàvelmente fôr necessário para êsse fim (artigo 1400.°);

3.° A fazer a obra conforme o risco e medidas que lhe forem dadas e a não inutilizar ou deteriorar os materiais subministrados pelo dono da obra (artigo 1408.°).

A garantia a que se refere o artigo 1399.° dura pel prazo de cinco anos, que, segundo nos parece, devem começar a correr do momento da entrega da obra ao dono.

Na doutrina francesa, porque, paralelamente ao artigo 1792.° do Código napoleónico, correspondente ao artigo 1399.° do nosso Código, existe o artigo 2270.° do mesmo Código, que diz prescrever por dez anos a responsabilidade do arquitecto e do empreiteiro pelas obras importantes que hajam feito e dirigido, existem três sistemas diversos: conforme uns, o prazo de dez anos estabelecido nos artigos 1792.° e 2270.° do Código napoleónico, no artigo 1399.° do nosso Código é apenas de cinco anos, é um período de

prova de solidez de construção; se durante êste decurso se der algum acidente, o dono da obra pode exigir a reparação civil, que só prescreve nos têrmos gerais do direito.

Segundo outros, o artigo 1792.º fixa um prazo de prova, a que se segue outro de dez anos estabelecido no artigo 2270.º, para se poder exigir a responsabilidade civil.

Finalmente, segundo outros, só no período de prova e durante êle é que se pode pedir reparação civil ao *locator operis*. Os dois prazos fixados nos artigos 1792.º e 2270.º do código napoleónico decorrem simultâneamente.

A' face do artigo 1399.º do nosso Código único que regula a situação, somos de parecer que o prazo de cinco anos nêle fixado é, apenas, um período de prova. Se durante êle se verificar qualquer acidente, o dono da obra poderá exigir reparação civil nos termos gerais de direito e por meio da acção que só prescreve a longo prazo.

O prazo estabelecido no artigo 1399.º é de garantia e não de prescrição.

Da inexecução de qualquer destas obrigações, que a lei, supletivamente, impõe ao *locator operis* em relação ao dono da obra, emerge a responsabilidade civil contratual do empreiteiro.

O dono da obra, por sua vez, é obrigado:

1.º A pagar o preço da empreitada no momento da entrega da obra, salvo o costume da terra ou qualquer convenção em contrário (artigo 1406.º);

2.º A não rescindir o contrato, salvo se o empreiteiro falecer ou não puder ultimar a obra, por impedimento independente da sua vontade, devendo ainda nestes casos, em que a rescisão lhe é permitida, indemnizar o *locator operis* ou os seus herdeiros do trabalho e das despesas feitas (artigo 1403.º e § único);

3.º A não desistir da empreitada começada (artigo 1402.º).

Se o dono da obra deixar de cumprir qualquer destas obrigações, responde pelos prejuízos causados ao *locator operis*.

Além destas obrigações contratuais, também o empreiteiro incorre em responsabilidade civil delitual para com terceiros a quem prejudicou com a ruína ou queda da construção.

Independentemente da responsabilidade assumida para com o empreiteiro também o dono da obra tem obrigação de pagar aos que nela trabalharam ou para ela subministraram materias, o que a estes dever o *locator op ris* e até o montante de que fôr crèdor do *dominus operis*, e, se êste antecipou os pagamentos, responde pelas importâncias antecipadas perante os operários e fornecedores (artigo 1405.º).

Esta acção directa dos operários e fornecedores constitue um caso excepcional no sistema do nosso direito positivo, pois faz que o contrato de empreitada produza efeitos entre pessoas que nele não intervieram, e tem, àlém doutras, as seguintes conseqüências: pelo crédito do empreiteiro sôbre o dono da obra não se estabelece concurso entre os operários e fornecedores de materiais e os outros credores; o crédito do *locator operis* sôbre o dono da obra não entrará na massa falida do empreiteiro, enquanto não forem pagos os operários e fornecedores de materiais.

Uma portaria de 20 de Fevereiro de 1879, citada pelo professor Carneiro Pacheco (1), permite às respectivas entidades oficiais deduzir, das cauções ou das quantias devidas aos empreiteiros dos serviços públicos, as importâncias necessárias para pagamentos de jornais, materiais e expropriações, e entregar-se-lhes só o resto.

Esta acção directa pertence, segundo a letra do ar-

(1) *Dos Privilégios Creditorios*, 5.ª ed., n.º 43.

tigo 1402.°, *aos que trabalharem por conta do empreiteiro ou lhe subministrarem materiais*. Não teem, pois, esta acção os empregados de escritório, embora façam a escrita da empreitada, nem os sub-empreiteiros ou pessoas a quem o *locator operis* encarregou de fazer uma parte da obra, mediante certa retribuição proporcionada ao trabalho que executam, sem entrar no serviço do empreiteiro.

A locução *os que trabalharem* quere significar os que executam a obra de empreitada. Ora os empregados de escritório não trabalham na obra, embora possam prestar um serviço que tenha certa relação com a empreitada.

A expressão *os que trabalharem por conta do empreiteiro*, exclue da acção directa os sub-empreiteiros, que, por não entrarem ao serviço do *locator operis*, não trabalham sob a direcção dele.

Ficam, assim, precisados os limites da responsabilidade recíproca do empreiteiro e do dono da obra, a responsabilidade do empreiteiro para com terceiros, e ainda a responsabilidade do dono da obra para com os que nela trabalharem ou para ela fornecerem materiais, segundo a disposição do artigo 1405.°, que é de interêsse e ordem pública.

Trata, depois, o Código dos serviços prestados no exercício das artes e profissões liberais, nos artis 1.409.° e seguintes.

— Para a regulamentação dos contratos de serviços prestados no exercício das artes e profissões liberais, o Código Civil não estabeleceu disposições, que, suplectivamente, os disciplinassem. Apenas uma regra relativa aos honorários: «Em falta de ajuste, os tribunais arbitrarão os vencimentos, conforme o costume da terra. A verba dos vencimentos regulada por êste costume poderá, contudo,

ser modificada, tendo atenção à importância especial do serviço, à reputação de quem o houver prestado, e às posses de quem o houver recebido» (artigo 1400.°, § único).

O legislador, por consideração para com os cultores das profissões e artes liberais, dispensou-se de adoptar disposições legais. Uma só regra lhe pareceu bastante: impor aos servidos a obrigação de pagar a quem lhes prestou serviços.

Mas as necessidades sociais reclamam uma maior regulamentação, tanto mais imperiosa quanto é certo que, na grande maioria dos casos, os que exercem as profissões liberais prestam os seus serviços, independentemente de quaisquer prévias estipulações.

Vamos contemplar aqui, sòmente, as obrigações contratuais do médico, pois na impossibilidade material de analisar cada uma das profissões liberais, escolhemos esta, por ser aquela cujos serviços mais interessam à sociedade e, especialmente, aos que reclamam a intervenção médica.

Na falta de contrato e de regras jurídicas supletivas, que supram a diliciência da convenção das partes, temos de socorrer-nos da natureza da obrigação que o médico, normalmente, assume perante o seu cliente, para desta tirarmos tôdas as consequências que comporta.

O médico tem uma função social muito vincada, que lhe importa desempenhar. Se a não cumpre, poderá até incorrer em responsabilidade penal. E' assim que o artigo 93.°, parte 2.ª, do código penal húngaro, pune o médico ou cirurgião em exercício, que, em caso de perigo, se recusa ou se demora, sem motivo suficiente, a prestar socorros médicos ao que lhos reclama: Esta pena é agravada, se o médico é facultativo municipal ou do Estado.

Com igual orientação, o código penal prussiano condena em multa o médico que, em caso de urgência, recu-

sa, sem motivo suficiente, a sua intervenção (artigo 200.º do código penal prussiano).

Do mesmo modo, o artigo 114.º do código penal austríaco prevê expressamente o delito do médico que se recusa a assistir a um doente: «Os que, tendo obrigação de prestar assistência a um doente, quer por dever natural, quer por virtude duma obrigação contratual, o deixaram desprovido dos socorros necessários que podiam dar-lhe, serão considerados, segundo as circunstâncias, com prisão de um a seis meses».

Também o nosso Código Penal, no artigo 250.º, pune com prisão correccional de dois meses a um ano e multa correspondente, o facultativo que em caso urgente recusar o auxílio da sua profissão.

Não é, porém, da responsabilidade criminal que aqui nos devemos ocupar.

O médico que exerce a profissão, pelo facto de trazer anúncio nos jornais, de ter tabuleta à janela ou placa à porta do consultório, etc., faz uma proposta ao público, que é obrigado a manter, nos têrmos do artigo 653.º do Código Civil, *aliás fica responsável por perdas e danos que possam resultar da sua retratação.*

Mas esta responsabilidade, que é civil delitual, como já noutro passo dissemos, também não nos interessa por agora.

O médico, que, procurado ou chamado por um doente, consente em tratá-lo, vincula-se por um contrato de prestação de serviços, em que se obriga a empregar todos os meios de que possa dispor para curá-lo e, conseqüentemente, a ser atento, cuidadoso, prudente e diligente.

Se, por distracção, deixou de fazer o verdadeiro diagnóstico da doença ou cometeu uma falta grave durante uma operação; se, por falta de cuidado, deixou de visitar o doente a quem prometeu nova visita e dessa omissão resultou o agravamento da doença; se, por falta de prudência, fez uma operação ousada, que não estava aconselhada e nenhum cirurgião conscienciosо faria, ou se, por ganância, operou um doente que não precisava de ser operado; se, por falta de diligência, deixou de observar no doente as evoluções da doença, com prejuizo da cura do seu cliente; em todos estes casos que, exemplificativamente, referimos, deixou o médico de cumprir a obrigação contratual que assumiu e, por isso, provado que seja o nexo causal que liga o dano sofrido pelo doente à inexecução da obrigação emergente do contrato de prestação de serviços, verificam-se todos os elementos de condicionamento da responsabilidade civil contratual.

Será fácil encontrar na jurisprudência francesa, italiana e alemã, com referência a um direito positivo muito semelhante ao nosso, arestos que confirmam cada uma das proposições que deixamos estabelecidas.

Em seguida, desde o art.º 1.410.º a 1.418.º, o Código ocupa-se da recovagem, barcagem e alquilaria.

Sob a rúbrica da *recovagem, barcagem e alquilaria*, designa o nosso Código Civil o contrato que modernamente se chama *transporte* e que já é com esta denominação regulado no Código Comercial.

Tem havido hesitações, na doutrina, quando se procura determinar a natureza dêste contrato.

Durante muito tempo foi considerado um contrato misto, que participava simultâneamente da natureza do mandato e da prestação de serviços. Afigura-se-nos que foi esta a concepção do legislador do nosso Código Civil, pois, se, por um lado, o regulamentou no capítulo destinado aos contratos de prestação de serviços, não deixou, por outro lado, de declarar, no artigo 1.412.º, que os *recoveiros e barqueiros serão havidos, para todos os efeitos, por depositários dos objec-*

tos conduzidos, desde o momento em que lhes fôram entregues.

Mas ao contrato de tranporte não assenta bem a natureza do contrato de depósito. Servindo-nos das palavras de Josserand, «semelhante concepção repugna tanto ao carácter naturalmente gratuíto do depósito, como ao próprio conteúdo das obrigações que oneram o depositário, pois êste encarrega-se sòmente de vigiar a cousa que lhe foi confiada, sem ter que deslocá-la; o depósito é um contrato de execução sedentária, ao passo que o transporte, conforme o próprio nome indica, é uma operação de deslocamento; o depósito é um acto sem significado económico, o transporte aumenta o valor do objecto transportado». (1)

Também não devemos relacionar o *transporte* com o *mandato*, pois, como já referimos, o mandato tem por objecto a realização de actos jurídicos, enquanto que o transporte é uma operação material.

Não podemos igualmente identificar o *transporte* com a simples prestação de serviços, porque o transportador não executa o seu trabalho por conta o sob a direcção do expedidor, e esta subordinação é um elemento do serviço salariado.

Encontramos, porém, grandes pontos de contrato entre o transporte e a empreitada, a *locatio operis* dos romanos.

O transporte é o contrato pelo qual uma entidade, chamada transportador, se obriga, mediante uma remuneração fixada, a transportar, dum sítio para outro, pessoas ou mercadorias, que fará entregar, no lugar do destino, ao expedidor ou a outrem por êste, directa ou indirectamente, indicado.

O contrato de transporte é, quási sempre, comercial, pois o transportador é, ordinàriamente, uma entidade que

(1) *Les Transports*, 2.ª ed., n.º 363.

faz do exercício destas operações a sua profissão habitual e está compreendido no artigo 230.º, n.º 7.º do Código Comercial.

O contrato de transporte é, em grande parte dos casos, sujeito aos processos do serviço público, pois nêste regime são hoje explorados os caminhos de ferro.

O preço do transporte, nêste regime, é fixado por tarifas e as obrigações do expedidor e do transportador são estabelecidas pelos cadernos de encargos e pelos regulamentos administrativos. A autonomia da vontade dos contraentes é preterida pelas regras do serviço. Do contrato apenas resta a designação, a não ser que se queira considerar como pura manifestação da vontade a deliberação que o expedidor de mercadorias ou o passageiro toma de despachar as suas coisas ou tomar lugar no combóio duma entidade que, sob a forma de monopólio, faz transportes, entre duas localidades.

O artigo 1411.º do Código Civil, prevenindo a intromissão das regras administrativas na regulamentação do serviço de transporte, estatue: «Êste contrato será regulado pelas leis comerciais, e pelos regulamentos administrativos, se os condutores tiverem constituído alguma empresa ou companhia regular e permanente. Em qualquer outro caso observar-se-ão as regras gerais dos contratos civis, com as modificações expressas na presente secção».

Para a determinação das responsabilidades emergentes do contrato de transporte é mister distinguir entre o transporte de mercadorias e o de pessoas.

O contrato de transporte de mercadorias é de execução sucessiva, pois comporta uma série de fases que, por sua ordem cronológica são as seguintes: *carregamento, expedição, transporte pròpriamente dito e entrega das mercadorias.*

E' evidente que só consideramos as fases da execução,

porque os actos que precedem ou acompanham a formação do contrato não nos interessam, visto que a responsabilidade contratual só surge no período do cumprimento das obrigações contratuais.

O nosso Código Comercial não contempla quaisquer casos de responsabilidade do transportador durante o período do carregamento, mas é evidente que, se o carregamento é feito pelo transportador, êste terá de responder pelos acidentes que aconteçam durante a operação.

Em relação às fases de expedição, transporte *stricto sensu* e entrega, o Código Comercial impõe as seguintes obrigações ao transportador:

1.ª De expedir os objetos pela ordem por que os receber, a qual só poderá alterar, se a convenção, natureza ou destino dos objectos a isso o obrigarem, ou quando caso fortuito ou de fôrça maior o impeçam de a observar (artigo 378.º);

2.ª De avisar imediatamente o expedidor, quando o transporte se não possa efectuar ou esteja extraordinàriamente demorado (artigo 379);

3.ª De transportar as mercadorias pelo caminho indicado no contrato (artigo 381.º);

4.ª De fazer entrega das mercadorias no prazo fixado pelo contrato ou pelos regulamentos especiais, e, na sua falta, pelos usos comerciais (artigo 382.º);

5.ª De conservar, sem perda nem deterioração, as mercadorias, desde que as receba até que as entregue (artigo 383.º);

6.ª De não ter omissões no cumprimento das leis fiscais, durante todo o curso da viagem e na entrada do lugar do destino (artigo 386.º).

O Código Civil, no artigo 1415.º, apenas refere a obrigação do recoveiro ou barqueiro fazer o serviço no tempo convencionado.

Pela inexecução de qualquer destas obrigações resulta para o transportador a responsabilidade civil contratual.

No caso de pluralidade de transportadores, é o primeiro dêles responsável (artigo 377.º).

O quantitativo da indemnização deve ser, de harmonia com os princípios, equivalente ao prejuízo causado. Pode ser fixado por convenção e ainda pelos regulamentos do serviço público de transportes.

O expedidor ou o destinatário ficam, por sua vez, obrigados ao pagamento do preço do transporte das mercadorias, o qual pode ser fixado por convenção entre as partes ou por tarifas, que são o regulamento das condições em que se efectuam os transportes, pelo qual se fixam as taxas do serviço.

Os Códigos Civil e Comercial não regulam o transporte de passageiros. Mas os cadernos de encargos das entidades concessionárias e os regulamentos administrativos conteem, algumas veres, disposições relativas a esta espécie de transporte. Quando o transportador é um particular, podem os contraentes estipular as cláusulas do contrato.

Josserand diz o seguinte a respeito das obrigações do transportador: «Resumem-se em uma breve fórmula, a saber: o transportador deve efectuar o transporte nas condições fixadas pela convenção e pelos regulamentos. Convém, no entanto, pormenorizar estas condições no que diz respeito ao *tempo*, à *duração de validade do bilhete*, ao *itinerário*, ao *confôrto*, à *tranqüilidade do viajante* e à *sua segurança*». (1)

Relativamente ao tempo, continua Josserand, a companhia tem não só obrigação de assegurar lugar no combóio para que se tirou bilhete, mas ainda de colocar o viajante

(1) *Les Transports*, 2.ª ed., n.º 382.

na estação do destino a horas dêle perder outro combóio que tenha correspondência com o primeiro.

A respeito da duração de validade do bilhete, não pode a companhia restringir o prazo que concedeu.

Quanto ao itinerário, não pode ser alterado o indicado.

Em relação ao confôrto do passageiro, deve a entidade transportadora assegurar, àlém das condições geraio de higiene e bem-estar, lugar na classe correspondente ao bilhete que foi comprado e a posse pacífica dêste lugar durante tôda a viagem.

A-propósito da tranqüilidade do viajante, deve o transportador empregar os meios precisos para a viagem se fazer normalmente e com esta finalidade dará as indicações precisas, a-fim-de não haver engano no combóio, nem equívoco na hora da partida, nem confusão no nome das estações, nem êrro sôbre o destino das carruagens.

A'cêrca da segurança, entende a jurisprudência francesa contrariada por Josserand, que o transportador assume, pelo contrato de transporte, a obrigação de levar o viajante, são e salvo de quaisquer acidentes, ao lugar do destino. Veremos adiante o acolhimento que nos merece esta obrigação de segurança.

Pela falta de cumprimento de qualquer destas obrigações, incorre o transportador em responsabilidade civil.

¿ Será contratual ou delitual a responsabilidade civil emergente do prejuízo causado pelo transportador à pessoa do outro contraente ?

A resposta já por nós foi dada. E' contratual, se resulta da inexecução duma obrigação do contrato de transporte. Fora dêste caso, é delitual, pouco importando que o contrato haja sido a causa ocasional da lesão.

Para a determinação do regime de responsabilidade aplicável, é que toma vulto a questão de saber se a cláusula de segurança faz parte do conteúdo do transporte, pois, se

esta cláusula constituir objecto do contrato, os acidentes do transporte que produzam lesão na pessoa transportada, porque importam a inexecução de uma obrigação convencional, geram responsabilidade contratual.

Também os regulamentos de serviço de transportes impõem ao viajante um certo número de obrigações, das quais as mais importantes são a de não entrar nas carruagens sem bilhete, a de não tomar lugar de classe superior à correspondente ao bilhete comprado, a de apresentar o bilhete ao revisor e a de não ocupar indevidamente o lugar de outro passageiro.

A infracção destas obrigações poucas vezes é susceptível de ocasionar reparação civil, mas importa freqüentemente a aplicação de sanções penais previstas pelos referidos regulamentos.

O contrato de alquilaria, que o Código Civil regula juntamente com o de recovagem e barcagem, não tem modernamente importância que o imponha a uma especial consideração. O legislador também só lhe destinou três artigos: em dois dos quais se responsabiliza o alquilador pelos prejuízos sofridos pelo alugador por causa das manhas ou defeitos não declarados das cavalgaduras (artigo 1416.°), e por causa da falta de préstimo destas para os serviços para que fôram alugadas (artigo 1418.°), e num terceiro se declara, segundo o princípio *res perit domino*, que o risco da perda das cavalgaduras, salvo se vier a provar-se que houve culpa do alugador, corre por conta da alquilador (artigo 1417.°).

Nos art.°s 1419.° e seguintes ocupa-se o Código Civil do contrato de albergaria ou pousada.

Outro contrato pertencente ao género dos de prestação de serviços, é o de albergaria ou pousada, que se realiza quando uma pessoa, mediante retribuïção ajustada ou con-

forme ao costume, presta a outra habitação e alimento, ou só alimento (artigo 1419.º).

E', como resulta da própria definição, um contrato oneroso e sinalagmático perfeito. Não depende de formalidades, segundo determina o artigo 1419.º, § único.

Por êste contrato o albergueiro contrai as seguintes obrigações:

1.ª De guardar e restituir a bagagem e alfaias do hóspede, como se fôra depositário, mediante recomendação dêste se forem de pequeno valor e fáceis de sumir (artigo 1420.º, § único);

2.ª De dar ao hóspede habitação e alimento, ou só habitação, conforme o contrato.

O hóspede obriga-se:

A pagar a retribuïção ajustada ou de costume.

Pelo não cumprimento destas obrigações, o albergueiro e o hóspede, reciprocamente, incorrem em responsabilidade civil contratual.

Depois da aprendizagem, uma das espécies do contrato de prestação de serviços, de que não nos ocupamos mais detalhadamente pela razão atrás exposta, trata o nosso Código do contrato de depósito.

Depósito é o contrato pelo qual alguém recebe um objecto móvel de outrem e se obriga a guardá-lo e restituí-lo ao depositante ou a quem êste represente, quanto lhe seja exigido.

O depósito é um contrato formal e sinalagmático imperfeito, quando gratuito.

O depósito mercantil é um contrato oneroso, pois que o depositário terá direito a uma gratificação pelo depósito, salva convenção expressa em contrário, a qual, se não houver sido prèviamente acordada, há-de regular-se pelos usos

da praça em que o depósito houver sido constituído, e, na falta dêstes, por arbitramento (artigo 404.º, § único, do Código Comercial).

Mas, ao envés, o depósito civil presume-se sempre gratuito, o que não impede, todavia, que o depositante possa convencionar a prestação de qualquer gratificação (artigo 1432.º do Código Civil).

Por esta consideração da gratuïtidade do depósito é que os códigos civis francês e italiano, que apreciam a culpa contratual em abstrato, estatuíram que fôsse considerada em concreto a culpa do depositário.

O nosso Código não teve que estabelecer semelhante excepção, pois em relação a todos os contratos só exige do devedor uma diligência *quam in suis rebus*.

O depositário contrai as seguintes obrigações:

1.ª De guardar e conservar a cousa depositada, com o cuidado e diligência de que é capaz (artigo 1345.º, n.º 1.º);

2.ª De restituir o depósito quando lhe fôr exigido pelo depositante, com todos os seus frutos e acrescidos (artigo 1345.º, n.º 2.º);

3.ª De não se servir da cousa depositada sem permissão expressa do depositante (artigo 1437.º);

4.ª De avisar, sem detença, o depositante, de qualquer perturbação ou esbulho da posse da coisa depositada, e de tomar a defesa dêste, até que êle proveja no caso como cumprir (artigo 1451.º).

A restituïção da cousa depositada deve ser feita ao depositante ou aos seus representantes: se o depositante falecer, a entrega faz-se aos herdeiros, cada um dos quais receberá a sua quota parte, contanto que seja indivisível o objecto do depósito; se o depositante se tornar incapaz, ou se, sendo mulher, casar, a cousa depositada será entregue, no primeiro caso, a quem legìtimamente representar o incapaz, e no segundo, ao marido, ou à mulher com autoriza-

ção dêste (artigo 1446.º); vice-versa, se o depósito, feito em nome de algum incapaz, por seu legítimo representante, ainda subsistir, quando a incapacidade cessar, será restituída a cousa depositada à pessoa em cujo nome o depósito tiver sido feito (artigo 1445.º).

Do mesmo modo, no caso de venda ou doação, a restituïção deve ser feita ao comprador ou donatário. No caso de furto, o depositário pode restituir o depósito ao verdadeiro dono (artigo 1442.º).

No depósito chamado irregular, a que o Código não faz referência, o depositário não se obriga a restituir a cousa em espécie, mas outra do mesmo género, em igual qualidade e quantidade. Neste contrato, o depositário torna-se proprietário da cousa depositada. Por isso não se lhe aplica a disposição do artigo 1436.º: o risco corre por conta dêle. O depósito de dinheiro feito nos bancos é irregular. O Código comercial refere-se ao depósito irregular, nos artigos 406.º e 407.º.

O depositante, por sua vez, é obrigado;

1.º Quando se convencionar remuneração, ou esta fôr devida por se tratar de depósito comercial, a pagar a gratificação respectiva;

2.º Em todos os casos, a indemnizar o depositário de tôdas as despesas que haja feito na conservação da cousa depositada, ou por causa dela (artigo 1450.º).

O *solvens*, que deixar de cumprir qualquer destas obrigações, responsabiliza-se por perdas e danos para com o outro contraente.

Ocupa-se depois o nosso Código da *doação*.

Diz o art.º 1452.º: «*Doação é um contrato, por que qualquer pessoa transfere a outrem gratuitamente uma parte, ou a totalidade de seus bens presentes*».

O art.º 1.453.º diz-nos que a doação não pode ser de bens futuros e que por *bens futuros* se entendm os defenidos no mesmo artigo, que nos diz:

«*A doação não pode abranger bens futuros.*

§ único. Por bens futuros entendem-se aquêles, que não se acham em poder do doador, ou a que êste não tem direito ao tempo da doação».

E o art.º 1454.º diz: «*A doação pode ser pura, condicional, onerosa, ou remuneratória.*

§ 1.º *Pura é a doação meramente benéfica, e independente de qualquer condição.*

§ 2.º *Doação condicional é a que depende de certo evento ou circunstância.*

§ 3.º *Doação onerosa é a que trás consigo certos encargos.*

§ 4.º *Doação remuneratória é a que é feita com atenção a serviços recebidos pelo doador, que não tenham a natureza de dívida exigível*».

As doações são contratos e, portanto, regulam-se pelas regras dêstes. Mas, porque as doações são liberalidades, há casos especiais em que elas são revogadas, e dêsses casos tratam os art.ºs 1482.º e seguintes.

Art. 1482.º: «*As doações consumadas só podem ser revogadas, àlém dos casos em que o pode ser qualquer contrato:*

1.º—*Por superveniência de filhos, legítimos, sendo o doador casado do tempo da doação;*

2.º—*Por ingratidão do donatário;*

3.º—*Por inoficiosidade*».

Depois das doações trata o Código Civil do empréstimo no art.º 1506.º, que diz:

O contrato de empréstimo consiste na cedência gra-

tuita de qualquer coisa, para que a pessoa a quem é cedida se sirva dela, com a obrigação de a restituir em espécie ou em coisa equivalente.

O contrato de empréstimo tem duas espécies:

Diz o art.º 1507.º: «*O emprestimo diz-se comodato, quando versa sôbre coisa que deva ser restituída na mesma espécie, e mútuo, quando versa sôbre coisa que deva ser restituída por outra do mesmo género, qualidade e quantidade*».

O empréstimo é o contrato pelo qual uma pessoa cede a outra uma cousa, para que o cessionário dela se sirva e depois a restitua em espécie ou género.

Se a restituïção deve ser feita em espécie, o empréstimo toma o nome de comodado; se a restituïção é feita com outra cousa do mesmo género, qualidade e quantidade, o empréstimo chama-se mútuo (artigo 1507.º).

As cousas consumíveis pelo uso, emprestam-se pelo mútuo; as não consumíveis, pelo comodato.

Convém, no entanto, notar que por acôrdo das partes se pode considerar inconsumível uma cousa naturalmente consumível e vice-versa.

Se os contraentes convencionarem que aquele a quem foram emprestadas duas notas do Banco de Portugal, de mil escudos cada uma, perfeitamente identificadas, terá de restituir essas mesmas duas notas no fim do prazo do empréstimo, estas, por sua natureza consumíveis, passam a ser cousas inconsumíveis pelo uso. Ao envés, se o que empresta um livro, estipula com o que recebe de empréstimo que êste restituïrá outro qualquer exemplar da mesma obra, estaremos perante um caso de mútuo, pôsto — que o livro seja naturalmente uma cousa inconsumível pelo uso.

O certo, porém, é que, no comodato, a pessoa que faz o empréstimo conserva a propriedade e mesmo a posse do

objecto emprestado, pois só perde a detenção material da cousa; o mútuo é, ao contrário, translativo da propriedade.

Mas um e outro contrato são unilaterais, no sentido de que só o comodatário e o mutuário é que assumem obrigações.

É certo que, nos têrmos do artigo 1521.º, o comodante é obrigado a indemnizar o comodatário das despesas extraordinárias inevitáveis que fizer com a cousa emprestada, e a reparar os prejuízos que o comodatário padecer em razão dos defeitos ocultos da cousa, se o comodante o não preveniu, tendo conhecimento dêsses defeitos.

Se considerarmos estas obrigações emanentes do contrato, então fazemos-lhe perder a natureza de unilateral, para termos de considerá-lo sinalagmático imperfeito.

Planiol e Ripert, para salvarem a natureza do contrato de comodato, opinam: «Em princípio, o comodante não tem obrigação nenhuma: antes da cousa emprestada ser entregue, nenhum ccontrato vincula as partes; depois da entrega, o comodatário não tem mais nada a exigir. O comodato é, pois, um contrato unilateral. No entanto, é possível que o comodante venha a contrair algumas obrigações, mas estas não derivam do contrato.

A obrigação de reembolsar o comodatário das despesas por êle feitas com a conservação da cousa, nasce duma gestão de negócios.

A obrigação de indemnizar o comodatário dos prejuínos que lhe causaram os vícios dá cousa emprestada, de que o comodante conhecia a existência, deriva do dolo do mesmo comodante.

Finalmente, não pode considerar-se uma obrigação a necessidade que o comodante tem de aguardar o fim do prazo do comodato, para receber a cousa emprestada: isto

é um elemento do contrato, que estipulou a restituïção a têrmo em benefício do comodatário.» (1).

Aceite por nós esta doutrina, que aliás não é pacífica, vamos determinar as obrigações do comodatário e do mutuário.

O comodatário tem as obrigações seguintes:

1.ª De restituir a cousa emprestada, findo o prazo convencionado ou indispensável para o uso concedido, e, se não houver prazo nem uso determinados, quando o comodante lha exigir (artigos 1510.°, 1511.° e 1512.°);

2.ª De velar pela conservação da cousa emprestada, como se fôra sua própria (artigo 1514.°);

3.ª De dar aviso, sem detença, ao comodante da perturbação ou esbulho da posse da cousa emprestada, e de tomar a defesa dos direitos dêste, até que êle proveja no caso como cumprir (artigo 1515.°);

4.ª De fazer as despezas que a conservação da cousa naturalmente exige.

O risco da cousa emprestada corre, em regra, por conta do comodante, segundo o princípio *res perit domino*, salvo estipulação em contrário.

Mas se à cousa foi dado um uso diferente daquele para que foi emprestada, se o comodatário, podendo salvar a cousa, não a salvou ou preferiu salvar as suas, deixando perder a emprestada, se o comodatário estava em mora, se o caso fortuito ou fôrça maior fôr tal que não se teria dado, se a coisa estivesse em poder do seu dono, nos três primeiros casos o comodatário responde por perdas e danos correspondentes a todo o prejuízo, no quarto responde por metade das perdas e danos (artigos 1516.°, 1517.°, 1518.° e 1519.°).

(1) *Traité Élémentaire*, II, n.° 2957.

No caso em que o perigo corre por conta do crèdor, verifica-se a figura jurídica do risco.

Quando o prejuizo é suportado pelo devedor, desaparece a figura jurídica do risco, para em seu lugar aparecer a da responsabilidade civil.

De maneira que, para sermos lógicos no exposição, diremos:

O comodatário é responsável pela inexecução das obrigações acima referidas e ainda pela perda da cousa emprestada, nos casos referidos nos artigos 1516.° a 1519.°.

O mutuário é obrigado:

A restituir, no lugar convencionado ou determinado por lei, a cousa, entregando outra equivalente em número, quantidade e qualidade, dentro do prazo convencionado ou fixado supletivamente por lei (artigos 1524.° a 1529.°);

Se ao mutuário não fôr possível entregar coisa equivalente, satisfaz pagando o valor do mútuo no tempo do vencimento, e no lugar onde o empréstimo tiver sido feito (artigo 1530.°).

A reparação civil, devida pelo mutuário que deixou de cumprir, consiste no pagamento de juros, desde que se achar constituído em mora (artigo 1533.°).

A respeito da obrigação do mutuante reparar os prejuízos que o muluário sofrer em razão dos defeitos ocultos da cousa emprestada, por êle conhecidos e ocultados, diremos, com Planiol e Ripert, que está subordinada ao regime da responsabilidade civil delitual, que emerge do dolo.

Vem, em seguida, o Código tratar dos contratos aleatórios.

Contrato aleatório é aquele pelo qual duas pessoas convencionam que uma delas pagará uma prestação certa e a outra pagará uma prestação dado certo evento incerto, ou

combinam que a prestação será paga por uma ou por outra conforme o acontecimento incerto.

No primeiro caso, o contrato aleatório chama-se *seguro* ou *risco*. No segundo caso, chama-se *jôgo* ou *aposta*.

Com efeito, diz-nos o art.º 1537.º: «*E' contrato aleatório aquele pelo qual uma p ssoa se obriga para com outra, ou ambas se obrigam reciprocamente, a prestar ou fazer certa coisa, dado certo facto ou acontecimento futuro incerto*».

O art.º 1538.º: «*Se a prestação é em todo o caso obrigatória e certa para uma das partes, e a outra só é obrigada a prestar ou fazer alguma coisa em retribuïção, dado um determinado evento incerto, o contrato aleatório diz-se de risco ou de seguro*».

E o art.º 1539.º: «*Se a obrigação de fazer ou prestar alguma coisa é comum, e deve necessàriamente recair em uma das partes conforme a alternativa do evento, êste contrato aleatório chama se jogo ou aposta*».

Exemplo de aposta ou jôgo: numa corrida de cavalos, uns apostam no cavalo preto, outros no cavalo branco. Se fôr o cavalo preto que chegou mais depressa, ganham uns; se fôr o cavalo branco o primeiro, ganham outros.

Quem tem de dar a prestação são uns ou outros, conforme o evento futuro e incerto, isto é, conforme chegar o cavalo branco primeiro que o prêto, ou o contrário.

Agora, suponham o caso do seguro de incêndio.

Há o segurado, que é sempre obrigado a pagar o prémio de seguro, que é uma prestação certa, e a companhia seguradora, que só é obrigada a pagar uma indemnização se houver incêndio.

Aqui temos, pois, duas espécies de contrato aleatório: *o seguro ou risco* e *o jôgo ou aposta*.

Há, porém, um art.º no Código para que eu quero

já chamar-lhes a atenção e de que já me ocupei quando falei nas obrigações naturais. E' o art.º 1.542.º que dispõe:

«*As dívidas de jôgo não podem ser pedidas judicialmente, embora se disfarcem com as aparências de outro qualquer contrato ou novação. Mas se o jogador tiver pago o que perdera não poderá tornar a pedir o que assim pagou, excepto:*

1.º — *No caso do dolo ou fraude da outra parte, ou quando se der alguma outra circunstância das que, conforme as regras gerais, obstam a que os contratos produzam efeito.*

2.º — *Se a soma ou coisa tiver sido paga em resultado de perda em jôgo de azar.*

§ 1.º — *Diz-se jôgo de azar aquele, em que a perda, ou o ganho depende ùnicamente da sorte e não das combinações, do cálculo ou da perícia do jogador.*

§ 2.º — *A restituïção de dinheiro, emprestado para jôgo de azar no acto do mesmo jôgo, não pode igualmente ser exigida*».

24.ª—Das obrigações (cont.)

—O contrato de compra e venda.

—O contrato de escambo ou troca.

—O contrato de locação e suas espécies:
a) O arrendamento.
b) O aluguer.

—O contrato de usura.

—A renda ou censo consignativo.

—O contrato de emprazamento.

—Aforamento ou enfiteuse.

—O Censo reservativo.

—A transacção.

—Outras fontes de obrigações que não são os contratos.

—A gestão de negócios.

—A cessão de créditos e a novação.

—A fiança.

—O contrato de prestação de fiança.

—O contrato por que se constitui o penhor.

—O contrato por que se faz consignação de rendimentos.

—A hipoteca:
a) Atributos da hipoteca.
b) O registo da hipoteca.

O *contrato de compra e venda* vem regulado no artigo 1544.º do Código Civil, que diz:

«*O contrato de compra e venda é aquêle em que um dos contraentes se obriga a entregar certa coisa, e o outro se obriga a pagar por ela certo preço em dinheiro*».

Esta definição é omissa sôbre a obrigação de garantia, que é devida pelo vendedor, e, àlém disso, não contempla os bens imateriais, pelo que se nos afigura que melhor definiremos contrato de compra e venda, aquele em que uma das partes, chamada vendedor, se obriga a transferir e garantir a outro, chamado comprador, uma propriedade, corpórea ou incorpórea, mediante o pagamento de certo preço em dinheiro.

O contrato de compra e venda foi aquele que mais cuidados de regulamentação mereceu ao legislador, por virtude da importância que assume nas relações da vida social.

E' consensual ou formal — conforme o seu objecto são móveis ou imóveis—oneroso e sinalagmático. (1)

Preterindo todos os desenvolvimentos de doutrina, que a-propósito, mas sem interêsse para êste trabalho, podiam fazer-se, vamos estudar tão sòmente os efeitos produzidos

(1) Distinguimos entre contrato sinalagmático e oneroso: o contrato sinalagmático é caracterizado pela reciprocidade de obrigações: cada um dos contraentes é, simultâneamente, crédor e devedor: o contrato oneroso é antitético de contrato gratuíto; é, pois, aquêle que é celebrado com fins interesseiros, sem intuito de liberdade, sem *animus donandi*. O contrato sinalagmático opõe-se ao unilateral; o oneroso ao gratuíto.

Há contratos unilaterais que são onerosos, *verbi gratia*, a usura

pelo contrato de compra e venda, que tanto vale como determinar as obrigações que oneram o vendedor e o comprador.

O vendedor, preceitua o artigo 1568.°, é obrigado:

1.° A entregar ao comprador a cousa vendida;

2.° A responder pelas qualidades da cousa (1);

3.° A prestar evicção;

4.° A responder por perdas e danos no caso de não cumprir a obrigação, por êle tomada, de vender ou dar preferência a determinado indivíduo.

A quarta destas obrigações, que foi introduzida pelo decreto n.° 19.126, afigura-se-nos inovação descabida, por duas razões:

Primeira, porque antes do proprietário da cousa cumprir a obrigação, por êle tomada, de vender, não existe contrato de compra e venda; conseqüentemente, não há ainda vendedor.

Existe contrato de promessa de compra e venda, más não contrato de compra e venda; há promitente vendedor: um policitante, mas não um vendedor.

Segunda, porque a situação jurídica do promitente comprador já estava acautelada, *speciali modo*, no artigo 1548.°, genèricamente, no artigo 705.°.

Do mesmo modo, quem tomou a obrigação de vender preferentemente a alguém, porque fêz um contrato de promessa de venda, dependente duma condição potestativa, verificada que seja a condição, fica na situação jurídica do que se obrigou, pura e simplesmente, num contrato de promessa de compra e venda.

O policitante, comprador ou vendedor, que deixou de realizar o contrato que prometeu fazer, responde, evidentemente, pelo prejuízo causado, que será determinado nos têrmos gerais do direito, se, pela intervenção do sinal, não estiver convencionalmente fixado.

Arredada esta obrigação de vendedor, consideremos as outras.

O vendedor deve fazer a entrega da cousa vendida, no tempo e lugar convencionados (artigo 1582.°).

Embora a entrega não transfira, em princípio, a propriedade nem a posse da cousa vendida, quando esta fôr certa e determinada, pois que o contrato, por si só, é traslador de propriedade, e, quanto à posse, não se compreenda que o vendedor, depois de feito o contrato, continue a ter *animus domini*, a tradição da cousa condiciona efeitos jurídicos importantes: em relação à venda de cousas genèricamente determinadas, porque opera a individualização e, conseqüentemente, a transferência da propriedade; relativamente às cousas mobiliárias, porque, no caso destas serem vendidas pelo mesmo vendedor a diversas pessoas, estabelece um critério de preferência entre os compradores (artigo 1577.°).

A entrega dos bens móveis vendidos faz-se pela tradição real, ou pelo facto de serem postos à disposição do comprador (art.° 1569.°), como se, por exemplo, o vendedor entrega a êste as chaves da casa em que êles se encontram.

Dos géneros e mercadorias depositados em armazéns gerais faz-se entrega pelo endôsso do conhecimento de depósito e da cautela de penhor, nos termos do artigo 411.°, § único do Código Comercial, que dispõe: «O endôsso produzirá os seguintes efeitos: sendo dos dois títulos, transferirá a propriedade dos géneros ou mercadorias depositadas; sendo só da cautela de penhor, conferirá ao endossado o direito de penhor sôbre os géneros ou mercadorias depositados; sendo só do conhecimento de depósito, transmitirá a

(1) Esta obrigação de responder pelas qualidades da cousa determina uma responsabilidade contratual por facto de cousa inanimada, como adiante veremos.

propriedade dos géneros ou mercadorias depositados, com ressalva dos direitos do portador da cautela de penhor».

Das mercadorias em trânsito também se faz a tradição pela entrega, ao expedidor, dos conhecimentos e outros documentos.

A entrega dos bens imóveis e dos direitos reputa-se feita, logo que o vendedor entrega ao comprador o respectivo título, abandonando-lhe o gôzo da cousa ou do direito, não havendo estipulação em contrário (art. 1511.º).

A cousa vendida deve ser entregue no estado em que se encontrava na ocasião do contrato, acrescida de todos os seus frutos, rendimentos e acessões, salvo se outra cousa tiver sido estipulada, quer se trate de venda particular, quer de venda judicial (art. 1575.º).

Os frutos naturais e industriais pendentes pertencem todos ao comprador, independentemente de pagamento ao vendedor daquela indemnização que o artigo 495.º determina para o possuïdor de boa-fé, porque o valor deles já foi incluido no preço da cousa, entendemos, porém, que os frutos civis devem ser partilhados, em proporção ao tempo, conforme dispõe o artigo 2205.º, em relação ao usufruto.

Se na entrega vier a verificar-se falta considerável, ou excesso da cousa vendida, que não possa separar-se sem prejuízo, é mister considerar duas hipóteses: a venda foi feita em razão de certo número, pêso ou medida; a venda foi feita em bloco e por um preço global. No primeiro caso, pode o comprador optar entre a rescisão do contrato e a sua manutenção, devendo, nesta hipótese, pagar o aumento de preço, relativo ao excesso da cousa, e podendo exigir a redução correspondente à diminuïção (artigo 1576.º); no segundo caso, se o vendedor declarou vender determinada cousa, de que indica as dimensões ou o pêso, por um prêço único em relação ao todo, e se, no momento da entrega, verifica que existe uma diferença considerável na grandeza

do objecto, só resta ao comprador a faculdade de rescíndir o contrato, pois duma nova convenção sôbre o preço, que é um elemento essencial de contrato, resultaria um novo contrato.

Esta faculdade de rescisão só a lei a concede ao comprador, como se deduz do artigo 1576.º, pois se presume que o vendedor bem conhecia a cousa que vendeu e que, por isso, da sua parte não houve êrro.

Se a entrega não puder ser feita, por a cousa ter sido vendida, outra vez, a diversa pessoa, pelo mesmo vendedor, êste, àlém da responsabilidade penal, incorre também na obrigação de reparação civil contratual (artigo 1579.º).

A lei só prevê um caso, em que o vendedor pode legitimamente deixar de entregar a cousa, é quando o preço não seja pago, salvo se a venda foi feita com espera de pagamento (artigos 1573.º e 1574.º).

Os gastos da entrega, a não ser que haja estipulação em contrário, serão por conta do vendedor (artigo 1570.º).

A segunda obrigação dos vendedores, enumerada no artigo 1568.º, é responder pelas qualidades da cousa.

No nosso direito previgente o vendedor era responsável pelos vícios, ou defeitos da cousa vendida, chamados redibitórios. «Tais são, segundo Coelho da Rocha: 1.º os que tornam a cousa imprópria para o uso, para que é destinada; 2.º ou os que de tal sorte diminuem êste uso, que, se o comprador os soubesse, ou a não teria querido, ou não daria tal preço; como, enquanto aos animais, se eles não têm em mediano gráu as qualidades que o vendedor afirmára, se têm moléstia oculta, se se espantam ou se impinam; enquanto às cousas móveis, se ao livro faltam algumas fôlhas, se o pano é diferente da amostra; enquanto aos imóveis, se o prédio tem servidão onerosa, que não foi declarada» (1).

(1) *Instituições de Direito Civil Português*, § 815.

A doutrina caracteriza os vícios redibitórios com as seguintes notas:

Devem ser *ocultos*, pois, se são aparentes, só à sua imprudência é que o comprador pode imputar não os ter descoberto, e ainda *desconhecidos* do comprador, porquanto se, a-pesar-de ocultos, êste os conhecia, não pode dizer-se enganado. Devem também ser *prejudiciais* à utilidade da cousa, pois, se apenas lhe diminuem a beleza ou o atractivo, não são tomados em consideração, e, finalmente, *anteriores* à venda, visto que, a partir do momento em que a propriedade da cousa foi transferida para o comprador, todo o risco corre por conta dêle.

Hoje, porém, o contrato de compra e venda não pode ser rescindido com o pretexto de lesão ou de vícios redibitórios da cousa, salvo se essa lesão ou êsses vícios envolverem êrro que anule o consentimento, nos têrmos declarados nos artigos 656.º a 668.º e 687.º a 701.º, ou se houver estipulação expressa em contrário (artigo 1582.º).

¿Quererá esta disposição significar que a garantia do vendedor pelas qualidades da cousa fica restrita à rescisão do contrato por vício de consentimento?

Se assim fôsse, bem acanhado resultaria o âmbito desta garantia, pois tratando-se de êrro sôbre as qualidades da cousa, o comprador só podia anular o contrato nos têrmos do artigo 661.º. Mas não é assim, como vamos averiguar.

Lamentável é que a parcimónia dispositiva do legislador dê aso a poder fazer-se esta interpretação, assim como a estabelecer-se confusão entre a teoria do êrro e a dos vícios redibitórios.

Os vícios redibitórios facultavam ao comprador *uma acção alternativa, ou para desfazer a venda, encampando a cousa vendida, ou para pedir a restituição da parte do preço em proporção dos defeitos* (quanti minoris). *E além do preço, se o vendedor, sabendo os defeitos, deixou maliciosamente de os declarar, pode o comprador pedir perdas e interêsses; se os ignorava, só pode pedir as despesas ocasionadas pela venda* (1).

Ora a teoria do êrro não pode conduzir a tais consequências. De facto, a garantia dos vícios redibitórios constitue uma categoria jurídica diferente da dos vícios do consentimento e, como tal, foi sempre considerada pela doutrina e no direito positivo.

A acção redibitória foi restabelecida, em relação á compra e venda de certos animais, pelo decreto de 16 de Dezembro de 1886, mas foi rehabilitada no nosso Código Civil, pelo recente decreto que alterou e interpretou bastantes das suas disposições a-pesar do incitamento dos códigos civis alemão e brasileiro.

O nosso Código, depois de preceituar, no artigo 1568.º, n.º 2.º, que o vendedor é obrigado a responder pelas qualidades da cousa, dispõe, no artigo 1582.º, que o contrato de compra e venda não pode ser rescindido por vícios redibitórios.

Como conciliar estas disposições?

As qualidades da cousa podem ser, ou não, expressamente referidas no contrato, não havendo que distinguir se a referência é feita por afirmação ou negação. Assim, tanto importa dizer que um imóvel é livre e alodial, como responder que não tem ónus ou encargos; tanto vale enumerar as qualidades positivas dum cavalo, como afirmar que não tem quaisquer vícios ou defeitos.

Se os contraentes convencionam as qualidades da cousa, o vendedor responsabiliza-se por essas qualidades, e, se o objecto tem carência delas, deixa de cumprir o contrato,

(1) Coelho da Rocha, *loc. cit.*

pelo que responde por perdas e danos. Eis o alcance do artigo 1582.°, n.° 2.°.

Se as qualidades da cousa não são referidas e esta tem vícios ocultos, desconhecidos do comprador, que diminuem a sua utilidade, aplica-se a disposição do artigo 1582.°.

Alves Moreira escreveu a propósito dêste artigo: «No artigo 1582.°, n.° 2.°, declara-se que o vendedor é obrigado a responder pelas qualidades da cousa, e essa responsabilitem de tornar-se efectiva, no caso que não existam na cousa as qualidades prometidas, pela rescisão do contrato ou pela indemnização de perdas e danos. Desde que a prestação não se efectuou nas condições fixadas no contrato, o vendedor não cumpriu, e tem conseqüentemente que aplicar-se o disposto no artigo 709.°. A indemnização de perdas e danos, a que o comprador tem direito pelo facto de o vendedor não haver cumprido, consistirá, se a cousa tiver proveito para o adquirente, na restituïção do preco correspondente à diminuïção do seu valor económico pela ausência das qualidades garantidas pelo vendedor» (1).

A terdeira das obrigações do vendedor, referida pelo artigo 1568.°, é a de prestar a evicção.

O vendedor deve garantir ao comprador a propriedade e a posse pacífica da cousa vendida (2). Eis o conceito da garantia contra a evicção.

O conteúdo da garantia da evicção desdobra-se em três obrigações distintas: a *garantia do facto pessoal*, a *obrigação de defender o comprador na acção de reivindicação contra êle proposta*, a *obrigação de reparação civil dos prejuízos causados ao evicto*.

(1) Instituïções do Direito Civil, II, pág. 649.

(2) A evicção é elemento natural, àlém da compra e venda, de outros contratos. E' imposta ao cedente (artigo 709.°); ao locador (artigos 1606.°, n.° 4.°, 1613.° e 1643.° do Código Civil, e artigos 15.°, n.° 4.°, e 19.° do decreto n.° 5411); ao senhorio directo (artigo 1674.°); ao alheador do usufruto (artigo 2219.°, § 2.°).

Por virtude da garantia do facto pessoal, o vendedor não pode praticar qualquer acto que perturbe a posse, a propriedade e o uso que o comprador faz da coisa que lhe foi vendida.

Não pode cometer simples perturbações de facto, que feitas por terceiros resultariam juridicamente indiferentes. Por isso se tem entendido que o comerciante que trespassou o seu estabelecimento não pode estabelecer-se de novo com igual ramo de comércio, na vizinhança do estabelecimento trespassado, pois que, indo com a sua concorrência arrebatar parte da clientela da anterior casa comercial, perturba o tomador do trespasse no gôzo da cousa adquirida.

A obrigação de garantia pelo facto pessoal impõe-se, sem necessidade de considerações, pois, se o vendedor se obriga a defender o comprador das perturbações de terceiros, *a fortiori* se deve abster de quaisquer actos turbativos. Esta mesma idea está contida no brocardo latino: *Quem de evictione tenet actio, eum iem agentem repellit exceptio*. Quem deve garantia não pode tentar a evicção.

A garantia do facto pessoal é sempre devida pelo vendedor, pôsto que as partes convencionem dispensar a responsabilidade da evicção.

Compreende-se que assim seja, pois o vendedor, que levasse o comprador a dispensá-lo da garantia da evicção, a-fim-de poder depois retirar lhe o que havia vendido, cometeria um dolo.

O vendedor deve também defender o comprador dos factos de terceiro. O devedor pode ser dispensado desta obrigação, por virtude de convenção feita entre os contraentes. Se as partes, porém, nada estipularem, verifica-se

a evicção, pois esta é um elemento natural dos contratos sinalagmáticos. No entanto, a faculdade de derrogação da evicção tem limites impostos pelo legislador, para defesa da ordem social e dos bons costumes: os contraentes não podem renunciar à responsabilidade que possa resultar do seu dolo ou má fé (artigo 1055.º).

Além do caso de renúncia, o comprador também não pode fazer valer a garantia da evicção, nas quatro circunstâncias seguintes: Se, sendo o adquirente advertido do risco da evicção, o tomou sôbre si; se, conhecendo o adquirente o direito do evictor, dolosamente o tiver ocultado ao alheador; se a evicção proceder de causa posterior ao acto da transferência, não imputável ao alheador, ou de facto do adquirente, quer seja posterior, quer anterior; se o adquirente não tiver chamado à autoria o alheador (artigo 1051.º).

Por sua clareza, a disposição legal dispensa quaisquer considerações, a não ser as que vamos fazer respeitantes ao chamamento à autoria.

O chamamento à autoria é um incidente da causa. O réu que pretender chamar alguém à autoria deverá declarà-lo no prazo de cinco dias a contar da citação, e o juiz mandará, suspenso o andamento da acção, citar a pessoa indicada, marcando-se ao réu, para êste fim, um prazo que não poderá exceder a quinze dias, quando o citando residir na comarca, pois, se residir fora, o prazo será regulado nos termos do artigo 77.º, n.º 2.º do Código de Processo Civil. Se o citado não comparecer ou não aceitar a autoria, o primeiro réu deve seguir a acção em todos os seus termos e interpor e seguir o recurso de apelação, para ficar com o direito de propor a acção de evicção e indemnização (artigo 322.º do Código de Processo Civil e artigo 43.º do decreto n.º 21.287).

Como se vê, o adquirente, que seja autor, não pode

chamar o vendedor à autoria e, apesar disso, êste será responsável no caso da acção ser julgada improcedente e de, conseqüentemente, se verificar a evicção.

Só perde o direito de garantia da evicção o comprador que não chame o vendedor à autoria, nos casos em que a lei faculta o chamamento. Ora êste só é permitido quando o comprador é réu.

Nos contratos gratuitos, o beneficiado não tem, em regra, a garantia da evicção. Mas tanto nestes contratos, como nos sinalagmáticos em que fôr dispensada a garantia da evicção, o adquirente pode, por virtude daquela sub-rogação a que expressamente se refere o artigo 1468.º, § único, exigir responsabilidade pela evicção aos que transmitiram a propriedade da cousa ao alienante. É o que em técnica jurídica, costuma chamar-se *responsabilidade ascendente*.

Explica-se assim êste poder legal do evicto: o vendedor, *ipso facto* da venda, independentemente de quaisquer estipulações, transmitiu ao comprador todos os *direitos* e *acções* que lhe pertenciam relativamente à cousa vendida. Transmitiu-lhe, conseqüentemente, a acção de evicção que tinha contra o que lhe transmitiu a cousa que êle, por sua vez, alheou. O princípio — *acessorium sequitur principale*, confirma esta doutrina.

Parece-nos, porém, que o evicto tem esta faculdade pelo princípio da representação que não pelo da sub-rogação, a que a lei se refere.

Realizada a evicção, nos casos em que subsiste a garantia, tem o vendedor de indemnizar o comprador.

A êste respeito dispõe o artigo 1047.º: O alheador, ainda que haja procedido de boa-fé, é obrigado a pagar integralmente: o preço ou o que haja recebido do adquirente evicto; os gastos que o mesmo adquirente tenha feito com o contrato e com o pleito da evicção, salva a excepção

do artigo 1053.º (referente ao caso do alheador se oferecer para satisfazer a importância da sua responsabilidade para com o evicto, independentemente do pleito); tôdas as despesas úteis e necessárias, que não sejam abonadas ao adquirente pelo evicto ou pelo vencedor, e ainda os rendimentos ou interêsses da cousa ou soma, que tiver de restituir por virtude da condenação. Mas, se o adquirente houver tirado da cousa algum proveito, por deteriorações, a cuja indemnização não fôsse condenado, será encontrado êsse proveito nas quantias que deva receber do alheador; se o adquirente fôr condenado por deteriorações, não responderá por elas o alheador, salvo se tiverem acontecido por culpa sua; e se o alheador tiver feito benfeitorias antes da alienação, e estas forem abonadas pelo vencedor, serão encontradas na quantia que o mesmo alheador tiver de pagar. O alheador não responde pelas despesas voluptuárias que o evicto haja feito.

A clareza do preceito legal dispensa comentário. O princípio que domina esta disposição é o seguinte: se o valor da cousa, ao tempo da evicção, fôr superior ao valor prestado, responderá o alheador por essa diferença. Será ainda responsável por tôdas as perdas e danos que resultarem da evicção, não exceptuando sequer as despesas voluptuárias (artigo 1048.º).

Na hipótese de má-fé do alheador, o princípio é outro: o da responsabilidade de perdas e danos.

No caso da evicção ser parcial, o evicto tem a faculdade alternativa de rescindir o contrato ou de exigir indemnização pela parte em que sofreu a evicção. Se optar pela indemnização, aplicam-se as mesmas regras da evicção total, havendo, pois, a fazer a distinção entre alheador de boa-fé e alheador de má-fé.

A evicção parcial pode ter variadas causas, mas as

mais freqüentes são as seguintes: a perda duma parte da cousa por o alheador ser apenas um comproprietário de cousa indivisa, ou por haver confundido a sua cousa com outra; a perda duma servidão activa, que foi atribuída ao prédio, no instrumento de venda; a existência dum ónus real sôbre um imóvel, que foi vendido livre e alodial.

O comprador, dispõe o artigo 1583.º, é obrigado a cumprir tudo aquilo que estipulou, e especialmente a pagar o preço da cousa no tempo, no lugar e pela forma convencionada.

Mas no artigo 1552.º, impõe-se-lhe outra obrigação: a de pagar as despesas de escritura e de registo, havendo-as, na falta de declaração em contrário.

Além disso, correlativa da obrigação, imposta ao vendedor, de fazer a entrega da cousa vendida, tem o comprador a de receber essa cousa.

De maneira que a três podemos reduzir as obrigações do comprador: pagar o preço da cousa vendida, pagar a despesas de escritura e registo, receber o objecto que comprou.

O preço deve ser pago no momento da entrega da cousa, se não fôr feita estipulação em contrário. Se entrar em dúvida qual se fará primeiro, se a entrega da cousa vendida, se o pagamento do preço, tanto aquela como esta serão postos em depósito na mão de terceiro (artigo 1583.º, §§ 1.º e 2.º).

Se o comprador, com espera de preço, fôr perturbado no seu direito e posse, ou se tiver justo receio de o ser, de modo que tenha, ou venha a ter, direito de demandar o vendedor pela evicção, pode depositar judicialmente o preço, enquanto o vendedor não fizer cessar a turbação, ou lhe não der caução, salvo se outra cousa tiver sido estipulado (artigo 1584.º).

Para que o comprador possa usar dêste meio é preciso que tenha sérios motivos de receio de evicção. A lei emprega a expressão *justo receio*, que quere significar receio fundamentado. Não basta, pois, qualquer receio quimérico ou puramente imaginário. O vendedor, mesmo que esteja iminente o perigo da evicção, pode evitar o depósito judicial, prestando caução, por meio de fiança hipoteca ou depósito. Nos casos em que o vendedor não seja responsável pela evicção, não é lícito ao comprador depositar o preço.

Depois da entrega da coisa vendida, quer esta seja mobiliária, quer imobiliária, não pode o vendedor fazer rescindir o contrato, por falta de pagamento (art. 1535.º).

Esta disposição é contrária aos princípios que dominam os contratos sinalagmáticos, tais como a compra e venda.

Nestes contratos, diz Saleilles (1), as duas obrigações não são sòmente dívidas conexas: são dívidas tão relacionadas, que cada uma delas é a causa jurídica da outra.

Por isso mesmo é que o campo de aplicação, por excelência, da *conditio non adimpleti contratus* são os contratos sinalagmáticos.

De maneira que, nestes contractos, por princípio, o contraente pode recusar a sua prestação, tôdas as vezes que a outra parte deixou de executar, total ou parcialmente, a sua obrigação.

Teríamos apenas que discernir se a inexecução parcial foi duma obrigação principal ou acessória, se quisessemos acompanhar as acesas discusões que na Alemanha se levantaram sôbre o assunto e que são referidas por Saleilles (2).

(1) «Étude sur la Théorie Générale de l'Obligation,» n.º 171.

(2) «Les théories allemandes sur les droits qui, au cas de contrat synallagmatique, appartiennent à la partie poursuivis en paiement, lorsque son adversaire de son côté n'exécute point ses engagements» apud Annales de Droit Comercial,» 1892-1893.

Mas disso não temos necessidade, porque o pagamento do preço é uma prestação principal: a própria razão de ser da obrigação assumida pelo vendedor.

Como se disse, esta disposição do artigo 1585.º é a negação do princípio estabelecido no artigo 709.º, a irradiação do contrato de compra e venda da condição resolutiva tácita.

Não tem esta disposição qualquer precedente na legislação pátria, pois, como se vê em Coelho da Rocha (1), a cláusula da lei comissória, em matéria de compra e venda, era admitida pelas *Ordenações* (L. 4, tit. 5, § 2) e bem acolhida por êste escritor. O Código Civil francês, que em tantos passos foi guia do legislador do nosso, também permite a rescisão do contrato de venda por virtude da falta de pagamento.

Não descortinamos as, certamente, imperiosas razões que determinaram o legislador a proïbir, com desprêzo dos princípios, a rescisão do contrato, a-pesar da inexecução da obrigação principal do comprador.

Da falta de cumprimento das obrigações que a lei impõe ao vendedor e ao comprador emerge, nos têrmos por nós referidos, obrigação de reparação civil para o devedor remisso.

Depois do contrato de compra e venda trata o Código do *contrato de troca ou escambo*, nos artigos 1592.º, 1593.º e 1594.º. O contrato de troca ou escambo verifica-se quando se dá uma coisa por outra ou uma espécie de moeda por outra espécie de moeda.

Daqui, a expressão «câmbio», a que o Código chama «escambo».

(1) *Instituições*, § 821.

Art.º 1592.º «*Escambo ou troca é o contrato, por que se dá uma coisa por outra, ou uma espécie de moeda por outra espécie dela.*

§ único. *Dando-se dinheiro por outra coisa, será de venda ou escambo, segundo o disposto nos artigos 1544.º e 1545.º*»

Trata, em seguida, o Código do *contrato de locação*, que pode ter a forma de *aluguer* ou de *arrendamento*.

Se a coisa cujo uso ou fruïção se aliena durante certo tempo, mediante certa retribuïção, fôr um imóvel, o contrato de locação toma o nome de «arrendamento»; se a coisa cujo uso ou fruïção se aliena durante certo tempo, mediante certa retribuïção, fôr um móvel, então o contrato chama-se de «aluguer».

O «aluguer» distingue-se do «comodato», porque nêste se transfere o uso duma coisa, mas sem retribuïção, ao passo que naquele há retribuïção; assim como o «arrendamento» se distingue do «contrato de parceria rural», porque, em nosso entender, a parceria rural é sempre uma especie de sociedade, ao passo que o arrendamento o não é.

Hoje, o contrato de arrendamento não está regulado no Código Civil, mas sim em vários diplomas, sendo os principais o *decreto n.º 5411*, de 17 de Abril de 1939 e a *lei n.º 1662*.

O Código Civil ocupa-se, depois, do *contrato de usura*.

O contrato de usura dá-se quando alguém empresta dinheiro ou coisas fungíveis mediante certa retribuïção chamada «juros».

Diz, com efeito, o art.º 1636.º: «*Dá-se o contrato de usura, quando alguém cede a outrem dinheiro, ou qualquer outro objecto fungível, com obrigação de restituir*

uma soma equivalente ou um objecto igual, mediante certa retribuïção em dinheiro ou em coisas de outra espécie».

O contrato de usura distingue-se de mútuo, porque nêste há o empréstimo de dinheiro ou de coisas fungíveis, mas sem retribuïção, ao passo que naquele há retribuïção.

Depois do contrato de usura, trata o Código *da renda ou senso consignativo*.

Diz o art.º 1644.º: «*O contrato de censo consignativo, ou renda, é aquêle, pelo qual uma pessoa presta a outra certa soma ou capital, para sempre, obrigando-se aquêle que o recebe a pagar certo interêsse anual, em géneros ou em dinheiro, consignando em alguns, certos e determinados imóveis, a obrigação de satisfazer o encargo*».

Êste contrato é hoje pouco usado.

Do *contrato de emprazamento, aforamento ou enfiteuse* trata o art.º 1653.º e seguintes.

E' um contrato porvirtude do qual o dono dum prédio separa o domínio útil do domínio directo, entregando o domínio útil ao foreiro, que lhe pagará anualmente uma certa renda chamada *cânone*.

Diz o art.º 1653.º: «*Dá-se o contrato de emprazamento, aforamento ou enfiteuse, quando o proprietário de qualquer prédio transfere o seu domínio útil para outra pessoa, obrigando-se esta a pagar-lhe anualmente certa pensão determinada, a que se chama fôro ou canon*».

Quando a propriedade é desdobrada em domínio útil e domínio directo, aquele que fica com o uso e fruïção do prédio chama-se foreiro, e aquele que fica simplesmente com o direito de receber um cânone ou uma prestação anual chama-se senhorio directo.

O foreiro, também chamado *enfiteuta*, podia sub-enfiteuticar, podia, por sua vez, passar o domínio útil para outrem, que se chamará *sub-enfiteuta*, mediante o pagamento de um cânone ao enfiteuta, que, por sua vez, pagará outro cânone ao senhorio directo.

A enfiteuse era um contrato perpétuo. Mas o decreto de 23 de Maio de 1911, estabeleceu a remissibilidade do fôro.

De maneira que a enfiteuse deixou de ser um contrato perpétuo.

Depois da enfiteuse trata o nosso Código do *censo reservativo* — contrato porvirtude do qual alguém empresta a outrem um prédio, reservando para si uma certa renda, que é constituída por frutos do mesmo prédio.

Este contrato, hoje, está banido, não é permitido, e, depois do Código Civil, é considerado um contrato de enfiteuse.

— O dono dum prédio passava-o a outrem. Tinha uma quinta, entregava-a a outrem mediante o pagamento de uma certa renda que consistia em frutos produzidos por êsse prédio; vinho, milho, trigo.

A isto se chamava *censo reservativo*.

Trata dêste assunto o nosso Código Civil nos artigos 1706.°, 1707.°, 1708.° e 1709.°.

Art.° 1706.°: «*Diz-se censo reservativo o contrato por que qualquer pessoa cede algum prédio, com a simples reserva de certa pensão ou prestação, anual, que deve ser paga pelos frutos e rendimentos do mesmo prédio*».

Art.° 1707.°: «*Ficam proïbidos para o futuro os contratos de censo reservativo; os que se estipularem com êste nome serão havidos por enfitêuticos*».

Art.° 1708: «*Aos censos reservativos de pretérito é aplicável o disposto nos artigos 1678.°, 1679.°, 1680.° e 1681.°*».

Art.° 1709.°: «*Havendo dúvida àcêrca do contrato, se é censítico, ou se é enfitêutico, presumir-se-á que é censítico, enquanto não se provar o contrário*».

Depois, e finalmente, o nosso Código ocupa-se do *contrato de transacção*, porvirtude do qual dois litigantes previnem um litígio ou põem fim a uma contenda cedendo um e outro parte de seus direitos ou dando um uma coisa ao outro pelo reconhecimento dos seus direitos.

Pode haver uma transacção, quer quando haja um litígio em juízo, e então a transacção serve para terminar o litígio, mas apenas um diferendo e, então, antes de ir para juízo, os transigentes previnem êsse litígio, fazem um contrato para não ir para juízo.

E' o que se depreende do art.° 1710.° do nosso Código Civil: «*A transacção é o contrato pelo qual os transigentes previnem ou terminam uma contestação, cedendo um deles, ou ambos, de parte das suas pretensões, ou prometendo um ao outro alguma coisa em troca do reconhecimento do direito contestado*».

A transacção pode ser *judicial*, isto é, pode ser feita por auto no processo, ou *extra-judicial*, isto é, feita por instrumento fora do processo.

A transacção extra-judicial dá-se sempre, evidentemente, quando se previne um litígio, quando há apenas um diferendo.

Estes são os contratos donde promanam obrigações. Mas, como lhes disse, também há obrigações que promanam de declarações unilaterais da vontade, bem como da

gestão de negócios, do pagamento indevido, do locupletamento à custa alheia, do delito e do quási-delito.

O nosso Código ocupa-se da *gestão de negócios* nos art.os 1723.º e seguintes e define aí o que é uma gestão de negócios. Mas fá-lo tão imperfeitamente, que vamos transcrever aqui os seguintes passos do nosso livro — *Da ressponsabilidade contratual.*

— A intromissão duma pessoa nos negócios de outra é um acto lícito ou um delito? Esta questão, posta assim em têrmos amplos, tem dado origem a discussão entre os escritores de direito, que não chegam a um entendimento. Leia-se o que a êste respeito diz o professor José Tavares: «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 altruísta de olhar pelos interêsses de outrem... 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 depraendendi*». (1)

O ilustre professor indica o recto caminho para a resposta a dar à questão. A intromissão duma pessoa nos negócios de outra é, em princípio, um acto ilícito de usurpação. Mas a gestão de negócios é, por excepção, um acto lícito. O problema fica, pois, reduzido a saber-se quando, de direito, a intromissão toma o carácter de gestão de negócios.

Se nos fôsse permitido fazer, neste trabalho, uma análise demorada do instituto da *negotiorum gestio*, haviamos de demonstrar a tese que aqui enunciamos; a intromissão nos negócios alheios, a-fim-de poder revestir o conceito técnico-jurídico de gestão de negócios, é limitada por três condições: — *não deve ser determinada por uma intenção puramente egoísta; não deve realizar-se contra a proïbição do dono dos negócios; não deve ser inútil e, muito menos, nociva.*

Estas três condições ou elementos fazem parte do conteúdo da gestão de negócios, que, por isso, definimos; a intromissão útil nos negócios de outrem feita com intenção altruísta e sem proïbição formal do dono dos mesmos negócios.

Posto isto, diremos que a mera intromissão nos negócios alheios é um delito, que gera a responsabilidade delitual.

A gestão de negócios é um acto jurídico unilateral, donde emerge uma responsabilidade, que também é aquiliana, pois, como já temos dito, a responsabilidade civil proveniente dos actos jurídicos unilaterais é sempre delitual.

---

(1) *Os Princípios Fundamentais*, I, n.º 88, págs. 411 e 412.

O nosso Código Civil, sob o título *Da gestão de negócios* trata, tanto da mera intromissão, como da gestão em sentido técnico-jurídico. O artigo 1723.° e 1731.° é uma disposição de carácter geral. Os artigos 1730.° e 1731.° contemplam: o primeiro, a hipótese da intromissão inútil; o segundo, a da intervenção com proïbição formal do *dominus negotiorum*, dois casos de mera intromissão.

O artigo 1724.° prevê o caso da gestão ratificada.

O artigo 1725.° considera a hipótese duma gestão verdadeira, embora não ratificada, porque a intromissão foi feita com um fim altruista e útil (evitar algum dano iminente e manifesto do *dominus negotiorum*).

Pela análise destas disposições averigua-se que o legislador exige, para haver gestão que atribua ao *dominus negotiorum* a responsabilidade de perdas e danos, as três condições: intenção altruista, resultado útil e aquiescência do proprietário. Estes três elementos convergem na disposição do artigo 1724.°, por isso o *dominus negotiorum* fica obrigado a indemnizar o gestor, das despesas feitas e dos prejuízos que tiver padecido (de perdas e danos).

Na hipótese do artigo 1725.° só coincidem dois dos três elementos—o fim altruista e o resultado útil,—por isso o legislador só impõem ao *dominus* a obrigação de indemnizar o gestor, das despesas feitas, mas não dos prejuízos.

Na hipótese do artigo 1730.°, a-pesar-de haver uma atitude do *dominus* que a lei presume consentimento, êste não fica obrigado a qualquer reparação, se o efeito da intromissão for inútil. Na espécie contemplada no artigo 1731.° o interveniente não pode receber qualquer reparação civil, salvo a hipótese considerada *in fine* do artigo.

De modo que na *actio negotiorum gestorum contraria* (a acção do gestor contra o dono do negócio), só há aplicação dos princípios da responsabilidade civil, quando, pela

convergência dos três elementos, existe uma gestão de negócios perfeita.

Na *actio negotiorum gestorum directa* (a acção do dono do negócio contra o gestor) teem sempre aplicação os princípios da responsabilidade civil.
Mas esta responsabilidade civil é a delitual.

A obrigação de reparação civil emergente da gestão de negócios está fora do domínio de aplicação da responsabilidade contratual.

Mas o nosso Código também se ocupa de outros contratos, a que já nos referimos.

Assim, ocupa-se de um contrato, chamado a *cessão de créditos*, no seu art. 785.°, que diz:

«O crèdor pode transmitir a outrem o seu direito ou crédito, por título gratuito ou oneroso, independentemente de consentimento do devedor.

§ único. *Mas, se os direitos ou créditos forem litigiosos, não poderão ser cedidos de qualquer forma a juízes singulares ou colectivos, nem a outras autoridades, se êsses direitos ou créditos forem disputados nos limites em que elas exercerem as suas atribuïções. A cessão feita com quebra do que fica disposto neste § será de direito nula».*

Também, o Código fala de outro contrato, por virtude do qual se cria uma obrigação nova extinguindo-se uma obrigação antiga e de que já nos ocupámos quando fizemos referência ao modo de extinção das obrigações: o *contrato de novação.*

Diz o art. 802.°: *«A novação efectua-se:*

1.°— *Quando o devedor contrai para com o crèdor 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 crèdor é substituído ao antigo, obrigando-se para com êle o antigo devedor*».

E ainda o Código Civil se ocupa de contratos que criam garantias das obrigações: da *fiança*, que se constitue por um contrato; do *penhor*, que se constitue por outro contrato; da *consignação de rendimentos*, que se constitue por outro contrato; da *hipoteca*, que pode ser legal e voluntária e que, sendo voluntária, pode constituir-se por um contrato ou por um testamento.

Ocupa-se da fiança no art. 818.º, que diz:

«*O cumprimento das obrigações, que resultam dos contratos, pode ser assegurado por um terceiro, que responda pelo devedor, se as ditas obrigações não forem cumpridas. É o que se chama fiança*».

A fiança é, pois, um contrato porvirtude do qual uma pessoa, que se fica a chamar fiador, assegura o cumprimento da obrigação de outrem, se porventura êste não cumprir.

A fiança, que se constitue por um contrato, é uma obrigação acessória, pois a obrigação principal é a do devedor.

Se A afiança B pelo pagamento duma dívida de 10 contos, que êsse mesmo B contraíu, a obrigação principal é dêle. A obrigação de fiador de A, a obrigação pela qual A se compromete a cumprir se o devedor B, não pagar, é uma obrigação acessória.

E, porque assim é, daí resultam como corolários os seguintes princípios consagrados no nosso Código:

1.º corolário: *não pode haver fiança sendo nula a obrigação principal.*

Di-lo o art.º 822.º: «*E' nula a fiança, que recái em*

obrigação que não seja válida, excepto se a nulidade da obrigação proceder ùnicamente de incapacidade pessoal.

§ 1.º — *Neste último caso a fiança subsiste, ainda que o devedor principal faça rescindir a sua obrigação.*

§ 2.º — *Esta excepção não abrange a fiança por empréstimo feito a filho famílias, como se dirá no título respectivo, artigos 1535.º e 1536.º*».

2.º corolário: *não pode haver fiança que exceda a obrigação principal nem que seja mais onerosa que ela.*

E' a doutrina do art.º 823.º: «*A fiança não pode exceder a dívida principal, nem ser contraída sob condições mais onerosas. Pode contudo contraír-se por quantidade menor, e com menos onerosas condições. Se exceder a dívida ou se contrair mais onerosa, a fiança não será nula, mas sim redutível aos precisos termos da dívida afiançada*».

3.º corolário: Da fiança resultam obrigações ou relações entre o fiador e o crèdor, entre o fiador e o devedor e entre os con-fiadores (porque pode haver mais que um fiador).

Entre fiador e crèdor há as seguintes relações: o fiador obriga-se a cumprir a obrigação, se o devedor não cumprir. Mas o crèdor não pode exigir o cumprimento da obrigação ao fiador sem primeiro serem executidos todos os bens do devedor principal, a não ser que o fiador se tenha obrigado como devedor principal, tenha renunciado ao benefício da excussão ou se o devedor principal não poder ser demandado no País.

E' o que dispõe o art.º 830.º que nos diz:

«*O fiador não pode ser compelido a pagar ao crèdor, sem prévia excussão de todos os bens do devedor, excepto:*

1.º — *Se o fiador se obrigou como principal pagador;*

2.° — *Se renunciou ao benefício da excussão;*

3.° — *Se o devedor não pode ser demandado dentro do reino*».

Entre fiador e devedor estabelecem-se as seguintes relações: se o fiador pagar em lugar do devedor, êste obriga-se por sua vez para com o fiador a entregar-lhe o dinheiro que êle pagou, os juros dêste dinheiro e a indemnizá-lo de perdas e danos.

E isto porque o fiador fica subrogado nos direitos do crèdor e, àlém disso, pagando, adquire direitos novos.

Assim, o determina o art.° 838.°: «*O fiador, que foi obrigado a pagar pelo devedor, tem o direito de ser por êle indemnizado:*

1.° — *Da dívida principal;*

2.° — *Dos juros respectivos à quantia paga, contados desde que a pagou, ainda que a dívida os não vencesse para o crèdor;*

3.° — *Das perdas e danos, que lhe tenham sobrevindo por causa do devedor.*

§ único — *O que fica disposto neste artigo cumprir-se-á, ainda quando a fiança tenha sido prestada sem conhecimento do devedor; mas, neste caso, os juros só serão contados, desde que o fiador noticiar o pagamento ao devedor*».

Entre os vários con-fiadores estabelecem-se estas relações: o crèdor pode pedir o cumprimento de tôda a obrigação a um só dos fiadores, ainda que sejam dois, três ou quatro; mas aquele que pagou tem o direito de pedir aos outros con-fiadores a sua quota-parte na responsabilidade, segundo o preceituado no art.° 835.° do Código Civil:

«*Sendo vários os fiadores do mesmo devedor e pela mesma dívida, cada um dêles responde pela totalidade, não havendo declaração em contrário; mas, sendo demandado só algum deles, pode fazer citar os outros para com êle se defenderem ou serem conjuntamente condenados, cada um na sua parte; e, neste caso, responderá só na falta deles.*

§ único — *O benefício da divisão entre os con-fiadores não se verifica nos casos em que se não dá a excussão contra o principal devedor*».

A fiança estabelece uma garantia pessoal. Não são bens certos e determinados que ficam responsáveis pelo cumprimento da obrigação; são todos os bens, todo o património do fiador. Por conseqüência, a fiança é uma garantia pessoal.

Antes dos contratos que vêm referidos na parte especial das obrigações do Código Civil, há um, a que já nos referimos, que vem na parte final e diz respeito á tranferência das obrigações: a *cessão*, e há outro, que vem também tratado na parte geral das obrigações e diz respeito à extinção das obrigações: *a novação*. E ainda na parte geral das obrigações se faz referência a outros contratos a-propósito-da garantia das obrigações.

As garantias são reais e pessoais.

Garantia pessoal é a fiança; e a fiança è constituída por meio dum contrato—contrato pelo qual uma pessoa se responsabiliza pelo cumprimento da obrigação, quando o devedor a não cumpra, e responsabiliza-se por todos os seus bens.

E' uma garantia pessoal. A ela se refere os artºˢ. 818°. e seguintes.

Art.° 818°.: «*O cumprimento da sobrigações, que resultam dos contratos, pode ser assegurado por um terceiro, que responda pelo devedor, se as ditas obrigações não forem cumpridas. E' o que se chama fiança*».

O art.° 818.°: «*Podem afiançar todos os que podem*

contratar, excepto as mulheres, não sendo comerciantes.»

O art.º 820.º: «*As mulheres casadas só podem afiançar com consentimento expresso e por escrito do marido*».

E o art.º 821.º: «*A fiança pode ser estipulada entre o fiador e o crédor, ainda sem consentimento do devedor, ou do primeiro fiador, se ela se referir a êste*».

Como vêem, é a fiança um contrato que produz uma obrigação acessória. A obrigação principal é a do devedor. A obrigação do fiador é uma obrigação acessória.

Portanto, a obrigação do fiador assegura o cumprimento da obrigação no caso de o devedor não cumprir. E, porque a obrigação do fiador é uma obrigação acessória, daí resulta que, porvirtude do art.º 822.º, não pode haver uma fiança válida sendo nula a obrigação, como já vimos.

Ainda porque a obrigação do fiador é uma obrigação acessória, não pode ela ser maior nem mais onerosa do que a obrigação principal,

O fiador não se pode obrigar por 100, quando o devedor se obrigou por 80; o fiador não se pode obrigar com encargos de juro de 10 %, se o devedor principal se tiver obrigado com o encargo de juro de 8 %.

É o que nos diz o art. 823.º que há pouco analizamos.

Da fiança resultam relações jurídicas, entre o crèdor e o fiador, entre os vários fiadores, se forem diversos os fiadores, e entre o fiador e o devedor.

Vamos, sucintamente, dizer quais são essas relações.

O fiador obriga-se a assegurar a obrigação no caso de o devedor não pagar. Mas o crèdor nunca pode exigir o pagamento do fiador sem primeiro excutir todos os bens do devedor, salvo se o fiador se obrigou como principal devedor, ou se o fiador renunciar ao benefício de excussão, ou, ainda, se o devedor não puder ser demandado no País.

E' o que diz o art. 830.º: «*O fiador não pode ser compellido a pagar ao crèdor, sem prévia excussão de todos os bens do devedor, excepto:*

1.º *Se o fiador se obrigou como principal pagador;*

2.º *Se renunciou ao benefício da excussão;*

3.º *Se o devedor não pode ser demandado dentro do reino*».

Estas são as relações entre o crèdor e o fiador.

Mas, sendo vários os fiadores, também resultam relações entre eles.

Assim, o crèdor pode pedir tôda a obrigação, quando a pode exigir do fiador, a um só dos fiadores, embora existam vários fiadores; mas o fiador que pagou tôda a obrigação, existindo outros fiadores, tem direito de regresso contra os outros con-fiadores.

E' o que diz o art.º 835.º: «*Sendo vários os fiadores do mesmo devedor e pela mesma dívida, cada um deles responde pela totalidade, não havendo declaração em contrário; mas sendo demandado só algum deles, pode fazer citar os outros para com êle se defenderem ou serem conjuntamente condenados, cada um na sua parte; e, neste caso, responderá só na falta deles.*

§ único. *O benefício da divisão entre os con-fiadores não se verifica nos casos em que se não dá a excussão contra o principal devedor*».

Também da fiança resultam relações entre o devedor e o fiador.

O fiador responsabiliza-se pelo devedor; mas, se pagou pelo devedor, pode exigir dêste não só o que pagou, mas também os juros da importancia que pagou e ainda a indemnização de perdas e danos, pois o fiador fica subrogado nos direitos do créder.

E' o que dizem os art.ºs 838.º e 839.º.

Preceitua o art.º 838.º: «*O fiador, que foi obrigado a*

pagar pelo devedor, tem o direito de ser por êle indemnizado:

1.º—*Da dívida principal*;

2.º—*Dos juros respectivos á quantia paga, contados desde que a pagou, ainda que a divida os não vencesse para o credor*;

3.º—*Das perdas e danos, que lhe tenham sobrevindo por causa do devedor*;

§ único—*O que fica disposto neste artigo cumprir-se-á, ainda quando a fiança tenha sido prestada sem conhecimento do devedor; mas, neste caso, os juros só serão contados, desde que o fiador noticiar o pagamento ao devedor*».

E o art.º 839.º: «*O fiador que pagou ao crèdor fica subrogado em todos os direitos que o mesmo crèdor tinha contra o devedor.*

§ único. *Se o fiador, porém, transigiu com o credor, não pode exigir do devedor senão o que na realidade desembolsou, excepto se o credor lhe fez a doação de qualquer abatimento feito na divida.* »

Mas, a-par-desta garantia pessoal das obrigações, há garantias mais, que são constituídas pelo penhor, pela consignação de rendimentos e pela hipoteca.

Ora, o penhor e a consignação de rendimentos fazem-se por meio de contratos. A hipoteca, por sua vez, pode constituir-se ou por um contrato, ou por um testamento, ou ser determinada por lei. Por conseqüencia, pode a hipoteca não resultar dum contrato; mas o penhor e a consignação de rendimentos, resultam, necessáriamente, de contratos.

O penhor dá-se quando o devedor ou alguém por êle garante a obrigação entregando um objecto móvel ao crédor ou a alguém que o represente.

E' o que resulta do disposto no art.º 855.º, que diz: «*O devedor pode assegurar o cumprimento da sua obrigação, entregando ao crèdor, ou a quem o represente, algum objecto móvel, para que lhe sirva de segurança. E' o que se chama penhor.*»

Do penhor também resultam relações jurídidas entre o crèdor pignoratício e o devedor, relações que se traduzem nas obrigações consideradas no art.º 860.º, que determina: «*O crèdor adquire pelo penhor o direito*:

1.º— *De ser pago de sua dívida pelo valor do penhor, com preferência aos demais credores do devedor*;

2.º— *De usar de todos os meios conservatórios de sua posse, até de requerer procedimento criminal contra quem lhe furtar a coisa empenhada, ainda que seja o próprio dono*:

3.º— *De ser indemnizado das despesas necessárias e úteis, que fizer com o objecto empenhado*;

4.º— *De exigir do devedor outro penhor ou o cumprimento da obrigação, ainda antes do prazo convencionado, se o objecto do penhor se perder ou diminuir, sem culpa sua, ou se fôr exigido por terceiros, a quem pertença, e que não haja consentido no penhor*».

Por sua vez, o crèdor pignoratício contrai as seguintes obrigações:

Art.º 861.º: *O crèdor é obrigado*:

1.º— *A conservar a coisa empenhada, como se fôra sua própria, e a responder pelas deteriorações ou prejuizos, que ela padecer por culpa ou negligência sua*;

2.º— *A restituir a coisa empenhada, logo que se cumpra inteiramente a obrigação, sendo-lhe pagas tôdas as despesas, que tenha feito com a conservação da mesma coisa*».

O crédor pignoratício não se pode pagar pelo objecto dado em penhor.

Suponhamos que A entregou a B um penhor para garantir uma obrigação que contraíu: B não se pode pagar pelo objecto. Se A não pagar, B não pode dizer: «Tu não pagaste; logo, êsse objecto é meu». Mas pode vendê-lo em hasta pública, e pelo valor do móvel dado em penhor pode fazer-se pagar de preferência aos outros crèdores.

O penhor extingue-se com a obrigação principal. E' a condição da obrigação acessória: *acessorium sequit principalem* (o acessório segue o principal).

Se a obrigação se extingue, o penhor extingue-se também. E o crèdor pignoratício pode renunciar ao penhor. Supõe-se que êle renuncia ao penhor, quando entregue ao devedor a coisa que lhe foi dada em penhor.

Também a consignação de rendimentos se constitue pelo contrato.

Quando o devedor consigna os rendimentos de certo imóvel para pagamento dos juros ou do capital da sua obrigação (ou do capital e juros simultaneamente), diz-se que há uma consignação de rendimentos.

E' o que nos diz o art. 873.º: «*Dá-se o contrato 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*».

A consignação de rendimentos pode ser por certo número de anos e pode ser por um número ilimitado de anos até pagamento do capital ou dos juros ou de capital e juros simultâneamente.

Mas, quando fôr por um número ilimitado de anos, tem

que no contrato de consignação de rendimentos estipular-se quanto é levado em cada ano à conta do pagamento ou da amortização da obrigação.

Assim, preceitua o art. 876.º: «*A consignação de rendimentos pode fazer-se*:

1.º — *Por determinado números de anos*;

2.º — *Sem número determinado de anos, mas até o pagamento da quantia devida, que neste caso será especificada, e também de seus juros, se se deverem.*

§ único. *No caso do número 2.º dêste artigo, a consignação só pode fazer se, determinando-se prèviamente a quantia que em cada ano deve ser levada em conta no pagamento, quer o rendimento seja superior, quer inferior à dita quantia*».

A-par-destas duas garantias reais — o penhor, constituído por um móvel, e a consignação de rendimentos, constituída pelo rendimento dum imóvel — há ainda a hipoteca, que pode ser constituída, como atrás ficou dito, ou por um contrato ou por um testamento ou, ainda, por disposição da lei.

O art. 888.º define hipoteca como sendo o direito pelo qual um crèdor é pago, de preferência aos outros crèdores, por certos imóveis dados em hipoteca, contanto que esta seja registada.

Art. 888.º: «*Hipoteca é o direito, concedido a certos crèdores, de serem pagos pelo valor de bens imobiliários do devedor, e com preferência, a outros crèdores, achando-se os seus créditos devidamente registados*».

Como dissemos, a hipoteca pode ser constituída por contrato ou por testamento (art. 910.º) ou por lei (art. 906.º).

O art. 910.º diz: «*As hipotecas voluntárias nascem de contrato, ou de disposição de última vontade*».

E o art. 906.º preceitua: «*Os crèdores, que têm hipoteca legal, para segurança do pagamento das suas dívidas, são*:

1.º — *A fazenda nacional, as câmaras municipais e os estabelecimentos públicos nos bens dos respectivos funcionários responsáveis, e nos bens de seus fiadores, na conformidade das leis fiscais ou administrativas, para pagamento das quantias em que ficaram alcançados, ou pelas quais se tornaram responsáveis;*

2.º — *O menor, o ausente, o interdito, e, em geral, tôdas as pessoas privadas da administração de seus bens, nos dos seus tutores, curadores ou administradores, para pagamento dos valores a que deixaram de dar a aplicação devida, que não entregaram competentemente, ou que deixaram perder por culpa ou dolo*;

3.º — *A mulher casada por contrato dotal, nos bens do marido, para pagamento dos valores mobiliários dotais e dos alfinetes estipulados*;

4.º — *O cônjuge sobrevivo nos bens do cônjuge falecido, para pagamento do apanágio a que tenha direito;*

5.º — *O crèdor por alimentos, nos bens cujo rendimento se designou para os satisfazer, ou em quaisquer bens do devedor, quando não haja designação;*

6.º — *Os estabelecimentos de crédito predial, para pagamento de seus títulos, nos bens que os mesmos títulos designam*;

7.º — *Os co-herdeiros, para pagamento das respectivas tornas nos bens da herança sujeitos a êsse pagamento*;

8.º — *Os legatários de quantia ou valor determinado, ou de prestações periódicas, nos bens sujeitos ao encargo do legado, para pagamento do mesmo*».

O que dissemos a respeito do penhor, repetímo-lo a respeito da hipoteca: O crèdor hipotecário não pode, no caso de falta de cumprimento da obrigação, pegar no imóvel que lhe foi dado em hipoteca e racionar desta maneira: «Como não me pagaste, fico com o prédio». Tem de mover uma execução hipotecària e, depois, nessa execução è vendido o prédio dado em hipotéca, e pelo preço que produzir êsse imóvel em hasta pública, êle tem preferencia sôbre os outros crédores do devedor. E' a doutrina do artigo 903.º, que nos diz:

«*O crèdor não pode, na falta do pagamento, apropriar-se do prédio hipotecado, excepto arrematando-o em praça ou sendo-lhe adjudicado; mas esta arrematação ou adjudicação far-se-á sempre, seja qual fôr o valor do prédio e o da dívida assegurada por hipoteca, salvo se o crédor consentir em outra coisa*».

Mas os atributos da hipoteca são a publicidade e especialidade.

Para que a hipoteca possa produzir estes efeitos, precisa de ter publicidade, (publicidade que é dada pelo registo) e precisa de recair sôbre imóveis certos e determinados, ao menos aproximadamente: é o que se chama o atributo ou requesito da especialidade.

Vou explicar esta expressão: «ao menos aproximadamente».

Por vezes, quando se constitue uma hipoteca, hipotecam-se todos os bens. O devedor hipoteca os bens que já tem e os que venha a adquirir por título gratuito ou oneroso.

Claro é que quem hipoteca os bens que venha a adquirir, não faz hipoteca de bens certos e determinados. Donde, parecer que não há nessa hipoteca o requesito da especialidade.

Mas é preciso notar que, quando vêm os bens ao pa-

trimónio do devedor, o crédor tem necessidade de fazer o registo dêsses bens. O título constitutivo da hipoteca diz: «Todos os bens do devedor», isto é, os bens que êle possui e todos aqueles que venha a adquirir a título gratuito ou oneroso. Mas, depois de o devedor os adquirir, o crédor nêsse caso já vai registar certos e determinados bens adquiridos.

De maneira que, porvirtude do registo, ficam determinados os bens, verifica-se o requisito da especialidade. E, sem se fazer êsse registo, êsses bens não dão preferência ao crédor.

A hipoteca está sujeita a registo, como se pode ver da leitura dos art.os 949.º e 951.º:

Art.º 949.º: *Estão sujeitos ao registo:*

1.º—*Os direitos reais sôbre coisas imóveis;*

2.º—*Os ónus reais;*

3.º—*As acções reais sôbre designados bens imobiliários e quaisquer outras que se dirigem a haver o domínio e posse deles; as acções sôbre nulidade do registo ou o seu cancelamento; e as sentenças proferidas e passadas em julgado sôbre qualquer destas acções;*

4.º—*As transmissões de propriedade imóvel por título gratuito ou oneroso e todas as transmissões de bens ou direitos imobiliários;*

5.º—*A mera posse.*

§ 1.º—*Só se reputam direitos reais, para os efeitos do n.º 1.º dêste artigo, o domínio ou propriedade imóvel e as propriedades imperfeitas ou imobiliárias, enumeradas no art.º 2187.º do Código Civil; mas o registo do domínio e o das servidões aparentes, cujos sinais exteriores são permanentes, será facultativo.*

§ 2.º—*Apenas se consideram ónus reais, para os efeitos do n.º 2.º dêste artigo:*

a) *As hipotecas;*

b) *A penhora e o arresto sôbre bens imobiliários ou créditos hipotecários;*

c) *O penhor em créditos hipotecários;*

d) *O dote;*

e) *O arrendamento por mais de um ano, havendo adiamento de renda, ou por mais de quatro, não o havendo;*

f) *A consignação de rendimentos, para pagamento de quantia determinada ou por determinado número de anos;*

g) *A adjudicação de rendimentos;*

§ 3.º—*Na hipoteca das fábricas, àlém dos edifícios, logradouros e pertenças, considerados imóveis, compreender-se-ão também os maquinismos e móveis, destinados à respectiva exploração, inventariados no título constitutivo da hipoteca, e que seus donos ou possuídores não poderão alienar, onerar ou retirar dos respectivos edifícios sem licença, por escrito, do crèdor, sob as penas e responsabilidades dos infieis depositários.*

§ 4.º—*O registo de servidões militares continua a regular-se pela lei de 24 de Maio de 1902, com as alterações introduzidas pela legislação posterior* (1).

O registo pode ser provisório e definitivo.

Diz o art.º 967.º n.º 1.º: «*Podem ter registo provisório: Tôdas as hipotecas voluntárias, e as legais mencionadas nos n.os 3.º e 6.º do artigo 906.º.*»

O registo provisório pode fazer-se ou á cautela ou por dúvidas.

Faz-se á cautela, quando o crédor hipotecário, para ficar bem garantido, exige que antes de emprestar o dinheiro se faça o registo provisório da hipoteca.

---

(1) Vide na pág. 280 do C. Civil.

Como hão-de ver, depois, os registos valem pela data da prioridade.

Num registo de hipoteca feito depois do registo de outra hipoteca, quem tem a preferência é o primeiro crèdor hipotecário, aquele que registou primeiro o seu crédito.

Uma hipoteca feita depois dum registo de alienação já não pode ser registada.

Suponhamos que *A* tinha um prédio e o alienou, e que o adquirente foi registar essa transmissão. Quando o crédor hipotecário vai fazer o registo da hipoteca feita pelo vendedor, encontra já o prédio transmitido a outrem, e, por isso, já não pode fazer o registo.

De maneira que, á cautela, muitos estabelecimentos de crédito (por ex: a Companhia do Crédito Predial, o Montepio Geral ou a Caixa Geral de Depósitos) não emprestam com garantia hipotecária sem que primeiro seja registada provisóriamente a hipoteca, que é para evitar uma fraude.

Suponham que aquele que pediu dinheiro emprestado, vendeu um prédio e que o adquirente dêsse prédio ia registar a transmissão. Suponham que aquele que pediu uma quantia emprestada com garantia hipotecária ia registar uma outra hipoteca antes do crèdor que emprestou o dinheiro. Evidentemente que havia uma fraude, e o crèdor ficava prejudicado. Ficava a sua hipoteca em segundo lugar ou então ficava uma hipoteca que não podia registar e não produzia efeitos.

Por conseguinte, muitos crèdores, á cautela, pedem o registo provisório da hipoteca antes de fazerem empréstimos. E nêsse caso é o próprio devedor, o dono do prédio hipotecado, que vai pedir o registo provisório.

Outras vezes, faz-se um contrato ou de alienação ou de hipoteca ou qualquer outro contrato sujeito a registo, mas êsse contrato tem deficiências, irregularidades de que resultam dúvidas a respeito da sua validade—e o conservador do registo predial não faz o registo temos então o registo provisório por dúvidas.

Os registos são hoje disciplinados num diploma especial chamado Código do Registo Predial, mas tambem se faz referência aos registos no Código Civil. E, como nós, aqui, não podemos estar a ocupar-nos do Código do Registo Predial, por isso citamos o Código Civil. Mas, o que precisam de saber é isto: os registos são hoje disciplinados por um diploma chamado Código do Registo Predial; é aí que se vão buscar as disposições que se aplicam em matéria de registo.

Pois o registo provisório, de que lhes venho de falar, se fôr convertido em definitivo no prazo dum ano, dá a favor de quem fôr feito a prioridade no registo.

Se o registo definitivo não fôr feito dentro dum ano, o registo provisório caduca. Então, o registo definitivo é feito sem prejuízo dos registos feitos por sua vez antes do registo provisório.

Nós partimos desta regra: o registo dá prioridade conforme a ordem por que foi feito.

Exemplicando:

Há três orèdores: *A*, *B* e *C*. O primeiro que emprestou foi *A*, o segundo foi *B* e o terceiro foi *C*. Mas *C*, apesar de ser o último que emprestou, foi o primeiro que fez o registo.

O primeiro crèdor hipotecário, aquele que tem prioridade, é *C*, a-pesar-de ter emprestado depois de *B* e de *A*. E' que tem o seu registo feito antes de *B* e de *A*.

Partimos dêste princípio. Fez-se um registo provisório. Êsse registo provisório foi no prazo dum ano convertido em definitivo? Então, a prioridade do registo é a prioridade que deu o registo provisório.

Se, porém, o registo provisório não se converteu em definitivo no prazo dum ano, perdeu-se tôda a prioridade para o registo provisório.

Suponham que *A*, *B*, *C*. são orèdores. *A*, que foi quem emprestou primeiro, tinha um registo provisório. Depois, emprestou *B* e fez um registo definitivo. Depois, emprestou *C* e fez um registo definitivo. *A* esqueceu-se de no prazo dum ano converter em definitivo o seu registo provisório. Quando acordou tinha passado um ano; foi fazer o registo definitivo, já depois de *B* e *C*.

Foi o primeiro que emprestou; era o que tinha a prioridade do registo provisório. Mas, porque não converteu o registo provisório em definitivo no prazo dum ano e, entretanto, *B* e *C* fizeram os seus registos, *A*, quando vai fazer o registo definitivo, já não consegue a prioridade.

Pois bem: também a hipoteca dá uma garantia real ás obrigações.

Também a hipoteca, por vezes, é constituída por um contrato e, então, chama-se hipoteca voluntária — ainda que há hipotecas voluntárias constituídas por testamento.

Por vezes, a hipoteca, conseqüentemente, é constituída por um contrato que é tratado nas disposições gerais.

Assim, chegámos ao fim do estudo das obrigações.

§ 2.º

25.º — Direitos Reais

— Conceito e definição de direito real.

— Conceito clássico.

— O nosso conceito de direito real.

— Crítica da doutrina clássica.

— Determinação e classificação dos direitos reais.

— Propriedade e posse.

— Jura in re aliena.

— Poderes do proprietário:

a) no Direito romano;

b) nos códigos modernos.

— Justificação das limitações dos poderes do proprietário.

— Origem e natureza jurídica da posse.

— Elementos constitutivos da posse.

— Conceito de posse no Código Civil português e legislação posterior.

— Qualidades ou requisitos da posse.

— Vicios da posse.

— Efeitos da posse.

Vamos, agora, entrar num outro ramo de relações jurídicas: os direitos reais.

Na doutrina clássica dizia-se que os direitos reais eram relações directas e imediatas duma pessoa sôbre uma coisa para tirar dessa coisa as utilidades que ela prestava e que eram conformes à lei.

Modernamente — e Planiol foi dos primeiros a atacar aquele conceito — entende-se, e justamente, que, sendo a relação jurídica relação da vida social e sendo as relações da vida social relações de homem para homem, não pode haver uma relação jurídica que seja uma relação directa e imediata sôbre uma coisa, porque isso equivalia a elevar uma coisa a sujeito passivo duma obrigação. E, dêste modo, têm-se formado várias doutrinas de direitos reais: *a)* doutrina monista personalista, que considera o direito real como uma obrigação passivamente universal; *b)* doutrina monista objectivista, que, ao contrário, identifica a obrigação com o direito real; e *c)* outras doutrinas, entre as quais a que defendemos. (1)

Eu, por mim, defino os direitos reais como sendo a relação jurídica em virtude da qual uma pessoa (sujeito activo da relação) tira duma coisa as utilidades que esta pode prestar conforme a ordem jurídica obrigando-se tôdas as outras pessoas a respeitar o direito do sujeito activo da relação jurídica.

Examino, assim, a relação jurídica de direitos reais pelo lado externo e pelo lado interno.

Pelo lado interno, estou de harmonia com a doutrina clássica: um direito real é uma relação jurídica duma pessoa sôbre uma coisa para aproveitar as utilidades dessa coisa.

(1) Logo na primeira parte das lições que fiz em 1936-1937 ao curso de Direitos Reais ataco este problema

Sob o ponto de vista externo, um direito real é uma relação jurídica entre uma pessoa, dum lado, sujeito activo, e todas as outras pessoas, doutro lado, sujeitos passivos.

Exemplificando, para melhor compreensão:

Eu tenho um automóvel. Tenho o direito de propriedade sôbre um automóvel.

Segundo o conceito clássico, êsse direito era uma relação jurídica sôbre uma coisa, sôbre o automóvel, para tirar dêste tôdas as utilidades que êle pode prestar.

Mas, sendo assim, íamos ficar com uma relação jurídica sem sujeito passivo, uma relação jurídica amputada, e um homem não pode ter uma relação jurídica com uma coisa. A coisa tem de ser sempre o objecto e não o sujeito duma relação jurídica.

Com a distinção que eu faço, o meu direito de propriedade é uma relação jurídica entre mim, como sujeito activo, e os outros homens, como sujeito passivo, que tem por objecto uma coisa — um automóvel — e por fim o prestar-me o automóvel as utilidades que êle pode dar de harmonia com a lei.

Propriedade e posse. *Direitos reais sôbre cousa própria e direitos reais sôbre cousa alheia.* Já examinámos anteriormente o conceito e os caracteres dos direitos reais. Agora, vamos proceder à sua determinação e classificação para em seguida examinarmos os princípios fundamentais da figura jurídica de cada um deles.

Sendo o tipo mais completo e mais característico do direito real *o direito de propriedade*, é da definição dêste que devemos partir para a execução da tarefa a que neste parágrafo nos propomos — a determinação e classificação dos direitos reais.

O direito de propriedade é o poder que uma pessoa tem,

sôbre as cousas que legitimamente adquire, de tirar delas tôdas as utilidades económicas, que a ordem jurídica lhe consente.

Muito semelhante a êste, e que como direito real não pode deixar de considerar-se também, é o *direito de posse*, isto é, o poder que o homem exerce sôbre as cousas, de que se apoderou, mas que ainda lhe não pertencem em propriedade.

Tanto o proprietário como o possuïdor tiram da cousa as utilidades que esta fornece; mas, enquanto o proprietário adquiriu já, legitimamente, a cousa que disfruta, o possuïdor exerce o seu poder (jurídico é certo, pois que êle é reconhecido e defendido pela ordem jurídica) sôbre uma cousa que lhe não pertence em propriedade, isto é: que ainda não adquiriu ligitimamente (1).

«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 pela *boa-fé*, que é a ignorância do direito alheio, constitue uma situação jurídica inteiramente análoga á do direito de propriedade, e de tal modo que com o decurso do tempo nele se converte pela *usucapião* ou *prescrição adquisitiva*.

«E, assim, os tipos principais do direito real dão lugar á 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 os direitos derivados da posse.

(1) Discute-se se a posse poderá ser considerada um direito real. Por agora limitar-nos-emos a dizer que como tal a consideramos visto ser garantida e reconhecida pela ordem jurídica.

Mais adiante, voltaremos a ocupar-nos dêste problema e então com mais detalhes examinaremos a natureza jurídica da posse.

«São muitos e variados, de natureza e intensidade muito diversa, pois que êles são o resultado da decomposição ou desdobramento, temporário ou perpétuo (dos diversos poderes jurídicos que se conteem no direito de propriedade, e consistem na atribuïção de alguns dêsses poderes a titulares diferentes» (1).

Na verdade o direito de propriedade engloba em si diversos outros poderes ou direitos (2) cuja descriminação é feita pelo nosso Código civil, nos seguintes termos: «o direito de propriedade abrange:

1.º O direito de fruïção;

2.º O direito de transformação;

3.º O direito de exclusão e defesa;

4.º O direito de restituïção e indemnisação, nos casos de violação, dano ou usurpação;

5.º O direito de alienação» (Art. 2169.º).

Nesta descriminação segue o nosso Código uma técnica especial, que em nenhum outro Código a encontramos estabelecida em idênticos termos.

No direito romano, ou melhor, no direito post-justinianeu, três eram os direitos fundamentais em que o direito de propriedade se decompunha: o *jus utendi*, o *jus fruendi* e o *jus abutendi*.

Nos códigos francês e italiano o *jus utendi* e o *jus fruendi*, aglutinando-se, deram origem ao *direito de gôzo*.

O *jus abutendi*, mercê dos limites que da teoria do abuso do direito resultaram para os poderes dos proprietários, passou a designar-se, mais correctamente, *direito de disposição*.

(1) Prof. Dr. José Tavares. Os Princípios. I, 1.ª edição, pág. 599

(2) Empregamos indistintamente as expressões *poder* e *direito* aquele é o termo apropriado á técnica da escola realista francesa; êste é termo que convém á técnica clássica.

Dêste modo, à face dos códigos francês e italiano, o direito de propriedade decompõe-se nos direitos de gôzo e de disposição.

Nos códigos mais recentes—suisso, alemão e brasileiro —também esta descriminação é diferente do estabelecido no art. 2169.º do Código civil português.

Mas quer se diga que o direito de propriedade se decompõe nos direitos de uso, fruïção e abuso, quer se diga que é constituído pelos direitos de gôzo e disposição, ou quer se diga ainda que se decompõe nos direitos de fruïção, de transformação, de exclusão e defeza, de restituïção e de indemnização e de alienação, sempre a idea traduzida por essas palavras será a mesma.

Assim, relacionando a técnica do nosso Código com a dos códigos francês e italiano, verificamos que ao direito de gôzo corresponde o direito de fruïção e que o direito de disposição encontra o seu equivalente no direito de transformação.

Os direitos de exclusão e defeza, restituïção e indemnização e de alienação não são poderes específicos dos direitos de propridade, pois existe relativamente a qualquer outro direito.

Ora êstes poderes contidos no direito de propriedade têm por titular, umas vezes, a mesma pessoa jurídica e, outras vezes, pessoas diferentes: no primeiro caso temos o que se chama a propriedade perfeita que «consiste na fruïção de todos os direitos, contidos no direito de propriedade» (art.º 2187.º do Código civil) e no segundo caso temos a propriedade imperfeita que «consiste na fruïção de parte dêsses direitos» (art.º 2187.º *in fine* do Código civil).

«São propriedades imperfeitas (art.º 2189.º), as seguintes:

1.º A enfiteuse e a subenfiteuse;
2.º O censo;

3.º O quinhão;
4.º O usofruto, e o uso e habitação;
5.º O compáscuo;
6.º As servidões».

Esta enumeração do Código civil é defeituosa: não porque seja incompleta, mas porque considera propriedades inst. tutos jurídicos que deviam ser antes considerados *jura in re aliena*, visto que nelas não encontramos o elemento específico do direito de propriedade.

Este elemento específico do direito de propriedade é o direito de disposição; onde êste faltar existirá tudo menos um direito de propriedade, mesmo imperfeito que seja.

Ora, excluindo a enfiteuse, em nenhuma das outras figuras jurídicas indicadas no art. 2189.º encontramos aquele poder de disposição, pelo que as consideramos não propriedades imperfeitas mas *jura in re aliena*.

E tanto assim é que os art.ºs 2196.º, 2266.º e 2267.º, que se referem ao usufruto, compáscuo e servidão, não nos dizem que o titular dêsses direitos possa dispor da cousa mas sim que êle pode «converter em utilidade própria o uso ou produto de cousa alheia», ou então falam-nos em «propriedades oneradas». (1)

Jura in re aliena. *Direitos reais de gôzo e direitos*

(1) Art.º 2197.º: «Usufruto é o direito de *converter em utilidade própria* o uso ou produto de cousa alheia, mobiliária ou imobiliária».

Art.º 2266.º: «As propriedades *oneradas com cargo perpétuo* de pastagem, por algum título particular, poderão ser isentas dêsse encargo, mediante o pagamento do justo valor dele».

Art.º 2267.º: «Servidão é *o cargo imposto* em qualquer prédio, em proveito ou serviço de outro prédio pertencente a dono diferente; o prédio sujeito á servidão diz-se —serviente—e o que dela se utiliza — dominante —

reais de disposição. Dos direitos que recaiem sôbre cousa alheia uns dizem respeito ao direito de gôzo, outros ao direito de disposição, e que nos conduzem á classificação dos *jura in re aliena* em direitos reais de gôzo e direitos reais de disposição, a que alguns escritores chamam direitos sôbre o valor do uso das cousas e direitos sôbre o valor de troca e que o nosso Código denomina de direitos reais de gôzo e direitos reais de garantia.

Não seguimos a terminologia do nosso Código porque hoje os chamados direitos reais de garantia não teem como única função a de *garantir* um direito.

Ao lado da hipoteca adjectiva ou acessória dum crédito surge-nos hoje, em algumas legislações, uma outra espécie de hipoteca — a substantiva — autónoma e independente do crédito que garante.

No direito civil suisso, por exemplo, há três espécies de hipotecas: a hipoteca pròpriamente dita ou adjectiva, a hipoteca renda fundiária e a cédula hipotecária.

O aparecimento destas três espécies de hipotecas no Código civil suisso explica se por uma razão histórica: anteriormente á sua elaboração cada cantão regia-se por normas próprias, de modo que era possível o aparecimento daquelas três espécies de hipoteca.

Nos cantões do ocidente vigorava a hipoteca adjectiva, a que se encontra em todos os códigos do tipo napoleónico; nos cantões do centro vigorava a renda fundiária; e nos cantões do oriente usava-se a cédula hipotecária.

O Código Civil manteve a existência dêstes três tipos de hipoteca sujeitos a regimes jurídicos diversos.

A *hipoteca adjectiva* é um direito real que garante uma obrigação pessoal. A sua cessão faz-se como a de qualquer outro direito real, ficando o cessionário só com os direitos do cedente. Se a cousa dada em garantia real não fôr suficiente para o pagamento da obrigação pessoal, o crèdor hipotecário pode, na qualidade de crèdor comum, exigir que lhe seja paga a parte que falta, pelos outros bens do devedor.

O maior inconveniente desta primeira espécie de hipoteca está em que o cessionário, no caso de cessão, só adquire os direitos do cedente; não pode adquirir mais.

A *renda fundiária* é impessoal e irresgatável. Quem deve não é a pessoa mas a cousa, o imóvel.

Por out o lado, o crèdor não pode exigir o pagamento do seu crédito, salvo se o imóvel se tiver desvalorizado por tal forma que seja insuficiente para o pagamento da obrigação ou se o devedor faltar ao pagamento dos descontos, isto é, dos juros da obrigação. Fora dêstes casos — repetimos — o crèdor hipotecário, portador da renda fundiária, não pode exigir o pagamento do crédito.

Os títulos da renda fundiária são emitidos pelo conservador do registo predial, no momento em que efectua o registo da hipoteca em presença da escritura respectiva, na qual se declarou qual o tipo de hipoteca convencionado entre o crèdor e o devedor.

Os títulos representativos da renda fundiária são de duas espécies: à ordem e ao portador. Os primeiros transmitem-se por endosso e os segundos pela simpes *traditio*, sendo os juros da obrigação ou a própria dívida, em qualquer dos casos já indicados, exigidos por quem se encontrar na posse dos títulos, no momento do seu vencimento.

Este segundo tipo de hipoteca é, como fàcilmente se conclue do que fica exposto, vantajosíssimo para a circulação comercial. Tem no entanto o inconveniente de ser sòmente real e não também pessoal, pois que se por qualquer motivo ou circunstância a cousa se desvalorizar ou deixar de ser suficiente para o pagamente do crédito, o portador do título não pode exigir mais do que o valor da cousa.

Para evitar o inconveniente da renda fundiária existe o

outro tipo de hipoteca—*a cédula hipotecária*. Esta é também de duas espécies: à ordem e ao portador, transmitindo-se no primeiro caso por endosso e no segundo pela simples tradição. Aquele a quem a cédula tiver sido endossada ou que a tiver em seu poder, se a cédula é ao portador, é a pessoa legítima para exigir do devedor aquilo que do título conste.

Mas, contràriamente ao que acontece com a renda fundiária, este tipo de hipoteca é, além de real, pessoal, de modo que se o imóvel sôbre que recai o ónus se tornar insuficiente para o pagamento da dívida, o crèdor hipotecário pode, como crèdor comum, exigir do devedor o pagamento do restante.

Além das diferenças já indicadas entre os três tipos de hipoteca, outra existe resultante das naturezas jurídicas respectivas: na hipoteca adjectiva pode, uma vez que ela é pessoal, o imóvel onerado pertencer a uma pessoa que não seja o devedor; nas outras duas espécies é necessário que o devedor seja o possuidor do imóvel dado em hipoteca em virtude do carácter da realidade que esta reveste.

No direito alemão o regime jurídico da hipoteca é muito semelhante a este. Também nele existe a renda fundiária e a hipotéca adjectiva.

De todos êstes tipos de hipotéca o único existente entre nós é o da hipoteca adjectiva.

Estas considerações sôbre o direito comparado vêm mostrar-nos a evolução que o regime jurídico da hipoteca tem sofrido e o seu conhecimento é para nós particularmente interessante, num momento em que se fala na modificação da estrutura jurídica da hipoteca. Por outro lado corrobora a afirmação, por nós feita, de que hoje a função da hipoteca não é de simples garantia. Com efeito, o credor hipotecário, segundo o tipo da renda fundiária, mais do que o direito de garantia, tem antes um direito de disposição da cousa.

Assentamos pois na terminologia seguinte: os *jura in re aliena* classificam-se em direitos reais de gôzo e direitos reais de disposição.

São direitos reais de gôzo o censo, o quinhão, o usufruto, o uso e habitação, o compáscuo e as servidões.

Neste ponto estamos em desacôrdo com o Prof. Dr. José Tavares para quem os direitos reais de gôzo se reduzem ao usufruto e à servidão. Nega a qualidade de direitos reais de gôzo ao uso e habitação porque — diz — são apenas modalidades restritas do usufruto. Nega-os também ao compáscuo e ao quinhão porque são modalidades de compropriedade e não a reconhece, também, ao censo porque êste, sendo de duas espécies — o reservativo e o consignativo — o primeiro é equiparado à enfiteuse (art.° 1707.°) e o segundo (art.° 1644.° e segs.) pela sua analogia com a consignação de rendimentos e porque é o efeito e garantia duma obrigação, não deve qualificar-se como direito real (1).

Não concordamos com a opinião do ilustre professor, porque se o usufruto e a compropriedade são direitos reais como tal devemos também considerar as suas modalidades: o uso e habitação, o compáscuo e o quinhão.

Os direitos reais de disposição são: o penhor, a hipoteca, a anticrese e as figuras processuais — arresto, penhora e adjudicação de rendimentos.

A natureza da realidade dêstes direitos parece não dever levantar dúvidas, porquanto, tanto o crèdor hipotecário como o pignoratício, como o anticrético podem, em certos casos, fazer que seja vendida a cousa dada em garantia. Teem pois o poder de disposição sôbre a cousa, embora tal

(1) Prof. Dr. José Tavares, ob. cit., 1.ª edição, pág. 602.

poder sòmente possa ser exercido desde que se verifiquem certas condições.

Com o arresto, penhora e adjudicação de rendimentos o mesmo acontece, o que aliás não é de admirar pois são figuras de direito adjectivo muito parecidas com a hipoteca, penhor e anticrese.

Mas, alguns autores consideram ainda entre os direitos reais de disposição o direito de retenção e os privilégios creditórios.

¿Que pensar duma tal doutrina? Julgamo-la errada, pois entendemos que nem o direito de retenção nem os privilégios creditórios podem ser considerados direitos reais.

O direito de retenção que definimos como sendo «o direito de conservar a cousa de outrem que já possuímos por título legítimo até que êste satisfaça alguma obrigação que nos deve relativa á mesma cousa» é um direito pessoal e não real, como pretendem alguns escritores. A razão por que assim o consideramos é intuitiva. Com efeito, embora os direitos de *seqüela* e de *preferência* não sejam característica essencial, específica dos direitos reais (pois tais direitos acompanham, por vezes, certos direitos pessoais), a verdade é que não há direito real algum que seja desacompanhado daqueles direitos.

Ora, o direito de retenção não é garantido nem pelo direito de seqüela nem pelo direito de preferência. Não o acompanha o direito de seqüela porque logo que o crèdor com direito de retenção larga a mão da cousa já a não pode retomar; não o acompanha o direito de preferência porque no concurso de credores, o crèdor com direito de retenção é considerado credor comum e crèdor privilegiado. É certo que, por vezes, o crédito do crèdor com direito de retenção goza de privilégio (art. 882.º) mas êste embora apareça cumulativamente com o direito de retenção não tem êste direito por origem.

Também não consideramos os privilégios creditórios direitos reais, porque, embora sejam acompanhados pelo direito de preferência, o que é certo é que o privilegiado não tem o poder de disposição, não pode, contràriamente ao que acontece em certas circunstâncias com o crèdor hipotecário, exigir que a cousa seja vendida para pagamento da dívida.

Se o crèdor privilegiado quiser intentar uma acção para se fazer pagar, terá que a propor nos mesmos termos em que a proporia um crèdor comum: o seu privilégio só lhe garante, quando em concurso de credores, o ser pago de preferência a todos os credores comuns.

Os poderes do proprietário no direito romano. Os jurisconsultos romanos sintetizaram os poderes legais do proprietário nos três elementos seguintes:—*o usus, o fructus* e o *abusus*. Estes três elementos fôram depois traduzidos pelos comentadores ou post-glosadores noutras tantas faculdades:—o *jus utendi*, o *jus fruendi* e o *jus abutendi* (1).

O *jus utendi* era o direito que o proprietário tem de se servir das cousas que estão no seu domínio, retirando delas tôdas as vantagens que não sejam os frutos. Pode oferecer os aspectos mais variados consoante as diversas utilidades a que as cousas se podem prestar.

O *jus fruendi* era o direito de perceber todos os frutos das cousas (2).

O *jus abutendi* era o direito de consumir as cousas e,

(1) As expressões *jus utendi, fruendi* e *abutendi* não são romanas: foram os comentadores que as inventaram. Os antigos empregavam simplesmente os substantivos—*usus, fructus* e *abusus* ou os verbos *uti, fari* e *abuti* (*Planiol, ob.* cit. 12.ª edição, t 1, pág. 801).

(2) O nosso Código Civil admite, como se sabe, três espécies de frutos: *naturais, industriais* e *civis* (Cód. civ. art. 495.º § 3.º).

por extensão, de dispor delas de maneira definitiva, destruindo-as ou alienando as.

Dêstes elementos, aquele que constituía a faculdade essencial e específica do direito de propriedade, distinguindo-o de todos os outros direitos reais, era o *jus abutendi*.

Os poderes do proprietário nos Códigos modernos. Nos Códigos modernos êstes três elementos aparecem-nos representados de maneira diversa.

Os Códigos civis francês, hespanhol e italiano sintetizam os poderes do proprietário nos dois direitos subjectivos de *gozar e dispor* das cousas. (1) Concordam, mais ou menos, neste ponto os outros códigos de que o napoleónico foi fonte.

Os legisladores dêstes códigos reduziam assim a trilogia romanista a um binómio, e com uma certa razão pois o direito de uso não existe na vida real, nas relações jurídicas de todos os dias, como um direito independente, separado do direito de fruïção.

O direito de uso do indivíduo, sem o direito de fruïção, sem o direito de colher ou receber os frutos e rendimentos do prédio, comportaria, apenas, a faculdade de passear na quinta — se se tratasse dum prédio rústico — ou de entrar ou saír de casa, se se tratasse dum prédio urbano. Nada mais.

Com a inovação introduzida por aqueles códigos, aproximou-se o direito objectivo das realidade dos factos, o que deve constituir aspiração da ciência jurídica.

E com efeito os próprios direitos de uso e habitação—

(1) Propriedade é o direito de *gozar* e *dispôr* das cousas (Cód. civil francês, art. 544; Cód. civ. italiano, art. 436.° e Cód. civ. espanhol, art. 438.°

direitos reais *in re aliena* —não compreendem apenas o uso duma cousa: comportam também a fruïção. Distinguem-se tais direitos do usufruto apenas pela circunstância de o direito do usufrutuário abranger todos os frutos da cousa, emquanto que a fruïção do usuário, é restrita às suas necessidades. O facto, porém, merece ser pôsto em relêvo, pois nos mostra como até os próprios *jura in re aliena* atribuem ao seu titular o direito de fruïção e como o mero uso, separado da fruïção não passa duma abstracção; dum conceito pràticamente irrealizável.

O Código civil alemão enumera os poderes de *disposição* e *exclusão*, mas subentende o de *gôzo*. A esta conclusão se chega pela comparação do art. 903.°, que enumera os direitos do proprietário, com o art. 906.°. (1)

O Código civil suisso aponta como elementos do direito de propriedade, os direitos de *disposição*, *reivindicação* e *defesa*, mas supõe também o de gôzo, ao qual se refere no art. 644.°, alínea b. (2)

(1) Cód. civil alemão, art. 903: «O proprietário duma cousa *pode*, salvo o efeito das prescrições da lei e os direitos de terceiro, *dispor* desta cousa à sua vontade e *excluir* tôdas as outras pessoas de praticar actos sôbre ela.»

Cód. civil alemão, art. 906: «O Proprietário dum imóvel não pode impedir a introdução de gaz, vapor, cheiro, ruído, fumo, fuligem, calor, abalos e outros efeitos emanentes de outro prédio, se estes efeitos não prejudicarem de modo essencial o *gôzo* do seu imóvel, ou forem o resultado do *gôzo* normal de outro imóvel, como é de uso na localidade para bem da mesma natureza.»

(2) Cód. civil suisso, art. 641: «O proprietario duma cousa tem o direito de *dispor* livremente dela, nos limites da lei. Pode *reivindicá-la*, contra quem a detenha sem direito, e *repelir* tôda a usurpação».

Cód. civil suisso, art. 644: «São acessórios os objectos mobiliários que segundo o costume local ou vontade claramente manifestada do proprietário da cousa principal, estão afectados de maneira duradoura à *exploração*, ao *gôzo* ou á guarda da mesma cousa.»

Tanto no Código alemão como no suisso os direitos de uso e fruïção do direito romano são englobados no direito de gôzo.

O que fica exposto autoriza-nos a fazer a afirmação genérica de que em todos os códigos modernos o direito de gôzo engloba o uso e a fruïção.

O nosso Código civil usou uma terminologia própria, fazendo abranger na propriedade os direitos de *fruïção*, de *transformação*, de *exclusão e defeza*, de *restituïção e indemnização* e de *alienação*. (1) Apreciadas bem as cousas, porém, no fundo, verifica-se que os únicos elementos do direito de propriedade são os dois primeiros referidos—o direito de *fruïção* que comporta também o direito de uso e corresponde ao denominado nos outros Códigos, direito de gôzo, e o direito de *transformação*, correspondente ao direito de disposição, técnica dos códigos estrangeiros.

Com efeito, os poderes de exclusão e defeza, de restituïção e indemnização e de alienação não podem ser considerados nem são elementos específicos da propriedade.

Os poderes de exclusão e defeza são comuns a todos os desmembramentos da propriedade e que em direito civil se chamam direitos reais.

Os poderes de restituïção e indemnização (que o Código civil designa por reivindicação) existem em muitas situações jurídicas não relacionadas com a propriedade: todo aquêle que fôr esbulhado dum direito patrimonial, quer seja real,

(1) Cód. civil. Art.: 2.169: «O direito de propriedade abrange:
1.° O direito de fruïção;
2.° O direito de transformação;
3.° O direito de exclusão e defesa;
4.° O direito de restituïção de indemnisação, nos casos de violação, dano ou usurpação;
5.° O direito de alienação.

quer seja pessoal, tem direito à restituïção e à indemnização pelos prejuízos sofridos.

O mesmo se diga também do poder de alienação, pois que também os créditos se cedem e se alienam e se perdem pela prescrição e outros modos.

Em resumo: os poderes específicos do proprietário reduzem-se, como pretendíamos demonstrar, aos dois elementos que o nosso Código chama direito de *fruïção* e direito de *transformação* e que correspondem aos direitos de gôzo e disposição de que nos falam os códigos francês, italiano e espanhol, terminologia esta que julgamos preferível por ser mais compreensiva e exacta.

Isto não quere dizer, porém, que os outros direitos indicados no art. 2166.° não façam parte dos poderes legais do proprietário: com isto, simplesmente queremos inculcar que tais direitos não são específicos do direito de proprietário, pois são comuns a todos os direitos reais, uns; a todos os direitos patrimoniais, outros.

Tanto o direito de fruïção como o direito de disposição se desdobram por sua vez em outros elementos. Um e outro são definidos no código civil.

No art. 2287.° diz-se: «*o direito de fruïção* abrange:

1.° O direito de perceber todos os frutos naturais, industriais ou civis da cousa própria;

2.° O direito de acessão;

3.° O direito de acesso».

No art. 2315.° indica-se o conteúdo do direito de transformação que abrange «a faculdade de modificar ou alterar, por qualquer maneira, em todo ou em parte, e, até, destruir a substância de cousa própria.

§ único. Êste direito pertence ao dono da cousa, quer esta seja mobiliária, quer imobiliária».

Êste direito de transformação que, fora a vontade do proprietário ou a disposição da lei não conhece limites (art. 2316) é o direito específico do direito de propriedade. A sua existência atribui ao respectivo titular a qualidade de proprietário. Quando os diversos e múltiplos direitos contidos no direito de propriedade se encontrarem em titulares diferentes, aquêle que fôr titular do direito de transformação ou de disposição — como dizem os códigos estrangeiros — êsse será o proprietário da cousa — *dominus proprietatis* ou só *dominus, proprietarius, nudus proprietarius, proprietarius minus plenus*.

O usufrutuário, por exemplo, não pode ser considerado proprietário, porque nos termos dos arts. 2167.º e segs. êle tem o direito de converter em utilidade própria o uso ou produto da cousa alheia, percebendo todos os frutos que a cousa usufruída produzir, quer êsses frutos sejam industriais, quer naturais, quer civis, ressalvando sempre o direito de alterar ou modificar a substância da cousa, direito êste que pertence ao proprietário da dita cousa.

Por isso, consideramos incorrecta a expressão do Código quando considera como propriedades imperfeitas o usufruto, o uso, o compáscuo e a servidão.

De tôdas as propriedades imperfeitas enumeradas no art. 2189.º só a enfiteuse se pode considerar como tal.

É que a enfiteuse engloba poderes de gôzo e poderes de disposição, pois o enfiteuta pode fruir a cousa empregada e pode aliená-la, hipotecá-la, transmiti-la por sucessão hereditária, etc.. Os poderes do enfiteuta não se devem considerar *in re aliena*, mas *in re propria* (1).

(1) O art. 1673.º dispõe que o foreiro tem o direito de usufruir o prédio e de dispor dele como *cousa sua*, salvas as restrições expressas na lei: os arts. 890, 1 677 dão ao enfiteuta o poder de hipoteca, de onerar com quaisquer encargos ou servidões, de doar e trocar o prédio. Tudo isto corrobora a afirmativa de que são *in re propria* os poderes do foreiro.

Na mesma cousa aforada, o enfiteuta e o emprazador teem ambos propriedade imperfeita, como diz o nosso Código.

Todos estes elementos componentes do direito de propriedade teem as mesmas características dêste.

Só podem ser considerados *absolutos* quando vistos em relação ás pessoas vinculadas pela obrigação negativa de nada fazerem que possa prejudicar o titular do direito na faculdade que tem de tirar da cousa tôdas as utilidades que a ordem jurídica lhe consinta. Porém, sob qualquer outro aspecto por que se examinem nenhum dêstes elementos pode ser considerado um direito absoluto, outro sim todos eles teem as mesmas características que atribuímos ao direito de propriedade: simultâneamente *individuais* e *sociais* são *relativos, variáveis, condicionados e limitados*.

São *relativos*, porque só serão direitos enquanto estiverèm de harmonia com a utilidade social; são os correspondentes á função social que o seu proprietário desempenha na sociedade.

São *variáveis*, porque são modificáveis, de momento para momento, conforme se torne necessário e as solicitações do meio social o exigirem.

São *condicionados*, porque estão sempre dependentes da condição de utilidade social.

São *limitados*, porque os direitos de proprietário são sempre definidos pela função social que lhe incumbe.

Finalmente, são simultâneamente *individuais e colectivos* porque a função social desempenhada pela propriedade è relativa ao bem estar e desemvolvimento da colectividade; *individuais*, porque dêsses direitos resultam benefícios para o indivíduo.

Diversidade e natureza das limitações aos poderes do proprietário. O notável economista Leroy-Beaulieu es-

creveu, a propósito das limitações do direito de propriedade, as seguintes palavras: «durante muito tempo a propriedade privada esteve sujeita a servidões colectivas e gravames cujo número foi pouco a pouco diminuindo e aliviando-se: as prestações feudais, a obrigação para todos os vizinhos de fazerem as mesmas culturas, o pregão das vindimas... Tôdas estas limitações da propriedade teem desaparecido... Por um processo de emancipação lenta, mas ininterrupta chegou-se, em nosso tempo, á propriedade completa e absoluta, que reconhece ao proprietário um pleno direito de uso sôbre a cousa e, àlém disso, como corolário, os direitos de de transmissão, de doação e a herança.»

O Prof. Dr. Jaime de Gouveia não considera, porém, esta asserção exacta porque, contrariamente ao que Leroy-Beaulieu afirma, as limitações da propriedade privada não teem gradual e sucessivamente diminuído. Se das leis modernas desapareceram muitas limitações — sebrevivências da época feudal — foi para serem substituídas por outras de diferente natureza, das quais, umas impostas pelo direito público, outras pelas exigências do interêsse social, isto é, pela função social que, hoje, o Estado vai tomando para si por imposição da própria consciência colectiva e, finalmente, outras impostas pelo interêsse dos particulares ou pela consistência do direito de propriedade, como se diz no Código germânico.

Explicando melhor:

«A' medida que a civilização toma incremento, aumenta também o número de actividades susceptíveis de serem suporte de serviços públicos e, por conseqüência, a intervenção dos governos torna se mais freqüente, a-fim de satisfazer as necessidades de interêsse geral.

«A actividade do Estado vai estendendo-se a novas esferas, vai exercendo novas funções, que já não são apenas as de defeza externa, e de segurança e ordem internas. A consciência moderna impõe aos governos o dever de moderar os excessos de egoismo entre as classes, de conter em justos limites a acção dos poderosos para não tiranizarem os fracos, de prevenir a harmonia entre os elementos sociais. E' a função social do Estado, para cujo exercício os governos têm impostos várias restrições à propriedade, e para cuja efectivação vivemos na espectativa muito fundada de limitações sucessivamente maiores.

«Aparecem-nos, por êste modo, três categorias de restrições da propriedade: *limitações de direito público, limitações de direito privado social e limitações de direito civil*». (1)

As principais limitações do direito público ao direito de propriedade são as relativas «à expropriação por utilidade pública, aos regimes das minas, das quedas de água, florestal, e das zonas de servidão milita concernentes às fortificações, ao alinhamento na construção dos edifícios situados nas cidades e povoados, aos serviços de higiene e incêndio e ao exercício de indústrias insalubres».

Denominamos estas restrições de direito público por o seu fundamento ser o interêsse público geral. (2)

---

(1) Prof. Dr. Jaime de Gouveia, ob. cit., pág. 110.

(2) «O número de limitações estabelecido no interêsse geral era, na primeira metade do século passado, insignificante. Pensava-se que a subordinação do interêsse individual ao interêsse geral era a consequência necessária de uma política de atitudes impostas aos homens pelo próprio egoismo, e que, portanto, o interêsse geral resultava automàticamente do livre jôgo dos interêsses individuais.

«O tempo desmentiu o princípio e raros espíritos se lhe mateem hoje fieis O desencantamento invadiu o próprio Estado que, por tôda a parte, tem tomado inúmeras providências destinadas a impor ao proprietário o uso dos seus poderes em harmonia com o interêsse colectivo.

«Estas limitações, que na expropriação vão até á privação da propriedade, referem-se a todos os poderes do proprietário—aos po-

«As limitações de direito privado impossível é referi-las porque, a respeito delas, ainda o direito positivo não entrou no período de sistematização. Encontramo-las em disposições dispersas por muitos dos diplomas legislativos recentes. A esta categoria pertencem as imposições feitas aos proprietários de não aumentarem as rendas das casas, de não despedirem os inquilinos, de não se recusarem a arrendar os seus prédios, de fazerem ou deixarem de fazer certa e determinada cultura, de venderem os produtos da sua indústria por preços fixados» (1), as resultantes das recentes leis que restringiam as sementeiras de trigo e o plantio de vinha e tantas outras todos os dias decretadas.

Qualificamos es restrições de direito privado social porque resultam, de algum modo, da função social do Estado.

As limitações de direito civil, resultantes da própria natureza do direito de propriedade, chamam os códigos civis francês, espanhol e italiano, assim como muitos escritores, servidões legais. Os tratadistas alemãis, bem como muitos italianos e o código civil brasileiro dão-lhes a designação de direitos de vizinhança.

Estas limitações são de duas espécies: «umas encontram-se explicitamente enumeradas nos códigos; outras, ou estão implícitas nos princípios gerais estabelecidos em alguns

deres de uso e fruïção, de transformação e disposição, referem-se tanto á propriedade mobiliária como á propriedade imobiliária (embora as limitações a essa forma de propriedade sejam, pela sua importância e estrutura, muito mais numerosas) e são inspiradas nos mais viriados interêsses. Umas justificam-se com necessidades de segurança, higiene e estética, outras são impostas pela visinhança das vias de comunicações ou por motivos de carácter económico ou financeiro, outras financeiro, outras finalmente pela necessidade de defeza do país.» (Prof. Dr. Manuel Rodrigues, *in* Boletim da Faculdade de Direito, Ano VIII, N.os 71-80).

(1) Prof. Dr. Jaime de Gouveia, idem, pág, 114.

códigos, ou são meras criações da jurisprudência, em relação aos povos cuja legislação civil não contém essas leis normativas.

As limitações expressamente estatuídas no Código civil podem agrupar-se do modo seguinte: restrições que têm por objecto obrigar o proprietário a alienar uma parte do seu terreno; restrições que obrigam o proprietário a tolerar que o vizinho utilize uma parte do seu prédio; restrições que tendem a obrigar o proprietário a tomar certas precauções em relação ao prédio limítrofe». (1)

Entre as limitações criadas pela jurisprudência contam-se proïbições de todos os actos nocivos aos vizinhos praticados: com violação da lei, ou com desprêzo das precauções que a lei recomenda, ou com o mero intuito de prejudicar os outros, ou com prejuízo extraordinário dos proprietários contíguos.

Idéa de posse. *Posse causal e posse formal.* O homem ao apropriar-se das cousas do mundo externo tem como finalidade a utilização económica das vantagens que delas pode obter. Mas para, que bem se possa aproveitar dessas vantagens, necesssário se torna que o homem tenha a faculdade, de actuar sôbre as cousas, de exercer sôbre elas os poderes necessários para a sua utilização económica. Sem esta faculdade, a propriedade seria, na frase elucidativa de Ihering, «um tesouro sem a chave para o abrir, uma árvore frutífera sem a escada necessária para lhe colher os frutos» (2).

E' pois bem certo que «a relacão em que o homem se encontra com as cousas do mundo externo, destinadas a satisfazer as suas necessidades, pode conceber-se por dois

(1) Prof. Dr. Jaime de Gouveia, idem, pág. 114.

(2) Ihering, Possession, pág. 217.

modos substancialmente diversos : *a*) — ou como uma relação de poder geral ou particular, juridicamente organizado, satisfazendo em tudo aos requisitos 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 propriamente 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 suparada por vontade do próprio titular do poder jurídico (ex. o crèdor penhoratício possui a cousa penhorada) e sem ou contra a sua vontade (ex. o ladrão possui a cousa roubada ou furtada).

Por isso, conclui bem Ruggiero, a posse nada tem de comum com a propriedade e com os outros direitos reais — embora possa dar lugar á adquisição deles — como nada tem a sua defeza provisória (acções possessórias) com a defeza absoluta dos outros direitos reais — embora o proprietário ou titular do *jus in re aliena* possa utilizar-se das acções possessórias, se tem 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 a que alguns autores modernos chamam *posse casual* e *posse formal;* o primeiro designa o direito que tem o titular dum poder jurídico a possuir a sua cousa; o segundo o conjunto de direitos que o facto da posse só por si produz, e sobretudo o direito á defeza possessória.

«O *jus possessionis* ou *posse formal* è que constitui precisamente o instituto jurídico autónomo da posse. O *jus possidendi* ou *posse casual* é apenas o exercício, efeito ou conseqüência duma relação jurídica preexistente» (1).

Origem da Posse. O instituto da posse surgiu em Roma ; mas saber qual é a causa que lhe dá origem é problema ainda hoje muito debatido e, porventura, ainda muito longe duma solução definitiva.

Diversas são as teorias que procuram resolver a questão ; aqui, porém, limitar-nos-emos a apresentar as de Savigny, Von Ihering e Niebuhr, já porque nos parecem ser as principais, já porque resumem com pequenas alterações todas as outras.

a) Teoría de Savigny. Para Savigny a posse era um instituto absolutamente estranho ao direito, era um instituto meta-jurídico.

Mas, porque alguém só podia ser esbulhado das cousas que possuía mediante um acto de fôrça, pertubador da paz social, para defender esta o pretor foi levado, indirectamente, a proteger a posse ao expedir os *interdicta.* (2)

---

(1) Prof. Dr. José Tavares, ob. cit., pág. 646 e segs.

(2) Cabe aqui recordarem-se algumas noções aprendidas na cadeira da História das Instituïções do Direito Romano.

Os *interdicta* eram ordens que, a requerimento do interessado, o pretor dirigia a uma pessoa, proibindo-lhe que lezasse os interêsses do requerente.

Esta ordem era dada sem verificação dos factos ; e, de duas, uma : ou ela era obedecida, ou não era. Nêste último caso abria-se um inquérito cujo objectivo era o de procurar saber se o interdicto tinha sido ou não regularmente enviado e conforme a solução a que se chegasse assim se condenaria em perdas e danos a pessoa a quem êle havia sido dirigido ou o requerente.

Eram de duas espécies os interdictos ; *retinendae possessionis causa* e

Dêste modo se atribuíram efeitos jurídicos à posse e se introduziu esta nos domínios do «mundo jurídico».

b) — *Teoria de Ihering.* Rejeitando a doutrina de Savigny por não explicar os *interdicta retinendae possessionis*, Ihering formulou uma nova teoria, segundo a qual a posse teria tido origem na necessidade social de proteger a propriedade.

O Prof. Dr. Manuel Rodrigues (1) sintetiza admirávelmente a doutrina de Ihering, nos termos seguintes: «a hipótese de Ihering (2) postula o seguinte princípio: a pedra angular de tôda a teoria possessória é o interdito *uti possidetis*. Foi êste o interdito que primeiro existiu e dêle saiu, por desenvolvimento lógico ou não, a teoria da posse. (3)

«Ora o interdito *uti possidetis* na sua origem denuncia-se como um incidente preliminar de um litígio sôbre a propriedade e não como um processo de evitar a violência, porque, como adiante se dirá, o pretor podia entregar a

---

recuperandi possessionis causa; os primeiros eram destinados a fazer cessar a turbação da posse; os segundos a recuperá-la.

Os interdictos *retinendae possessionis causa* ainda se dividiam em *utrubi possidetis* e *uti possidetis*: o primeiro era usado quando se tratasse de imóveis e o segundo quando se tratasse de móveis; os *recuperandi possessionis* eram de três espécies: *unde vi, de precario* e *clandestina possessione*. O primeiro aplicado só aos móveis era dado àqueles que haviam sido esbulhados por meio duma violencia normal (*vis cotidiana*) ou duma violência á mão armada (*vis armata*); o segundo era dado àquele que, tendo trasferido a sua posse para outrem com a condição de lhe ser novamente trasferida quando a requisitasse, encontrasse oposição a esta entrega. O terceiro é de existência duvidosa.

(1) Prof. Dr. Manuel Rodrigues, A posse, págs. 16 e sgs.

(2) Interdits, pág. 66 e ses. Esmein Nouv. rev. hist. de droit rançaís et etranger, 877, pág. 493.

(3) Podem ver-se em cornil, Traite de la possession dans le droit romain, as razões com que se defende a prioridade dêste interdito.

quem quisesse e, portanto, ao perturbador, a posse da cousa.

«No antigo processo reivindicatório o pretor concedia as *vindiciae* — (a posse das cousas litigiosas) — a uma das partes, a qual se era obrigada a prestar caução e responsável pela perda, tinha também as vantagens que da retenção derivavam — o uso e a fruïção do objecto em litígio.

«Seguia-se a esta fase a *vindicatio* e a *contravindicatio* em que ambos os litigantes eram obrigados a fazer a prova dos direitos que alegavam — o processo reivindicatório era então um *judicium duplex*.

Como as vantagens jurídicas da retenção eram nenhumas porque ambos os litigantes tinham de fazer a prova do seu direito, o pretor não estava ligado por qualquer regra na escolha do possuïdor. Entregava-a a um deles à sua escolha. Mais tarde o processo reivindicatório da *legis actio sacramenti in rem—judicium duplex*—parece ter-se transformado no processo formulário *per sponsionem judicium simplex*.

«Nesta acção só o reivindicante ficava obrigado á prova, o possuïdor limitava-se a negar o direito daquele porque estava dispensado da prova do direito de propriedade. Desde aquele momento o possuïdor, àlém das vantagens de facto, tinha uma verdadeira vantagem jurídica — a dispensa da prova. Por conseqüência, devia acabar também o arbítrio que a lei dava ás partes na escolha do possuïdor. E na verdade acabou, porque a posse passou a ser motivo de uma decisão em seguida a um processo preparatório, pela qual se atribuia a um dos litigantes o *comodum possessionis*.

«Por último, e é o termo da evolução, êste processo preparatório adquiriu independência pela sua desintegração que se deu do modo seguinte: aquele que sustenta o processo petitório, não tendo obtido a posse e não confiando na prova do petitório, logo que decaïsse no primeiro, abandonava a questão, marcando com êste abandono um período.

Também aquele que intentava o processo potitório se ganhava o possessório muitas vezes não o continuava. Como o objecto lhe era entregue, ficava esperando que o antagonista o fizesse prosseguir. Houve assim um processo pocessório independente — o interdito *uti possidetis.*»

c) — Teoria de Niebhur. Dos terrenos conquistados, uma parte era distribuïda pelos cidadãos romanos e a outra reservada para a cidade e destinada à construção das ruas, praças, etc., constituíndo estes terrenos o *ager publicus.*

Mais tarde, como as conquistas aumentassem, o *ager publicus* deixou de ser absorvido pelas obras de utilidade pública. Mas, em certo momento, para que tais terrenos não ficassem improdutivos, resolveu-se conceder a sua fruïção aos particulares, depois de repartidos em pequenas propriedades chamadas «*possessiones.*»

Mas como estas concessões eram feitas a título precário, a defeza do respetivo direito não podia ser feita pela reivindicatio; mas porque tal direiro não podia ficar sem defeza, criou-se para êle um processo próprio e inspirado nas normas da defesa da propriedado. Êste processo foi o interdito prossessório.

Nas obras da especialidade outras doutrinas se podem encontrar. De todas elas, a que nos parece mais completa e justificativa é a de Niebhur.

Como vêem, fala-se aqui em três opiniões a-respeito da origem da posse. A opinião de Savigny, que diz: a posse foi criada pelo pretor para evitar uma perturbação social. A opinião de von Ihering, que diz: a posse não foi criada, como Savigny diz, para evitar uma perturbação social, porque, quando alguém se servia de um interdito de detenção da

posse, é porque não tinha sido perturbado. Por conseqüência, isto demonstra que não é exacta a opinião de Savigny.

Depois, aparece, a opinião de Nieburg, que diz: quando havia conquistas do povo romano, uma parte de território conquistado era para *ager publicus*, para fins sociais, a construção de cidades, estradas, etc., Mas, aumentando essas conquistas, o *ager publicus* veio a ser grande, a abranger muitos territórios, que já não podiam todos caber na utilidade social. E, para que êsses territórios não ficassem sem aproveitamento, os poderes públicos dividiram o *ager publicus* em parcelas chamadas *possessiones* e distribuíram-nas precàriamente pelos cidadãos.

Os cidadãos, quando eram perturbados na posse das possessiones, não podiam servir-se da acção reivindicatória, porque apenas tinham uma posse precária. Então, o pretor criou os *interditos possessórios (interdita possessionis.*

São estas as três opiniões principais.

Natureza da Posse. — ¿ Qual a natureza jurídica da posse?

Será um facto?

Será um direito?

Os escritores romanistas e a doutrina francesa consideram a posse um simples facto, situado para àlém do Direito, embora produza certos efeitos jurídicos, como a presunção de propriedade, etc. (1)

---

(1) A posse é um facto; nada tem de jurídico e de instituïção senão os meios empregados pela lei para proteger êste facto ou para o destruir.

O facto da posse é geralmente defendido pela lei, mas não sempre; a lei condena-o, por vezes, em nome da reivindicação (Planiol, Ripert, Picard, III, n.º 143),

Outros autores sustentam, porém, que a posse é um direito subjectivo, pois nela se reúnem os elementos dêste: poder, interêsse e garantia.

Mas, dentro desta orientação, outra questão se levantou: a posse é um direito; mas qual a natureza dêste direito: é um direito pessoal ou um direito real?

Dizem uns que é direito pessoal pois que é desta natureza a defeza possessória.

Esta opinião é, porém, inadmissível pois que a natureza dum direito deve determinar-se em função dos seus elementos e não em função da acção.

Parece-nos que a posse deve antes ser considerada como um direito real.

Esta orientação é seguida entre nós pelos Profs. Drs. José Tavares (1) e Manuel Rodrigues (2) e pelo Dr. Cunha Gonçalves. (3)

A *posse é um direito* porque reúne todos os requesitos dêste: poder, interêsse e garantia.

A existência dêstes três elementos é manifesta.

O possuïdor exerce sôbre a cousa um *poder* directo e imediato, tirando dela tôdas as utilidades que ela, legalmente, lhe pode fornecer. Quem tem a posse duma cousa pode gozar, usufruir e dispor dessa cousa: tem direitos de gôzo, fruïção e disposição.

Não se pode dizer, também, que o possuïdor não tenha um *interêsse* na posse da cousa, um interêsse que é juridicamente *garantido* pelas acções possessórias, como já o era no direito romano pelos inderditos possessórios.

A posse é um direito real porque tem tôdas as caracteríscas dos direitos desta natureza.

(1) Prof. Dr. José Tavares, Os Princípios, I.
(2) Prof. Dr. Manuel Rodrigues, A Posse, pág. 39.
(3) Dr. Cunha Gonçalves, Tratado, I, pág. 272, idem, III, p. 461

No direito real encontramos:

1.º) — Um poder directo e imediato de uma pessoa sôbre uma cousa;

2.º) — Uma relação jurídica existente entre o titular do direito e tôdas as outras pessoas, que garante àquele, pela abstenção imposta a estas, o gôzo exclusivo da cousa, objecto do direito.

Ora, na posse encontramos nìtidamente estes dois categoremas.

Na verdade, se se tem, como possuïdor, um poder pacífico e público sôbre uma cousa, e se sôbre elas exercem direitos em nome próprio e exclusivamente se tiram dela tôdas as utilidades que ela é apta a fornecer, tem evidentemente um poder directo e imediato sôbre essa cousa, embora não possua uma causa jurídica justificativa dêsse poder.

Verifica-se do mesmo modo o segundo elemento específico do direito real: o poder exercido pelo possuïdor sôbre a cousa é um poder que todos são obrigados a respeitar.

As acções de manutenção e restituïção de posse são conferidas pela lei ao possuïdor, precisamente para que êste possa defender os seus direitos contra possiveis perturbações de terceiros. E a ordem jurídica consagra de tal forma o direito do possuïdor que até o próprio proprietário da cousa é obrigado a respeitá-lo enquanto não provar pelos meios que a lei lhe faculta—a acção de reivïndicação—que o proprietário da cousa é êle e não o actual possuïdor.

Ora, se na posse se encontram todos os elementos característicos, específicos do direito real, a conclusão a tirar impõe-se: *a posse é um direito real.*

Elementos constitutivos da posse. Duas doutrinas se formaram àcêrca dos elementos da posse:

a)—Uma, subjectiva, tendo como principal representante Savigny;

b)—Outra, objectiva, defendida por Ihering.

Qualquer destas doutrinas, porém, reconhece que para a formação da posse concorrem dois elementos essenciais:

a)—Um elemento material e físico, consistente na relação exterior em que a cousa se encontra com a pessoa e designado por *corpus*;

b)—Outro, intencional ou psicológico, consistente na intenção de ter a cousa à sua livre disposição, denominado *animus*.

Para Savigny, o *animus* era o elemento determinante da posse, a vontade, o factor soberano que transforma a detenção em posse, enquanto que o *animus* era a intenção de reter a cousa para si—*animus domini*—ou—*animus rem sibi habendi*—em oposição ao *animus detinendi* ou intenção de deter a cousa por ou para outrém, que reduz o possuïdor a um simples detentor.

Só a posse, isto é, o *corpus* acompanhado do *animus domini* ou *posse nomine proprio* era protegida pelo direito.

A detenção não era juridicamente protegida, salvo três casos excepcionais: o crèdor penhoratício, o precarista (detentor por concessão gratuita e revogável) e o secretário (depositário da cousa litigiosa), que Savigny explica pelo conceito duma *posse derivada*, transferida àquele detentor pelos verdadeiros possuïdores.

Ihering, combatendo esta teoria, mostrou que a vontade

não era o elemento decisivo para distinguir a posse da detenção.

Não se suprime o elemento intencional, pois que sem êle não teríamos relação possessória, mas apenas o facto material e irrelevante de uma cousa posta em contacto com a pessoa; mas afirma-se que tal elemento está implicitamente contido no poder de facto exercido sôbre a cousa: não há diferença entre o *animus* de ter a cousa para si—*animus domini* ou *animus rem sibi habendi*—e o de a ter por ou para outrem.

A relação corporal acompanhada da intenção de querer manter uma tal relação é, segundo Ihering, suficiente para constituir a posse; e, dum modo geral, pode mesmo dizer-se que tôda a detenção é posse, pois ao conceito de posse basta a existência dum poder físico exercido e mantido voluntàriamente sôbre a cousa.

Se algumas vezes é necessário distinguir entre simples detenção e posse verdadeira, uma tal distinção faz-se não em virtude dum *animus* diverso, mas por outra cousa bem diferente.

É que a ordem jurídica não confere a tutela possessória a todos os casos de detenção: há casos em que a *causa possessionis*, ou seja, a relação entre aquele que tem a cousa em seu poder e aquele de quem a recebeu, é de tal natureza que, ou revela que a cousa é retida no interêsse de outrem, ou que por quaisquer outros motivos não pode considerar-se digna de protecção directa. Êste elemento acidental desempenha então uma função negativa: reduz a posse a uma relação de mera detenção, a uma *causa detentionis*.

É o que acontece com o locatário, com o comodatário, com o depositário e com o mandatário.

Do exposto se vê quão profunda é a divergência que afasta as duas teorias: enquanto para Savigny o *animus*

domini é o elemento determinante da posse, a ponto da sua falta importar inexistência de posse, como acontece com o comodatário, o depositário e o locatário, que são considerados meros detentores, para Ihering o elemento determinante encontra-se no poder físico, voluntàriamente mantido e exercido sôbre a cousa, devendo o juiz declarar a existência da posse sempre que tal poder exista, conquanto se não verifique a causa destituïtiva da posse — *causa detentionis* —; enquanto para Savigny constitue excepção a protecção interdital concedida ao crèdor penheraticio, ao precarista e ao sequestralário, para Ihering a excepção consiste em serem exluidos dessa protecção o comodatário, o locatário e o depositário.

Ihering traduziu por formas algébricas a diferença entre a sua teoria e a de Savigny.

Designando por *P* a posse, por *D* a detenção, por *C* o *corpus*, por *A* o *animus*, por *a* a particular vontade que qualifica o *animus possidendi*, e por *N* a disposição da lei que exclui certas relações possessórias da protecção interdital, teremos:

— Na doutrina de Savigny:

$$P = A + a + C,$$

e

$$D = A + C;$$

— Na de Ihering:

$$P = A + C,$$

$$D = A + C - N$$

Seja, porém, como fôr, o certo é que a existência cumulativa do elemento material do poder de facto sôbre a cousa e do elemento psicológico de querer utilizar êsse poder, se considera necessária, na doutrina comum dos civilistas, como no sistema de tôdas as legislações (1) para o estabelecimento da relação possessória. Se a existência do elemento psicológico se não verificar temos não a posse mas a detenção (2).

O conceito de posse no Código civil português e legislação posterior. O art. 474.º do Código define posse «a detenção ou fruïção de qualquer cousa ou direito».

Não obstante a clareza da disposição não tem deixado de ser formulada, e com certa razão, a seguinte pregunta: qual é o conceito de posse no sistema do nosso Código? A êste respeito três opiniões diferentes teem sido entre nós defendidas.

Há quem afirme que, à face do Código, a posse consiste na retenção ou fruïção duma coisa ou direito quando

(1) O Código civil alemão consagrou a doutrina de Ihering, no art. 854.º: «a posse duma cousa adquire-se pela obtenção do poder de facto sôbre a mesma cousa».

Mas, um tanto ou quanto incoerentemente acrescenta pouco depois que «possuidor pròpriamente é aquele que possui a cousa «como se lhe pertencesse» o que equivale a afirmar a necessidade do «animus domini.

(2) As palavras «posse» e «detenção» substituem na terminologia moderna as expressões muito usadas antigamente: «posse civil» e «posse natural».

acompanhada da intenção de reter ou fruir a cousa como se fôra o seu titular. E' a doutrina do Código civil francês.

Segundo outros, tôda a relação material, ou poder físico qualquer que seja a sua causa, constitue posse. (1)

Outros, finalmente, afirmam que a posse é todo o poder de facto sôbre as cousas quando exercido no próprio interêsse do detentor, quer tenha a sua base num direito real, quer numa relação de obrigação.

Vejamos os argumentos com que se procura defender cada uma destas opiniões:

a) — Os defensores da primeira opinião dizem em seu favor:

1.°) — A doutrina anterior ao Código limitava a posse aos direitos reais e o código não introduziu alterações nas bases e princípios do instituto possessório.

2.°)—Sempre assim o teem entendido os jurisconsultos franceses, ao interpretarem o art. 2228.° do código napoleónico, fonte do art. 474.° do Código civil português.

3.°) — Comparando os arts. 479.° e 506.°, (2) indicando aquele o objecto da posse e êste o da prescrição, notamos entre eles uma coïncidência que nos autoriza a afirmar que a extensão da posse é a da prescrição. Ora esta só se aplica aos direitos reais.

4.°)—Êste último argumento é ainda fortalecido com o art. 510.°. Dispõe êste artigo que «Quem possui em nome de outrem não pode adquirir por prescrição a cousa possuída, ...» o que significa que quem possui em nome próprio, pode adquirir por prescrição a cousa possuída. Ora se a posse se aplicasse aos direitos de crédito, estes direitos podiam adquirir-se por prescrição, o que ninguém admite.

5.°)—As disposições dos arts. 478.° e 489.° (1) corroboram a asserção de que o instituto da posse é limitado directamente pela propriedade.

6.°) — Se a posse não fôsse limitada aos direitos reais não se compreenderia a distinção entre *posse em nome próprio* e *posse em nome alheio* nem se justificaria a presunção de que a posse é exercida em nome próprio, nem teria aplicação o facto de o art. 480.° só conceder a adquisição da posse aos que teem o uso da razão.

7.°)—A doutrina de que a posse é paralela da propriedade é ainda confirmada pelo art. 27.° do Dec. de 30 de Agôsto de 1907 que deu aos arrendatários de prédios rústicos a faculdade de defenderem os seus direitos pelas acções possessórias, depois generalizado aos prédios urbanos pelo Dec. 5411.° de 17 de Abril de 1919 que no art. 20.° determina: «o inquilino que foi ilegalmente perturbado ou esbulhado da posse dos direitos que, pelo arrendamento, tem sôbre o respectivo prédio, pode usar das acções possessórias ou dos embargos de terceiro a-fim-de ser mantido ou restituído na sua posse durante o prazo de arrendamento».

Ora, se os direitos sôbre as cousas, que teem por base obrigações, e pudessem ser objecto de posse, desnecessária seria essa disposição expressa, em relação ao locatário.

---

(1) Almeida Azevedo, Revista dos Tribunais, XXXIV, pág. 118.

(2) Dispõe o art. 479.°: «Só podem ser objecto de posse cousas e direitos certos e determinados, e que sejam susceptíveis de apropriação».

Diz o art. 506.°: «Podem ser objecto de prescrição tôdas as cousas direitos e obrigações que estão em comércio, e que não fôrem exceptuadas por lei».

(1) Dispõe o art. 478.°: «A posse presume-se de boa-fé enquanto o contrário se não provar, salvo nos casos em que a lei expressamente não admitir tal presunção».

E o art. 489.°: «Se a posse tiver durado por mais de um ano, será o possuïdor sumàriamente mantido ou restituído, enquanto não fôr convencido na questão de propriedade».

b)—A segunda opinião, que diz constituir posse todo e poder físico, tem a apoiá-la uma úoica razão: o art. 474.º do Código civil só faz referência à detenção ou fruição, isto é, à relação material, ao poder físico.

Por conseqüência, qualquer detenção constitui posse.

c)—Aqueles que afirmam ser a posse todo o poder de facto, sôbre as cousas, exercido no próprio interêsse, quer tenha na sua base um direito real, quer uma relação de obrigação, defendem a sua tese com a argumentação seguinte:

1.º)—Coelho da Rocha e Correia Telles, os dois jurisconsultos que mais influíram na elaboração do Código, defendiam o reconhecimento da defeza possessória aos *possuidores imperfeitos*: o locatário, o superficiário, etc.

2.º)—Era êste o pensamento do Visconde de Seabra o qual, justificando a eliminação da segunda parte do art. 2.238.º do Código Napoleónico escreveu na redacção do actual art. 474.º que «o colono e o arrendatário não têm sem dúvida a posse da cousa em si mesma: mas teem certamente a posse do direito, que adquirem pelo seu arrendamento, e é fora de dúvida, que possuem em seu nome o usufruto; e, por conseqüência, *podem, nesta parte, usar dos meios possessórios*, tanto contra terceiros como contra aqueles, de quem houveram o seu direito. Agora preguntaremos: para que são precisas na definição as palavras *animo sibi habendi?* Esse animo aparecerá, quando seja preciso, nos factos; *aliás é indeferente*, e só pode servir para dar lugar a disputas». (1)

E a mesma razão que levou Seabra a excluir a expressão *animo sibi habendi* levou também a comissão revisora a rejeitar tôdas as propostas tendentes a introduzir no art. 562.º do projecto—actual art. 474.º—as palavras *animo sibi habendi*. (1)

3.º)—As necessidades exigem que certos direitos, que estabelecem relações sôbre cousas e com base numa relação de obrigação, sejam defendidos pelos meios possessórios tanto contra terceiros como contra o próprio *dominus* da cousa detida.

Ora quando as necessidades reclamam uma determinada solução, esta deve ser adoptada quando os textos legais a ela se não oponham.

E porque assim é, uma vez que as necessidades sociais reclamam a extensão do instituto possessório a certos direitos pessoais, uma tal extensão deve ser admitida, porquanto os textos legais a êsse alargamento se não opõem.

4.º)—Além disto, o art. 1606.º n.º 4 obriga o senhorio «a assegurar o uso da cousa arrendada contra os embaraços e turbações provenientes de direito que algum terceiro tenha com relação a ela, mas não contra os *embaraços e turbações nascidos de mero facto de terceiro*».

Ora, se o artigo não obriga o senhorio a defender o locatário contra as turbações de terceiro, implicitamente autoriza o locatário a defender o seu direito em nome próprio.

5.º)—São poucos consistentes os argumentos tirados de alguns preceitos do Código e com os quais se defende a primeira solução e, assim, quanto ao art. 480.º, a posse tal como aqui se define é sempre um contacto intencional e não um puro contacto material.

Quanto ao art. 489.º, nele se formula apenas a forma por que em geral a posse é vencida.

Quanto ao art. 510.º, deve notar-se que a posse em nome alheio a que o artigo se refere é, rigorosamente, só a dos

(1) Seabra, Resposta ao Dr. Pais da Silva, pág. 41.

(1) Actas da Comissão Revisora, págs. 99 a 103.

detentores desinteressados (serviçais, mandatários, etc.) e; por último do Decreto que concedeu expressamente aos arrendatários o recurso às acções possessórias nenhum argumento se pode tirar contra esta doutrina, antes a abona pois o legislador veio consagrar de maneira clara aquilo que se encontrava na doutrina e lei existentes.

6.º) — Do mesmo modo é improcedente o argumento tirado do art. 474.º a favor da segunda solução porque a posse só existe quando se frui e retém um direito.

E é evidente que não frui nem retém no sentido normal quem exerce estes poderes para outrem.

Inclinamo-nos para esta última opinião que nos parece ser a que mais se harmoniza com as disposições do Código e com as solicitações do meio ambiente.

E' pois a posse, no sistema do nosso Código, formada por dois elementos: o *corpus* e o *animus*.

O *corpus* é todo o poder autónomo, independente da causa jurídica, de uma pessoa sôbre uma cousa e consiste na prática de actos de usufruïção e transformação em interêsse próprio e de harmonia com a natureza do direito que se invoca ou da cousa que se possui.

O *animus* consiste na intenção de exercer um poder sôbre as cousas no próprio interêsse.

A posse tem por objecto o direito de propriedade, os direitos reais e os direitos pessoais que, tendo na sua base uma relação de obrigação, recaiem sôbre as cousas e se exercem no próprio interêsse do seu titular.

Entramos assim na concepção objectiva do património.

Do exposto se deduz fàcilmente que o locatário, o comodatário, etc., devem ser considerados possuïdores.

Mais se deduz que sempre que alguém exerça sôbre uma cousa poderes materiais é possuïdor, excepto se exercer êsses poderes no interêsse exclusivo de outrem porque,

em tais casos e por tal facto, a lei não protege a relação do indivíduo com a cousa.

E' assim a posse do gerente, do doméstico ou do motorista, que apenas exercem os seus poderes no interêsse do comerciante ou do comitente.

São os detentores da teoria de Ihering (1).

Porém, aquele que exerce sôbre uma cousa poderes não só no interêsse de outrem, mas também no próprio interêsse, é possuïdor já em nome alheio, já em nome próprio.

E' o que acontece com o usufrutuário, comodatário, etc.

Excluímos do âmbito da posse todos os direitos que tendo por base uma relação de obrigação não estabelecem uma relação de pessoas com as cousas.

A posse dum serviço ou duma prestação em dinheiro não é admissível.

Também não consideramos a defeza possessória aplicável às relações de família.

E' certo que os canonistas entenderam poderem ser objecto de posse certos direitos que não recaíam sôbre cousas, v. g., a posse do bispo em relação à Sé, a do cónego em relação à cadeira e a do estado das pessoas, sobretudo, o estado de casado e de filho.

Porém, só excepcionalmente a defeza possessória se aplicou às relações de família.

Hoje, como sempre, a posse do estado tem sòmente uma função probatória supletiva (arts. 18.º e 48.º do Dec. n.º 2 de 25 de Dezembro de 1910) ou constitui um obstáculo à contestação do estado que consta do registo, como no Decreto n.º 1 de 25 de Dezembro de 1910 se declara.

Com efeito, no art. 47.º dêste Dec. declara-se que «ninguém pode, porém, contestar o casamento de pessoas falecidas na posse dêsse estado, em prejuízo dos filhos das

(1) Planiol, Ripert (Pica d), III, págs. 165 e segs.

mesmas pessoas, salvo provando por certidão extraída do registo civil, ou dos livros paroquiais, que alguma delas era casada com outra pessoa».

Qualidades ou requisitos da posse. Às qualidades da posse que agora vamos analizar aparecem designadas sôbre nomes diversos nas obras dos autores: umas vezes estudam-se estas qualidades pelo lado negativo donominam-se então *vícios da posse*; outras vezes estudam-se estes requisitos em atenção à prescrição adquisitiva e então denominam-se *qualidades, requisitos ou modalidades da posse* para conduzir ao usucapião; outras vezes, finalmente, designam-se estas qualidades por modalidades ou espécies da posse.

O conceito de posse a que nos temos referido é um conceito abstracto.

Porém, «se a posse em abstrato, diz Ruggiero, é sempre um conceito único, em concreto pode assumir figuras distintas, 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 requisitos nem subjectivos, nem objectivos, que constitui já a posse, qualquer outra relação do mesmo tipo, que apresenta outras qualificações, como ausência de vícios, o concurso de um justo título, a boa fé, teremos necessáriamente outros tipos distintos daquele tipo elementar, formando gráus 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».

Ora êstes requisitos, que, juntando-se ao conceito abstrato de posse, nos dão os diversos conceitos concretos, denominam-se *qualidades da posse*.

Estas qualidades da posse são: a boa-fé (arts. 475.º e 476.º (1)); o exercício em nome próprio (art. 481.º) (2); a publicidade; a pacificidade; a continuïdade e o título por que se exerce a posse (3) — qualidades que nos dão respectivamente os conceitos de:

a) — Posse de boa-fé;
b) — Posse em nome próprio;
c) — Posse pública;
d) — Posse pacífica;
e) — Posse contínua;
f) — Posse titulada.

Vejamos quando é que se verifica cada uma destas hipóteses:

A) — Posse de boa-fé. Posse de boa-fé é aquela que procede de cousa ou título cujos vícios não são conhecidos do possuïdor; êste tem o poder sôbre a cousa como perfeitamente jurídico (art. 476.º do Código Civil).

---

(1) Art. 475: «A posse, como meio de adquirir, pode ser de *boa* ou de *má fé*».

Art. 476: «Posse de boa-fé é aquela que procede de título, cujos vícios não são conhecidos do possuïdor. Posse de má fé é a que se dá na hipótese inversa».

(2) Art 481: «A posse pode ser adquirida e exercida, tanto em *próprio nome*, como em nome de outrem».

(3) Art. 517: «A posse para o efeito da pescrição deve ser:
1.º Titulada;
2.º De boa-fé;
3.º Pacífica;
4.º Contínua;
5.º Pública.
§ único. A disposição dêste art. não tem excepção, que não seja expressa na lei».

Êste conceito de boa-fé, não é um conceito moral, mas sim um conceito jurídico, um estado psicológico para o qual contribuem dois elementos:

a) — Um, objectivo — o título;

b) — Outro, subjectivo — a ignorância dos vícios porventura existentes nesse título.

Esta ignorância dos vícios do título pode resultar de êrro de direito ou de êrro de facto.

Resulta dum êrro de direito se a cousa foi doada ao possuïdor, por título particular, por desconhecer que a lei exigia escritura pública.

Resulta dum êrro de facto se o doador tiver sido alguém que o possuïdor julgava ser o dono da cousa, mas que na realidade o não era.

B) — *Posse em nome próprio.* Posse em nome próprio é aquela em que o possuidor detém e frui a cousa sem reconhecer qualquer poder superior ao seu sôbre a cousa (Código civil, art. 481).

C) — *Posse Pública.* Posse pública é aquela que foi registada, quer seja conhecida quer não por aqueles que tinham interêsse em fazer oposição aos actos da posse ou que, não tendo sido registada, tem sido no entanto exercida de modo que pode ser conhecida pelos interessados (Código Civil, artigo 523.º).

Mas a posse só pode ser registada mediante uma sentença com trânsito em julgado, que o possuïdor a *exerceu pública*, pacífica e continuadamente por tempo de *cinco anos*.

Compreende-se fàcilmente a razão por que em caso de registo não se exige o conhecimento directo dos interessados: como o registo é um acto de publicidade, se os interessados não tiveram conhecimento da posse é porque não agiram com o necessário zêlo e diligência.

E, «como dizia Dunod, quem é negligente e não se informou, podendo informar-se, não soube, podendo tê-lo sabido, só de si poderá queixar-se» (1).

O conceito de posse pública do nosso Código é diferente do conceito romanista e mesmo do direito intermédio.

Assim, nos costumes de Melin, fonte do direito francês e que nós nunca devemos esquecer por êste ter sido fonte do nosso direito, considera-se *posse pública* aquela de que todos tinham conhecimento ou de que todos podiam tê-lo.

No nosso Código não se exige que tôda a gente tenha ou possa ter conhecimento: basta que os interessados na oposição à posse tenham ou possam ter conhecimento dela para logo se considerar pública.

Assim, se alguém no desejo de ampliar a cave da sua casa perfurar o solo por debaixo do quintal do vizinho, logo que nêste suceda qualquer facto, v. g., um esboroamento, a abertura dum respiradouro, que revele a usurpação, a posse será pública.

E' que o vício da clandestinidade é temporário, isto é, uma posse que comece por ser clandestina pode tornar-se pública, só então adquirindo a qualidade precisa para caracterizar a posse de modo que esta possa produzir os efeitos de que é capaz.

E' que, ao contrário do que o art. 517º parece querer indicar, as qualidades da posse nêle indicadas não são só necessárias para os efeitos da prescrição adquisitiva, mas também *para quaisquer outros efeitos*, nomeadamente para o exercício das acções possessórias.

---

(1) Citado pelo Dr. Cunha Gonçalves, ob cit. vol. III, págs, 511.

Só a posse pública, em oposição à clandestina, é acompanhada pela garantia jurídica.

A posse pública, porém, é que nunca pode tornar-se clandestina porque uma vez adquirida a publicidade jàmais a perderá, a não ser que o possuïdor perca a posse, mas, nêste caso, esta não passou de pública a clandestina: extinguiu-se.

Pode, na entanto, acontecer que sendo vários os interessados na oposição da posse, só um dêles adquira conhemento dela (1) e, nêste caso, pregunta-se: pelo facto de um só dos interessados tomar conhecimento dos actos clandestinos de posse passará esta esta a ser pública em relação a todos os outros?

Não. Em relação aos outros interessados continua a ser clandestina, podendo opôr se à posse logo que esta adquira a qualidade de publicidade; em relação àquela que teve conhecimento dos actos clandestinos terá que se opôr à posse, pelos meios possessórios, no prazo de um ano, sob pena de mais tarde já se não poder opôr.

Um outro problema que aqui se levanta consiste em saber como considerar os actos possessórios praticados de noite:

Clandestinos? Não clandestinos?

Tem-se dito que tais actos são actos de posse clandestina.

Não nos parece, porém, acertada esta asserção porque há casos em que os actos possessórios só podem ser praticados de noute.

---

(1) O que pode fàcilmente acontecer visto que a publicidade pode ser objectiva ou subjectiva; no primeiro caso a posse é conhecida por interessados e não interessados; no segundo caso só os interessados teem conhecimento da posse.

Ora, se seguíssemos aquele critério, nunca em tais casos poderia haver posse, o que não é verdade.

O requisito da publicidade interessa às garantías da posse, à sua defesa e até mesmo à sua natureza.

Porém, quanto à natureza não se deve entender que a publicidade faça parte da natureza da posse pois que, se assim acontecesse, faria parte do conceito abstracto de posse, o que aliás se não verifica.

d)—Posse Pacífica. Posse pacífica é a que se adquire sem violência (Código civil, art. 521.º).

No direito romano sòmente se considerava a violência em relação ao momento em que se tomava a posse, e idêntica doutrina parece ser a consagrada no Código, como manifestamente se deduz da palavra «adquire».

Os escritores modernos exigem, porém, que a posse seja pacífica tanto no momento da adquisição como no tempo da sua duração.

Assim, não poderá ser considerada pacífica a posse de quem está em constante luta armada, já repelindo, já sendo repelido, de modo que embora não esbulhado da cousa é evidentemente privado dos seus frutos e do integral exercício do seu direito.

Uma tal posse é incerta, é viciosa.

e) — Posse Contínua. Posse contínua é a que não tem sido interrompida (Código civil, art. 522.º).

Alguns códigos, como o italiano e o francês, exigem ao lado desta qualidade a da ininterruptabilidade: a posse útil, produtora de efeitos, àlém de contínua, tem de ser ininterrupta.

O legislador, talvez para evitar as discussões que já en-

tão se levantavam à volta daqueles dois conceitos, resolveu falar só de posse contínua.

Porém, dão-nos desta o conceito daquela os códigos francês e italiano, englobando assim os dois conceitos num só.

Ora, enquanto a continuidade se refere aos actos do próprio possuïdor, a ininterrupção refere-se a actos de terceiro.

Logo, para o Código posse contínua é aquela que é exercida sem intermitências, quer provadas por facto de terceiros, quer por abstenções do possuïdor.

f)—Posse Titulada. Note-se desde já que para os efeitos da prescrição adquisitiva (usucapião) não é necessário, como o art. 517.º parece indicar, que a posse seja titulada e de boa-fé; verificando-se as outras três qualidades exigidas—pacificidade, continuïdade e publicidade—verifica-se a prescrição adquisitiva.

Esta prescrição simplesmente é facilitada pela existência da boa-fé e do título justificativo da posse, encurtando os prazos necessários para que ela se verifique (Código civil, arts. 527.º, 528.º e 532.º).

Posse titulada é a que se funda em justo título, em causa jurídica (Código civil, art. 518.º).

Justo título ou *causa jurídica* diz-nos qualquer modo legítimo de adquirir, independentemente do direito do transmitente (art. 518.º).

A posse titulada verifica-se, pois, sempre que um indivíduo exerce um poder físico sôbre uma cousa legìtimamente adquirida, por um modo originário ou derivado, por ocupação ou cessão, por herança ou doação, etc.

O que possui porque ocupou uma cousa abandonada

tem título; o que possui porque comprou tem título também.

Quando a cousa se adquiriu por um modo derivado, a posse é titulada independentemente do direito do transmitente (Art. 518.º do Código civil).

Assim, se António possui uma cousa que Joaquim lhe doou, a sua posse é titulada.

Mas, por hipótese Joaquim não era o proprietário da cousa, mas sim Manuel que a vem reivindidar, com êxito de António. Este, porque a posse era titulada, ficou com os direitos do evicto, não contra Joaquim, mas sim contra aquele que transmitiu a Joaquim a propriedade que não tinha.

A' posse titulada opõe-se a posse não titulada.

Vícios da Posse. Dizemos que por vezes as qualidades da posse são estudadas de forma negativa, isto é, estudam-se os vícios da posse. Vejamos êste aspecto do estudo.

A posse existe, como já afirmamos supra, desde que se encontrem reünidos o *corpus* e o *animus*; mas, para que ela produza efeitos, é preciso que seja isenta dos vícios de que por vezes enferma.

Um vício da posse é—como diz Picard—qualquer cousa que, sem destruír a posse, a torna juridicamente inútil.

A má fé e a posse em nome alheio não são vícios da posse, pois que a lei atribui efeitos jurídicos à posse com aquelas características.

Os vícios da posse são: a clandestinidade, a violência e a descontinuïdade, a que correspondem a posse clandestina, a posse violenta e a posse descontínua.

A)—Posse Clandestina.

A posse clandestina opõe-se à posse pública.

Posse clandestina é aquela em que o possuïdor procura encobrir os actos das vistas de todos e, nomeadamente, daquele que tinha interêsse em fazer a oposição à posse.

O vício da clandestinidade é:

a)—*Temporário*, porque a clandestinidade pode cessar e desde êste momento a posse útil começa a correr;

b)—*Relativo*, porque o possuïdor pode encobrir os seus actos sòmente das vistas de alguém e, nestes casos, a posse será clandestina em relação a êstes e pública relativamente aos restantes.

B)—*Posse Violenta*.

A posse violenta opõe-se à posse pacífica.

O vício nascido da violência é:

a)—*Temporário*—pois que, uma vez cessada a violência, a posse útil começará a correr. O prazo para a prescrição será, porém, de 30 anos pois não se concebe que aquele que violentamente adquiriu a posse duma cousa tenha estado de boa fé.

Este requesito da posse estabelece uma diferença entre o direito português e o direito romano, pois que, neste, a posse adquirida pela violência continuava viciosa mesmo depois de terminada a violência. O vício da violência só desaparecia quando a cousa voltasse novamente às mãos do seu proprietário.

b)—*Relativo*—porque a posse pode ser violenta em relação a umas pessoas e pacífica em relação a outras. Assim, se António se tiver apossado violentamente duma cousa que Joaquim possuía mas que pertencia a Manuel, o vício nascido da violência existe em relação a Joaquim, ex-possuïdor, mas não em relação ao proprietário.

Afirmamos já que uma posse se considera pacífica tanto quanto ao momento da adquisição como no tempo da duração.

Ora, neste segundo aspecto, os escritores flectem um pouco a rigídez do princípio nos dois casos seguintes:

1.º — Para a qualificação da violência posterior ao momento de adquisição são indiferentes os *actos de violência passiva*, isto é, os actos praticados pelo possuïdor para repelir a turbação de terceiros; e isto porque — diz-se — seria inadmissível fazer depender dum terceiro o carácter vicioso ou não da posse.

2.º — Os próprios actos da violência activa são indiferentes para a qualificação da posse quando tenham sido praticados de longe em longe.

A violência de que aqui se fala não é só a do art. 660.º § único do Código, consistente no emprêgo de «fôrça física, ou de quaisquer outros meios que produzam danos ou fortes receios deles, relativamente à pessoa, honra ou fazenda do contraente ou de terceiros», isto é, a *vis absoluta* dos romanos que gera nulidade absoluta (1), mas também tôda a violência que fica àquém dêstes limites extremos.

c)—*Posse Descontínua*. A posse descontínua opõe-se à posse contínua.

O uso constante e permanente da cousa seria impossível e absurdo. Quando se diz que a posse deve ser contínua quere significar-se que o possuïdor deve praticar os actos de posse de maneira regular e com espaços suficientemente curtos de modo a não constituir lacunas.

Uma posse que ninguém interrompeu mas que o possuïdor não mostre ter exercido por actos possessórios é contí-

(1) O Dr. José Tavares diz que o § único do art. 666.º do Cód. civil abrange tanto a fôrça física, como a coacção moral e que, seja qual fôr a violência empregada, sempre a nulidade daí resultante será uma nulidade relativa, por no direito português não existirem nulidades absolutas

nuos não é uma posse contínua, nem mesmo uma posse existente.

A questão de saber se os actos praticados fôram espaçados de forma a dever considerar-se ou não contínua a posse é, porém, uma questão de facto que se deve resolver a propósito de cada caso concreto e segundo a natureza da cousa possuída.

«Assim, num montado de sobreiros, só é extraída a cortiça que tiver nove ou dez anos de criação, e, por isso, se as árvores forem tôdas da mesma idade, só em intervalos de nove ou dez anos se realizarão as tiragens; mas, nestes intervalos, outros actos possessórios podem ser praticados, como a criação de porcos, corte de lenha, limpeza de mato, culturas intercalares anuais, lavoura do terreno, etc». (1)

Efeitos da posse—*Explicação prévia.* A eficácia jurídica da posse traduz-se na concessão das acções possessórias ao possuïdor e numa série de vantagens ou cómodos que para êste resultam directamente do facto da posse, ou que são por êle condicionados.

Não são, porém, unânimes os escritores àcêrca do número e natureza dessas vantagens ou cómodos. Emquanto Aubry e Rau atribuem à posse um único efeito, Tapia enumerou nada menos de setenta e dois *commoda possessionis*.

A questão tem, porém, uma importância mais académica do que prática, pois resulta de modo diferente de encarar o problema: emquanto uns consideram efeitos da posse sòmente os que *directamente* promanam do facto da posse, outros consideram também, com mais ou menos amplitude, os que de algum modo com êle se prendem.

(1) Exemplo tirado do vol. III do Tratado do Dr. Cunha Gonçalves, pág. 507.

O nosso legislador não sistematizou convenientemente esta matéria: porém, das diversas disposições do Código parece-nos que podemos indicar, como sendo os mais característicos efeitos da posse, os seguintes:

1.°)—Ao possuïdor pertence a posição mais cómoda de réu nas acções em que o titular do direito ou o proprietário da cousa possuída reclame como seu o direito ou a cousa, vantagem esta traduzida no aforismo *causa melior est conditio possidentis*.

Vejamos em que consiste esta vantagem. E' conhecido o princípio de que o onus da prova recai sôbre quem alega os factos—*onus probandi fit auctori*.

Ora, o autor não tem que provar a sua posse; não tem mesmo necessidade doutra defeza àlém da invocação da sua posse — *possideo quia possideo;* é ao adversário que compete provar o seu direito; e se o não conseguir o possuïdor vence a demanda—*auctor non probandi, reus absolvitur*.

2.°—O possuïdor tem o direito de fazer cessar todos os actos perturbadores da sua posse, repelindo-os por sua própria fôrça, desde que o faça em acto consecutivo e não lhe seja possível recorrer à fôrça pública—*vim vi repellere licet* (arts. 486.° do Código civil).

3.°—Na defeza do seu direito tem as acções possessórias (1) que lhe são conferidas por lei (arts. 484.° a 493.°). Está a posse protegida também pela acção criminal, visto que segundo o disposto no art. 445.° do Código Penal, é crime o facto de alguém por meio de violência ou de ameaça para com as pessoas ocupar cousa imóvel, arrogando-se o domínio ou a posse ou o uso dela sem que lhe pertença.

(1) Coviello entende que as acções possessórias não se podem considerar como um efeito de posse, porque elas constituem—diz—a tutela ou protecção legal do instituto possessório.

4.º) — O possuïdor de boa-fé tem direito aos frutos da cousa. Esta adquisição está, porém, dependente de regras diversas conforme a natureza dos frutos. Assim, o possuïdor de boa-fé faz seus os frutos naturais e industriais colhidos até ao dia em que cessou a boa-fé; mas tem, no entanto, direito a ser indemnizado das despezas que haja feito com a produção daqueles que se encontrarem ainda pendentes e, àlém disso, a uma parte do produto líquido proporcional ao tempo da colheita (art. 495.º).

Os frutos civis são adquiridos por quem tenha a posse da cousa no momento em que são produzidos: e, por isso, êles são repartidos proporcionalmente ao tempo em que a cousa foi possuída pelos diversos titulares. Assim é que o possuïdor de boa-fé faz seus os frutos civis correspondentes à duração da mesma posse.

5.º) — Tanto o possuïdor de boa-fé como o de má-fé têm direito a ser indemnizados pelas benfeitorias necessárias (art. 498.º). Porém, na importância destas será encontrado o rendimento líquido dos frutos recebidos (art. 498.º § 1.º) de modo que o possuïdor só terá direito ao saldo, havendo-o, a seu favor.

Só o reembôlso do possuïdor de boa-fé está garantido com o direito de retenção, podendo o mesmo recusar a restituïção da cousa enquanto tais benfeitorias não lhe sejam pagas.

Tanto o possuïdor de boa-fé como o de má-fé têm direito a levantar as benfeitorias úteis, podendo fazê-lo sem detrimento da cousa (499.º). A possibilidade de detrimento é uma questão de facto que deve ser resolvida simplesmente para cada caso concreto.

Havendo detrimento da cousa o possuïdor terá direito a ser indemnizado por essas benfeitorias (art. 499.º § 2.º);

porém, só o reembôlso do possuïdor de boa fé está garantido com o direito de retenção (art. 499.º § 2.º).

Só o possuïdor de boa-fé tem direito a levantar as benfeitorias voluptuárias desde que daí não resulte detrimento da cousa; havendo-o, não as poderá levantar nem haver o valor delas (art. 500.º).

A possibilidade de tais casos será nos termos do § 2.º do art. 500.º apreciada por louvado escolhido a aprazimento das partes.

6.º) — A posse produz em favor do possuïdor a presunção de propriedade, que pode ser mais ou menos atendida conforme as circunstâncias (art. 477.º).

Desta presunção legal é que alguns escritores tiram a conseqüência de ficar o possuïdor exonerado do cargo da prova na acção de reivindicação de domínio, que contra êle venha a ser intentada.

O art. 477.º tem de ser confrontado com o disposto no art. 952.º, que na nova redacção que lhe foi dada pelo Dec. 19 126 de 16 de Dezembro de 1930 determina que a posse pode ser invocada em juízo para prova da propriedade e defendida pelos meios possessórios, independentemente de registo, salvo o disposto nos arts. 524.º, 525.º e 526.º n.º 1.º, ou seja no caso de prescrição fundada em mera posse.

Ora, como a mera posse só pode ser registada mediante a apresentação de sentença com trânsito em julgado, donde conste que o possuïdor tem exercido a posse durante o prazo de cinco anos, pelo menos, resulta que a prescrição de propriedade não pode fundar-se em posse de menos de cinco anos.

7.º) — A posse, desde que seja em nome próprio (art.

510.º) (1) e reúna as qualidades exigidas no art. 517.º, confere ao possuidor a propriedade da cousa possuída, decorridos que sejam os prazos exigidos por lei (*prescrição aquisitiva* ou *usocapião*).

Note-se, porém, que as cinco qualidades exigidas pelo art. 517.º para que se verifique a prescrição aquisitiva — 1.ª titulada, 2.ª boa fé, 3.ª pacífica, 4.ª contínua e 5.ª pública — não são sempre necessárias, embora as excepções sejam sómente as expressas na lei (art. 517.º § único). Com efeito, da leitura dos arts. 517.º (2) e 529.º (3) resulta que aquelas condições só são necessárias para a propriedade se adquirir pelas prescrições de 5, 10 e 15 anos, sendo dispensáveis as duas primeiras qualidades para as prescrições de 20 e 30 anos. Por outro lado, dispondo o art. 532.º que «as cousas móveis podem ser prescritas pela posse de três anos, sendo *contínua, pacífica* e acompanhada de *justo título* e *boa fé*; ou pela de dez indepentemente de *boa fé e justo título* parece excluír a qualidade da publicidade em relação à prescrição dos móveis. E, contudo, a publicidade é como já atrás se disse, uma qualidade indispensável da posse.

(1) A exigência da posse em nome próprio para que se verifique a prescrição encontra-se feita de modo indirecto no Céd. civil, art. 510.º: «quem possui em nome de outrem não pode adquirir por prescrição a cousa possuída...»

(2) Art. 527.º: «Tanto num como noutro dos dois casos especificados no artigo antecedente, se a posse tiver durado por dez anos ou mais, àlém dos prazos estabelecidos no mesmo artigo, dar-se-á a prescrição, sem que possa alegar-se má fé, ou a falta de título salvo o que fica disposto no artigo 510.º».

(3) Art. 529.º: «Quando, porém, a posse dos imóveis ou direitos imobiliários, mencionados no artigo antecedente, tiver durado pelo tempo de trinta anos, dar-se-á a prescrição, sem que possa alegar-se a má fé ou a falta de título, salvo o que fica disposto no art. 510.º».

§ 3.º

26.º—Do Direito de Família

—Conceito de família no Direito Romano.

—Conceito de família no Direito moderno.

—Agregado familiar.

—Casamento: — importância e evolução.

—Breve esbôço do casamento no Direito Romano

—Natureza jurídica do casamento.

—O problema da natureza jurídica do casamento e a doutrina.

—As diversas soluções que têm sido dadas ao problema da natureza jurídica do casamento:

a)—Doutrina contratual;

1.º—Exposição da doutrina;

2.º—Apreciação da matéria contratualista.

b)—Doutrina do casamento—instituição.

c)—Outras doutrinas:

1.ª—Doutrina de Licu;

2.ª—Doutrina de Portalis.

d)—Solução proposta.

—Harmonização da solução dada ao problema da natureza jurídica do casamento pelo prof. Doutor Jaime de Gouveia, com a definição legal de casamento.

—**Elementos constitutivos do casamento — condições de validade do casamento: —**

Condições emergentes da própria natureza do casamento;

Condições relativas à capacidade dos contraentes — impedimentos;

Condições comuns a todos os actos jurídicos;

Condições de validade intrínseca e condições de validade extrínseca.

Conceito de família no Direito Romano: — Já no Direito Romano se atribuíam à palavra *família* dois significados diversos:

1) — Num *significado mais restrito* designava o conjunto de indivíduos (1) que estavam sob o mesmo pátrio poder, sob a mesma «manus» *(família jure proprio)*.

2) — Num *outro significado* abrangia todos os indivíduos que embora submetidos, em dado momento, a pátrios poderes diferentes estariam no entanto subordinados ao mesmo «pater-famílias» se êste fôsse ainda vivo *(familia jure comuni)*.

Conceito de família no Direito moderno: — Também no direito moderno a palavra *família* tem diversos significados:

1) — Num *significado amplo* abrange tôdas as pessoas que têm um progenitor comum.

(1) Indivíduos e não pessoas, porque nem a todos os indivíduos o Direito Romano reconhecia a qualidade de pessoa.

2) Num *sentido restrito* abrange sòmente os esposos e os seus imediatos descendentes.

3) — Num *significado intermédio*, que é o próprio ou jurídico, abrange as pessoas que promanando dum progenitor comum, se encontram ligadas pelo facto da sua origem por um vínculo jurídico.

Como vemos, os elementos de cuja conjugação resulta o conceito jurídico de família são:

a) *a origem comum.*

b) *a vinculação jurídica*, sendo êste último elemento que nos permite distinguir a família legítima da ilegítima, pois entre os elementos desta não existe tal vinculação.

Assim, porque entre nós o vínculo jurídico só produz efeitos até ao 6.º grau (vid., por exemplo o art.º 1969.º do Código Civil, relativo à sucessão legítima) (1).

Os parentes em 12.º, 10.º ou mesmo 8.º gráu já não fazem parte da família no sentido jurídico, já não têm uns em relação aos outros os direitos e obrigações que a lei atribue às pessoas por virtude da relação de parentesco que entre elas existe.

Agregado familiar: — Na sua evolução o grupo familiar tem sofrido modificações em um duplo sentido: no sentido da diminuïção do vínculo de pessoas que o constituem e no sentido do alargamento da intensidade da vinculação que prende as pessoas do grupo em benefício da actividade individual de cada uma das partes que compõem o agregado familiar.

(1) Esta limitação da vinculação jurídica é recente: data do decreto de 31-10-910, art.ºs 7 e 19. Até então, o âmbito da família era maior.

Estas modificações, porém, são mais de carácter acidental do que essencial. Por isso, elas não modificaram a natureza do grupo: a família ainda hoje constitue um agrupamento natural. Com efeito, as pessoas que compõem o agregado familiar não se encontram vinculadas por virtude de um acto de vontade, de um acto arbitrário, mas por fôrça da própria natureza. E' um agrupamento necessário, no dizer de filósofos e juristas.

Como diz Duguit, «só ousadamente se poderia conceber uma organização social em que o laço familiar não fôsse reconhecido nem pelos costumes nem pelas leis». (1)

Com efeito, não se compreenderia fàcilmente o agregado nacional sem a existência de um grupo que fôsse o elemento de coesão entre todos os elementos que formam a nacionalidade.

Ora esta função de coesão é desempenhada pela família; «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 verdadeiramento social, apto para cooperar na harmonia e na solidariedade humana que são indispensáveis à conservação e aperfeiçoamento da vida colectiva». (2)

Daqui resulta a importância que à legislação da família sempre tem sido dada pelos Estados, e ainda a importância que essa legislação assume em nossos dias.

Porém, a observação mostra-nos que hoje êsse grupo étnico — a família — atravessa uma aguda crise.

A organização da família, caracterizada nos tempos antigos, por um poder absoluto do chefe sôbre os demais membros do agregado familiar sofreu por virtude de elementos diversos, profundas alterações.

O poder absoluto do chefe, com o andar dos tempos, tornou-se mais moderado. Posteriormente, sob a influência das ideas da igualdade e da liberdade foi consideràvelmente reduzido.

Fôram ainda estas ideas que provocaram o aparecimento de problemas vários como, por exemplo, o da igualdade de todos os membros da família, e da igualdade de sexos, êste último originando o movimento feminista.

E, a verdade é que a organização actual da família não assenta já num poder absoluto do chefe, mas nos princípios da igualdade e da liberdade, de tal forma que um escritor e jurisconsulto pode dizer com justeza que o actual regime da família era um regime de república familiar.

Porém, os Estados procuram hoje reconstituir a família em bases mais sólidas, e nesta atitude dos Estados vai uma das razões por que a relações da família começam a ser consideradas, por muitos jurisconsultos, àparte dos outros capítulos do direito privado.

CASAMENTO

NOÇÕES GERAIS

Noção de casamento: A palavra casamento pode ser tomada em dois sentidos: *num sentido amplo*, significando o conjunto de regras jurídicas que regulam o estado de casado; *num sentido mais restrito*, mas também mais técnico, significando o acto jurídico de caracter particular que investe os nubentes no estado de casado.

(1) Duguit, Manuel de Droit Constitutionnel, pág. 247.

(2) Doutor José Tavares, «Os princípios fundamentais do direito civil», I, ed. 1932, pág. 693.

Importancia do casamento: — O casamento é, sem dúvida, de tôdas as instituïções de direito privado a mais importante e a mais grave.

E' o casamento a base, a origem da família legítima; e se a família é, como já tivemos ocasião de dizer, a base mais firme de tôda a organização social, o acto que a origina não pode deixar de ser uma das mais importantes instituïções jurídicas.

Porém, a importância do casamento não é mèramente jurídica, mas também social e religiosa; por isso êle é regulado, não só por normas jurídicas mas também morais e religiosas.

Um facto curioso que nos mostra a grande importância do instituto: — o poder temporal e a Igreja travaram uma prolongada luta para a regulamentação exclusiva do matrimónio.

Referindo-se à importância do matrimónio dizia Cícero, e nós podemos repeti-lo hoje, que o casamento era «*principium urbis et seminarium rei publicae*» — o princípio da cidade e o viveiro dos Estados.

Breve esbôço da evolução histórica do casamento

Evolução do casamento no Direito Romano: — A evolução seguida pelo regime jurídico do casamento no direito romano foi tão profunda e radical, que podemos afirmar não ser o matrimónio do direito justianeu mais do que uma pálida imagem do casamento arcaico.

Porém, não obstante tôda esta evolução, o casamento manteve sempre, através de todo o direito romano, um traço constante — a existência de dois elementos constitutivos: — a «conjunctio maris et faeminae» e a «affectio maritalis».

As duas definições clássicas do casamento — uma atribuída a Modestino e a outra provàvelmente de Ulpiano, — que até nós chegaram pelo Digesto e pelas Institutas de Justiniano, fazem referência expressa àqueles dois elementos.

Modestino definia o casamento: «conjuntio maris et fasminae et consortium omnie vitae, divini et humani juris communicatio (1) (fr. S. d. 23,2); nas Institutas lê-se: «nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio individuam consuetudinem vitae continens».

(§ 1.º Instit. I, 9).

Mas, o que era a «conjunctio maris et faeminae e a affectio maritalis»?

A «conjunctio maris et faeminae» consistia, não na união carnal do marido com a mulher, mas, na convivência, na cohabitação. Adquiria-se êste elemento pela «deductio in domum mariti», que consistia em o marido ir buscar a mulher a casa de seus pais levando-a em seguida para sua casa.

A «deductio uxoris domum mariti», era acompanhada de certas cerimónias domésticas, durante as quais a mulher pronunciava a seguinte fórmula: Ubi tu, Gaius, ego Gaia (2).

A partir da «deductio in domum mariti» a mulher ficava sob a *manus* do marido; passava a conviver com êle, partilhando das suas honras, dignidades e posição social, independentemente de qualquer formalismo ou solenidade (que nunca foi exigida pelo direito romano) ou de qualquer intervenção do Estado. E, como a «conjunctio maris et faeminae» não consistia na união carnal do marido com a mulher esta união também não era necessária para a validade do casamento; a «conjunctio maris et faeminae» subsistia ainda mesmo que marido e mulher estivessem separados.

---

(1) O casamento é a conjunção do marido e da mulher, o consórcio por tôda a vida e a comunidade de direito divino e humano.

( ) Onde tu fores senhor, eu serei senhora.

Desta forma o que fixava o momento em que o casamento se iniciava era ùnicamente a *deductio*.

A «affectio maritalis» consistia na intenção de ambos os cônjuges viverem na convivência um do outro.

Onde se verificasse a cumunhão da «conjunctio maris et faeminae» e da «affectio maritalis» aí existia um casamento.

Deve, porém, notar-se que para a subsistência do casamento não bastava a existência inicial da «affectio maritalis»; a intenção, que esta expressão traduz, devia acompanhar os cônjuges em todos os momentos da duração do estado de casados, numa como que constante renovação. Nisto se distinguia o casamento dos contratos, nos quais bastava o consentimento inicial para que surgisse o vínculo jurídico, para que o contrato ficasse perfeito. Por isso podemos dizer que no direito romano o casamento nunca foi um contrato.

Logo que um dos cônjuges perdesse a «affectio maritalis», muito embora ela tivesse existido no momento da «deductio in domum mariti», o casamento dissolvia-se (1).

Desta forma, o divórcio era, pode dizer-se, da própria essência do casamento, pois para que êle tivesse lugar nada mais era necessário do que um dos cônjuges perder a «affectio maritalis».

O direito clássico procurou restringir esta ampla faculdade que as partes tinham de se divorciarem. Tomaram-se medidas mais ou menos restritivas do divórcio, mas a verdade é que substancialmente êste permaneceu sempre como instituïção inteiramente ligada ao matrimónio.

(1) O que aqui, no casamento, se passa com a «affectio maritalis» é «mutatis mutandis» o mesmo que se passa na posse com o elemento *animus*. Com efeito, tanto o *animus* como a «affectio maritalis» são necessários; o primeiro, para a existência da posse, a segunda para a existência do casamento; se, para a perda da posse basta a perda do *animus*, para que o casamento se dissolva é suficiente a perda da *affectio maritalis*.

Natureza Jurídica do Casamento.

O problema da natureza jurídica do casamento e a doutrina.—Até ao fim do século passado não se levantou o problema da natureza jurídica do casamento, porque era doutrina corrente, mesmo incontestada, a seguinte: o casamento civil é um contrato. Mas, a partir de 1902, esta concepção tem sido rudemente criticada.

Foi Lefebvre quem iniciou o ataque ao conceito do casamento-contrato, num trabalho publicado na «Nouvelle Revue Historique» sob o título seguinte: «Le mariage civil n'est-il qu'un contrat? E, desde então, numerosos jurisconsultos estrangeiros (1) têm continuado a tarefa encetada por Lefebvro.

Entre nós, o problema só tem sido versado pelos Professores das Faculdades de Direito, nas lições proferidas aos respectivos cursos e publicadas por alunos.

E, tanto o Prof. Doutor Pinto Coelho, em Lisboa, como os Professores Doutores Beleza dos Santos e Pires de Lima, em Coimbra, têm defendido a doutrina do casamento-contrato.

Supomos, porém, que o Prof. Doutor Pinto Coelho, a avaliar pelo parecer, que relatou, da Câmara Corporativa acêrca do projecto de lei número 111 (2), já hoje sustenta opinião contrária. Com efeito, nêsse parecer lê-se o seguinte: «... com base no conceito do casamento-contrato, pois

(1) Duguit, l'Etat, le droit objectif et la loi positive, I, pág. 203 e segs.; Japiot, Desnullités en matière d'actes juridiques, 1909, pág. 255 e segs.; Emmanuel Lévy, Mariage et contrat, in Revue de Metaphysique et de morales, 1911, pág. 806, Gounot, Le principe de l autonomie de la volonté en droit privé, 1912, pág. 255 e segs; Bonnecase, La philosophie du Code Napoléon appliquée au droit de familles in Rev. géneral du droit, 1931, pág. 260 e segs., etc. etc.

(2) Diário das Secções de 29-4-937, 4.º Suplemento ao n.º 127.

a êste conceito antiquado, fruto da viciosa ideologia individualista dos séculos XVIII e XIX, devia substituír-se a noção mais racional e realista do casamento-instituíção, a única que correspondia à verdadeira natureza das relações jurídicas que no casamento têm a sua origem».

As diversas soluções que têm sido dadas ao problema da natureza jurídica do casamento.

Diversas têm sido as soluções dadas ao problema da natureza jurídica do casamento.

Vejamo-las:

a) *Doutrina contratual*:

Em geral entre nós, quando se procura caracterizar o casamento atribuem-se-lhe as notas seguintes: contratualidade, incondicionalidade e solenidade. *Contratualidade*, quere dizer, o casamento é um contrato; *incondicionalidade* quere dizer, o casamento é um contrato civil que se regula pelo direito civil e não pelos cânones, regras ou costumes de qualquer rito religioso; *solenidade*, quere dizer, o casamento é um contrato solene.

E', afinal, a aceitação de uma opinião, que vem já do direito canónico e que, ainda hoje conta inúmeras simpatias, sobretudo entre os escritores italianos e franceses, segundo a qual o casamento é um contrato de natureza especial, com caracteres e notas específicas que o diferenciam dos contratos comuns.

1. *Exposição da doutrina.*—Os jurisconsultos partidários da doutrina do casamento-contrato afirmam que não obstante tôdas as notas específicas que separam o casamento dos contratos comuns, substancialmente, é a idea de contratos que domina no casamento.

Baseiam-se nas razões seguintes: 1.ª) é o consentimento dos cônjuges que origina o vínculo; 2.ª) é suficiente para a sua celebração o consentimento inicial; 3.ª) o acôrdo entre os nubentes tem por finalidade a constituíção e regulamentação de uma relação jurídica, que é, afinal, a finalidade de todos os contratos.

2. *Apreciação crítica da matéria contratualista.* — A aproximação entre o casamento e os contratos não é exacta nem rigorosa, porque contraria as realidades e nunca estas podem ser vencidas em luta com as ficções.

Com efeito, examinando as disposições reguladoras do casamento, verificamos que, quer quanto ao modo de formação, quer quanto aos efeitos encontramos sempre uma diferença grande e substancial entre o casamento e os contratos.

Assim, quanto à formação do casamento, devemos notar que o acôrdo dos nubentes para a celebração do casamento é *necessário*, mas não é *suficiente*; é indispensável ainda a intervenção do Estado, representado pelo funcionário público (1), cumprida a lei e casados os nubentes. Só pela reunião destas três vontades — as dos nubentes — e a do Estado — fica formada a vontade do acto jurídico; as vontades dos nubentes, sem mais nada, não bastam para que exista o

(1) Esta função especial desempenhada pelo funcionário do Estado que entrevém na celebração do casamento foi notado por Pio X.

Com efeito, no decreto pontifício *Ne temere*, Pio X modificou os cânones que estabeleciam serem os ministros do sacramento do matrimónio os próprios nubentes, figurando o pároco encarregado de assistir ao casamento religioso, apenas como simples testemunha. Alterou, pois, com êste decreto o que a respeito do casamento se encontrava fixado no direito canónico do concílio tridentino. Depois do decreto *Ne temere*, o sacerdote passou a desempenhar uma função activa.

casamento. «Ex adverso» poder-se-á, porém, objectar: — a necessidade da intervensão do funcionário público não se manifesta só em relação ao casamento; muitos outros contratos há para a celebração dos quais é formalidade indispensável a intervenção notarial; dêste modo, tudo se reduz afinal a uma simples mudança de funcionários: — no acto jurídico do casamento intervém o oficial do registo civil e, nos outros contratos, o notário.

A objecção é de todo improcedente. A função desempenhada pelo notário é inteiramente diferente da do oficial do registo civil. O notário desempenha uma função passiva, pois limita-se a aceitar e a exarar as declarações das partes; pelo contrário, o oficial do registo civil desempenha uma função activa, constitutiva da vontade do acto jurídico, chamado casamento.

Pelo simples facto de os nubentes declararem perante o oficial do registo civil, que é de sua livre vontade casarem um com o outro, não fica o acto jurídico de casamento perfeito. Esta perfeição só se atinge quando o funcionário do registo civil disser em voz alta: «Em nome da lei e da República Portuguesa declaro F... (nome completo do marido) e F... (nome completo da mulher) unidos pelo casamento, (Código do Reg. Civil, art.° 305.° n.° 4).

«Declaro unidos pelo casamento»: — Esta expressão mostra-nos, com grande clareza como, na realidade, a função do oficial do registo civil é constitutiva da vontade do próprio acto jurídico. Não é desta natureza a função desempenhada pelo notário, que se limita a receber as declarações das pessoas que a êle se dirigem e a exarar, pura e simplesmente essas mesmas declarações; neste caso são só as vontades dos contratantes que, declaradas de harmonia com a lei, constituem a vontade do acto jurídico a celebrar (veja-se o artigo 100.° do Cod. do Notariado, aprovado pelo decreto-lei n.° 26.118 de 24-11-935. (1)

Em resumo não é verdade serem semelhantes as funções desempenhadas pelo notário e pelo oficial do registo civil: — o próprio texto legal nos diz que a função dêste é constitutiva, activa; emquanto a daquele é mèramente passiva. Sendo assim, é igualmente erróneo que o casamento resulte, única e simplesmente, do mútuo consenso das vontades dos nubentes.

E, não se procure um argumento a favor da doutrina contratual, no facto de o casamento «in extremis», que tem lugar quando um dos nubentes esteja em perigo de vida ou seja uma parturiente, se poder realizar mesmo sem a intervenção do conservador do registo civil, porque, como veremos, o casamento realizado naquelas condições sòmente se torna definitivo depois de ratificado pelo juiz de direito e ficará nulo de pleno direito se a sua ratificação não fôr requerida no prazo de 60 dias (Código do Registo Civil, — artigo 309.°)

O Prof. Doutor Pires de Lima apresenta ainda como argumento a favor da doutrina contratual a circunstância de a doutrina canónica considerar o casamento um contrato, sendo certo que a função do funcionário do registo civil é em tudo semelhante à do sacerdote, pois é também só depois dêste ter proferido as palavras: — «conjugo vos in nomine Patri, Filü et Spiritus Sancti» — que se considera celebrado o casamento. Mas também êste argumento é insubsistente

(1) Com efeito, o notário limita-se a consignar num instrumento público que num certo dia de determinado mês e ano compareceram perante êle F... e F... que declararam (seguem-se as declarações); e termina por dizer — foi assinado perante mim pelos próprios outorgantes e pelas testemunhas F... e F...

mormente hoje, depois da publicação do decreto «Ne temere» já referido.

Quanto ao seu regime jurídico também o casamento se não pode confundir com os contratos.

Com efeito, as normas reguladoras dos contratos não são aplicáveis ao casamento, a não ser aquelas que por regularem a categoria mais ampla dos negócios jurídicos bilaterais, já não são próprias dos contratos.

Assim, contràriamente ao que na realidade acontece, o art. 709.º dever-se-ia aplicar ao casamento que dêste modo ficaria sujeito à «conditio non adimpleti contractus».

Por outro lado as relações que resultam do casamento são de carácter pessoal, e estas não podem ser objecto de convenção.

Pelo contrário, as relações que resultam dos contratos têm conteúdo económico patrimonial, e podem ser objecto de convenção.

Por último, note-se que o princípio da autonomia da vontade, dominante em matéria de contratos, nenhuma influência exerce na regulamentação do casamento: os nubentes não podem opor condições nesses termos, nem qualquer outra cláusula, nem por qualquer outra forma, disciplinar as relações resultantes do casamento, que são reguladas pelo que nas leis se dispõe. Por outras palavras: — enquanto as normas dispersas pelo Código Civil e relativas aos contratos são normas suplectivas, isto é, só aplicáveis na falta de cláusulas expressas contratuais estabelecidas pelas partes, as obrigações ou deveres, de carácter pessoal, resultantes do casamento são todos, expressa e taxativamente, regulados na lei, por preceitos injuntivos, por normas de interêsse e ordem pública; regras a que a vontade das partes não pode substituir-se. A vontade das partes manifesta-se, por vezes, é certo, mas só quando se trata de interêsses patrimoniais, da escolha do regime matrimonial, e, mesmo aqui, é intensamente limitada.

Esta manifestação da vontade das partes, porém, nada prova em abono da doutrina contratualista, porque o regime dos bens dos cônjuges resulta, não do casamento, mas dum acto jurídico diverso, dum contrato, que em França se chama — contrato de casamento, e nós denominaremos escritura ante-nupcial. Êste contrato é regulado nos art.os 1108.º e segs. do C. Civil.

Ainda quanto aos seus efeitos e finalidade o casamento se distingue dos contratos, pois não podemos dizer que o acto jurídico chamado casamento, tenha por finalidade a produção de uma simples relação jurídica de direito privado entre os contraentes, como os sequazes da doutrina contratual afirmam e, lógicamente, deveria acontecer se o casamento fôsse um simples contrato.

Com efeito, um qualquer contrato forma-se evidentemente, para criar relações entre os contraentes: — num negócio de compra e venda entre comprador e vendedor; entre senhorio e inquilino num arrendamento. Porém, não é isto o que acontece no momento. O fim dêste acto jurídico não é mèramente de interêsse privado é também de interêsse social e até de interêsse público. O casamento não se destina ùnicamente a criar relações entre os cônjuges: destina-se, também, a um fim social mais elevado — a constituïção da família, base dos Estados. As relações jurídicas resultantes do casamento interessam, é certo, aos cônjuges, mas dizem respeito, também, a outras pessoas, como por exemplo, às filhas.

É também certo que o casamento produz os efeitos taxativamente marcados na lei ao passo que os contratos só produzem aqueles efeitos que as partes querem. O conteúdo do contrato é determinado pela vontade das partes e só por falta de manifestação de vontade das partes é que se se-

guem disposições de carácter supletivo ; pelo contrário, os efeitos produzidos pelo casamento são aqueles que a lei indica e não aqueles que as partes querem, pois as regras que estabelecem tais efeitos são de interêsse e ordem pública.

Note-se ainda, como ultima diferença entre o casamento e os contratos que, enquanto estes se podem dissolver por um acôrdo das partes contrário ao primitivo, o casamento mesmo nas legislações que, como a nossa, admitem o divórcio por mútuo consentimento — nunca se dissolve pela só vontade das partes, sendo sempre necessária a intervenção do Estado, por intermédio dos tribunais, controlando, digamos, a vontade das partes.

Concluindo : o casamento não pode considerar-se um contrato, pois que a sua formação, o seu regime jurídico, os deveres jurídicos que dêle resultam, a sua natureza particular e a sua finalidade própria são outras tantas notas que o distinguem e diferenciam dos contratos.

b) *Doutrina do casamento — instituïção :* — Segundo uma corrente doutrinária, que conta hoje numerosos adeptos (1), o casamento é uma *instituïção*, no sentido de ser constituído por um conjunto de regras impostas pelo Estado, e formando um todo, ao qual as partes têm necessàriamente que aderir.

Esta doutrina é verdadeira naquilo que diz ; porém, incompleta por aquilo que cala.

Com efeito, é necessário não esquecer que o casamento é alguma coisa mais do que uma instituïção ; que é também um acto jurídico.

Por isso, nós, ao dar-mos a definição de casamento,

(1) Lefebvre, trabalho cit. Bonnecase, trabalho citado, e outros.

dissemos que, visto por um prisma, o casamento, era um conjunto de regras que regulavam o estado de casado.

Ora, a doutrina do casamento — instituïção deixa no esquecimento êste acto que investe os nubentes no estado de casados. Não seduz, pois.

c) *Outras doutrinas :* — Além das doutrinas referidas, outras têm aparecido procurando descortinar a verdadeira natureza jurídica do casamento.

Assim temos :

1. *Doutrina de Cicu.* — Para Cicu o casamento é um acto administrativo no sentido de que o acôrdo das vontades dos nubentes é apenas mera condição para se pronunciar o oficial do registo civil.

Se não consideramos o casamento como um contrato, também não vamos considerá-lo um acto administrativo ; já porque, para a sua celebração, não basta a declaração do oficial do registo civil, na sua qualidade de representante do Estado, pois é necessário que àquela declaração se junte o acôrdo dos cônjuges ; já porque, embora o casamento vise um interêsse social, êste não constitue a sua exclusiva finalidade. Ao lado do interêsse social, temos a considerar, também, o interêsse particular dos cônjuges. Por êste facto, não podemos deixar de dar ao casamento, pelo menos parcialmente, a natureza de direito privado.

2. *Doutrina de Portalis :* — Portalis, um dos jurisconsultos que intervieram nos trabalhos preparatórios do C. Civil francês, definiu assim o casamento : «é a sociedade do homem com a mulher, que se unem para propagação de espécie, e para se ajudarem com socorros mútuos, partilhando em comum os seus destinos».

Não podemos aceitar esta opinião porque nem sempre

o casamento tem por finalidade a propagação da espécie:— assim acontece, por exemplo, quando se casam dois sexagenários; e êste casamento é permitido pela lei, visto esta não fazer qualquer restrição relativamente à idade.

d) *Solução proposta*: -O casamento, «*acto sui generis*», é a união entre duas pessoas de sexo diferente, feita de uma maneira solene, e conformemente aos fins da lei.

Já dissemos que o casamento tinha 2 sentidos diferentes:—No primeiro sentido o casamento é uma instituïção; resta determinar a natureza jurídica do casamento, quando significa o acto jurídico que investe os nubentes no estado de casados.

Ora, neste segundo sentido, o casamento é, para o Snr. Prof. Doutor Jaime de Gouveia, um acto jurídico complexo, «*sui generis*» que participa simultâneamente da natureza de direito público e da natureza de direito privado, pois que resulta da combinação da vontade do Estado com a vontade dos nubentes, e visa simultâneamente fins de interêsse social e fins de interêsse privado. Por isso mesmo, é impossível incluí-lo dentro de qualquer das categorias de actos jurídicos.

Podemos definí-lo: *a união entre duas pessoas de sexo diferente, feita de uma maneira solene, e conformemente aos fins da lei.*

Dizemos conformemente aos fins da lei—porque sendo múltiplos os fins visados pelos nubentes, o casamento só não é válido, quando tais fins sejam proïbidos pela lei.

A definição que damos de casamento é uma adaptação da que nos é apresentada por Josserand: «a união entre duas pessoas de sexo diferente, contratada e contraída por uma forma solene, e realizada conformemente aos fins da lei».

Não concordamos com esta definição, porque não consideramos o casamento um contrato.

Harmonização da solução dada ao problema da natureza jurídica do casamento pelo Prof. Dr. Jaime de Gouveia com a definição legal de casamento. — Como já dissemos, o decreto n.º 1 de 25 de Dezembro de 1910, no seu art. 1.º, define o casamento da seguinte forma:— é um *contrato* celebrado entre duas pessoas de sexo diferente, com o fim de constituírem legítimamente família.

Parece assim uma evidente antimonia entre a solução dada ao problema pelo Prof. Dr. Jaime de Gouveia e o critério do nosso legislador, para quem, nos precisos termos do decreto n.º 1, o casamento é um contrato. Porém, é possível uma conciliação entre aquelas duas posições, aparentemente irredutíveis.

Com efeito, se nós considerarmos que a noção legal de contrato, tal como nos é dada no art. 641.º do C. Civil (1), é uma noção larga, ampla, pouco técnica, que abrange não só o contrato propriamente dito, mas tôdas as convenções—pois na definição do art. 641.º haverá contrato sempre que haja um acôrdo entre duas ou mais vontades, destinado a criar obrigações e a permutar interêsses ou direitos — e, por outro lado atentarmos em que numa noção técnica de convenção cabe perfeitamente o acto do casamento, pois nêle há o acôrdo de três vontades, teremos conciliado o conceito legal de casamento com o conceito do casamento — acto jurídico *sui generis*.

(1) Código Civil, art. 641.º «Contrato é o acôrdo, por que duas ou mais pessoas transferem entre si algum direito, ou se sujeitam a alguma obrigação».

Elementos constitutivos do casamento.

O legislador ao fixar as condições de validade do casamento tomou uma atitude diferente da que o norteou quando fixou as condições de validade dos negócios jurídicos.

Ao dizermos elementos constitutivos do casamento queremos referir-nos, evidentemente, às condições de validade do casamento, isto é, aos requesitos exigidos por lei para que se possa celebrar validamente o casamento.

Em qualquer negócio jurídico há, muitas vezes, além dos elementos essenciais comuns a todos os negócios jurídicos, elementos específicos dêle. Assim, por exemplo, no negócio jurídico da compra e venda, além daqueles elementos essenciais, — capacidade, mútuo consenso e objecto possível — há elementos específicos, sem os quais se não pode realizar um contrato de compra e venda, como sejam a cousa e o preço; uma cousa ou objecto que se com re, e um preço ou retribuïção dessa cousa.

Ora, ao indicar os elementos essenciais dos negócios jurídicos, o legislador fê-lo, salvo raras excepções, duma maneira genérica, pela indicação dos elementos essenciais e de alguns dos naturais e acidentais, sem descer à regulamentação cuidada de cada negocio jurídico de per-si, pelo estabelecimento de elementos próprios à validade deles.

Não aconteceu assim em matéria de casamento. Êste, por virtude da importância social que já vimos ter e da influência poderosa que tem na constituïção da familia e até do próprio Estado, é regulado com cuidados especiais pelo legislador, que, a-pesar-de o considerar um contrato, não se contenta em aplicar à sua validade as condições gerais estabelecidas para a validade dos contratos. Além destas condições, estabeleceu outros requisitos específicos para a validade do casamento.

Variedade das condições de validade do casamento. Diversidade de classificações existentes.

Diversas são as condições exigidas por lei para a validade do casamento:

a) *diversidade de sexos;*

b) *celebração perante o funcionário do registo civil;*

c) *idade dos contraentes;*

d) *inexistência de certas relações entre eles, etc. etc.*

Não admira, pois, que os jurisconsultos tivessem procurado classificá-las. E, com efeito, diversos critérios têm aparecido. Mas para não demorarmos mais o nosso estudo basta que lhes apresente a solução adotada.

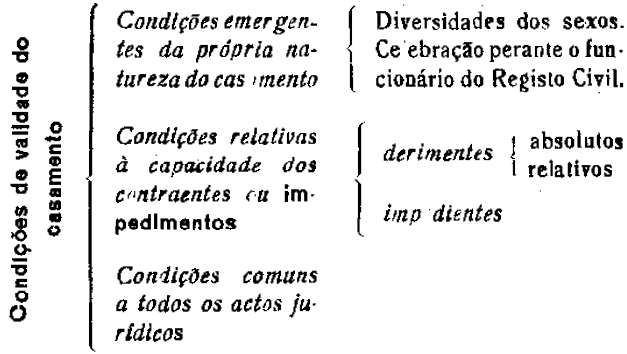
Classificação adotada. Aproximando-nos tanto quanto possível da doutrina canónica e da tradição da nossa literatura jurídica classificaremos as condições de validade do casamento da seguinte forma:

a) — Condições emergentes da própria natureza do casamento. (Pertencem a esta categoria a diversidade de sexos, pois, nos termos da lei, o casamento é um contrato feito entre duas pessoas de sexo diferente) e a celebração perante o funcionário do registo civil (pois, como vimos a propósito da natureza jurídica do casamento, a vontade matrimonial resulta da conjugação das vontades do funcionário do registo civil e dos nubentes.

b) — Condições relativas à capacidade dos contraentes.

Esta categoria de condições denomina-se, em linguagem canónica *impedimentos*, que, como veremos, se classificam em *dirimentes* e *impedientes*, sub-dividindo-se os primeiros em *absolutos* e *relativos*.

c) — Condições comuns a todos os actos jurídicos.



Condições de validade intrínseca e condições de validade extrínseca.

Das condições de validade do casamento esquemàticamente indicadas no número anterior, só a da celebração do casamento perante o funcionário do Registo Civil diz, também, respeito à forma do acto do casamento; tôdas as outras são relativas ao fundo. Por isso, as formalidades relativas à intervenção do funcionário do Registo Civil se dizem condições de validade extrínseca do casamento, enquanto tôdas as outras se denominam condições de validade intrínseca.

27.°—Efeitos do casamento.

—Classificação.
—Deveres de fidelidade conjugal.
—Sanção civil — O divórcio ou a separação:

a) Sistema vigente antes da publicação da lei do divórcio;

b) Sistema vigente depois da publicação da lei do divórcio.

—Dever da vida em comum ou cohabitação.
—Dever de socôrro e auxílio recíprocos:

a)—Dever de socôrro;

b)—Dever de ajuda recíproca.
—Direito de publicação.
—Direito de estar em juízo.
—Direitos e deveres próprios de cada um dos cônjuges.
—Direitos e deveres da mulher:

a)—Govêrno doméstico;

b)—Assistência moral;

c)—Direito ao nome e honras do marido.

Efeitos do casamento — Razão de ordem. — Celebrado o casamento, e suposto que nenhum vício capaz de determinar a sua anulação o inquina, êle produzirá todos os seus efeitos.

Ora, estudadas as condições intrínsecas e extrínsecas de cuja cumulação resulta a regularidade do casamento, estudada também a forma como operava a enexistência de algumas delas e as conseqüências daí resultantes, lógico é que averigüemos agora quais os efeitos do casamento válido.

E' o que vamos fazer neste capítulo.

Classificação dos efeitos do casamento.—Do casamento válido resultam muitos e importantíssimos efeitos. Embora êste capítulo se intitule «efeitos do casamento», não estudaremos aqui todos os efeitos do casamento, mas apenas alguns dêles: os efeitos relativos aos cônjuges, quer os relativos às pessoas, quer os relativos aos bens. Os outros efeitos, como, por exemplo, relativos ao poder paternal, aos deveres dos pais para com os filhos, à afinidade, etc., etc., serão estudados em outros momentos.

Mas, os efeitos, que resultam do casamento quanto aos cônjuges, não são, como já dissemos, da mesma natureza: uns, são relativos às pessoas dos cônjuges—*são os efeitos pessoais*; outros, são relativos ao património da sociedade conjugal—*são os efeitos patrimoniais*. Dividiremos, por isso, o presente capítulo em duas secções: na primeira trataremos dos efeitos pessoais e será intitulada «*Direitos e deveres pessoais dos cônjuges*»; na segunda ocupar-nos-emos dos efeitos patrimoniais e será intitulada «*Relações patrimoniais entre os cônjuges*».

Direitos e deveres pessoais dos cônjuges.

Classificação dos direitos e deveres pessoais dos cônjuges. — Os direitos e deveres de natureza pessoal, que resultam do casamento, não revestem todos o mesmo caracter. Há uns, que são comuns a ambos os cônjuges: por exemplo, o dever de mútua fidelidade, o dever de assistência, o dever de cohabitação. Há outros, que são próprios, exclusivos de cada um dos cônjuges, exemplo: o direito de fixar a nacionalidade, que é próprio do marido, o direito do govêrno doméstico, que é próprio da mulher. Na seqüência do nosso estudo trataremos primeiro dos direitos e deveres comuns ou recíprocos e depois dos próprios de cada um dos cônjuges.

Direitos e deveres recíprocos dos cônjuges.

Os deveres recíprocos dos cônjuges encontram-se enumerados no art.° 38.° do Decreto n.° 1. São êles:

1.°—Dever de fidelidade conjugal;
2.°—Dever de cohabitação;
3.°—Dever de socôrro e assistência mútua.

Claro que do facto do casamento resultam para os cônjuges outros deveres: deveres morais que não fôram elevados à categoria de deveres legais por absoluta impossibilidade de lhes assegurar uma sanção. Foi, por certo, esta a razão porque se regeitou a proposta de *Paul Hervieu* no sentido de introduzir a obrigação do amor ao cônjuge entre as obrigações previstas no art. 212.° do Código Napoleónico. (1)

A' enumeração feita no art.° 38.° temos, no entanto, que acrescentar ainda o direito de publicação e o direito de estar em juízo.

---

(1) Le Temps de 16 de Março de 1905.

Dever de fidelidade conjugal. *(Caracter legal dêste dever)* — O dever de fidelidade conjugal não é apenas um dever moral; êle é também um dever legal imposto aos cônjuges pelo n.º 1.º do art.º 38.º do Decreto n.º 1.

A violação dêste dever constitui o que se chama o adultério, reprimido por sanções legais, civis e penais, que, dentro em pouco, estudaremos.

Esta matéria, como veremos, mais tarde, tem sido bastante alterada, do Código Civil para cá.

Sanção civil. O divórcio ou a separação: — Também neste ponto é profunda a diferença entre os sistemas vigentes, antes e depois da publicação da lei do divórcio.

a) *Sistema vigente antes da publicação da lei do divórcio.*

Quer o cônjuge adúltero fôsse o marido, quer fôsse a mulher a sanção civil do adultério era sempre a separação de pessoas e bens, nos termos do art.º 1204.º n.º 1.º e 2.º do Código Civil. Porém, ao passo que o adultério da mulher era sempre fundamento para essa separação, o adultério do marido só o era quando acompanhado de *escândalo público* ou *completo desamparo da mulher*, ou *cometido com concubina teúda e manteúda no domicílio conjugal.*

Uma outra diferença distinguia os casos de adultério do marido e adultério da mulher. Da separação de pessoas deriva necessàriamente a separação de bens, é a regra consignada no art.º 1210.º do Código Civil. Ora, quando o adúltero fôsse o marido, e o adultério praticado nos termos do n.º 2.º do art.º 1204.º, havia sempre lugar à separação de pessoas e bens; mas, quando o cônjuge adúltero fôsse a mulher poderia haver lugar só a separação de pessoas desacompanhadas da separação de bens, pois que, para tal caso, dispunha o § único do art.º 1210.º do Código Civil, que «seja

qual fôr o regime, em que o matrimónio tivesse sido contraído, a mulher não terá direito à separação de bens, mas só a alimentos, salvo se provar, que, ao tempo em que cometeu o adultério, podia requerer a separação contra o marido, por algumas das causas mencionadas no n.º 2.º do art.º 1203.º. Quere dizer: em lugar de se proceder a partilhas, cada cônjuge ficar a administrar aquilo que lhe viesse a caber, os bens continuavam todos sob a administração do marido, que só tinha obrigação de dar alimentos à mulher.

b) *sistema vigente depois da publicação da lei do divórcio:*

A lei do divórcio fez do mesmo modo a equiparação entre o adultério do marido e o adultério da mulher para efeitos de aplicação da sanção civil. Esta é nos termos dos art.ºs 4.º n.º 1 e 2, 43.º e 44.º do Dec. de 3 de Novembro de 1910, ou o divórcio ou a separação de pessoas ou bens, conforme fôr requerido pelo cônjuge inocente.

Com efeito, dizendo o art.º 4.º que o adultério do marido ou da mulher é fundamento do divórcio, e o art.º 43.º que «é permitido aos cônjuges a separação de pessoas e bens pelos mesmos fundamentos do divórcio litigioso», o art.º 44.º dispõe que «é ao cônjuge inocente como autor da acção, que compete a faculdade de optar pelo divórcio ou pela separação de pessoas e bens».

Dever de vida em comum ou cohabitação. — *Carácter legal dêste dever.* Também êste dever tem carácter legal, não sendo um simples dever moral, pois é impôsto aos conjuges pelo n.º 2.º do art.º 38.º do Dec. n.º 1.

— *Extensão dêste dever.* Êste dever de vida em comum não impõe aos cônjuges apenas a vida debaixo do mesmo

tecto, mas também, e sobretudo, o dever conjugal, isto é, que vivam «in eodem thoro, na linguagem tão precisa dos canonistas.

A residência comum não tem que ser escolhida pelos cônjuges de comum acôrdo; é ao marido que compete escolher a residência, pois a mulher, como já vimos, deve adoptar a residência do marido nos têrmos do art.º 48.º do Dec. n.º 1.

Dever de socôrro e auxílio recíprocos:

— *Carácter legal dêste dever.* O dever de socôrro e auxílio recíprocos é estabelecido no n.º 3.º do art.º 38.º do Dec. n.º 1, o qual dispõe que «os cônjuges têm obrigação de socorrer-se e ajudar-se reciprocamente.»

— *Extensão dêste dever.* A expressão socorrer-se e ajudar-se reciprocamente abrange, evidentemente, dois deveres distintos: o dever de socôrro e o dever de ajuda recíproca.

a) *Dever de socôrro* — O dever de socôrro consiste na assistência que cada um dos cônjuges deve ao outro, prestando-lhe os cuidados necessários, materiais ou morais, quer na vida quotidiana, quer no tratamento das doenças que advierem a qualquer dêles.

b) *Dever de ajuda recíproca* — O dever de ajuda recíproca consiste no que muitas vezes, em linguagem jurídica se traduz por prestação de alimentos, que, nos têrmos do art.º 171.º do Código Civil, consiste em prestar «tudo o que é indispensável ao sustento, habitação e vestuário.»

A forma como deve efectuar-se êste dever de prestação

de alimentos varia de caso para caso. Analizaremos, aqui, apenas as hipóteses principais.

Se os cônjuges cohabitam, é ao cônjuge que está na administração dos bens do casal (o marido — hipótese normal, — ou a mulher) que pertence o dever de prestar alimentos, pois é êle quem recebe os rendimentos do casal.

Se há separação de facto é ao cônjuge culpado que pertence o dever de prestar alimentos, e, correlativamente, é o cônjuge inocente que tem o direito a exigir alimentos do outro cônjuge.

Se há separação judicial ou divórcio, «qualquer dos cônjuges tem direito a exigir do outro que lhe preste alimentos, se dêles carecer» (art.º 29.º da lei do divórcio). «O quantitativo dêsses alimentos — acrescenta § único do citado art.º 29.º — é fixado em harmonia com a necessidade do cônjuge que os recebe, e com as circunstâncias do que os presta; mas nunca poderá exceder um terço do rendimento líquido do segundo.»

Se o casamento foi dissolvido por morte de um dos cônjuges, o cônjuge sobrevivo mantêm, contra os herdeiros do falecido, o direito de ser alimenatdo com os rendimentos dos bens deixados pelo falecido, sejam de que natureza fôrem, se dêles carecer. É o chamado direito de apanágio, que se encontra consagrado no art.º 1231.º do Código Civil e que, nos termos do art.º 1232.º do mesmo Código, durará enquanto o alimentado precisar dos alimentos, ou não passar a segundas núpcias.

Êste dever de prestar alimentos cessa em determinadas circunstâncias, indicadas no art.º 32.º da lei do divórcio e que nós estudaremos quando tratarmos da dissolução do casamento.

Direito de publicação: — *Em que consiste* — Um outro

direito e dever recíproco dos cônjuges, é o direito de publicação, que, consiste em cada um dos cônjuges poder publicar os seus escritos, sem autorização do outro.

—**Direito de estar em juízo**:—*Disposições legais aplicáveis* — O direito de cada um dos cônjuges de poder estar em juízo é estabelecido nos arts. 1191.º do Código Civil para o marido e 44.º do Dec. n.º 1 para a mulher.

Direitos e deveres pessoais próprios de cada um dos cônjuges: — Ao lado dos direitos e deveres pessoais comuns a ambos os cônjuges temos a notar os direitos e deveres pessoais exclusivos de cada um dos cônjuges.

Ocupar-nos-emos em 1.º lugar dos direitos e deveres da mulher; em 2.º lugar dos direitos e deveres do marido.

Direitos e deveres da mulher:

a) *Govêrno doméstico*.— O art. 39.º do Dec. n.º 1 dispõe que «a sociedade cônjugal baseia-se na liberdade e 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...».

Esta disposição tem um largo alcance, pois veio a acabar com certas dúvidas que o art. 1193.º do Código Civil suscitava. Essas dúvidas eram as seguintes: segundo o art. 1193.º a mulher não pode, sem autorização do marido adquirir ou alienar bens, nem contraír obrigações; mas, por outro lado, como a mulher se encontra à frente do govêrno da casa contrai por vezes obrigações sem autorização do marido para prover a êsse govêrno, e, daí, o preguntar-se se as obrigações contraídas nessas condições seriam válidas e

obrigariam o marido, ou, se, pelo contrário, se devia reconhecer ao marido o direito de revogar os actos, origem dessas obrigações.

A primeira solução era a mais justa, pois as obrigações haviam sido contraídas para o próprio sustento do marido; a 2.ª solução, embora iníqua, era a que resultava directamente da lei.

A doutrina e a jurisprudência francêsas resolveram esta dificuldade, afirmando que o marido não tinha o direito de anular êsses actos, porque êles eram praticados pela mulher por virtude de um mandato tácito legal e necessário, fundado na obrigação do marido de alimentar os filhos e a mulher e de prestar a esta todo o auxílio de que ela necessite. (1)

Entre nós, não temos, hoje, que invocar o mandato tácito para defender a validade de tais actos, porque o art. 39.º do Dec. n.º 1 impondo à mulher o dever do govêrno doméstico, implicitamente lhe reconhece capacidade para praticar os actos necessários para conseguir êsse fim.

E, quanto ao âmbito da expressão «govêrno doméstico», devemos dizer que é amplo, pois naquela expressão se deve considerar abrangido tudo o que diga respeito a alimentação, vestuário, calçado, lavagens, água, luz e combustível, doenças, roupas, criados, etc..

b) *Assistência moral*:—O artigo diz ainda que incumbe também à mulher «...uma assistência moral tendente a fortalecer e aperfeiçoar a unidade familiar».

Esta parte do art. 39.º pouca importância tem: a violação dêste dever por parte da mulher não tem uma sanção imediata a não ser que seja de tal forma saliente e escandalosa, que possa fundamentar o divórcio por injúrias graves.

(1) Vid. Planiol, Ripert et Rovast, II N.º 351 e segts., pág. 313 e segts.

c) *Direito ao nome e honras do marido.*—O art. 43.º do Dec. n.º 1 dispõe que a mulher gosa das honras do marido que não sejam meramente inerentes ao cargo que êle exerce ou tenha exercido, e conserva-as, bem como o direito de usar o seu nome, até ser proferido divórcio ou, em caso de viuvez, até passar a segundas núpcias.

28.º—Do casamento (cont.)

—Direitos e deveres próprios do marido:

a)—O marido fixa a nacionalidade da mulher;

b)—O marido fixa o domicílio da mulher;

c)—A mulher segue a condição civil do marido.

—Efeitos patrimoniais do casamento.

—Evolução histórica dos regimes matrimoniais:

a)—No Direito Romano;

b)—No direito dos povos bárbaros;

c)—No direito moderno;

d)—Sistema seguido pelo nosso Código na determinação do regime geral dos bens.

—Administração dos bens do casal:

a)—Princípio geral; a administração dos bens do casal pertence ao marido, qualquer que seja o regime de bens adotados pelos cônjuges;

b)—Existência de casos em que não é o marido quem administra os bens do casal.

—Administração pelo marido:

a)—Princípio geral;

b)—Excepção ao princípio geral.

Direitos e deveres próprios do marido:

a) *O marido fixa a nacionalidade da mulher*: — E' o marido que fixa a nacionalidade da mulher. Isso resulta do art.° 18.°, n.° 6 e do art.° 22.° n.° 4 do Código Civil.

Com efeito, diz o art.° 18 n.° 6: «São cidadãos portugueses:... 6.° — a mulher estrangeira que casa com cidadão português...:»

E o art.° 22.° dispõe que «perde a qualidade de cidadão português:... 4.° — a mulher portuguesa que casa com estrangeiro...:»

A atribuição à mulher da nacionalidade do marido é de grande vantagem prática, porque, evitando conflitos de legislações, facilita a regulamentação das relações entre os cônjuges e entre êstes e terceiros.

Deve notar-se que a mulher estrangeira que pelo casamento adquiriu a nacionalidade do marido não a perde pela dissolução do casamento, por morte ou divórcio, pois que entre as causas que fazem perder a qualidade de cidadão português não menciona o art.° 22.° a de dissolução do casamento que atribuiu essa nacionalidade.

b) — *O marido fixa o domicílio da mulher*: — O art. 49.° do Código Civil estabelece que: «a mulher casada tem por domicílio o do marido, não se achando judicialmente separada de pessoas e bens, salva a disposição do § 2.° do art. 53.° (hipótese de o marido ir degredado para as colónias).

E, como já vimos, é também o marido que fixa a residência da mulher.

c) — *A mulher segue a condição civil do marido*: — A mulher participa da condição civil do marido. Este facto era mais saliente no tempo da monarquia em que a mulher que casava com um titular o ficava sendo também.

Há, no entanto, certas mercês honoríficas, como condecorações, por exemplo, que se não comunicam à mulher, por serem atribuídas ao homem por virtude dos seus méritos pessoais. Assim, a mulher dum cavaleiro da Ordem de Santiago não pode intitular-se cavaleira.

Efeitos patrimoniais do casamento. — *Razão de ordem*: Uma vez estudados os efeitos pessoais do casamento é mister ocuparmo-nos dos seus efeitos patrimoniais.

Antes, porém, como êsses efeitos estão intimamente dependentes do regime de bens adoptado pelos cônjuges, convém, para melhor esclarecimento desta matéria, fazer um breve exame retrospectivo da evolução histórica dos regimes matrimoniais.

— Evolução histórica dos regimes matrimoniais.

a) *No Direito Romano*: No antigo Direito Romano, havia duas espécies de casamento: o casamento «cum manus» e o casamento «sine manus».

No casamento «cum manus», pelo qual a mulher «in loco filiae habebat», os bens dela passavam a ser propriedade da «domus», ficando por isso em regime de compropriedade familiar.

No casamento «sine manus», os bens da mulher ficavam obrigatòriamente separados dos do marido, não entrando mesmo para a «domus», pois ficavam na guarda dos tutores agnados, que nêles sucediam à mulher.

Isto é: no antigo Direito Romano, encontramos dois regimes de bens, que, em linguagem moderna, podemos clas-

sificar de regime de compropriedade ou comunhão geral (1), e o regime de separação de bens.

Na evolução do Direito Romano encontramos ainda um outro regime, que depois se enraizou nos costumes dos romanos—o regime dotal,—que surgiu como o meio de obstar aos inconvenientes do casamento «sine manus»: entendia-se que a mulher, nesta forma de casamento, não devia ir aumentar os encargos matrimoniais sem que uma liberalidade, feita por ela ou por outrem, viesse engrossar os bens do marido. Esta liberalidade era o dote.

Os bens do dote, a princípio, entravam em propriedade plena e definitivamente para o património do marido, mas, mais tarde, entendeu-se que deviam continuar a pertencer à mulher, quer a propriedade, quer o uso e a administração de tais bens. Porém, a fôrça da tradição, era tal que o marido continuou a ser chamado «dominus dotis».

Além disto, a mulher podia reservar para si outros bens em relação aos quais conservava a propriedade e administração e que se destinavam a conseguir a independência económica da mulher em relação ao marido. (2)

Simultâneamente, permitia-se também que os conjuges fizessem uma «societas omnium bonorum», sociedade que se entendia corresponder objectivamente ao fim do casamento, mas que não chegou a criar raízes nos costumes dos romanos.

---

(1)—A idea da existência da comunhão geral entre os romanos defendida por *Soca*, o matrimónio, sua lei natural e histórica, e por *Sogena*, concordâncias, motivos y comentários del código civil español, tomo III, pág. 252; tem sido combatida por outros escritores, como *Lagrange*, *Laoli*, e, entre nós, *Mello Freire*.

(2)—*Gabba*, Della condizione delle donne, pág. 387, chega a afirmar que mesmo no casamento «cum manus», a mulher «poteva obbligarsi ed anche avere un próprio pecúlio». Este pecúlio é, talvez, a manisfestação mais remota da parafernalidade.

b) *No direito dos povos bárbaros*: — No direito dos bárbaros ou dos povos germânicos, vigorava, como regra geral, a comunhão de bens, regime que era o mais conforme com os seus costumes.

Na verdade, já nas leis dos Saxões se encontrava a seguinte disposição: «de eo quod vir et mulier simul conquisierint, mulier mediam partionem accipiat», isto é, daquilo que o homem e a mulher adquirirem simultâneamente, tenha a mulher metade.

Nas leis dos Ripuários, também a mulher adquiria uma parte daquilo que na constância do matrimónio viesse a ser pertença da sociedade conjugal, simplesmente em vez de metade recebia apenas um terço.

c) *No direito moderno*:—Em virtude desta diversidade de costumes que se arreigaram nos vários povos da Europa, e que, não sofre dúvidas, bastante influência exerceram na determinação do regime de bens admitidos pelas legislações modernas, grandes dificuldades surgiram em alguns países —sobretudo nos países formados por povos que remontavam a diversas origens—quando se tornou necessário determinar qual o regime matrimonial geral a adoptar.

Foi principalmente em França — que foi por assim dizer, o pontode reunião das mais diversas raças e conseqüentemente dos costumes mais diversos — quando da discussão dos projectos do código napoleónico, onde maior celeuma se levantou entre os juristas, provocada, sobretudo, pela rivalidade que sempre existiu entre os países do norte e os do Meio-dia da França, isto é, entre os países em que predominava o direito costumeiro e aqueles em que predominava o direito escrito.

Naqueles, o regime então em vigor era o da comunhão de bens, nêstes vigorava o regime dotal.

Ora, como, precisamente, uma das finalidades do Código

Napoleónico era acabar com a distinção nas diversas regiões francesas, entre direito costumeiro e direito escrito, unificando-se, assim, o direito, daí a dificuldade que surgiu quando se pretendeu determinar qual o regime de bens que havia de vigorar como legal geral.

A discussão foi árdua entre *Cambacérès*, — autor dos projectos do Código Napoleónico — *Melville*, e outros, pois emquanto uns entendiam que o regime legal devia ser o da comunhão de bens, outros entendiam que se devia adoptar o regime dotal, havendo também quem defendesse que o regime preferível seria o da comunhão dos móveis e dos adquiridos, ou então, que se estabelecessem regimes legais diversos, consoante nas várias regiões predominasse o direito escrito, onde o regime era o dotal—ou predominasse o direito costumeiro—onde o regime era o da comunhão.

E' um reflexo desta discórdia o diferente modo como foi regulada esta matéria nos vários projectos do Código Napoleónico, apresentado por *Cambacérès*. Assim, enquanto no primeiro projecto se estabelecia como regime geral, um regime em que a administração, rendimentos e alienação dos bens pertencia ao marido e mulher: no segundo e terceiro projectos a administração e rendimentos pertenciam ao marido, que não podia no entanto alienar sem consentimento da mulher.

A discussão terminou, porém, por se estabelecer que o regime legal geral seria o de comunhão de móveis e adquiridos. Permitia-se, no entanto, que em contrato ante-nupcial os nubentes pudessem adoptar qualquer outro regime.

Não se adoptou a solução de estabelecer regimes diversos consoante as regiões, porque isso era oposto à finalidade do Código Napoleónico, que visava unificar o direito.

Pôs-se de parte o regime da comunhão universal, porque êsse regime conforme se apurou na discusão do projecto do Código, fazia com que os bens duma família passassem para outra família estranha.

Também não se aceitou o regime dotal, por dêle poderem resultar situações injustas, sobretudo em relação a terceiros, por via da inalienabilidade do dote.

d) *Sistema seguido pelo nosso Código na determinação do regime de bens:* — Entre nós, como tivemos por fonte do Código Civil o Código Napoleónico, estabeleceu-se também — como depois veremos melhor — mais de um regime legal, estabelecendo-se, porém, como regime legal geral o da comunhão geral de bens.

Compreende-se que assim seja; é que os costumes dos povos germânicos que invadiram a Península estavam tão radicados, arreigaram-se tanto no nosso modo de vida que, na verdade, o regime mais geral era o da comunhão de bens. No entanto, e à semelhança do que se fez no Código Napoleónico, deu-se aos cônjuges a faculdade de por escritura antenupcial estabelecerem outro regime, como o da simples comunhão de adquiridos, o da separação absoluta ou o regime dotal.

— *Indicação da seqüência* : — Conhecida, embora sumàriamente, a evolução histórica dos regimes matrimoniais, podemos entrar agora no estudo dos efeitos patrimoniais do casamento, que são diferentes conforme o regime de bens adoptado pelos cônjuges. Isto faz com que o estudo dos efeitos patrimoniais do casamento venha a coincidir, afinal, com o estudo dos regimes matrimoniais.

Porém, há certas matérias que, ou pelo seu carácter de generalidade ou pela relação íntima em que se encontram com os regimes matrimoniais, melhor é estudá-las antes de se entrar no exame de cada um dos regimes de bens. Re-

ferimo-nos à administração dos bens do casal e às convenções ante-nupciais, que vão constituir, agora, o objecto do nosso estudo.

Administração dos bens do casal:

a) *Princípio geral:* A administração dos bens do casal pertence ao marido, qualquer que seja o regime de bens adoptado pelos cônjuges:

O princípio geral sôbre a administração dos bens do casal encontra-se formulado no artigo 1189.º do Código Civil que dispõe: «A administração dos bens do casal *pertence ao marido* e só pertence à mulher na falta ou impedimento dêle». E em complemento desta disposição diz o art.º 1104.º que «A mulher não pode privar o marido por convenção ante-nupcial, da administração dos bens do casal, mas pode reservar para si o direito de receber a título de alfinetes, uma parte dos rendimentos de *seus bens* (1), e dispor dela livremente contando que não exceda a terça dos ditos rendimentos líquidos».

Verificamos, assim, que o direito de administração dos bens do casal *pertence ao marido* e que nem por convenção ante-nupcial a mulher pode privar o marido dêsse direito, que a êle pertence qualquer que seja o regime de de bens adoptado.

b) *Existência de casos em que não é o marido quem administra os bens do casal*: — Se o princípio geral é o de os bens do casal serem administrados pelo marido, acontece, contudo, que há casos em que tal administração não

(1) — A expressão «seus bens» — significa: «bens próprios da mulher».

pertence ao marido, mas ao seu representante legal ou à mulher conforme os casos.

De todos êstes casos - administração pelo marido e administração pelo seu representante legal ou pela mulher — nos vamos de seguida ocupar, começando pelo estudo da hipótese mais freqüente: a da administração pelo marido.

Administração pelo marido:

— Determinação dos bens, que se encontram sob a administração do marido:

a) *Princípio*: — E' pois ao marido que pertence a administração dos bens do casal, não importando, para tal efeito, o regime matrimonial em que os cônjuges se encontrem casados, pois que o art.º 1189.º encontrando-se numa secção do Código, intitulada «dos direitos e obrigações gerais dos cônjuges», deve aplicar-se sempre, independentemente do regime de bens adoptado.

Mas, qual a extensão de tal direito? Por outras palavras: qual a amplitude da expressão «bens do casal»? Na expressão «bens do casal» abrangem-se não apenas os bens comuns, mas também os bens próprios, quer do marido, quer da mulher, como lógicamente se conclui da parte final do art.º 1104.º e do art.º 1117.º

Com efeito, dizendo o art.º 1104.º que a mulher «pode reservar para si o direito de receber a título de alfinetes, uma parte do rendimento de seus bens, e dispor dela livremente, contanto que não exceda a terça dos ditos rendimentos líquidos», logo inculca que se a mulher só tem o direito de dispor apenas de um terço dos rendimentos dos seus bens, é porque tais bens são administrados também pelo marido, nos termos gerais do art.º 1189.º

Mas, é mais claro ainda, no sentido da compreensão

dos bens próprios da mulher na expressão «bens do casal», o art.º 1117.º estabelecendo que «. . . a administração, porém, dos bens do casal, *sem excepção dos próprios da mulher*, pertence ao marido».

Conclui-se, pois, que é o marido quem administra também os bens próprios da mulher que apenas tem o direito de reservar para si ou dispor livremente de um terço dos rendimentos dêsses bens.

b) *Excepções ao princípio geral:* A regra geral, acabamos de ver, é realmente a de que sob a administração do marido se encontram todos os bens do casal, abrangendo se nesta expressão tanto os bens comuns, como os bens próprios de qualquer dos cônjuges. Devemos notar, no entanto, que a regra geral enunciada sôbre duas excepções, que se encontram expressamente consignadas no nosso Código, isto é, há certos bens, que apesar de o marido estar no exercício efectivo da administração dos bens do casal, não são administrados por êle.

A primeira excepção encontra-se no art.º 1104.º, a segunda excepção resulta do que se dispõe no art.º 1128.º.

1) *A excepção do art.º 1104.º* — O artigo 1104.º dispõe que a mulher pode reservar para si o direito de receber *a título de alfinetes* a têrça parte do rendimento dos seus bens e *dispor dela livremente.*

Lògicamente, conclui-se, pois: se a mulher pode dispor dêsses rendimentos, deve poder também administrá-los como quizer.

Quere dizer: ao contrário do que se dispõe no art.º 1189.º, à mulher pertence a administração da têrça parte dos rendimentos líquidos dos seus bens, desde que assim se estipule.

E poderá surgir a seguinte dúvida: por virtude do disposto na parte final do art.º 1104.º a mulher puderá, também, administrar a parte dos bens que lhe hão-de dar êsse rendimento, ou sòmente lhe é permitido administrar os rendimentos conferidos a título de alfinetes, ficando a administração dos bens entregue ao marido?

A solução que ao Prof. Dr. *Jaime de Gouveia* se afigura preferível é a de que à mulher só é lícito administrar os rendimentos que lhe são consignados a título de alfinetes, por virtude dêste raciocínio simples: o art.º 1189.º contém um princípio geral que só pode sofrer as excepções expressamente consignadas na lei. Ora, o art.º 1104.º não estipula nenhuma excepção em relação à administração dos bens, que pertence ao marido, pois diz, simplesmente que a mulher pode dispor livremente daquilo que lhe é dado a título de alfinetes; conseqüentemente, aquilo de que a mulher pode dispor e administrar livremente é os rendimentos e não os bens que lhe dão êsses rendimentos.

A confirmação dêste raciocínio encontramo-la no art.º 1240.º do Código Espanhol, fonte próxima do dispôsto no art.º 1104.º.

Com efeito, dispõe êle: «Será igualmente nulo qualquer facto que privare directa ó indirectamente al marido de la administracion de los bienes del matrimónio.

Sin embargo, podrá estipularse en favor de la mujer la faculdad de percibir directamente, y en virtud de simple recibo suyo una parte de las reutas para sus atenciones personales, comprendidas lajo el nombre de alfileres».

Isto é, a lei diz expressamente que a mulher pode dispôr livremente daquilo que lhe foi dado à conta de alfinetes — alfileres — mas que não pode administrar os bens que lhe dão êsse rendimento.

Segundo o Código Espanhol, a mulher poderá, quando muito, estipular na escritura ante-nupcial que quere receber directamente a importância que constitui os seus alfinetes.

Isto é, os rendimentos são-lhe imediatamente entregues sem que tivessem passado pela mão do marido, que é, no entanto, o administrador dos bens do casal (1).

(1) — Cfr. Dr. DIAS FERREIRA, in, Código Civil Português Anotado, 1.ª edição, vol. III, pág. 63 e segts.

29.°—Do casamento (cont.)

—Regimes de bens permitidos pela legislação portuguesa — Noção de regime matrimonial.

—Caracteres gerais do regime de bens conjugais.—Em matéria de regimes de bens vigoram dois princípios de origem já longínqua:

a)—Variedades de regimes;

b)—Liberdade de convenção.

—Regimes supletivos.

—Regimes imperativos.

—Os sistemas legislativos e os regimes matrimoniais.

Regimes de bens permitidos pela legislação portuguesa; *Noção de regime matrimonial*: — Podemos definir regime de bens o estatuto pelo qual os cônjuges se hão-de reger nas suas relações patrimoniais, estatuto êste que é o obrigatório também quer para os herdeiros dos cônjuges, quer para terceiros.

A necessidade da existência dêste estatuto é manifesta: o casamento faz surgir entre os cônjuges e entre êstes e terceiros relações jurídicas de carácter patrimonial, cuja regulamentação só com graves inconvenientes poderia ser feita pelas regras dos contratos em geral.

—Caracteres gerais do regime dos bens conjugais: *Em matéria de regimes de bens vigoram dois princí-*

pios de origm já longínqua: a) *variedade de regimes*, b) *liberdade de convenção.*

Com efeito, em primeiro lugar, a lei não consagra um único regime de bens, antes oferece á livre escolha dos nubentes diversos regimes, que dentro em pouco veremos quantos são, normalmente, e, só quando não façam tal escolha, é que o legislador a faz por eles.

Em segundo lugar, nos termos do art.º 1095.º é lícito ás partes estipular, dentro dos limites da lei, tudo o que lhes aprouver relativamente aos seus bens. Isto é: os nubentes podem modificar o regime tipo escolhido, pela inversão de cláusulas acessórias, quer para regular o que na lei é omisso, quer para afastar as suas disposições supletivas, quer para qualquer outro fim que não seja contrário à lei.

Os regimes tipos consagrados no Código: — O Cód. Civ., já o dissemos, consagra diversos regimes que coloca à livre escolha das partes.

São os chamados regimes convencionais tipos ou simplesmente os regimes tipos.

Qual o número dos regimes tipos é questão que tem sido, e ainda hoje é, debatida na doutrina e jurisprudência. Analisemo-la:

a) — Opinião dominante: Os regimes tipos são quatro — Comunhão geral de bens, simples comunhão de adquiridos, separação absoluta de bens e regime dotal.

Segundo a opinião dominante, que é também a sustentada pelo Prof. *Jaime de Gouveia*, a nossa lei consagra quatro regimes tipos: comunhão geral de bens, simples comunhão de adquiridos, separação absoluta de bens e regime dotal.

Assim parecem dar a entendê lo os artigos 1099.º, 1100.º, 1101.º e 1102.º do Cód. Civil, que dispõem:

Art.º 1099.º: «Se os esposos declararem simplesmente em seu contrato que pretendem casar-se *segundo o costume do Reino*, observar-se-ão as disposições dos arts. 1108.º a 1124.º».

Art.º 1100.º: «Se os esposos declararem simplesmente que querem casar-se com *simples comunhão de adquiridos*, observar-se-ão as disposições dos artigos 1130.º a 1133.º.

Art.º 1101.º: «Se os esposos declararem simplesmente que pretendem casar-se com *separação de bens*, observar-se-ão as disposições dos arts. 1125.º a 1129.º».

Art.º 1102.º: «Se os esposos pretenderem casar-se segundo o *regime dotal*, observar-se-ão as disposições aos arts. 1134.º a 1165.º».

b) — Opinião segundo a qual os regimes tipos são sòmente três: comunhão geral de bens, separação de bens ou simples comunhão de adquiridos e regime dotal.

Já se sustentou, porém, que os regimes tipos não eram quatro mas três.

E argumentou-se assim:

1.º) O Código regulando em sub-secções distintas os regimes de comunhão geral e o regime dotal (II e IV respectivamente), englobou numa mesma sub-secção (a III) os regimes referidos nos arts. 1100.º e 1101.º, intitulando essa sub-secção «Da separação de bens ou simples comunhão de adquiridos», o que parece inculcar que o legislador identificou êstes dois regimes.

Esta identificação é ainda realçada pela disjuntiva *ou*.

2.º) Estabelecendo o § 3.º do artigo como sanção aos casamentos viciados por impedimentos dirimentes relativos à separação de bens, o artigo 1098.º, para o mesmo caso

impôs o regime de simples comunhão de adquidos. Ora, êste emprêgo de expressões diferentes só se compreende pela identidade dos dois regimes.

Esta doutrina não encontrou eco nem na doutrina nem na jurisprudência.

E, na verdade, são frouxos os argumentos em que assenta.

Com efeito, se é certo que os regimes da separação absoluta e da simples comunhão de adquiridos estão englobados na mesma sub-secção, a verdade é que lhe são aplicáveis disposições distintas. De resto, a aplicação simultânea de todas as disposições que constituem a referida sub-secção III é, como logo veremos mais detalhadamente, impossível, pois tais disposições arrumam-se em dois grupos contraditórios: dum lado as disposições dos artigos 1127.º a 1120.º, do outro as disposições dos artigos 1130.º a 1133.º.

c) — Opinião segundo a qual os regimes tipos são cinco: comunhão geral de bens, simples comunhão de adquiridos, separação absoluta de bens, separação de bens sem expressa exclusão da comunhão nos adquiridos e regime dotal.

— *Exposição desta opinião*:—Segundo uma outra corrente doutrinária, o Cód. consagra cinco regimes tipos: a comunhão geral de bens, a simples comunhão de adquiridos, a separação absoluta de bens sem expressa exclusão da comunhão de adquiridos e o regime dotal.

É certo que êstes escritores afirmam «una voce» que o Código estabelece ùnicamente quatro regimes tipos — a comunhão geral de bens, a simples comunhão de adquiridos, a separação de bens e o regime dotal—mas, no desenvolvimento do seu modo de ver, diferenciam o regime de separação em regime de separação absoluta e regime de separação com comunhão de adquiridos, e, como consideram êste último regime distinto do regime da simples comunhão de adquiridos, vêem, pràticamente, estabelecidos no Código os cinco regimes de bens a que nos referimos logo na rúbrica da presente alínea. E, para desfazer esta realidade, não basta dizer que a separação completa não é «um sistema matrimonial próprio, independente daquele em que a separação reune acessòriamente a comunhão de adquiridos» como faz *Silva Carvalho*. (1)

Argumentam os partidários desta opinião:

a) O art.º 1101.º diz que «se os esposos pretenderem casar-se com separação de bens, observar-se-ão as disposições dos arts. 1125.º a 1129.º».

O art.º 1125.º diz por sua vez que «se os esposos declararem que querem casar-se com separação de bens, não se haverá por excluída a comunhão nos adquiridos sem expressa declaração».

O art.º 1126.º referindo-se ao contrato estabelecido no art.º 1125.º—separação sem exclusão da comunhão nos adquiridos — diz que «são aplicáveis a êste contrato as subseqüentes disposições dos arts. 1130.º, 1131.º e 1132.º».

---

(1)—Pelo menos assim se deve entender em face do que se lê em «As formas do regime matrimonial» volume II, n.º 25 pág 57 nota 3.

Além de *Silva Carvalho* sustentaram também esta doutrina *Dias Ferreira*, Cód. Civ. Anot., vol. III, pag. 53, *Delfim Maia*, in «Colecção selecta de escritos jurídicos», pag 84 e as Revistas de Legislação e Jurisprudência, vol. V, pag. 68 e dos Tribunais, vol, VI, pag 3?9 O Sr. Dr. *Cunha Gonçalves* apresenta uma modalidade interessante desta doutrina no volume VI do seu tratado de Direito Civ., a pág. 322 e seguintes.

Portanto, ao regime de separação de bens sem expressa exclusão da comunhão nos adquiridos aplicar-se-ia as disposições dos arts. 1125.º a 1132.º; os arts. 1125.º a 1129.º por fôrça do disposto no art. 1101.º, os arts. 1130.º a 1132.º por fôrça do disposto no art.º 1126.º.

Temos assim na sub-secção III três regimes de bens: o regime de separação absoluta a que se aplicam as disposições dos arts. 1125.º a 1129.º; o regime da simples comunhão de adquiridos subordinados às disposições dos arts. 1130.º a 1132.º, e o regime de separação sem expressa exclusão da comunhão nos adquiridos regulado pelos arts. 1125.º a 1132.º.

b) - O art.º 1128.º diz que «é aplicável à mulher quanto aos seus bens mobiliários separados da comunhão e à terça parte dos seus rendimentos, o que no art.º 1118.º fica disposto, relativamente ao marido, àcêrca dos bens mobiliários comuns».

Ora, dizem os partidários desta corrente, segundo a opinião unânime, êste art.º aplica-se à separação absoluta, o que faz surgir uma contradição, porque o art. fala em «bens mobiliários separados da comunhão» e no regime da separação absoluta não há bens comuns, e, consqüentemente bens separados da comunhão.

O único modo de evitar esta contradição é admitir a existência do regime de separação sem exclusão da comunhão nos adquiridos ao qual o art.º 1128.º seria também aplicável; e, desta forma, já se compreenderia a referência a bens comuns, pois esta categoria de bens pode existir também neste regime.

c) — No projecto primitivo havia mesmo disposições exclusivas do régime de separação e do regime de simples comunhão de adquiridos, e ao mesmo tempo disposições comuns aos dois regimes.

Assim: ao regime de simples comunhão de adquiridos aplicavam-se os art.ºs 1169.º a 1172.º; ao regime de separação de bens, os art.ºs 1173.º a 1177.º, e ainda os art.ºs 1169.º, 1170.º e 1171.º, por fôrça do disposto no art.º 1174.º. Desta forma — diz-se — é compreensível a existência do regime regulado pelos art.ºs 1125.º a 1132.º.

Crítica desta opinião: — Também os escritores que assim argumentam não têm razão.

Com efeito, improcede o primeiro argumento porque com os art.ºs 1125.º e 1126.º não pretendeu o legislador criar um 5.º regime mas apenas interpretar a expressão «separação de bens», quando os cônjuges declaram querer casar segundo êsse regime.

Por outras palavras: o art.º 1101.º dispõe que se os esposos declararem que pretendem casar-se com separação de bens, observar-se-ão as disposições dos art.ºs 1125.º a 1129.º. Vem o art.º 1125.º e diz que: «se os esposos declararem que querem casar-se com separação de bens, não se haverá por excluída a comunhão nos adquiridos sem expressa declaração», mas a êste contrato — acrescenta o art.º 1126.º — «são aplicáveis as subseqüentes disposições dos arts. 1130, 1131, e 1132, isto é, as disposições reguladoras do regime de simples comunhão de adquiridos, e não as dos arts. 1127 a 1129. Estas disposições, são só aplicáveis quando os nubentes declararem que querem casar-se com separação de bens sem comunhão nos adquiridos.

Desta forma se vê como o regime referido nos arts. 1125 e 1126 é afinal o regime da simples comunhão de adquiridos.

Esta interpretação que fazemos dos arts. 1125 e 1126

pode fazer surgir uma única dúvida. E' a seguinte: sendo o regime da simples comunhão de adquiridos regulado pelos arts. 1130 a 1132, e, remetendo o art. 1126 apenas para os arts. 1130 a 1138, é porque se quiz referir a um outro regime de bens diferente do da simples comunhão de adquiridos.

Esta objecção afasta-se, porém, fàcilmente, porque o art. 1133 contém uma disposição que teria sempre que ser aplicada uma vez que se tratasse dum regime em que houvesse comunhão nos adquiridos.

Só por lapso, pois, se explica que o art. 1126 não tenha mandado aplicar também o art. 1133.º

E' igualmente improcedente o segundo argumento, porque o art. 1128.º ao falar em bens separados da comunhão quere referir-se aos bens que pertencem a cada um dos cônjuges em propriedade singular, em oposição aos bens sujeitos a um regime de compropriedade, o que é inteiramente admissível e até frequente na separação absoluta de bens.

Por último, não colhe o argumento histórico porque é flagrante a semelhança entre as disposições do projecto e da redacção definitiva do Código, dando, por isso, lugar às mesmas dúvidas que originaram a questão que estamos tratando.

d) Opinião do Prof. Dr. *Jaime de Gouveia:*—Os regimes tipos estabelecidos no Código são realmente os quatro que deixamos indicados na alínea a).

O Sr. Prof. Dr. *Jaime de Gouveia* entende que os regimes de bens são na verdade quatro — comunhão geral, simples — comunhão de bens, simples comunhão de adquiridos, separação absoluta e regime dotal.

Não podendo, com efeito, equiparar os regimes regulados na sub-secção III, como já vimos.

Não podemos também estabelecer distinção entre os regimes de separação sem expressa exclusão da comunhão nos adquiridos e o regime de simples comunhão de adquiridos, pois um e outro são regulados pelas mesmas disposições. E não se diga, como fazem os partidários dos cinco regimes, que enquanto o regime da simples comunhão de adquiridos é regulada pelos arts. 1130.º a 1133.º, o regime de separação é regulado pelas disposições dos arts 1127.º a 1133.º, pois que os arts. 1127.º a 1129.º e os arts. 1130.º a 1133.º, formam dois grupos de disposições contraditórias, cuja aplicação simultânea é impossível: emquanto os primeiros são relativos a uma separação absoluta, os segundos são relativos a uma separação incompleta, e ou bem que há uma separação incompleta, com comunhão nos adquiridos.

Vejamos algumas manifestações dessa incompatibilidade:

Em primeiro lugar, verificamos que da aplicação dos arts. 1130.º a 1132.º, resulta que os rendimentos dos bens próprios são comuns, pois o art.º 1130.º manda regular os bens próprios como êles se regulam na comunhão geral de bens, e nesta, segundo o § único do art.º 1100.º, os rendimentos dos bens próprios são comuns; pelo contrário, no regime de separação absoluta de bens, êsses rendimentos não são comuns, pois que se o fôssem, os bens com êles adquiridos também o seriam, e a êsses bens comuns teria o legislador de referir-se no art.º 1120.º em que determinou a responsabilidade dos cônjuges por dívidas. Ora, o art.º 1129.º em nenhum dos seus números fala em bens comuns, por isso, forçoso é concluir-se, que não há bens comuns no regime de separação absoluta de bens, e conseqüentemente também não são comuns os rendimentos dos bens próprios.

Em segundo lugar, verificamos que enquanto o art.º 1128.º permite à mulher a livre alienação dos mobiliários

que se achem separados da comunhão, o art.º 1130.º, mandando regular êsses bens pelas disposições relativas à comunhão geral de bens, implicitamente proíbe essa alienação.

Há, pois, entre os arts. 1127.º a 1129.º e os arts. 1130.º a 1133.º diferenças fundamentais que não permitem a sua aplicação conjunta.

Respondem a isto os defensores da existência dum quinto regime, dizendo que há realmente incompatibilidade entre os arts. 1127.º a 1129.º e os arts. 1130.º a 1133.º, mas que a verdade é que os arts. 1130.º e seguintes só se aplicam naquilo em que não forem incompatíveis com os arts. 1127.º a 1129.º.

Mas esta doutrina não pode fàcilmente administrar-se, em primeiro lugar porque o art. 1126.º manda aplicar os arts. 1140.º e seguintes *in totum* e não apenas *in parte*; e, em segundo lugar, porque qualquer tentativa de harmonização dos dois grupos de disposições legais é absolutamente inadmissível, porque com ela ficaria completamente desvirtuado o regime de separação incompleta.

Se se trata duma separação com comunhão de adquiridos, compreende-se que em relação aos adquiridos que são comuns, se apliquem as regras dos arts. 1130 e seguintes, mas quanto aos bens próprios, ou se hão-de aplicar as disposições referidas no art. 1130.º, ou se hão-de aplicar as disposições dos arts. 1127.º a 1129.º.

Aplicar os dois grupos de disposições simultâneamente é que é impossível.

Em terceiro lugar, verificamos ainda que enquanto pelo art. 1129.º as dívidas contraídas pela mulher com autorização do marido são dívidas próprias da mulher, pelo art. 1130, que manda aplicar o artigo 1114, tais dívidas são comuns.

Em vista do que fica exposto devemos portanto concluir

que os regimes tipos estabeelcidos no Código são realmente quatro.

Além disto, um outro argumento nos conduz à mesma solução da equiparação das expressões «separação de bens» e «comunhão de adquiridos»: é que esta doutrina é a única que permite perfeitamente a aplicação do art. 1098.º do Código, completa harmonia com o disposto no art. 1060.º § 3.º hoje substituído pelo art. 53 do Dec. n.º 1 de 21 de Outubro de 1910.

Na verdade, o art. 1098.º, depois de dizer que na falta de acôrdo se considera o casamento celebrado com comunhão geral de bens, acrescenta «excepto se fôr contraído com quebra das disposições dos arts. 1058.º n.ºs 1 e 2, porque nêsse caso, entender-se-á que os cônjuges são casados com simples *comunhão de adquiridos*». Mas o § 3.º do art. 1060.º, referindo-se aos casamentos celebrados com quebra do disposto no n.º 1 do art. 1058.º diz que êsses casamentos se consideram sempre como contratados com *separação de bens;* o mesmo dispondo o art. 58 do Decreto n.º 1, pelo qual foi substituído aquêle parágrafo.

Ora, se para a mesma hipótese o art. 1098.º fala em «simples comunhão de adquiridos» e o artigo 1060.º § 3.º em «separação de bens», é porque as duas expressões são equivalentes. Compreende-se, por isso, que o art. 1125.º mande aplicar a simples comunhão de adquiridos quando os nubentes declararem que pretendem casar-se com separação de bens.

Regimes supletivos—O nosso Cód. ao estabelecer as várias modalidades dos regimes matrimoniais, que colocou á livre escolha dos nubentes, teve o cuidado, à semelhança do que acontece nos códigos modernos, de indicar um como

suplectivo, para a hipótese de os cônjuges não indicarem expressamente o regime que querem adoptar.

Com efeito, o art. 1098.º do Cód. Civ. dispõe que na falta de qualquer acôrdo, ou convenção, entende-se que o casamento é feito segundo o costume do reino...

Quere dizer: quando os nubentes não tenham estabelecido por forma expressa qual o regime de bens que desejam adoptar, a lei substitui-se à vontade dêles e estabelece que as suas relações patrimoniais serão reguladas pelas disposições da comunhão geral de bens, pois outro não é o regime segundo o costume do Reino.

Foi só a partir das Ordenações Manuelinas que o regime da comunhão geral passou a ser considerado no nosso direito, como suplectivo. Antes destas Ordenações, se havia regiões onde o regime suplectivo era o da comunhão geral de bens, outras havia onde para que tal regime vigorasse era necessário que as partes o tivessem declarado expressamente na *carta de ametade*, como se designava então o contrato onde tal regime era estipulado.

Mas, ao tempo da promulgação do Código, em quási todo o Reino vigorava já como regime suplectivo o da comunhão geral de bens. E' por isto que o legislador, ao referir-se a tal regime no artigo 1098.º se refere a casamento segundo o costume do Reino.

Não é êste, porém, o único regime suplectivo, que existe no nosso direito. Com efeito, o art. 53.º do Decreto n.º 1 estabeleceu como regime suplectivo o da separação incompleta ou simples comunhão de adquiridos. E' certo que nesse artigo se diz: «Consideram-se *sempre* como contraídos com separação de bens» mas estas palavras devem interpretar-se hàbilmente, pois sendo o fim da disposição proteger e defender o menor—evitando que alguém se locuplete à custa dele--parece que se não deve proïbir os nubentes de estipularem um regime de bens que melhor proteja e defenda os interêsses do menor. É, por isso, que entendemos ser o regime suplectivo, pois os nubentes podem estipular ou a separação absoluta ou o regime dotal. A comunhão absoluta é que não pode ser estabelecida.

Finalmente, no caso do artigo 312.º do Código do Registo Civil, que dispõe: «Se algum dos nubentes falecer antes da ratificação do casamento, entender-se-á êste feito, à falta de escritura ante-nupcial, com absoluta separação de bens...», o regime suplectivo é o da absoluta separação de bens e não o da comunhão geral.

Regimes imperativos — Há, porém, casos em que o legislador, longe de permitir às partes a escolha do regime matrimonial, lhes impõe *imperativamente* um.

E' esta a razão porque lhe chamamos regimes imperativos.

Há casos em que o regime imperativo é o dotal. E' o que acontece nos casamentos de menores de 18 e 16 anos, mas maiores de 16 e 14, quando o juiz, ocorrendo motivos ponderosos os autorize. Diz, com efeito, o art. 294.º do Código do Registo Civil que em tal hipótese «... deve o casamento fazer-se segundo o regime dotal, sempre que o noivo ou a noiva tenham bens. O quantitativo do dote será fixado pelo juiz sob informação do conservador».

Podemos também considerar como imperativo o regime estabelecido no art. 53.º do Decreto n.º 1.

Êste regime será suplectivo em relação ao regime dotal e à separação absoluta, como já fizemos notar, mas imperativo em relação ao regime da comunhão geral de bens.

Os sistemas legislativos e os regimes matrimoniais — Estudada a orientação do nosso Código, sôbre regimes

matrimoniais, vamos agora dar conhecimento das principais construções que sôbre regimes de bens se encontram na legislação comparada, antiga e moderna (1). Depois disso verificaremos quais dessas construções podem ser adotadas pelos cônjuges portugueses.

No direito romano, já o dissemos, surgiram três concepções de regimes de bens — casamento cum manus, casamento sine manus e regime dotal — e esboçou-se uma quarta concepção, que não chegou a criar raízes — a sociedade omnium bonorum — correspondente, mais ou menos, à comunhão geral de bens.

No direito germânico, dominado ainda pela idea segundo a qual os poderes são dados aos mais fortes, a mulher encontrava-se sujeita a uma tutela protectora — o mundium — que, no dizer de Lagrange, correspondia ao poder do chefe de família ou à «manus» dos romanos.

Pelo casamento «o mundium» passava a ser exercido pelo marido, que fazia à mulher uma doação nupcial—dotem non uxor marito, sed uxoris maritus offert — diz Tácito, recebendo em troca alguns presentes. Daí a designação de casamento «mundium», segundo o qual a mulher ficava na família, como no direito romano, «in loco filiae», passando os seus bens para o marido.

No direito moderno diversas concepções de regimes matrimoniais nos surgem.

(1) Sôbre esta matéria pode ver-se Charles Gide: Étude sur la condition privée de la femme.

Encontrando primeiramente a concepção da comunhão de bens, comunhão que pode ser mais ou menos extensa. Assim, enquanto em alguns países nos aparece sob a forma de comunhão universal (Países Baixos, Dinamarca e Noruega), noutros ainda aparece-nos sob a forma de comunhão de móveis e adquiridos (França, Bélgica e Luxemburgo) e noutros, ainda, sob a forma de comunhão de adquiridos sòmente (Espanha, Brasil, Xile, Perú e Venezuela).

Encontramos uma segunda concepção denominada de comunhão de bens ou de comunhão de administração, ou ainda de usufruto do marido, concepção segundo a qual os cônjuges concedem a propriedade dos seus bens, mas em que a administração é conferida, em princípio, ao marido. É o regime legal admitido pelos Códigos Civis Alemão e Suisso de 1912.

Segundo a terceira concepção, dita de separação de bens, os cônjuges conservam a propriedade dos respectivos bens e também a administração. E' o que acontece na A'ustria, Itália, México, (Código Civil Federal de 1917), Inglaterra e nas legislações de vários Estados da América do Norte. Esta concepção está de harmonia com a evolução legislativa moderna, que se faz no sentido de atribuir à mulher casada mais direitos e de lhe assegurar uma maior independência na família.

A lei sueca de 11 de Junho de 1920 (1) estabeleceu um regime diferente de qualquer dos que apontámos até agora. Segundo êsse regime, os cônjuges conservam a propriedade dos respectivos bens; mas os bens são divididos em duas categorias: bens próprios e bens conjugais, êstes últimos, que constituem a regra, serão partilhados entre os esposos os seus herdeiros em caso de dissolução do casamento ou de separação de bens.

(1) Annuaire de leg. étrangère, 1920, pág. 190 e segs.

Tôdas as concessões dirigidas de bens que ficam indicadas poderão ser estabelecidas pelos cônjuges portugueses?

A' primeira vista poderia parecer que sim, dada a faculdade de liberdade de estipulação, (artigo 1096.°) que a lei confere aos nubente e o princípio da variedade de sistemas.

Porém, quem tal pensasse errava.

Com efeito, a concepção que qualificamos de separação de bens, não cabe dentro do sistema do nosso código nem é por êle permitido, porque nessa concepção cada cônjuge conserva a administração dos respectivos bens, e entre nós acontece que, como já tivemos ocasião de ver, a mulher não pode privar o marido da administração dos bens do casal, nem mesmo por convenção ante-nupcial (art.° 1104.°).

30.°—Do casamento (cont.)

—**Dissolução do casamento.**

—**Da separação de pessoas e bens — Evolução histórica da separação de pessoas e bens:**

a)—**No Direito Romano;**

b)—**No Cristianismo;**

c)—**Na Revolução Francesa;**

d)—**No Código Civil Francês;**

e)—**No nosso Código Civil;**

f)—**No Decreto de 3 de Novembro de 1910.**

Dissolução do casamento — *Razão de ordem:* — Estudada a forma de constituïção da sociedade conjugal, os efeitos por ela produzidos, e a forma porque se prova a sua existência, resta-nos ver agora como se dissolve essa sociedade, para completarmos o seu estudo.

Surpreendida no seu nascimento, observada na sua constância, na sua vida, falta averiguar as causas da sua morte, para que o estudo da sociedade conjugal fique completo. E' essa averiguação que vai constituir o objecto dêste capítulo.

Matérias a estudar neste capítulo: — Neste novo capítulo, que agora abrimos, não vamos estudar, apenas, como á primeira vista poderia parecer os casos de dissolução da sociedade conjugal.

Melhor seria talvés que êste capítulo tivesse por epígrafe «da dissolução da sociedade conjugal e da sua interrupção por virtude de separação de pessoas e bens», pois nêste momento vamos estudar não apenas os casos em que a sociedade conjugal efectivamente se dissolve, mas também aquele em que ela apenas se interrompe, por virtude de separação de pessoas e bens.

A razão por que aqui, a-propósito-da dissolução do casamento, nos ocupamos também da separação de pessoas bens, é a seguinte: a separação de pessoas e bens tem as mesmas causas que o divórcio — forma de dissolução de casamento —, e pode converter-se neste, nos termos dos arts. 47.º e 48.º da lei do divórcio (Dec. de 3 de Novembro de 1910); pelo que se pode considerar um prelúdio de divórcio.

Indicação da sequência: — Em virtude das matérias que neste capítulo vamos estudar — separação de pessoas de bens e dissolução da sociedade conjugal — dividiremos êste capítulo em duas secções: na primeira estudaremos a separação de pessoas e bens; e a segunda será reservada ao estudo do divórcio, pois das causas de dissolução da sociedade — morte e divórcio —, só o estudo desta oferece interésse.

Da separação de pessoas e bens — *Evolução histórica da separação de pessoas e bens*: — No direito romano, como sabemos, não havia a separação judicial de pessoas e bens; havia sòmente o repúdio. Quando havia desentendimento entre os cônjuges, estes divorciavam-se, ou repudiavam-se, divórcio e repúdio que eram feitos com tôda a facilidade.

Mais tarde, porém, quando na sociedade romana, no tempo do Império, surgiu a dissolução dos costumes, multiplicaram-se extraordinàriamente os divórcios, pelo que se começou a desenhar uma reação contra êle, reação que aumentou quando os imperadores romanos se converteram ao Cristianismo.

Como sucedeu a outras, instituïções, os imperadores romanos, em relação ao divórcio, adoptaram a seguinte atitude: mantiveram-no, mas cominaram penas graves, contra aqueles que fizessem o divórcio sem causa, encontrando-se as causas estabelecidas nas leis.

O Cristianismo veio estabelecer a doutrina da indissolubilidade do casamento, considerando o casamento um sacramento e, como tal, indissolúvel. Por esta razão, nas sociedades cristãs posteriores ao império romano, foi abolido o divórcio.

Mas, porque na vida real surgiam casos de sociedades conjugais em que o vínculo do casamento tinha de ser de alguma maneira atenuado, porque se apresentava impossível a cohabitação dos cônjuges, e também porque não era lícito desconhecer êsses casos, estabeleceu-se a separação de pessoas e bens, ou, como se dizia em linguagem canónica «*separatio quoad torum et habitationem*», que punha termo à vida em comum dos cônjuges e, vinha a substituir o divórcio romano.

Mas enquanto no divórcio o casamento se dissolvia, na separação de pessoas e bens o vínculo matrimonial mantinha-se — o que não admira, visto nessa época predominar a doutrina da indissolubilidade do casamento — e apenas libertava os cônjuges da obrigação de cohabitação.

Em cânones que o concílio tridentino, um dos maiores concílios de Igreja católica, uma das maiores assembleias dos doutores da Igreja, aprovou, distinguiu-se entre separação perpétua e separação temporária, distinção esta que se refletia nas causas que davam lugar a uma e outra dessas espécies de separação: as causas para a separação per-

pétua eram mais graves do que as exigidas para a separação temporária.

Mais tarde, a Revolução Francesa acabou com a separação, eliminando-a das instituïções francesas e restabelecendo o divórcio.

No Cód. Civ. francês, porém, a-par-do divórcio manteve-se a separação de pessoas e bens, — separation de corps —, e tal instituïção passou daí para o Cód. Civ. português, que não admitia o divórcio. Entre nós, só mais tarde, quási meio século depois, em 1910, se restabeleceu a instituïção do divórcio pelo Decreto do Govêrno Provisório da República, publicado em 3 de Novembro de 1910.

Temos, pois, que o nosso Código Civil apenas reconhecia a separação judicial de pessoas e bens, e não, também, o divórcio.

A separação de pessoas e bens, tal como a admitia o Código Civil, era perpétua; e, conquanto o art. 1210.º do Código Civil estipulasse que da separação de pessoas *deriva necessàriamente* a separação de bens, um caso havia em que o legislador reconhecia, admitindo-a, a simples separação de pessoas. Era o caso de adultério da mulher, no qual, fôsse qual fôsse o regime em que o matrimónio tivesse sido contraído, a mulher não tinha direito a separação de bens, mas só a alimento, salvo se provasse que, ao tempo em que cometeu o adultério, podia requerer a separação contra o marido, por alguma das causas mencionadas no n.º 2 do art. 1204.º do Cód. Civ. (Cód. Civ. art. 1210.º § único).

Este sistema foi algo alterado pelo Cód. de Proc. Civ. de 1876, que no art. 469.º admitiu a separação judicial de pessoas e bens temporária. Com efeito, dispõe êsse artigo que «o conselho de família ou as justiças ordinárias julgando improcedente e não provada a acção de separação de pessoas e bens, podem, todavia, autorizar *temporàriamente*, a seu arbítrio, a separação provisória de pessoas, arbitrando alimentos à mulher, se houver lugar a êles».

Por último, quer a instituïção de separação de pessoas e bens temporária, quer a de simples separação de pessoas foram abolidas pela lei de divórcio: a separação de pessoas e bens temporária pelo art. 51.º que proïbia para o futuro a separação temporária de pessoas autorizada pelo art. 469.º do dito Cód. de Proc. Civ.; a simples separação de pessoas pelo art. 50.º assim redigido: «fica revogado para todos os efeitos o § único do art. 1210.º do Cód. Civ.».

Em síntese: na legislação pré-vigente ao Dec. de 3/11/1910 não havia divórcio; a sociedade conjugal dissolvia-se por morte, e admitia-se a interrupção dessa sociedade, interrupção que se fazia ou pela separação judicial de pessoas e bens, que podia ser perpétua ou temporária, ou pela simples separação de bens (1), ou ainda pela simples separação de pessoas.

Com o Dec. de 3/11/1910 instituiu-se o divórcio e eliminaram-se ou extinguiram-se a separação judicial de pessoas e bens temporária ou provisória e a simples separação de pessoas.

Correlação entre o divórcio e a separação de pessoas e bens: A instituïção do divórcio, que representa uma reacção contra a doutrina católica da indissolubilidade do matrimónio tem surgido mais cedo ou mais tarde; em épo-

(1) Note-se, todavia, que a simples separação de bens só interrompe a sociedade conjugal quanto aos bens e não, também, quanto às pessoas; e o contrário se deve dizer pelo que diz respeito à simples separação de pessoas.

cas diversas, nos vários países da Europa (1); mas em relação àqueles países que o estabeleceram e que, ao mesmo tempo, mantiveram a separação de pessoas e bens, a correlação estabelecida entre uma e outra instituïção é diversa.

Primeiramente, temos a concepção da separação divórcio: em certos países, onde dominava a doutrina canónica e a relegião católica, a separação de pessoas e bens era considerada o divórcio dos católicos. Normalmente, nestes países, admitia-se para os não católicos, o divórcio, que era vedado aos católicos a quem só a separação de pessoas e bens era permitida para dissolver o casamento (2)

Outras legislações adoptam uma concepção diferente: a separação de pessoas e bens desempanhava a função de prelúdio do divórcio (concepção da separação prelúdio do divórcio). Quando houver desharmonia entre os membros de sociedade conjugal, estabelece-se, primeiramente, a separação de pessoas e bens e, depois, se a separação de pessoas e bens não vier a acabar pela conciliação, permite-se a sua conversão em divórcio, a requerimento de qualquer dos cônjuges.

A separação é, por conseqüência, a ante-câmara do divórcio.

Finalmente, segundo o terceiro grupo de legislações, a conversão da separação em divórcio, fica ao prudente arbítrio do julgador. Volvido o lapso de tempo de experiência sôbre a possibilidade da conciliação, é permitido realmente aos cônjuges separados requererem a conversão da separação em divórcio, mas esta conversão nem sempre é concedida, porque o juíz, apreciando as circonstâncias, poderá declarar ou não a conversão. Nestas legislações é, pois, outra a concepção da correlação existente entre a separação de pessoas e bens e o divórcio: a separação é um diminuitivo de divórcio.

Quere dizer, essas legislações exigem causas menos graves para a separação do que para o divórcio.

E são estas as três concepções principais que encontramos nas legislações sôbre a correlação das instituïções do divórcio e da separação: a concepção da separação divórcio dos católicos, a concepção da separação prelúdio do divórcio e a concepção da separação diminuitivo do divórcio.

(1) Em alguns países, como a Itália, ainda não existe o divórcio; outros como a Espanha só recentemente o primitiram. Em França o divórcio foi estabelecido pelo Código Napoleónico, suprimido em 1816 e restabelecido em 1884.

(2) E', fundamentamente, a concepção do projecto da lei do divórcio, sôbre a qual já deu o seu parecer à Câmara Corporativa.

§ 4.°

31.°—Do Direito das Sucessões

—As espécies de sucessão.
—As espécies de sucessores.
—As formas de testamento e suas formalidades.
—O que se deve entender por legítima e por cota disponível.
—As ordens da sucessão legítima.
—O direito de representação e seus principais efeitos.

Vamos hoje entrar no último parágrafo da nossa exposição descritiva das instituïções jurídicas, isto é, o parágrafo das sucessões.

As sucessões podem considerar-se um ramo dos direitos de família *lato sensu*, mas o que é certo é que *stricto sensu* o direito de família não as abrange.

Segundo o plano de estudos da nossa faculdade, há uma cadeira de Direito Civil chamada Direitos de Família e Sucessões; ora, se as sucessões, segundo êsse plano de estudos, pudessem ser consideradas um ramo de direitos de família, a cadeira chamar-se ia simplesmente Direitos de Família.

Quando alguém morre, os seus bens patrimoniais passam para o sucessor (ou sucessores). O direito por vitude do qual alguém sucede nos direitos patrimoniais do defunto é que se chama o direito de sucessão.

Assim o diz o artigo 1.735.° do C. Civil; «*Pode qualquer suceder, por morte de outrem, em todos os seus bens, ou parte deles, tanto quando fôr por disposição da última vontade, como quando fôr em virtude da lei. No primeiro caso, dá se a sucessão testamentária; no segundo, a sucessão legítima*».

A sucessão — segundo o mesmo artigo — pode ser testamentária ou legítima.

Quando o sucessor é instituído por meio dum acto da última vontade do *de cujus*, do autor da herança, a sucessão chama-se testamentária. Quando a sucessão é deferida pela lei, chama-se legítima.

Os sucessores podem ser herdeiros ou legatários.

Quando o sucessor recebe tôda a herança do *de cujus* ou uma parte alíquota da herança sem determinação do seu valor, chama-se herdeiro. Quando o sucessor recebe certos valores, então, é legatário.

E' o que se estabelece no art.° 1.736.° do C. Civil: — «*Diz-se herdeiro aquele que sucede na totalidade da herança, ou parte dela, sem determinação de valor ou de objecto. Diz-se legatário aquele, em cujo favor o testador dispõe de valor, ou objctos determinados, ou de certa parte deles*».

Não é indiferente o chamar-se ao sucessor herdeiro ou legatário, visto que um tem direitos e deveres diversos do outro.

Para verificarem isso, basta que confrontem o artigo 1.736.° com os arts. 1.792.° e 1.792.°.

Assim, dizem estes artigos:

Art.° 1792.°: «*O herdeiro responde por tôdas as dívidas, e legados do autor da herança, até por seus próprios bens, salvo se aceitar a herança a benefício de inventário*».

Art.° 1793.°: «*O legatário, porém, não responde pelos encargos do legado, senão até onde chegarem as fôrças do mesmo legado*».

Art.° 1852.°: «*Se algum dos coherdeiros instituídos fa-*

lecer primeiro que o testador, repudiar a herança ou se tornar incapaz ou indigno de a receber, acrescerá a sua parte aos outros coherdeiros instituídos, salvo se o testador houver disposto outra coisa».

Art.º 1853.º: «*O direito de acrescer também competirá aos herdeiros, se os legatários não quizerem ou não puderem receber o respectivo legado*».

Art.º 1854.º: « *Entre legatários não haverá direito de acrescer; mas, se a coisa legada fôr indivisível, ou não puder dividir-se sem deterioração, terá o colegatário opção, ou para conservar o todo, repondo aos herdeiros o valor da parte caduca, ou para haver dêles o valor do que direitamente lhe pertencer, entregando-lhes a coisa legada.*

§ Único. *Se, porem, sendo o legado onerado com algum encargo, êste caducar, lucrará o legatário o proveito que daí lhe resultar, se o testador não tiver ordenado o contrário*».

Conseqüentemente, o herdeiro tem obrigações que não tem o legatário; por exemplo, a obrigação de pagar dívidas da herança; o herdeiro tem também direitos que não tem o legatário: por exemplo, o direito de acrescer.

Há casos que oferecem dúvidas sôbre se se trata de um herdeiro ou de um legatário — mas isto pertence ao estudo da cadeira de Sucessões.

O que é necessário é que fiquem apenas com estas ideas gerais e com esta prevenção: que, por vezes, há dúvidas sôbre se se trata de um herdeiro ou de um legatário.

Já vimos, pois, que há duas espécies de sucessão: a sucessão testamentária e a sucessão legítima; que a testamentária se verifica quando alguém é chamado à herança como herdeiro ou como legatário em virtude dum testamento e que a sucessão é legítima quando alguém é chamado à herança por deferimento da lei.

Por conseqüência, na sucessão testamentária há sempre um instrumento feito pelo autor da herança: o testamento. O testamento é um acto pessoal que há de ser feito pelo próprio autor da herança, não podendo ser feito por procuração.

E' o que se dispõe nos art.ºs 1.739.º e 1.740.º do Código Civil:

Art.º 1739.º: «*Diz-se testamento o acto, pelo qual alguém dispõe, para depois da sua morte, de todos, ou de parte dos próprios bens*».

Art.º 1740.º: «*O testamento é acto pessoal, 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, do mesmo testamento.*

§ único. *O testador pode, todavia, cometer a terceiro a repartição da herança, quando institui certa generalidade de pessoas*».

Há várias espécies de testamento: público, cerrado, militar, marítimo e externo ou celebrado em país estrangeiro. Disso nos dá conta o artigo 1.910.º do Código Civil, que diz: «*O testamento, quanto à sua forma pode ser:*

1.º Público;

2.º Cerrado;

3.º Militar;

4.º Marítimo;

5.º Externo, ou feito em país estrangeiro».

Cada um dêstes testamentos tem duas formalidades externas reguladas em disposições do Código Civil, disposições que estão modificadas pelo decreto de 14 de Setem-

bro de 1900, que criou o notariado, e por outros diplomas sôbre o notariado publicados durante a Rèpública.

O artigo 1.911.º, porém, define testamedto público:

«O testamento chama-se público, quando é escrito por tabelião no seu livro de notas».

Onde está *tabelião* deve entender-se *notário*, pois o citado decreto de 1900 criou o notariado.

Antes disso, quem tinha funções notariais eram os tabeliãis, escrivãis-tabeliãis.

O art. 1912.º diz quais são as formalidades, do testamento público:

«O testador, que quizer fazer testamento por esta forma, declarará a sua última vontade perante qualquer tabelião, e cinco testemunhas idóneas».

Hoje, em vez de cinco testemunhas, bastam duas (alteração introduzida pelos códigos do notariado).

Este testamento público, que é exarado nas notas do notário, assim como o testamento cerrado, de que se ocupam os artigos 1.920 e seguintes do C. Civil, são as duas espécies de testamento mais freqüentes.

O testamento cerrado, em vez de ser exarado pelo notário no seu livro de notas, é escrito pelo testador ou por alguém a seu rôgo e assinado pelo testador ou escrito e assinado por alguém a rôgo do testador.

Nêsse testamento cerrado intervém o notário só para lavrar o auto de aprovação.

Lavrado o auto de aprovação, diz o C. Civil, é cosido e lacrado o testamento e entregue à parte.

Hoje passa-se a coisa diversamente: o testamento é encerrado num envelope e lacrado pelo notário; no envelope vai a indicação de quem é o testamento; depois, o testamento ou fica num cofre que o notário tem para recolha de testamentos cerrados ou então é entregue à parte.

De tudo isto falam os artigos 1.920.º e seguintes do C. Civil, modificados pelos Códigos do Notariado, estando em vigor o último dêstes.

Art. 1920.º: *«O testamento cerrada pode ser escrito e assinado pelo testador, ou por outra pessoa a seu rôgo, ou ser escrito por outra pessoa a rôgo do testador e por êste assinado.*

§ único. *A pessoa que assinar o testamento, deve rubricar todas as faltas dêle. O testador só póde deixar de assinar o testamento, não sabendo, ou não podendo fazê-lo, o que no mesmo testamento será declarado».*

Art. 1921.º: *«O testador apresentará a qualquer tabelião a sobredita disposição, perante cinco testemunhas, declarando como aquela é a sua última vontade».*

Art. 1922.º: *Em seguida, e sempre na presença das sobreditas testemunahs, o tabelião, vendo o testamento, sem o ler, lavrará um auto de aprovação, que principiará logo em seguida à assinatura do mesmo testamento, e será continuado, sem interrupção, na mesma página e nas seguintes. Nêsse auto declarará o tabelião:*

1.º—Se o testamento é escrito e assinado pelo testador;

2.º—O número de páginas que contém;

3.º—Se está rubricado por quem o assinou;

4.º—Se tem ou não algum borrão, entrelinha, emenda ou nota marginal;

5.º—Que o testador foi reconhecido, e que foi verificada a sua identidade;

6.º—Que o testador estava em seu perfeito juízo, e livre de tôda e qualquer coação;

7.º—Finalmente, que pelo mesmo testador lhe foi apresentado o seu testamento, pelo modo que fica ordenado na lei.

§ 1.º *O auto será lido, datado, e assinado na conformidade do que fica disposto na sub-secção precedente.*

§ 2.º *Em seguida, e ainda na presença das mesmas*

testemunhas, o tabelião coserá e lacrará o testamento, lavrando na face exterior da fôlha, que servir de envolucro uma nota que declare a pessoa a quem pertence o testamento ali conteúdo. O testador pode prescindir destas formalidades externas; mas, em tal caso, far-se-á menção no auto de aprovação, de que classe aceitaram por vontade do testador».

Art.º 1923.º: «*Os que não sabem, ou não podem ler, são inhábeis para dispor em testamento cerrado*».

Art.º 1924.º: «*O surdo-mudo pode fazer testamento cerrado, contanto que êste seja todo escrito, assinado e datado de sua mão, é que, ao apresentá-lo ao tabelião perante cinco testemunhas, o testador escreva na presença de todos, sôbre a face externa do testamento, que aquela é a sua última vontade, e que vai por êle escrita e assinada.*

§ único. *O tabelião declarará, no auto de aprovação, como o testador assim o escreveu, e se observará o mais que fica disposto no art. 1922.º*»

Tôdas estas disposições têm de ser estudadas de harmonia com o último Código do Notariado, que data de 1936.

Há também o testamento militar (de que fala o artigo 1.944.º) que é feito por militares ou por funcionários civis do exército quando estão no estrangeiro, ou numa cidade cercada que não tenha comunicações com um local onde haja notário.

Êste testamento só vale até um mês depois do regresso do corpo do exército ao sítio onde haja notário ou depois de terminar o cêrco ou depois do regresso do estrangeiro.

Diz o art.º 1944.º: «*Testamento militar é o que podem fazer os militares, e os empregados civis de exército em campanha fora do reino, ou ainda dentro do reino, estando cercados em praça fechada, ou residindo em ter o, cujas comunicações com outras estejam cortadas, se nessa praça ou terra não houver tabelião*».

Art.º 1945.º: «*O militar ou o empregado civil do exército que quizer fazer testamento, declarará a sua última vontade na presença de três testemunhas idóneas, e do auditor da divisão respectiva, ou, na falta dêste, na de algum oficial de patente. O auditor, ou o oficial que suprir a sua falta escreverá a disposição testamentária.*

§ 1.º. *Se o testador se achar ferido ou doente, a falta de auditor ou de oficial poderá ser suprida pelo capelão ou pelo facultativo do hospital onde estiver doente ou ferido.*

§ 2.º. *A disposição será lida, datada e assinada, conforme fica disposto nos art.ºs 1914.º e 1915.º.*

§ 3.º. *Êste testamento será remetido, com a possível brevidade, ao quartel general, e dali ao ministério da guerra, que o fará depositar no arquivo testamentário do distrito administrativo, onde o dito testamento há-de ter efeito.*

§ 4.º. *Falecendo o testador, fará o govêrno noticiciar a sua morte no periódico oficial, designando o arquivo onde o testamento se acha depositado.*

§ 5.º. *Êste testamento ficará sem efeito passado um mês depois do regresso do testador ao reino, ou de ter cessado o cêrco, ou a incomunicabilidade da terra onde o mesmo testamento foi feito*».

Art.º 1946.º: «*Se o militar ou empregado civil souber escrever, poderá fazer testamento por seu próprio punho, contanto que o date e assine por extenso, e o apresente, aberto ou cerrado, na presença de duas testemunhas, ao auditor, ou ao oficial de patente que para êsse fim o substituir.*

§ 1.º *O auditor ou o oficial, a quem o dito testamento fôr apresentado, escreverá, em qualquer parte dele, uma nota do lugar, dia, mês e ano em que foi apresentado; esta nota será assinada por êle e pelas sobreditas*

testemunhas, e dar-se-á ao testamento a direcção indicada no § 3.º do artigo antecedente.

§ 2.º. *Se o testador estiver doente ou ferido, poderá o capelão ou facultativo fazer as vezes do auditor ou do oficial.*

§ 3.º. *E' aplicável a esta espécie de testamento o que fica disposto nos §§ 4.º e 5.º do artigo antecedente».*

A par do testamento militar há também o testamento marítimo, de que trata o art.º 1958.º e seguintes.

Art.º 1.958.º. «*O testamento marítimo só produzirá efeito, falecendo o testador no mar, ou dentro de um mês contado desde o desembarque do dito testador em território português*».

Art.º 1959.º. «*Se o testador falecer no mar, observar-se-á o que fica disposto no § 4.º do art.º 1945.º*».

Art.º 1960.º «*O testamento marítimo, a que faltar alguma das solenidades requeridas nos artigos 1949.º, 1950.º e 1951.º, não produzirá efeito algum*».

Também há o testamento externo, isto é, o testamento feito em país estrangeiro. Dele se ocupa o art.º 1.961.º, que diz: «*Os testamentos, feitos por portugueses em país estrangeiro, produzirão os seus efeitos legais no reino, sendo formulados autenticamente, em conformidade da lei do país onde forem celebrados*».

Os cônsules podem casar os cidadãos do seu país, podem fazer registos, podem fazer testamentos. Já lhes disse até, a propósito da data da vigência da lei em país estrangeiro, que é preciso saber quando é que a lei portuguesa entra em vigor no estrangeiro (no prazo de 60 dias), e isto por duas razões: em virtude de as autoridades diplomáticas e consulares terem funções notárias e de registo civil e porque a lei portuguesa pode ser aplicada nos tribunais estrangeiros quando há um conflito de leis no espaço.

Aí têm um caso em que as autoridades consulares têm funções notariais: podem exarar testamentos.

Entre outras disposições legais que importa conhecer esta é mais importante: um testamento feito no estrangeiro por documento autêntico, segundo a lei estrangeira, tem vigor em Portugal, embora haja discordância entre a lei estrangeira, quanto à forma externa, e a lei portuguesa.

Porque a forma externa do acto e contrato regula-se pela *lex loci actus*, isto é, pela lei onde o acto é praticado.

Mas também há a sucessão legítima.

Nem sempre o *de cujus* pode fazer testamento em que disponha de todos os seus bens. Por exemplo, há herdeiros legitimários ou herdeiros com direito a uma legítima.

E, quando tal acontece, o autor da herança só pode dispor dos bens que estão àlém da legítima, que excedem a legítima, só pode dispôr da sua cota disponível. Nêsse caso, quando há um testamento que não dispõe de todos os bens da herança, ficam a par a sucessão testamentária e a sucessão legítima: a sucessão testamentária, regulada pelo testamento, em relação à cota disponível, a sucessão legítima, deferida pela lei, em relação à legítima.

Mas, outras vezes, o *de cujus* não faz disposição testamentária; e, quando não há testamento, claro é que a herança é deferida a quem a lei manda deferir.

Temos, por conseqüência, de saber, primeiro, o que é a legítima, em segundo lugar, qual é a cota legitimária correlativa com a cota disponível, em terceiro lugar, quem tem direito à legítima.

Ora, isso é-nos dito nos artigos 1.784.º, 1.785.º, 1.786.º, 1.787.º do Código Civil. (*)

(*) Art.º 1784.º «Entende-se por legítima a porção de bens de que o testador não pode dispor, por ser aplicada pela lei dos herdeiros em linha recta descendente ou ascendente.

Em virtude dêstes artigos, vê-se, primeiro, o que é a legítima: é a cota de que o autor da herança não pode dispôr.

Isto é a redacção de antes do decreto n.º 19.126, que é a reforma do Código Civil.

Antes dêste decreto, dizia-se: «por ser destinada aos ascendentes e descendentes».

Mas, como os descendentes em linha recta preferem aos ascendentes, — enquanto houver filhos não herdam os pais, — por isso a ordem legitimária é «por ser destinada aos descendentes e ascendentes», e não como estava no Código Civil.

A legítima, hoje, havendo descendentes de qualquer grau — filhos, netos, bisnetos — ou havendo pais, é de metade; e, como a cota disponível está em correlação com a legítima, também a cota disponível é metade.

---

§ único. Esta porção consiste em metade dos bens do testador, salvo a disposição dos artigos 1785.º n.º 2.º e 1787.º».

Art.º 1785.º «Se o testador tiver, ao mesmo tempo, filhos legítimos ou legitimados, ou descendentes dêles com direito de representação, e filhos perfilhados ou descendentes dêles com direito de representação, observar-se-á o seguinte:

1.º — Se os filhos perfilhados o estavam ao tempo em que o testador contraiu o matrimónio de que veio a ter os filhos legítimos, a legítima daqueles será igual à legítima dêstes menos um terço;

2.º — Se os filhos forem perfilhados depois de contraído o matrimónio, a sua legítima não excede a legítima dos outros menos um têrço, calculada nos termos do n.º 1.º, e sairá só da quota disponível de herança, considerando-se inoficiosas as disposições ou doações feitas em prejuízo desta legítima, anteriores e posteriores à perfilhação, conforme as regras gerais.

Art.º 1786.º «Se o testador, ao tempo da sua morte, não tiver filhos ou descendentes, mas tiver pai ou mãi vivos, consistirá a legítima dos pais em metade da herança».

Art.º 1787.º «Se o testador só tiver, ao tempo na sua morte, outros ascendente que não sejam pai ou mãi, consistirá a legítima dêles na terça parte dos bens da herança».

Mas, se não houver descendentes, se houver ascendentes que não sejam pai nem mãi, então a legítima é só $\frac{1}{3}$ e a quota disponível, correlativa, é $\frac{2}{3}$.

Isto também foi modificado, primeiramente, pelo decreto de 31 de Outubro de 1910, depois, pelo decreto n.º 19.126.

Na vigência do Código Civil não era assim.

Como já lhes disse, a cota disponível está sempre em correlação com a legítima.

Se a legítima é de metade, a cota disponível é de metade; se a legítima é de $\frac{1}{3}$, a cota disponível é de $\frac{2}{3}$.

Mas pode acontecer que o autor da herança não possa dispor por testamento da sua metade. E' o caso, de ter filhos perfilhados depois do casamento, a-par-de filhos legítimos.

O n.º 2.º do art. 1785.º diz: «*Se os filhos forem perfilhados depois de contraído o matrimónio, a sua legítima não excederá a legítima dos outros menos um terço, calculada nos termos do n.º 1.º, e sairá só da cota disponível de herança, considerando-se inoficiosas as disposições ou doações feitas em prejuízos desta legítima, anteriores e posteriores a perfilhação, conforme as regras gerais*».

O autor da herança tem filhos legítimos e filhos perfilhados. Deixou, por exemplo, 90 contos. Segundo o disposto no artigo 1.784.º, a legítima dos filhos era de metade, 45 contos, a cota disponível era também de 45 contos.

Mas o autor da herança tem filhos perfilhados.

Os filhos perfilhados, depois do casamento, herdam tanto como os filhos legítimos menos $\frac{1}{3}$, mas as suas cotas hereditárias só podem saír da metade disponível.

Suponhamos que o autor da herança tinha dois filhos legítimos.

Metade de 45.000$00 são 22.500$00: dá, pois, a cada um dêles 22.500$00.

Mas o autor da herança tinha, também, três filhos perfilhados: cada um deles herdava

$$22.500\$00 - \frac{22.500\$00}{3} = 15.000\$00$$

Mas $15.000\$00 \times 3 = 45.000\$00$. Como a cota hereditária dos filhos perfilhados só pode sair da cota disponível, esta ficou exgotada. De modo que êle, em vez de 45.000$00, não pode dispor de coisa nenhuma porque $15\,000\$00 + 15.000\$00 + 15.000\$00 = 45.000\$00$ que vem a ser tôda a cota disponivel.

A sucessão legítima é deferida segundo a ordem indicada no art. 1969.°, que diz:

«*A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:*

1.°—Aos descendentes;

2.°—Aos ascendentes, salvo o disposto no art. 1236.°;

3.°—Aos irmãos e seus descendentes;

4.°—Ao conjuge sobrevivo;

5.°—Aos transversais não compreendidos no n.° 3.° até o 6.° gráu;

6.°—*Ao Estado, salvo o disposto no art. 1663.°.*

§ único—*Nos casos dos números 1.°, 2.° e 3.°, consideram-se como bens próprios do cônjuge sobrevivo os géneros e frutos colhidos ou pendentes, desde que à data da abertura da herança não haja pendente ou julgada acção de divórcio ou de separação de pessoas e bens*».

E o art. 1970.°: «*O parente mais próximo em gráu excluirá, dentro de cada grupo a que se refere o artigo anterior, o mais remoto, salvo o direito de representação, nos casos em que êste vigora*».

Como vêem, por conseqüência, as ordens de sucessão estão estabelecidas nêste art.°.

Enquanto houver herdeiros duma ordem, não são chamados herdeiros doutra ordem. E quando houver herdeiros de vários gráus da mesma ordem, são chamados os de gráu mais próximo, conforme dispõe o art.° 1970.° nos termos seguintes:

O parente mais próximo em gráu excluïrá, dentro de cada grupo a que se refere o artigo anterior, o mais remoto, salvo o direito de representação, nos casos em que êste vigora.

Esta é a ordem de sucessão legítima do Código Civil e do decreto 19.126:

a) descendentes
b) ascendentes
c) irmãos e seus descendentes
d) cônjuge sobrevivo
e) transversais
f) Estado

Mas entre o Código Civil e o decreto 19.126 houve o decreto-lei de 31 de Outubro de 1910, segundo o qual o cônjuge sobrevivo preferia aos irmãos na ordem da sucessão legítima.

Encontramos, porém, dentro do art. 1.969.° duas excepções, numa das quais se refere o art.° 1.236.°. Quere dizer: os ascendentes, o pai e a mãi, preferem aos irmãos: art.° 1.969.°, mas, quando o pai ou a mãi são casados em segundas núpcias, bínubos, e houver filhos do primeiro matrimónio, então os bens deixados por um dêsses filhos, havendo irmãos germanos, são herdados pelos irmãos, e o pai ou a mãi, aquêle de quem se tratar, só tem o usufruto: é o que diz o art.° 1.236.°:

«*Se ao binubo ficarem de algum dos filhos de qualquer matrimónio bens que êste filho houvesse herdado do seu falecido pai ou mãi ou dos ascendentes dêstes e existirem irmãos germanos do filho falecido ou descendentes de irmãos germanos falecidos, a êstes pertencerá a pro-*

priedade dos mesmos bens, e o pai ou mãi só terá usufruto».

É preciso que o filho falecido tenha irmãos germanos, isto é, irmãos filhos do mesmo pai e da mesma mãi.

Esta é, uma das excepções.

A outra excepção refere-se ao caso de representação.

Da representação falam os artigos 1.980.° a 1982.°,

Art. 1980.° *Dá-se o direito de representação; quando a lei chama certos parentes duma pessoa falecida a suceder em todos os direitos em que essa pessoa sucederia, se viva fôsse».*

Art. 1981.°. «*Na linha transversal, dá-se o direito de representação em favor dos descendentes de irmãos do falecido».*

Não é só no caso do art. 1.236.° que se deixa de respeitar a ordem do artigo 1.969.°. É também no caso da representação.

Havendo direito de representação, os herdeiros do herdeiro falecido vão ocupar o lugar do que faleceu.

A representação dá-se na linha recta descendente. Mas também se dá na linha colateral.

Diz o art. 1981.°: «*O direito de representação dá-se sempre na linha recta descendente, mas nunca na ascendente».*

Diz o art. 1982.°: «*Na linha transversal, dá-se o direito de representação em favor dos descendentes de irmãos do falecido».*

O mesmo artigo na redacção antiga dizia:

Na linha transversal só se dá o direito de representação em favor dos filhos de irmãos do falecido, quando concorrem com algum irmão do dito falecido.

Portanto, morre um irmão que tem outros irmãos. Um dêles, porém, não deixou filhos, mas deixou netos.

Morre A.; tinha, porém, irmãos: B., C. e D., mas D. é

pre-morto, já tinha falecido, quando morreu A., e tinha E., F., G. netos. O filho de D. faleceu e tem agora só netos.

Na vigência do Código Civil, êsses netos do irmão pre-morto não tinham o direito de representação, mas, segundo a redacção que ao respectivo artigo déu o decreto 19.126, já têm direito de representação. Os netos são descendentes. Tinha morrido o filho, mas tinham ficado os netos.

O saber se alguém herda por direito de representação é importante.

O direito de representação é um capítulo muito complicado do Direito Civil. Mas para nós, nesta cadeira, bastam estas noções ligeiras que lhes vou dar.

Os efeitos da representação são múltiplos, mas eu só vou dar os seguintes.

Quem herda por direito de representação herda por estirpes. Quem herda por direito próprio sem ser por direito de representação, herda *per capita.*

Vejamos: Morreu A.; não tinha descendentes; tinha irmãos, *B.*, *C.* e *D*; *D.* é pre-morto, isto é, falecido antes de *A*, e deixou filhos, E., F., G.. E., F., G. vão herdar por direito de representação; portanto, herdam *per stirpes* e não *per capita.* Isto é, os três filhos de D. herdam o que herdaria o pai.

Por outras palavras, eram três irmãos. *B* tem $\frac{1}{3}$ *C* tem $\frac{1}{3}$. *D*, pre-morto, deixou três filhos, E., F., G., que herdam o que herdaria o pai, isto é, cada um herda $\frac{1}{9}$.

Chama-se isto herdar *per stirpes*, e não *per capita.*

Chegamos, assim, ao fim do capítulo que se intitula *estudo descritivo das instituïções jurídicas.* Vamos no próximo dia entrar no estudo dum novo capítulo.

O jurisconsulto, em regra, é um conservador. Habituado a viver com leis e com instituïções, cria-lhes amor. Por conseqüência, quando há uma reforma, uma renovação

de instituïções, o jurisconsulto fica apegado às instituïções com que viveu, lidou e trabalhou.

É esta a razão psicológica e natural por que o jurisconsulto é em regra conservador.

Por isso, quando se faz uma reforma de legislação, por virtude, repito, do seu instinto conservador, do seu amor ao passado, o jurisconsulto, nêste caso o legislador, não faz a reforma das instituïções ou das leis de harmonia com o estatuto político.

Assim aconteceu quando se fez o nosso Código Civil. Embora se estivesse em pleno período do regime liberal, o nosso Código Civil tem instituïções que não correspondem à filosofia política da época em que foi feito e muito menos, por conseqüência, à filosofia do Estado político vigente.

O nosso Código Civil é isso que acabo de dizer descritivamente.

O que devia ser o nosso Código Civil para estar em equação com o Estado liberal e, depois com a filosofia política actual? Eis o que vamos dizer, pela primeira vez, entre nós, nas próximas lições.

ALTERAÇÕES A FAZER NO CÓDIGO CIVIL PARA FICAR EM EQUAÇÃO COM OS PRINCIPIOS DO DIREITO POLITICO

§ 1.°

32.° — A mistica da Revolução Francesa e os principios da Igualdade, Liberdade e Fraternidade.

— Razão por que invertemos a ordem dos elementos da trilogia da Revolução Francesa.

— O principio da igualdade é o mais relevante dos três, sendo o principio da Liberdade ou o da Igualdade quando há contrariedade entre os dois.

— Alterações que é mister introduzir na legislação civil para harmonizar com o principio da Igualdade.

E' na trilogia da liberdade, igualdade e fraternidade que a mística democrática se funda.

Começaremos por nos referir ao segundo dêstes elementos, à igualdade, vendo a influência que êste princípio exerceu na legislação civil.

Montesquieu, em *L' esprit des lois* (livro V, capítulo 6.º), diz que o amor da democracia é o amor da igualdade, e o autor do projecto do Código Napoleónico pretendeu fazer um Código Civil que assentasse nos princípios da igualdade e da liberdade entre os indivíduos. E assim foi.

Em relação ao Código Civil francês, como em relação ao Código Civil português, houve a preocupação de estabelecer a igualdade civil entre os cidadãos.

Dizia-se: todos os cidadãos nascem iguais; todos os cidadãos devem ser iguais pela vida fora por fôrça da lei; e, portanto, todos têm igual capacidade.

No direito civil português, como no direito civil francês, não há incapacidades de gôzo; as incapacidades são, em regra, de exercício. Todos têm iguais direitos; mas acontece que alguns não os podem exercer, e daí resulta a incapacidade de exercício. Por isso, êsses direitos são exercidos por outras pessoas em nome daquele que os não pode exercer.

E' o que acontece com o menor, que tem capacidade de gôzo, mas não tem capacidade de exercício, pelo que é necessária a intervenção do pai, do tutor ou de quem a lei mande; e é o que sucede como o demente, que tem capacidade de gôzo, mas não pode exercer os seus direitos, e, então, a lei faz intervir nos actos que se projectam sôbre o demente um tutor ou outra entidade fixada pela lei.

Esta preocupação do legislador do Código Civil acentua-se em todos os capítulos do Código.

Não obstante tal preocupação, o que é certo é que a igualdade civil não foi absoluta no Código Civil. E assim

acontece, por exemplo, logo no princípio do Código, artigos 47.º, 48.º, 49.º e 50.º, em matéria de domicílio, pois há pessoas que têm o domicílio de outras.

Dizem êstes artigos:

Art. 47.º: — «*Os menores, não emancipados, teem por domicílio o do pai ou da mãi, a cuja autoridade se acham sujeitos, e, na falta ou impedimento legal dêstes, o do tutor*».

Art. 48.º: — «*Os maiores, sujeitos a tutela, teem por domicílio o do tutor*».

Art. 49.º: — «*A mulher casada tem por domicílio o do marido, não se achando separada judicialmente de pessoa e bens, salva a disposição do § 2.º do artigo 53.º*».

Art. 5.º: — «*Os maiores ou menores emancipados, que servem ou trabalham habitualmente em casa de outrem, teem por domicílio o da pessoa a quem servem, se com ela habitarem, salvo o que fica disposto nos dois artigos precedentes*».

Por conseqüência, nem todos os cidadãos são iguais perante a lei; alguns têm o seu domicílio subordinado ao domicílio de outros.

Em matéria de contratos, as vontades dos contraentes em princípio, são, juridicamente, iguais; mas as circunstâncias sociais fazem que a vontade dum dos contratantes, por vezes, seja dominante.

A vontade do dono duma fábrica domina a do operário, sujeitando-o a um regulamento por aquele imposto.

E' assim que nos aparecem os chamados *contratos de adesão*, isto é, aqueles contratos que se fazem pela adesão da vontade do mais fraco ao regulamento imposto pela vontade do mais forte.

Em matéria de relações de família, há, por exemplo, a subordinação da mulher ao marido, quanto à administração

dos bens. O marido é que tem a dministração dos bens como nos preceituam os artigos 1104.°, 1189.° e 1117.°.

Na verdade, diz o art. 1104.°: «*A mulher não pode privar o marido, por convenção ante-nupcial, da administração dos bens do casal; mas pode reservar para si o direito de receber, a título de alfinetes, uma parte dos rendimentos de seus bens, e dispor dela livremente, contanto que não exceda a terça dos ditos rendimentos líquidos*».

O art. 1189.° diz: «*A administração de todos os bens, do casal pertence ao marido, e só pertence à mulher na falta ou no impedimento dêle*».

E o art. 1117.°: *O domínio e a posse dos bens comuns está em ambos os cônjuges, enquanto subsiste o matrimónio: a administração, porém, dos bens do casal, sem excepção dos próprios da mulher, pertence ao marido.*

§ único. *A mulher só pode administrar por consentimento do marido, ou no seu impedimento ou ausência*».

Portanto, já vêem que o marido na, sociedade conjugal, tendo a administração dos bens, tem uma situação desigual por ser prevalente.

A generalidade dos autores vê nêste fenómeno uma desigualdade. Eu, porém, explico êste fenómeno da maneira seguinte: na sociedade conjugal há uma sociedade civil com personalidade jurídica, cujo dirigente, pela própria necessidade da existência da família, é o homem. Porque é êle quem tem a prática dos negócios, que anda fora de casa, que está mais em contacto com as realidades da vida de todos os dias, por isso é êle que deve ser o gerente da sociedade, o que não quere dizer que a mulher não tenha, também, as suas atribuições dentro da sociedade conjugal. Tem-nas no govêrno doméstico — art. 39.° do Decreto n.° 1 de 25 de Dezembro de 1910.

Não se trata, pois, de desigualdade entre o marido e a mulher.

Em matéria de sucessões, o legislador teve também a preocupação de estabelecer o princípio de igualdade, quís que todos os herdeiros recebessem cotas hereditárias iguais, quando herdassem «per capita», proïbindo os pactos hereditários renunciativos, pelos quais, antigamente, os pais de famílias nobres obrigavam os filhos mais novos a renunciar em favor do mais velho, o que se fazia para que a casa passasse íntegra ou quási íntegra de geração em geração, para se manter o prestígio das casas fidalgas.

Pois o Código Civil proïbiu êstes pactos.

Não obstante, a desigualdade lá ficou, pois os filhos naturais não herdam o mesmo que os filhos legítimos.

Diz o art. 1.785.°: «*Se o testador tiver, ao mesmo tempo, filhos legítimos ou legitimados, ou descendentes dêles com direito de representação, observar-se-á o seguinte:*

1.° — *Se os filhos perfilhados o estavam ao tempo em que o testador contraiu o matrimónio de que veio a ter os filhos legítimos, a legítima daqueles será igual à legítima dêtes menos um terço;*

2.° — *Se os filho forem perfilhados depois de contraído o matrimónio, a sua legítima não excederá a legítima dos outros menos um terço, calculada nos termos do n.° 1.°, e sairá só da cota disponível de herança, considerando se inoficiosas as disposições ou doações feitas em prejuízo desta legítima, anteriores e posteriores à perfilhação, conforme as regras gerais*».

A-pesar-de os filhos adulterinos, isto é, os filhos de pessoas casadas, nascidos fora do matrimónio já hoje poderem ser perfilhados, no entanto os filhos incestuosos, isto é os filhos de parentes em consanguinidade, emqua lquer gráu de linha recta e em 1.° e 2.° gráu de linha colateral, êsses ainda não o podem ser. E' outra desigualdade.

Um outro caso de desigualdade nos é dado pelo art.

130.º do Código Civil, onde só por excepção se admite a acção de investigação de paternidade.

Diz o art. 130.º: «*É proibida a acção de investigação de paternidade ilegítima, excepto nos casos seguintes:*

1.º — *Existindo escrito do pai, em que expressamente declare a sua paternidade;*

2.º — *Achando-se o filho em posse de estado, nos termos do art. 115.º.*

3.º — *No caso de estupro violento ou de rapto, coincidindo a época do nascimento, nos termos indicados no art. 101.º, com a época do facto criminoso*».

Hoje, o assunto está regulado pelo Decreto n.º 2 de 25 de Dezembro de 1910.

E outras desigualdades há no nosso Código.

A-pesar, pois, desta preocupação de estabelecer a igualdade civil dos cidadãos correspondente à sua igualdade natural, o que é certo é que, ou seja pelas circunstâncias sociais ou seja pela fôrça da tradição, a igualdade civil dos cidadãos é discrepante da igualdade social dos cidadãos.

Código Civil quis, embora não conseguisse de modo absoluto, estabelecer a igualdade civil dos cidadãos; mas a essa relativa igualdade civil dos cidadãos corresponde uma desigualdade social que é cada vez mais relevante e flagrante.

Os homens viveram sempre em situação de desigualdade, desde todos os tempos. Os Estados têm reagido com medidas fiscais, estabelecendo um mínimo de isenção fiscal, criando o direito corporativo ou o direito profissional.

A génese dêsse direito corporativo de carácter profissional tem a sua explicação no facto de o princípio da igualdade ser determinado por um sentido de eqüidade e também de ódio.

O que fez acabar com os privilégios de que gozavam os senhores feudais, os castelões e os clérigos, que oprimiam

o povo, antes da Revolução Francesa, não foi só o sentimento nobre de eqüidade, o sentimento que se baseava na igualdade natural de todos os homens, mas, também, o estalar do ódio vesgo que terminou em violências de tôda a espécie.

Ora, quando se trata de uma classe inteira com os seus estatutos permitidos pelo Estado e de harmonia com os seus costumes, hábitos, entende-se que pode haver igualdade e que não se cria um privilégio individual.

O mais antigo direito de classe é o direito comercial.

O nosso primeiro Código Comercial é de 1834, mas muito antes já havia regras de conduta para os comerciantes. Essas regras de conduta para os comerciantes eram só uma lei para uma classe, um direito de classe, de profissão, um direito corporativo.

Eu bem sei que nos tempos áureos da Democracia, em que havia a preocupação da igualdade de todos os cidadãos, para se fugir à afirmação de que o Direito Comercial é um direito de classe, se admitia a objectivação do Direito Comercial: são actos comerciais os expressamente regulados no Código Comercial.

Mas o que é certo é que também são actos comerciais os praticados pelos comerciantes.

A subjectivação do Direito Comercial, porém, é a atribuição ao Direito Comercial da qualidade de direito de classe, direito de profissão, direito corporativo.

O Direito Comercial, a princípio, foi um direito odioso. Depois, como o comerciante passou a gozar altas situações socias, — e, como sabem, nas vilas e nas aldeias o mercieiro goza da necessária importância para poder arranjar votos, é agente eleitoral, — o Direito Comercial foi-se suavizando perdendo o seu carácter de direito repressivo.

Era assim que o autor do Código napoleónico o queria

e conseguiu que fôsse. E hoje o Direito Comercial é um direito benévolo, mais suave que o direito comum.

O direito de outras profissões, que hoje já aparece nos Estados, ainda que não tenham uma organização constitucional corporativa, é um facto, que nós temos de verificar por ser evidente.

A-pesar-da tradição de igualdade e da preocupação da igualdade, a-pesar-de todo o passado, há também direito corporativo.

Porque o direito Corporativo está hoje na ordem do dia — aqui como nas repúblicas que ainda não decidiram por êle. Como, porém, esta questão é objecto do curso de Direito Corporativo, para lá os remeto.

O que nós precisamos é de demonstrar aqui que, estando nós numa república corporativa e, antes dela, primeiro, pela Carta Constitucional, numa monarquia com base democrática, e, depois, pela Constituïção de 1911, numa república democrática, o nosso Código Civil não está em equação com êsses princípios. Ora, o que é necessário fazer para pôr o Código Civil em equação com êsse princípio de igualdade — eis o objecto da lição a expor.

33.º — Alteração que é preciso, também, introduzir na legislação civil para harmonizar esta com o princípio da Liberdade, que em matéria de obrigações se chama o «Princípio da Autonomia da vontade das partes».

— O princípio da Fraternidade, por virtude do qual o Estado faz a sua intervenção no domínio do Direito Privado, para ajudar os fracos contra os fortes, estabelecendo igualdade social entre os dois, secunda o princípio da Igualdade.

Dentre os princípios fundamentais do nosso Código Civil há dois que têm relêvo especial: o princípio relativo à liberdade contratual, também chamado da *autonomia da vontade*, e o princípio relativo ao absolutismo dos direitos. Mas um e outro dêstes princípios aumentam a tal desigualdade social, de que lhes falei, que está em contradição com a igualdade civil que o legislador quis impor. Por isso, a-fim-de que o nosso Código Civil seja posto em equação com os princípios políticos fundamentais da democracia, com o chamado princípio da igualdade, de que agora nos vamos ocupar, a jurisprudência e a doutrina e, depois destas, a legislação têm feito modificações no nosso sistema legislativo. Assim, a-respeito do absolutismo dos direitos, existem no Código Civil umas três disposições, os artigos 12.º, 13.º e 14.º, que dizem:

Art. 12.º: «*Tôda a lei, que reconhece um direito, legitima os meios indispensáveis para o seu exercício*».

Art. 13.º: «*Quem em conformidade com a lei, exerce o*

próprio direito, não responde pelos prejuízos que possam resultar dêsse mesmo exercício».

Art. 14.°: «*Quem, exercendo o próprio direito, procura interêsses, deve, em colisão, e na falta de providência especial, ceder a que n pretende evitar prejuízos*».

Interpretando essas disposições, uns dizem que a nossa lei não conhece a teoria do abuso do direito, outros, pelo contrário, como o prof. José Tavares ensinou nos *Princípios Fundamentais*, opinam que a nossa lei reconhece a teoria do abuso do direito, que faz parte duma teoria mais genérica — a da relatividade dos direitos subjectivos. Quem exerce um direito, para que não responda pelos prejuízos é preciso que o exerça em conformidade com a lei, em conformidade com o fim social da lei. Mas, ao contrário, quem exerce um direito sem que se conforme com o fim social da lei, êsse responde pelos prejuízos causados.

Como vêem, a teoria do abuso do direito, posto que se entenda que foi, reconhecida pelo nosso legislador, está, todavia, consagrada em termos que oferecem dúvidas, pois permitem a defesa plausível da opinião contrária.

Ora, é preciso, na verdade, que em novas disposições legais essa teoria fique expressa e iniludìvelmente.

A' volta da teoria do abuso do direito gravitam as três teses seguintes: a tese da prática dum acto contrária ao direito objectivo, a tese do exercício dum direito com desvio do fim social para que o direito foi estabelecido, e a tese de um direito exercido com excesso de poderes, excessivamente.

Quem exerce o direito contra o direito objectivo evidentemente que comete um delito civil, é responsável por perdas e danos. Sôbre isso, não há dúvidas — é o art. 2.361.° que o diz:

«*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*».

Mas, também, quem aparentemente exerce um direito de harmonia com o direito objectivo, abusando, porém do fim social para que êsse direito lhe foi concedido, comete um ilícito civil, é, igualmente, responsável por perdas e danos; e, ainda, quem exerce o direito com excesso de poder, excessivamente, também comete um delito civil e é responsável, também, por perdas e danos.

Exemplifiquemos. A lei, art. 702.°, diz: «*Os contratos, legalmente celebrados, devem ser pontualmente cumpridos; nem podem ser revógados ou alterados, senão por mútuo consentimento dos contraentes, salvas as excepções especificadas na lei*».

Se eu faço um contrato e não o cumpro, pratico um acto contra a lei contra o direito objectivo, contra uma regra de direito, contra o art. 702.°. Por conseqüência, sou responsável por perdas e danos.

Mas a lei diz: cada um na sua propriedade pode construir livremente. Eu tenho um terreno, posso edificar nêle uma casa, uma tôrre, um muro. A lei permite-me tudo isto.

(Consta que no bairro Clemente Vicente, ao Dàfundo, um indivíduo construiu uma casa com o propósito de tirar a vista a uma outra casa, que está dentro dum jardim).

Aquele homem podia, na verdade, construir; mas construiu com um fim diverso do fim social da lei, construiu com o fim de prejudicar o visinho. Só com êsse fim.

Suponham que eu construo um muro alto com a intenção de tirar as vistas a um proprietráio visinho. Eu podia construí-lo. A lei permite-me que faça essa construção pois é um acto em tudo conforme com o direito objectivo. Mas pratico uma acção contra o fim social da lei; portanto, cometo um abuso de direito.

Na jurisprudência francêsa há um exemplo que é o seguinte:

Um indivíduo tinha um terreno junto de um aeródromo. Pedia um prêço grande de expropriação, que não lhe deram. Que é que faz ? Construiu uma tôrre com muitas flechas no prédio, — donde resultava ser fácil os aviões se espetarem nas flechas, — para obrigar a sociedade do aeródromo a pagar-lhe o preço que êle exigia.

Êste homem podia construir ; mas construiu com um fim que não é o fim social da lei ; logo, cometeu um abuso de direito. Também ficou responsável por perdas e danos.

Quem pratica um acto que é aparentemente conforme à lei, mas que desvia da lei, porque é praticado com fim diverso do fim social da lei, comete um abuso de direito ; mas também, é responsável por perdas e danos quem pratica um acto com excesso de poderes, excessivamente.

Suponham que, debaixo do meu escritório, está um estabelecimento de grafonolas cujo proprietário está constantemente, para rèclamo, a tocar. Com música constante debaixo do escritório, não posso trabalhar.

Êsse homem está no exercício dum direito ; não praticou um abuso de direito, porque êle toca para rèclamo da casa e o rèclamo é permitido aos comerciantes. Mas exerce um direito, com excesso de poderes, excessivamente. È obrigado a indemnizar-me.

Pois é preciso, conseqüentemente, em obediência ao princípio da igualdade, estabelecer no Código Civil disposições que expressamente estabeleçam a teoria do abuso do direito com tôdas estas modalidades.

A-propósito-da capacidade civil, também há muitas modificações a fazer. Mas, sobretudo pelo que diz respeito às pessoas jurídicas ou colectivas, essas são modificações impostas pelo princípio do sistema corporativo, pelo sistema político actual, e ligam-se mais com o princípio da liberdade do que com o da igualdade. Por isso, não nos ocupamos delas agora.

Em relação à pessoa física, singular, também convém que a nossa legislação introduza algumas alterações, mas essas são impostas mais pela necessidade científica de pôr o Código Civil em equação com os princípios políticos.

Mas, em matéria de incapacidades, há também algumas alterações a introduzir (e delas nos havemos de ocupar em lugar próprio), que são impostas pelo princípio da igualdade, que agora nos detém.

A igualdade e os princípios democráticos exigem e impõem que os desprotegidos, os fracos tenham considerações que os fortes dispensam.

Para que os fracos possam, sem disigualdades grandes, lutar com a concorrência dos fortes, estabelecer comércio jurídico com os fortes, é preciso que a lei os proteja.

Por conseqüência, algumas alterações há a introduzir a-respeito do poder paternal, porque os filhos, os menores, são pela sua idade, pela sua falta de experiência, fracos, e a-respeito da demência e da prodigalidade, porque todos êstes são fracos.

Mas há um capítulo a que quero fazer especial referência. E' o capítulo da tutela.

Os Srs. não sabem ainda o que é a *tutela* ; e, porque na minha exposição é preciso jogar com bases que ainda não têm e também com a necessidade de fazer síntese — e uma síntese é sempre um trabalho muito difícil—terei especial dificuldade no que vou expor.

A tutela é uma instituïção que tem por função substituir o pátrio poder. O menor, quando tem pai, está sôb o pátrio poder. Di-lo o art. 100.º : «*A incapacidade dos menores é suprida pelo poder paternaal, e na falta dêste, pela tutela*».

Como vêem, o menor não tem capacidade de exercício.

Há diferença entre *capacidade de gôzo* e *capacidade de exercício*. Porvirtude do princípio da igualdade legal,

normalmente, todos os cidadãos têm capacidade de gôzo. Mas alguns, pela sua debilidade física e intelectual e pela sua falta de experiência, não podem exercer os seus direitos.

São, por ex., os menores, os dementes, os surdos—mudos, os pródigos e outros. Quanto aos menores, enquanto têm pais, a sua incapacidade de exercício é suprida pelos pais; quando lhes faltam os pais, essa incapacidade é suprida pela tutela. — Artigo 185.º.

Os tipos de tutela variam de Estado para Estado. Por ex., na Alemanha, na Suiça e Rússia o tipo de tutela é administrativo ou judicial, em Portugal, França, Itália e, de uma maneira geral, nos outros países latinos, a tutela é do tipo familiar.

Os órgãos de tutela, entre nós, são: o tutor, o protutor, um curador e um conselho de família — Art. 187.º do C. Civil.

O curador dos órfãos dá uma característica especial ao tipo de tutela do nosso país, porque o curador dos orfãos que é o delegado do Ministério Público, é um órgão judicial. Por conseguinte, no meio dos outros órgãos da tutela, que são órgãos familiares, aparece o curador dos órfãos, o delegado do Ministério Público, que é um órgão administrativo ou judicial.

Mas, em suma, a tutela, segundo o sistema da nossa legislação, segundo o nosso Código Civil, é predominantemente familiar.

No entanto, o Estado desprezou, até há pouco, a defesa da família. A família foi enfraquecendo.

O individualismo entendia que entre o Estado e os cidadãos não devia haver entermediário; por isso, desprezou a defesa da família, que desempenhava a função de intermediário entre os indivíduos e o Estado.

Isto fez-se com tôdas as instituïções familiares, designadamente com a tutela, e tornou, conseqüentemente, necessária a intervenção do Estado por meio da criação de instituïções administrativas de defesa, de amparo dos menores. E, entre nós, enveredou se por êsse caminho desde Maio de 1911. Desde então até ao presente, têm sido criadas várias instituïções pupilares de defesa dos menores em perigo, abandonados, e criminosos.

Isto é: enxertaram-se no sistema de legislação da tutela, predominantemente familiar, instituïções que só estão correntes com o tipo de tutela administrativa. E até entre nós, hoje, há uma Direcção geral do Ministério da Justiça, chamada Serviços pupilares e assistência aos menores.

Pois é preciso, entendo eu, reformar a nossa legislação em atenção ao princípio da igualdade, *maxime* em obediência à coerência legislativa no sentido, talvez, de substituir a tutela do tipo familiar por uma tutela de tipo administrativo ou judicial, como na Suiça e na Alemanha.

Já dissemos que um dos princípios fundamentais do nosso Código Civil é o princípio do absolutismo dos direitos, dos direitos absolutos.

Ora, a propriedade, no nosso Código Civil, era um direito absoluto, ilimitado. Mas isto não está conforme com a relatividade dos direitos objectivos a que já nos referimos a-propósito-da teoria do abuso do direito que é imposta pela necessidade da igualdade social.

A propridade no Código Civil era absoluta, era ilimitada, era exclusiva, mas isso contraria as necessidades sociais, e uma série ininterrupta de leis avulsas, que vêm desde a promolgação do Código Civil até hoje, tem reagido contra essas características da propriedade.

Hoje, a propriedade não é absoluta, nem em extensão nem em poderes.

O art. 2.388.º diz: «*A idemnização, motivada por factos ofensivos de liberdade pessoal, consistirá na reparação das perdas e dos danos padecidos por essa causa*».

Este artigo já mostra que, em extensão, o direito de propriedade não é absoluto, porque há, para o sub-solo, a legislação mineira, para o sôbre-solo, o limite do aproveitável.

Hoje, a limitação da propriedade absoluta em extensão está muito mais clara e terminante na Constituição, que diz o que é o domínio público, e em decretos posteriores ao Código Civil, que dão a natureza de domínio público a certas coisas.

Mas, também a propriedade não é absoluta em poderes, porque o proprietário não pode fazer o que quizer, tem restrições impostas, umas, pela necessidade do interesse social,— por ex., há zonas em que o proprietário não pode construir,—outras, impostas pela salubridade pública, outras, impostas pela arte, — por ex., o proprietário só pode construir com plantas aprovadas pela edilidade, — outras, impostas pela vizinhança, — por ex., o proprietário dum terreno vizinho pode adquirir a meação dum muro limítrofe da sua propriedade, o proprietário do terreno não pode abrir escavações que prejudiquem o visinho.

Como vêem, são múltiplas as restrições que hoje tem o proprietário. Nem em extensão nem em poderes a propriedade é absoluta. A propriedade tem limites.

Mas há um capítulo que merece relêvo especial nesta matéria: é o capítulo das restrições sociais impostas à propriedade.

A lei do inquilinato estabelece algumas dessas restrições.

Segundo o princípio da autonomia da vontade, o senhorio podia contratar o arrendamento de seu prédio visinho, como quizesse, pelo tempo que quizesse, pelo preço que entendesse. Mas os srs. sabem que isto não é assim. Porquê? Porque o Estado entendeu que todos têm necessidade de habitar uma casa, que o inquilino é o fraco e o senhorio o

forte, e que é necessário defender aquele contra o poderio e arbitrariedade dêste. Por conseqüência, estabelecem-se limitações grandes ao princípio da autonomia da vontade, que é o princípio fundamental do Direito Civil em matéria de obrigações.

Em tempos de necessidade, como os de guerra, aparecem imposições feitas aos proprietários rústicos: imposições de fazer certas culturas, imposições de proïbir outras, imposições de não cultivar certas terras, imposições correspondentes de cultivar outras. E isto explica-se não só pelo princípio da igualdade, mas também pelo princípio da solidariedade.

O proprietário, segundo uma concepção que eu defendi no meu livro *Construção jurídica da propriedade*, é o detentor da coisa ou do objecto de que é proprietário, e tem apenas o poder legal de tirar dessa coisa as utilidades conformes ás necessidades sociais.

Essa dontrina da propriedade promana de uma concepção mais genérica, a da origem do direito conforme com a tese solidarista.

O homem não tem direitos, tem deveres—di-lo Duguit. O homem vive em sociedade, não pode deixar de viver em sociedade; e, vivendo em sociedade, tem necessidade de fazer aquilo que fôr útil aos outros.

Por conseguinte, tem a função social de tirar dos objectos, que estão sob o seu domínio, as utilidades que são conformes com as necessidades sociais. E, para tirar essas utilidades, tem os poderes de praticar tudo quanto fôr útil ao desempenho da sua função social.

Como vêem, segundo esta teoria, que já conhecem do Direito Constitucional, onde o nosso Código Civil coloca direitos subjectivos, temos deveres e poderes legais, aparecendo, primeiro deveres a que correspondem os respectivos poderes.

Mas, sendo assim, segundo essa concepção, o proprietário só tem a função social de tirar das coisas que tem o que for útil ás necessidades sociais. Ora, é contrário à necessidade social que a propriedade seja absoluta, que a propriedade seja exclusiva, que a propriedade seja ilimitada. E, até, conforme à necessidade social pode haver ou deixar de haver propriedade. Hoje, no estado actual das necessidades sociais e da civilização, por conseqüência, a melhor maneira, a mais eficaz de tornar as coisas do mundo externo úteis à sociedade é a propriedade individual. Mas pode bem acontecer que venha um dia em que essa propriedade já não corresponda à utilidade social. E, nesse caso, segundo a nossa teoria, deixaria de existir a propriedade privada.

Por conseguinte, em meu entender, é também preciso, para estabelecer a equação entre o Direito Civil e os princípios fundamentais do Direito vigente, que são princípios também de solidariedade, é mister, repito, modificar o Código Civil no sentido que acabo de referir.

Isto exige uma explicação, que lhes vou dar.

Antes da grande guerra de 1914-1918, os homens eram individualistas, o que bem se revela nos mais pequenos traços sociais. Por exemplo, no tempo em que comecei a minha formação espiritual, não havia o «foot-ball», não havia os jogos de «association», havia os jogos individuais, jogava-se o pau e a espada, e cada um valia por si. Porque, hoje, não sei se já repararam que cada um vale pelo grupo a que pertence. Um bom «goal-keeper», se não tiver avançados e médios, não faz nada, deixa furar as rêdes. De maneira que o homem, só, não vale, o que vale é o grupo.

Na espada não é assim. Um bom espadachim vale por si, não precisa de grupo.

No meu tempo, todos éramos poetas, mais ou menos, com mais ou menos estro, e éramos todos românticos.

Recordem-se de que Camilo, um romântico, quiz escrever, um dia, um livro à maneira de Balzac — *Euzébio Macário* e pediu aos seu leitores licença para fazer um livro realista. Hoje não é assim; hoje, todos escrevem livros realistas, ás vezes naturalistas, e todos acham bom saber ao livro.

Deu-se, pois, uma modificação na alma humana, e modificação — eis o ponto onde eu quero chegar — que converteu o individualismo em socialismo. Quere dizer: no tempo da minha formação intelectual o que mais interessava era a liberdade individual em qualquer das suas formas: liberdade de pensamento, de imprensa, de acção; nesse tempo, no fim do século passado e alvores do século actual, antes da guerra de 1914-18 todas as Constituïções consagravam o princípio das liberdades individuais. Hoje, modificou-se tudo; modificou-se a alma humana; e, como o Estado deve ser o espelho da alma humana, também naturalmente se modificou a organização do Estado. Hoje, o bem comum sobreleva ao bem individual. E' isso que eu chamo o socialismo, o socialismo que em filosofia política corre parelhas com o solidarismo.

O Estado moderno português é um Estado Solidarista, isto é, um Estado contrário aos interêsses individuais, um Estado em que os interêsses comuns superam os interêsses individuais, e, por conseqüência, a propriedade individual absoluta é uma propriedade segundo o estilo velho é uma propriedade que hoje não está em equação com os princípios políticos da nossa actual Constituïção, tornando-se necessário modificar a legislação sôbre a propriedade, isto é, o estatuto do proprietário.

Disse-lhes que entre os princípios fundamentais do nosso CódigoCivil se destacavam o do absolutismo dos direiros subjectivos e o da autonomia da vontade das partes e que em virtude do primeiro dêstes princípios urgia modificar

o nosso Código Civil quer no disposto nos artigos 13.º e 14.º, quer em matéria de propriedade.

Porque, embora houvesse quem entendesse, e eu sou um dêles, que o artigo 13.º do Código Civil permite a teoria do abuso do direito, outros há, porém, como o falecido Prof. Guilherme Moreira, que entendem que a nossa legislação civil não permite a teoria do abuso do direito, muito embora ela seja defensável.

Eu creio que o Prof. Guilherme Moreira está na boa doutrina, porque, segundo a teoria do abuso do direito, temos de concluir por êste princípio, que é clássico no Direito Civil: «neminem loedere qui jure suo utitur», isto é, «quem usa do seu direito não prejudica ninguém». Porque a verdade é esta: se os direitos individuais são absolutos, quem os usa não prejudica ninguém, e, por conseqüência, a teoria do abuso do direito é uma teoria inaceitável no nosso Direito, muito embora as circunstâncias posteriores a recomendem. E é em virtude dessas circunstâncias posteriores da evolução do Direito que eu defendo a teoria do abuso do direito. Não é em virtude dos princípios fundamentais de Direito português, mas sim em virtude da evolução que o Direito tem sofrido, que eu defendo essa teoria.

Na verdade, muita gente, além de mim, a defende: entre nós, já ela era defendida pelo falecido Prof. José Tavares, e hoje ainda o Sr. Prof. Paulo Cunha a segue; e no estrangeiro, a generalidade dos escritores. Mas — repito — defendo-a em virtude da evolução jurídica e bom será modificar aqueles artigos.

Também o absolutismo dos direitos subjectivos obrigava a considerar a propriedade absoluta. Dissemos na última lição que nem em extensão nem em poderes ela é absoluta. Mas o que é certo é que uma e outra destas minhas afirmações têm relação e estão ambas ligadas à teoria da relatividade dos direitos. (Não há só a teoria da relatividade de Einstein, relativo à matemática! há também uma teoria da relatividade dos direitos). Pois bem: tanto a propriedade é limitada e relativa, como é admissível a teoria do abuso do direito, em virtude da teoria geral da relatividade dos direitos. Uma e outra das restrições têm conexão. A propriedade é limitada, tem muitos limites ao seu exercício: o direito individual tem abusos, é limitado pelo abuso do direito — em virtude, tudo, da teoria da relatividade do Direito.

Os Srs. recordam-se — eu já o disse aqui a propósito dos direitos reais — que em 1900, exactamente no último ano do século passado, Planiol disse que os *jura in re* (os direitos reais) não podiam ser uma relação directa e imediata com as coisas, haviam de envolver, necessàriamente, uma obrigação, porque não podia haver o direito duma pessoa sôbre uma coisa, — a relação jurídica é uma relação social e tôda a relação social é uma relação, estabele-se entre homens.

Anos depois, em 1912 me parece, Duguit, numa série de conferências que proferiu em Buenos Aires sob o tema *La transformation du droit privé, la propriete fonction sociale*, defendeu a doutrina de que o direito real nem era uma obrigação, como Planiol queria, nem um poder imediato sôbre uma coisa, mas sim uma função social.

Anos volvidos, em 1919, fiz eu a minha tese de doutoramento, intitulada *Construção jurídica da propriedade*, onde defendo a doutrina de que a propriedade é uma função social, doutrina que, aliás, já era velha quando Duguit a defendeu. E' uma teoria que, antes de Duguit, foi defendida pelas encíclicas do papa Leão XIII, que antes dêste foi defendida por Augusto Comte e, ainda, antes de Comte, por S. Tomás de Aquino, na Idade Média.

Não obstante, a minha tese foi recebida na ponta de

lanças e eu argüido de extremistra, quando defendi apenas uma doutrina — não digo *velha*, mas velha.

De tudo o que fica dito procede a definição de propriedade, como sendo 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.

A propriedade não é, pois, um direito do proprietário; *è uma função social* (1), é o poder de que se acham investidos certos indivíduos, de fazer todos os actos atinentes a bem se desempenharem da missão social que lhes incumbe em virtude da sua situação económica.

Seja individual, seja colectiva, é êste o conceito essencial de propriedade.

A propriedade, em qualquer das suas formas, é um facto contigente, producto momentâneo da evolução que, tendo como fundamento único a utilidade social, deve estar sempre em perfeita equação com esta mesma utilidade.

A verificação dêste dado encontra-se na história, que nos revela múltiplas categorias de propriedade, correspondendo tôdas e cada uma delas às necessidades das suas respectivas épocas.

No estádio presente da civilização, a propriedade individual impõe-se como um fenómeno necessário da sociedade contra o qual baldado será protestar, pois encontra-se em absoluta correspondência com as exigências da interdependência social por divisão de trabalho. Mas pode vir o momento em que a propriedade individual não corresponde às necessidades sociais, devendo nessa conjuntura intervir o legislador para organisar uma outra forma de apropriação das riquezas (1).

O direito positivo, adentro desta concepção, não proteje um abstracto direito subjectivo do proprietário, garante a liberdade que o detentor da riqueza tem de cumprir a função social que lhe incumbe, só pelo facto desta detenção.

Todo o indivíduo tem o dever de desempenhar-se na sociedade duma certa *função*, conforme o lugar que nela ocupa. O detentor da riqueza tem, também, uma missão social que só êle pode realizar: a de aumentar a riqueza geral pela valorização do capital que possui. Fica, porisso, constituído no dever de fazer tudo o que seja concernente à efectivação desta missão, sendo socialmente protegido no que fizer em ordem a êsse fim. E' êste, em síntese, o conteúdo dos poderes legais do detentor da propriedade, os quais, uma vez fixados no direito positivo, constituem o chamado *estatuto legal do proprietário*.

Porque a divisão do trabalho social está na razão directa da intensidade da actividade individual, o proprietário, ainda

(1) — Este conceito do dever, transformando-se em função social e dando origem à teoria de *propriedade — função*, não é criação do génio de L. Duguit. O notável professor foi buscá-lo, directamente á doutrina de A. Comte. É de notar a circunstância de os *leaders* da acção social católica — o padre Naudet, o conde Salderini, o padre Pothier, M. de la Tour du Pin Chambly, Mgr. Ireland e outros — terem adotado a concepção do patriarca do positivismo como ponto basilar das suas teses sociais. Leon Duguit tem, porém, a merecida glória de ter criado um sistema de direito privado, em cuja base colocou, como noção primária, o conceito de função social, assim como tinha construído uma teoria de direito público fundamentalmente assente sôbre a noção de serviço público.

(1) — Não se julgue que a modificação da noção jurídica sôbre que assenta a propriedade importa, de perto ou de longe, o aniquilamento desta. Ao contrário. A propriedade só tem a recear duma regulamentação reaccionária que não possa corresponder ao facto económico e social que representa. O anacronismo das instituïções traz-lhes a morte por inanição. Uma nova teoria que harmonize os princípios jurídicos com as circunstâncias sociais, proteje mais fortemente a propriedade do que a construção civilista inadequada aos tempos correntes.

por causa de realizar a sua função social, tem o dever e o conseqüente poder de usar, fruir e dispor dos bens que possui, aplicando-os à satisfação das necessidades individuais, designadamente das suas próprias, e ao desenvolvimento da sua actividade física, intelectual e moral.

Eis como da interdependência social resulta a regra da afectação dos bens a fins individuais.

No entanto, os actos do proprietário que não co responderem a uma utilidade social — individual ou colectiva — são ilegítimos, dando origem à reparação ou até a repressões. (1)

Esta tese foi retomada, recentemente, por Rippert no seu livro *La democratie et le Droit Civil*.

Mas agora vejamos. Se a propriedade é uma função social, se a propriedade não é um direito absoluto, se a propriedade só é legítima enquanto corresponde às necessidades e à utilidade social, isto é, ao bem comum, admitem-se muitas limitações ao direito de propriedade.

A necessidade social exige um certa produção, e admite-se, por conseguinte, que o Estado obrigue o proprietário a cultivar certo produto. A necessidade social exige a restrição de certa produção, porque êsse artigo é superabundante no mercado nacional: admite-se a limitação da produção daquele artigo.

Sabem perfeitamente que decretos últimamente publicados têm limitado a plantação de vinha. Essa e outras limitações ao direito da propriedade explicam-se assim:

Quem é o órgão capaz de interpretar o interêsse geral, o bem comum? E' o govêrno.

Por conseqüência, desempenhando a propriedade uma função social e sendo o Govêrno o legítimo intérprete da autoridade social, explica-se que o govêrno, por um decreto ou por uma lei, limite o exercício dum certo poder do proprietário.

Já vêem, portanto, que a tese dos limites da propriedade está intimamente ligada, pela sua génese, pelas suas raízes filosóficas, à tese do abuso do direito.

Vejam os atributos que eu concedia à propriedade — função social:

Na concepção do legislador do Código Civil, os direitos reais criam uma relação imediata entre a pessoa, sujeito activo, e a coisa, objecto do direito.

Porisso, a propriedade, que é o direito real por excelência, relaciona directamente o proprietário com a coisa, de modo que esta fica sendo o objecto e, por assim dizer, o único sujeito passivo do direito.

Em 1919 a minha tese era uma tese «de jure constituendo» ou «de lege ferenda».

Reagindo contra esta noção de direitos reais, apareceu, mais recentemente, a doutrina de Planiol, que definiu direitos reais — as relações de ordem jurídica que se estabelecem entre uma pessoa, como sujeito activo, e tôdas as outras, como sujeito passivo, tendo por objecto as coisas.

Daquele conceito de direitos reais resultava que, sendo a propriedade o mais completo direito das pessoas sôbre as coisas, havia de ser, lógicamente, um *direito absoluto*, porque, não existindo pessoa — sujeito passivo — intermediária entre a coisa e o sujeito do direito, êste podia dispor daquela e gozá-la de modo mais incondicional, fazendo todos

(1) Segundo êste princípio se explicam e justificam as medidas legislativas que, porventura venham a adoptar-se, a-fim-de obrigar o proprietário a cultivar o seu campo ou a mobilizar o seu capital, além de muitas posturas municipais e regulamentos dos corpos administrativos e outras medidas que visam a restringir em todos os sentidos o *estatuto legal do proprietário*, v. g., as medidas repressivas da usura existentes na Idade-Média e que uma falsa compreensão da liberdade fez abolir.

os actos possíveis, salvo, em casos especiais, as restricções expressamente estabelecidas na lei.

Por pendor e inclinação dos homens, *pelo instinto de propriedade*, como diz Boistel, o proprietário não consente que alguém, a não ser êle, use do objecto do seu domínio. E' êste outro caracter da propriedade: a qualidade *de exclusiva*, que deflui naturalmente do primeiro carácter — *ser absoluta*.

Com efeito, se alguém pudesse participar dos poderes do proprietário, sem que estes sofressem diminuïção, então a propriedade não seria absoluta.

Finalmente, porque o sujeito passivo do direito da propriedade, identificando-se com o objecto do direito, é a própria coisa inerte e impossível, o proprietário exerce poderes sem reacções, sem restrições, sem limites.

E' o terceiro carácter da propriedade — *ser ilimitada*.

Todos estes caracteres, são atribuídos à propriedade pelo nosso Código. *E' absoluta*, como pode inferir-se da disposição incondicional do art. 2.315.º e, porventura, da própria definição do art. 2.167.º (1).

E' exclusiva, como peremptòriamente o determina a disposição do art. 2.339.º: O proprietário tem direito de gozar da sua coisa *com exclusão* de qualquer outra pessoa, e de empregar para êsse fim todos os meios que as leis não vedam.

E' ilimitada, como, àlém de outros, se declara no art. 2.170.º: o direito de propriedade, e cada um dos direitos especiais que êsse direito abrange, *não têm outros limites* senão aqueles que lhes forem assinalados pela natureza das coisas, por vontade do proprietário, ou por disposição expressa da lei.

Nos Códigos Civis estrangeiros também se encontram, implícita ou explicitamente, afirmados todos estes três atributos. Todavia, na definição de propriedade ora ressai um, ora outro dêstes caracteres: no francês (art. 544.º) e no italiano (art. 436.º) o poder absoluto; no da Luisiânia o poder exclusivo; no espanhol (art. 348.º) o poder ilimitado. Dos Códigos moderno, o alemão releva o carácter exclusivo da propriedade (art. 903.º (1)); o suíço distingue também o atributo do exclusivismo (art. 641.º) (2); o brasileiro salienta, simultâneamente, as qualidades de exclusivismo e ilimitação (art. 527.º) (3).

Como se vê, a natureza do direito de propriedade assenta, segundo a lei civil, sôbre estes três caracteres: é absoluta, exclusiva e ilimitada.

O conceito de direito real, tal qual o concebia o legislador do Código Civil, a saber a relação directa de uma pessoa com uma coisa, é superficial e falso, como ficou dito.

Esta relação, simplesmente de facto, não séria senão

(1) O sr. prof. Alves Moreira, Inst. do Dir. Civ., t. III, pag. 54, explica assim o caracter absoluto da propriedade: «sendo a propriedade um direito real, vê-se que a obrigação correlativa a êsse direito têm como sujeito passivo tôdas as pessoas, as quais são obrigadas a respeitar êsse direito, abstendo-se não só de praticar quaisquer actos que signifiquem um poder sôbre a causa, pois que o do proprietário é exclusivo, mas que perturbem a acção do proprietário. E' neste sentido que se diz que o poder do proprietário é absoluto.

(1) O proprietário duma coisa pode, salvo o efeito das prescrições da lei ou dos direitos de terceiro, dispor dela à sua vontade, excluindo tôdas as outras pessoas de todos os actos que lhe digam respeito

(2) O proprietário duma coisa tem o direito de livremente dispor dela, nos limites da lei. Pode reinvindicá-la contra quemquer que a detenha sem direito, repelindo tôda a usurpação

(3) O domínio presume-se exclusivo e ilimitado, até prova em contrário.

a posse, pois as relações jurídicas não podem existir entre as pessoas e as coisas, mas só entre pessoas.

São relações da vida social que os homens entretecem (1).

Do êrro àcêrca da noção do direito real resultou uma inexacta concepção da natureza de propriedade. (2)

Mas nem a concepção civilista do direito real, nem a que lhe sucedeu, definindo-o, a relação entre uma pessoa como sujeito activo e tôdas as outras como sujeito passivo, são, em nosso modo de ver, cientificamente exactas.

Os direitos reais são uma abstracção da inteligência dos jurisconsultos, que, tendo-se aprazido em imaginar um poder de vontade capaz de se impor a outras vontades — o direito subjectivo —, levaram a sua construção idealista mais longe, formando grupos de relações jurídicas a que deram os nomes de direitos pessoais, direitos reais, direitos de família, direitos sucessórios. (3)

Sãs agrupamentos de direitos subjectivos, isto é, de conceitos metafísicos, a que a ciência positiva não pode dar foros de verdade científica.

O homem não tem direitos subjectivos sôbre as coisas, tem deveres objectivos e poderes legais por causa delas e em relação a elas.

---

(1) Esta noção é da esfera vulgar dos reconhecimentos. Não me posso conter que não cite a frase de Dante: *Jus est realis atque personalis proportio hominis ad hominem*.

(2) — Êste conceito de direito real é, ao presente, abraçado por quási todos os escritores, depois da doutrinação de Planiol e De La Grasserie (De la classification scientifique du Droit, 1892, p. 12), em França, e de Windscheid (Pandekten, 1887, t. I, p. 101), na Alemanha.

(3) — Seguimos nesta enumeração o sistema adoptado pelo Código Civil Alemão, que, segundo o critério do senhor professor Machado Vilela (Prefácio ao Código Civil Brasileiro, p. XV), é o mais perfeito de todos, por nele aparecerem as relações jurídicas dispostas pela ordem da sua complexidade.

Esses poderes, que constituem a competência do proprietário, não podem ser *absolutos* (1), quer em intensidade quer em duração (2), porque, tendo a sua origem na interdependência, *são condicionados* pela utilidade social, que é o fundamento da propriedade; nem *exclusivos*, porque uma mesma coisa pode ser para diversos homens meio de realização da interdependência, fora mesmo do regime da compropriedade (3); nem *ilimitados*, porque sendo atribuídos ao homem para desempenho duma função social, não podem exorbitar da esfera das conveniências e necessidades da sociedade.

Afastada para bem longe, em nome da técnica jurídica e ainda da razão, a hipótese do direito absoluto, exclusivo e ilimitado do proprietário, inadmissível em qualquer sociedade civilizada, porque o homem que fôsse soberano senhor de seus bens como da sua pessoa seria um verdadeiro tira-

---

(1) — O exercício do direito de propriedade é submetido a diversas restrições estabelecida em razão do interêsse público. Pode dizer-se que a propriedade é o maior e o mais completo de todos os direitos reais, mas é inexato dizer que é um direito absoluto.

(2) — Muitos escritores atribuíram à propriedade, entre outros caracteres, o da *perpetuidade*. Êste predicado é inerente à noção de absoluto.

(3) — Se a propriedade fôsse um direito exclusivo sôbre a coisa, o proprietário tinha o direito de impedir que um estranho fizesse sôbre a coisa que detem um acto qualquer, que não lhe dá prejuízo e não diminui em nada o seu gôso. Mas em diversos países, e, designadamente, em França, leis recentes determinam que se podem estabelecer, sem expropriação nem indemnização alguma, fios telegráficos e telefónicos e condutores de energia eléctrica sôbre propriedades particulares. É concedido êste poder, até para linhas telegráficas e telefónicas particulares e para os fios condutores de energia eléctrica que alimentam fábricas também de particulares. (Duguit, Les Transformations du Dr. Pr. p. 169).

no, vamos agora fazer a determinação dos caracteres que constituem a verdadeira natureza da propriedade.

Inferem-se lógica e naturalmente da doutrina já estabelecida àcêrca do conceito e fundamento jurídico da instituïção que nos ocupa.

A propriedade é simultâneamente *social e individual*: social no seu fundamento, pois se existe é porque os homens vivem em sociedade; individual e social, *simul*, no seu destino, porque, modelando-se pelas conveniências da solidariedade, aplica-se à satisfação das necessidades tanto individuais como comuns.

Êste predicado da propriedade constitui a tese primacial duma conhecida obra de Fouillée em que se demonstra o absurdo das doutrinas extremas da propriedade (1).

É contingente, por ser um produto momentâneo da evolução social, existindo só enquanto as necessidades sociais o exigirem.

É variável, porque são muitas e sucessivas as mudanças de suas formas, devendo sempre modelar-se segundo as necessidadades que se destina a satisfazer (2).

(1) Os verdadeiros filósofos não hesitam em sancionar directamente as reclamações instintivas dos proletários contra a viciosa definição adotada pela maior parte dos juristas modernos, *que atribuem à propriedade uma individualidade absoluta* com o direito de usar e abusar... Nenhuma propriedade pode ser criada nem transmitida pelo seu possuïdor, *sem uma especial cooperação pública*, ao mesmo tempo, especial e geral. Seu exercício não deve ser nunca puramente individual (Augusto Comte, ob. cit., pág. 164).

(2) Muitos escritores têm julgado que a propriedade sofreu uma série de transformações regulares, fazendo a evolução em linha recta; a propriedade teria começado por ser colectiva e tenderia cada vez mais para a forma individualista. O estudo dos factos prova que a história da propriedade é mais complexa. E' pouco provável que a propriedade colectiva tenha existido só, em qualquer época; até os povos mais pobres conheceram, ao menos, a propriedade individual

É condicionada pela utilidade social, em que assenta o seu fundamento jurídico e a justificação da sua legitimidade.

Finalmente, **é limitada**, porque os poderes do proprietário devem ser sempre definidos pela função social, cujo desempenho lhe incumbe.

Muitos escritores, designadamente os economistas da escola realista, vulgarmente chamados socialistas de cátedra, ensinam que a propriedade é *multiplice*, isto é, existem vários géneros de propriedade.

O senhor visconde de Carnaxide retomou, recentemente, esta tese, dizendo que um conceito jurídico simétrico e uno da propriedade, pelo qual ela deve ter em qualquer das suas espécies e variedades os mesmos atributos gerais e em grau exactamente igual, o que modernamente seria uma deformidade enorme, já no direito antigo era desmentido.

É certo que existem tantos tipos de propriedade, quantas as categorias de coisas sôbre que o homem exerce os poderes legais que formam a sua competência, mas êste conceito está incluído *no carácter de variável* que atribuímos à propriedade.

Claro que numa aula, da cátedra, eu não podia até à Constituïção de 1933 defender esta doutrina. O professor de Direito como o jurisconsulto em geral, só pode fazer construções jurídicas, em base no Direito positivo, isto é, nos factos legislativos.

Ora, se o Código Civil, como digo, afirma que a pro-

dos môveis, das armas, dos vestidos, dos cavalos de guerra. Também não é provável que termine por dominar em absoluto. Constata-se, no nosso tempo, *um recuo sensível*; os capitais colectivos reünidos pela *associação* tornam-se, dia a dia, mais numerosos; as riquezas colectivas tomarão rápido incremento, sob a influência das ideas socialistas que impelem quási todos os Estados modernos. (Planiol, ob. cit., t. I, pág. 715)

priedade é absoluta, exclusiva e ilimitada, evidentemente que não podia fazer, para os alunos, uma construção que não estivesse de harmonia com os preceitos legais, com os factos jurídicos.

Hoje, as coisas variaram. No tempo em que fiz esta tese, em 1919, só existia o Código Civil e leis avulsas; hoje, existe a Constituïção e o Estatuto do Trabalho Nacional.

A Constituïção diz-nos que a propriedade desempenha uma função social.

E' curioso que, tendo eu sido argüido de extremista, sete anos depois, implantava-se o regime político actual com a revolução de 28 de Maio de 1926, o qual, volvidos outros sete anos plebiscitava a Constituïção de 1933 que atribuía à propriedade uma função social (art. 35.º); a minha doutrina. E, pouco depois, publicava-se o Estatuto do Trabalho, que diz a mesma coisa.

De maneira que, hoje, a situação é diversa.

Como professor, até 1933, não poderia ensinar aquela doutrina, porque não assentava em factos legislativos; hoje, posso defendê-la, porque, acima do Código Civil, está a Constituïção. E' certo — já o disse — que eu hoje não estou inteiramente ao lado dos realistas, da escola de Duguit. O meu espírito evolucionou. Mas ainda hoje defendo a teoria da relatividade de direitos e, por conseqüência, a tese da propriedade — função social.

Fui argüido de extremista, revolucionário, por aqueles mesmos que, depois, metiam na Constituïção Política o princípio de que a propriedade desempenha uma função social. E' bem certo que, acima das ideas de cada um, estão os factos sociais, que impuseram a introdução na Constituïção daquela doutrina de que tanto me argüiram.

Depois da guerra, na Alemanha, fez-se a Constituïção de Weimar, que aí vigorou até ao advento do nacional-socialismo de Hitler. Na Constituïção de Weimar diz-se que

«todos são obrigados a fazer da propriedade um exercício conforme os bens comuns à utilidade social». Por outras palavras, a Constituïção de Weimar declara que a propriedade era uma função social.

Mas também em matéria de contratos esta teoria da relatividade dos direitos subjectivos ou dos poderes legais, como diz a teoria realista de Duguit produz efeitos.

O contrato tem de ter um objecto possível. O artigo 643.º do C. Civil diz: *Para o contrato ser válido devem dar-se nele as seguintes condições:*

1.º Capacidade dos contraentes;

2.º Mútuo consenso;

3.º Objecto possível.

O que é *objecto possível* dizem-no os arts. 669.º e segs.

Art.º 669.º: *E' nulo o contrato, cujo objecto não seja física e legalmente possível».*

Art. 670.º: *«Nos contratos só se considera como fisicamente impossível, o que é absolutamente em relação ao objecto do contrato, mas não em relação à pessoa que se obriga».*

Art.º 671.º: *«Não podem legalmente ser objecto de contrato:*

1.º As coisas que estão fora do comércio por disposição da lei;

2.º As coisas ou actos, que não se podem reduzir a um valor exigível;

3.º As coisas cuja espécie não é, ou não pode ser, determinada;

4.º Os actos contrários à moral pública, ou às obrigações impostas por lei».

Art.º 672.º: *«Os contraentes podem ajuntar aos seus contratos as condições ou cláusulas, que bem lhes parecerem. Estas condições e cláusulas formam parte integrante*

dos mesmos contratos, e governam-se pelas mesmas regras, excepto nos casos em que a lei ordenar o contrário».

§ único: *Exceptua-se da regra dêste artigo o caso previsto no artigo 1671.º».*

Para determinarmos o que é um objecto legalmente possível, precisamos de ter em vista o conceito de *interêsse e ordem pública,* porque êste restringe a liberdade contratual, nos termos do art.º 10.º do Cód. Civil, que diz: «*Os actos praticados contra a disposição da lei, quer esta seja proïbitiva, 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*».

Por conseqüência, quando se trata de uma lei de interêsse e ordem pública fica restringida a liberdade contratual.

Ora, o novo Estado Político, que é, como sabem, corporativo, e que assenta numa economia dirigida, veio estabelecer um conceito diverso de *ordem pública*, isto é, veio alargar o conceito de interêsse e ordem pública.

Há contratos que na vigência pura do Código Civil, antes da Constituïção, eram permitidos, mas que hoje não devem considerar-se legais em virtude da Constituïção.

Também — repito — a liberdade contratual é limitada, trabalhada pela teoria da relatividade dos direitos subjectivos.

Isto, não só na teoria solidarista, mas também na teoria pura do Direito de Kelsen. Kelsen diz que a vontade das partes contratantes é a vontade do Estado e, portanto, sendo a vontade do Estado conforme ao bem comum, a vontade dos contratantes tem de ser limitada pela utilidade social.

Também nêsse ponto é preciso modificar o C. Civil.

E' preciso modificá-lo para restringir, o mais possível,

o arbítrio do Juiz. Claro é que a utilidade social é determinada superiormente pelo poder legislativo ou pelo govêrno e pode sê-lo também pelo juiz. Mas o juiz é um homem, nem sempre bem preparado em assuntos económicos sociais para saber qual é a utilidade social, qual é a necessidade do bem comum. Outras vezes, é um homem sujeito às fraquezas humanas e, por isso, pode esquecer o conceito que tenha de utilidade social e de bem comum.

Deixar a interpretação da validade dum contrato dependente do arbítrio do juiz é deixar incerto o Direito.

Por isso, é necessário modificar o C. Civil, de maneira a expressamente se dizer em relação a cada contrato, e de modo geral em relação a todos os contractos, o que é proïbido por ser contrário ao interêsse e à ordem pública.

Também em matéria de relações de família é preciso modificar o C. Civil para pôr em equação com os princípios democráticos e com o regime político actual. E' preciso modificar o regime de bens, porque não me parece que o regime da comunhão geral de bens seja o mais idóneo para estabelecer a igualdade, tanto quanto possível, (pois já vimos que há desigualdades necessárias entre marido e mulher) entre o marido e a mulher.

Já temos, aliás um direito — relativo à propriedade literária e artística — que significa isto: qualquer que seja o regime de bens, a propriedade literária considera-se sempre como constituïndo bens próprios do cônjuge que a produziu. Mas, mesmo que o legislador dêsse decreto não tivesse querido significar tal, o que é fora de dúvidas é que, para haver a possível igualdade entre os cônjuges, temos de modificar a nossa legislação no tocante ao regime de bens.

E' certo que o regime de bens é estipulado em escritura ante-nupcial; mas, a maior parte das vezes, por apatia, não se fazem tais escrituras e, por conseqüência os conjuges

ficam sujeitos ao regime legal de bens, que é o da comunhão geral.

Se o regime legal geral fôr diverso, já as coisas se passam também diferentemente.

Uma desigualdade que há entre o marido e a mulher é o primeiro ser o administrador dos bens do casal e a mulher não. Pode vir a estabelecer-se, como sucede na Itália, que a mulher seja administradora dos seus bens, assim como o marido é administrador dos dêle.

Também em matéria do divórcio alguns retoques é preciso dar para estabelecer a igualdade entre marido e mulher. Só a mulher pode pedir o arrolamento de bens — donde resulta uma desigualdade em proveito da mulher e em prejuizo do marido.

Há casos em que o marido deve também poder requerer o arrolamento de bens e imposição de selos.

Suponha-se que uma mulher é comerciante e que tem o seu domicílio junto do estabelecimento. Requereu o divórcio. Porque a mulher é comerciante, tem necessidade de ficar junto do estabelecimento. Ora, se o marido não puder também requerer o arrolamento de bens, daí podem resultar prejuizos graves para êle, pois que a mulher pode extraviar, descaminhar bens.

Porque os poderes legais têm como limite a necessidade social, o bem comum, também é necessário modificar a lei do divórcio e conseqüentemente a lei da separação.

Acabar com o divórcio não me parece solução justa, porque — e não entramos em pormenores, pois não é êste o lugar próprio — porque há factos de discórdia inevitáveis e agudos entre os cônjuges, há circunstâncias em que os cônjuges têm de separar-se.

Há duas maneiras de se fazer isto: ou pelo divórcio ou pela separação—o divórcio, que dissolve o vínculo conjugal, a dissolução, que permite ao marido e à mulher viverem separados, mas que mantém o vínculo conjugal.

Qual será a melhor solução?

Os Srs. sabem, porque é intuitivo, que a natureza tem exigências que dominam o homem. O homem que vive separado da sua mulher e a mulher que vive separada do seu marido são do mesmo modo que os cônjuges que vivem juntos dominados pelas necessidades da natureza.

Por conseqüência, o homem, se não pode casar de novo, tem de se amancebar. Qual é mais prejudicial para a família: a separação ou o divórcio? Eu suponho que é a separação. Mas também não se deve permitir o divórcio por qualquer cousa fútil. Nós temos uma legislação incoerente de divórcio. Em matéria de divórcio encontram-se, na legislação comparada, três sistemas: — Um que permite o divórcio por declaração unilateral da vontade dum dos cônjuges. E' o sistema romano, que permitia o repúdio. Um dos cônjuges não quere permanecer casado; declara, então, a sua vontade nêsse sentido, lavra-se o respectivo auto e, depois de divorciado, é que o outro cônjuge é notificado do divórcio. Este sistema existiu em Roma, como disse, modernamente existe na Rússia e existiu na Espanha vermelha. Esta, porém, acabou, e hoje em Espanha não há divórcio. A-pesar de ainda hoje ser existente, como disse, na Rússia, êste é um sistema de divórcio indefensável.

Outro sistema é o do divórcio por certos fundamentos contemplados na lei.

E' o sistema mais usual nas legislações modernas como a francesa, a alemã, a suiça, etc.. E' também o adotado entre nós, pois o art.° 4.° da lei do divórcio diz quais são as causas e fundamentos do divórcio; mas, ao mesmo tempo, a nossa lei permite o divórcio por mútuo consentimento, isto é, quando ambos os cônjuges estão de acôrdo, podem

requerer o divórcio sem indicar qualquer causa ou fundamento.

Ora isto é insustentável, pois dá origem a abusos como êste: suponham que o marido ressona, e a mulher incomoda-se com o ressonar do marido. Aborrecem-se, zangam-se e, às duas por três, resolvem ambos pedir o divórcio. Analisada a situação, verifica-se que o verdadeiro fundamento do divórcio, que está compreendido na decisão de ambos os cônjuges é a causa fútil do marido ressonar. Por tão pouco se desfaz um lar.

Urge, pois, pôr fim ao divórcio por mútuo consentimento. Também não se admite que o divórcio tenha por fundamento a doença incurável dum dos cônjuges. Porque é deshumano que o cônjuge são quebre o vínculo matrimonial quando o doente mais precisa do seu auxílio e assistência.

Também em matéria de relações de família a lei precisa de modificação com respeito à admissibilidade da acção de investigação de paternidade ilegítima e com relação ao reconhecimento voluntário da paternidade ilegítima.

Também em matéria de sucessões, em virtude do princípio de igualdade, é preciso, me parece, modificar a quota legitimária e, conseqüentemente, a quota disponível.

Não é o regime político actual um regime de protecção à família? A protecção à família não se impõe por necessidade social? Qual será, portanto, a legislação mais harmónica com êsses princípios de proteção à família e de necessidade social: a do Código Civil, que determinava que só $\frac{1}{3}$ dos bens do autor da herança que tivesse herdeiros legitimários é que era quota disponível ou a legislação actual, que permite que a quota disponível seja metade dos bens do *de cujus* que tem filhos legitimários? Parece-me que é a

legislação antiga do Código Civil. No entanto, o decreto n.º 19.126 — reforma do Código Civil — foi nas águas do decreto de 30 de Outubro de 1910, que dava maior liberdade de disposição e estabelecia maior quota disponível para o autor da herança com herdeiros legitimários.

34—O Direito Corporativo está em marcha, mesmo nos Estados que têm uma Constituição democrática.

—O Corporativismo é uma projecção da Democracia.

—Conclusões a tirar do progresso do Direito Corporativo.

Um outro elemento da trilogia revolucionária é a liberdade.

A quem vive em sociedade a liberdade não pode ser absoluta, porque não se pode viver em sociedade sem organização, sem lei, e a lei tem por missão restringir a liberdade individual em proveito do bem comum. Por isso, logo de início, os democratas, filhos da Revolução Francesa, admitiram dois princípios que, no fundo, são contraditórios; o princípio da solidariedade e o princípio da liberdade individual. E, porque admitiram êsses dois princípios fundamentalmente contraditórios, tiveram, também, de admitir êste corolário: que a liberdade individual podia e devia ser restringida sempre que o exigisse o interêsse público, isto é, o bem comum, como hoje se diz.

E é por isso que Jaurès, pouco antes do seu fim, — foi assassinado nas vésperas da grande guerra de 1914,—disse: o socialismo é o desenvolvimento lógico e completo do individualismo. O socialismo atende ao bem comum, de preferência; ocupa-se sôbremaneira com os interêsses comuns da colectividade, mas, ainda assim, é o desenvolvimento completo, integral e lógico do individualismo.

Parecem termos antinómicos *socialismo* e *individualismo*, mas a verdade é esta: se considerarmos a sociedade encontramos nela duas realidades: a realidade individual e a realidade social. Qual delas deve ter preferência sôbre a

outra? Será o indivíduo a quem cabe superioridade à sociedade? Será a sociedade, que existe só por causa dos interêsses individuais, para acautelar, defender, proteger e melhor servir os interêsses indivuais?

Se admitirmos que é o indivíduo a realidade primária da sociedade, então caímos no individualismo estrito, rigoroso, extremo.

Se, pelo contrário, admitirmos que a realidade primária é a sociedade, que é constituída por indivíduos, sendo, por conseqüência, os indivíduos uma realidade secundária, então temos o socialismo numa das suas formas: bolchevismo, fascismo, etc.. Porque a verdade é esta: no fundo, não há uma diversidade de pensamento muito grande entre fascismo, nacional-socialismo e bolchevismo. Os métodos é que são diferentes.

Ora, Jaurès, que considerava, sem o dizer clara e expressamente, a sociedade como uma realidade primária, daí concluía que o individualismo completo, íntegro, dava o socialismo, porque os direitos individuais só podiam ter plena expansão dentro do socialimo.

O legislador do código civil francês, e também o do código civil português, pois, como sabem, a fonte principal do nosso Código foi o código napoleónico, teve em tanto carinho a liberdade individual, que consignou como um dos princípios fundamentais do Direito Civil o princípio da autonomia da vontade das partes.

Esta expressão *liberdade*, muitas vezes, opõe-se a *cesarismo*, ao regime político cesarista. Nós, aqui, não nos importamos com êste aspecto. Aqui consideramos a liberdade sob o ponto de vista da influência que exerce na legislação civil, sem nos importarmos com os regimes políticos.

O legislador teve em tanto carinho — continuo — a liberdade, que não só consignou como um dos princípios fundamentais do Direito Civil êsse princípio da autonomia da

vontade das partes, como também incluiu na legislação disposição atinentes a evitar que alguém abdique, se demita da liberdade que o legislador lhe quís atribuir.

Com efeito, diz por exemplo o art. 1.595.º do Código Civil: «*Dá-se contrato de locação, quando alguém trespassa a outrem, por certo tempo, e mediante certa retribuïção, o uso e fruïção de certa coisa*».

De maneira que o legislador não quís o contrato de locação perpétuo, e isso por duas razões: porque restringia a liberdade do senhorio e porque deturpava a natureza jurídica do contrato. Um contrato de locação perpétuo equivalia a uma alienação, da propriedade. Mas proïbiu também o contrato de prestação de serviços perpétuos—e isso apenas em virtude do amor à liberdade. O indivíduo que, perpètuamente, se obrigava a prestar serviços a um amo, perdia a sua liberdade, deixava de ter liberdade, e, por conseqüência, o legislador proïbiu-o.

Mais ainda: a jurisprudência considerou nulas, como se não tivessem sido escritas, certas cláusulas que obrigavam o favorecido pela liberdade, o beneficiário da liberdade a exercer uma certa profissão, a manter-se num certo estado civil, a viver numa certa localidade. Por ex., se num testamento aparecer uma cláusula que diga: «Deixo a F. a minha herdade x. com a condição de F. se fazer padre», essa cláusula restringe a liberdade do beneficiário, obriga-o a exercer uma profissão e, por isso, considera-se nula. Se o marido falecer com testamento em que diga: «Deixo todos os meus bens à minha mulher, com a condição de ela não se tornar a casar», esta cláusula é nula também, considera-se não escrita, porque restringe a liberdade de um indivíduo, obriga-o a manter-se num estado civil determinado. O mesmo direi se num testamento se dispuser: «Deixo «isto» a F. se êle continuar a viver na cidade de tal, onde tenho o meu jazigo»: também se considera não escrita esta cláusula. Tudo isto em nome do princípio da liberdade.

Mas, é preciso notar, êste amor à liberdade é sobrepujado no ideário dos democratas nascidos da Revolução Francesa por êste outro sentimento de amor pela igualdade. Quere dizer; os democratas saídos da Revolução Francesa querem, primeiramente, a igualdade civil e, depois, a liberdade. E, porque, como já lhes disse muitas vezes, a igualdade civil anda arredia da igualdade social, pois que a igualdade civil põe no mesmo plano os fortes e os fracos, os ricos e os pobres, e daí resulta que em matéria contratual a vontade dos ricos, dos fortes domina a vontade dos fracos, dos necessitados — também no decorrer do tempo, na evolução do Direito, tem surgido a necessidade de fazer intervir o Estado em certos contratos para proteger os fracos, os necessitados, os que precisam de ajuda, de protecção. E, assim, vêem que, em matéria de locação, em matéria de concessão de serviços, em matéria de contratos de trabalho, em matéria de seguros, etc., etc., encontramos uma intervenção constante do Estado atinente a esta protecção aos fracos, muito embora fique deminuída a liberdade contratual, fique sangrado o tal princípio da autonomia da vontade das partes. Porque, para se viver em regime de autonomia da vontade das partes, qualquer contrato seria feito sem nenhuma regulamentação especial, as partes seriam partidárias cada uma da vontade, teríamos vontades opostas, vontades que discutiam, vontades que chegavam, por fim, a acôrdo, surgindo nêsse momento, o contrato, que fazia lei entre as partes.

Mas, como vêem, há circunstâncias em que tal não pode acontecer.

O mundo dos que trabalham é muito maior do que o dos industriais e comerciantes, o dos patrões. A necessidade de trabalhar para os operários é muito mais urgente do que

a necessidade de dar trabalho, que têm os patrões. Por isso acontece que os patrões quási sempre afixam um regulamento na fábrica ou no estabelecimento, e quem quizer trabalhar nessa fábrica ou nêsse estabelecimento adere às condições constantes do regulamento.

O regulamento diz: o contra-mestre ganha tanto, o operário tanto, o aprendís tanto, trabalham tantas horas; têm «êste» descanso; etc.. Aquele que precisa de trabalhar vai ver o regulamento e, se aceita, adere àquelas condições e vai trabalhar para a fábrica ou para o estabelecimento.

Chama-se isto um contrato de adesão.

Os Srs. aqui não vêem duas vontades iguais, duas vontades contraditórias, duas vontades que discutem. Vêem a vontade do patrão, que é soberana, que impõe o regulamento, e, depois, a vontade do operário, que se cifra só nisto:

«Eu preciso de trabalhar, portanto vou arregimentar-me nesta fábrica», sem discutir horário de trabalho, descanso, nada.

Ora, porque isto é frequente, porque neste caso uma vontade é económica e socialmente superior a outra, não há igualdade de vontades, pode haver, quando muito, gualdade jurídica; porque uma das vontades é forte, outra é necessitada, o Estado, ainda mesmo o Estado democrático, em que dominam os princípios da igualdade, fraternidade e liberdade, mas em que a igualdade sobrepuja a liberdade, para diminuir a desigualdade social intervem regulamentando o serviço, regulamentando as horas de trabalho, regulamentando os dias de descanso, estabelecendo salários mínimos, etc. etc..

Por conseqüência, vêem que ainda em virtude do princípio da igualdade ajudado pelo da fraternidade dois dos elementos da célebre trilogia, e porque a igualdade sobrepuja a liberdade, encontramos uma intervenção cada vez maior da parte do Estado no sentido de ajudar os fracos,

no sentido de evitar que os fortes se locupletem à custa dos fracos.

E' certo que nem sempre a desigualdade se encontra nos contratos realizados entre os fracos e os fortes.

O operário, por si só, é fraco, mas agremia-se em sindicatos, em associações, e o sindicato ou associação já tem uma vontade mais forte, mais poderosa, que se impõe ao patrão e que pode manejar a arma da greve, porque pode pôr o patrão no «index»; isto é, na lista dos patrões que não merecem que os operários colaborem com êles. Mas, mesmo assim, ainda é precisa a intervenção do Estado: intervenção para regulamentar a vontade dos sindicatos, intervenção para regulamentar os contratos colectivos de trabalho, intervenção para suprimir as deficiências dos contratos colectivos de trabalho.

E, a-propósito-de sindicatos, também, a Revolução Francesa baniu em guerra de extermínio as associações e os «clubs». Hoje, os próprios Estados democráticos, mesmo aqueles que não vivem em regime corporativo, como por exemplo, a França, mantêm a liberdade de associação, sindicatos e outras associações.

Teria evolucionado, também, o ideário democrático? Creio que não. O que se modificou foi a estrutura da organização. Na Idade Média havia a corporação fechada e obrigatória, havia a corporação que tinha uma hierarquia, que fazia regulamentos que tinham efeitos de lei, havia a corporação que, portanto, deminuía a liberdade individual. Eclodiu a Revolução e atacou êste inimigo da liberdade, a corporação. Mas, hoje, a associação não tem as características da corporação medieval. Hoje, a associação não é fechada: Os Srs. sabem o que é uma associação fechada; a que é constituída só por certos e determinados indivíduos. Por exemplo, a corporação dos ferreiros é constituída pelos

ferreiros actuais e só lá podem entrar os filhos dos ferreiros ou certas pessoas indicadas por eles.

Hoje, as associações não são fechadas, não têm hierarquia, não têm aquêle poder de se impor que tinham as corporações. Por conseqüência, admite-se que hoje a associação ou o sindicato, como agremiações destinadas a valorizar os indivíduos, sejam aceites pela Democracia.

E estão a ver, no exemplo que lhes apresentei, um sindicato a fazer contrato de trabalho com os patrões. Trata-se de uma associação ou de um sindicato que valoriza os indivíduos que constituem aquele mister: qual a razão por que a Democracia não havia de admitir essas corporações, êsses sindicatos, essas associações?

Não vejo motivo algum, hoje, ao passo que havia razão para que a Revolução Francesa extreminasse as corporações medievais.

Pois nêstes contratos de adesão, nos contratos de concessão administrativa, (o município faz um contrato para fornecimento de água, fornecimento de luz eléctrica, fornecimento de gás, o Estado faz um contrato de concessão duma linha férrea), nêstes contratos, também em regra o concedente, a autoridade pública que concede o serviço, costuma intervir no sentido de estabelecer medidas que favorecem os usuários (1) do serviço público e até os trabalhadores.

Isso costuma fazer-se no caderno de encargos; é aí que o concedente, o Estado ou o Município, diz o prêço a tarifa dos serviços, os salários dos trabalhadores ou dos empregados, dispõe muitas coisas em benefício quer dos usuários, daqueles que se servem do serviço, quer dos concessionários, quer dos colaboradores.

(1) *Usuários* são aqueles que fazem contratos com a emprêsa concessionária para fornecimento de serviço que ela presta.

Na técnica do Direito Civil chamava-se isso um contrato em benefício de terceiro. Era um contrato feito pelo Estado ou pelas Autarquias com um concessionário em que se estipulavam condições relativas aos trabalhadores ou aos usuários que beneficiavam do contrato. Por isso se dizia *um contrato em benefício de terceiro.*

Essas normas tôdas que encontramos nas concessões, nos contratos de adesão e em muitas outras, êsses fenómenos de intervenção na autoridade dos contratos, são apenas uma manifestação da limitação da liberdade contratual, uma restrição do princípio da autonomia da vontade das partes, que se impõe para diminuir a desigualdade entre os contratantes.

A locação, como sabem, é um contrato regulado no Código Civil — hoje em vários decretos, o principal dos quais é o decreto n.º 5.411, de 17 de Abril de 1919. Sendo um contrato, devia também nesta matéria dominar o tal princípio da autonomia da vontade das partes; no entanto, os Srs. encontram nas leis de inquilinato uma certa disposição que não permite que o senhorio despeça o inquilino, que aumente a renda, que deixe de alugar. Encontram, até, no mesmo decreto, uma disposição que diz que todo o contrato feito em contrário das normas estabelecidas no decreto é nulo. Isto equivale a dizer: «estas disposições são de interêsse e ordem pública, impõem-se, não se pode fazer contrato nenhum em contrário delas», quando a regra é a de que as cláusulas estabelecidas pelas partes é que formavam o contrato, e, se há disposições relativas a contratos, essas disposições são supletivas, isto é, só se aplicam quando a vontade das partes não se puser em sentido contrário.

Por conseqüência, o fenómeno que observamos é o de uma intervenção constante do Estado na regulamentação dos contratos, intervenção feita por meio de leis de interêsse e ordem pública, atinentes a diminuir a desigualdade dos

contratantes, embora em prejuízo da autonomia da vontade das partes. Isto, sôbretudo, no regime corporativo.

E tem de se modificar a lei civil, para a pôr em equação com a organização política, no sentido de aumentar, cada vez mais, essas disposições de interêsse e ordem pública.

Já dissemos atrás, quando classificámos as normas jurídicas em normas de interêsse e ordem pública e normas de interêsse privado, que no século passado $\frac{3}{4}$ das normas de Direito Civil eram normas de interêsse privado, normas supletivas.

Fouillé, por exemplo, disse que dentro de pouco tempo o Código só conteria normas de interêsse privado. E para o ideário do século passado as leis feitas pelas partes, regulando as suas necessidades, as suas relações, permutando os seus serviços, eram muito superiores em vantagens às disposições legais. Mas, hoje, com o ideário actual, acontece o contrário: vai aumentando, dia a dia, o número de disposição de interêsse e ordem pública com deminuïção conseqüente das normas supletivas.

Antes do decreto n.º 5.411, em matéria de contrato, as disposições supletivas eram muitas, as de interêsse e ordem pública eram poucas. Modificou-se a situação; apareceu o direito social e, nessa ocasião, encheram-se as leis de inquilinato de disposições de interêsse e ordem pública, com diminuïção das disposições de ordem supletiva.

Eu falei-lhes agora em legislação social, direito privado social. Fui a primeira pessoa a empregar êste termo, entre nós (mas só entre nós) na minha tese *Construção jurídica da propriedade*. Isso causou engulhos, por exemplo, ao falecido prof. José Tavares, que, nos seus *Princípios fundamentais de Direito Civil*, contesta que haja um direito privado social (1). Eu, porém, continuo a sustentar a minha tese.

Em 1848 fez-se em França uma revolução.

Feita por operários, por trabalhadores, estes ganharam logo o direito ao sufrágio universal e impuzeram um certo número de reformas atinentes a favorecê-los na luta desigual que mantinham na vida económica com os burgueses, e êsse direito passou a chamar-se o *direito privado social*. E' por virtude dêste direito privado social que vemos restringir-se a liberdade contratual em matéria de arrendamento, e nos contratos de adesão intervir o Estado para obrigar a certas e determinadas condições, o mesmo se passando com os contratos de concessão de trabalhos, nos contratos de seguros e noutros.

Pois êste fenómeno de intervenção cada vez maior do Estado em matéria de contratos é um fenómeno que podemos considerar emergente do tal direito privado social.

No Direito Romano havia a anulação dos contratos por lesão enorme. O amor à liberdade, que criou o princípio da autonomia da vontade das partes, foi ao ponto de em alguns códigos, como em o nosso, não se admitir a anulação do contrato por lesão enorme. Noutros códigos (o francês, por ex.) admitiu-se a anulação do contrato, quando como no direito romano havia uma lesão de $\frac{7}{12}$. Entre nós, a lesão enorme é sinal de que na discussão contratual uma vontade é mais forte que a outra, porque não se compreende que, sendo duas vontades iguais, não juridicamente iguais, mas iguais em fôrça, econòmicamente iguais, socialmente iguais, uma das vontades aceite um contrato desvantagem tam grande, com prejuízo tam avantajado.

---

(1) Eu fiz a minha tese em 1919 e os *Princípios Fundamentais* são poucos anos posteriores.

O nosso Código, por ex., só admite a anulação do contrato por vício de consentimento, por êrro, por dolo, por coacção ou por simulação. Mas esta anulação do contrato ainda é feita em nome do princípio da autonomia da vontade das partes. Quando há êrro, quando há dolo, quando há coacção, quando há simulação--não há vontade e, por conseqüência, o nosso Código permite nêsses casos a anulação Em regra, o agente do Ministério Público, o representante do Estado, intervinha para pedir a anulação dum contrato, sobrepondo-se aos interessados. Acontece isto, por ex., em matéria de sociedades. Quando uma sociedade é irregular, o Ministério Público pode pedir em juízo a declaração de inexistência dessa sociedade.

O princípio da liberdade, um dos elementos da trilogia revolucionária francesa, determina, como disse, muitas alterações no Código Civil sôbre matéria de contratos. Quere dizer: o princípio absoluto da autonomia da vontade das partes tem de ser modificado. Têm de predominar, em nome do tal princípio da liberdade, as disposições de interêsse e ordem pública sôbre as disposições de interêsse privado, numa futura organização do Direito Civil.

Isto já foi mais ou menos prevenido pelo legislador do Código Civil, pois no artigo 10.º proíbe que as partes contratem em sentido contrário às disposições de interêsse e ordem pública.

Diz o § único do art.º 10.º: *Esta nulidade pode, contudo, sanar-se pelo consentimento dos interessados, se a lei infringida não for de interêsse e ordem pública*».

Já fizemos a análise dêste artigo e ficaram sabendo que as partes não podem contratar em sentido contrário às disposições de interêsse e ordem pública.

Por conseqüência, tudo se reduz a uma amplitude das disposições de interêsse e ordem pública.

Dissemos, quando difinimos disposições de interêsse e ordem pública, serem as relativas aos princípios basilares do Estado em matéria de moral e política.

Pois, se agora dissermos que também os princípios de ordem económica que são fundamentais ao Estado constituem disposições de interêsse e ordem pública, fica, conseqüentemente, muito limitado o princípio da autonomia da vontade das partes.

As várias disposições desta economia dirigida, que dizem o sentido em que os particulares devem exercer a sua actividade, podem considerar-se disposições de interêsse e ordem pública.

No entanto, como é difícil fazer com que a jurisprudência defina, ao menos em breve tempo, certas disposições económicas que são de interêsse e ordem pública, convém que o legislador intervenha para nos dizer que certa medida, certa disposição, certo regulamento é constituído por disposições de interêsse e ordem pública.

Também em matéria de direitos de família o princípio da liberdade exige certas alterações.

Houve sempre da parte dos particulares certa repugnância em admitir a intervenção do Estado na vida da família. Não obstante, o Estado intervém, algumas vezes, segundo a legislação Civil: nos conselhos de família, por intermédio dum órgão da tutela, o curador dos órfãos; na constituição da família pelo casamento, que tem de ser feito com intervenção do funcionário do registo civil; no casamento, ainda, para determinar que em certos casos é precisa dispensa de órgãos do Poder Judicial; para autorizar o pai a vender os bens dos filhos menores.

Mas estas intervenções, que são previstas e reguladas no Código Civil, tiveram sempre o ódio dos cidadãos, por-

virtude do princípio da liberdade, que faz com que o Estado, para respeitar a sensibilidade dos cidadãos, intervenha o menos possível,

Já falei, a-propósito-do princípio da liberdade, na tutela e nas instituïções pupilares. A tutela é familiar, segundo o sistema da legislação latina.

A-pesar-disso, e porque a família—disse-lhes eu—tem enfraquecido constantemente porvirtude de individualismo, a instituïção de tutela familiar tornou-se insuficiente e, então, impôs-se ao Estado o criar instituïções pupilares, que visam a defender os abandonados e os menores em perigo.

O que lògicamente, coerentemente, se impunha era a substituïção da tutela familiar por uma tutela administrativa ou judicial.

Porque é que não se faz isto e, ao contrário, se deitaram remendos na legislação, criando ao lado da tutela familiar instituïções pupilares, administrativas e judiciais? Foi em virtude do tal respeito pela liberdade dos cidadãos. O Estado não quís ofender a sensibilidade dos cidadãos, impondo a intervenção administrativa ou judicial nessa esfera de tutela. O Estado quís respeitar, por conseqüência, o sentimento de liberdade dos cidadãos. Mas impõe-se, quer em nome do princípio da igualdade, quer em nome do princípio da liberdade, a reforma da tutela.

Também em nome do princípio da liberdade o Código Civil e a legislação posterior diminui e quási que anulou os poderes que existiam dentro da família: o poder paternal e o poder marital.

Como sabem, em Roma, o poder paternal, a *patria potestas*, era absoluto, pois até compreendia o *jus vitae necisque*, isto é, o direito de vida e morte. O pai tinha poderes religiosos, tinha poderes políticos. O poder paternal era um poder perpétuo.

No Direito romano isto foi-se modificando e os filhos foram ganhando, pouco a pouco, uma certa personalidade.

Mas no Direito moderno, na vigência dos Códigos Civis, o poder paternal deixando de ser perpétuo, pois o filho atinge a maioridade numa certa época da vida, aos 21 anos, conforme o nosso Código Civil. Mas esta época da vida varia de legislação para legislação. O que é certo, porém, é que deixou de ser perpétuo o poder paternal.

E também deixou de ser absoluto em poderes: hoje, o poder paternal é mais um complexo de deveres do que um complexo de direitos. São direitos concedidos ao pai, mas em atenção ou relativamente a deveres que êle tem de cumprir para com os filhos: deveres de educação, de alimentação, de protecção, etc..

Quer dizer: o poder paternal, em vez de ser um complexo de direitos, conservou essa designação de complexo de direitos, mas é em atenção aos deveres relativos a êsses direitos, que são predominantes. Por outras palavras: o pai, segundo o Código Civil e a legislação posterior, tem mais deveres para com os filhos do que direitos, sôbre os filhos.

O mesmo direi em relação ao poder marital. Há um certo número de direitos do marido correspondentesà incapacidade da mulher casada, que se chama ainda hoje poder marital; mas êsses poderes não são devidos ao marido em razão da incapacidade da mulher, mas sim, segundo eu entendo, porque o marido é o gerente da sociedade familiar.

Também em matéria de sucessões, porvirtude do princípio da igualdade, é preciso fazer uma alteração ao que está disposto no Código Civil.

Le Play e a sua escola criticam o legislador do Código Civil, porque êle tinha diminuído o poder paternal, pois entendia Le Play que a necessidade social exigia, não a deminuïção, não o enfraquecimento do poder paternal, mas, pelo contrário, o seu engrandecimento; ainda exerceram a

sua crítica porque, em seu entender, o pai devia ter a liberdade de disposição de todos os seus bens.

Eu, a respeito do princípio da igualdade, disse lhes que, se a nossa Constituïção defende muito a família, ao interêsse da família, convinha mais a limitação da quota disponível, do que o seu aumento; no entanto, o decreto n.º 19.126 foi no resto do decreto de 31 de Outubro de 1910 e aumentou a quota disponível em relação ao Código Civil, o que me parece contraditório do tal princípio constitucional da protecção à família.

Isto era o que exigia o princípio da igualdade. Ao contrário, o princípio da liberdade exigia que o pai pudesse dispor, como queria Le Play, de todos os seus bens, tivesse liberdade de disposição, como acontece, em regra, nas legislações anglo-saxónicas.

Temos, aqui, como vêem, duas solicitações em sentido contrário: a solicitação do princípio da igualdade, pedindo a restrição da quota disponível, a solitação do princípio da liberdade, exigindo, ao contrário, o aumento da quota disponível. Mas, como, também, já dissemos, o princípio da igualdade prevalece, como se pode demonstrar, sôbre o princípio da liberdade.

Dêstes dois elementos da trilogia, considerados debaixo do ponto de vista da influência, o mais relevante em matéria de legislação civil, o que mais influência exerceu foi o da igualdade. Por conseguinte, entendo eu, a alteração a fazer é a alteração solicitada pelo princípio de igualdade e pela protecção à família.

Em conclusão, e para pôr um remate a êste capítulo, de tudo quanto lhes tenho dito verifica-se o seguinte:

1.º Que o direito corporativo está em marcha, e está em marcha não só nos Estados que adoptaram a organização corporativa, como a Alemanha, a Itália e Portugal, como até nos próprios Estados democráticos, como a França.

Até nos Estados democráticos, como a França e a Inglaterra, o direito corporativo se impõe, admitindo as associações operárias (porque o direito corporativo é um direito de profissão), admitindo os contratos colectivos de trabalho, obrigando o Estado, por vezes, para autorizar as suas disposições, a baseá-las nas próprias determinações dos sindicatos, etc., etc.

Um exemplo. Há anos, em França, quis estabelecer-se o descanso semanal. O Estado dispôs nesse sentido, mas baseando, autorizando a sua disposição com o que estava determinado pelo sindicato dos operários.

E outros exemplos lhes poderia oferecer.

2.º Este direito corporativo não é uma reacção contra os princípios democráticos; pelo contrário, é a continuação dêsses princípios.

Jaurés disse, como eu referi, na *Revue de Paris* poucos anos antes de morrer, que o socialismo era a continuação lógica e o programa íntegro, completo do individualismo. Eu direi, parafraseando Jaurès, que o corporativismo, longe de ser uma reacção contra a Democracia, é, antes, uma projecção dela.

3.º O direito civil, em virtude desta organização corporativa, perdeu a solenidade. Hoje, não há um Direito Civil uno para todo um país, mas sim um Direito Civil que tem estatutos diferentes conforme as corporações, conforme as profissões.

4.º Mas o direito corporativo não é um direito com características específicas, não é um direito diferenciado, é direito público e direito privado, ainda que possa parecer que é um Direito distinto dêste e daquele.

5.º Porque o direito corporativo está em marcha até nos próprios Estados que têm constituïções democráticas e não modificaram a sua constituïção no sentido corporativo e *a fortiori* entre nós, que já estamos há sete anos num regime

corporativo, impõe-se uma reforma dos estudos de Direito, criando, ao lado das cadeiras de princípios fundamentais do Direito Civil, Obrigações, Direitos de Família e Sucessões, um curso ou cadeira de Direito Operário (ou legislação do trabalho, ou direito de trabalho, ou legislação industrial), um curso ou cadeira de Direito Agrícola, um curso ou cadeira de Direito de locação, etc., alterando a organização clássica e a actual dos estudos do Direito Privado.

Não lhes falo promonorizadamente no outro elemento da triologia — a fraternidade. E' em virtude dela que a legislação civil deve protecção aos fracos; mas a protecção devida aos fracos já se estudou a propósito do princípio da igualdade.

Chegamos, assim, ao fim dêste capítulo do Direito.

DA PERSONALIDADE JURÍDICA

§ 1.º

35 — Conceito de relação jurídica.

— Os elementos apriorísticos da relação jurídica: sujeitos, objecto, facto jurídico e garantia.

— Distinção entre objecto da relação jurídica e objecto do direito.

— Coincidência do objecto da relação jurídica com a causa final da mesma.

— O facto jurídico e o acto jurídico.

— A garantia como elemento específico da relação jurídica.

— Quando se adquire capacidade jurídica.

— Interpretação da primeira parte do artigo 6.º do Código Civil.

Vamos entrar no estudo de um novo capítulo da nossa cadeira — o capítulo chamado da *personalidade jurídica* ou como também se pode dizer, da capacidade jurídica. Mas, como o sujeito do direito é um dos elementos da relação jurídica, tenho primeiramente de referir ao que devemos entender como *relação jurídica*. É certo que o estudo da relação jurídica devia ter sido feito antes da parte descritiva das instituïções, porque estas são outros tantos aglomerados formando espécies de relações jurídicas. Mas, por médoto e conveniência de estudo, reservei-me para estudar, nesta oportunidade, o assunto da relação jurídica, porque a ela me refiro sòmente como uma questão prévia, como uma questão subordinada ao assunto principal da personalidade jurídica.

Que vem a ser uma relação jurídica ? Já o dissemos em outra oportunidade : é uma relação dos homens, que vivem em sociedade tutelada e protegida pelo Direito.

Tôdas as relações sociais ascenderão ao gráu de relação jurídica ?

Se lerem o que sôbre relações jurídicas diz o prof. Cabral Moncada nas suas *Lições de Direito Civil*, podem talvez concluir que todas as relações da vida social ascendem ao gráu de relações jurídicas. Mas não é assim. Na esfera do normativo encontramos um normativo jurídico, um normativo ético, um normativo ético-religioso ; encontramos, em suma, diversas categorias de normativos. No entanto, de tôdas estar espécies só uma é que é normativo jurídico. Conseqüentemente, nem todos os factos sociais são factos jurídicos, nem tôdas as relações sociais são relações jurídicas.

O homem vive em sociedade ; é condição essencial da vida humana o viver em sociedade. Vivendo o homem em sociedade, tem de se sujeitar a certas normas, sem as quais prejudica o meio social em que vive e, conseqüentemente, se

prejudica a si próprio. Mas só umas certas normas que são mais relevantes são obrigatórias, têm a garantia do Estado, são essas que o homem tem de cumprir coactivamente ; só estas são jurídicas. O elemento específico do jurídico é exactamente êsse : a coacção, a obrigatoriedade, a garantia. Tôdas as outras normas — morais ou religiosas — são normas de conduta, é certo ; dizem respeito a relações sociais também, mas não têm coacção, a obrigatoriedade, a garantia do Estado : não são, pois, normas jurídicas.

Vivemos em sociedade ; é essa a nossa condição essencial ; conhecemos muitas pessoas da sociedade, mas nem por isso somos jurídicamente obrigados a cumprimentar, visitar ou mandar cartões de pêsames ou de parabens a tôdas as pessoas do nosso meio. Isto é : há relações sociais que não são impostas coactivamente; por conseqüencia, há relações socias que não são relações jurídicas. Só certas relações sociais de mais relêvo, de mais tômo, de mais importância é que são olhadas pelo Estado como essenciais, são impostas pelo estado — são relações jurídicas.

Do conceito que deixámos esboçado de relação jurídica — uma relação dos homens que vivem em sociedade tutelada e protegida pelo Direito — resultam os elementos constitutivos de tôda a relação jurídica, o primeiro dos quais é *o sujeito*

Se a relação jurídica é uma relação entre homens, de homem para homem, em tôda a relação jurídica há, por conseguinte, dois sujeitos: *o sujeito activo* e o *sujeito passivo*. Se a relação jurídica é uma relação de homens, êstes, quando a estabelecem, têm um certo interêsse ; estabelecem-na em virtude de uma causa ou determinados por um motivo. Por conseqüência, tôda a relação jurídica tem *objecto*. Se a relação jurídica é uma relação entre homens, essa relação provém de certos factos que estão na base da relação jurídica, factos, umas vezes, involuntários, outras vezes, queridos,

que se chamam, também actos, mas sempre factos, pois o *facto jurídico* é o género de que o *acto jurídico* é espécie O facto é outro elemento da relação jurídica. Sendo da essência do jurídico a imposição coactiva, a obrigatoriedade, a garantia do Estado, também na relação jurídica há este outro elemento: *a garantia*, a coacção ou a obrigatoriedade.

Portanto, por um raciocínio lógico, por um raciocínio *a priori*, podemos dizer que são elementos da relação jurídica os *sujeitos* (activo e passivo), o *objecto*, o *facto jurídico* (ou seja mera contingência ou seja um acto voluntário) e a *garantia*.

Em tôda a relação jurídica há, pelo menos, dois sujeitos — já o dissemos — e, pelo menos, um objecto, que é o interêsse que determina a relação jurídica. Convém no entanto fazer esta consideração: o objecto da relação jurídica não é a mesma coisa que o objecto do direito. O objecto da relação juridica é o interêsse ou a causa final da própria relação, em atenção à qual se estabeleceu, por cuja causa se entreteceu. O objecto do direito é alguma coisa mais material. Podemos dizer que o objecto do direito é a coisa sôbre que se exercem os poderes ou faculdades do sujeito do direito. Vamos exemplificar: Estabeleceu-se uma relação jurídica de compra e venda: *A* estabeleceu com *B* uma relação jurídica para *B* comprar um relógio. Qual é o objecto da relação jurídica? É a causa final dessa relação, é aquilo por causa do que se estabeleceu essa relação. A relação estabeleceu-se para que *A* recebesse o prêço do relógio e para que *B* recebesse o relógio. Isto é o objecto da relação jurídica, que também se chama, por vezes, *causa final*. Capitant tem um livro, cuja leitura lhes aconselho por ter interêsse, intitulado *La cause des obligations (A causa das obrigações)*: é a causa final, é o objecto da relação juridica.

Quando dizemos que são elementos essenciais do contrato a capacidade, o mútuo consenso e o objecto possível,

êste objecto é o objecto da relação jurídica contratual, por conseqüência, confunde-se com a causa final do contrato. Porque é que se fez o contrato de compra e venda, por ex.? Para que o vendedor recebesse o preço da coisa vendida, para que o comprador adquirisse a coisa vendida.

Isto é que é o objecto da relação. Mas o objecto do direito? Êsse é coisa diversa. O comprador tem um direito, o vendedor tem outro direito: o vendedor tem o direito de o comprador lhe entregar o preço, o comprador tem o direito de o vendedor lhe entregar a coisa. Qual será o objecto dêstes direitos? E', em última análise, a coisa sôbre que se exerce o poder, ou faculdade de cada um dos contraentes, do vendedor e do comprador. Que a relacção jurídica tem objecto diverso do objecto do direito — isso explica-se até porque, por vezes, há uma relação jurídica que não tem por fundamento a criação de direitos. Por vezes, há uma relação jurídica que tem por fundamento a defesa dum interêsse relevante, que pode ser, por ex., um direito de personalidade.

Os homens vivem em sociedade e, por êsse facto, têm uma posição estática na sociedade. Cada um dos homens que vivem em sociedade tem o direito de ver respeitada a sua existência e a sua liberdade. Ora, isto não são direitos, mas sim posições fundamentais do indivíduo que vive em sociedade, são interêsses relevantes.

Como vêem, é *a priori*, mas lógicamente, que da definição de relação jurídica se faz derivar os elementos constitutivos ou existentes numa relação jurídica: o sujeito, o objecto, o facto jurídico, a garantia.

A respeito de *facto jurídico* já lhes disse noutra oportunidade que há factos e actos jurídicos; há factos jurídicos e há factos voluntários jurídicos que designamos por actos jurídicos.

Há uns factos que são meras contingências de que re-

sultam direitos, de que emergem relações jurídicas: o nascimento, a morte e outras meras contingências. Mas também há factos voluntários ou actos voluntários de que resultam também relações jurídicas. Umas vezes, trata-se de meras contingências, outras vezes, trata-se de actos da vontade humana de que resultam também relações jurídicas. Há quem contraponha o *facto jurìdico* ao *acto jurídico voluntário* ou *acto jurìdico*. Há quem sistematize de outra maneira, supondo que o facto jurídico é o género de que o acto jurídico voluntário é uma espécie.

Exemplo de um facto jurídico, mera emergência, mera contingência : o nascimento, a morte, o decurso do tempo. De factos jurídicos voluntários também os Srs. conhecem muitos exemplos : qualquer contrato, qualquer acto da vontade humana que crie, altere ou extinga direitos.

Todos os elementos da relação jurídica estão contidos aprioristicamente na própria definição de relação jurídica, tal como, por ex. : a existência de três lados está contida no conceito do triângulo. Não podemos lògicamente conceber a existência duma relação jurídica sem que admitamos a existência de sujeitos de direito, objecto jurídico, facto jurídico e garantia.

Houve a pretensão nalguns escritores de conceberem existência de relações jurídicas sem sujeitos e relações jurídicas sem objecto. Por ex .. há uma herança jacente, há a vocação do nascituro a uma herança, há um título ao portador que foi abandonado. Pois Windscheid diz que essas e outras relações jurídicas são relações jurídicas sem sujeito activo.

E, se assim fôra, haveria uma contradição entre o que nós acabamos de dizer e esta doutrina : se em tôdas as relações jurídicas tem de haver sujeitos, como é que poderia haver relações jurídicas sem sujeito ? Se em tôdas as relações jurídicas tem de haver objecto, como é que poderíamos admitir uma relação jurídica sem objecto ?

Beeke e Ferrara, analisando bem o problema, concluíram que não havia falta de sujeito, que o que havia era obnubilação, interrupção da susceptibilidade da relação.

Suponhamos que foi chamado a uma herança um nascituro. Diz o art. 6.º do C. Civil :

«A capacidade jurídica adquire-se pelo nascimento; mas o indivíduo, logo que é procriado, fica debaixo da protecção da lei, e tem-se por nascido para os efeitos declarados no presente código».

Quere dizer: não há personalidade, não há susceptilidade de direitos e obrigações, não há capacidade jurídica antes do nascimento com vida e figura humana — diz o C. Civil. Portanto, se um nascituro, aquele que ainda não nasceu, é chamado a uma herança, como não tem personalidade, como ainda não é sujeito de direitos, pode parecer que existe uma relação jurídica sem sujeito activo.

Abandonou-se um título ao portador (é o exemplo de Windscheid); foi emitido um título ao portador. Pelo facto da emissão, o emissor assume a obrigação de o pagar ao portador. Mas, se o título foi abandonado ! Subsiste a obrigação do emissor; porém, como não há ninguém que possa dizer que a obrigação tem sujeito activo, pode parecer que é uma relação jurídica sem sujeito activo.

Mas tal não acontece. Como aquele que foi chamado à herança e ainda não nasceu, ainda é nascituro, aguarda-se, espera-se que nasça e, só quando houver nascido, é que êle é sujeito do direito, é que êle é titular do direito. Até aí o que há ? Até aí, o sujeito está obnubilado e aguarda-se que apareça.

O título ao portador foi abandonado e, enquanto êle está abandonado, enquanto não tem titular, o emissor não é obrigado. Quere dizer : interrompe-se a relação jurídica. Só

quando aparecer o novo portador, é que reaparece a relação jurídica.

Muitos escritores seguiram a referida doutrina de Windscheid; até eu, na *Construção jurídica da propriedade* comunguei inteiramente na mesma idea.

Tôda a relação jurídica tem um objecto. O homem tem direitos a defender de todos os outros homens—a sua existência, por ex.. Qual é o objecto desta relação jurídica? O homem? O homem é sujeito que não objecto. E' uma relação jurídica sem objecto diz-se. Não é tal.

Aqui não se trata de um direito, trata-se de um interêsse relevante, de uma posição e, por conseguinte, há um objecto na relação jurídica, como atraz dissemos que havia também um sujeito da relação jurídica nos casos apresentados.

Mas, o primeiro dos elementos lógicos, apriorísticos, essenciais da relação jurídica, sem o qual não se pode compreender a relação jurídica, vem a ser o sujeito do direito (e aqui nos ficamos no limiar do estudo da capacidade jurídica.

Dizer *sujeito de direito* é a mesma coisa que dizer *personalidade jurídica, susceptibilidade de direitos e obrigações, capacidade*, segundo o art.º 1.º do Código Civil que diz:

«Só o homem é susceptível de direitos e obrigações. Nisto consiste a sua capacidade jurídica ou a sua personalidade».

Note-se, porém, que o art.º 1.º tem defeitos de redacção: pode supor-se pelo art.º 1.º que nem todos os homens são susceptíveis de direitos e obrigações. No estado actual da civilização, porém, todos os homens são susceptíveis de direitos e obrigações, têm personalidade jurídica, têm capacidade jurídica. Não acontecia assim na cidade antiga, em Roma, por exemplo, onde nem todos os homens eram susceptíveis de direitos e obrigações, nem todos tinham uma *caput*, como então se dizia. Por conseqüência, no Código, onde se diz: «Só o homem é susceptível de direitos e obrigações», deve dizer-se antes: «Todo o homem é susceptível de direitos e obrigações».

O segundo defeito de redacção vem de poder parecer que pelo art.º 1.º só o homem individualmente considerado é susceptível de direitos e obrigações, quando a verdade é que também o homem colectivamente considerado, o homem agrupado com outros homens pode ter essa mesma susceptibilidade de direitos e obrigações. Quere dizer: ao lado das pessoas individuais, do homem que é susceptível de direitos e obrigações, há as pessoas colectivas, ou pessoas jurídicas, grupos de homens que representam interêsses, também susceptíveis de direitos e obrigações.

Aí têm o defeito da redacção do artigo 1.º.

Mas, como vêem, pelo artigo 1.º, assim interpretado como acabamos de fazer, todo o homem é susceptível de direitos e obrigações e a isso se chama a sua capacidade jurídica, a sua personalidade.

Se todos os homens são susceptíveis de direitos e obrigações, se todos os homens têm capacidade jurídica na sociedade moderna, o que é certo é que nem todos podem exercer os direitos de que são susceptíveis e, por isso, é conveniente distinguir entre *capacidade de gôzo* e *capacidade de exercício* de direitos.

Todos os homens têm capacidade de gôso de direitos, mas nem todos a têm de exercício de direitos.

Há uma certa categoria de indivíduos, de pessoas singulares (os menores, os interditos por demência, por prodigalidade) que não podem exercer os seus direitos.

Têm direitos, têm capacidade jurídica, são pessoas,—

o menor, desde que nasce até aos 21 anos, tem capacidade jurídica, — mas não podem exercê-los directa e imediatamente : têm de exercer os seus direitos por intermédio dos seus representantes, dos pais, dos tutores ou, no caso dos pródigos, por intermédio dos curadores.

Umas vezes, o individuo, a pessoa singular, a pessoa física tem direitos como todos e pode exercê-los directa e imediatamente, e então diz-se que tem capacidade de exercício ligada à capacidade de gôso, outras vezes tem direitos, porque todos os homens têm capacidade jurídica, mas não pode exercê-los, e então diz-se que anda separada a capacidade de gôso da capacidade de exercício.

A capacidade de gôso, nos termos do art. 6.º, adquire-se pelo nascimento. A capacidade de exercício só se atinge aos 21 anos, pela maioridade. Diz o art. 110.º:

«Só é tido por filho, para os efeitos legais, aquele de quem se prove, que nasceu com vida e com figura humana.»

Não basta que alguém nasça, segundo a doutrina obsoleta, velha, do nosso Código Civil. E' preciso que alguém nasça com vida e figura humana.

Eu chamei a esta doutrina obsoleta, anacrónica, porque se funda numa teoria científica segundo a qual da mulher podiam nascer monstros.

Na ciência moderna demonstra-se que da mulher só podem nascer seres humanos e não monstros. Portanto, da mulher não pode nascer ninguém que não tenha figura humana. Podem da mulher sair produtos taratológicos, mas hão-de ter figura humana.

E a censura que eu faço ao Código Civil a-propósito do artigo 110.º é mais acrimoniosa, ainda, ao legislador do decreto n.º 2 de 25 de Dezembro de 1910, a 2.ª Lei de Familia, que reproduziu no artigo 13.º aquela disposição do art.º 110.º. Ora, se o Código Civil já estava anacrónico, já tinha aquela disposição inadaptada aos ensinamentos da ciência

médica e antropológica, o decreto n.º 2 de 25 de Dezembro de 1910 merece mais censura, porque foi feito muito mais recentemente, quando os ensinamentos da ciência eram mais explícitos e mais claros, e, mais ainda, quando já tinham aparecido vários Códigos (o alemão no § 1.º, o suíço no art. 31.º, o brasileiro no art. 4.º) que repeliram aquela doutrina, que tinham assentado em que quem nasce duma mulher há-de ser um ente com figura humana.

Por conseqüência, podemos dizer: só é considerado filho quem nasce com vida e figura humana. Se o indivíduo nasce morto, não se considera filho, ainda mesmo depois da separação do ventre materno, isto é, ainda depois do nascimento.

Mas a 2.ª parte do artigo 6.º contém outro princípio. Embora o facto, o homem «in spe», se não tenha ainda separado do ventre materno, embora êle não tenha capacidade jurídica, no entanto a lei para certos efeitos protege-o. Não lhe atribue capacidade, mas apenas protecção. Por exemplo: pode fazer-se doação a um nascituro; instituí-lo herdeiro testamentário; quando, morrendo o pai, a mãi fica grávida, o Estado nomeia um tutor ao ventre, evidentemente para proteger o nascituro.

Quere dizer: o nascituro não tem capacidade jurídica: só a adquire depois da separação do ventre materno. No entanto (é êste o outro princípio do art.º 6.º), ainda mesmo quando está no ventre materno, ainda antes de nascer, êle tem a protecção da lei.

36—Interpretação da parte final do artigo 6.º do Código Civil.

—Factos e circunstâncias que determinam a medida da susceptibilidade de direitos e obrigações.

—O «status civitatis».

—Como se adquire a qualidade de cidadão português; o nascimento, o casamento, a naturalização.

—O que é a naturalização e quais são as condições exigidas para a naturalização do estrangeiro.

—Direitos do naturalizado cidadão português.

—Como se perde a qualidade de cidadão português.

—Naturalização individual e naturalização colectiva

Na última sessão, interpretámos a primeira parte do artigo 6.º do Código Civil e dissemos que a capacidade jurídica ou a susceptibilidade de direitos e obrigações da pessoa singular só se adquire pelo nascimento. E' o que diz a primeira parte do artigo 6.º.

Agora vamos interpretar a segunda parte dêsse artigo.

Não obstante a letra da segunda parte dêste artigo o que é certo é que ela não está em contradição com a primeira. Pelo facto de dizer que o indivíduo, pessoa singular, logo que é procriado, fica protegido pela lei, nem por isso se quere dizer que a capacidade jurídica surja antes do

nascimento, da separação do ventre da mãi. O que a segunda parte do artigo 6.º significa, e que já era ensinado no Digesto, está expresso no seguinte aforismo jurídico: «nasciturus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur»,(1) é que a lei, em certas circunstâncias, para alguns efeitos, protege o nascituro.

Não quere dizer que lhe dê capacidade jurídica; não quere dizer que o considere pessoa jurídica; quere dizer apenas que o nascituro, às vezes, é protegido pela lei. E vem a propósito esclarecê-los sôbre o seguinte: a segunda parte do artigo 6.º contém uma excepção, porque a regra geral é que só pelo nascimento se adquire a capacidade jurídica; e, como se trata de uma disposição excepcional, como se trata de benefícios concedidos pela lei, algumas vezes, ao nascituro, é necessário que a lei consagre expressamente esses benefícios, é necessário que a lei expressamente diga quando é que o nascituro é protegido pela lei, e só nesses casos é que a lei concede benefícios ao nascituro.

Tais são os casos dos artigos 1479.º, 1776.º, 1867.º e 157.º do Código Civil.

O art.º 1479.º diz: «*Os nascituros podem adquirir por doação, contanto que estejam concebidos ao tempo da mesma doação, e nasçam com vida.*»

Como vêem, a lei nessa disposição concede que o legislador beneficie o nascituro, isto é, o que ainda não nasceu, com uma liberdade, contanto que nasça com vida.

O art.º 1776.º diz: «*Só podem adquirir por testamento as criaturas existentes, entre as quais é contado o embrião.*

§ *único. Reputa-se existente o embrião, que nasce*

(1) O nascituro é considerado nascido tôdas as vezes que se trate dos seus interêsses.»

com vida e figura humana dentro de trezentos dias, contados desde a morte do testador.»

O art.º 1867.º: «*São proïbidas as substituïções fideicomissárias em mais de um grau.*

São proïbidas para o futuro as substituïções fideicomissárias, excepto:

1.º Sendo feitas por pai ou mãi nos bens disponíveis, em proveito dos netos, nascidos ou por nascer;

2.º Sendo feitas em favor dos descendentes, em primeiro grau, de irmãos do testador.»

Citei êste artigo porque a disposição do decreto 19.129 amplia, não restringe, o disposto na redacção primitiva. Por conseqüência, devemos entender que são permitidas as substituïções fideicomissárias num grau, quando são feitas pelo pai ou pela mãi em benefício dos netos nascidos ou por nascer.

O art. 157.º diz: «*Se, ao tempo da morte do marido, a mulher ficar grávida, fará constar dentro de vinte dias, ou logo que conheça a gravidez, o seu estado ao juiz dos órfãos competente, para que êste nomeie curador ao ventre, que tome provisòriamente conta dos bens que houverem de pertencer ao nascituro.*

§ *único. Esta curatela dura só enquanto durar a gestação.*»

Que tivessem de pertencer — note se.

Ora, todos êstes artigos significam ou querem significar isto: o nascituro não é sujeito de direito, não tem capacidade jurídica; mas a lei permite liberdade, para a hipótese de êle vir a nascer com vida ou, como diz o nosso Código, com vida e figura humana. Se nascer com vida e figura humana, as liberdades são válidas; se não, é como se a liberalidade não tivesse sido feita.

Por conseqüência, êsses benefícios da lei são eventuais, feitos sempre sob a condição: *se nascer com vida e figura humana*. Por isso, continuamos a afirmar a nossa tese; a capacidade jurídica, a personalidade, começa com o nascimento, com a separação do indivíduo do ventre materno; e, quando a lei — e é preciso que expressamente o declare — concede benefícios aos nascituros, quando a lei protege de modo especial os nascituros, só o faz eventualmente, com a condição de eles nascerem com vida e figura humana, porque só então é que se tornam sujeitos do direito.

Mas, assim como só com o nascimento, com a separação do ventre materno, é que aparece a personalidade jurídica, também esta só com a morte desaparece. Um indivíduo nasce: fica pessoa jurídica, fica susceptível de direitos e obrigações enquanto a vida durar, e só deixa de o ser com a morte natural.

No direito romano podia haver uma *capitis deminutio*, isto é, perda de personalidade, ainda em vida da pessoa. Hoje, porém, enquanto dura a vida dum indivíduo, dura a sua personalidade jurídica. Na vigência do Código Civil ainda o indivíduo podia ficar sem poder exercer os seus direitos, quando tinha certas condenações capitais; mas isso foi modificado pela novíssima Reforma Penal de 1884, que foi depois introduzida no Código Penal actual, que é de 1886.

E, hoje, repito, só pela morte do indivíduo é que se perde a personalidade jurídica.

Mas o que lhes acabo de dizer, isto é, que a personalidade jurídica surge com o nascimento e só acaba com a morte natural, não é bastante para se aquilatar da susceptibilidade de direitos das pessoas singulares.

Regra geral, a pessoa singular, porvirtude do nascimento, adquire personalidade jurídica.

Qual é, porém, a medida dessa capacidade? Para a determinarmos, precisamos de saber, primeiro, a nacionalidade política (*a cidadânia* lhe chamam os brasileiros), e, depois, o *status familiae*, isto é, o estado civil pròpriamente

dito, porque tanto uma coisa como outra são relativas á capacidade de gôso ; e, para determinarmos a capacidade de exercício de direitos, o quanto de exercício de direitos que pode ter uma pessoa jurídica, ainda é preciso atender aos factos do domicílio, da idade, do sexo, à existência ou não de certas doenças e à falência. E só depois de conhecermos todos êstes elementos, o que vamos fazer nêste último capítulo, é que podemos concretamente precisar a susceptibilidade de direitos de cada pessoa jurídica, isto é, a medida dos direitos de cada pessoa.

De maneira que a primeira das posições do indivíduo, que temos de conhecer, para determinar a sua susceptibilidade de direitos e obrigações, é a posição dele perante o Estado, porque, com efeito, nem todos os indivíduos, nacionais ou estrangeiros, têm os mesmos direitos.

Embora o art. 26.º do Código Civil e o art. 7.º do Código Comercial digam que os estrangeiros são equiparados aos nacionais em direitos e obrigações. tal não acontece, porque há desigualdade entre estrangeiros e nacionais. Os estrangeiros são feridos de certas incapacidades.

Os estrangeiros, por vezes, estão sujeitos a um regime de reciprocidade, isto é, o Estado português só concede, em certas matérias, aos estrangeiros, os direitos que o país dêles concede aos portugueses; outras vezes, estão sujeitos a condições especiais para a aquisição de certos direitos.

Quere dizer: não obstante o que dizem os arts. 26.º do Código Civil e 7.º do Código Comercial, a verdade é que há desigualdade de direitos entre nacionais e estrangeiros, desigualdade a que se refere o art. 17.º do Código Civil que diz:

«*Só os cidadãos portugueses podem gosar plenamente de todos os direitos, que a lei civil reconhece e assegura*».

Disse, há pouco, que umas vezes os estrangeiros estão sujeitos a certas incapacidades.

Assim o preceituam os artigos 1966.º e 2492.º:

Art. 1966.º:

«*Não podem ser testemunhas, abonadores ou intérpretes, em testamento*:

1.º Os estrangeiros; etc».

Art.º 2492.º:

«*Não podem ser testemunhas em actos entre vivos aquelas pessoas que não o podem ser em actos de última vontade, em conformidade do art.º 1966.º*».

Portanto, os estrangeiros são feridos de certas incapacidades: não podem ser testemunhas nem em testamentos nem em actos entre vivos.

Outras vezes, a lei sujeita-os a um critério de reciprocidade: dá-lhes direitos, na medida em que o Estado respectivo os concede aos portugueses.

Veja se, por exemplo, o art 578.º que dispõe:

«*E' equiparado aos autores portugueses o escritor estrangeiro, em cujo país o autor português for equiparado aos nacionais*».

Outras vezes, a lei portuguesa exige condições especiais ao estrangeiro para lhe conferir certos direitos.

Por ex.: só podem ser concedidas terras nas Colónias ao estrangeiro, diz um decreto de 1901, em condições diversas das exigidas aos cidadãos portugueses. Diz outro decreto, de Dezembro de 1914: só pode ser feita uma concessão de energia eléctrica nas colónias aos estrangeiros em condições diversas das exigidas aos nacionais. Diz, por ex., o Acto de Navegação de Julho de 1863: os estrangeiros não podem ter navios em Portugal nem podem entregar-se à indústria da pesca.

Por conseqüência, é preciso saber se o indivíduo é nacional ou estrangeiro, para determinarmos a sua susceptibi-

lidade de direitos. E, porque assim é, temos de saber como é que se adquire e perde a qualidade de cidadão português, a cidadânia portuguesa.

Há tres factores de aquisição da nacionalidade portuguesa: nascimento, casamento e naturalização.

Diz o art. 18.°:

«*São cidadãos portugueses:*

1.° Os que nascem em território português de pai português ou de mãi portuguesa sendo filhos ilegítimos;

2.° Os que nascem em território português de pai estrangeiro, contanto que êste não esteja ao serviço da sua nação, salvo se declararem, por si, sendo maiores ou emancipados, ou pelos seus legítimos representantes, sendo menores, que não querem ser portugueses;

3.° Os filhos de pai português, ainda que êste haja sido expulso do território português, e os filhos ilegítimos de mãi portuguesa, nascidos em país estrangeiro, que vierem estabelecer domicílio no território português, ou que declarem por si, sendo maiores ou emancipados, ou pelos seus legítimos representantes, sendo menores, que querem ser portugueses;

4.° Os que nascem em território português de pais incógnitos ou de nacionalidade desconhecida;

5.° Os que nascem em território estrangeiro de pai português, que ali resida ao serviço da nação portuguesa;

6.° A mulher estrangeira que casa com cidadão português;

7.° *Os estrangeiros naturalizados.*

§ 1.° A declaração exigida no n.° 2.° será feita perante a municipalidade da respectiva residência; e a exigida no n.° 3.° será feita perante os respectivos agentes consulares portugueses ou perante a competente autoridade estrangeira.

§ 2.° *O menor, chegado à maioridade ou sendo eman-*

Nos cinco primeiros números trata-se do factor *nascimento* como causa de aquisição da nacionalidade portuguesa. No número sexto trata-se do factor *casamento*: a mulher estrangeira que casa com cidadão português adquire a nacionalidade portuguesa. No numero sétimo trata-se do factor de aquisição da nacionalidade portuguesa chamado *naturalização*.

Na legislação comparada há dois sistemas diversos de aquisição da nacionalidade por nascimento; o sistema do *jus sanguinis* e o do *jus soli*; e, em terceiro lugar, há um sistema eclético, mixto do *jus sanguinis* e do *jus soli*, com o predomínio ora dum critérioora doutro.

Em regra, nos países de imigração, países que precisam de aumentar a sua população, segue-se o critério do *jus soli*; nos países já velhos, países de emigração, segue-se o critério do *jus sanguinis*. O Código Português seguiu o sistema eclético, mixto do *jus sanguinis* e do *jus soli*, mas deu preferência ao *jus soli* sôbre o *jus sanguinis*.

O art. 18.°, nos seus três primeiros n.°s, segue o critério do *jus soli* e no 4.° e 5.° o do *jus sanguinis*; mas, se bem analisarmos êste artigo, verificamos que predomina no nosso sistema eclético o critério do *jus soli* sôbre o do *jus sanguinis*, porque a maior parte dos indivíduos, segundo o citado art., são portugueses porvirtude do nascimento na terra portuguesa.

O n.° 7.° já fala na naturalização.

A naturalização é um acto de graça do govêrno, pelo qual o Estado concede a nacionalidade portuguesa aos estrangeiros que estejam em certas condições. Nenhum estrangeiro tem o direito a ser cidadão português; mas o govêrno português pode conceder a estrangeiros o serem cidadãos portugueses.

O art.° 19.° diz quais são as condições a que deve satisfazer o estrangeiro para ser naturalizado português:

«O Govêrno poderá conceder carta de naturalização aos estrangeiros que a requeiram na câmara municipal da sua residência e que se encontrem nas condições seguintes:

1.ª Serem maiores ou havidos por maiores, tanto pela lei portuguesa como pela lei do seu país;

2.ª Poderem grangear salários pelo seu trabalho ou tendo outros meios de subsistência;

3.ª Terem residido três anos, pelo menos em território português;

4.ª Estarem livres de qualquer responsabilidade penal;

5.ª Terem cumprido as leis do recrutamento militar do seu país.

§ 1.º A assinatura da petição a que se refere êste artigo carece de reconhecimento autêntico.

§ 2.º A condição 3.ª não é exigível aos descendentes de sangue português que vierem domiciliar-se no País, e pode ser dispensada ao estrangeiro, casado com mulher portuguesa, e àquele que tenha prestado ou seja chamado a prestar à Nação algum serviço relevante, que justifique a dispensa.

§ 3.º A condição 4.ª prova-se por certificado do país do individuo estrangeiro que pretender naturalizar-se cidadão português, e por certificado do seu registo criminal em Portugal.

§ 4.º Além dos documentos mencionados, só poderão ser exigidos os que o forem por tratado ou convenção entre Portugal e o país do que pretender naturalizar-se

§ 5.º Os documentos não estarão sujeitos às disposições da lei do sêlo, e poderá o Govêrno dispensá-los, substituindo-os por informações das estações, autoridades ou funcionários competentes.

Algumas dessas condições são dispensadas,

O ter residido em Portugal, por exemplo, é condição dispensada ao descendente de sangue português.

Não obstante o naturalizado ficar sendo cidadão português, não fica, contudo, absolutamente equiparado ao nacional de origem, como dispõe o art. 20.º. (1)

Também se perde a nacionalidade portuguesa nos termos do art. 22.º, por naturalização, pelo casamento, pela aceitação de mercê, condecoração ou ofício público do estrangeiro sem autorização do govêrno português e pela expulsão por sentença enquanto durarem os efeitos desta.

E' a doutrina do art. 22.º. (2)

---

(1) Art. 20.º «O estrangeiro naturalizado não poderá exercer funções públicas de qualquer natureza, nem exercer funções de direcção ou fiscalização em sociedades ou outras entidades, dependentes do Estado por contrato, ou por êle subsidiadas, enquanto não decorrerem dez anos, pelo menos, após a data da sua naturalização.

§ único. Durante êste mesmo prazo o estrangeiro naturalizado estará sujeito, quanto à aquisição e posse de bens, às mesmas restrições que existirem para os estrangeiros».

(2) Art. 22.º «Perde a qualidade de cidadão português:

1.º O que se naturaliza em país estrangeiro. Pode porém recuperar essa qualidade, regressando ao reino com ânimo de domiciliar-se nele, e declarando-o assim perante a municipalidade do lugar, que eleger para seu domicílio;

2.º O que sem licença do Govêrno aceita funções públicas, graça, pensão ou condecoração de qualquer govêrno estrangeiro. Pode contudo rehabilitar-se por graça especial do Govêrno;

3.º O expulso por sentença, enquanto durarem os efeitos desta;

4.º A mulher portuguesa que casa com estrangeiro, salvo se não fôr, por êsse facto, naturalizada pela lei do país de seu marido. Dissolvido porém o matrimónio, pode recuperar a sua antiga qualidade de portuguesa, cumprindo com o disposto na 2.ª parte do n.º 1.º dêste artigo.

§ 1.º A naturalização em país estrangeiro, de português, casado com portuguesa, não implica a perda da qualidade de cidadão portu-

Mas ainda aqui se verifica que o nosso legislador deu preferencia ao critério do *jus soli*, e não ao de *jus sanguinis*, pois a mulher que casa com um estrangeiro, aquele que recebeu mercê, condecoração ou ofício público do estrangeiro, em suma; aquele que perdeu a nacionalidade portuguesa, pode readquiri-la voltando a domiciliar-se, a viver em Portugal.

Acabaram de ver a influência que tem na susceptibilidade de direitos e obrigações a cidadânia, a nacionalidade política, isto é, o ser português ou estrangeiro; acabam de vêr quem é português pelo nascimento, pelo casamento e pela naturalização (art. 18.º); acabam de ver o condicionamento preciso para alguém se naturalizar português (art. 19.º); acabam de ver que o naturalizado não é absolutamente equiparado em direitos ao português de origem (art. 20.º); acabam de ver como é que se perde a nacionalidade portuguesa: por naturalização no estrangeiro, por aceitar benefício ou honra do govêrno estrangeiro sem autorização do govêrno português, pelo casamento com estrangeiro e pela expulsão por sentença (art. 22.º).

A respeito da naturalização, o nosso Código Civil aceita o critério da naturalização individual, oposto ao critério da naturalização colectiva.

Há legislações em que só o naturalizado, ainda que seja casado e tenha filhos perde a qualidade de cidadão português, continuando, porém, a mulher e os filhos com a

---

guês, em relação à mulher; salvo se ela declarar, que quere seguir a nacionalidade de seu marido.

§ 2.º Da mesma forma a naturalização em país estrangeiro de português, ainda que casado com mulher de origem estrangeira, não implica a perda da qualidade de cidadão português em relação aos filhos menores, havidos antes da naturalização; salvo se êstes depois da maioridade ou emancipação declararem, que querem seguir a nacionalidade de seu pai».

nacionalidade portuguesa (naturalização individual); ao passo que noutras legislações a naturalização do chefe de família faz perder a nacionalidade tanto à mulher como aos filhos menores (naturalização colectiva).

Qual é o critério preferido?

Debaixo do ponto de vista familiar, pois que a unidade da família é absolutamente recomendável e é inconveniente para a família o facto de membros seus pertencerem a várias nacionalidades, é defensável a naturalização colectiva. Mas a lei portuguesa, porvirtude de querer defender a cidadânia portuguesa, admitiu o critério da naturalização individual. Por conseqüência, como dissemos, se um chefe de família português se naturaliza estrangeiro, a sua mulher e os filhos menores continuam portugueses.

Na próxima lição, vamos tratra do *status familiae*, do estado proveniente da posição que um indivíduo tem na família, e já os Srs. verificaram pelo que acabo de dizer o seguinte:

No Direito Romano, o *status civitatis* e o *status familiae* eram pressupostos fundamentais para a *caput*.

Ninguém tinha capacidade jurídica, se não fôsse cidadão romano e se não pertencesse a uma família.

No direito moderno não é assim. O *status civitatis* e o *status familiae* são importantes para se determinar a medida de capacidade de cada indivíduo; mas os indivíduos, ainda que não tenham *status civitatis*, cidadânia portuguesa, e ainda que não tenham o *status familiae*, têm todavia capacidade jurídica. O facto de serem portugueses aumentalhes a capacidade jurídica; a posição na família dá-lhes também direitos: mas, ainda que não tenham *status civitatis* e *status familiae*, têm, não obstante, *caput*, são pessoas jurídicas.

37—Conceito de «status familiae».

—Influência do «status familiae» na medida dos direitos do indivíduo.

—Conceito de parentesco.

—Espécies de parentesco e cômputo dêste segundo o direito civil e segundo o direito canónico.

—Natureza jurídica do direito ao nome.

—Conceito de domicílio e conceito de residência; relação entre um e outro.

—Domicílio voluntário e necessário.

—Casos de domicílio necessário.

—Domicílio geral e especial.

Depois do *status civitatis*, como posição que é relevante em matéria de capacidade jurídica, vem a posição que o indivíduo tem na família. Conforme tem esta ou aquela posição, conforme é solteiro, casado, divorciado ou viúvo, pai ou filho, assim varia o quanto dos direitos de que goza o indivíduo. Vejamos que assim é.

O homem casado não pode alienar bens imobiliários sem outorga da mulher — diz o art. 1191.º do Código Civil.

«*Não é lícito ao marido alienar bens imobiliários, nem estar em juízo por causa de questões de propriedade, ou posse de bens imobiliários, sem outorga da mulher.*

§ 1.º Esta outorga pode ser suprida judicialmente, se a mulher a recusar sem justo motivo, ou se estiver impossibilitada para a dar.

§ 2.º As alienações, porêm, dos bens próprios feitas pelo marido, contra a disposição dêste artigo, só podem ser anulados a requerimentos da mulher ou de seus herdeiros achando-se o marido constituído em responsabilidade para com ela, ou para com êles, e não tendo outros bens pelos quais responda.

§ 3.º Se as ditas alienações forem de bens comuns, a mulher, ou os seus herdeiros, ou os herdeiros legítimos do marido, poderão, em todo o caso, requerer que sejam anulados».

Se o indivíduo é solteiro e maior, claro que pode alienar livremente os seus bens; mas, se é casado, não pode alienar bens imobiliários sem outorga da mulher.

E o artigo 1104.º que diz: «*A mulher não pode privar o marido, por convenção ante-nupcial, da administração dos bens do casal; mas pode reservar para si o direito de receber, a título de alfinetes, uma parte dos rendimentos de seus bens, e dispor dela livremente, contanto que não exceda a têrça dos ditos rendimentos líquidos*».

A mulher casada tem o direito de ser alimentada pelo marido, ainda depois da morte dele. E' o que se chama *direito de apanágio*. Com efeito, diz o artigo 1231.º: «*Fôsse qual fôsse o contrato do dissolvido casamento, o cônjuge, que, por morte do outro, se achar sem meios de subsistência, terá direito a ser alimentado pelos rendimentos dos bens deixados pelo falecido, sejam de que natureza forem.*

§ único. Esta disposição não abrange os bens, de que o cônjuge falecido tenha sido mero usufrutuário.

E diz o art. 1784.º que «Entende-se por legítima a porção de bens que o testador não pode dispor, por ser aplicada pela lei aos herdeiros em linha recta descendente ou ascendente.

§ único. Esta porção consiste em metade dos bens do testador, salvo a disposição dos artigos 1785.º n.º 2.º, e 1787.º.

Por conseqüência, o ter a posição de pai restringe os direitos.

Os parentes devem alimentos uns aos outros — art. 171.º

Portanto, a posição que o indivíduo tem na família, a qualidade de solteiro, casado, divorciado ou viúvo, de pai ou de filho, de parente, influe na determinação da medida dos direitos e obrigações de cada um. A posição dos indivíduos na família donde emergem estados e capacidades é o que se chama o *status familiae*.

Claro é, como já dissemos a respeito do *status civitatis*, que o *status familiae* não é fundamental para a susceptibilidade de direitos e o obrigações, para a capacidade jurídica, mas influe, como vêem, na determinação da medida dos direitos e obrigações de cada um.

Temos, por conseqüência, necessidade de saber o que se entende por *parentesco* e que espécies há de parentesco.

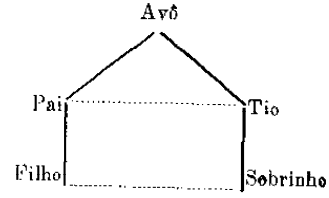
O parentesco é a relação que o indivíduo tem com outros que descendem do mesmo tronco ou que descendem uns dos outros.

Há parentesco em linha recta, que é o parentesco que existe entre os indivíduos que descendem uns dos outros, e parentesco em linha transversal, que é aquele que existe entre os indivíduos que descendem dum tronco comum.

Um grande parentesco forma o que se chama uma linha de parentesco e as linhas é que são rectas e transversais: a linha recta pode ser descendente ou ascendente, conforme a posição de quem conta o parentesco. Se se conta de cima para baixo, diz se linha recta descendente, se se conta de baixo para cima, diz-se linha recta ascendente.

Por exemplo: o neto é parente em linha recta do avô, do pai, do bisavô. Mas êstes gráus de parentesco — filho, pai, avô, bisavô — constituem uma linha ascendente ou descendente?

Conforme a posição que se tomar: se se conta do bisavô para o bisneto, é uma linha recta descendente; se se conta do bisneto para o bisavô, é uma linha recta ascendente.



Isto são noções legais que os Srs. encontram nos artigos 1973.º e seguintes que dizem: (1)

(1) Art. 1973.º: «Cada geração forma um gráu, e a série dos gráus constitue o que se chama linha de parentesco».

Art. 1974.º: «A linha diz-se recta ou transversal; a recta é constituída pela série dos gráus entre pessoas que descendem umas das outras; a transversal é constituída pela série dos gráus entre pessoas que não descendem umas das outras, bem que procedam de um progenitor ou tronco comum».

Art. 1975.º: «A linha recta é ou descendente ou ascendente: descendente, quando se considera como partindo do progenitor para o que dele procede; ascendente, quando se considera como partindo do que procede para o progenitor».

Art. 1976.º: «Na linha recta, os gráus contam-se pelo número de gerações, excluindo o progenitor».

Art. 1977.º: «Na linha transversal os gráus contam-se pelo número de gerações, subindo por uma das linhas ao tronco, e descendo pela outra, mas sem contar o progenitor».

«Tot sunt gradus, quot generationes, demplo stipite» dizia-se no Direito romano. Isto é: são tantos os gráus quantas as gerações menos o tronco comum.

E' assim no Direito Civil — no Direito canónico não se conta, porém, assim.

O direito civil herdou o modo de contar do direito civil romano, ao passo que o direito canónico adoptou o modo de contagem do direito germânico. E no direito canónico é assim: são tantos os graus, quantas são as parentelas, então conta-se a geração de mais gráus e diz-se: «atinente a tal», «3.° atinente a 2.°, 2.° atinente a 1.°».

Por exemplo: *A* é parente de seu tio em 2.° grau atinente a 1.°.

Dois irmão são parentes em 2.° gráu, segundo o computo civil; mas são parentes em 1.° grau, segundo o computo canónico, e porquê? porque há só uma parentela entre os irmãos. Só se conta de um lado.

As linhas tracejadas na figura são parentelas.

E, por virtude do *status familiae*, ainda por virtude da susceptibilidade de direitos e obrigações dum modo geral, que têm todos os indivíduos, precisamos de os designar.

Não se designam os indivíduos por números, como os soldados, na caserna, mas sim por *nomes*.

O nome é constituído pelo *nome próprio* e pelos *apelidos*. Os apelidos são tirados à família, mas o nome é dado ao indivíduo pelo pai, pelos padrinhos ou, quando não apareça pai nem padrinhos a dar o nome, pelo próprio oficial do registo civil, no acto do registo.

O nome, por conseqüência, depende de escolha, os apelidos dependem da família.

Depois, pelo casamento, a mulher também adopta o apelido do marido.

Pois, por causa da posição de cada um na família e, dum modo geral também, repito, por causa da susceptibilidade de direitos e obrigações, temos necessidade de indicar os indivíduos por um nome e por apelidos. E cada indivíduo tem direito a um certo nome. Houve quem dissesse que cada indivíduo tinha o direito de propriedade ao seu nome, contudo, o direito ao nome faz parte da personalidade, é um *direito de personalidade*. Tem-se direito ao nome como à existência, à liberdade, etc.

E para cada pessoa defender e tutelar o seu direito ao nome, pode servir-se de uma acção que tenha por fim proïbir que outro indivíduo use o seu nome.

Mas o direito ao nome, além de estar sujeito a uma tutela jurídica, pode também ser protegido por uma tutela administrativa e, também, por uma tutela penal.

Já vimos que o *status civitatis* e o *status familiae* são necessários, mais que nenhuns outros factos, para determinar o quanto de direitos que cada um de nós tem. Mas há outros factos que também são relevantes para a medida do exercício de direitos, e vamos ocupar-nos, antes de mais, do *domicílio*.

O domicílio é relevante para o exercício dos direitos e para o cumprimento das obrigações.

Com efeito, diz-nos o art. 40.°. «*O exercício dos direitos, e o cumprimento das obrigações civis, são determinados, em diversos casos previstos na lei, pelo domicílio do cidadão*».

O *domicílio* é uma relação de direito ao passo que a *residência* é uma relação de facto.

O art. 41.° define *domicílio* como sendo o lugar onde o cidadão tem a sua residência permanente.

O legislador parte do simples acto «residência» para chegar à relação jurídica «domicílio».

Um indivíduo tem domicílio onde tem a sua residência permanente.

Há, todavia, diferença sensível entre *domicílio* e *residência*; e pode acontecer, muitas vezes acontece, que o indivíduo tem residência numa localidade e domicílio noutra.

Suponhamos um professor de instrução primária numa escola de Lisboa que tenha a sua residência na Amadora. Como o funcionário púbico tem domicílio necessário, no lugar onde exerce a sua função pública, êle terá domicílio em Lisboa, mas a sua residência é, evidentemente, na Amadora.

De maneira que aquele facto da residência de que partiu o legislador para chegar à relação jurídica domicílio nem sempre nos dá o conceito dêste; acontece cada vez mais isto, sobretudo, hoje, em que há tamanhas facilidades de comunicações e transporte de pessoas.

Antanho, um indivíduo era obrigado a residir onde tinha o centro da sua actividade. Um funcionário público tinha que viver em Lisboa, se exercia a sua função pública em Lisboa. Mas, hoje, as condições materiais da vida mudaram; hoje, há uma facilidade grande de comunicações; hoje, por meio de aeroplanos, pode-se vir em poucos minutos do Porto ou de Coimbra a Lisboa, e, com o decorrer do tempo, bem pode acontecer que um funcionário público de Lisboa tenha a sua residência no Porto, em Coimbra ou em Aveiro. Hoje, mais que nunca, é preciso distinguir entre *residência* e *domicílio*.

De maneira que o domicílio será o lugar onde alguém exerce a sua actividade — o centro da sua actividade.

A legislação cria uma certa relação jurídica entre o centro de actividade de alguém e o exercício de certos direitos e o cumprimento de certas obrigações.

No Código Civil italiano, que entrou em vigor em 1 de Julho de 1939, já se faz distinção, como aliás no nosso Código Civil, mas distinção para o efeito do exercício de direitos e do cumprimento de obrigações, entre *residência* e *domicílio*. E, com verdade, já devem ter verificado, e estão agora a constatar mais uma vez, que com o estado actual de comunicações, com a facilidade presente de transportes, é fácil ter-se o centro de actividade num sítio diverso daquele onde se vive, onde se tem a família e o lar.

Por conseqüência, aquela definição do artigo 41.º — domicílio é o lugar onde o cidadão tem a sua residência permanente — é uma definição que, mais do que nunca, precisa de ser modificada.

Domicílio é o lugar que alguém escolhe para centro da sua actividade: porque muitas vezes acontece que se tenha a residência permanente num sítio e o centro de actividade noutro.

O domicílio — diz o art. 42.º — pode ser voluntário ou necessário.

Exemplos de domicílio necessário estão referidos pelo Código nos arts. 50.º, 51.º, 52.º, 53.º que nos dizem:

Art. 50.º: «*Os maiores ou os menores emancipados, que servem ou trabalham habitualmente em casa de outrem, teem por domicílio o da pessoa a quem servem, se com ela habitarem, salvo o que fica disposto nos dois artigos precedentes*».

Art. 51.º: «*Os empregados públicos, que exercem os seus empregos em lugar certo, teem domicílio necessário. O domicílio é determinado pela posse do emprêgo, ou pelo exercício das respectivas atribuições.*

§ *único. Não sendo o emprêgo exercido em lugar certo, aplicar-se-ão as disposições do capítulo antecedente, para determinar o domicílio do empregado*».

Art. 52.º: «*Os militares arregimentados têm domicílio no lugar, onde o corpo a que pertencem está de guarnição. Os militares não arregimentados têm domicílio no*

lugar onde estão de serviço, se não tiverem algum estabelecimento ou morada permanente; porque, nêsse caso, aí será o seu domicílio.

§ único. Os marítimos com praça na armada têm domicílio em Lisboa. Os que pertencerem à tripulação de navios de comércio, ou de barcos costeiros, têm domicílio nas povoações a que pertencem os ditos navios ou barcos, se por outra causa não tiverem domicílio diferente».

Art. 53.º: «*Os condenados a prisão, destêrro ou degrêdo têm por domicílio o lugar onde estão cumprindo a pena imposta; excepto no que respeita às obrigações contraídas antes do delito, em relação às quais conservam o antigo domicílio, se porventura o tinham.*

§ 1.º Os réus condenados, enquanto não foram transferidos para o lugar onde houverem de cumprir a pena, terão por domicílio o lugar onde se acharem retidos.

§ 2.º A mulher, e os filhos do condenado a degrêdo, que não o acompanharam para o lugar do cumprimento da pena, não têm por domicílio o do marido e do pai, mas o seu próprio, em conformidade das regras estabelecidas nos artigos antecedentes».

O domicílio voluntário é o que depende da residência que cada um escolhe segundo o seu arbítrio. Domicílio necessário é o que depende do exercício de certas profissões ou de certas ocupações a que a lei atribue domicílio fixo.

Ainda o domicílio pode ser geral e particular ou especial como nos preceitua o artigo 46.º que diz:

«*Os cidadãos podem estipular domicílio particular, para o cumprimento de actos determinados, que a lei não haja sujeito a certo domicílio, fazendo-o por documento autêntico ou autenticado; não podem, porém, deixar essa escolha a arbítrio de outrem.*

§ único. Falecendo algum dos estipulantes, a convenção conserva os seus efeitos, em relação aos herdeiros, não tendo havido declaração em contrário».

Domicílio geral é, pois, aquele que o cidadão tem para o exercício dos seus direitos e para o cumprimento das suas obrigações, na generalidade dos casos. Domicílio particular ou especial é o que o cidadão escolhe para o cumprimento de certos actos. Por ex.: eu faço um contrato de fornecimento com um comerciante e faço exarar na escritura que as questões emergentes dêste contrato são derimidas na comarca de Lisboa. Escolhi um domicílio especial ou particular.

Quere dizer: os direitos e obrigações resultantes daquele contrato, se porventura fôrem discutidos, se houver diferendo sôbre êles, a acção há-de ser proposta na comarca de Lisboa, na comarca escolhida. Isto é, para o exercício daqueles direitos e para o cumprimento daquelas obrigações, eu escolhi um domicílio especial.

O domicílio especial — diz o mesmo artigo — deve ser estipulado por documento autêntico ou autenticado.

Isso tem dado e continua a dar origem a muitas discussões. Por exemplo, na apólice de um seguro a companhia seguradora costuma estabelecer numa cláusula o seguinte: «para as questões emergentes dêste contrato será competente o domicílio, em regra, a sede da companhia».

Mas a apólice é um documento autêntico? Não. Poderia fixar-se por aquela cláusula a competência dum certo tribunal, um certo domicílio particular? Entendo que não. Todavia, uma grande corrente de jurisprudência tem entendido que sim.

Com relação ao domicílio voluntário, levantam-se muitas questões, mas questões de fácil solução. No entanto, a primeira questão que surge ao espírito de todos nós é esta: um indivíduo pode ter uma casa na Figueira da Foz, por ex., para passar o verão e viver no resto do tempo em Lis-

boa. Quando isso se der, quando o indivíduo tiver várias residências, onde é que tem o seu domicílio?

Di-lo o art. 43.º: «*Se o cidadão tiver diversas residências, onde viva alternadamente, será havido por domiciliado naquela onde se achar, excepto se tiver declarado perante a respectiva câmara municipal, que prefere alguma delas*».

Se não tiver declarado nada na respectiva câmara, então o indivíduo supõe-se domiciliado naquela residência em que estiver no momento dado.

Eu quero propor uma acção contra um indivíduo naquelas condições. Em regra, normalmente, o juízo competente é o do domicílio do réu. Mas êste tem várias residências. Então, eu ponho a acção no juízo da residência, em que êle estiver no momento em que eu quero propor a acção — a não ser que êle tenha feito a declaração em contrário.

Outra questão é a que resulta da leitura do art. 44.º, que diz:—

«*O cidadão pode mudar, quando lhe aprouver, o seu domicílio, manifestando o facto da transferência perante as câmaras municipais dos concelhos, donde e para onde se muda.*

§ único. Esta comunicação produzirá os seus efeitos, desde que o transferente tiver estabelecido a sua morada no concelho indicado por êle».

O indivíduo pode mudar de domicílio; pode ir daqui para o Pôrto, por ex.. Lendo despreocupadamente o art. 44.º, parece que para se mudar de domicílio se tem de fazer a respectiva declaração na câmara do lugar donde se saíu e na do lugar para onde se vai. Parece que não pode haver mudança de domicílio sem que faça aquela declaração. No entanto, não é assim.

Qualquer dos senhores saíu da sua terra e veio para Lisboa afim de estudar. Se são de maioridade adquiriram

domicílio em Lisboa, independentemente de qualquer declaração nas respectivas câmaras.

Portanto, pelo art. 44.º deve-se entender que a declaração é conveniente, mas não obrigatória.

Outra questão:

Por vezes, as leis do domicílio necessário estão em conflito umas com as outras. Por ex.: um menor é militar ou marinheiro. Onde é que êle tem o domicílio?

O art. 47.º diz que o menor terá o domicílio do pai ou da mãi. O art. 52.º diz que êle tem domicílio no regimento.

Este conflito resolve-se dando preferência à regra do art. 47.º, visto que contém um princípio mais genérico do que a regra do art. 52.º. E, ainda, em virtude do elemento sistemático de interpretação. O art. 50.º não se refere aos menores; refere-se aos maiores ou menores emancipados. O legislador, no art. 50.º, quis que os maiores e os menores emancipados tivessem o domicílio do patrão e quís que os menores não emancipados tivessem o domicílio do pai ou da mãi. Igual razão faz com que nós demos ao militar arregimentado, ao marinheiro com praça na armada, quando fôr menor também, o domicílio do pai ou da mãi.

Como o preceito mais geral está em contradição com o preceito menos genérico, aplica-se o preceito geral.

38—Conceito de ausencia.

—Espécies de ausência: ausência presumida, ausência declarada e ausência que dá a presunção da morte do ausente.

—Instituïções correspondentes a cada uma destas espécies de ausência: curadoria provisória, curadoria definitiva e entrega definitiva dos bens e partilha dêstes pelos herdeiros do ausente.

—Quem pode requerer a curadoria provisória?

—Quem deve ser nomeado curador provisório?

—Os direitos e deveres do curador provisório.

—Quem pode requerer a curadoria definitiva?

—Quem deve ser nomeado curador definitivo?

—Os direitos e os deveres do curador definitivo.

—O termo da curadoria definitiva.

—O direito do ausente sôbre os seus bens se regressar depois do termo da curadoria definitiva.

Intimamente relacionado com o conceito de *domicílio* está o de *ausência*, que também é factor relevante para se determinar a medida da capacidade de exercício de direitos.

Há um conceito vulgar e um conceito técnico — jurídico de *ausência*.

No conceito vulgar, ausência é a *falta de presença*, a *não-presença*. No conceito técnico-jurídico, a definição de ausência é-nos dada pelo artigo 55.º do Código Civil que diz:

«*Se qualquer pessoa desaparecer do lugar do seu domicílio ou residência, sem que dela se saiba parte, e não houver deixado procurador, ou quem legalmente administre seus bens, e se fôr necessário prover a êste respeito, ser-lhe-á dado curador pelo juiz competente.*

§ 1.º *E' competente para êsse efeito o juiz do domicílio do ausente.*

§ 2.º *O que fica disposto no parágrafo antecedente, não obstará às providências conservatórias que se tornarem indispensáveis em qualquer outra parte, onde o ausente tenha bens*».

Por conseqüência, como se verifica da 1.ª parte do art. 55.º, *ausência* no sentido técnico-jurídico é a falta de presença de alguém no lugar do seu domicílio sem dele se saber notícia.

No entanto, quero advertí-los de que muitas vezes no Código Civil se emprega a palavra *ausência* para significar simplesmente não-presença, no sentido vulgar; por ex., no § único do artigo 1.117.º e no art. 1.189.º.

Art. 1117.º, § único:—«*A mulher só pode administrar por consentimento do marido, ou no seu impedimento ou ausência*».

Art. 1189.º «*A administração de todos os bens do casal pertence ao marido, e só pertence à mulher na falta ou no impedimento dêle*».

Nêste último artigo, *falta* significa *falta de presença' ausência em sentido vulgar.*

E noutros pontos do Código Civil se emprega a palavra *ausência* no sentido vulgar, o que não quere dizer que não haja no Código o emprêgo da palavra *ausência* também, outras vezes, no sentido técnico-jurídico, como significando a falta de presença sem do ausente se saber notícia.

Na ausência há vários períodos e, conforme a duração da ausência, assim desta resultam presunções diversas.

Quando a ausência é de há pouco tempo, dela resulta uma presunção de que o indivíduo não está no seu domicílio por ter acontecido a morte dele.

Quando a ausência se prolonga por mais de quatro ou dez anos, resulta outra presunção: O ausente saiu; não deu mais notícias; está há quatro ou dez anos ausente; é de presumir já com mais probabilidade que tenha morrido.

Quando a ausência se prolongue por mais de vinte anos ou o ausente tenha feito já noventa e cinco anos de idade, então resulta outra presunção mais firme da morte do ausente.

Temos, assim, três períodos de ausência, que podemos denominar de *ausência presumida* (a que vai até quatro ou dez anos), de *ausência declarada* (que vai até aos vinte anos de ausência ou quando o ausente tenha noventa e cinco anos de idade) e de *presunção da morte* (que é a ultima presunção, que resulta duma ausência muito prolongada).

Ora, a êstes três períodos de ausência correspondem três instituïções processuais: à ausência presumida corresponde a *curadoria provisória*, à ausência declarada a *curadoria definitiva* e à presunção da morte a *entrega de bens e a partilha dos mesmos entre os herdeiros.*

Para que possa haver lugar à curadoria provisória — diz o art. 55.º — são precisos quatro requesitos: 1.º, que alguém se ausente do seu domicílio; 2.º, que não haja parte

ou notícia dele; 3.º, que não tenha deixado procurador ou representante legal; 4.º, que tenha deixado bens que necessitem administração.

Como é bem de ver, cada uma destas instituïções — curadoria provisória, curadoria definitiva e entrega dos bens aos herdeiros — tem sua finalidade; a cada uma destas instituïções corresponde seu interêsse a defender.

A' curadoria provisória corresponde o interêsse de defender os bens do próprio ausente; a curadoria provisória visa apenas a defesa do interêsse do ausente.

Com a curadoria definitiva, porém, não procura a lei sómente defender os interêsses do ausente; como já é bastante provável que êle tenha morrido, quere também acautelar os interêsses dos herdeiros. Na partilha dos bens, então, já se procura apenas defender os interêsses dos herdeiros.

Para a instalação da curadoria provisória já vimos que são precisos quatro requesitos. Esses requesitos com a noção que demos de ausência não exigem grandes considerações.

Não basta que alguém saia do lugar do seu domicílio para passear ou para ganhar a vida: é preciso que saia e não se saiba notícia dele, que saia e nunca mais ninguém saiba dele. Mas, como nesta curadoria provisória se pretende acautelar, «maxime», os interêsses do ausente, para que se instale a curadoria provisória é necessário também que o ausente não tenha deixado procurador nem quem legalmente o represente, porque, se êle deixou procurador voluntàriamente constituído ou um representante legal, isto é, pai, mãi, tutor ou curador, então não há curadoria provisória, porque já está acautelada por meio de procuração ou de representação legal a administração dos bens do ausente.

Quem pode requerer a curadoria provisória?

Di-lo o art. 56.º: «*São hábeis para requerer a mencio-*

nada curadoria, o ministério público, e todos aqueles que tenham interêsse na conservação dos bens do ausente».

Quando é que se pode requerer? Logo que se dê a ausência, no dia seguinte, ou oito dias depois de um indivíduo se ausentar sem deixar notícias, sem haver dele notícia, o Ministério Público pode requerer a curadoria provisória, — o Ministério Público ou quem tiver interêsse na conservação dos bens do ausente—os herdeiros ou qualquer pessoa.

Mas pode haver muitos herdeiros ou muitas pessoas que tenham êste interêsse: sendo assim, quem será nomeado curador provisório?

Di-lo o art. 57.°: «*Na escolha do curador, dará o juiz preferência aos herdeiros presumidos e, na falta dêstes, aos que maior interêsse tenham na conservação dos bens do ausente*».

Mas, a regra geral é esta, será escolhido para curador provisório o mais idóneo.

Há muitos herdeiros do ausente. Deferiu-se a curadoria provisória. O curador provisório é só um. Qual dêles será? Por parentesco? São todos parentes no mesmo gráu e na mesma ordem, por hipótese. Então será nomeado curador provisório o mais idóneo.

Quais são os direitos do curador provisório?

Vejamos os artigos 58.°, 59.°, €0.° e 61.°:

Art. 58.°: «*O curador nomeado receberá por inventário os bens do ausente, e prestará caução suficiente pela importância dos valores mobiliários, e do rendimento líquido de um ano dos bens imobiliários.*

§ único. *Se o curador nomeado não puder prestar a sobredita caução, o juiz fará consignar em depósito os valores mobiliários, que ùtilmente se puderem conservar, e os demais serão vendidos em leilão, e assim o seu produto como os outros capitais serão empregados em valores produtivos, que ofereçam suficiente segurança*».

Art. 59.°: «*Os poderes do curador provisório limitam-se aos actos de mera administração, da qual dará contas anualmente; mas o dito curador deve propor em juízo as acções conservatórias, que não possam retardar-se sem prejuízo do ausente; e é, além disso, competente para representar o mesmo ausente em quaisquer acções, que contra êle forem intentadas*».

Art. 60.°: «*Se fôr necessário intentar-se algum pleito contra ausente, que não tenha curador ou quem legalmente o represente, ser-lhe á nomeado curador especial, que o defenda no dito pleito*».

Art. 61.°: «*O curador provisório haverá cinco por cento da receita líquida que realizar*».

Todos êstes artigos declaram quais são os poderes, os direitos a que correspondem deveres do curador provisório: tem de receber os bens por inventário; tem de prestar caução; tem poderes de mera administração; poderá propor acções conservatórias; representa o ausente em acções contra êle propostas; e tem 5 % da receita líquida que realizar.

Mas a curadoria provisória termina volvido certo tempo de ausência, porque, aumentando o período de ausência, começa a ser outra a presunção. Nos primeiros tempos de ausência, já se conhece que o ausente está fora do seu domicílio, mas ainda se conserva a esperança de que regressará; há só, por conseqüência, que acautelar a administração dos bens do ausente. Mas, aumentando o período de ausência, começa a gerar-se a presunção de que o ausente não voltará, de que houve desastre na sua existência, que morreu. Então, aparece a necessidade de acautelar também os interêsses dos herdeiros.

Quando é que se sai duma presunção para entrar na outra? Por outras palavras: quando é que termina a curadoria provisória?

Diz-nos o art. 63.°: «*A curadoria provisória termina*:

1.° *Pela volta do ausente, ou pela certeza da sua existência;*

2.° *Pela comparência de procurador bastante, ou de pessoa que legalmente represente o ausente;*

3.° *Pela certeza da morte do ausente;*

4.° *Pela instalação da curadoria definitiva*».

E' preciso notar que não basta o simples facto do regresso ou da volta do ausente ou da certeza da sua existência. Quando há certeza de que o ausente existe, não termina «ipso facto» a curadoria provisória. O juiz tem de fazer notificar o ausente de que os seus bens estão em curadoria provisória e êle tem de requerer a entrega dos bens. Só depois é que termina a curadoria provisória.

Mas, no último caso do art. 63.°, se a curadoria provisória, a que corresponde a ausência, durar por mais de quatro anos, então passa-se da curadoria provisória para a curadoria definitiva — a não ser que o ausente tenha deixado procurador, porque então só ao fim de dez anos de ausência é que se defere ao pedido de curadoria definitiva.

Há no entanto um caso que na vigência do Código Civil não era contemplado, mas que agora na vigência do decreto n.° 19 126 o é. Após três anos de ausência, podem os herdeiros pedir caução ao procurador deixado pelo ausente. Se porventura o procurador não prestar caução, pode-se então requerer a curadoria provisória, que durará até aos dez anos de ausência. A curadoria provisória só existe quando não existe procurador ou quem legalmente represente o ausente.

Então, pode-se deferir, logo depois da ausência, à curadoria provisória, e quatro anos depois da curadoria provisória pode ser pedida a curadoria definitiva. Mas, se o ausente deixou procurador ou quem legalmente o represente, não há curadoria provisória e só se defere à curadoria definitiva ao fim de dez anos de ausência.

Se, porém, diz o decreto n.° 19.126, o ausente deixou procurador e êsse procurador ao fim de três anos, sendo-lhe exigida caução, não a prestou, pode deferir-se, a-pesar de haver procurador, à curadoria provisória e esta durará até ao fim do periodo de dez anos de ausência. E' o que diz o § 1.° do art. 64.°: «*Os herdeiros poderão contudo requerer, passados três anos, nos termos sobreditos, que o procurador preste caução suficiente, se ocorrer justo receio de insolvência; e, quando êste a não possa ou não queira prestar, julgar-se ão cassados os seus poderes*».

Ao fim de quatro anos de curadoria provisória passa-se para a definitiva e, então, a curadoria definitiva já não é deferida a um só curador.

Na curadoria definitiva há tantos curadores quantos são os herdeiros presumíveis.

Quem poderá requerer a curadoria definitiva?

Art. 64.°: «Decorridos quatro anos depois do dia em que desapareceu o ausente, sem dêle haver notícias, ou da data das últimas notícias que dêle houve, poderão seus herdeiros, pressumidos ao tempo da ausência ou das últimas notícias, quer sejam legítimos, quer instituídos em testamento, ou, se falecidos forem, os seus representantes, justificada a ausência com assistência do Ministério Público, requerer a entrega dos bens do mesmo ausente, excepto se tiver deixado procuração bastante; nêste caso, só poderão requerer a dita entrega passados dez anos desde o dia em que desaparecer o dito ausente, ou houver as últimas notícias dêle».

§ 1.° «Os herdeiros poderão contudo requerer, passado três anos, nos termos sobreditos, que o procurador preste caução suficiente, se ocorrer justo receio de insolvência; e, quando êste a não possa ou não queira prestar, julgar-se-ão cassados os seus poderes».

§ 2.° «Extinto o mandato, nos termos do parágrafo precedente ou por qualquer outra causa, serão os bens submetidos ao regime da curadoria provisória, nos termos do artigo 55.° e seguintes, até completar o prazo de dez anos a que se refere êste artigo, salvo o disposto no artigo 63.°».

Compare-se o texto actual dêste artigo com o que êle tinha antes do dec. 19.126.

Hoje, podem requerer a curadoria definitiva todos os herdeiros legítimos ou testamentários e, até, os representantes dos herdeiros falecidos, ao passo que na vigência pura do Código Civil só podiam requerer a curadoria definitiva os herdeiros legítimos e os instituídos em testamento público, e nunca os representantes dos herdeiros falecidos nem os herdeiros instituídos em testamentos cerrados.

A curadoria definitiva pode ser requerida só por um herdeiro, apesar de, por hipótese, haver mais. Nêsse caso, o herdeiro requerente, contanto que justifique a sua qualidade de herdeiro, é parte legítima para requerer a curadoria definitiva, muito embora, depois, a curadoria seja deferida a todos os herdeiros.

Os curadores definitivos ficam com os direitos que estão consignados nos artigos 71.° e seguintes.

Art. 71.°—«*Os curadores definitivos podem exigir a entrega de todos os bens, e exercer todos os direitos que pertenciam ao ausente até ao dia em que desapareceu, ou até à data das últimas notícias dele.*»

Art. 72.°—«*Os bens e direitos que eventualmente sobrevieram ao ausente, desde que desapareceu, sem dele haver notícias, ou desde a data das últimas que dele houve, e que sejam dependentes da condição da sua existência, passam àqueles que teriam direito à sucessão, se êle fosse falecido.*

§ 1.° *Neste caso, os curadores definitivos ou, na sua falta, o ministério público, só têem o direito de requerer, que tais bens sejam inventariados, e que aqueles que retiverem ou arrecadarem os ditos bens prestem caução suficiente, que só durará pelo espaço de dez anos, contados desde que os ditos bens lhe advieram.*

§ 2.° *O direito do ausente a estes bens só se extingue em conformidade das regras gerais da prescrição; mas aqueles que os houverem arrecadado farão seus, em caso de restituição, os frutos percebidos não havendo má fé.*»

Art. 73.° —«*Os curadores definitivos e demais interessados farão sua, salvo o disposto no artigo precedente, desde o dia da entrega dos rendimentos dêstes, aparecendo o ausente ou outros herdeiros dentro de dez anos, contados desde o dia do desaparecimento do mesmo ausente, ou da da data das últimas notícias que dele houver; e aparecendo dentro do prazo de dez anos a vinte, farão sua metade. Passados os vinte anos, farão seus todos os rendimentos.*»

Art. 74.° —«*Os curadores definitivosp odem pedir contas aos curadoresp rovisórios, não o tendo sido êles mesmos, ou não as ditas contas sido prestadas devidamente; podem além disso, receber os frutos e rendimentos, que existirem da anterior administração, e demandar e ser demandados como legítimos herdeiros do ausente.*»

Art. 75.° —«*Os curadores definitivos não são obrigados a dar contas da sua administração, excepto ao ausente ou aos herdeiros, se outros se habilitarem.*»

Art. 76.°—«*Os curadores definitivos não podem alienar os bens imobiliários, excepto se de outro modo se não puder solver qualquer dívida do ausente, evitar a detioração e ruína de alguma propriedade, custear as bemfeitorias necessárias ou úteis de que carecem os bens do mesmo ausente, ou ocorrer a outra urgente necessidade.*

§ único — *Nestes casos precederá autorização do juízo competente, e será a venda feita em hasta pública, com assistência do ministério público.*»

Como vêem, dêstes artigos constam os direitos dos curadores definitivos. Já não são só direitos de mera administração, como tinha o curador provisório; são direitos mais largos. Têm direito de fazer seus parte dos rendimentos; têm direito de alienar em certas condições. Têm direitos mais vastos do que os direitos do curador provisório mas não são todos os direitos sôbre os bens do ausente como podia depreender-se do artigo 71.º

O proprietário, por ex., tem o poder de alienar. Terá êsse direito o curador definitivo? O artigo 71.º parece dizer que sim; mas, se o compararmos com os artigos 72.º, 73.º, 75.º, 76.º, teremos de concluir que não.

O artigo 76.º diz que o curador definitivo não pode alienar bens imobiliários como já dissemos fazem seus certos rendimentos dos bens do ausente: até dez anos de ausência recebem 25%; de dez a vinte anos, metade; passados mais de vinte anos, todos os bens (art.º 73.º).

Os curadores definitivos receberão todos os bens do ausente?

O art.º 71.º diz: *todos*. Mas o art.º 72.º estabelece uma limitação à disposição consignada no art.º 71.º. O ausente, no momento da ausencia, tem certos bens, mas, depois desta pode ter adquirido bens por herança. Ora, êstes bens que estão dependentes da sua condição de existência, não passam para os curadores definitivos, que são os herdeiros presumidos; passam, sim, para os que os herdariam, se, porventura, o ausente falecesse no momento em que começou a ausência. E' o que diz hoje, claramente, o art.º 72.º, modificado pelo dec. n.º 19.126, e o que também dizia na redacção primitiva aquele artigo, mas de modo confuso. O *lhe* (suceder *lhe*) da redacção primitiva poderia dar a entender que êstes bens ainda ficavam para os herdeiros do ausente, que são os curadores definitivos. Hoje, porém, tal já

não se pode entender, porque *suceder-lhe* foi substituído por *teriam direito à sucessão*. (1)

Mas, se esta ausência declarada ainda se prolonga, começa a gerar-se uma outra presunção — a presunção sólida da morte do ausente.

Na ausência declarada há a presunção mais provável de que o ausente deixou de existir; mas, se a ausência se prolonga por mais de 20 anos ou para além do dia em que o ausente fez 95 anos de idade, então a presunção que se estabelece é a presunção sólida e firme de que o ausente já não existe: então termina a curadoria definitiva e são chamados a partilhar os bens do ausente os seus herdeiros. Não os partilham como curadores, mas sim como herdeiros: fazem seus, inteiramente seus, os rendimentos, e podem alienar livremente todos os bens do ausente. Isto é: tem termo a curadoria definitiva.

Os casos em que a curadoria definitiva tem termo são os seguintes:

Art.º 78.º — «A curadoria definitiva termina:

1.º Pela volta do ausente;

2.º Pela notícia da sua existência;

3.º Pela certeza da sua morte;

4.º Pelo lapso de vinte anos;

5.º Contando o ausente 95 anos de idade.

§ único. — «No caso do n.º 2.º os curadores definitivos serão considerados como provisórios, emquanto não comparecer o ausente, ou quem legalmente o represente.

Basta algum dêstes fenómenos para que termine a curadoria definitiva.

No caso especial de o curador definitivo ser um filho maior ou emancipado, o art. 91.º dá-lhe privilégios em relação aos outros herdeiros os quais privilégios consistem

(1) Redacção primitva do art. 72.º.

em fazer seus todos os'reodimentos dos beos do pai auseote e a poder alieoá-los depois de 10 aoos de ausência.

Diz o art. 91.°: «*Se os filhos forem maiores ou se emanciparem, poderão tomar conta dos bens que lhes couberem, e administrá-los como seus, não podendo todavia aliená-los senão passados dez anos contados desde o dia do desaparecimento do ausento, ou da data das últimas notícias que dele houver, salvo nos casos especificados e nos termos prescritos no artigo 76.° e seu §.*

§ único. *Cs bens sujeitos a perecer ou a depreciar-se, e os de dispendiosa conservação podem ser alienados por esta causa antes do prazo mencionado, precedenao autorização judicial. O preço da venda será empregado produtivamente.*

Portanto, se o ausente tem filhos maiores ou emancipados, oão é preciso que decorram vinte anos para que êles possam alieoar os bens do ausente ; bastam apenas dez anos decorridos. Ao passo que o curador definitivo que não for filho maior ou emancipado só ao fim de 20 anos é que recebe os bens para os poder alienar — e recebendo só então, como herdeiro, pois até aí tem os beos como curador definitivo.

Aíoda depois de os beos serem entregues aos herdeiros, volvidos viute anos de ausência ou ooventa e cinco de idade do ausente, quaodo os herdeiros são chamados a partilhar os beos como herdeiros, e não como curadores definitivos, quando os herdeiros já têm poder de alienar os beos, pode o ausente aparecer : então, que acontece ?

Diz o art. 94.° : «*Regressando o ausente, passado o prazo assinado no artigo 91.°, só poderá recuperar os bens que efectivamente existirem ainda em poder de seus filhos, e os subrogados, ou comprados com o preço dos alienados* ».

Portanto, regressando o ausente, êste recebe os bens que existirem (não, os que tiverem sido alieoados, porque êsses foram alieoados por quem os podia alienar) ; recebe também os bens subrogados em lugar dos que deixou, os bens que os herdeiros obtiveram com o prêço dos bens alienados ; e pode receber também o prêço dos bens alienados aínda não gasto pelos herdeiros.

Estamos, assim, chegados ao fim do estudo da ausêocia.

39—Influência do sexo na medida da capacidade dos cidadãos.

— Dia-a-dia se caminha para a igualdade de direitos entre os indivíduos de ambos os sexos.

—Incapacidades da mulher na vigência primitiva do Código Civil.

—Incapacidades da mulher segundo a legislação civil actual.

—Incapacidades dos menores.

—Espécies de incapacidade dos menores. Modos de suprimento desta incapacidade.

—A maioridade e a emancipação.

—Incapacidade do demente. Qualificação desta incapacidade.

—Incapacidade do surdo-mudo e sua qualificação.

—Incapacidade do pródigo e sua qualificação.

—Incapacidade do acidentalmente privado da razão e sua qualificação.

—Incapacidade do condenado.

—Incapacidade do falido.

Outra circunstância que também influe na medida dos direitos dos cidadãos é o sexo. Já é uma circunstância menos relevante do que o *status civitatis* e o *status familiae*, mas, ainda assim, importa conhecer a influência que o sexo tem na medida dos direitos.

Há um princípio do Código Civil, consignado no art.° 7.°, que diz que a lei civil é igual para todos, sem distinção de sexos:

«A lei civil é igual para todos, e não faz distinção de pessoas, nem de sexo, salvo nos casos que forem especialmente declarados.

Mas essa disposição do art. 7.° é uma regra geral, que admite excepções, excepções que hoje são menores do que eram no direito romano, no direito medieval e na própria vigência primitiva do Código Civil.

Não obstante, há excepções que importa conhecer.

Na vigência primitiva do Código Civil, as mulheres não podiam fazer parte das instituïções pupilares e quási-pupilares; só excepcionalmente é que podiam ser tutores.

Diz o art. 200.°: «A tutela legítima pertence aos parentes do menor na ordem seguinte:

1.° Ao avô paterno;

2.° Ao avô materno;

3.° Aos demais ascendentes em linha recta, preferindo sempre o paterno em igualdade de grau;

4.° Aos irmãos varões, sendo preferidos os germanos aos consangüíneos, êstes aosuterinos e, em cada uma destas classes, os demaior idade;

5.° Aos irmãos do pai ou da mãi, preferindo sempre de linha paterna, excepto sendo menos idóneos. Em igualdade de circunstâncias, preferirão mais velho.

Não podiam ser vogais do conselho de família.

Diz o art. 207.°: «O conselho de família compõe-se de cinco parentes mais próximos do menor, residentes dentro dos limites da jurisdição do juiz do inventário, três da linha

paterna e dois da matermal, preferindo os mais velhos, em igualdade de grau.

§ 1.º Se não houver parentes senão de uma das linhas, os outros vogais serão nomeados dentre os amigos dos pais do menor, com a diferença de que, neste caso, ainda que essa linha seja a maternal subministrará três vogais.

§ 3.º A nulidade, resultante da inobservância do que fica disposto neste artigo, pode ser sanada pelos tribunais, se não intervier dolo, ou não houver prejuízo dos menores.

Não podiam ser testemunhas nem testamentárias nem em instrumentos públicos *inter vivos*, como se depende, respectivamente, dos arts. 1.966.º e 2.492.º.

Art.º 1966.º; «Não podem ser testemunhas em testamento:

1.º Os estrangeiros;

2.º As mulheres;

3.º Os que não estiverem em seu juízo;

4.º Os menores não emancipados;

5.º Os surdos, os mudos, os cegos, e os que não entenderem a língua em que fôr escrito o testamento, sendo público, ou o auto de aprovação, sendo o testamento cerrado;

6.º Os filhos, e os amanuenses do tabelião, que escrever ou aprovar o testamento;

7.º Os declarados por sentença incapazes de serem testemunhas instrumentárias.

§ único. A idade legal para ser testemunha em testamento, ou em aprovação dele, cumpre tê la na conjuntura em que é feito o dito testamento ou aprovação».

Art. 2492.º «Não podem ser testemunhas em actos entre vivos aquelas pessoas que não o podem ser em actos de última vontade, em conformidade do artigo 1966.º.

Não podiam ser procuradores em juízo:

Art. 1354.º «Não podem ser procuradores em juízo:

1.º Os menores não emancipados;

2.º As mulheres, excepto em causa própria, ou de seus ascendentes e descendentes, ou de seu marido, achando-se êstes impedidos;

3.º Os juízes em exercício, dentro dos limites da sua jurisdição;

4.º Os escrivães e oficiais de justiça nos respectivos julgados, excepto em causa própria;

5.º Os magistrados do ministério público, em tôda e qualquer causa em que possam intervir de ofício dentro dos limites de seus respectivos distritos;

6.º Os que tiverem sido inibidos, por sentença, de procurar em juízo ou de exercer ofício público;

7.º Os ascendentes, descendentes ou irmãos do julgador;

8.º Os descendentes contra os ascendentes, e vice-versa, excepto em causa própria».

Não podiam ser fiadores—arts. 819.º e 820.º.

Art. 819.º «Podem afiançar todos os que podem contratar, excepto as mulheres, não sendo comerciantes».

Art. 820.º «E' válida, porém, a fiança prestada por mulheres, ainda que não sejam comerciantes;

1.º No caso de fiança de dote para casamento;

2.º Se houverem procedido com dolo em prejuízo do crèdor;

3.º Se houverem recebido do devedor a coisa, ou quantia sôbre que recai a fiança;

4.º Se se obrigarem por coisa que lhes pertença, ou em favor dos seus ascendentes ou descendentes».

Não podiam exercer magistraturas; não podiam ser notários, conservadores, delegados, juízes, não tinham direitos políticos; não tinham direitos públicos.

Depois da implantação da República e, sobretudo, em 1918 e 1919, em que soprou uma rajada de feminismo na nossa legislação, — era ministro da Justiça o sr. dr. Alberto Osório de Castro, irmão de uma feminista, D. Ana de Castro Osório, — apareceram uns tantos decretos a permitir que a mulher fôsse notária, conservadora do registo civil, advogada.

Pelo decreto n.º 19.126 permitiu-se à mulher ser testemunha e fiadora.

O decreto n.º 1 de 25 de Dezembro de 1910 permitiu-lhes estar em juízo sem autorização do marido; publicar as suas obras sem autorização do marido; deixar de acompanhar o marido para o estrangeira ou para as colónias.

Em suma, uma série de medidas, depois de 1910 e designadamente em 1918 e 1919, diminuiu as excepções do art. 70.º do Código Civil; mas, não obstante, ainda subsistem algumas desigualdades provenientes do sexo.

Assim, a idade marital para a mulher é aos 16 anos e para o homem é aos 18; a mulher nunca pode privar o marido da administração dos bens do casal, nem por escritura ante-nupcial; a mulher não tem direitos políticos, não tem direi os de voto; a mulher ainda não pode ser delegada do ministério público nem juíz.

Algumas destas desigualdades não podem atribuir-se à diferença de sexos. Como já lhes disse mais de uma vez, são atribuíveis à unidade que tem de existir na família, onde tem de haver um chefe, que é o marido, em virtude da sua expiriência da vida.

Em suma, estas desigualdades provenientes do sexo ou existem por causa da unidade da família ou para evitar divergências políticas na família, ou por causa da própria natureza (a mulher está fisiológicamente apta para o casamento em idade diferente da do varão, como vimos). Há, porém, ainda uma desigualdade que pode ser bem atribuível à antiga opinião de que a mulher è um ser fraco, de que o homem é superior à mulher: é a desigualdade que proibe à mulher ser magistrado no ministério público ou magistrado judicial. Porque é que a mulher, ao contrário do homem, não pode ser juíz ou delegado? Porque é que o homem há-de poder julgar mulheres e a mulher não há-de poder julgar os homens? Isso é uma desigualdade, para que só há esta explicação: a mulher é um ser fraco, o homem é um ser dotado de um vigor intelectual superior ao da mulher.

Uma outra circunstância que influe na medida dos direitos é a idade.

É sabido que há menoridade e maioridade.

Atinge-se a maioridade aos 21 anos. Só quando se atinge a maioridade é que se atinge a capacidade de exercício de direitos.

Antes da maioridade é-se menor. Enquanto se é menor e não emancipado não se têm a capacidade de exercício de direitos.

Com efeito, diz o art.º 98.º: «Os menores são incapazes de exercer direitos civis, e os seus actos e contratos não podem constituí-los em obrigação jurídica, salvo nos casos expressamente exceptuados na lei.»

Art.º 99.º: «Os contratos celebrados ilegitimamente pelos menores, não podem todavia ser impugnados pelos outros estipulantes, com o fundamento da incapacidade do menor.»

Art.º 100.º: «A incapacidade dos menores é suprida pelo poder paternal, e na falta dêste, pela tutela.»

Por conseqüência, os menores são incapazes, os seus actos não os obrigam.

Mas a incapacidade dos menores é suprida pelo pátrio poder, na falta de pátrio poder pela tutela.

A regra é a capacidade; a excepção, a incapacidade,

mas também há excepções à excepção, que fazem que em certos casos o menor tenha capacidade.

Há casos em que o menor pratica actos que o responsabilizam, de que resultam obrigações para êle.

Por ex., o art.º 1.764 diz: «E' proïbido testar:

1.º Aos que não estiverem em seu perfeito juízo;

2.º Aos condenados, nos termos do artigo 355.º;

3.º Aos menores de catorze anos de um e outro sexo;

4.º A's religiosas professas, enquanto se não secularizarem, ou as suas comunidades não forem suprimidas;

§ único. Os cegos, e os que não podem ou não sabem ler, não podem testar em testamento cerrado.»

Quere dizer: o menor de 21 anos, mas maior de 14, pode fazer testamento. E' uma excepção ao artigo 98.º, que põe o menor de 15 anos em relação ao testamento na regra de capacidade jurídica.

O art. 599.º diz: «Os actos praticados pelo menor sem a devida autorização são nulos, salvo o disposto nos artigos 1058.º e 1059.º, mas não poderá o dito menor valer-se desta nulidade nos casos seguintes:

1.º Nas obrigações, que tiver contraído sôbre coisas de arte ou profissão em que seja perito.

§ 2.º Se tiver usadode dolo para se fazer passar por maior.

§ único. «A simples declaração, ou inculca de maioridade, ou de emancipação, não é suficiente para, neste caso, caracterizar o dolo.

Os actos do menor não constituem obrigação; mas, se o menor praticou um acto jurídico em matéria de profissão em que êle seja perito ou se praticou dolo para se fazer passar por maior, então é obrigado por êsse acto jurídico que praticou.

O art. 1334.º diz: «As mulheres casadas, e os menores

não emancipados podem ser mandatários, salvo o disposto no artigo 1354.º; mas o mandante só terá acção contra o menor ou contra a mulher casada, em conformidade das regras gerais que regulam a responsabilidade dos actos destas pessoas, excepto se o mandato, sendo escrito, tiver sido autorizado pelo marido, pai ou tutor do mandatário.

Que espécie de incapacidade é que resulta da menoridade? E' a incapacidade de exercício ou a incapacidade de gôso?

Já dissemos, sem querer, que é a incapacidade de exercício. Mas nem sempre é a incapacidade de exercício. Quando a incapacidade do menor é suprida, nos termos do artº. 100.º, pelo pátrio poder ou pela tutela, então trata-se de incapacidade de exercício.

Mas, quando o menor não pode fazer suprir a sua incapacidade nem pelo pai nem pelo tutor, então trata-se de incapacidade de gôzo.

O menor não pode contratar? O pai contrata porêle; na falta do pai, a mãi; na falta de ambos, o tutor. E' uma incapacidade de exercício.

Mas o menor de 14 anos não pode testar, e não pode suprir essa sua incapacidade nem pelo pai, nem pela mãi, nem pelo tutor, porque qualquer dêstes não pode fazer testamento por êle. Por conseqüência, trata-se, nêste caso, de uma incapacidade de gôzo.

A regra é esta: quando a incapacidade do menor pode ser suprida pelo pai, pela mãi ou pelo tutor, a incapacidade é só de exercício.

Quando, porém, a incapacidade do menor não pode ser suprida, a incapacidade é de gôzo.

Em regra, a incapacidade é de exercício. Só em casos excepcionais, raros, é que a incapacidade é de gôzo.

Ora, a nulidade representante da incapacidade de exer-

cício é uma nulidade relativa, ao passo que a nulidade resultante da incapacidade de gôzo é uma nulidade absoluta.

Em regra, se um menor pratica um acto, dá-se uma nulidade absoluta.

(Já sabem a diferença que há entre a nulidade absoluta e nulidade relativa).

Todavia a menoridade acaba naturalmente quando se atinge 21 anos. Também, no entanto, pode acabar por meio da emancipação — art.º 304.º:

«O menor pode emancipar se;

1.º Pelo casamento;

2.º Por concessão do pai, da mãe na falta dêste, ou do conselho de família, na falta de ambos».

Porém, a emancipação não se pode fazer em qualquer idade. Só depois de o menor ter atingido 18 anos é que pode ser emancipado; uma vez emancipado, fica com a capacidade de exercício de direitos.

Mas a idade de emancipação não é sempre a de 18 anos: há excepção para os expostos e abandonados, que podem ser emancidador aos 15 anos.

Diz o art.º 289.º: — «Chegando o exposto ou abandonado a esta idade, poderá ser emancipado pelo sobredito conselho, ou pela magistratura que o substituir, se mostrar que tem a capacidade necessária para reger-se».

Porque fixa o nosso Código os 21 anos para o menor atingir a maioridade? Porque é que o nosso Código fixa os 18 anos para o homem atingir a idade material e os 16 para a mulher?

O que nós observamos na natureza e nas relações sociais é que só deve atingir a maioridade, isto é, só deve ter capacidade de exercício de direito quem tiver o desenvolvimento intelectual, a fôrça de vontade precisa, a experiência necessária para poder governar a sua pessoa e bens.

Quando é que a pessoa atinge essa experiência, êsse vigor intelectual e essa fôrça de vontade? Varia a idade segundo as pessoas e segundo as classes; mas a observação geral diz-nos que é aos 21 anos — e para o casamento, quanto ao varão, é aos 18, quanto à mulher é aos 16 anos. E, então a técnica jurídica, por um processo técnico chamado a *quantificação*, converteu a qualidade em quantidade. — Em vez de dizer: a capacidade de exercício de direitos atinge-se quando as pessoas tiverem o necessário desenvolvimento, não procede aasim, porque isso é difícile obrigava a uma investigação judicial em cada caso.

Estabeleceu que a capacidade de exercício direitos aos 21 anos.

Outra circunstância que também influe na capacidade de exercício de direitos é a saúde, a sanidade física e, sobretudo, a sanidade moral.

Há pessoas que não têm inteligência, vigor intelectual preciso para defender a sua pessoa e bens. Há outras pessoas que não podem manifestar a sua vontade. E essas pessoas que não têmos inteligência ou vontade, ou não podem manifestar, por doença, a sua vontade, são incapazes. São dementes, os surdos-mudos, os pródigos e, também, os dementes acidentais, aqueles a quem falta acidentalmente o uso da razão, como os bêbedos, cocainomaníacos, os hipnotizados.

Os dementes não têm vigor intelectual; não têm, portanto, vontade.

Os surdos-mudos não têm faculdade de manifestar a sua vontade.

Os pródigos são afectados de um hábito que os leva a desbaratar os seus bens patrimoniais; por conseguinte a lei interdita-os.

Diz o art.º 314.º: «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.»

Êste artigo 314.º é uma disposição com pouca precisão científica.

Na demência há muitas modalidades. Há uns dementes que têm uma incapacidade geral para administrar a sua pessoa e bens, e há outros que têm uma incapacidade parcial, e o artigo 314.º mistura-os e confunde-os a todos.

Mas êsse artigo teve nova redacção, que lhe foi dada pelo dec. n.º 19.126, o decreto reformador do Código Civil, e hoje já as coisas se passam de modo diverso. Hoje já temos uma disposição geral mais de harmonia com os ensinamentos da ciência.

Diz agora este artigo:

«Serão interditos do exercício dos seus direitos os mentecaptos e todos aqueles que, pelo estado anormal das suas faculdades mentais, se encontrarem incapazes de governar suas pessoas e seus bens.

§ 1.º Se o indivíduo, em virtude de enfermidades mentais ou fraqueza de espírito, se mostrar apenas incapaz de praticar determinados actos, poderá igualmente ser interdito, limitando-se, porém, a interdição àqueles actos. A extensão e os limites desta tutela serão especificados na sentença de interdição.

§ 2.º Estas interdições podem aplicar-se a maiores ou

a menores, contando que, neste último caso, sejam requeridas dentro de um ano próximo à maioridade».

Hoje, como vêem, já a demência, conforme a sua modalidade, poderá ser causa de interdição geral ou de interdição parcial.

A interdição faz-se por um processo chamado de interdição, e só por sentença é que uma pessoa é declarada interdita; e, depois de interdita, não pode praticar actos nenhuns daqueles para que tem incapacidade, porvirtude da interdição. Mas, não obstante, antes da interdição pode ser anulado um acto praticado por um interdito, quando êle seja realmente demente, sem uso da razão, e sendo a sua demência notória da pessoa com quem contratou. E' o que diz o art. 335.º;

«Os actos e contratos celebrados pelo interdito antes da sentença, só podem ser anulados, provando-se que a êsse tempo já existia e era notória a causa da interdição, ou era conhecida do outro estipulante.

§ único. «Os actos e contratos, celebrados pelo demente que nunca chegou a ser interditado, só podem anular-se no caso de caso de se provar que, na data em que eles foram celebrados, existia e era notório, ou conhecido da outra parte, o estado de demência».

Repito: depois da interdição, o interdito não pode praticar nenhum acto dos que estão abragidos na esfera de interdição, — é o que se chama a interdição judicial; mas, antes da sentença de interdição, pode ter praticado um acto, o qual só será anulado se praticado sem o uso da razão e sendo êsse estado conhecido da parte com quem contratou.

Que espécie de nulidade é a que resulta da prática de um acto feita por um interdito? Nulidade relativa.

O interdito, como sabem, tem incapacidade de exercício; à incapacidade de exercício corresponde nulidade relativa. Um interdito é suprido na sua interdição pelo tutor, o que logo bem mostra que a incapacidade que o fere é a incapacidade de exercício, visto que alguém por êle pode praticar os actos que êle por si não pode. Parecia, por um lado, que a nulidade resultante da demência devia ser uma nulidade absoluta, pois que o demente não tem enteligência e falta-lhe também a vontade. A vontade é elemento essencial dos actos jurídicos, que nos contratos toma a forma de mútuo consenso; e, quando falta um elemento necessário dos negócios jurídicos, há uma nulidade absoluta. Isto, por um lado. Mas, por outro lado, a incapacidade do interdito, como lhes disse, é de exercício, e à incapacidade de exercício corresponde nulidade relativa.

Na técnica do nosso Código, realmente, a nulidade do acto praticado pelo demente é uma nulidade relativa, tal como a nulidade do acto praticado pelo menor — o que mais se confirma pela leitura do art. 688.º do Código Civil, que diz:

«*A acção de rescisão por incapacidade prescreve, contra os incapazes, pelo lapso de cinco anos, os quais principiam a contar se*:

1.º No caso de incapacidade por menoridade, desde o dia em que o incapaz chega à maioridade ou se emancipa.

2.º No caso de incapacidade por interdição, desde o dia em que ela cessa».

Como sabem, a nulidade relativa só se pode deduzir durante um certo período ou prazo, neste caso 5 anos; supõe-se suprida quando não é alegada no prazo estabelecido. Por conseqüência, não pode haver dúvida de que estamos em face duma nulidade relativa.

O mesmo acontece quanto aos pródigos.

Art. 340.º: «*As pessoas maiores ou emancipadas, que, por sua habitual prodigalidade, se mostrarem incapazes de administrar os seus bens, poderão ser interditos da administração dos ditos bens, sendo casadas ou existindo herdeiros legitimários.*

§ único. *Ficará ao prudente arbítrio do juíz avaliar conforme as circunstâncias, se os factos que se alegaram são ou não suficientes para caracterizar a prodigalidade*».

A definição de *prodigalidade* é difícil de dar — tanto, que o nosso Código Civil deixa a apreciação desta qualidade ao prudente arbítrio do juíz.

Não obstante, podemos defini-la *o estado habitual de uma pessoa para administrar mal o seu património.*

A interdição por prodigalidade só pode ter lugar se fôr maior ou emancipado (porque se fôr menor não tem a administração dos bens), se o pródigo tiver património por administrar (porque, se não tiver, não há necessidade de acautelar êsse património) e se o pródigo fôr casado ou tiver herdeiros legitimários, (porque, se não fôr casado e não tiver herdeiros legitimários, não se pode fazer uma interdição por prodigalidade).

Na vigência do Código Civil só podia ser declarado pródigo quem tivesse herdeiros legitimários, legítimos.

Vejam a diferença. Um indivíduo tinha filhos — os filhos são herdeiros legitimários. Mas filhos naturais, perfilhados, não eram filhos legítimos. Não podia, pois, haver prodigalidade. Mas, hoje, logo que tenha herdeiros legitimários, legítimos, ou não, em virtude de uma notável alteração introduzida no Código pelo dec. 19.126, pode haver a declaração de prodigalidade.

Art. 340.º «As pessoas maiores ou emancipadas, que, por sua habitual prodigalidade, se mostrarem incapazes de administrar os seus bens, poderão ser interditas da admi-

nistração dos ditos bens, sendo casadas ou existindo herdeiros legitimários.

§ único. Ficará ao prudente arbítrio do juíz avaliar, conforme as circunstâncias, se os factos alegados são ou não suficientes para caracterizar a prodigalidade».

Também os surdos-mudos têm uma interdição.

Os actos praticados pelos surdos—mudos dentro da esfera da sua interdição são viciados de nulidade relativa.

Além dos surdos mudos são feridos de incapacidade os que acidentemente estão privadas da razão. A estes se refere o artigo 353.º que diz :

«Os actos e contratos, celebrados por pessoas que acidentalmente se acharem privadas, ao tempo deles, de fazerem uso da sua razão, por algum acesso de delírio, embriagués ou outra causa semelhante, poderão ser rescindidos, se, dentro dos dez dias imediatos ao seu restabelecimento, essas pessoas protestarem perante algum tabelião, na presença de duas testemunhas, e intentarem a acção competente dentro dos vinte dias seguintes.

§ único. Esta acção só poderá aproveitar aos herdeiros das pessoas mencionadas, falecendo elas sem recobrarem a razão, ou antes que hajam decorrido dez dias em que devem protestar, contanto, porém, que seja proposta dentro dos vinte dias subseqüentes ao falecimento».

Por exemplo (e isto é freqüente) um bêbado foi induzido por uma pessoa que estava no uso da sua razão a fazer a venda de um prédio.

Este contrato pode ser anulado, se, no prazo de dez dias depois que lhe passou a embriagués, o bêbado fôr fazer um protesto junto do notário, perante testemunhas e se, depois, no prazo de vinte dias posteriores, propôs a respectiva acção.

Também são circunstâncias que influem na medida da

capacidade de exercício de direitos a *condenação* e a *falência*.

O condenado perde honras, condecorações, função pública ou emprêgos, porvirtude da condenação (artigos 66.º e 67.º do Código Penal).

O falido, porvirtude da falência, fica inhábil de administrar os seus bens, inhabilidade que é suprida pelo admitrador da massa falida (Código Comercial e Código de Processo Civil).

Temos, assim, chegado ao fim do estudo das circunstâncias ou factores que influem na medida dos direitos dos cidadãos,

40 — A realidade jurídica das pessoas colectivas.

— Opiniões contrárias à da realidade jurídica das pessoas colectivas: teoria negativista, teoria da ficção.

— Designação que preferimos para a pessoa jurídica.

— Elementos constitutivos da pessoa colectiva.

— Classificação das pessoas colectivas.

— O princípio da especialidade das pessoas colectivas.

Vamos iniciar a última lição da nossa cadeira.

Como estava prometido, vamos falar das pessoas colectivas.

O assunto é vasto; é até muito interessante; obriga a especulação de ordem filosófica, mas nós pomos de parte tudo isso, porque, em poucos minutos, não se pode dizer muito. Vamos dizer só o bastante para ficarem com uma idea do que são pessoas colectivas, que espécies de pessoas colectivas há, quais são os elementos da constituïção de uma pessoa colectiva e qual a capacidade de uma pessoa colectiva. Depois, desenvolverão com a leitura de escritores essas noções gerais, infelizmente, tão concisas, que eu lhes vou dar hoje.

A propósito das pessoas colectivas, a primeira questão que surge, lògicamente, é esta: serão as pessoas colectivas

uma realidade ou uma ficção? Como podemos chegar ao conceito de pessoas colectivas? Sabem que os realistas, como Duguit, negam a existência das pessoas colectivas e outras há que dizem: a pessoa colectiva é uma ficção. Eu, porém, afirmo que as pessoas colectivas são uma realidade jurídica.

No Direito há uma ciência e há uma técnica. A ciência diz-nos quais são os factos, a técnica mostra-nos, ensina-nos quais são os melhores meios de realizar o Direito que nos é revelado pela ciência ou pelas fontes reais do Direito.

Pois a ciência do direito diz-nos, sem sombra de dúvida, que há interêsses colectivos a-par-de interêsses individuais; há interêsses colectivos que não podemos reduzir a interêsses individuais. Como a pessoa jurídica singular é um processo técnico feito para tutelar os interêsses individuais, também a pessoa colectiva ou jurídica tem de ser um processo técnico para tutelar os interêsses colectivos. Mas, se há interêsses colectivos que não podem reduzir-se a simples interêsses individuais, tem sucessivamente também de haver pesssas colectivas.

Pode dizer-se em réplica que, sendo a pessoa colectiva um processo técnico e podendo nós acautelar os interêsses colectivos por outro méio técnico, chegamos em última análise à conclusão que a pessoa colectiva não é de admitir.

Mas não é assim. O processo técnico é uma abstracção nos conceitos, nas classificações, nas categorias, na terminologia. Tudo isso são abstracções.

Ora a pessoa colectiva é uma abstracção, tal qual a pessoa física ou individual.

Nós, porque temos necessidade de criar um suporte dêsse interêsse individual, fizemos nascer a pessoa jurídica individual; «*a pari*», porque temos necessidade de defender e tutelar o interêsse colectivo, fazemos nascer a pessoa

colectiva, por abstracção, por abstracção jurídica, que é sem dúvida nenhuma um dos processos da técnica jurídica.

Mas a réplica ainda fica de pé: se podemos acautelar êsse interêsse sem criar a pessoa colectiva, como Duguit por ex., podemos muito bem pôr de parte êste instituto.

Não é assim. No conjunto dos processos técnicos de que se serve o Direito deve haver coerência. E, se definimos uma relação jurídica como uma relação da vida dos homens em sociedade, protegida pela Direito; se dissemos que em tôda a relação jurídica há elementos que surgem, *à priori*, na própria relação jurídica, sem os quais não podemos conceber a idea de relação jurídica, elementos que são: os sujeitos, o objecto, o facto jurídico e a garantia — ¿como é que pretendemos criar uma relação jurídica, que tem por fim um interêsse colectivo sem admitirmos a existência de pessoa colectiva? Ficariamos com uma relacão jurídica sem sujeito.

Isto seria, pelo menos, uma incoerência. E, como lhes disse, no conjunto dos processos técnicos do Direito deve haver coerência.

Mas a pessoa jurídica não é uma ficção, como também outros querem, como se doutrinou durante muito tempo, como ainda hoje se doutrina, embora com menos persistência.

A ficção é um processo técnico também, mas um processo técnico por virtude do qual se considera verdadeiro o que é falso. Ora, na pessoa jurídica há uma realidade, não uma realidade sensível, mas uma realidade intelectual, uma realidade jurídica.

O único facto é a existência dos interêsses colectivos; e, depois, por abstracção, que é um processo jurídico tam freqüente, nós, nêsse interêsse colectivo, ascendemos até à existência da pessoa colectiva ou jurídica.

Muito mais podíamos dizer sôbre o assunto, mas, repito, ficamos por aqui, para chegar ao fim.

Esta instituïção (vá lá) de pessoa colectiva é designada por vários nomes: pessoa colectiva, pessoa jurídica, pessoa moral; eu prefiro a designação de pessoa colectiva. E temos, cientificamente, de fazer corresponder a pessoa colectiva ao interêsse colectivo. Se o interêsse é colectivo, porque não se pode reduzir ao interêsse individual, a pessoa é *colectiva*.

Os elementos que entram na constituïção da pessoa colectiva são: o elemento pessoal — um agregado de homens; o elemento patrimonial — um agregado de bens; o elemento fim — o fim correspondente ao interêsse colectivo; e o reconhecimento do Estado.

Portanto os elementos da pessoa colectiva são: um agregado de pessoas, um agregado de bens ou património, um fim correspondente ao interêsse colectivo e, finalmente, o reconhecimento do Estado.

Não pode haver pessoa colectiva sem a convergência dêstes quatro elementos.

Outra réplica: se não há pessoa colectiva sem o reconhecimento do Estado, no final de contas a pessoa colectiva é uma criação do Estado, é um ficção, não tem realidade.

A êste argumento pode-se responder assim: o Estado tem que reconhecer a pessoa colectiva desde que o interêsse colectivo obteve uma autonomia suficiente no meio social. Desde que aparece o interêsse colectivo, e que êsse interêsse colectivo se diferenciou bem do interêsse individual; desde que há um organismo que representa êsse interêsse colectivo, o Estado tem que reconhecer a pessoa colectiva. De maneira que a pessoa colectiva não nasce por virtude do reconhecimento do Estado. A pessoa colectiva surge pelas condições sociais.

Devemos entender o reconhecimento do Estado desta maneira.

Verdade é que, às vezes, por certo período, há um interêsse colectivo bem distinto dos interêsses individuais sem que se obtenha o reconhecimento do Estado.

Durante muito tempo, houve associações de operários e nem por isso o Estado reconhecia a personalidade dos sindicatos operários, nem por isso os sindicatos operários obtiveram capacidade jurídica.

As congregações religiosas têm também um agregado humano, têm também um património, têm também um fim que se destaca bem do fim individual e, durante certo tempo, e depois de uma luta religiosa, não se reconheceu a êsses agregados natureza de pessoa jurídica.

Mas isso é temporário. Por fim, vem a reconhecer-se a personalidade correspondente a êsse interêsse colectivo bem diferenciado; a violência acaba e surge depois o que é natural.

Esse reconhecimento impõe-se, dadas as condições que acabo de dizer.

Portanto, a existência do interêsse colectivo, diferenciado e irredutível ao interêsse individual, a existência de um órgão que representa êsse interêsse colectivo e utiliza os bens patrimoniais no benefício do mesmo interêsse colectivo, a existência do reconhecimento do Estado — são os pressupostos em que assentamos a realidade da pessoa colectiva.

Que espécie há de pessoas colectivas?

No nosso Código Civil, sem preocupação de classificação das pessoas colectivas, há no entanto um esbôço de classificação.

A pessoa colectiva é definida no art. 32.° do Código Civil:

«Dizem-se pessoas morais as associações ou corporações

temporárias ou perpétuas, fundadas com algum fim ou por algum motivo de utilidade pública, ou de utilidade pública e particular conjuntamente, que nas suas relações civis representam uma individualidade jurídica».

E' já um esbôço de classificação: pessoas colectivas (ou *morais*, como lhe chama o Código) de utilidade pública, e pessoas colectivas de utilidade pública e privada conjuntamente.

No art. 35.° diz-se que: «As associações e corporações perpétuas de utilidade pública poderão adquirir bens imobiliários a título gratuito; mas ficarão sujeitas ao imposto de transmissão ou sucessão por cada período de trinta anos.

§ 1.° O que fica disposto na segunda parte dêste artigo não abrange os bens imóveis que forem indispensáveis para o desempenho dos deveres das associações ou corporações os quais podem também ser adquiridos a título oneroso.

§ 2.° São havidas, para os efeitos declarados nêste artigo, como perpétuas:

1.° As associações ou corporações por tempo ilimitado;

2.° As corporações ou associações, ainda que por tempo limitado, que não tenham por objecto interêsses materiais».

Neste artigo admiten-se, também duas espécies de pessoa colectivas: as perpétuas e as temporárias.

No art. 39.° também se fala numa outra sub-divisão de pessoas colectivas: as pessoas colectivas de interêsse particular, que são as sociedades. E êsses elementos fraccionários do C. Civil levam-nos a fazer uma classificação. Antes disso, porém, temos de fazer uma consideração.

E' que nem tôdas as pessoas colectivas têm a mesma organização, têm a mesma estrutura.

Já no Direito romano se classificavam as pessoas colectivas em *universalitates pers narum* e *universalitates rerum*,

isto é, *universalidades de pessoas* e *universalidades de coisas*. E no Direito romano chamam-se as primeiras, as *universalitates personarum*, corporações ou associações, e as segundas, as *universalitates rerum*, chamam-se fundações.

Segundo uma doutrina clássica, o que distinguia as corporações das fundações, era isto: corporações eram um agregado de pessoas e as fundações um agregado de bens. Mas, bem analisado o caso, verificamos que tanto as corporações como nas fundações, tanto nas *universalitates personarum* como nas *universalitates rerum*, encontramos o elemento pessoal, o elemento patrimonial, o fim correspondente ao interêsse colectivo e o reconhecimento do Estado. Encontramos, designadamente, — e é o que aqui nos interessa, — numas e noutras, o agregado pessoal e o agregado de bens.

Por conseqüência, não podemos definir *corporações* como um agregado de pessoas e *fundações* como um agregado de bens.

Coviello, que foi seguido pelo Sr. Prof. Cabral Moncada, dizia que o que distingue pela estrutura as corporações das fundações é que numas, nas corporações, havia uma vontade inerente que determinava os fins, que determinava a administração, que determinava a actuação da pessoa colectiva, de dentro para fóra — uma *vontade* imanente. Ao passo que nas fundações, longe de haver uma vontade imanente ou uma vontade de dentro para fora, havia uma vontade transcendente, vontade de fora para dentro, que determinava a actuação da fundação, os interêsses da fundação, o modo da administração da fundação. Era a vontade do fundador.

Ora, ponhamos em descanso esta afirmação de Coviello e vamos confrontá-la com os factos, com uma fundação e com uma corporação, e vejamos o que há de verdade no que êle diz.

Uma associação, uma sociedade, um sindicato são corporações.

Supunhamos, pois, uma sociedade anónima. Quem é que determina os interêsses da sociedade anónima? Quem é que busca atingir o interêsse coletivo?

E' a vontade dos sócios. Os sócios reunem-se em assembleia geral, escolhem uma direcção, que administra, escolhem um conselho fiscal que fiscalisa os actos de administração. A administração é que defende os interêsses da sociedade; a administração é que age, é que actua no sentido dos interêsses da sociedade.

Por conseqüência, a vontade dinâmica da sociedade é uma vontade que está dentro da sociedade, é a vontade dos sócios, é uma vontade que actua de dentro da sociedade para fora.

Vejamos agora uma fundação. Por exemplo, a "Cama Chamberlain" da Maternidade, cuja criação é recente e que os Srs. conhecem, de certo, pelos jornais.

Quem é que actua na defesa dos interêsses da fundação? Quem é que defende o interêsse colectivo que a fundação representa? É a vontade de alguém que está dentro da fundação? Não é. E' a vontade do fundador; é uma vontade, portanto, que vem de fora para dentro, é uma vontade transcendente à fundação, e não uma vontade imanente como na corporação;

Mas — dizia eu há pouco — tanto numa como noutra existem os elementos: *grupo de pessoas*, (que nos exemplos que dei são os sócios na sociedade, são os beneficiários, na fundação), *agregado de bens* (o capital social da sociedade e os bens que sustentam a cama da maternidade). Por conseqüência, debaixo do ponto de vista da organização, as pessoas colectivas são ou corporações ou fundações.

Mas umas como outras podem ser de direito público e de direito privado. Temos, pois, possoas colectivas de direito público e pessoas colectivas de direito privado. Pessoas colectivas de direito público são, na terminologia do

nosso Código, as pessoas morais que têm um fim de utilidade pública.

Diz o art 32.º:

«Dizem-se pessoas morais as associações ou corporações temporárias ou perpétuas, fundadas com algum fim ou por algum motivo de utilidade pública, ou de utilidade pública e particular conjuntamehte, que nas suas relações civis representam uma individualidade jurídida».

Podem ter ou não *imperium*. E, por conseqüência, há pessoas colectivas de direito público com *imperium*, com autoridade pública, e há pessoas colectivas de direito público sem *imperium*.

O art. 37.º do Código Civil refere-se a várias pessoas colectivas de direito público: o Estado, as colónias, as províncias, os concelhos, as freguesias e quaisquer corporações administrativas; assentemos, pois, também nesta classificação: pessoas colectivas de direito público e pessoas colectivas de direito privado; as pessoas de direito privado ou de utilidade pública e particular conjuntamente ou só de utilidade particular podem ser ou de fins interessados ou de fins desinteressados. As pessoas de fins interessados ainda podem ser pessoas de fins interessados ideais, pessoas de fins interessados económicos e pessoas de fins interessados lucrativos. As pessoas de fins desinteressados e as de fins interessados ideais e económicos são pessoas de utilidade pública e privada conjuntamente. As pessoas de fins lucrativos, a que se refere o art. 39.º, são pessoas de interêsse simplesmente particular.

Um club — o Sporting, o Belenenses, o Foot-Ball Club do Pôrto — são pessoas, na técnica do nosso Código, de utilidade pública e privada conjuntamente.

A Sociedade de Geografia é uma pessoa de fim ideal.

Um sindicato é uma pessoa de fins económicos. Uma associação de socorros mútuos é uma pessoa de fins económicos. Uma sociedade é uma pessoa de fins lucrativos. Um hospital é uma pessoa de fins desinteressados.

Surge aqui uma questão que apresenta dificuldades, que é a de saber se as sociedades lucrativas a que se refere o art. 39.º têm realmente personalidade jurídica, se são pessoas colectivas.

A questão tem passado por várias fases.

Antigamente, dizia-se que nem as sociedades civis nem as sociedades comerciais (excepto as sociedades anónimas) eram pessoas colectivas.

Noutra fase já se opinava que as sociedades comerciais eram pessoas colectivas e que só as sociedades civis o não eram.

Na fase actual, embora a questão ainda hoje não seja puramente líquida, diz-se que as sociedades comerciais são pessoas colectivas, e a maioria dos escritores admite que também as sociedades civis o são.

Mas, diz o art. 1781.º:

«As pessoas morais podem suceder por testamento, tanto a título de herdeiras, como de legatárias.

§ único. Exceptuam-se as corporações de instituïção eclesiástica, as quais só poderão suceder até o valor do têrço da têrça do testador».

Portanto, as sociedades podem ainda ser *sociedades civis* e *sociedaaes eclesiásticas*.

Este artigo foi modifidado pela lei de 20 de Abril de 1911 — a lei da separação do Estado da Igreja. Mas, depois, veio uma lei de 22 de Fevereiro de 1918 (era então ministro da Justiça o sr. dr. Moura Pinto) que revogou a lei

de 20 de Abril de 1911 e restabeleceu a disposição do Código Civil.

Este artigo não foi modificado pelo decreto 19.126. Por conseqüência, hoje, o art. 1.781.º do Código Civil está em vigor, já porque não foi alterado pelo dec. 19.126, já porque antes desta data tinha sido estabelecido pela lei de 22-2-1918, com base neste artigo formamos uma outra classificação: pessoas colectivas civis e pessoas colectivas eclesiásticas.

Como já dissemos (e não o podemos esquecer) também há pessoas colectivas perpétuas e pessoas colectivas temporárias. E é relevante esta classificação quanto à capacidade para adquirir bens.

Com efeito, diz o art. 35.º:

«*As associações e corporações perpétuas de utilidade pública poderão adquirir bens imobiliários a título gratuito; mas ficarão sujeitas ao imposto de transmissão ou sucessão por cada período de trinta anos.*

§ 1.º O que fica disposto na segunda parte dêste artigo não abrange os bens imóveis que forem indispensáveis para o desempenho dos deveres das associações ou corporações, os quais podem também ser adquiridos a título oneroso.

§ 2.º São havidas, para os efeitos declarados nêste artigo, como perpétuas:

1.º As associações ou corporações por tempo ilimitado;

2.º As corporações ou associações, ainda que por tempo limitado, que não tenham por objecto interêsses materiais».

Como vêem, para efeito da capacidade jurídica para adquirir bens, é necessário distinguir essa espécie de pessoas colectivas: pessoas colectivas temporárias e pessoas colectivas perpétuas, e é preciso saber o que deve entender-se por umas e por outras.

Define-as o § 2.º do art. 35.º, como vimos. São pessoas colectivas perpétuas não só as que têm duração ilimitada, mas também as que tendo duração limitada por certo número de anos, não têm no entanto fins materiais ou económicos.

A distinção entre pessoas morais perpétuas e temporárias é útil para sabermos a capacidade das pessoas morais (como o nosso Código diz) para adquirir bens.

Mas, qual será a capacidade jurídica das pessoas colectivas, como eu lhe chamo, ou das pessoas morais, segundo a designação do nosso Código Civil?

Será a mesma das pessoas físicas ou individuais? Ou terão uma capacidade limitade?

Têm uma capacidade limitada: segundo nos diz o art. 34.º

«*As associações ou corporações, que gosam de individualidade jurídica, podem exercer todos os direitos civis, relativos aos interêsses legítimos do seu instituto*».

Só para isto é que têm capacidade. E' o que se chama, em terminologia jurídica, o princípio da especialidade das pessoas colectivas.

Termina aqui a nossa lição e, com ela, o nosso ano.