DR. JOSÉ TAVARES
PROFESSOR DA FACULDADE DE DIREITO

OS PRINCIPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO CIVIL

VOLUME II

Pessoas, cousas, factos jurídicos



COIMBRA EDITORA, LIMITADA=ANTIGA LIVRARIA
FRANÇA & ARMÉNIO=COIMBRA, 1928

SEGUNDA PARTE

TEORIA DA RELAÇÃO JURÍDICA

PRIMEIRA SECÇÃO

PESSOAS

CAPÍTULO I

PESSOAS INDIVIDUAIS

SUMÁRIO:

1. — Conceito de personalidade. Pessoas individuais e colectivas.
2. — Princípio e fim da personalidade do indivíduo.
3. — Condição jurídica do nascituro.
4. — Estado e capacidade civil.
5. — Estado de nacional ou estrangeiro. Adquisição e perda da qualidade de cidadão.
6. — Estado de família. A condição da mulher casada. O direito ao nome.
7. — Estado de sexo.
8. — Estado de idade.
9. — Estado físico e mental.
10. — Condenação penal. Má conduta notória. Estado social.
11. — Domicílio.
12. — Prova e publicidade do estado das pessoas. Registo civil

1. **O conceito de personalidade. Pessoas individuais e colectivas.** — O conceito de *pessoa* ou *personalidade* é uma criação da ordem jurídica, pois a palavra *pessoa*, no sentido técnico jurídico, serve precisamente para designar o *sujeito* das relações

jurídicas, isto é, todo o ente susceptível de direitos e obrigações.

E porque o sujeito natural e visível das relações jurídicas é o indivíduo da espécie humana, concluem muitos dos modernos cultores da sciência do direito que só há pessoas individuais, não passando de mera ficção ou de pura abstracção o conceito duma personalidade colectiva atribuída a certas formações sociais, como o Estado, o município, os institutos de utilidade pública e outros semelhantes.

Nós, porém, entendemos dever manter-se a tradicional distinção das pessoas individuais e colectivas, pois estas, em vez de pura ficção ou abstracção, como pretendem os seus críticos, traduzem antes verdadeiras realidades da vida social e jurídica.

O conceito da personalidade como atributo exclusivo do homem teve a sua formal consagração no primeiro artigo do nosso código civil: «Só o homem é susceptível de direitos e obrigações. Nisto consiste a sua capacidade jurídica, ou a sua personalidade».

Mas êste princípio significa apenas que nenhum dos outros seres da criação, animais, vegetais ou cousas inanimadas, pode ser considerado como sujeito de relações jurídicas, nada obstando porém a conferir-se igualmente a qualidade jurídica de pessoa a certos seres ou instituïções sociais constituídas por homens e para benefício dos homens organizadas.

É inconcebível a personalidade, ou seja a capacidade jurídica, nos animais ou outras cousas do mundo externo, pela razão simples de com tais seres não existirem relações sociais, que só se concebem na vida social do homem.

Mas é perfeitamente compreensível, e na realidade existente, um sistema de relações jurídicas

entre seres ou entidade sociais pelos homens constituídas e organizadas.

Não é na vontade, na inteligência, ou na consciência dos sujeitos, que reside o *substractum* da personalidade, pois que semelhante concepção levaria a negar a personalidade das creanças e dos loucos; e por outro lado levaria ao reconhecimento da capacidade jurídica nos animais que se mostrassem dotados dum certo gráu de inteligência e vontade (1).

O *substractum* da personalidade reside precisamente na concepção da ordem jurídica como um sistema de relações obrigatórias da vida em comunidade.

2. **Princípio e fim da personalidade do indivíduo.**— A personalidade humana surge naturalmente, nasce com o próprio indivíduo, e naturalmente também se extingue com a sua morte.

«A capacidade jurídica adqüire-se pelo nascimento; mas o indivíduo, logo que é procreado, fica debaixo da protecção da lei, e tem-se por nascido para os efeitos declarados no presente código» (art. 6.°).

Para a extinção ou fim da personalidade pela morte não consigna o código um preceito semelhante; mas êste resulta lògicamente dos artt. 1735.° e 1737.°, segundo os quais, a morte duma pessoa importa a transmissão para os seus herdeiros ou legatários de todos os seus direitos e obrigações que não forem meramente pessoais, e que necessàriamente desaparecem com a própria pessoa do seu titular.

Dado o princípio, universalmente aceite, de que a personalidade é uma qualidade jurídica inata do indivíduo, surge naturalmente a dúvida de saber

(1) Coviello, *Manuale di diritto civile*, págs. 141 e 142.

se ela deveria começar com o facto do nascimento, ou antes e logo no momento da concepção.

Mas o direito positivo de todos os povos, desde o antigo direito romano até aos modernos códigos civis, formulou sempre o princípio de que é o nascimento a causa originária da personalidade humana.

E não basta um qualquer nascimento, mais ou menos duvidoso, mais ou menos imperfeito; é necessário que se dê a completa separação do feto do corpo materno—*perfecte natus,* não bastando por isso que tenha saído apenas a cabeça do útero materno, mas não importando, porém, que haja sido já cortado o cordão umbelical, nem tão pouco que a creança tenha saído naturalmente ou por meio de processos cirúrgicos.

O que importa é o nascimento completo, e com vida, isto é, que a creança, depois de ter saído do ventre materno, tenha vivido ao menos um só instante. O que nasce morto não é sujeito jurídico; juridicamente é como se não tivesse nascido, conforme a expressiva sentença de Paulo (D. 50, 16, 129): *qui mortui nascuntur, neque nati, neque procreati videntur, quia nunquam liberi appelari potuerunt.*

Interessa pois sempre saber se a creança veio ao mundo ainda viva, embora morresse logo depois do nascimento, ou se tinha morrido antes de nascer ou morreu durante o parto, pois que no primeiro caso adqüiriu os direitos que porventura lhe houvessem de pertencer, transmitindo-os aos seus herdeiros, emquanto que nos outros o seu nascimento tem-se como não realizado para os efeitos jurídicos (1).

(1) Ferrara, *Trattato di diritto civile,* pág. 463.

E assim, dada a importância da determinação do momento em que começa a personalidade do homem, compreende-se bem como os legisladores de todos os tempos se teem esforçado em formular com a possível precisão os requesitos essenciais da capacidade jurídica, não parecendo suficiente o critério simplista do código alemão, dizendo no seu § 1.° que «a capacidade jurídica do homem começa com o nascimento».

Por isso a maioria dos códigos, e até o brasileiro (art. 4.°), que foi moldado em grande parte no sistema do tipo germânico, se não contentam com o facto material do nascimento, exigindo um segundo requesito, que é a *vida* do feto.

O requesito do nascimento *com vida* não foi formulado no art. 6.° do nosso código, mas foi expressamente consignado nos artt. 110.°, 1479.° e 1776.°, § único, que além disso exigem ainda como essencial o requesito da *figura humana.*

E alguns códigos, como o austríaco (art. 22.°), o francês (art. 725.°), o italiano (art. 724.°) e o espanhol (art. 30.°), exigem ainda, além do nascimento com vida, que a criança nasça viável ou vital, isto é, com as necessárias condições orgânicas de existência e vida.

Era nesta ordem de ideas que o nosso Correia Telles (*Digesto Portuguez,* art. 853.°) considerava *abortivo,* não adquirindo por isso capacidade jurídica, o filho que não tivesse vida durante vinte e quatro horas depois de nascido.

E Coelho da Rocha (*Instituïções,* § 56.°) considerava como condição essencial da personalidade a *capacidade de viver,* não a tendo portanto: 1.° o feto que nasceu morto ou monstruoso; 2.° o abortivo, isto é, o que nasceu vivo, mas antes do período suficiente da gestação, e que por esta causa não podia continuar a viver; divergia da doutrina de

Correia Teles, porque no espaço de vinte e quatro horas podiam surgir outras causas de morte além do defeito de aborto.

A impossibilidade de verificar em muitos casos a vitalidade do feto, e o carácter puramente empírico da fixação de um certo tempo de vida como prova de vitalidade, determinaram o nosso legislador e os legisladores modernos a abandonar êste requesito da personalidade, contentando-se com o nascimento com vida.

O nosso código, porém, e com êle o espanhol, seguindo a tradição do direito romano, ainda admitem a existência de *monstros*, isto é, de seres nascidos de mulher, mas sem figura humana, e por isso insusceptíveis de direitos e obrigações.

Os outros códigos não fazem alusão ao requesito da figura humana, certamente na idea de que a existência de monstros humanos é incompatível com as leis da biologia, segundo as quais se considera impossível que da mulher nasça um ser que não seja humano (1).

Seja como fôr, o certo é que não era necessário consignar na lei o requesito da *figura humana*, pois que, sendo a personalidade ou capacidade jurídica um atributo exclusivo do homem ou das suas instituïções sociais, é evidente que um ser monstruoso, embora nascido de mulher, não seria sujeito jurídico, visto não ser homem, nem instituïção social personificável.

O único requesito essencial da personalidade humana a consignar na lei, no sistema do nosso direito positivo, é portanto o nascimento com vida.

Mas êste era necessário ser expressamente

(1) Dr. Alves Moreira, *Instituições*, I, pág. 166.

declarado, se o legislador assim o queria, não bastando o preceito do nosso art. 6.°, adoptado pelo § 1.° do código alemão, segundo o qual a capacidade jurídica do homem começa ou se adquire com o nascimento. É que dêste modo pode entender-se que também os nados mortos, ou pelo menos os que morreram na ocasião do parto, chegaram a constituir uma personalidade jurídica, embora esta se perdesse ou extinguisse no próprio momento em que começou ou se adquiriu. Esta doutrina seria tanto mais admissível quanto é certo que a clássica sentença de Paulo não pode ser arvorada em preceito jurídico, sem uma declaração incontroversa da lei.

No ponto de vista *de jure constituendo* é mesmo muito discutível qual deveria ser o sistema preferido pela lei, se o simples facto do nascimento, mesmo sem vida, se a sobrevivência do indivíduo ao facto do nascimento.

E para nós, dada a impossibilidade prática de em muitos casos verificar a sobrevivência ao facto do nascimento, julgamos mais jurídica a não exigência do requesito da vida, e até evidentemente mais justa em todos os casos de parto laborioso, em que a creança venha a falecer antes da separação completa do corpo materno, mas tendo-se mostrado não só viva, mas até perfeitamente vital, e tendo até chegado a ver e gozar a luz do mundo ao lado e através do sofrimento da mãe.

Nem se compreende porque é que chegou a ter personalidade jurídica a creança que nasceu quási morta e sem condições de vida, e pelo contrário é negada a personalidade à creança que se apresenta já com a cabeça à luz do dia, e assim se conserva algum tempo, com todas as condições de vitalidade, mas vem afinal a morrer asfixiada ou estrangulada na complicação dum parto infeliz.

Não hesitaríamos até em atribuir à concepção, em vez do nascimento, a origem da personalidade humana.

É que a personalidade ou capacidade jurídica, como qualidade inata do indivíduo humano, só se concebe como atributo inerente ao próprio *ser*, como uma consequência imediata da formação e existência do organismo do indivíduo.

Ora êste ser, êste organismo, forma-se pelo fenómeno biológico da concepção, começa a existir, a viver, e a desenvolver-se desde êsse momento; desde então começa a ser protegido pela lei para diversos efeitos jurídicos (art. 6.º, 157.º, 1479.º, 1776.º....); e por isso desde logo deveria ser reconhecida a sua personalidade.

Mas qual será a verdadeira razão porque todo o direito positivo, e em conformidade com êste pode dizer-se toda a doutrina dos escritores, só ao facto do nascimento atribui a virtude de constituir a personalidade?

A própria incerteza e frouxidão dos motivos invocados mostra bem a inconsistência da doutrina.

Há autores que nem mesmo se preocupam com a justificação do princípio. Outros limitam-se a formular conceitos, com aparências de justificação, extraídos das fontes romanas. Assim Ruggiero diz que antes do nascimento o produto do corpo humano não é ainda pessoa, mas parte das vísceras maternas — *Partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur* (Papiniano, D. 9. 1. 35. 2); *Partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum* (Ulpiano, D. 1. 25. 4) (1).

Outros, como o Dr. Alves Moreira, dizem simplesmente que a personalidade depende da existência e o início da vida extra-uterina dá-se pelo nascimento (1).

(1) Ruggiero, *Istituzioni*, 1, pág. 299.

Como se vê, não há nestes conceitos uma decisiva justificação do princípio que faz depender do nascimento a adquisição da personalidade jurídica do homem.

Foi Coviello, um dos mais notáveis representantes do moderna escola italiana, quem se propôs formular mais precisamente a razão justificativa do princípio do nascimento, dizendo «pois que êste é o momento em que o feto pode ser objecto de uma protecção jurídica independente da que se refere à mãe» (2).

Mas deve reconhecer-se também que esta doutrina é insuficiente, até mesmo em face do código italiano, que nos seus artt. 236.º e 724.º institue para os nascituros uma protecção jurídica idêntica à dos artt. 157.º e 1776.º do nosso código; e mais o é ainda perante os princípios da Justiça, porque nada obsta, e antes tudo aconselha, a que a lei dite cuidadosas normas de protecção para a guarda e defeza dos interesses dos nascituros.

Em nosso entender, a única razão plausível para fazer depender do nascimento a origem da personalidade é que, sendo esta produto e condição da organização jurídica das relações sociais, só se concebe em seres que destas relações já sejam susceptíveis, isto é, que já tenham uma existência própria e autónoma, a qual só se verifica depois do nascimento.

Esta mesma explicação é, porém, ainda insuficiente, porque levaria lògicamente a concluir que a personalidade do homem só deveria ser reconhe-

(1) Dr. Alves Moreira, *Inst.*, 1, pág. 164.
(2) Coviello, pág. 144.

cida no momento em que êle efectivamente atinge as condições de capacidade natural para entrar na vida das relações sociais.

Mas porque a personalidade jurídica do homem é um atributo do próprio ser, necessário à garantia dos seus legítimos interesses, e pois que êle e êstes existem desde o facto da concepção, é a êste momento que nós preferiríamos atribuir a origem da personalidade.

Mas o direito positivo exige o nascimento com vida.

E a vida revela-se por um complexo de fenómenos fisiológicos, sendo o mais característico e decisivo o da respiração.

No antigo direito comum exigiam-se como sinais reveladores da vida, ou o vagido, ou que a criança abrisse os olhos; mas o direito moderno não considera indispensáveis tais requesitos; não bastam porém como demonstração da vida quaisquer movimentos do feto, que bem podem ser meros reflexos do corpo materno, e não um índice seguro de uma vida autónoma. A prova do nascimento e da vida deve ser feita por quem pretende qualquer direito que seja precisamente fundado no facto da existência física do indivíduo; na falta de provas directas, poderá recorrer-se à prova indirecta de tetemnnhas e exames periciais, contanto que a prova fornecida seja inequívoca e decisiva, visto que a lei não admite para o caso nenhuma espécie de presunções.

Assente o princípio de que a capacidade jurídica se adquire pelo nascimento com vida, importa fixar exactamente aquele momento, para que seja possível determinar os direitos que ao nascido tenham advindo da morte de outra pessoa, ou os que por morte dêle hajam de passar para outra que lhe sobreviva. Para isso seria necessário que

no assento do nascimento se mencionasse não só a hora em que êste teve lugar, como preceitua o art. 141.º do código do registo civil, mas até o próprio minuto, como mais avisadamente determina o art. 146.º para o caso de nascimento de dois ou mais gémeos.

No caso de parto múltiplo, mesmo depois da abolição dos morgados e dos prazos de vidas, o direito de primogenitura pode ter importância não só nas doações *mortis causa* em favor do primeiro descendente de certa e determinada pessoa, mas ainda em certas preferências determinadas pela idade, como nos casos dos art. 320.º, n.º 3.º, 2068.º, n.º 3.º, do código civil, e outros semelhantes. Em tais casos, e nos termos dos art. 6.º do código civil, 145.º e 146.º do código do registo civil, não pode deixar de se conferir a primogenitura àquele dos gémeos que primeiro estiver inscrito no respectivo assento, salva em todo o caso a prova firme em contrário.

Das diversas causas que no direito antigo podiam dar lugar à extinção da capacidade jurídica uma só se mantém no direito moderno: é a morte da pessoa — *mors omnia solvit*. A morte é o fim da pessoa física, de modo que desaparecendo o sujeito acabam necessàriamente para êle todos os direitos que lhe pertenciam: emquanto alguns se extinguem inteiramente, outros passam para os seus sucessores, ou permanecem *in suspenso* na espectativa de que um herdeiro tome o lugar do defunto.

Não pode porisso, diz Ruggiero, depois da morte falar-se mais de pessoa e de sujeito; e nem mesmo quando o direito, em algumas particulares circunstâncias, faz abstracção da morte para admitir a realização de alguns actos respeitantes à pessoa do falecido. E isto acontece em alguns ins-

titutos singulares, com base num processo análogo ao que tem lugar para o embrião; assim como para êste se antecipa o momento do nascimento, fazendo-se retrotraír o princípio da existência ao momento da concepção, assim também para o defunto se considera como não atingido ainda completamente o seu termo, para que se tornem possíveis alguns actos que directa ou indirectamente lhe dizem respeito; com esta diferença, porém, que emquanto a suposição de vida para o não nascido se admite sòmente *quotiens de commodis ejus agatur*, a mesma se admite para o morto ainda quando o efeito teria podido em vida ser-lhe desfavorável.

Sob o primeiro aspecto são particularmente importantes dois casos: o da legitimação ou perfilhação (cód. do reg. civ., art. 229.º e 284 º, n.º 1.º) de filhos já falecidos que deixaram descendentes, e o da reabilitação da memória do condenado, quando pela revisão do processo se anula a respectiva sentença, ainda que entretanto êle haja falecido.

No segundo aspecto pode recordar-se a disposição da lei (cód. proc. com., art. 186.º) que permite a declaração de falência do comerciante até dois anos depois da sua morte.

A prova da morte duma pessoa, assim como a da vida, tem de ser feita pelo interessado que nela funda o seu pretenso direito (art. 2405.º); e faz-se com as certidões dos assentos do registo do estado civil, e na falta dêste por qualquer outro meio legal de prova, conforme os art. 4.º e 5.º do código do registo civil.

Mas não estabelece o nosso direito presunções de morte, por maior que seja o tempo decorrido desde o nascimento duma pessoa, cuja existência seja desconhecida por motivo de ausência ou desaparecimento; o termo de 100 anos, que algumas legis-

lações antigas consideravam o máximo da vida humana, ou ainda um período mais longo, não são suficientes para fazer declarar a morte, desde que por outros meios equivalentes aos actos do registo do estado civil não seja possível fazer a sua prova (1).

Em sentido contrário dizia o Dr. Alves Moreira: «O facto da morte prova-se pelos meios estabelecidos na lei, e, no caso de ausência, em que se ignora se o indivíduo é vivo ou morto, *presume-se a morte*, desde que o ausente haja completado noventa e cinco anos de idade, ou vinte de ausência contínua, contados desde o momento em que se deu o desaparecimento ou da data da expedição das últimas notícias. A presunção de morte em virtude da ausência cessa perante a prova de que o ausente existe, tendo êste direito a rehaver os seus bens e subsistindo as relações de família. Assim, se a mulher dum ausente, que se presumia morto, houver contraído segundas núpcias, estas serão nulas, embora tendo sido contraídas de boa fé, produzam os mesmos efeitos jurídicos relativamente aos cônjuges e aos filhos, que se fôssem válidas (art. 1091.º e 1092.º)» (2).

A doutrina do grande professor seria admissível se algum preceito da lei formulasse semelhante presunção; mas a verdade é que a não formula, e por isso o mais que a êste respeito se pode dizer é que o código nos art. 78.º-80.º tem por base ou presuposto a presunção de morte do ausente, mas só para o efeito de chamar à sucessão os seus herdeiros (3).

---

(1) Ruggiero, I, pág. 338 e 339.
(2) Dr. Alves Moreira, *Inst.*, I, pág. 233.
(3) Cfr. *Os Princípios Fundamentais*, I, pág. 804.

Com razão sustentava o Dr. Dias Ferreira que o cônjuge do ausente não pode contrair segundas núpcias, embora hajam decorrido vinte anos de ausência sem notícias ou o ausente tenha completado noventa e cinco anos de idade, porque sem a certeza real da morte não se julga dissolvido o matrimónio, nem as providências sôbre ausência respeitam senão aos bens (1).

E o Dr. Alves Moreira comenta: «Não se nos afigura admissível esta doutrina. Estabelecida legalmente a presunção de morte, essa presunção deve produzir todos os seus efeitos, e não há disposição alguma em que se proïba que a mulher do ausente contráia sugundas núpcias» (2).

Mas, como já observámos, a lei não estabelece tal presunção; e a disposição da lei a proïbir o casamento do cônjuge do ausente, emquanto se não verificar a morte dêste, existe: era o art. 1073.°, n.° 5.° do código civil, ou seja, o art. 4.°, n.° 6.°, do decreto-lei do casamento civil, que proïbe o casamento aos ligados por outro casamento ainda não dissolvido.

Actualmente, em face das disposições dos artt. 189.°, 281.° e 282.° do código do registo civil, a questão parece-nos definitivamente resolvida: o cônjuge do ausente só poderá contrair segundas núpcias, obtendo uma sentença em processo de justificação avulsa, em que se dê por verificada a morte do ausente em qualquer desastre, embora não tenha sido possível encontrar o cadáver, e com base na qual se pode e deve lavrar o respectivo assento do óbito.

Mas, em tal caso, a morte tem-se como real-

(1) Dr. Dias Ferreira, *Código Civil Anotado*, I, pág. 81.
(2) Dr. Alves Moreira, pág. 234.

mente verificada, ficou legalmente dissolvido o matrimónio, e portanto as segundas núpcias ficam vàlidamente contraídas, não devendo anular-se pelo aparecimento do ausente.

Não sòmente a morte tem de ser provada por quem no facto tem interesse, mas também o próprio momento da morte, sempre que o pretenso direito depende da morte de certa pessoa em um determinado momento, como acontece freqüentemente nas relações sucessórias entre pessoas falecidas contemporâneamente.

Se esta prova é simples quando do assento do óbito conste precisamente o momento da morte, pode ser difícil, e às vezes torna-se impossível, quando duas ou mais pessoas morrem conjuntamente no mesmo desastre, como terramoto, naufrágio, descarrilamento, guerra, etc.

O direito romano, para resolver a dificuldade da prova, estabeleceu um sistema de presunções de prefalecimento, mas limitadas às hipóteses em que se tratasse de pais e filhos: presumia-se premorto o pai ou a mãe, se o filho era púbere, e premorto o filho, se era impúbere, partindo da maior ou menor probabilidade da resistência que a juventude opõe ao perigo.

Fora dêstes casos, prevàlecia a regra geral do encargo da prova para aquele que pretende o direito fundado na prioridade da morte de uma entre duas ou mais pessoas, de modo que, na falta dessa prova, nenhuma delas podia considerar-se sobrevivente à outra, considerando-se falecidas no mesmo instante, não se podendo por conseqüência fazer valer o pretendido direito.

Estas presunções de prefalecimento foram ampliadas e multiplicadas pelo direito comum, que julgou conveniente resolver o problema também fora das relações de descendência; e o código fran-

cês, seguindo êsse caminho, formulou um quási completo sistema de presunções fundadas no dúplo critério da idade e do sexo. Assim, entre dois falecidos no mesmo desastre presume-se:

a) sobrevivente o mais velho, se ambos eram menores de 15 anos;

b) o mais novo, se maiores de 60 anos;

c) o mais novo, se um era menor de 15 e outro maior de 60 anos;

d) pertencendo ambos à idade de 15 a 60 anos, o mais novo, se eram do mesmo sexo;

e) o varão, se eram de sexo diverso, quando fossem da mesma idade, ou a diferença não excedesse um ano (artt. 721.° e 722.°).

Êste sistema complicado de presunções, de resto insuficiente, foi justamente abandonado pela maior parte dos códigos modernos, que, como o nosso (art. 1738.°), o italiano (art. 924.°), e o brasileiro (art. 11.°), estabelecem a presunção de morte simultânea, sempre que não possa averiguar-se qual dos falecidos contemporâneamente se finou primeiro, de modo que entre êles se não dá a relação de direito sucessório.

Para facilitar a prova do prefalecimento de pessoas falecidas contemporâneamente, deveria mencionar-se no registo do óbito, não apenas a hora, como determina o art. 252.°, n.° 5.°, do código do registo civil, mas também tanto quanto seja possível o preciso momento da morte, como se dispõe no art. 146.° para o nascimento de gémeos.

A presunção de morte simultânea, embora estabelecida pelo código para o direito de sucessão, deve igualmente aplicar-se (art. 16.°) a todos os casos análogos, para qualquer outro efeito jurídico que dependa da prioridade da morte de uma pessoa em relacão a outra. É o que acontece por exemplo nas doações com cláusula de reversão (art. 1473.°):

se a reversão foi estipulada para o caso de o donatário morrer antes do doador sem deixar descendentes, e se êstes e o donatário morrem na mesma ocasião, não podendo saber-se qual se finou primeiro, tem lugar a presunção da morte simultânea, verifica-se portanto o pressuposto da reversão, e devem os bens doados voltar ao domínio do doador; mas se o acidente da morte contemporânea abrange também o doador, não haverá lugar à reversão, porque a presunção da morte simultânea exclui o pressuposto do prefalecimento do donatário.

3. **Condição jurídica do nascituro.** — Com base no princípio que faz depender do nascimento a origem da capacidade jurídica, os autores formulam geralmente a doutrina de que antes do nascimento o indivíduo não tem, não pode constituir uma personalidade (1).

O nascituro não tem direitos, mas vale apenas como *spes hominis* (2).

Comtudo a protecção de que a lei cerca o indivíduo, logo que é procreado, tem um carácter tão intensamente jurídico, que bem pode dizer-se que o embrião constitui já uma certa personalidade, embora não tenha a plena capacidade jurídica, a qual só se adquire pelo nascimento.

Êste conceito duma personalidade jurídica restrita do feto, durante a vida intra-uterina, é o que melhor corresponde à realidade da vida, e é particularmente verdadeiro no sistema do nosso direito.

---

(1) Coviello, pág. 144; Ruggiero, pág. 299; Dr. Alves Moreira, pág. 164, 167.

(2) Ferrara, pág. 466.

Já o art. 6.° do código civil o exprimiu, dizendo que o indivíduo, logo que é procreado, tem-se por nascido para os efeitos declarados na lei.

Igualmente o exprimiu o art. 1776.°, contando o embrião entre as creaturas existentes, capazes de adquirir por testamento.

Mas onde a lei consigna expressa e formalmente o conceito da personalidade do feto, antes do nascimento, é no art. 38.° do decreto n.° 2 de 25 de dezembro de 1910, determinando que a acção de investigação de paternidade ilegítima pode ser proposta, ainda antes do nascimento do filho, pela mãe grávida, *em nome dêle,* contanto que faça verificar prèviamente a gravidez, nos termos do art. 650.° do código de processo civil.

E não há, diz Chironi, na protecção que a lei confere ao nascituro já concebido, uma ficção: «o feto, embora oculto no útero materno, *vive;* e assim como esta vida revela o processo de formação do organismo, que, segundo a ordem necessária da natureza, deve desenvolver-se e completar-se em prazos fixos, a lei, durante êsse período, em que não há ainda o homem, mas em que êle se forma, considera essa *esperança de homem* como um ente ao qual é justo conservar os interesses que pelo seu nascimento e existência como pessoa serão reconhecidos como *direitos*» (1).

A equiparação do concebido ao nascido *(conceptus pro nato habetur)* é feita pela lei apenas no interesse dêle, de modo que não aproveita aos outros, como já se dizia na sentença de Paulo — *Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quoties de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit* (D. 7. 1. 5), que mais tarde os comentadores reduziram à máxima — *Nasciturus pro jam nato habetur quoties de ejus commodis agitur.*

(1) Chironi e Abello, *Trattato,* 1, pág. 175

A lei coloca-o sob a sua protecção, tendo-o como nascido apenas para o efeito de haver, quando nasça com vida, os interesses que lhe advierem no período da gestação, mas não para os transmitir; de modo que se nasce morto, nada pertencerá aos que seriam seus herdeiros, se tivesse nascido com vida (art. 6.°, 1479.°, 1776.°).

Entretanto é de notar que a regra do reconhecimento da existência jurídica do concebido, apenas para a defesa dos seus próprios interesses, tem na nossa lei uma excepção, em favor da mãe pobre de filho ilegítimo, pois que ela pode, quando intentar a acção de paternidade ilegítima, nos termos dos artt. 38.°, 47.° e 48.° do decreto de 25 de dezembro de 1910, exigir não só os necessários alimentos, mas também a indemnização de todas as despesas com a gravidês e com o parto, e ainda de todos os prejuízos que necessàriamente lhe resultarem dêsses factos.

A protecção jurídica dos nascituros revela-se não só na ordem civil, mas ainda na ordem penal e administrativa.

Na administração pública deve ela praticar-se pela instituïção de maternidades e outras obras de assistência às mulheres grávidas, no sentido de promover o mais perfeito desenvolvimento de todos os nascituros e assegurar o melhor êxito dos partos.

Na ordem penal a protecção realiza-se pela punição do crime de abôrto (cód. pen., art. 358.°) e pela suspensão das penas graves impostas à mulher grávida, até passar um mês depois de

terminado o estado de gravidês (cód. pen., art. 113.°) (1).

A protecção civil do nascituro manifesta-se por dois modos: por um lado, com a instituïção do curador ao ventre, que pode ser nomeado pelo juiz quando uma viúva fica grávida à morte do marido (art. 157.°); mas, pelo menos entre nós, pode dizer-se que se trata de uma instituïção puramente arcáica (2); por outro lado, reservando-se a favor do nascituro, e acautelando devidamente, os direitos provenientes de doação ou sucessão (artt. 1479.°, 1776.°, 1777.°, 1867.° e 1824.°).

No rigor do direito strito, diz Ferrara, uma disposição em favor de um concebido deveria dizer-se nula, porque falta o sujeito adquirente, mas a lei mantém tal disposição, que fica suspensa até ao nascimento. Decerto se o concebido não chega à existência, a disposição caduca; mas se o embrião vem à luz com vida, a disposição vale com efeito retroactivo ao tempo da concepção.

E o nosso código (art. 1777.° e 1867.°), assim como o italiano (art. 764.°), contêm uma disposição ainda mais anómala, pois admite a validade de disposições a favor de nascituros filhos de certas e determinadas pessoas vivas ao tempo da morte do testador, mesmo que não estejam ainda concebidos.

O embrião é considerado, tanto para as doações como para as heranças ou legados, como sendo já nascido: dá-se em certo modo, como diz Planiol,

(1) É já do mais antigo direito romano o preceito que suspendia a execução capital de mulher grávida (D. 3. 48. 19), que passou para as legislações modernas — Pacchioni, *Corso di Diritto Romano*, II, pág. 88; Dr. Luís Osório, *Notas ao Código Penal*, I, pág. 373.

(2) *Os Princípios*, I, pág. 777.

uma *antecipação da personalidade* (1); é a máxima *conceptus pro nato habetur*.

Mas esta regra é por muitos considerada uma pura ficção dogmática insusceptível de ser generalizada. Nem sempre que esteja em jôgo o interesse do embrião êste deve ser considerado como sujeito existente, mas sòmente nos casos estabelecidos pela lei, e assim a regra vale apenas como síntese dos casos positivamente contemplados (2).

4. **Estado e capacidade civil** — A doutrina do *estado* e da *capacidade civil* no direito romano fôra construída, como é sabido, sôbre o conceito do tríplice *status*, de que podiam gozar as pessoas — *status libertatis, status civitatis, status familiae* — constituindo os dois primeiros condição essencial da capacidade jurídica, e determinando o último a distinção entre pessoas *sui juris* e pessoas *alieni juris*, em virtude da qual estas últimas, estando sujeitas ao podêr de outrem, eram afectadas de incapacidade na esfera do direito privado.

Muito diversa é a doutrina do estado e da capacidade civil no direito moderno: abolida a instituïção da escravatura, equiparada a condição do estrangeiro à do cidadão quanto ao gôzo dos direitos civis (art. 26.°), transformados profundamente o conteúdo e a essência dos poderes familiares, que já não absorvem como outrora a capacidade jurídica dos indivíduos, a única condição para ser sujeito de direitos é o facto de ser homem.

A capacidade jurídica, isto é, a idoneidade para ser sujeito de direitos, pertence portanto a toda a gente; mas pode ser limitada pela ordem jurídica, sendo negada ao sujeito relativamente a alguns

(1) Planiol, *Traité de Droit Civil*, I, n.° 367.

(2) Ferrara, págs. 466 e 467.

direitos, por motivo de sexo, de idade, de saúde física ou mental, ou ainda por efeito de condenação penal. Assim, por exemplo, falta a capacidade jurídica à mulher dum modo geral para os direitos políticos, ao menor de quatorze anos para fazer testamento, à mulher menor de desasseis anos e ao homem menor de dezoito, assim como aos dementes, para contrair matrimónio, aos cegos e aos que não sabem ou não podem ler para fazer testamento cerrado, ao cônjuge condenado pelo crime do homicídio na pessoa do seu consorte, para casar com o condenado pelo mesmo crime. Mas tais limitações, por mais importantes que sejam, nunca podem ir até ao ponto de aniquilar a capacidade jurídica, destruindo a personalidade do homem: a morte civil, que as legislações antigas admitiam, foi completamente banida dos códigos modernos.

Mas é necessário distinguir a capacidade jurídica ou de gôzo de direitos, cujo conceito coïncide com o de personalidade, da *capacidade de agir* ou de exercer os próprios direitos, isto é, a idoneidade do sujeito para praticar actos jurídicos. E que, se aquela não exige, em regra, senão a existência da pessoa, esta exige além disso uma efectiva capacidade de querer, que nem todas as pessoas teem, podendo em algumas faltar por causas diversas, como a menoridade, a enfermidade, o casamento ou uma determinada situação jurídica e social. Intervem em tais casos o instituto da *representação*, em virtude do qual outras pessoas procedèm em nome e no interêsse do sujeito incapaz, adquirindo por êle ou transmitindo os seus direitos; é o que acontece, por exemplo, com os menores não emancipados, com os interditos e com os comerciantes falidos, cuja representação é exercida pelos pais, tutores, curadores ou administradores.

Vê-se portanto que a capacidade de direitos e

obrigações civis, ou seja a *capacidade civil* das pessoas, tanto a capacidade jurídica geral ou abstracta, como a capacidade concreta de agir, não é igual para todos os indivíduos; mas depende de um conjunto de qualidades, circunstâncias ou situações pessoais do indivíduo, que determinam a sua posição jurídica na ordem social, isto é, o seu *estado*. A igualdade jurídica das pessoas (art. 7.°) não significa identidade de posição jurídica, pois que não podem tratar-se dum modo igual seres realmente desiguais. As pessoas de facto apresentam diversidades naturais entre si, quer de desenvolvimento físico ou mental, quer de sexo ou posição na família, quer de condição social, ou podem encontrar-se em certos estados legalmente determinados, que teem influência sôbre a sua capacidade civil. O direito não pode desconhecer estas variedades orgânicas, psíquicas ou civis, e deve tomá-las em consideração, proporcionando a capacidade de agir às diversas condições da pessoa. Essas diversas qualidades ou estados são: o sexo, a idade, as enfermidades físicas e mentais, a posição da mulher na família, a condenação penal, a má conduta notória e o estado social (1).

Estas situações ou qualidades caracterizam jurìdicamente a pessoa, são o seu estado jurídico, que determina a esfera ou medida da sua capacidade civil, e por isso se chama o *estado pessoal* ou o *estado civil*.

Na doutrina francesa e italiana é corrente o conceito de *estado da pessoa* para significar tècnicamente a posição do indivíduo na sociedade política e na família (2).

---

(1) Ferrara, pág. 489.

(2) Coviello, pág. 148; Ferrara, pàg. 337; Colin et Capitant, *Cours*, I, págs. 112 e 383.

Tal conceito, porém, tem um valor histórico, que no direito moderno perdeu o seu significado, pois que o estado das pessoas abrange também tôdas as outras qualidades ou situações jurídicas que determinam a esfera e a medida da capacidade civil. Estado e qualidade jurídica são conceitos idênticos.

Aquele conceito clássico do estado civil conserva-se na terminologia moderna como reminiscência verbal da concepção romana dos três *status;* mas bem profundas são as diferenças que separam o direito antigo do moderno. Com efeito, no direito romano, para se ter capacidade era necessário ter o *status libertatis* (ser livre e não escravo), o *status civitatis* (ser cidadão, porque o estrangeiro estava fora do *jus civile*), e o *status familiae* (ser *sui juris*, os filhos estavam *sub potestate*). O estado era portanto um pressuposto ou condição da personalidade jurídica. Hoje, porém, que a personalidade é reconhecida indistintamente a todos os homens, que não há mais escravos, que os estrangeiros gozam dos direitos civis, e que a posição na família não altera a capacidade de direito, o *status* não é mais uma condição para adquirir a capacidade, mas sim um modo de ser, uma *qualificação* da pessoa, e por isso não difere de qualquer outra qualidade jurídica que pode caracterizar o sujeito, como a condição de menor, de interdito, de condenado, de falido e semelhantes. Alguns escritores defendem ainda no direito moderno o conceito clássico do *estado*, notando que diferentemente das outras qualidades jurídicas, que são *acidentais* e *transitórias*, o estado tem os caracteres de *necessidade* e *permanência*. (1) Ainda

(1) Coviello, pág. 148 e 149; Capitant, *Introduction*, pág. 118.

que isto assim fôsse, não era bastante para constituir uma categoria jurídica àparte. Mas nem isso é verdade, porque a nacionalidade pode mudar-se, e até há indivíduos, os sem pátria, que não pertencem a nacionalidade alguma; e por outro lado as relações de família faltam a alguns indivíduos, como os filhos de pais incógnitos. Acresce ainda que no mesmo sentido uma relação de permanência e necessidade se verifica também na ligação da pessoa a um certo lugar (domicílio, residência), a qual todavia não entra nos elementos constitutivos do *status*. Além disso os caracteres de intransmissibilidade e irrenunciabilidade não são específicos do *status*, mas comuns a todas as qualidades jurídicas, resultantes como conseqüência do princípio que funda no *jus publicum* a capacidade das pessoas, e, portanto, a todas as condições que caracterizam os seus diversos aspectos.

E assim o direito moderno realizou uma profunda transformação do conceito de estado, o seu alargamento, de modo a compreender todos os lados da condição jurídica da pessoa (1).

Mas qual é na técnica do nosso direito positivo o significado e alcance da palavra *estado?* Será o mesmo que a expressão *estado civil?*

O problema foi cuidadosamente estudado pelo nosso ilustre colega Dr. Carneiro Pacheco, numa interessante monografia—*Do êrro acêrca da pessoa como causa de nulidade do casamento,* concluindo que a palavra *estado*, quando referida a pessoas, tanto no código civil como no do registo civil, significa sempre o *estado civil*, e que por isso o mesmo sentido deve atribuir-se-lhe no n.º 1.º do art. 20.º do decreto-lei do casamento civil.

(1) Planiol, 1, n.º 419; Ferrara, págs. 337 e 338.

Nós, porém, sustentamos que a palavra *estado*, mesmo no sentido de *estado jurídico*, e precisamente como o define o Dr. Pacheco na citada monografia, não é o mesmo que *estado civil*.

O *estado* é, com efeito, como ali se diz, o complexo de qualidades jurídicas que determinam a medida dos poderes jurídicos que formam a capacidade da pessoa.

Ora, o que se chama *estado civil*, conforme resulta da própria natureza e conteúdo dos actos qualificados como pertencentes ao estado civil, nos termos do código do registo civil e da lei complementar de 10 de julho de 1912, é apenas o que se refere aos *nascimentos, casamentos* e *óbitos, perfilhações* e *legitimações*, às *emancipações, interdições, naturalizações, perda da qualidade de cidadão português* e *semelhantes* (artt. 2.º, 3.º e 174.º do código, e art. 23.º da lei).

Ora, sendo isto assim, como aliás na referida monografia se expõe, basta ponderar, por exemplo, o estado natural de incapacidade dos dementes não interditos, ou dos que num dado momento se encontram em estado de incapacidade acidental, para se reconhecer logo, e inquestionavelmente, que uma tal situação ou qualidade constitue um *estado jurídico* da pessoa, mas não faz nem pode fazer parte do seu *estado civil*.

Portanto, *estado* e *estado civil* são conceitos diversos, estando entre si na relação de género para espécie. A palavra *estado* abrange mais do que a expressão *estado civil*, compreendendo também todas as situações naturais, morais ou sociais, que segundo a lei influem na determinação da capacidade civil.

De resto, que o código civil também emprega a palavra *estado* em sentido diverso de estado civil é evidente, pelo menos nos artt. 314.º, 1765.º e 2378.º.

Já o nosso grande Coelho da Rocha dizia (*Inst.*, §§ 55.º): «nos homens os direitos variam conforme as diferentes qualidades, posição, ou circunstâncias, em que êles se acham; ou, para nos servirmos da frase dos jurisconsultos romanos, conforme seu diferente *estado*. Estas circunstâncias podem provir ou da natureza, ou da lei civil; e daqui o *estado* pode ser *natural*, ou *civil*».

E assim se vê bem a razão porque nós sustentamos que a palavra *estado* do n.º 1.º do art. 20.º do decreto-lei do casamento civil não é restrita às situações ou qualidades do *estado civil*, mas abrange qualquer *estado natural*, moral ou social dum dos cônjuges, desconhecido do outro, mas bastante grave para que, se fôsse conhecido, o teria determinado a não realizar o casamento (1).

O caso que nos sugeriu aquela interpretação da palavra *estado*, que julgamos a única verdadeira, é o de um esposado saber depois do casamento que a mulher se encontra grávida de relações com outro homem, pois que um tal caso só no n.º 1.º do art. 20.º pode ter cabimento, sendo inadmissível a sua qualificação como defeito físico irremediável (2).

---

(1) *Os Princípios*, I, pág. 716.

(2) Em sentido contrário Dr. Carneiro Pacheco, *Do êrro àcêrca da pessoa como causa de nulidade do casamento*, onde para corroborar a sua doutrina apresenta um parecer médico-legal do Dr. Egas Moniz. Salvo o devido respeito pela autoridade profissional do consultor, nós entendemos que o estado de gravidez normal da mulher é tudo o que há de mais oposto a defeito físico irremediável, é precisamente o contrário.

O estado de gravidez normal da mulher é verdadeiramente o seu estado de perfeição, a realização da sua finalidade, do seu destino natural, moral e social.

5. **Estado de nacional ou estrangeiro. Adquisição e perda da qualidade de cidadão.** — O primeiro elemento ou factor que entra normalmente na formação do estado jurídico do indivíduo é a nacionalidade, isto é, a qualidade de cidadão ou estrangeiro.

A nacionalidade é a situação jurídica do indivíduo como membro da comunidade politicamente organizada, que se chama o Estado.

Os indivíduos que pertencem a um Estado são seus súbditos, cidadãos ou nacionais; todos os outros são estrangeiros.

Alguns autores distinguem entre a *nacionalidade,* que é o vínculo que prende um indivíduo a um determinado grupo étnico (Nação), cuja unidade é determinada por factores múltiplos e variados, como a unidade de língua, de cultura, de tradições, de história, e a *qualidade de cidadão,* que é o vínculo de sujeição ao poder do Estado.

Com efeito, nem sempre as duas relações coïncidem, podendo acontecer que duas ou mais Nações se congreguem no mesmo Estado (Suíça), ou que a mesma Nação se desdobre em Estados diversos (Estados Unidos). —

Mas nos Estados unitários, como o nosso, a distinção não tem importância real, sendo perfeitamente equivalentes os termos *nacional, súbdito* ou *cidadão.*

A nacionalidade dos indivíduos é uma relação jurídica muito complexa, que interessa tanto a esfera dos seus direitos civis como a dos direitos políticos. Pode entretanto dizer-se que a sua importância é ainda maior no campo do direito público que no direito privado, não só porque a sua própria natureza é de carácter essencialmente político, mas porque em regra só os cidadãos gozam dos direitos subjectivos públicos mais importantes, sendo dêles excluídos os estrangeiros, emquanto

que êstes podem também ser investidos nos direitos públicos não políticos, e são equiparados aos nacionais, apenas com algumas restrições, no gôzo dos direitos privados (art. 26.° do cód. civ., e 7.° do cód. com.).

É por isso que ainda hoje é ponto controvertido entre os escritores, se o instituto da nacionalidade deve pertencer aos códigos políticos, como fazia a nossa Carta Constitucional, ou aos códigos civis, como fez o nosso, apesar de elaborado e promulgado no domínio da Carta.

Ora, a verdade é que, não obstante a equiparação de nacionais e estrangeiros no gôzo dos direitos civis, nem por isso o problema da nacionalidade deixa de ter uma importância capital no sistema do direito privado.

Em primeiro lugar o princípio da equiparação não é absoluto e incondicional, estando sujeito a várias limitações ou restrições, que tornam por isso necessária a determinação da condição jurídica dos estrangeiros (1). E, por outro lado, trata-

---

(1) O direito positivo português adoptou desde há muito, na regulamentação da condição jurídica dos estrangeiros, os princípios fundamentais que regem a comunidade internacional dos Estados civilizados, a saber: *recusa* dos direitos políticos; *equiparação,* em regra, em matéria de direitos públicos não políticos e de direitos privados.

O princípio da recusa dos direitos políticos não está expressamente formulado em lei alguma; mas resulta indirectamente de vários preceitos de lei, como por exemplo o art. 3.° do decreto de 2 de dezembro de 1910, que exclue o próprio estrangeiro naturalizado do exercício de funções públicas durante os cinco anos seguintes à naturalização.

Ao lado dêste preceito genérico há muitos diplomas que expressamente excluem os estrangeiros do exercício de certos direitos políticos (Constituição, art. 8.° e 39.°; cód. eleitoral, 1913, art. 1.°; dec. de 24 de outubro de 1901, art. 12.°, e de 29 de novembro de 1901, art. 2.°; dec. de 26 de Maio de 1911,

se evidentemente de uma questão de estado, mesmo na ordem jurídica privada.

Ora, sendo um princípio geralmente consagrado no direito privado internacional, pelo menos na Europa, que as relações jurídicas de carácter prevalentemente pessoal, como o estado e a capacidade civil (art. 27.° do cód. civ., e 12.° do cód. com.), as relações de família e as sucessões, são reguladas pela lei nacional dos sujeitos, parece-nos não haver dúvida de que as condições da adquisição e perda da qualidade de cidadão teem o seu

---

art. 69.°; reg. consular de 7 de março de 1920, art. 23.°, etc.); e muitos outros que implicitamente contêem essa exclusão.

A recusa dos direitos políticos tem pelo menos duas excepções: a da lei de 15 de agosto de 1914 (base 44.ª), lei orgânica da administração das províncias ultramarinas, que reconhece aos estrangeiros em certas condições o direito de elegerem e serem eleitos para os corpos administrativos; e a do reg. consular (art. 23.°), que permite nomear estrangeiros para cônsules e vice-cônsules de 2.ª classe, chanceleres e agentes consulares.

O princípio da equiparação em matéria de direitos públicos não políticos é assim formulado no art. 3.° da Constituição: «A Constituição garante a portugueses e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes»; e em seguida enumera as diferentes garantias individuais.

Êste princípio da igualdade entre nacionais e estrangeiros, quanto aos direitos públicos não políticos, está contudo sujeito a várias restrições, que se referem à liberdade de entrar e residir em Portugal, à liberdade de trabalho, comércio e indústria, à liberdade de reunião, de associação, de imprensa, de consciência e cultos, de ensino, e de acção judiciária.

O princípio da igualdade em matéria de direitos privados é expressamente consignado nos artt. 26.° do código civil e 7.° do código comercial.

Mas também, êste princípio não é absoluto, como se infere do art. 17.° do código civil: «Só os cidadãos portugueses podem

lugar próprio no sistema da codificação do direito civil.

Á complexidade da relação jurídica da nacionalidade corresponde a intrínseca dificuldade da sua disciplina.

Não há um princípio único que possa servir de norma ao legislador para fixar a atribuïção da nacionalidade: ao lado daquele que reclama a qualidade de cidadão para o filho de pai cidadão *(jus sanguinis)*, deve aceitar-se também o que confere

---

gozar plenamente de todos os direitos, que a lei civil reconhece e assegura».

As limitações à regra da equiparação são de três espécies: *incapacidades*, igualdade dependente de *reciprocidade*, e igualdade *condicionada*.

As incapacidades são:

1.ª) Não podem os estrangeiros ser testemunhas instrumentarias, quer em testamento (art. 1966.°), quer em actos entre vivos (art. 2492.°), excepto nos actos exarados nos consulados portuguêses (art. 1962.°, e reg. consular, art. 246.°, § 4.°), bem como nos actos do registo civil (art. 42.° da lei de 10 de julho de 1912). Servindo porém de testemunha instrumentária um estrangeiro geralmente considerado como português, não será porisso nulo o documento, porque o êrro geral e comum não produz nulidade (art. 664.°).

2.ª) Os estrangeiros não podem possuir navios em Portugal (acto de navegação de 8 de julho de 1863, art. 4.°, 5.° e 6.°).

3.ª) O direito dos estrangeiros à indemnização por desastres no trabalho tem uma regulamentação especial no art. 24.° do decreto n.° 5637, de 10 de maio de 1919. Este artigo, ao lado de uma regra de desigualdade a favor dos estrangeiros que se retirem de Portugal, e de um princípio de reciprocidade, estabelece a incapacidade de receber qualquer indemnização para os representantes estrangeiros de operarios estrangeiros que residam no estrangeiro ao tempo do desastre.

4.ª) O comércio bancário nas provincias de S. Tomé e Príncipe, Angola, Cabo Verde e Guiné, é exclusivo de bancos portugueses (dec. n.° 5809, de 30 de maio de 1919).

5.ª) As concessões de construção e exploração de albu-

a mesma qualidade a quem nasce ou se fixa no território do Estado *(jus soli)*; ao lado do princípio que atribui à mulher casada a nacionalidade do marido, para consolidar a unidade do consórcio familiar *(jus matrimonii)*, deve colocar-se o poder da soberania do Estado para a conceder aos estrangeiros que se mostrem merecedores de fazer parte da organização política *(naturalização)* (1).

Dada a liberdade dos diferentes Estados para regularem como quiserem as condições de adquisição e perda da nacionalidade, acontece que as suas leis fazem diversas combinações e aplicações

---

feiras e canais com fins agrícolas só pode ser feita a emprêsas portuguesas (dec. n.º 4505, de 29 de junho de 1918).

6.ª) A fruição das glebas em que forem divididos os baldios cultiváveis, nos termos do decreto n.º 7127.º, de 17 de novembro de 1920, só pode ser concedida a portuguêses.

7.ª) Os estrangeiros não podem pescar nas águas territoriais (lei de 10 de julho de 1917).

O princípio da *reciprocidade*, que antes do código civil determinava a condição jurídica dos estrangeiros, certamente por influência do código civil francês, não desapareceu completamente da nossa legislação. Assim êle vigora ainda em matéria de propriedade literária (art. 578.º), de marcas industriais e comerciais (lei de 21 de maio de 1896, art. 76.º), de desastres no trabalho (dec. n.º 5637, de 10 de maio de 1919, art. 24.º, § 2.º), e de pesca nas águas territoriais (lei de 10 de julho de 1917, art. 2.º).

Finalmente é de notar que a igualdade civil dos estrangeiros é dependente de certas condições: em matéria de concessões de terrenos nas colónias (lei de 9 de maio de 1901, art. 42.º e 43.º, reg. de 9 de setembro de 1901, art. 23.º e 24.º), concessões de energia hidráulica nas colónias (dec. n.º 1143, de 3 de dezembro de 1914, art. 7.º), e ainda em matéria de propriedade industrial.

Para a análise completa dos direitos dos estrangeiros, veja-se o capitulo II do livro I do *Tratado de direito internacional*, do Dr. Vilela.

(1) Ruggiero, pág. 313 e 314.

daqueles princípios, donde resulta que muitas vezes um indivíduo fica sendo cidadão de mais de um país *(plurinacional)*, dando-se então o *conflito positivo* das leis atribuitivas da nacionalidade; e outras vezes ficam os indivíduos sem nacionalidade alguma (o que os italianos chamam *apolide* e os alemães *Heimatlos*), constituíndo a classe dos *sem pátria*, categoria inconcebível numa pura e sã organização da ordem jurídica. Dá-se então o *conflito negativo* das leis da nacionalidade.

Vejamos como se adquire e perde a qualidade de cidadão português.

A nacionalidade adquire-se por um de três factos: a) *nascimento*; b) *casamento*; c) *naturalização*.

a) *Nascimento*. É a principal fonte da nacionalidade segundo a nossa lei.

Mas a determinação da nacionalidade pelo nascimento pode fazer-se, ou pelo princípio do *jus sanguinis*, atribuindo-se ao filho a nacionalidade dos pais, ou pelo *jus soli*, atribuíndo ao indivíduo a nacionalidade do país em que nasceu, ou ainda pela combinação dos dois princípios, atendendo-se umas vezes ao *jus sanguinis* e outras ao *jus soli*.

Daí resultam quatro sistemas: o sistema puro do *jus sanguinis*, o do *jus soli*, o sistema mixto com predomínio do *jus sanguinis*, e o do predomínio do *jus soli*.

O sistema puro do *jus sanguinis* foi o das cidades antigas, que adoptaram o princípio romano, segundo o qual a qualidade de cidadão só se adquiria pela filiação.

O *jus soli* foi o sistema feudal, em que a terra determinava a condição das pessoas. Foi o sistema dominante no direito europeu até ao código de Napoleão, que introduziu o sistema quási puro do *jus sanguinis*, pois só admitia o *jus soli* per-

mitindo que o filho de estrangeiro nascido em França optasse pela nacionalidade francesa quando chegasse à maioridade.

O *jus sanguinis* é ainda o predominante em algumas legislações da Europa (Alemanha, Áustria, Húngria, Noruega, Roménia, Sérvia).

O *jus soli* é o dominante na maior parte das repúblicas sul-americanas.

Nos outros países vigora o sistema mixto, nuns com predomínio do *jus sanguinis* (França, Bélgica, Itália, Espanha, Japão, Suécia, Suíça, etc.) noutros com predomínio do *jus soli*, como entre nós (Inglaterra, Holanda, Dinamarca, Estados-Unidos, México, Colúmbia, Equador, etc.) (1).

O nosso código estabelece no art. 18.° as condições em que se adquire a qualidade de cidadão português; mas deve atender-se também ao § 3.° do art. 51.° do regulamento do recrutamento militar, de 23 de agosto de 1911, onde se reproduziu o art. 18.° do código, com algumas alterações destinadas a completá-lo e esclarecê-lo (2).

O nascimento pode ter lugar no território nacional, no estrangeiro ou no mar.

---

(1) Dr. Machado Vilela, *Tratado elementar teórico e prático de direito internacional privado*, 1, pág. 86 e 87.

(2) «Pelo que respeita à nacionalidade, são portugueses:

1.° Os que nascem no *território da republica* de *pai português, ou de mãe portuguesa*, sendo filhos ilegítimos;

2.° Os que nascem no *território da república*, de pai estrangeiro, contanto que *êste* não resida *ao* serviço da sua Nação, salvo se, *perante a municipalidade da respectiva residência*, declararem por si, sendo *sui-juris*, ou *pelos seus legítimos representantes*, sendo menores *não emancipados*, que não querem ser portugueses;

3.° Os filhos de pai português, ainda quando êste haja sido expulso do *território da república*, e os filhos ilegítimos de mãe portuguesa, nascidos em país estrangeiro, que vierem estabelecer domicílio no *território da república*, ou *que perante os respectivos agentes consulares ou a competente autoridade estrangeira*, declararem por si, sendo *sui-juris* ou pelos *seus legítimos representantes*, sendo menores *não emancipados*, que querem ser portugueses, *devendo, neste caso, os mesmos agentes comunicar a declaração à comissão do recenseamento indicada pelos interessados, nos termos do § 1.° do art. 36.°*;

4.° Os que nascem no *território da república*, de pais incógnitos ou de nacionalidade desconhecida;

5.° *Os que nascem em país estrangeiro de pai português, que ali resida ao serviço de Portugal*;

6.° Os estrangeiros naturalizados».

O nascimento em Portugal abrange três casos: 1) filhos legítimos de pais portugueses, ou só de mãe portuguesa, sendo ilegítimos; 2) filhos de pai estrangeiro; 3) filhos de pais incógnitos ou de nacionalidade desconhecida.

O n.° 1.° do art. 18.° não prevê o caso de os pais de filho legítimo nascido em Portugal terem diferente nacionalidade. Mas deve decidir a nacionalidade do pai (n.° 1.° do § 3.° do art. 51.° do cit. reg. do recrutamento militar, e argumento dos artt. 18.° n.° 6.°, 47.°, 49.°, 138.° e 1107.° do cód. civ.).

Também a lei não prevê o caso de o pai mudar de nacionalidade, ou morrer, entre a concepção e o nascimento do filho. Mas a solução também é nítida, diz o Dr. Vilela: atende-se ao momento do nascimento do filho ou ao momento da morte do pai (1).

Mas a verdade é que o caso de mudança de nacionalidade está compreendido no n.° 2.° do art. 18.°. E para o caso de morte do pai entendemos que a solução não pode ser aquela, mas sim a da nacionalidade da mãe.

---

(1) Dr. Vilela, *Tratado*, pág. 89.

Em segundo lugar o n.º 1.º do art. 18.º declara portugueses os *filhos ilegítimos* nascidos em Portugal *só de mãe portuguesa.*

É claro que esta disposição refere-se só ao caso de o pai ser estrangeiro e de não ter reconhecido o filho antes ou ao mesmo tempo que a mãe: se o pai é português, o caso está compreendido na primeira regra do art. 18.º; se o pai é estrangeiro mas reconheceu o filho antes ou ao mesmo tempo que a mãe, o caso está compreendido na regra do n.º 2.º do art. 18.º.

Mas *quid juris* se o pai reconhece o filho depois da mãe?

Entendemos que conserva a nacionalidade portuguesa, porque esta, uma vez adquirida, só se perde nos casos do art. 22.º.

Em terceiro lugar declara o art. 18.º n.º 2.º, em obediência ao *jus soli,* portugueses os que nascem em Portugal, de pai estrangeiro, contanto que não esteja ao serviço da sua Nação, salvos o direito de opção pela nacionalidade dos pais *(jus sanguinis)* e o de reclamar ou inutilizar essa opção quando haja sido declarada pelos pais ou tutores (art. 18.º, § 2.º).

O confronto do n.º 2.º do art. 18.º com os n.ºs 1.º e 3.º mostra claramente que a palavra *pai* nele empregada, o foi no sentido genérico, isto é, pai ou mãe, e que se refere tanto a filhos legítimos como aos ilegítimos.

Em quarto e último lugar, pelo nascimento em Portugal, são portugueses os filhos de pais incógnitos ou de nacionalidade desconhecida (art. 18.º, n.º 4.º), sendo evidente que neste caso se compreendem com maioria de razão os filhos dos *sem pátria.*

O nascimento no estrangeiro também pode fazer adquirir, *jure sanguinis,* a nacionalidade portuguesa aos filhos de pai português, ou aos filhos ilegítimos de mãe portuguesa, desde que venham estabelecer domicílio em Portugal, ou declararem legalmente que querem ser portugueses (art. 18.º, n.º 3.º e § 1.º).

É o que se chama a nacionalidade por opção, escôlha ou eleição, que pode ser tácita (domicílio) ou expressa (declaração oficial).

Tem-se entendido, por analogia do n.º 2.º do art. 18.º, que esta opção não é necessária para os filhos de portugueses que se encontrem no estrangeiro ao serviço de Portugal, porque êsses teem a qualidade de cidadãos portugueses pura e simplesmente *jure sanguinis* (1).

Mas se atendermos a que esta doutrina estava expressamente consignada no § 3.º do art. 7.º da Carta Constitucional, e não foi reproduzida no art. 18.º do código civil, parece-nos que a invocada analogia do n.º 2.º dêste artigo provaria antes o contrário.

Mas como a doutrina da Carta foi reproduzida no n.º 5.º do § 3.º do art. 51.º do regulamento do recenseamento militar, assim deve entender-se o sistema da nossa lei.

O facto de o menor vir domiciliar-se em Portugal com o pai ou mãe exercendo o poder paternal, ou com o tutor, deve considerar-se como opção tácita da nacionalidade (art. 47.º, 137.º e seg. e 185.º), pois que o menor é representado pelos pais, e na sua falta pelo tutor (2).

Uma variante da opção tácita consiste na inscrição do assento do nascimento do filho no registo consular (3), quando a inscrição seja feita na pre-

(1) Dr. Alves Moreira, pág. 177; Dr. Vilela, pág. 93.
(2) Contra Dr. Vilela, pág. 94.
(3) Dr. Vilela, pág. 94.

sença dos pais; mas esta inscrição pode e deve considerar-se como opção expressa, pois o art. 142.º do regulamento consular declara que ela supre a declaração prevista no n.º 3.º do art. 18.º do código civil.

Não prevê o código o caso de nascimento a bordo, no alto mar ou nas àguas territoriais.

Se o nascimento teve lugar no mar alto, a solução é nítida, diz o Dr. Vilela: o regime jurídico do alto mar é informado pelo princípio da liberdade dos mares, não existindo aí a jurisdição exclusiva de qualquer Estado, encontrando-se os navios sujeitos às leis e jurisdições do seu país, e por isso o nascimento tem de considerar-se realizado no território do Estado da nacionalidade do navio (1).

Mas se o nascimento teve lugar a bordo dentro das águas territoriais de um Estado, entende o notável internacionalista que o nascimento deve considerar-se realizado no território dêsse Estado, fundando êste modo de ver no art. 380.º, n.º 2.º do nosso código civil, e no art. 1.º, n.º 1.º, do decreto n.º 5787-IIII, de 10 de maio de 1919, segundo os quais as *águas salgadas das costas* entram no domínio público como as *águas interiores*, devendo poi isso ser consideradas como uma parte do território nacional.

Parece-nos, porém, mais lógico e mais justo considerar o nascimento como realizado sempre no território do Estado a que pertence o navio. É a aplicação do princípio que considera os navios como um prolongamento do território nacional, ainda mesmo quando se encontram em águas territoriais estrangeiras.

b) *Casamento.* Pelo casamento adquire a

(1) Dr. Vilela, pág. 95.

qualidade de cidadão português a mulher estrangeira casando com um português (art. 18.º, n.º 6.º); e isto ainda que pela lei do seu país não perca a sua nacionalidade; e conserva a nacionalidade portuguesa, ainda depois de dissolvido o casamento, quer por divórcio, quer por morte do marido, visto que nenhuma destas circunstâncias é considerada como causa de perda da qualidade de cidadão (art. 22.º).

c) *Naturalização.* Adquirem a qualidade de cidadão português os estrangeiros naturalizados (art. 18.º, n.º 5.º). Os artt. 19.º-21.º regulavam as condições e a forma da naturalização, mas foram substituídos pelo decreto de 2 de dezembro de 1910.

A palavra *naturalização* tem dois sentidos: num sentido lato, é todo o facto pelo qual um estrangeiro passa a ser nacional, como a opção e o casamento; no sentido restrito, que é o próprio ou técnico, é o acto pelo qual um Estado *concede* ou *reconhece* a um estrangeiro a qualidade de cidadão.

« E dizemos *concede* ou *reconhece,* por a naturalização ora aparecer como uma *graça* do poder, como é regra na Europa, ora como um *direito* do indivíduo, como acontece na Grécia, e em geral na América, desde que êle se encontre nas condições previstas na lei » (1).

Entre nós a naturalização é considerada como uma concessão graciosa. Segundo o art. 1.º do decreto de 2 de dezembro de 1910, o govêrno *poderá conceder* carta de naturalização aos estrangeiros que a requeiram na câmara municipal da sua residência, e que se encontrem nas seguintes condições:

(1) Dr. Vilela, pág. 97.

1.º) *Maioridade*, tanto pela lei do seu país como pela lei portuguesa;

2.º) *Capacidade de trabalho* ou meios de *subsistência;*

3.º) *Residência por três anos;* mas esta condição não é exigida aos descendentes de sangue português que vierem domiciliar-se no país, e pode ser dispensada, no todo ou em parte, ao estrangeiro casado com portuguesa e áquele que tenha prestado ou seja chamado a prestar algum serviço relevante;

4.º) *Isenção de responsabilidade criminal;*

5.º) *Cumprimento da lei do recrutamento no seu país.*

Segundo o art. 4.º do decreto, a carta de naturalização só produz os seus efeitos sendo registada no prazo de seis meses, a contar da concessão, no arquivo da câmara municipal do concelho onde o estrangeiro estabelecer o seu domicílio.

E quais são os efeitos da naturalização?

Quanto à extensão, as legislações formam dois grupos, segundo lhe dão um efeito puramente *individual*, compreendendo apenas o naturalizado, ou lhe dão efeito *colectivo*, abrangendo também a mulher e os filhos menores.

Em princípio o sistema preferível é o do efeito colectivo.

Mas não foi o seguido pela nossa lei; tanto pelo código civil, como pelo decreto, os efeitos da naturalização são puramente individuais, não passam da pessoa do naturalizado (1).

Mas poderão a mulher e os filhos do naturalizado adquirir também a nacionalidade portuguesa pela declaração de quererem seguir a nacionalidade do marido ou do pai, à semelhança do que dispõem os §§ 1.º e 2.º do art. 22.º do código civil para o caso do português que se naturaliza em país estrangeiro?

(1) Dr. Guimarães Pedrosa, *Da naturalização*, pág. 82; Dr. Alves Moreira, *Instituições*, pág. 184; Dr. Vilela, *Tratado*, pág. 101.

O Dr. Guimarães Pedrosa assim o entende (1).

Mas parece-me mais segura a negativa, porque, sendo o sistema da nossa lei o do efeito *individual* da naturalização dos estrangeiros, qualquer desvio do sistema é, como diz o Dr. Vilela, uma *excepção*, e portanto sujeito à disposição do art. 11.º do código civil, que não consente a aplicação por analogia dos preceitos de excepção (2).

Quanto aos efeitos da naturalização, o princípio é que o naturalizado fica na mesma situação jurídica do cidadão de origem, como resulta evidentemente do art. 18.º do código civil.

Mas êste princípio de igualdade está sujeito a várias excepções e restrições, sendo os naturalizados excluídos dos direitos políticos que têem por objecto a direcção superior dos negócios do Estado (3).

(1) Obr. cit., pág. 82 e 86.

(2) Dr. Vilela, pág. 102.

(3) Assim não podem ser: presidentes da república (Const., art. 39.º), ministros (Const., art. 47.º, n.º 10.º); deputados ou senadores (Const., art. 7.º, cód. eleitoral, art. 4.º, § 2.º); vogais dos corpos administrativos (cód. eleitoral, art. 4.º, § 2.º, e lei de 7 de agosto de 1913, art. 8.º, § 1.º, n.º 14.º); agentes do ministério público, nem portanto juízes de direito (dec. de 24 de outubro de 1901, art. 12.º, § 1.º); e funcionários públicos em geral, antes de decorrerem cinco anos depois da naturalização (dec. de 2 de dezembro de 1910, art. 3.º).

Além disso êste decreto inibe-os também, no mesmo período, de exercerem funções de direcção ou fiscalização em sociedades ou outras entidades dependentes do Estado ou por êle subsidiadas.

Quanto à persistência ou duração dos efeitos da naturalização, é evidente que ela é definitiva: é para toda a vida do naturalizado, emquanto se não verificar algum dos factos, que nos termos do art. 22.º importam a perda da qualidade de cidadão português, ou se dê alguma circunstância grave que leve o Estado a retirar a nacionalidade a certos estrangeiros, como aconteceu com a última guerra, por causa da qual foi promulgado o decreto n.º 2355, de 23 de abril de 1916, anulando as naturalizações concedidas a súbditos da Alemanha e dos seus aliados.

Pode também terminar o efeito da naturalização por virtude de preceitos especiais estabelecidos em tratados (1).

As causas pelas quais se perde a qualidade de cidadão são três: *a*) a naturalização em país estrangeiro; *b*) aceitação de mercê de govêrno estrangeiro sem licença do govêrno português; *c*) casamento de portuguesa com estrangeiro (art. 22.º, n.ºs 1.º, 2.º e 4.º).

O art. 22.º, n.º 3.º, também menciona a expulsão por sentença emquanto durarem os efeitos desta. Mas êste preceito foi revogado pelos artt. 81.º-84.º da Nova Reforma Penal de 14 de junho de 1884, que foram inseridos no código penal, art. 74.º-77.º (2).

(1) É o que se dá com a convenção de 7 de maio de 1908, entre Portugal e Estados Unidos, cujo art. 3.º dispõe: «Se um antigo súbdito português naturalizado nos Estados Unidos tornar a residir em Portugal, sem intenção de voltar à América, será havido como tendo renunciado à sua naturalização nos Estados Unidos, e reciprocamente, se um antigo cidadão americano, naturalizado em Portugal, tornar a residir nos Estados Unidos, sem intenção de voltar a Portugal, será havido como tendo renunciado à sua naturalização em Portugal». É um caso de *renúncia tácita* da nacionalidade do país de naturalização. Dr. Vilela, pág. 104.

(2) *Os Princípios*, 1, pág. 464-465.

a) *Naturalização em país estrangeiro.* Nos termos do n.º 1.º do art. 22.º perde a qualidade de cidadão português aquele que se naturaliza em país estrangeiro; mas esta perda de nacionalidade não se extende à mulher nem aos filhos, salvo se ela ou estes, depois de maiores ou emancipados, declararem querer seguir a nacionalidade do marido ou do pai (§§ 1.º e 2.º do art. 22.º).

Mas qual é a espécie de naturalização a que se refere o n.º 1.º do artigo 22.º?

Há diferentes espécies de naturalização. Umas vezes é *voluntária*, isto é, pedida pelo interessado; outras vezes é *legal*, isto é, conferida pela lei aos indivíduos que se encontram numa certa situação (1). Umas vezes é *plena*, também chamada *grande naturalização*, quando confere ao naturalizado todos os direitos do cidadão originário; outras vezes é *limitada*, quando lhe recusa alguns direitos, colocando-o numa situação intermédia do nacional e do estrangeiro, havendo em alguns países, por exemplo na Inglaterra, estas duas espécies.

Quanto à extensão é evidente que o n.º 1.º do art. 22.º abrange tanto a grande como a pequena naturalização.

Quanto à natureza, entende o Dr. Vilela que abrange apenas a naturalização que resulta de um *pedido* do naturalizado, sôbre o qual recaía a *con-*

(1) É assim que a Constituição brasileira (art. 69.º) nacionalizou todos os estrangeiros que, encontrando-se no Brasil em 15 de novembro de 1889, não declarassem, dentro de seis meses, o ânimo de conservar a nacionalidade de origem; e também declarou brasileiros os que possuírem bens imóveis no Brasil e forem casados com brasileiras ou tiverem filhos brasileiros, desde que residam no Brasil, salvo se manifestarem a intenção de não mudarem de nacionalidade.

cessão ou uma *decisão* da autoridade competente do Estado de naturalização (1).

Nós entendemos, porém, que abrange também a naturalização *legal*.

As razões em que se funda o ilustre internacionalista são as seguintes:

1.ª) a fórmula do n.º 1.º — *que se naturaliza em país estrangeiro* — comparada com a do n.º 4.º do art. 22.º — *não fôr naturalizada pela lei do país de seu marido* — mostra que o legislador distinguiu entre a naturalização que resulta inicialmente de um acto de vontade do naturalizado e a que resulta da lei;

2.ª) o n.º 1.º do art. 22.º representa, quanto à perda da nacionalidade, o que o n.º 5.º do art. 18.º representa quanto à sua adquisição, e neste trata-se evidentemente de naturalização *pedida;*

3.ª) Tendo o Código admitido para a adquisição da nacionalidade apenas duas espécies de naturalização (art. 18.º, n.ºs 5.º e 6.º), a requerida e a resultante do casamento, é lógico pensar que o mesmo Código, tratando-se da perda da nacionalidade (art. 22.º, n.ºs 1.º e 4.º) teve igualmente em vista as duas formas de naturalização, e que, portanto, referindo-se o n.º 4.º do art. 22.º à do casamento, o n.º 1.º ficou abrangendo apenas a requerida pelo naturalizado;

4.ª) A fórmula do n.º 1.º do art. 22.º — *que se naturaliza em país estrangeiro* — é inteiramente semelhante à do art. 155.º do código penal de 1852, ao punir e prevêr o crime de naturalização em país estrangeiro sem autorização do govêrno, e é manifesto que o código penal não podia referir-se senão à naturalização requerida, pois que o legislador não

(1) Dr. Vilela, págs. 105 e 106.

podia punir um português só porque uma lei estrangeira o naturalizasse, sem êle solicitar a naturalização (1).

Ora é fácil de ver que estas razões não são inteiramente procedentes:

1.º) a fórmula — *que se naturaliza* — significa igualmente — *que é naturalizado*;

2.º) é puramente dogmática a afirmação de que o n.º 1.º do art. 22.º representa o mesmo que o n.º 5.º do art. 18.º — *quod erat demonstrandum*;

3.º) o facto de o código, para a adquisição da nacionalidade, admitir apenas as duas espécies de naturalização dos n.ºs 5.º e 6.º não significa que não

(1) Entende também o Dr. Vilela, seguindo a opinião de outros autores (Drs. Carneiro Pacheco, Abel do Vale, Luís Osório, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*), que o art. 155.º do código penal de 1852 foi *indevidamente* reproduzido no artigo 155.º do código penal vigente, pois já estava revogado pelo n.º 1.º do art. 22.º do código civil, visto que sendo a pena a de perda dos direitos políticos, e importando a naturalização a perda de nacionalidade, o naturalizado deixa de ter direitos políticos, e por isso não podia depois ser condenado na *perda de uma cousa que já perdeu*.

Mas a verdade é que todo êste raciocínio assenta num equívoco, que é o de se supôr que o art. 155.º do código penal emprega a expressão *direitos políticos* no mesmo sentido que lhe atribui o ilustre professor, isto é, como significando uma parte dos direitos públicos, os que teem por conteúdo a direcção dos negócios do Estado, quando é certo que no código penal aquela expressão abrange todos os direitos públicos, isto é, os que se contrapõem aos direitos privados.

Ora, a perda da nacionalidade, só de per si, não implica a perda de todos os direitos públicos, mas apenas a dos que pertencem exclusivamente aos cidadãos; pelo art. 22.º do código civil o naturalizado em país estrangeiro não perde os direitos públicos que também sejam reconhecidos aos estrangeiros, ficando, portanto, ainda uma certa esfera de aplicação para a pena cominada pelo art. 155.º do código penal.

admita também a naturalização legal em país estrangeiro como causa de perda de nacionalidade;

4.°) nada repugna à essência do direito penal considerar como um crime político a naturalização, mesmo a *legal*, em país estrangeiro, sempre que o naturalizado, embora a não tenha solicitado, nela colabora por sua vontade, aceitando-a quando a pode recusar.

Por isso, e porque o art. 22.° não faz restrições, e ainda porque é um dos princípios de orientação do direito internacional o de cada indivíduo dever ter uma só pátria, não podemos deixar de entender que o art. 22.°, n.° 1.°, se refere a toda a espécie de naturalização.

Quanto à extensão dos efeitos da naturalização, o código é expresso, dando-lhe apenas efeito individual. E ainda resulta do texto com clareza, diz bem o Dr. Vilela, que a naturalização do pai *nunca* abrange a dos filhos maiores, e abrange sempre a dos filhos nascidos depois. Duas dúvidas suscita, porém, o texto. A primeira é saber se o termo *portuguesa* no § 1.° do art. 22.° significa só *portuguesa originária*, ou também a *portuguesa por casamento*. Entendemos que se refere tanto a uma como a outra, por uma razão de princípio e por uma razão de texto. A razão de princípio está em que o motivo para manter à mulher a nacionalidade portuguesa é igual num e noutro caso, porisso que o marido pode naturalizar-se num país diferente do país de origem da mulher. A razão de texto está em que o § 2.°, referindo-se manifestamente a mulher portuguesa, por casamento, usou à fórmula — *mulher de origem estrangeira*.

A segunda dúvida refere-se ao modo, lugar e tempo da declaração da mulher e dos filhos para seguirem a nacionalidade do marido e do pai. É evidente que a declaração deverá ser feita por

acto à parte, e pode ser feita em qualquer tempo. E, por analogia do disposto nos § 1.° e 2.° do art. 18.° e n.°s 1.° e 2.° do art. 22.°, a declaração poderá ser feita perante a municipalidade portuguesa da residência, ou perante os agentes consulares portugueses ou a competente autoridade estrangeira, se no estrangeiro residirem (1).

A perda da nacionalidade por motivo de aceitação, sem licença do govêrno, de funções públicas, graça, pensão ou condecoração de qualquer govêrno estrangeiro (art. 22.°, n.° 2.°) funda-se na presumida falta de patriotismo.

É um preceito excessivamente rigoroso, que deveria antes limitar-se à aceitação de benefícios de govêrno estrangeiro, que fôssem incompatíveis com os deveres do cidadão ou ofensivos da dignidade nacional.

Finalmente, também perde a nacionalidade a mulher portuguesa que casa com estrangeiro, salvo se não fôr, por êsse facto, naturalizada pela lei do país de seu marido (art. 22.°, n.° 4.°); é o que acontece, por exemplo, com a portuguesa que casa com um brasileiro, a qual continuará sendo portuguesa, pois que pela lei do Brasil não adquire a qualidade de cidadão a mulher estrangeira que casa com um brasileiro (2).

A perda da nacionalidade não é definitiva e irremediável, podendo o desnacionalizado readquiri-la nos termos seguintes:

---

(1) Dr. Vilela, pag. 107 e 108.

(2) Bevilaqua, *Princípios de direito internacional privado*, pág. 28; *Direito público internacional*, 1, pag. 259; *Código civil comentado*, 1, pág. 115; Rodrigo Octavio, *De la naturalisation et du recouvrement de la nationalité dans la législation brésilienne*, na Revue de l'Institut de droit comparé, 1913, pág. 303.

a) o naturalizado pode recuperar a nacionalidade, regressando ao país com ânimo de domiciliar-se nele, e declarando-o assim perante a municipalidade do lugar que eleger para seu domicílio (art. 22.º, n.º 1.º).

Êste facto, na opinião do Dr. Vilela, deve considerar-se como um acto de naturalização para o efeito de o interessado ser considerado como tendo perdido a nacionalidade adquirida em país estrangeiro, se, segundo a lei dêsse país, a naturalização fôr meio de perder a nacionalidade. Este conceito da readquisição da qualidade de cidadão português é pràticamente importante, para o efeito da aplicação do art. 2.º do decreto de 2 de dezembro de 1910, relativo ao *português-estrangeiro*, e que dispõe o seguinte: «O cidadão português, que por ventura seja havido como nacional também de outro país, emquanto viver neste não poderá invocar a qualidade de cidadão português».

Parece-nos, porém, que êste conceito é incompatível com a doutrina de que a naturalização como meio de adquirir a nacionalidade portuguesa, no sistema do nosso código, é sòmente a naturalização requerida e dada como concessão graciosa do govêrno, e não a naturalização reconhecida pela lei como um direito do naturalizado, doutrina aliás ensinada também, como vimos, pelo ilustre professor (1).

b) Os desnacionalizados por terem aceitado benefício de govêrno estrangeiro só podem rehabilitar-se por graça especial do govêrno. Em tal caso a rehabilitação é, pois, mera concessão graciosa, não um direito; e só pode realizar-se por meio de um decreto.

(1) Dr. Vilela, pág. 97 e 110.

c) A mulher portuguesa, que perdeu a nacionalidade pelo casamento com estrangeiro, pode recuperá-la depois de dissolvido o matrimónio, regressando ao país com intenção de aqui se domiciliar, e fazendo esta declaração na câmara municipal respectiva, ou pela simples declaração, se já estava domiciliada no país (art. 22.º, n.º 4.º).

Quanto aos efeitos da readquisição da nacionalidade, dispõe o artigo 23.º: «As pessoas que recuperarem a qualidade de cidadãos portugueses, conforme o que fica disposto no artigo antecedente, só podem aproveitar-se dêste direito desde o dia da sua rehabilitação.

6. **Estado de família. A condição da mulher casada, o direito ao nome** — Da situação que o indivíduo tem na família dependem vários direitos e obrigações, e até uma certa limitação da capacidade jurídica da mulher casada, e mesmo do homem.

Os laços que prendem as pessoas na sociedade familiar são as relações do parentesco e da afinidade, acima das quais, distinto e mais forte, está o vínculo conjugal (1).

Do vínculo conjugal deriva um sistema complexo de direitos e obrigações recíprocos entre os cônjuges, tanto de natureza pessoal como patrimonial, e especialmente a supremacia do marido na sociedade familiar, sem embargo do princípio da igualdade jurídica dos esposos.

Com efeito, o princípio da supremacia do marido, como chefe da família, manifesta-se por um modo relevante no exercício do poder paternal

(1) Coviello, *Manuale*, pág. 164. Sôbre o conceito da *família*, o parentesco e afinidade, veja-se o capítulo VII do primeiro volume dêstes *Princípios*.

(art. 138.°), no direito de em seu testamento nomear conselheiros que dirijam a viúva no exercício do poder maternal (art. 159.° e 161.°), no direito de administrar os bens do casal, incluindo os próprios da mulher (art. 1104.°, 1117.° e 1189.°), e ainda no direito de fixar a residência, nos termos do art. 40.° do decreto-lei do casamento, e portanto o domicílio (art. 47.° e 49.° do cód. civ.).

A relação conjugal não é uma relação de parentesco pròpriamente dito; mas é um vínculo mais íntimo e mais forte, porque é, na frase incisiva de Ferrara, a fusão física e espiritual dos cônjuges, a base e o fundamento da família legítima (1).

O vínculo conjugal determina certas incapacidades tanto para a mulher como para o marido.

É assim que os cônjuges não podem ser conjuntamente testemunhas no mesmo acto (decreto do notariado, art. 77.°, § 4.°), nem cada um dêles nos actos ou nas causas do outro (cód. civ. artigos 1966.°, 2492.° e 2511.°), e o marido não pode ser perito nem juiz nas causas de sua mulher (cód. proc. civ., art. 235.° e 292.°).

A principal incapacidade é a que se refere ao património da família, pois que o marido não pode alienar bens imobiliários, mesmo que sejam próprios, nem estar em juízo por causa de questões de propriedade ou posse de bens imobiliários, sem outorga da mulher (art. 1191.°).

Mas é para a mnlher que o vínculo patrimonial estabelece uma verdadeira incapacidade, tão geral que abrange não só os actos de carácter patrimonial, mas até as obrigações de carácter pessoal.

A mulher não pode, sem autorização do marido, *adquirir* ou *alienar bens, nem contrair obrigações*, excepto nos casos em que a lei especialmente o permite (art. 1193.°).

(1) Ferrara, *Trattato*, pág. 339.

A mulher encontra-se dêste modo num estado de subordinação económica e pessoal em relação ao marido, não podendo praticar quaisquer actos de carácter patrimonial, nem tão pouco vincular a sua própria actividade.

Mas não deve vêr-se no instituto da autorização marital uma reminiscência ou vestígio da antiga tutela perpétua das mulheres, pois que a diminuïção da capacidade jurídica da mulher casada não é em razão do *sexo*, mas em virtude da sua *posição na família*, e tanto assim que se o casamento se dissolve, ou o marido se encontra na impossibilidade de exercer as suas funções de chefe da família, a mulher retoma no primeiro caso a sua plena capacidade, e assume no segundo a direcção da sociedade familiar, embora sujeita a certas cautelas preventivas (art. 1116.°, 1117.° e 1190.°). De resto, a necessidade da autorização marital não sujeita a mulher a um poder despótico do marido, pois contra a recusa injustificada do consentimento dêste, intervem como poder moderador a autoridade do juiz (art. 1193.° § ún.).

O instituto da auctorização marital justifica-se plenamente pelo princípio da unidade de direcção económica e moral na família. Nesta sociedade de duas pessoas, uma tem de ter necessàriamente a prevalência, pois não pode haver deliberações de maioria; e a lei atribui esta prevalência ao marido, porque assim o aconselham as tradições e os costumes dos povos indo-europeus.

Todavia contra o instituto da autorização marital levantou-se nos tempos modernos uma campanha hostil da parte dos sequazes do movimento feminista, considerando um tal poder como ofen-

sivo da personalidade e liberdade da mulher, movimento a que aderiram muitos e notáveis scientistas, políticos e jurisconsultos, emitindo votos pela sua abolição (1).

A campanha produziu os seus frutos na moderna legislação da Itália, onde a lei de 17 de Julho de 1919 aboliu o instituto da autorização marital (2).

---

(1) Para apreciar no seu justo valor, diz Ferrara, as recriminações do movimento feminista na imprensa, em congressos e conferências, deve ter-se presente que as mulheres que mais se indignavam contra a autorização marital eram as que não tinham marido, e porisso incompetentes para julgar um instituto, que se desenvolve num ambiente delas desconhecido. Seria antes de desejar que os congressos feministas fôssem congressos de mulheres casadas. Ferrara, *Trattato*, pág. 504.

(2) Como justa apreciação desta lei reproduzimos aqui o comentário brilhante que lhe fez o eminente professor italiano Ferrara no *Trattato di Diritto Civille Italiano*, a pág. 505 e 506.

«A guerra, com a crise intelectual e moral que fez surgir, apressou êste movimento, e razões sentimentais estranhas contribuíram para decidir o legislador à abolição do instituto, oferecendo-a quási como *prémio de desmobilização* à mulher italiana, pela sua benemerência adquirida para com a pátria durante a guerra! A experiência do futuro dirá se esta abolição constitui um progresso, ou é antes a semente e o gérmen da anarquia no organismo da família.

O resultado singular das disposições da nova lei é que a mulher casada pode doravante alienar todos os seus bens imóveis, mesmo a título gratuito, pode contrair dívidas ilimitadamente, prestar fiança ou outras garantias a favor de terceiros, entrar em sociedades, aceitar mandatos, entregar-se a especulações comerciais, e tudo isto sem conhecimento e até contra a vontade do marido, o qual não mais chefe efectivo da família, mas apenas investido neste título decorativo, tem de assistir quieto e calado a todos os actos, ainda que de manifesta dissipação, impossibilitando-se assim a mulher de cumprir o dever que também tem de contribuir para as despesas da família. O legislador ditou estas disposições sôbre a capacidade da mulher, desconhecendo ou scientemente prescindindo da sua

A relação de família produz muitos e variados efeitos jurídicos, quer o parentesco seja legítimo, quer seja ilegítimo, e ainda mesmo no parentesco por afinidade.

---

condição no matrimónio e dos deveres especiais que ela tem para com a família, de tal modo que deixa sem defesa a observância dêsses deveres familiares. para atribuir à mulher casada um arbítrio desmedido, que só poderia conceber-se na mulher solteira ou viúva, ou simplesmente unida por um amor livre. Acresce ainda que entre os actos que a mulher pode praticar, alguns há que, prescindindo das consequências patrimoniais, implicam um compromisso da pessoa e da actividade da mulher casada, afastando-a da competência e dos deveres que ela tem na vida da família, ou que podem lançar uma mancha sôbre o bom nome desta, abuso contra o qual o marido fica formalmente sem meios de defesa, salvo nos casos especiais de separação, o que importa sempre um afrouxamento dos vínculos de família. Ora é bem estranho que enquanto nalgumas sociedades civis ou comerciais se sente a necessidade de concentrar o poder corporativo num chefe, que dirija e regule a vida do ente social, pelo contrário na família, que constitui um íntimo consórcio pessoal e patrimonial para toda a vida, e projecta ainda as suas consequências para além dela nas relações de sucessão, e no qual estão envolvidos os interesses e a sorte dos filhos, se introduza o princípio de que nenhuma autoridade deve existir e que todos os membros devem encontrar-se *em condição de paridade libertária!*

Felizmente que a vida não é regulada sòmente pelas leis, e se as malhas destas são defeituosas, as fôrças éticas e do costume darão o elemento de coesão para manter sólida a base da família. A abolição do poder marital além de não prover aos interesses familiares, feriu os próprios interesses da mulher casada, a qual se engana supondo ter conseguido uma vantagem, que é bem duramente descontada pela falta de protecção judicial no caso de conflito de interesses. A mulher tinha até agora uma garantia singularmente eficaz contra a malícia, as blandícias ou ameaças de seu marido na intervenção da autoridade judicial, da qual dependia a autorização para os actos em que os interesses dos cônjuges colidissem: hoje as mulheres podem ser impunemente espoliadas e reduzidas à miséria pelos seus maridos».

Os efeitos da afinidade são muito restritos: *incesto* (dec. n.° 2 de 25 de dezembro de 1910, art. 22.°), *impedimentos de casamento* (dec. n.° 1 de 25 de dezembro de 1910, art. 4.°), *conselho de família* (cód. civ., art. 207.°) e *incapacidade* ou *impedimento* de servir de testemunha (decreto do notariado, art. 77.°, cód. civ., art. 2511.°) e de perito ou juiz (cód. pr. civ., artt. 235.° e 292.°).

Os direitos fundamentais e característicos das relações de família — *direito ao nome, alimentos e sucessão* — são exclusivos dos parentes por consanguinidade, e entre êstes muito mais restritos para os ilegítimos, conforme as regras estabelecidas nos artt. 171.° e seguintes e 1969.° e seguintes.

Dentre os direitos de família aquele que precisamente revela e exterioriza o *estado* do indivíduo é o *direito ao nome*.

O *nome* é a designação verbal de cada indivíduo, que tem por fim individualizá-lo na sociedade, isto é, distingui-lo dos outros indivíduos.

A necessidade e a função jurídica do *nome* foi bem posta em relêvo por Coviello: «Assim como cada pessoa se distingue materialmente de todas as outras, assim também é necessário que se distinga jurídica e socialmente: a distinção material deve corresponder um sinal que sirva para a distinguir nas relações jurídicas e sociais» (1).

Num sentido geral, o termo *nome* significa um meio de linguagem, que serve para indicar uma pessoa ou uma cousa (2); mas no sentido próprio

(1) Coviello, pág. 168.

(2) Com efeito, uma designação verbal (nome) emprega-se também para individualizar certas cousas, sôbretudo algumas espécies de animais domésticos, as povoações, as ruas, largos e avenidas, os estabelecimentos comerciais (nome comercial) e os produtos industriais, etc. Mas o nome das cousas em geral não tem uma grande importância jurídica. Pelo contrário, o nome comercial tem uma grande importância, sendo regulado pela legislação especial do comércio.

ou técnico significa apenas o meio de individualizar as pessoas: é o *nome civil*.

Não se deve confundir o nome pròpriamente dito com as diferentes denominações, com que por vezes são conhecidas, e até se atribuem ou assinam, certas pessoas (*sobrenomes, alcunhas, pseudónimos,* títulos nobiliárquicos, etc.); são também meios verbais de individualização das pessoas, mas que não constituem o *nome civil*.

Êste é constituído essencialmente por dois elementos: o elemento *colectivo* ou familiar, que designa a família a que a pessoa pertence (*cognome, apelido, nome patronímico, gentílico, nome de família,* ou simplesmente *nome* no sentido estrito), e o elemento *individual* ou *pessoal,* que designa as diferentes pessoas da mesma família (*nome próprio, prenome,* o que mais geralmente se diz *nome,* para nós católicos o *nome de baptismo*) (1).

No sentido técnicamente jurídico o nome civil é, pois, o nome completo da pessoa, o qual deve ser inscrito no registo do nascimento, conforme os artt. 141.°, n.os 5.°, 6.° e 7.°, 142.° a 144.° do código do registo civil, e art. 20.°, alínea *b*) e 51.° da lei de 10 de julho de 1912 (2).

(1) Note-se, porém, que em alguns países, como em França, o que geralmente se chama *nome* é apenas o elemento colectivo, o nome de família. Colin et Capitant, *Cours,* 1, pág. 355 e 356.

(2) Art. 141.° Os assentos de nascimentos devem conter:

5.° O sexo do registando;

6.° O *nome* ou *nomes de família* que lhe ficam pertencendo;

7.° O nome próprio que lhe foi ou é posto.

Art. 142.° O nome próprio será indicado pela pessoa que

No sistema do nosso direito não há dúvida de que o *nome* constitui um verdadeiro direito subjectivo, como resultava claramente do n.° 1.° do art. 129.° do código civil, e resulta igualmente do n.° 1.° do art. 31.° do decreto n.° 2 de 25 de dezembro de 1910, e ainda mais expressamente do art. 43.° do decreto n.° 1 da mesma data, quando reconhece à mulher o *direito de usar o nome do marido*, emquanto não fôr proferido divórcio, ou sendo viúva não passar a segundas núpcias (1).

---

faz a declaração do nascimento, ou pelas testemunhas no caso de aquela o não querer fazer, ou ainda pelo funcionário do registo civil quando as demais pessoas o não fizerem.

Art. 143.° O nome próprio será livremente escolhido de entre os que se encontram nos diferentes calendários, ou de entre os que usarem as personagens conhecidas na história, e *não deverá confundir-se com nomes de família, nem* com os de *cousas, qualidades, animais* ou análogos.

Art. 144.° Nos assentos de nascimento, não poderão figurar, em caso algum, os sobrenomes e quaisquer referências honoríficas ou nobiliárquicas do registado, nem os títulos ou honras que porventura, ao lado dos nomes civis, ainda possam usar seus pais ou avos.

Êste artigo foi revogado pelo art. 51.° da lei citada. Mas apesar disso transcrevêmo-lo, para exacta compreensão do texto.

Art. 20.° da lei: os assentos do nascimentos devem conter:

b) Sexo e *nome completo* do registando.

Art. 51.° Ficam revogados os artt. 144.° e 224.° do código do registo civil.

(1) Êste preceito resolveu a controvérsia muito debatida na Itália sôbre se, dissolvido o matrimónio, a viúva tem o direito ou o dever de usar o nome do marido, ou só tem o direito e não o dever, ou não tem nem um nem outro. E é certo que a resolveu no sentido mais correctamente jurídico; a lei não restringe à duração do matrimónio, salvo o caso de divórcio, o direito da mulher ao nome do marido, porque de facto a viuvez não afasta a viúva da família do marido, emquanto ela não contrai novo casamento com homem de outra família. Ferrara, pág. 564.

Mas qual é a natureza do direito ao nome?

No sistema do nosso código, visto que o direito ao nome é um atributo da personalidade, poderia parecer que êle pertence à categoria dos direitos originários, devendo reconhecer-se a todo o indivíduo desde que nasce com vida e figura humana, e só pelo facto de ser homem.

Mas não é assim.

Em primeiro lugar, o direito ao nome não cabe na definição nem na enumeração dos direitos originários, formuladas no art. 359.°. Em segundo lugar, vê-se pelo art. 43.° do decreto-lei do casamento que o direito da mulher ao nome do marido se adquire pelo facto do casamento; e pelo art. 46.° do decreto-lei sôbre os filhos, que o nome dêstes se adquire pelo reconhecimento da paternidade ou da maternidade, e em todo o caso por disposição da lei.

É, portanto, nos termos do art. 4.° do código civil, um direito adquirido por mero facto de outrem e por simples disposição da lei.

Vejamos, pois, qual a sua categoria na classificação doutrinal e objectiva dos direitos subjectivos.

Duas concepções fundamentais teem sido formuladas. Segundo uma delas não há que falar de direito ao nome: é uma instituïção de direito público, que goza da protecção geral, mas não atribui um direito ao indivíduo. Pelo contrário, há a obrigação de ter um nome, e não um direito ao nome. O nome, diz Planiol, é uma instituïção de polícia civil, é a forma obrigatória de designação das pessoas, como que um número de matrícula, que a lei não põe à disposição de quem o usa, mas que lhe *impõe* no interesse geral da colectividade. O nome é uma medida de ordem. De facto, se não houvesse o nome das pessoas, as leis não poderiam

aplicar-se, nem manter-se a segurança pública, nem tornar-se efectivo e cumprimento dos deveres públicos (1).

Segundo a outra teoria, desde há muito predominante, o nome constitui um bem jurídico que pertence ao indivíduo; e apenas se discute se é um direito de propriedade ou de personalidade.

A verdade é que ambas as concepções jurídicas fundamentais do nome teem um aspecto verdadeiro, pois que o nome é ao mesmo tempo uma instituïção ordenada pelo direito público e um interesse particular legítimo, que por isso constitui objecto dum direito subjectivo privado.

Como instituïção de direito público há o dever *para com o Estado* de usar um nome, mas êste dever não existe para com os outros cidadãos, podendo mesmo dizer-se que nas relações entre os particulares há um *direito ao incógnito*, emquanto o indivíduo não é obrigado a declinar a sua identidade senão perante um agente do Estado; mas o indivíduo goza também de uma protecção legal do seu nome, porquanto pode fazer proïbir o uso ilegítimo que outros façam dêle, e reclamar para si o uso que lhe seja contestado, revelando-se nestas garantias a essência dum direito subjectivo privado.

O carácter público do nome revela-se na sua tutela administrativa e penal. Em primeiro lugar, são órgãos do Estado os funcionários do registo civil, que dão existência legal ao nome pelo acto oficial do registo do nascimento, tendo mesmo competência para rejeitar na formação do nome quaisquer elementos fornecidos pelos interessados e que não satisfaçam aos requesitos da lei (cód. reg. civ., art. 142.°, 143.°, 144.°, 175.°, e lei complementar, art. 43.° e 51.°); e depois a lei penal pune todas as falsificações, suposições e usurpações dolosas de nome (cód. pen., art. 215.° e seg., 233.° e 234.°).

(1) Planiol, *Droit Civil*, I, n.° 398.

Mas desde que o nome é também um direito privado das pessoas, como vimos, não pode deixar de ter também a tutela do direito privado, a garantia da acção.

A concepção de um direito subjectivo ao nome aparece històricamente como uma dependência da organização feudal, como um direito ao título e à soberania do feudo (1). Foi só mais tarde que também aos nomes não nobres, mas ilustres nas artes, nas sciências ou nas letras se reconheceu valor jurídico e dispensou protecção legal, enquanto conservavam a recordação das virtudes e da glória dos antepassados. Depois o círculo alargou-se, e com o desenvolvimento da democracia todo o nome é considerado digno da protecção contra as usurpações de quem quer que seja (2).

Ao mesmo tempo acentua-se o carácter de inviolabilidade do direito ao nome, equiparando-se ao direito de propriedade: mas uma propriedade *sui generis*, que é inerente à pessoa, e porisso inalienável, irrenunciável e imprescritível. Mas também porisso mesmo o direito moderno transfigurou o direito ao nome, pondo em relêvo o nexo do nome do indivíduo com a personalidade humana, fazendo-o integrar nos direitos denominados da personalidade, em contraposição aos do património.

A teoria da propriedade, que durante muito tempo dominou, era apresentada sob diversas figuras — *propriedade sui generis*, *propriedade modi-*

(1) Merlin, *Répertoire*, v.° *Nom*, § 3.°.
(2) Perreau, *Le droit au nom*, págs. 23 e seg.

ficada, imaterial, etc. Teve o grande mérito de dar ao direito ao nome os caracteres de absoluto e inviolável; mas a teoria é insustentável, pois que a propriedade tem por objecto um bem patrimonial, emquanto que o nome é um bem ideal, sem carácter económico, um simples sinal ou marca distintiva da personalidade; aquela é alienável, prescritível, transmissível para os herdeiros, emquanto que êste é insusceptível de transferência ou renúncia, de prescrição ou abandono, é adquirido pelos descendentes *jure sanguinis*, mas não a título sucessório. Há, porém, diz Ferrara, uma particularidade que merece especial atenção. O domínio recai sôbre uma cousa, de tal modo que sôbre ela não podem mais de uma pessoa ter um direito de propriedade *in solidum*. Pelo contrário, o mesmo nome pode pertencer legìtimamente a várias pessoas (membros da mesma família ou de famílias homónimas). Esta circunstância fez nascer em alguns escritores a idea de que o nome é uma propriedade colectiva indivisa da família, e isto explicaria a razão pela qual pode qualquer parente proceder contra a usurpação do nome.

Mas se o cognome ou apelido da pessoa tem um lado familiar, não é exacto dizer que êle pertence como um bem à família, porque esta não é um sujeito de direitos, não é jurìdicamente capaz de tal propriedade. De resto, a teoria seria inaplicável ao prenome (1).

Pois que o direito ao nome é uma qualidade inerente à pessoa, tem por objecto um interesse puramente ideal, e por fundamento relações ou

(1) Ferrara, pág. 571 e 572. Para a exposição das diferentes teorias, Perreau, *Le droit au nom,* pags. 37 e seg.; Stolfi, *I Segni di distinzione personale*, pág. 110 e seg.

motivos de ordem essencialmente moral e de carácter familiar, a conclusão lógica é que o direito ao nome pertence à categoria dos *direitos de personalidade,* direitos *pessoais* e de *família.*

Se o nome constitui um direito, tem de ser provido ou assistido da competente garantia da acção jurisdicional.

Quem tem direito a um nome civil, diz bem Coviello, pode servir-se dêle em todas as manifestações da sua actividade, e pode excluír do seu uso quem quer que a êle não tenha direito. Portanto pode proceder em juízo, quer para fazer cessar as perturbações ou ofensas por outrem praticadas para impedir ou limitar o livre exercício do direito, quer para obstar a que os outros ilegìtimamente dêle façam uso.

A primeira acção pode chamar-se de *reclamação* ou *vindicação* do nome, e a segunda de *contestação* ou *usurpação* (1).

Não é, porém, de aceitar a doutrina de Coviello quando diz que não se podem confundir estas acções com as denominadas *acções de estado,* embora às vezes possam implicar questões de estado, e que não se pode atribuir às sentenças declarativas de um dado nome a eficácia *erga omnes*, efeito que o ilustre professor e jurisconsulto considerava próprio e exclusivo dos julgados em matéria de estado.

No sistema do nosso código, porém, a eficácia *erga omnes* não é própria de todos os julgados em acções de estado, mas apenas nas questões de capacidade, filiação e casamento (art. 2503.°, § ún.), não havendo, por conseqüência, inconveniente algum em qualificar como acções de estado as de garantia e defêsa do nome. E como tais devem,

(1) Coviello, pág. 170; Ferrara, pág. 573 e 574.

na verdade, qualificar-se, visto que o nome é geralmente a expressão representativa do estado de família, e é em todo o caso uma das manifestações do *estado civil* dos cidadãos.

Como vimos, o nome adquire-se em parte (o nome próprio ou prenome) por uma declaração de vontade de terceiro, no acto do registo do nascimento, e a outra parte (o apelido ou nome de família) pelo reconhecimento voluntário ou judicial da filiação, e ainda pelo casamento.

Não nos parece jurídica a doutrina dos autores que, como Ferrara, admitem também cómo modo de adquirir ou constituir o nome a *concessão* ou *atribuïção da autoridade pública* (1).

Muito controvertida é a questão de saber se o uso continuado e incontestado dum nome é título bastante para legitimar a sua adquisição, isto é, se o nome pode adquirir-se pela prescrição positiva.

Alguns autores, como Oertman, fundando-se em que os nomes da maior parte das famílias se constituiu por êste meio, e não havendo na lei disposição em contrário, pronunciam-se pela afirmativa.

Outros, porém, como Opet, negam que o *usocapião* possa servir de título de adquisição do nome, pois que êste não é uma cousa (2).

E Ferrara parece concordar com Opet, dizendo que a prescrição positiva se funda na posse, e porisso só pode tecnicamente aplicar-se aos direitos reais, não sendo juridicamente possível o *usocapião* dum direito de crédito, ou de família ou de personalidade (3).

(1) Ferrara, pág. 565.
(2) Opet, *Namennsecht*, pág. 360.
(3) Ferrara, pág. 566.

Por seu lado a jurisprudência francesa tem atribuído à posse prolongada, se não o valor dum título de adquisição, pelo menos o de um meio de prova, tanto mais seguro e convincente quanto maior tiver sido a sua duração (1).

Mas alguns autores, como Planiol, entendem que a atribuïção do nome pelo acto do nascimento constitui apenas uma presunção, que pode ser combatida pela prova contrária do direito ao nome, que se transmite de geração em geração, de modo que é sempre possível, qualquer que seja o tempo da usurpação, ao seu legítimo titular revindicar o seu uso exclusivo (2).

Em nosso entender o problema da prescritibilidade do nome é conexo com a questão da sua mutabilidade ou imutabilidade.

Entendem alguns autores que a denominação legal da pessoa uma vez adquirida fica invariavel: o nome, dizem, não é uma *res privati juris*, à disposição do indivíduo, e que êle possa renunciar ou mudar *ad libitum*, mas é um processo de reconhecimento do cidadão no Estado, que permanece como um sinal constante da sua individualidade (3).

(1) Perreau, pág. 166-171.
(2) Planiol, n. 402.
(3) O princípio da imutabilidade do nome teve origem no direito francês, por causa dos nomes da nobreza. Acontecendo muitas vezes que *parvenus* enriquecidos adquiriam feudos, e apropriavam-se ilegitimamente dos nomes dêstes, para esconderem sob um titulo de nobreza a obscuridade dos seus ascendentes, Henrique II promulgou a ordenação de 26 de março de 1555 proibindo a todas as pessoas a mudança de nome, sem ter obtido *des lettres de dispense et permission*, sob pena de multa e de incorrer no crime de falsidade. O princípio foi depois generalizado, para desempenhar outra função, a de garantir a certeza da denominação de todos os cidadãos nobres ou não. Ferrara, pág. 567 e 568.

Mas o certo é que o direito moderno sancionou, pelo contrário, o princípio da mutabilidade do nome, sempre que motivos atendíveis justifiquem a mudança.

Em primeiro lugar, há a mudança de nome para a mulher casada, que pode consistir apenas no acrescentamento do nome do marido ao seu, ou na substituïção do seu apelido pelo do marido.

Em segundo lugar, há a mudança do nome próprio ou de família pelo processo da justificação administrativa, que só pode ser autorizada pelo Ministério da Justiça, nos termos do art. 175.° do código do registo civil.

Ora, sendo o nome susceptível de ser alterado ou substituído, já não é lógico dizer-se que êle é irrenunciável e imprescritível.

Mas, como se trata de um direito imaterial da personalidade, também não é lógico aplicar-lhe as regras da prescrição das cousas móveis ou imóveis.

E como por outro lado se trata de um direito, que é ao mesmo tempo privado e público, e até de natureza política, pois que interessa essencialmente à vida do Estado, entendemos que êle está sujeito à prescrição geral do uso e costume, que tem sempre um grande valor jurídico nas relações de direito público.

E como deve entender-se a mudança de nome autorizada pelo art. 175.° do código do registo civil?

Em primeiro lugar, é preciso não a confundir com a simples emenda ou rectificação do nome inscrito no assento do nascimento, a qual pode fazer-se, nos termos do art. 43.° da lei de 10 de julho de 1912, por uma simples justificação perante o respectivo oficial e julgada pelo conservador geral do registo civil.

Em segundo lugar, não deve considerar-se como

mudança de nome, e portanto sujeitar ao processo da justificação e autorização ministerial a simples adição do nome do marido ao da mulher, não só porque neste facto não há mudança de nome, mas ainda porque, embora como tal se considerasse, trata-se de um direito expressamente declarado na lei, e que portanto seria absurdo tornar dependente de um despacho ministerial.

Se, porém, a mulher quiser substituir todo ou parte do seu nome de família pelo do marido, então há uma verdadeira mudança de nome, sujeita ao processo da justificação administrativa, pois que neste caso a mulher faz mais do que usar o nome do marido, deixando de usar o seu; e o art. 43.° do decreto-lei do casamento apenas lhe confere o direito de acrescentar ao seu o nome do marido (1).

Compreende-se que em muitas circunstâncias da vida o indivíduo tenha legítimo interesse em alterar ou mudar o seu nome, quer porque êste, em virtude de qualquer acontecimento se haja tornado ridículo ou odioso, quer porque o interessado descobriu ter direito a outro nome de família de mais consideração social, quer ainda porque a semelhança do seu nome actual com o doutro indivíduo pode dar lugar a confusões e equívocos mais ou menos inconvenientes ou prejudiciais.

Em todos êstes casos é legítima a pretensão do interessado a mudar de nome, e assim se explica o princípio da mutabilidade do nome e o respectivo processo administrativo de justificação.

---

(1) Já se tem entendido em algumas repartições públicas que as mulheres, para usarem o nome do marido, precisa de requerer a autorização pelo processo do art. 175.° do cód. do reg. civ. Veja Pedro Chaves, *Comentário ao Código de Registo Civil*, pág. 203 e 204, que justamente reprova essa prática. Mas é necessário fazer-se a distinção que indicamos no texto.

Mas qual é o carácter da decisão ou despacho ministerial? Será uma decisão definitiva, por ser da competência exclusiva do poder executivo, ou será antes uma decisão sujeita à reforma ou revogação pelo poder judicial, por ser êste o único competente para julgar definitivamente dos direitos privados?

Ferrara caracteriza o acto do executivo como uma *providência administrativa,* de carácter discrecionário: «Não há aqui uma *pretensão* de direito público a obter a mudança, mas a concessão é um acto gracioso do Estado, uma prerogativa régia. Tal decreto tem *eficácia constitutiva* (1). É porisso que o indivíduo investido no novo cognome pode usá-lo legitimamente, ainda que eventualmente seja idêntico ao possuído por outros, sem que contra êle possa mover-se a acção de contestação. A tutela dos interesses dos terceiros é assegurada no período instrutório da concessão; depois disso toda a acção é improcedente, como é excluido o recurso contra o decreto real da concessão, o qual, como exercício de um atributo pessoal do Soberano, não está sujeito à fiscalização de mérito. A autoridade judicial apenas pode indagar se o decreto real foi promulgado com a observância das formas prescritas, e só por vício de nulidade pode desconhecer a sua eficácia, devendo de resto respeitá-lo na sua substância e em todas as suas conseqüências» (2).

Em face dos princípios consideramos injurídica esta doutrina, porque tratando-se de direitos subjectivos de carácter privado, embora tenham também um lado público, só ao poder judicial se deve reconhecer competência para decidir as respectivas contendas entre os interessados.

(1) Contràriamente aos que entendem que o decreto de mudança de nome tem apenas um valor permissivo e de autorização.

(2) Ferrara, pag. 569 e 570.

Mais jurídica nos parece, pois, a doutrina que considera o decreto ou despacho da concessão do nome como tendo um carácter provisório, ou apenas um valor permissivo ou de autorização (1).

E no sistema da nossa lei parece-nos indiscutível que, não obstante a autorização ministerial de mudança de nome, os interessados poderão sempre propor nos tribunais ordinários a acção de revindicação do nome, pois que o § 2.º do art. 43.º declara expressamente que fica sempre salvo aos interessados o direito de recorrer aos tribunais ordinários.

7. **Estado de sexo.** O sexo do indivíduo é sem dúvida um elemento, ou um dos aspectos do *estado jurídico* das pessoas.

Ainda mesmo quando se atingir o máximo da equiparação jurídica do homem e da mulher, na luta pela igualdade, há de sempre subsistir alguma diferença entre os dois sexos, quando mais não seja, aquela que, em certo modo favorável à mulher, lhe permite casar mais cedo que o homem.

E não poderá também deixar de haver uma certa disparidade na sua posição jurídica no seio da família, dada a desigualdade orgânica, que a natureza imprimiu aos dois tipos do organismo humano.

«Não foi em vão que a natureza criou os dois sexos. A' diferenciação orgânica corresponde na-

(1) Zanobini, *I poteri regi nel campo del diritto privato,* pág. 95 e seg.

tural e necessàriamente a diferenciação funcional. A mulher foi destinada à direcção da vida interna da família; o homem para a administração da vida externa» (1).

Mas é certo que a condição jurídica da mulher casada é determinada, não tanto por motivo de sexo, como pela necessidade de manter o princípio da unidade na vida da família.

No sistema da nossa lei o sexo é não só um elemento do estado em geral, mas um elemento do *estado civil;* e tanto assim que o assento do nascimento deve mencionar o sexo do registando (art. 20.°, al. *b*).

As legislações modernas partem do presuposto de que todos pertencem necessàriamente a um dos dois sexos, não admitindo a existência de ermafroditas, isto é, indivíduos que compartilham de um e outro sexo, ou que teem os órgãos sexuais por tal forma imperfeitos que nem se pode determinar o seu sexo (2).

Mas de facto, embora raros, há casos de ermafroditismo. E, dada a exigência da lei (art. 20.°), é necessário atribuir sempre um sexo ao registando no assento do nascimento, e que mais tarde pode dar lugar a êrro sôbre o estado, e a conseqüente anulação de casamento, nos termos do n.° 1.° do art. 20.° do decreto-lei de 25 de dezembro de 1910.

A diferença de sexo no direito moderno só tem importância no campo do direito público, pois

(1) *Sociedades e Emprêsas comerciais*, pág. 75.

(2) O antigo direito prussiano previa a existência de ermafroditas, dando ao pai, e depois dos 18 anos ao filho, a faculdade de escolher o sexo. No direito romano vigorava a regra de Ulpiano, que atribui ao ermafrodita o sexo que nele predominar — *magis puto, ejus sexus aestimandum, qui in eo praevalet* (D 10. 1. 5).

que as mulheres na maior parte dos países, como entre nós, ainda não gozam do direito eleitoral, nem são admitidas nos cargos públicos que importam exercício do poder público ou de funções judiciais, com excepção do júri comercial, para o qual podem eleger e ser eleitas (dec. n.° 5:647, de 10 maio de 1919).

Mas no campo do direito privado a equiparação é quási completa: «A lei civil, diz o art. 7.° do código civil, é *igual para todos*, e não faz distinção de pessoas, *nem de sexo*, salvo nos casos que forem especialmente declarados».

Ora, no sistema do código, os casos de incapacidade da mulher, em razão do sexo, já eram poucos:

a) a do *Senatus-consulto Velleiano*, que não lhes permitia ser fiadoras (art. 819.°). excepto sendo comerciantes;

b) a de ser testemunha instrumentária em testamento (art. 1966.°) ou em actos entre vivos (art. 2492.°);

c) a de exercer o mandato judicial (art. 1354.°);

d) a de fazer parte das instituïções pupilares (art. 234.°).

Todas estas incapacidades, bem como a de certos cargos públicos, foram porém revogados pelos decretos n.° 4:676, de 11 de julho de 1918, n.°s 5:625, 5:647 e 5:649, de 10 de maio de 1919, que revogaram todas aquelas incapacidades e permitiram à mulher ser nomeada para os cargos de notário, oficial do registo civil e conservador do registo predial.

Realizou-se assim a completa igualdade jurídica dos dois sexos, como resultado de uma longa evolução histórica, que nalguns países, como na Inglaterra e nos Estados Unidos, se está mesmo já adiantando na conquista dos direitos políticos.

8. **Estado de idade.** — É intuitiva e decisiva a influência da idade na capacidade civil, isto é, na aptidão para o exercício da capacidade jurídica abstracta. Se esta pertence a todos pelo simples facto do nascimento com vida, o seu exercício, ou a sua realização concreta, é que não pode deixar de ser dependente de um certo grau, já bastante adentado, de desenvolvimento da inteligência e da vontade.

E porque as fôrças psíquicas são necessàriamente e gradualmente condicionadas pelo desenvolvimento físico do organismo, e como êste só se consegue depois de um certo período da existência do indivíduo, daí resulta que a sua aptidão para a vida jurídica, como para todas as manifestações da actividade consciente, não pode deixar de ser uma função da idade.

Teòricamente a fixação da idade, em que a pessoa deve considerar-se apta para a vida jurídica, deveria variar de indivíduo para indivíduo, conforme o seu estado de desenvolvimento mental.

Mas, por um lado, a impossibilidade prática de proceder ao exame individual das condições psico-orgânicas da capacidade de agir de cada um, e, por outro lado, a incerteza que dum tal sistema resultaria para as relações jurídicas, aconselharam os legisladores de todos os tempos a adoptar uma medida única para todos, fixando invariàvelmente a idade em que a pessoa se deve considerar capaz (1).

As legislações primitivas estabeleciam uma idade muito precoce, para se adquirir o pleno exercício

(1) Sòmente em algumas legislações primitivas, como no direito musulmano, a capacidade é variável de indivíduo para indivíduo. Ferrara, pág. 489.

dos direitos, porque seguiam o critério da plenitude sexual, a *puberdade*.

Assim foi no primitivo direito romano onde a capacidade civil começava aos 12 anos para a mulher e aos 14 para o homem. Mas êste sistema primitivo foi sucessivamente modificado por diversas providências; assim a *lex Plaetoria* formulou meios de defeza para os menores que fôssem enganados; e mais tarde o Pretor estabeleceu a tutela geral da *restitutio in integrum* para os danos resultantes de actos praticados por inexperiência ou leviandade. Os menores a princípio tinham a faculdade de pedir um curador para certos e determinados actos; mas depois, na época imperial, a curatela, especial e facultativa, passou a ser geral e obrigatória. Assim o princípio da capacidade dos menores foi posto de lado, atingindo-se a plena capacidade de agir só aos 25 anos. E a idade da juventude abrangia três *estados:* a *infantia*, até aos 7 anos, a *impubertas*, até aos 12 e 14, e a *minor aetas*, até aos 25.

O direito moderno, partindo do conceito do pleno desenvolvimento mental como condição necessária e suficiente da capacidade civil, fixa a idade de 21 anos para termo do estado de menoridade e começo da maioridade (1).

Assim determina o art. 311.°: «A época da maioridade é assinada, sem distinção de sexo, aos vinte e um anos completos. O maior fica habilitado para dispor livremente de sua pessoa e bens».

O estado de menoridade é definido e regulado nos art. 97.° e seguintes: «São menores as pessoas de um e outro sexo, emquanto não perfizerem vinte

(1) Código francês (art. 388.°), italiano (art. 240.°), alemão (§§ 2), brasileiro (art. 9.°), etc.

e um anos de idade» (art. 97.°); «os menores são incapazes de exercer direitos civis, e os seus actos e contractos não podem constituí-los em obrigação jurídica, salvo nos casos expressamente exceptuados na lei» (art. 98.°); «a incapacidade dos menores é suprida pelo poder paternal, e, na falta dêste, pela tutela» (art. 100.°).

No sistema do nosso código a maioridade pode ser antecipada pela *emancipação*, que é o acto ou facto pelo qual o menor fica habilitado para reger sua pessoa e bens, *como se fosse maior* (art. 305.°). E dizemos *acto* ou *facto*, porque a emancipação resulta:

a) de concessão voluntária dos pais, e, na falta dêstes, do conselho de família, tendo o menor já completado dezoito anos (artt. 304.° e 307.°); ou

b) de disposição da lei, como efeito do casamento devidamente autorizado (art. 304.° e 306.°), e do divórcio dos pais, para os filhos que tiverem 18 anos (art. 60.° do decreto sôbre divórcio) (1), ou para os expostos e abandonados, pelo facto de terem completado dezoito anos (art. 291.°).

De modo que no sistema do nosso código, pelo que respeita à idade, há apenas dois estados — o de *menoridade*, que dura em regra até aos 21 anos, mas que pode terminar antes pela emancipação, e o da *maioridade*, que começa aos 21 anos, ou antes, pela emancipação. Ora, a emancipação pode dar-se desde os 18 anos, em regra; desde os 15, para os expostos e abandonados (art. 289.°) e desde os 16 para a mulher, em virtude do casamento (art. 306.°).

O sistema dos códigos francês e italiano é diverso. A emancipação constitui um estado intermediário, conferindo ao menor uma capacidade

(1) Veja *Os Principios*, I, pág. 767 e 768.

limitada aos actos de simples administração, pois para os outros precisa da assistência de um curador, e por vezes da autorização do conselho de família ou da homologação do juiz. A emancipação é como que uma ponte de passagem da incapacidade para a capacidade; é uma espécie de noviciado do menor para o uso da sua liberdade (1).

O código alemão restaurou em certo modo o sistema romano, distinguindo na menoridade o período da *infância* e o da *impuberdade* (§§ 104 e seg.), considerando o menor como absolutamente incapaz até à idade de 7 anos, mas conferindo-lhe depois desta idade uma capacidade jurídica restrita, podendo vàlidamente declarar a sua vontade em actos de que só lhe resultem vantagens.

O princípio da incapacidade civil dos menores está longe de ser absoluto, pois tem muitas e importantes excepções:

a) podem os menores contraír vàlidamente obrigações sôbre cousas de arte ou profissão em que sejam peritos, ou usando de dolo para se fazerem passar por maiores (art. 299.°, n.os 1.° e 2.°);

b) o menor com 18 anos, sendo homem, e de 16, sendo mulher, pode casar, e pode contratar o regime de bens que aprouver aos nubentes, sendo o casamento devidamente autorizado (art. 1173.° do

(1) A emancipação dos códigos modernos não deriva directamente da *emancipatio* romana, a qual extinguia a *patria potestas*, tornando o filho *sui juris*, mas não lhe conferia a capacidade, ficando sob tutela, se era impúbere; a emancipação moderna tem a sua origem na *venia aetatis*, pela qual se antecipava a capacidade dos menores de 25 anos, pondo termo à curatela. Depois no direito intermédio fundiram-se a *emancipatio* e a *venia aetatis*, dando lugar ao moderno instituto da emancipação. Planiol, I, n.os 1983 e 1984; Ferrara, pág. 491 e 492.

cód. civ. e art.53.º do dec. de 25-XII-910) — *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia;*

c) os menores podem exercer o mandato extrajudicial (art. 1334.º);

d) podem fazer depósitos e aceitá-los, nos termos do art. 1433.º;

e) podem contraír empréstimos até ao limite do valor dos bens que possuírem com livre administração, ou até ao que fôr necessário para seus alimentos, estando ausente a pessoa que deveria autorizá-lo (art. 1536.º);

f) os menores com mais de 14 anos teem o direito de assistir às reüniões do conselho de família e ser ouvidos nos negócios de maior importância (art. 212.º); podem fazer testamento (art. 1764.º, n.º 3.º); podem ser testemunhas em juízo (art. 2510.º, n.º 3.º); e teem já uma certa capacidade para estar em juízo, devendo ser citados conjuntamente com os seus representantes, nos termos do art. 9.º, § 3.º do código de processo civil.

A capacidade de agir ou capacidade civil, uma vez adquirida, ou seja pela emancipação, ou pela maioridade, não se perde mais pelo simples decorrer dos anos. No sistema do nosso direito, a velhice, por mais avançada que seja, não é causa de incapacidade (1); só indirectamente, como causa de enfraquecimento do espírito, pode dar lugar à interdição ou à anulação de qualquer acto jurídico (art. 314.º, 334.º e 335.º).

(1) Não é assim no direito mussulmano, onde a decrepitude é também juridicamente uma segunda infância, estando sujeitas a tutela as pessoas na idade senil. Sawas Pacha, *Étude sur la théorie du droit musulman*, I, pág. 76.

9. **Estado físico e mental** — Os defeitos físicos ou as enfermidades não teem em regra uma influência decisiva sôbre a capacidade jurídica (1).

Mas se as doenças e os defeitos do corpo não constituem pròpriamente incapacidade jurídica, podem entretanto ser um *impedimento material* da prática de certos actos, se o indivíduo está impossibilitado de realizar as condições necessárias para a sua validade. É assim que os cegos e os que não sabem ou não podem lêr são inibidos de fazer testamento cerrado (§ ún. do art. 1764.º e art. 1923.º), assim como não podem fazer testamento público os mudos que não souberem ou não puderem escrever (art. 1912.º).

Por outro lado, se é certo que em princípio a insanidade corporal não é causa determinante de incapacidade, todavia é certo que pode indirectamente influir, se o defeito físico determina uma deficiência grave das faculdades mentais. Mas em tal caso é a insuficiência mental que o direito toma

(1) Outro era o regime do direito feudal, onde a qualidade de cidadão dependia da aptidão para o uso das armas, e o exercício da soberania era condicionado pelo poder físico da sua realização. Por isso os aleijados, os cégos e os surdos eram incapazes de suceder; e os enfermos, no antigo direito alemão, não podiam durante o estado da doença alienar os bens em prejuízo dos herdeiros presumidos, sendo geralmente proibidas as disposições feitas no leito da morte Na Idade Média esta concepção foi combatida pela Igreja, e de tal modo que, embora permanecendo algumas limitações à capacidade de dispor dos enfermos, veio a prevalecer o princípio romano de que a capacidade jurídica só depende do estado espiritual da pessoa e não das suas condições físicas.

Diverso era o tratamento dado pelo antigo direito barbárico e estatutário aos indivíduos afectados de doenças repugnantes como a lepra. Para isso concorria, ao lado da razão de ordem sanitária e psicológica, a superstição de que a lepra era um castigo de Deus. Ferrara, pág. 507.

em consideração, funcionando o defeito do corpo apenas como causa do defeito do espírito.

As causas que realmente modificam a capacidade jurídica são as perturbações ou anomalias da personalidade psíquica, pois que o exercício dos direitos se funda na vontade livre e consciente do sujeito. E, por conseqüência, se o indivíduo se encontra num estado anormal das suas faculdades mentais, bastante grave e intenso, não pode agir válidamente, na pura e verdadeira concepção do direito.

Quando a perturbação é menos grave, e as faculdades mentais se não encontram completamente obliteradas, mas apenas enfraquecidas, há sòmente uma redução correspondente da capacidade; mas em todo o caso é necessário que a lei intervenha em auxílio dos incapazes com adequadas providências de protecção na sua vida jurídica.

O estado de insanidade mental, diz Ferrara, tem diversa importância, conforme se trata de perturbações transitórias ou permanentes. Perturbações transitórias são os estados de doenças mentais de carácter intermitente, como algumas formas maníacas, ou derivadas de outras causas, como embriaguês, sonambulismo, sujestão hipnotica, delírio febríl, cólera, pavor, e em geral as paixões no *estado de exaltação*. Estes desarranjos passageiros do espírito não modificam a capacidade de agir em geral; mas se o indivíduo pratica em tal estado um acto jurídico, o acto é nulo dum modo absoluto, precisamente por lhe faltar um dos elementos essenciais, isto é, a vontade livre e consciente (art. 353.º do nosso código).

Para esta situação conceberam muitos autores a doutrina da incapacidade natural ou de facto, contraposta à incapacidade legal ou de direito; mas é doutrina imprópria, no dizer de Ferrara, pois

a verdade é que em tal situação o indivíduo capaz de agir não realiza as condições necessárias para dar vida ao acto jurídico (1).

Quando as perturbações mentais revestem um carácter permanente, ou pelo menos habitual, e o indivíduo não está em condições de governar a sua pessoa e dirigir os seus negócios, então a enfermidade do espírito determina efectivamente uma incapacidade total ou parcial, que pode e deve ser suprida pelo instituto da interdição geral, ou apenas limitada (que os italianos chamam *inabilitação*), mediante a instituïção da *tutela* ou de uma simples *curatela*.

Mas o nosso código, tratando dos dementes, (art. 314.º e seg.), adoptou apenas o sistema da interdição absoluta ou geral, sistema defeituoso, por ser excessivamente rigoroso, em vez de estabelecer um sistema de interdição graduada em harmonia com a maior ou menor gravidade do mal, como aliás procedeu para as interdições por surdo-mutismo e prodigalidade (art. 337.º e seguintes) (2).

10. **Condenação penal e má conduta notória. Estado social.** — Como reminiscência da antiga *morte civil*, o código civil ainda estabeleceu e regulou nos artt. 355.º a 358.º a interdição dos criminosos condenados por sentença passada em julgado, sujeitando-os a uma curatela mais ou menos extensa, conforme a natureza dos direitos interditos.

E nalgumas legislações, como no código penal

(1) Ferrara, pág. 509 e 510. Sôbre o valor desta distinção das incapacidades, *Os Princípios*, I, pág. 466-468.

(2) Sôbre as diversas interdições, *Os princípios*, I, pág. 757 e seguintes.

italiano (art. 33.º), ainda se estabelece a interdição geral dos direitos patrimoniais para os condenados à pena de *ergastulo* ou de prisão superior a cinco anos.

Mas entre nós, a Nova Reforma Penal (lei de 14 de junho de 1884), que modificou o antigo código penal de 1852, aboliu a interdição civil dos condenados, com as disposições dos artt. 81 e seg. Com efeito, estes artigos, depois da integração ou fusão da lei no antigo código penal, para constituir o novo código de 1886, são neste os art. 74.º-83.º.

Ora o art. 74.º determina que a condenação dos criminosos tem *ùnicamente* os efeitos declarados nos artigos seguintes. E como em nenhum dêsses artigos se estabelece a interdição civil do condenado, é evidente que foram assim revogados os art. 355.º-358.º do código civil.

E nos art. 75.º e seguintes do código penal as únicas incapacidades civis estabelecidas como efeito geral da pena são (art. 76.º, n.º 3.º, 77.º, n.º 2.º) sòmente as de ser tutor, curador, procurador em negócios de justiça, ou membro do conselho de família, incorrendo nelas os condenados a qualquer pena maior, a prisão correccional, suspensão temporária de direitos políticos ou destêrro.

E, portanto, qualquer outra limitação da capacidade civil, em virtude de condenação penal, só poderá ter lugar nos casos expressamente declarados na lei (art. 79.º do código penal).

Também o comportamento deshonesto, a má conduta notória, pode influir no estado jurídico das pessoas, implicando uma certa deminuïção da sua capacidade.

Não há no direito moderno o instituto romano da *infamia,* que importava para certos indivíduos um estado de *degradação cívica,* determinante de

várias incapacidades tanto na ordem política como na vida civil (1).

Ao lado desta *indignidade civil* havia também uma perda de facto da honra, quando o cidadão perdia completamente a consideração pública (*turpitudo*). E esta desconsideração pública não deixava de ter influência no direito privado, constituindo uma causa de exclusão de todas as relações para que se exigia uma perfeita honestidade.

O mesmo sistema da degradação civil existia também no antigo direito germânico.

No moderno direito civil não há a perda da capacidade por causa legal de infâmia; não se reconhecem causas jurídicas gerais de perda da honra, porque a maior parte dos factos que antigamente eram considerados como motivo de infâmia passaram para o domínio do código penal. E, por outro lado, o exercício de qualquer profissão, por mais inferior que seja, desde que seja lícita, não é mais considerado indecoroso, nem é causa de qualquer incapacidade civil. Mas se não há pròpriamente uma deminuição jurídica da honra, diz bem Fer-

---

(1) Entre os romanos, por virtude de certas condenações ou pela prática de certos actos ilícitos, ou ainda pelo exercício de certas profissões consideradas indecorosas, incorria-se numa espécie de degradação, que era causa de inelegibilidade para as magistraturas, de perda dos direitos eleitorais, de incapacidade para estar em juízo, para exercer a tutela e semelhantes. A fonte da *infamia* foi o Edito do pretor, depois confirmado e acrescentado por diversas constituições imperiais. E no Digesto fez-se longa enumeração dos infames: *De his qui notantur infamia* (D. 3. 2. 1) — os condenados por furto, fraude, rapina, lenocinio, prevaricação; os condenados em questões de sociedade, tutela, mandato, depósito; os que contraissem duplos esponsais ou duplo matrimónio; os artistas de teatro, lutadores de circo, etc., os licenciados do exército por causa ignominiosa, etc. Ferrara, pág. 527.

rara, não desapareceu nem pode desaparecer a influência que tem no tratamento jurídico a deminuïção *material* da honra das pessoas. Quando uma pessoa cai no desconceito público, pelo seu procedimento imoral notório, o direito não pode prescindir dêste estado de cousas, fazendo dêle derivar certas conseqüências jurídicas (1).

Em perfeita concordância com esta doutrina encontram-se nas nossas leis civis várias disposições modificativas do estado jurídico das pessoas. E assim:

a) Não podem ser tutores, protutores, nem vogais do conselho de família, e sendo-o podem ser removidas, as pessoas de *mau procedimento* e que não tiverem modo de vida conhecido (art. 234.°, n.° 6.°, e 235.°, n.° 4.°);

b) A fôrça probatória dos depoïmentos das testemunhas será avaliada tanto pelo conhecimento que mostrarem dos factos, como pela *fé que merecem pelo seu estado, vida e costumes* (art. 2514.°);

c) Não tem ou perde o direito a alimentos a mulher que conceber de relações ilegítimas mas tiver *má conduta notória* (dec. n.° 2, de 25-XII-910, art. 47.°, § ún.); e do mesmo modo o cônjuge separado ou divorciado que se tornar indigno por seu comportamento moral (dec. de 3-XI-910, art. 32.°, n.° 2.°).

Mas nem só o estado moral das pessoas tem influência na sua situação jurídica. Também em certo modo a tem a sua posição ou classe social.

É certo que muito diferentes do passado são as condicões da vida moderna, para se poder falar de classes sociais, no sentido da antiga organização política e jurídica da sociedade.

(1) Ferrara, pág. 528.

Emquanto que antigamente a sociedade se apresentava como o resultado da sobreposição de várias camadas sociais distintas umas das outras, e tendo cada uma o seu direito próprio, hoje é uma organização colectiva de indivíduos, baseada na liberdade, igualdade e solidariedade de todos os associados.

Outrora, acima da classe geral dos cidadãos, do povo, havia as classes privilegiadas da nobreza e do clero; e ainda mesmo na época das comunas, em que triunfou a democracia, os cidadãos dividiam-se pelas diferentes corporações de artes e ofícios, cada uma das quais tinha a sua organização jurídica especial. E depois mais tarde a diferenciação dos sistemas jurídicos foi ainda mais pronunciada: assim como havia um direito para os nobres, um direito para os eclesiásticos, um direito para os habitantes das cidades, havia também um direito para os camponeses, para as gentes do mar, para os comerciantes (*jus mercatorum*).

Com o nivelamento e a compenetração de todas as classes na vida jurídica das sociedades modernas desapareceram todas essas desigualdades de regime jurídico. Mas em todo o caso alguns vestígios permanecem necessàriamente, pela impossibilidade, inconveniência e injustiça de um regime de igualdade absoluta.

E' assim que nos Estados de organização política monárquica seria mesmo inconcebível que o Rei e os membros da Família Real fôssem colocados no mesmo estado e condição jurídica geral dos cidadãos.

Relativamente aos diversos estados sociais *por profissão*, é certo que não teem um regime jurídico próprio e especial, não havendo hoje pròpriamente um *direito de classe*.

Entretanto o direito não deixa, nem poderia

deixar, de constituir normas próprias e adequadas para certas relações e pessoas.

O direito comercial, por exemplo, não é pròpriamente um direito especial para a classe dos comerciantes; mas contém certas regras que só aos comerciantes se aplicam, como o regime da falência, que é exclusivo deles, ferindo-os de uma incapacidade e sujeitando-os a uma interdição especial (cód. com., art. 700.°, cód. de pr. com., art. 198.°).

Por outro lado, certas categorias de funcionários do Estado, como os magistrados judiciais, os militares, os empregados de finanças e outros, são pelos respectivos regulamentos orgânicos incapacitados de exercer a profissão de comerciantes, nos termos do art. 14.° do código comercial.

Note-se finalmente que o princípio da igualdade jurídica não obsta a que a lei estabeleça algumas normas especiais ou excepcionais para certas categorias ou classes de pessoas, que umas vezes constituem sanções ou penalidades de carácter civil, e outras vezes se traduzem em verdadeiros privilégios, embora justificados. E' o que acontece com a proïbição do exercício do comércio a certas categorias de funcionários públicos (cód. com., art. 14.°), com a isenção de penhora dos vencimentos de todos os funcionários do Estado (cód. de pr. civ., art. 815.°), a faculdade de escusa das funções tutelares (cód. civ., art. 227.°), e outras disposições semelhantes.

11. **Domicílio.** — Conjuntamente com os elementos constitutivos do estado das pessoas é oportuno estudar também o seu domicílio, ou, como dizem alguns escritores (Ferrara, Ruggiero), a sua *séde jurídica.*

Não é porque a séde jurídica da pessoa influa

na medida da capacidade; mas é porque normalmente a vida jurídica de cada indivíduo se passa num determinado lugar, e um determinado lugar é sempre necessário para o compelir ao cumprimento de suas obrigações.

O conceito do *domicílio* como sendo a *séde legal da pessoa*, e assim o exprime muito justamente Coviello (1), é não só o mais expressivo, mas o que melhor traduz a realidade jurídica.

A necessidade de se atribuir ao indivíduo uma séde ou domicílio, isto é, fixar o lugar que por lei deve ser considerado como o centro da sua vida jurídica, é fácil de pôr em relêvo, podendo dizer-se pura e simplesmente intuitiva.

Como judiciosamente observava o saudoso professor Dr. Alves Moreira, «para que as relações de direito sejam regulares, estáveis e se tornem efectivas, é necessário que o homem se repute sempre presente num determinado lugar, estabelecendo-se assim uma relação ou vínculo jurídico entre o indivíduo e um determinado lugar para o exercício de direitos ou cumprimento de obrigações. É o que se chama domicílio» (2).

Assim dispõe 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».

Com efeito, a fixação dum domicílio ou séde da pessoa é necessária, entre outros casos:

a) para a organização da tutelá e da curatela (art. 188.°, 317.°, 321.°, etc.);

b) para regular a abertura da sucessão (art. 2009.°);

---

(1) Coviello, pág. 172.

(2) Dr. Alves Moreira, pág. 200 e 201.

c) para se exigir ao devedor o cumprimento da obrigação (art. 744.°);

d) para o exercício da acção jurisdicional (cód. de pr. civ., art. 16.°).

E assim se reconhece desde já que em princípio o indivíduo deve sempre ter um domicílio e só um.

Mas qual o critério para o determinar e fixar?

A relação em que cada indivíduo se encontra com um certo lugar pode ser mais ou menos intensa, conforme a importância dos negócios e interesses que nele tem, e por isso mesmo mais ou menos duradoura; pode ser uma relação de mero facto e da pessoa, emquanto aí se demora mais ou menos tempo, ou uma relação de direito em virtude de relações jurídicas que ali tenha, conjunta ou não com a permanência da pessoa no lugar. Um indivíduo pode estar e demorar-se num lugar, mas dum modo meramente transitório e passageiro; ou não estar, mas ter ali a maior parte dos seus interesses.

A esta variedade de situações deve a lei atender para a fixação do domicílio, pois que, se em regra o indivíduo tem um domicílio certo e visível, que é a sua habitual residência, muitas vezes acontece que o indivíduo tem diversas residências, ou não tem residência certa, ou tem num lugar a residência e noutro o centro principal dos seus negócios, donde resulta que muitas vezes a séde pessoal do indivíduo é diversa da sua séde jurídica.

O conceito do domicílio no antigo direito romano era representado pela *domus*, a casa onde o homem habita: o lar doméstico é o centro territorial onde o *paterfamílias* impera e opéra. Com o desenvolvimento da vida social, acentuam-se as necessidades e facilidades de deslocação, e a residência actual da pessoa já não é suficiente para determinar a sua séde ou domicílio. E assim acres-

centa-se mais um elemento de determinação — a *estabilidade* da residência. *Domicílio* é a residência fixa, *séde estável* da pessoa. A estabilidade não resulta apenas do facto da presença física do indivíduo, mas deve resultar da sua *intenção* de estar com permanência: residência estável é aquela em que a pessoa quer permanecer estàvelmente; é aquele lugar, segundo a poética descrição das fontes romanas, de onde o indivíduo não mais parte, a não ser constrangido, e do qual quando parte parece andar a peregrinar, e quando afinal regressa deixa de peregrinar — *unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet, unde cum profectus est, peregrinari videtur, quo si rediit, peregrinari jam destitit* (Cód. 7. 10. 40).

A intenção de fixar um lugar como séde estável revela-se por certos elementos de facto, como o de ter a pessoa aí estabelecido a séde dos próprios negócios e interesses — *constitutam esse eam domum unicuique nostram debere existimari, ubi quisque sedes et tabulas haberet suarumque rerum constitutionem fecisset.* Mas esta circunstância não era considerada senão como um *índice da intenção* de permanecer no lugar.

No direito intermédio a doutrina romana do domicílio foi desenvolvida e definida como a resultante dos dois elementos: um material, e outro espiritual, o facto da habitação e o *animus perpetuo commorandi.*

Donello, o primeiro que formulou uma definição, dizia: Domicilium cuique privatum recte definietur, ut sit locus, in quo *quis habitat eo animo, ut ibi perpetuo consistat,* nisi quid avocet (1).

(1) *Comment. de jure civili,* t. IV, liv. XVII, cap. XII.

E assim se compreende como o código francês, baseado nas fontes romanas, dispôs no art. 102.°: « *O domicílio de todo o Francês, quanto ao exercício de seus direitos civis, é no lugar onde êle tem o seu principal estabelecimento.* ». E semelhantemente o italiano no art. 16.°: «O domicílio civil duma pessoa é no lugar onde ela tem a séde principal dos próprios negócios e interesses ».

O nosso código, orientando-se mais pela doutrina dos comentadores, definiu-o no art. 41.°:

« *Domicílio é o lugar, onde o cidadão tem a sua residência permanente* ».

E o código brasileiro (art. 31.°) ainda mais expressivamente traduziu a doutrina dos comentadores: « *O domicílio civil* da pessoa natural é o lugar onde *ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo.* »

É a mesma definição do código suíço: «O domicílio duma pessoa é no lugar onde ela se encontra, com a *intenção* de aí *permanecer estavelmente*».

O código alemão no § 7.° diz simplesmente: « Quem se fixa num lugar dum modo estável, estabelece aí o seu domicílio. »

Confrontando agora as diversas fórmulas de definição é fácil reconhecer que a dois se reduzem os critérios ou sistemas de determinação e fixação legal do domicílio: o critério *material* ou económico do *estabelecimento*, e o critério *pessoal* ou jurídico da *residência* normal, ou seja, a morada habitual.

Ao primeiro pertencem os códigos francês e italiano; ao segundo o nosso, o brasileiro e o suíço, e também o alemão, apesar de menos expressivo.

O sistema da *residência* é sem dúvida o preferível, não só porque o indivíduo tem muitas vezes

diversos centros de negócios, mas ainda porque o verdadeiro centro do círculo das relações sociais e jurídicas do indivíduo é a sua casa de habitação, é o lugar onde preside aos destinos da sua família, se a tem, ou onde virá a presidir, se no desenvolvimento normal da sua existência vier a constitui-la.

E tanto isto é verdade, que os melhores autores franceses procuram dar à definição do seu código um desenvolvimento e uma interpretação, que ela porém não comporta, dizendo que « pelas palavras — *lugar do principal estabelecimento* — o código quer designar o lugar onde o homem tem, ao mesmo tempo a *sua habitação, o centro dos seus negócios, a séde da sua fortuna, as suas afeições de família* (1).

E, por seu lado, os melhores autores italianos (Coviello, Ruggiero, Ferrara), na explicação e desenvolvimrnto do conceito do domicílio civil, distinguindo entre *morada* (lugar onde o indivíduo está actualmente), *residência* (morada habitual) e *domicílio* (séde jurídica do indivíduo), aceitam o princípio fundamental da coincidência do domicílio com a residência.

Mas o sistema da residência oferece duas modalidades, conforme se dá o predomínio ao elemento objectivo e material do facto da habitação num dado lugar, ou antes ao elemento subjectivo e intencional da vontade de querer adoptar como séde jurídica uma de várias residências ou habitações.

Qual é o sistema do nosso código?

Atendendo ao art. 42.°, que define *domicílio voluntário* o que depende do arbítrio do cidadão,

(1) Colin et Capitant, I, pág. 422.

e *necessário* o que é designado pela lei, dir-se hia que prevalece a vontade ou intenção da pessoa.

E esta conclusão ainda parece confirmada pelo art. 43.º, determinando que, 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.*

Mas em contraposição ao predomínio da vontade, e dando pelo contrário maior valor ao facto material da residência ou habitação, está o preceito do § único do art. 44.º, determinando que a comunicação de mudança de domicílio, feita às respectivas câmaras municipais, só produzirá os seus efeitos, *desde que o participante tenha estabelecido a sua morada no concelho escolhido para novo domicílio.*

Qual é, pois, a verdadeira doutrina?

Tomando em consideração que o código perfilhou expressamente o conceito da *residência permanente*, que para a mudança de domicílio é necessária a efectividade da nova residência, e que *as disposições reguladoras do domicílio são, atento o seu fim, de interesse e ordem pública* (1), parece-nos dever concluir-se que o elemento essencial e determinante do domicílio é o facto da residência habitual.

E assim as próprias disposições dos arts. 42.º e 43.º, dando ao cidadão o direito de escolher a seu arbítrio o seu domicílio, devem entender-se no sentido de que êste é sempre condicionado pelo facto duma residência efectiva, se não permanente, pelo menos habitual. De modo que a faculdade de escolher, entre diversas residências alternadas,

(1) Dr. Alves Moreira, pág. 201.

uma para domicílio único, também se não deve entender no sentido de puro e absoluto arbítrio, mas deve subordinar-se à condição de efectiva residência.

É preciso não confundir a *residência*, que é uma relação de facto, com o *domicílio*, que é uma relação de direito, em virtude da qual a pessoa é, para certos fins, pela lei considerada como presente num certo lugar, com fundamento numa relação material existente entre a pessoa e o lugar (1). Assim o indivíduo pode ter mais de uma residência, e domicílio só em uma (art. 43.º); e pode ter a sua residência permanente num lugar, e o domicílio necessário em outro lugar (art. 47.º-53.º).

Mas dizer-se que a residência é mera relação de facto não significa que o simples facto da residência, mesmo transitória e passageira, não tenha também alguns efeitos jurídicos, sendo, portanto, em relação a estes efeitos especialmente declarados na lei, considerada em certo modo como um domicílio.

E' assim que a simples residência é como tal considerada, entre outros casos:

a) Para a determinação dos parentes que devem formar o conselho de família (art. 207.º);

b) para a celebração do casamento (cód. do reg. civ., art. 187.º, mod. pelo art. 24.º da lei de 10-VII-912);

c) para a competência do juízo nas acções de separação de pessoas e bens (cód. de pr. civ., art. 21.º, n.º 4.º) e de divórcio (dec. de 3-XI-910, art. 5.º);

d) para serem feitas as intimações dos actos judiciais (cód. de pr. civ., art. 200.º, § 1.º).

(1) Coviello, pág. 172.

Mas pode acontecer que um indivíduo não tenha residência alguma conhecida, ou que resida ora num ora noutro lugar, mas sem se fixar em qualquer residência habitual. A todos estes casos se aplica o art. 45.°: «O cidadão que não tiver residência permanente, será tido por domiciliado no lugar onde se achar».

E' o mesmo princípio do art. 43.° para o caso de diversas residências alternadas.

E não se pense que em tais casos o indivíduo tem mais de um domicílio, pois não é assim. Na verdade em cada momento só há um domicílio; o que o indivíduo tem, em tais casos, é a faculdade de mudar o domicílio de momento a momento.

Como vimos, o domicílio pode ser *voluntário* ou *necessário* (art. 42.°).

Dos arts. 40.° e 46.° resulta que, além disso, o domicílio pode ser *geral* ou *especial*, conforme se refere aos direitos e obrigações não exceptuados por lei ou convenção, ou só a factos jurídicos determinados, para os quais é estabelecido um domicílio particular. Com efeito, diz o art. 46.°: «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».

A escolha de domicílio geral voluntário por transferência, nos termos do art. 44.°, depende, como já vimos, de duas condições, que são cumulativas:

a) Declaração da mudança perante as câmaras municipais de onde e para onde se pretende mudar o domicílio;

b) Estabelecimento efectivo da morada no concelho onde se quer ter o domicílio.

Entendemos, porém, que a declaração só é necessária para que a mudança produza imediatamente os seus efeitos. De resto, desde que o indivíduo tenha estabelecido definitivamente a residência no concelho, de modo que seja aí a sua residência permanente, aí e só aí será o seu domicílio, por fôrça do art. 41.° e do princípio do domicílio único (1).

Os casos de domicílio necessário são os regulados nos art. 47.°-54.°:

a) os menores não emancipados, os maiores sujeitos a tutela, e a mulher casada não separada, salva a disposição do § 2.° do art. 53.°, teem respectivamente o domicílio dos pais, tutores e marido (art. 47.°-49.°);

b) os maiores ou os menores emancipados, que servem ou trabalham habitualmente em casa de outrem, teem o domicílio da pessoa a quem servem, salvo o disposto nos arts. 48.° e 49.° (art. 50.°);

c) Os empregados públicos, que exercem os seus empregos em lugar certo, teem neste o seu domicílio necessário, tendo domicílio voluntário segundo as regras gerais, se não teem lugar certo para o emprêgo (art. 51.°, § ún.);

d) Os militares teem o seu domicílio no lugar onde estão arregimentados ou onde fazem serviço; os marinheiros da armada teem domicílio em Lis-

(1) No mesmo sentido, Dr. Alves Moreira, pág. 203; *Rev. de Leg. e Jurisp.*, XXXIII, pág. 327. Contra ac. Relação do Pôrto, de 27-X-71, 21-XI-71, 23-II-75, no *Direito*, IV, pág. 16, 159, e VII, pág. 238.

boa; e os dos navios de comércio nas povoações a que pertencem os barcos, se por outra causa não tiverem domicílio diferente (art. 52.º);

e) Os condenados teem por domicílio o lugar onde estão cumprindo a pena, excepto no que respeita às obrigações contraídas antes do crime (art. 53.º).

Mas deve entender-se, que também para os empregados públicos, militares e condenados, o domicílio estabelecido pelos arts. 51.º a 53.º é só para o caso de não terem, pelo facto de serem menores, o domicílio dos pais ou tutores (analogia dos artt. 50.º e 52.º, § ún.).

Sendo o domicílio necessário a conseqüência que a lei atribui a certos factos, é intuitivo que deixa de existir desde o momento em que cessa o facto de que êle depende (art. 54.º), tendo desde então o indivíduo o domicílio voluntário conforme as regras gerais.

12. **Prova e publicidade do estado das pessoas. Registo civil.** — O conhecimento de todos os factos relativos ao estado das pessoas interessa essencialmente a ordem jurídica da sociedade e a vida do Estado. Não só é útil para o indivíduo ter à sua disposição uma prova fácil do seu estado civil, mas é uma necessidade imprescindível para os terceiros, que tenham ou queiram ter relações com uma pessoa, conhecer a sua situação jurídica; e a administração pública, para exercer a sua actividade, carece absolutamente da documentação oficial do estado civil dos indivíduos.

A organização dêste serviço em repartições públicas, por meio da inscrição ou anotação, em livros adequados, dos diferentes factos e actos que determinam ou modificam a condição jurídica das pessoas, é o que se chama o *registo civil*, mas

deve antes chamar-se *registo do estado civil*, pois há outras espécies de registos públicos de carácter civil (1).

O ideal da organização dos serviços do *registo do estado civil* seria concentrar numa única repartição todas as indicações relativas à existência e ao estado das pessoas, de modo a constituir para cada indivíduo uma espécie de *arquivo* ou *cadastro civil* (2).

Mas, em vez disso, o registo dos diferentes factos e actos do estado civil de cada pessoa é disperso e fraccionado por diferentes lugares e diversos modos de publicidade, por tal forma que muitas vezes o próprio interessado não tem meio de rápidamente obter os documentos de que precisa.

Êste sistema é o resultado de circunstâncias históricas bem conhecidas. Os modernos registos do estado civil não são outra cousa senão a secularização dos registos paroquiais. Desde tempos muito antigos o clero católico adoptava o sistema de ter alguns livros de registo, nos quais, por motivos de contabilidade e de ordem religiosa, anotava todos os baptizados, casamentos e enterros,

(1) A palavra *registo*, derivada de *res* e *gestum* (feito pela segunda vez), significa, em direito, assento, nota, cópia ou extracto feitos em livros públicos para isso destinados, designando também êsses mesmos livros. Ora há diversos registos de actos civis, além do registo do estado civil: o *registo predial*, para os actos jurídicos relativos à propriedade imobiliária (art. 949.º e seg.); o *registo das tutelas* de menores e interditos (art. 300.º); o *registo dos testamentos* na administração do concelho (art. 1935.º); o *registo das acções, articulados* e *sentenças* (cód. de proc. civ., art. 209.º, 354.º e 356.º); o *registo comercial* (cód. com., art. 46.º e seg.), etc.

(2) Petiet, *De la publicité en matière d'état et d'incapacité des personnes* (*Revue Critique de Leg.* 1887); Baudry Lacantinerie, *Précis*, II, pág. 20 e 21.

que se realizavam na área do seu sacerdócio. Generalizado êste sistema, foi regulado pelo Concílio de Trento, que impôs aos párocos de toda a Cristandade a obrigação de organizar e conservar regularmente registos para os nascimentos, baptizados e matrimónios, e que depois se estenderam também aos óbitos. Êstes registos, embora imperfeitos, prestavam grandes serviços, especialmente para a administração da justiça. Foi por isso que em França a ordenação de Blois, de 1579, determinou que êles servissem para provar em juízo os factos dos nascimentos, casamentos e óbitos. E mais tarde a ordenação de 1739, sôbre o processo civil, estabeleceu algumas disposições sôbre os registos paroquiais, determinando que fossem feitos em duplicado, para ficar um exemplar na paróquia e outro na comarca.

Havia dêste modo um serviço público realizado pela Igreja, mas sancionado e disciplinado pelas leis civis. Os párocos desempenhavam um serviço público, que era próprio do Estado, mas que eles tinham expontâneamente assumido, suprindo a falta dos órgãos competentes da administração pública.

Depois da Revolução o Estado avocou a si a organização dêste serviço, ordenando às municipalidades o encargo de redigir e conservar os actos do estado civil. E o código napoleónico disciplinou depois a matéria num complexo de disposições adequadas (1).

Entre nós o princípio de que o registo dos actos relativos ao *estado* das pessoas é de carácter puramente *civil* foi consignado no decreto n.º 23 de 16 de maio de 1832 (artt. 68.º, § 2.º, 69.º e 70.º),

(1) Colin et Capitant, I, pág. 384 a 386; Ferrara, pág. 590.

confiando aos provedores dos concelhos a redacção e conservação do registo civil.

Mas a execução do decreto não foi possível, e o código administrativo de 1836 (art. 131.º e 132.º) dispoz que o registo civil continuasse a ser feito pelos párocos, emquanto se não regulasse a transferência dêsse serviço para as autoridades administrativas.

O código administrativo de 1842 determinou (art. 255.º) que o administrador do concelho fosse também oficial do registo civil, devendo determinar-se em regulamento as respectivas atribuïções. Mas, em vez de tal regulamento, foram publicados os decretos de 19 de agosto de 1859 e 2 de abril de 1862, e para as colónias o de 9 de setembro de 1863, regulando o modo por que os párocos deviam fazer o registo do estado civil.

O código civil instituíu e regulou o registo do estado civil nos art. 2441.º e seguintes, dispondo no art. 2457.º que a parte orgânica e a forma do registo seriam determinadas em regulamentos especiais.

Depois os códigos administrativos de 1870 e 1878 atribuíram aos administradores de concelho o registo do estado civil. Mas estes preceitos só começaram a ter execução com o regulamento de 28 de novembro de 1878. Para as colónias também foram depois publicados regulamentos adequados (1).

(1) Para a população não católica de Macau e Timor foi publicado o decreto de 15 de junho de 1887. Para as outras colónias, à excepção de Angola, foi publicado o decreto de 17 de setembro de 1901, que mandava aplicar o regulamento de 28 de novembro de 1878, modificado para cada província em harmonia com as suas circunstâncias especiais. Na província de Angola ficou vigorando o regulamento aprovado por portaria

Mas todos esses diplomas foram substituídos pelo actual código do registo civil (decreto de 18 de fevereiro de 1911), modificado pela lei de 10 de julho de 1912) (1).

O *registo civil* deve definir-se pelo seu fim e pelo seu conteúdo ou objecto.

O *fim* do registo civil é definido no art. 1.º do código:

«O registo civil, que o Estado institui por êste decreto com fôrça de lei, *destina-se a fixar autenticamente a individualidade jurídica* de cada cidadão e *a servir de base aos seus direitos civis*». Êste artigo era dispensável, por ser de matéria puramente doutrinária. Mas, a ser formulado, deveria dizer simplesmente: *o registo civil destina-se a fixar autenticamente o estado civil das pessoas.*

Assim como está, o art. 1.º é inteiramente inexacto:

1.º) *não instituiu*, como diz, o registo civil, que já existia, sendo até regulado por muitos diplomas; o que fez foi torná-lo obrigatório;

2.º) não fixa a *individualidade* jurídica, que

provincial de 22 de agosto de 1882, obrigatório para todos, católicos ou não. Para a India, foi publicado o decreto de 12 de julho de 1902, aprovando o regulamento do registo civil, para os não cristãos.

(1) O art. 361.º dêste código determinou que êle seria posto em vigor nas colónias por meio de diplomas especiais, adaptando-o às necessidades e usos peculiares de cada uma delas. E assim foram publicados:

a) para a India o decreto de 9 de novembro de 1912;

b) para Cabo Verde o decreto de 14 de outubro de 1913;

c) para Moçambique a portaria provincial de 13 de março de 1919;

d) para S. Tomé e Príncipe o decreto n.º 0324 de 2 de janeiro de 1920.

é fixada pela lei anteriormente e independentemente do registo; o que fixa é o estado do indivíduo;

3.º) e não é só para os cidadãos, mas também para os estrangeiros;

4.º) finalmente, é puro êrro dizer-se que o registo civil serve de *base aos direitos civis* do cidadão.

O conteúdo ou objecto do registo civil é definido nos artt. 2.º e 3.º, combinados com os artt. 55.º, 172.º, 174.º e outros, e com o art. 23.º da lei de 10 de julho de 1912.

Segundo essas disposições vê-se que o registo civil tem por objecto a inscrição nos livros, para êste fim destinados, de todos os actos ou factos relativos ao estado das pessoas, tais como: nascimentos, casamentos, óbitos, reconhecimento de filhos (perfilhações e legitimações), declarações de nulidade e anulações de casamento, divórcios, emancipações, interdições, naturalizações, perda da qualidade de cidadão, e semelhantes.

E vê-se também que a inscrição dos actos ou factos do registo civil consiste:

a) no lançamento de assentos dos factos ou actos principais nos respectivos livros, que são essencialmente quatro e em duplicado — o livro de registo de nascimentos, o de casamentos, o de óbitos, e o de reconhecimentos e perfilhações;

b) na anotação, menção ou averbamento, à margem dos assentos, dos outros actos do estado civil.

Vê-se, finalmente, das diferentes disposições sôbre o registo civil, que são obrigatórias as inscrições de nascimentos, casamentos, óbitos, perfilhações e legitimações não proïbidas, ou que não constem de sentença, emancipações, interdições e naturalizações, sendo facultativas as outras.

Esta distinção das inscrições, que são obrigatórias ou não, tem uma grande importância, porque, nos termos do art. 4.º, só podem de futuro provar-se pelo registo civil os factos que dêle dependem, salvo o disposto no art. 7.º para os nascimentos, casamentos e óbitos anteriores ao código de registo civil, que continuam a provar-se pelo registo paroquial.

Tratando-se de factos sujeitos ao registo civil, mas que nele não estejam inscritos, ou não o estejam na fórma da lei, determina o art. 5.º que pode entretanto admitir-se qualquer outra espécie de prova, salvo o disposto nos artt. 17.º-21.º do decreto n.º 2 de 25-XII-910, e excepto se a falta de registo fôr imputável à parte interessada, que só pode então recorrer aos meios judiciais ordinários (art. 6.º).

As características essenciais dos actos do registo civil, atendendo ao seu fim e objecto, devem ser a *autenticidade* e a *publicidade*.

A autenticidade resulta do facto de ser o registo confiado a funcionários públicos, a cuja responsabilidade fica a celebração, redacção e conservação dos actos do registo, bem como a extracção das respectivas certidões.

Mas o código do registo civil (artt. 295.º e seg.) não adoptou o sistema da publicidade, determinando que as cópias literais ou certidões de teor, requeridas por qualquer pessoa que não seja aquela a quem o acto se refere, seu representante legal, descendente ou ascendente, só seriam passadas com autorização do delegado do procurador da república.

Porém a lei de 10 de julho de 1912 (art. 39.º) veiu corrigir êste defeito do código, determinando que a todas as pessoas é lícito requerer qualquer certidão dos livros do registo civil ou paroquial, e cujos registos por lei se não conservem secretos.

A lei estabelece regras especiais sôbre a forma dos actos do estado civil, sôbre as declarações ou menções que devem conter, sôbre os documentos que devem apresentar-se e com êles arquivar-se, etc.

Mas não diz a lei quais de entre as diversas condições de fórma são essenciais, isto é, aquelas cuja falta importa a nulidade do acto.

E para se ver a importância e dificuldade do problema basta notar que, perante o silêncio análogo da lei italiana, os melhores autores italianos apresentam soluções muito diferentes. Assim Coviello ensina: «os actos do estado civil são nulos, e portanto não teem eficácia probatória, sòmente quando falta uma das formalidades substanciais exigidas pela lei para a sua existência; isto é, se não foram exarados pelo oficial do estado civil, ou não foram inscritos nos registos mas em fôlhas volantes. A falta de qualquer outra formalidade não torna nulo o acto: êste pode ser rectificado» (1).

Ferrara, porém, é muito mais exigente, considerando como requesitos essenciais:

1) que o acto seja exarado por *um oficial do estado civil*, investido pela lei ou por delegação no poder de o exarar, não incapaz e competente por território;

2) que contenha a *data*, isto é, a indicação do lugar e tempo em que o acto é formado;

3) a *assinatura* do oficial, que imprime ao acto o carácter de autenticidade;

4) emfim, o acto deve ser *inscrito* nos *registos do estado civil* e não em fôlhas volantes (2).

Qual destas orientações será a da nossa lei?

---

(1) Coviello, pág. 190.

(2) Ferrara, pág. 593 e 594.

Se nos guiassemos pela letra do art. 3.° do decreto n.o 2 de 25 de dezembro de 1910, na parte em que determina que só é válido o casamento celebrado pela *fórma* estabelecida na lei civil, teríamos de concluir pela nulidade dos actos do estado civil, sempre que êles não fôssem praticados e exarados com tôdas as condições de fórma estabelecidas na lei.

E semelhante doutrina levaria a uma enumeração de requesitos essenciais ainda mais exigente que a de Ferrara.

Mas êste não é, por certo, o sistema da nossa lei, que ainda mais nítidamente se revelou no art. 43.° da lei de 10 de julho de 1912, permitindo por uma simples justificação, instruída perante o oficial do registo civil e julgada pelo Conservador Geral, a emenda, rectificação, aditamento ou alteração dos assentos do registo.

Por isso nos parece que o sistema da nossa lei é precisamente o da doutrina de Coviello.

CAPÍTULO II

PESSOAS COLECTIVAS

SUMÁRIO:

13. — Existência de pessoas colectivas. Desenvolvimento histórico do seu conceito jurídico.
14. — Teorias sôbre o conceito e fundamento da personalidade colectiva.
15. — Elementos constituitivos da pessoa colectiva.
16. — Classificação das pessoas colectivas.
17. — Corporações e fundações ou instituïções.
18. — Pessoas colectivas públicas ou de direito público, e privadas ou de direito privado.
19. — Pessoas civis e eclesiásticas.
20. — Pessoas colectivas nacionais e estrangeiras.
21. — Classificação legal: *pessoas morais* e *sociedades*, perpétuas e temporárias.
22. — Corporações e instituïções que não são pessoas colectivas.
23. — Constituïção das corporações e instituïções.
24. — Organização das pessoas colectivas: estrutura interna e representação externa.
25. — Capacidade das pessoas colectivas: princípio geral e restrições.
26. — Funcionamento e transformação das pessoos colectivas.
27. — Extinção das pessoas colectivas. Destino do património.

13. **Existência de pessoas colectivas. Desenvolvimento histórico do seu conceito jurídico** — É certo e sabido que a ordem jurídica de todos os tempos reconheceu sempre, pelo menos a partir do direito

romano, certas organizações ou instituïções sociais que, à semelhança do indivíduo, são admitidas no comércio das relações jurídicas, como sujeitos de direitos e obrigações, constituindo portanto entidades dotadas de personalidade ou individualidade jurídica.

Ao lado das pessoas *individuais,* denominadas também *singulares, físicas, reais, corpóreas, naturais,* existe, com efeito, a categoria das pessoas *colectivas,* também denominadas *fictícias; artificiais, abstractas, incorpóreas, místicas, sociais, morais* e *jurídicas* (1).

Sempre que uma necessidade humana, um fim de carácter mais ou menos permanente, não fàcilmente realizável com as fôrças e actividade dum só indivíduo, determina várias pessoas a reünir-se e a cooperar para o mesmo fim, ou levar alguém a destinar-lhe dum modo estável e duradouro um complexo de bens, forma-se assim uma instituïção de natureza social e colectiva, com uma organização jurídica apropriada, a qual, para a satisfação das suas necessidades e consecução de seus fins, se constitui, perfeitamente como as pessoas individuais, o centro de propulsão e atracção de uma vasta série do relações jurídicas.

O modo de ser desta entidade colectiva, que é uma verdadeira unidade social, vai assim, no desenvolvimento da sua actividade própria, representar de facto um verdadeiro sujeito de direitos e obrigações, e, portanto, não compete ao Estado senão reconhecer-lhe o mesmo *atributo jurídico* dos indivíduos, ou seja, a *personalidade.*

Mas está bem de ver que, para existir uma pessoa colectiva, não é bastante qualquer reünião

(1) Supra n.º 1; *Os Princípios,* 1, pág. 60, 233-235.

de pessoas ou qualquer conjunto de bens destinados a um fim; é necessário que a uniáo de pessoas ou a *afectação* de bens seja uma instituïção de tal modo constituída e organizada, que seja idónea para dar vida a uma unidade orgânica, a uma entidade real, capaz de ser reconhecida pelo Estado ou pela ordem jurídica, como uma individualidade própria, distinta da das pessoas que compõem o corpo colectivo ou o administram, ou a quem são destinados os bens.

Pessoa colectiva é pois, como diz Ruggiero, «toda a unidade orgânica resultante de uma colectividade organizada por pessoas ou por um complexo de bens, à qual o Estado reconhece capacidade de direitos patrimoniais para a realização de um fim social duradouro e permanente» (1).

Nas antigas fontes do direito as pessoas colectivas tinham diversa terminologia.

Assim no antigo direito romano fala-se apenas das corporações ou colectividades de pessoas — *universitates, corpora, collegia.* No período justinianeo, para designar a outra espécie de entes colectivos, fala-se de *piae causae, pia corpora.* O direito canónico chama *corpus mysticum* à pessoa colectiva, e o antigo direito francês emprega as expressões *corps, communautés* ou *gens de main-morte,* para traduzir o seu carácter de perpetuïdade.

(1) Ruggiero, pág. 353. Ruggiero, assim como a maior parte dos autores italianos e alemães, e os códigos modernos (alemão, suíço e brasileiro) adopta a denominação de *pessoas jurídicas.* Nós preferimos a de *pessoas colectivas,* não só por ser também adoptada pelo nosso código (art. 382.º), mas sobretudo por ser a mais adequada, pois a verdade é que as pessoas de instituïção social não são mais nem menos jurídicas, ou antes o são menos que as pessoas individuais.

No século XVIII entrou em voga a denominação de *pessoa moral*, que foi a dominante até aos tempos modernos, sendo ainda hoje adoptada indistintamente com a de pessoas jurídicas por alguns dos melhores civilistas franceses (1).

O conceito de personalidade colectiva é, no dizer de Ferrara, um dos conceitos mais tormentosos da teoria geral do direito; e é singular que as numerosas e sempre mais penetrantes investigações, em vez de esclarecer o problema, o teem cada vez mais complicado: a multiplicidade de teorias, o choque das polémicas, a disparidade de concepções teem quási sempre obscurecido a visão do instituto. Certo que há para isto razões intrínsecas de dificuldade. A primeira é que o conceito de personalidade colectiva tem *variado historicamente:* um foi o conceito do direito romano, outro o do direito germânico, outro o do direito canónico. Todas estas concepções antitéticas se encontram na prática, muitas vezes amalgamando-se entre si, e dando lugar a um sistema caótico e contraditório. A isto acresce que a teoria romana era a teoria da corporação; mas o conceito da *universitas* extendeu-se depois às obras pias e fundações, e êste alargamento foi fatal para uma concepção unitária das pessoas colectivas.

Note-se por fim a extensão moderna do conceito de pessoa colectiva aos entes de direito público, a começar pelo Estado e outros entes territoriais, aos institutos eclesiásticos, etc., e a complexidade e variedade de novos fenómenos associativos, que se integraram no mesmo esquêma jurídico, e ver-se há claro como o propósito de tudo reduzir a

(1) Colin et Capitan, pág. 653 e seg.

um sistema unitário de princípios se torna extremamente árduo.

No direito romano as corporações são colectividades de carácter público às quais a lei reconhece capacidade jurídica. Á semelhança dos municípios é concedido aos colégios *corpus habere*, isto é, ter uma caixa comum e uma representação em juízo. A concessão é um privilégio do Estado, e imprime às associações um regulamento público; daí o carácter de perpetuidade, a tutela, a devolução ao fisco do património das corporações extintas. A *universitas* é uma unidade diversa dos seus singulares membros, puramente ideal, incapaz de querer e agir; mas é *tratada* como pessoa — *personae vice fungitur*. O direito romano reconhece só as corporações, e não as instituïções como pessoas colectivas. As fundações da época imperial eram disposições fiduciárias de bens feitas a cidades, a colégios ou ao imperador; e quando na época cristã surgiram as primeiras fundações de beneficência ou de culto, estas eram consideradas dependências ou pertenças das *ecclesiae*, sendo um anexo dos institutos e estabelecimentos eclesiásticos.

O direito canónico transformou completamente a concepção romana, não só pela criação do conceito espiritual e transcendente de *instituto*, mas colorindo todas as corporações de uma tinta institucional. A Igreja não é concebida como a *universitas fidelium*, mas sim como o império de Deus sôbre a terra, como uma unidade mística, invisível, e todos os institutos eclesiásticos órgãos da Igreja são considerados como entes ideais fundados por uma vontade superior. Todo o estabelecimento ou benefício eclesiástico dotado de património é tratado como um ente autónomo, isto é, como tendo uma existência própria; e à medida

que aumenta a especialização e localização dêstes benefícios, assim aumenta o número dos *institutos* eclesiásticos.

Com êste conceito desenvolve-se a idea da fundação autónoma: o *pium corpus*, o *hospitalis*, a *sancta domus* constituem sujeitos de natureza ideal transcendente. A *universitas* é um *corpus mysticum*, um *nomen juris: est imago quaedam, quae magis intellectu, quam sensu percipiatur.*

Ao lado desta transcendente e subtíl elaboração filosófica, surge na doutrina uma multidão de concepções materialistas derivadas do direito germânico. Parece que o antigo direito germânico não atingiu a fôrça de abstracção capaz de conceber um ente distinto da colectividade dos indivíduos associados. A vida germânica apresentava uma série abundantíssima de associações (colectividades regionais, comunhões familiares, *genossenchaften, gilde*, etc.), em que há pluralidade de comunitários estreitamente vinculados e organizados entre si, mas sem haver a abstracção dum ente ideal que se destaque da colectividade dos indivíduos associados. Além disso, nas instituïções e fundações o direito germânico só vê o lado material, e considera os hospitais, os asilos e conventos como *uma propriedade* do Santo a quem são consagrados, ou então considera o estabelecimento, o *pius locus*, como sujeito dos bens.

Todas estas ideas heterogéneas veem na idade média a fundir-se no laboratório da jurisprudência romano-canonística, e é fácil imaginar-se a miscelânia que daí tenha resultado. Os glosadores consideram simplesmente a corporação como o conjunto dos associados — *Universitas nihil aliud est, nisi singuli homines, qui ibi sunt.* É por isso uma pluralidade capaz de agir, de contratar, de cometer delitos. Os canonistas desenvolvem o

seu conceito ideal de instituïção, mas sofrem a influência da prática, e são forçados a fazer concessões. A mesma divergência domina a doutrina civilista. Bártolo diz que *realiter* a *universitas* é idêntica à soma dos membros, mas *secundum fictionem juris repraesentat unam personam.* A pessoa colectiva como ente ideal não pode querer, mas se todos procedem em forma corporativa, *universitas ipsa agit*, e pode também *delinquere et puniri criminaliter.* E assim a teoria da corporação é condenada a uma contínua confusão de opiniões, em que se reflectem antíteses inconciliáveis.

Na época moderna as associações e instituïções interessam os legisladores principalmente no ponto de vista político. É que tendo os entes colectivos, especialmente os institutos religiosos e de piedade, acumulado uma riqueza enorme em bens imobiliários, que eram assim subtraídos à circulação do comércio, dizendo-se por isso entes, corpos ou *bens de mão morta* (como se os tivesse agarrado para sempre a mão dum morto), inaugurou-se um largo movimento legislativo no sentido da supressão de uma grande parte dessas instituïções eclesiásticas e de caridade, e da conversão dos seus patrimónios, formulando-se ao mesmo tempo normas destinadas a impedir a reconstituïção da mão morta, sujeitando a um regíme de autorização, fiscalização e incapacidade patrimonial as novas associações que se quisessem constituir.

Daí os novos aspectos do problema da personalidade colectiva, a respeito do seu fundamento e substracto, e da intervenção do Estado na sua constituïção e vida (1).

(1) Ferrara, pág. 599-601.

14. **Teorias sôbre o conceito e fundamento da personalidade colectiva.** — Dada a existência de pessoas colectivas, reconhecida pelo direito positivo, e a variabilidade histórica do seu conceito jurídico, bem se compreende como a moderna sciência do direito se devia esforçar pela construção dogmática da teoria da personalidade colectiva. E também desde logo se compreende como dêste esfôrço resultou naturalmente uma infinidade de doutrinas e concepções destinadas a justificar ou explicar o interessante fonómeno jurídico.

E para mais fácil apreensão do vasto conjunto de tantas teorias, comecemos por classificá-las.

Há teorias que explicam a personalidade colectiva por um processo racionalista de pura abstracção, formando da pessoa colectiva um conceito puramente ideal ou intelectual. São as teorias *metafísicas*.

Outras, pelo contrário, procuram encontrar na análise e na realidade dos factos a existência e a explicação do fenómeno, atribuíndo às pessoas colectivas um conceito positivo de existência real. São as teorias *positivas* ou *realistas*.

Outras, finalmente, rejeitam o conceito de personalidade colectiva, procurando mostrar que a figura dessas pessoas colectivas se reduz sempre a um sistema de relações jurídicas cujos sujeitos são pessoas individuais. São as teorias *negativistas*.

As principais teorias de carácter metafísico reduzem-se a três: a teoria da *ficção*, a da *vontade* e a do *ente ideal*.

A teoria da *ficção*, partindo da idea de que só o homem pode ser sujeito de direitos, pois além da pessoa física não há na realidade outros seres capazes, concebe a personalidade colectiva, pura criação do espírito, como uma entidade suposta ou fingida: dada a existência de uma associação

de homens, ou de um património destinado a um fim social, desde que mereçam à ordem jurídica uma especial consideração, concebem-se como uma unidade intelectual, *finge-se* que há aí *uma pessoa*, e atribui-se-lhe a capacidade, elevando-a à categoria de sujeito de direito.

A teoria da ficção, tendo a sua fonte no direito romano, foi constituída e desenvolvida pelos alemães (Savigny, Windscheid, Puchta, Unger), e teve enorme repercussão e voga tanto na Itália como na França, onde dominou até aos últimos tempos do século passado.

Mas é bem de ver que esta teoria não podia resistir ao trabalho de renovação da moderna sciência do direito.

Que uma tal concepção, diz Ruggiero, seja imprópria para descrever a verdadeira essência das pessoas colectivas, fàcilmente se entende: a ficção é mero artifício, com o qual se não pode criar um ente, que seja distinto das pessoas singulares dos membros da corporação ou dos administradores e destinatários dos bens da fundação. Se o sujeito não pode ser senão o homem, e aqui não existe um tal sujeito, nada se consegue em fingir que êle existe. Nem vale mais declarar que a ficção se deve reduzir a uma relação de analogia, em virtude da qual, devendo referir-se o direito a um sujeito diverso do homem, se concebe um ente antropomorficamente, ao qual como sujeito é atribuído o direito, anàlogamente ao que acontece com as pessoas individuais. Pois também aqui nada há de real no sujeito, visto que a sua existência é, e permanece, apenas imaginária (1).

Por isso alguns escritores, ainda na orientação

(1) Ruggiero, pág. 353 e 354.

racionalista, procuraram determinar por outro processo a essência da personalidade colectiva, e descobrir um sujeito nos seus elementos constitutivos.

Zitelmann, numa monografia sôbre o conceito e a essência das chamadas pessoas jurídicas, publicada em 1873, construiu nesta ordem de ideas a teoria da vontade (1).

Segundo Zitelmann, é a vontade o poder que cria o sujeito: uma vontade pública ou privada, que, manifestada em conformidade com as normas da ordem jurídica, é em si e por si capaz de dar vida ao organismo, e que por isso deve ser tomada em si e por si como sujeito. Ora esta vontade é nas corporações a vontade complexiva, distinta das vontades singulares dos seus membros, e diversa da soma delas; e nas fundações a vontade de quem deu aos bens um destino, a qual, objectivando-se, se destaca da pessoa que a teve e a manifestou, constituindo-se como entidade existente por si mesma.

Contra esta teoria basta observar que, se não se finge a existência de uma pessoa, arvora-se em sujeito uma entidade abstracta, o poder da vontade, e personifica-se a vontade, por meio de um processo que em nada corresponde à realidade das cousas.

Muito semelhante a esta, embora um pouco diferente, é a teoria do *ente ideal*, de Cicala: as pessoas colectivas são entes ideais, criados pela vontade, mas que existem não obstante a sua natureza puramente ideal. Assim como a vontade é capaz de dar vida às relações jurídicas, assim tam-

(1) *Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen.* Segundo refere Ferrara, Zitelmann abandonou depois esta teoria. Ferrara, pág. 603, qualifica de realista a teoria de Zitelmann.

bém é idónea para criar entes, que não são imaginários ou fictícios, mas entidades efectivamente existentes. Ao sujeito natural, representado pelo homem, contrapõe-se o sujeito ideal, representado pelas pessoas colectivas: o sujeito não é portanto a vontade da associação ou a do fundador, mas sim o ente que por aquela vontade é criado, e tem uma existência efectiva embora ideal sòmente (1).

Estamos em plena teoria da vontade, e em todo o caso no puro domínio da abstracção e das idealizações. Tanto basta para se concluir que a teoria é insuficiente.

As principais teorias realistas são a teoria *orgânica*, a do *património-fim*, e a da *instituïção*.

Estas teorias são uma reacção ao mesmo tempo contra as concepções metafísicas ou puramente idealistas da personalidade colectiva, e contra as doutrinas negativistas.

A que mais autoridade conquistou, sobretudo na Alemanha, é a teoria *orgânica*, que afirma a existência de organismos sociais dotados de capacidade jurídica substancialmente idêntica à capacidade natural dos indivíduos.

Mas esta teoria oferece duas modalidades distintas — a forma *biológica* (Gierke) e a forma *sociológica* (Michoud).

Segundo Gierke, o homem é considerado pessoa emquanto é capaz de querer, e como há outros organismos naturais como o homem dotados de vontade, a esses se deve estender também a personalidade jurídica. Ora as corporações e as instituïções formam precisamente *pessoas reais colectivas*, organismos sociais, que surgem, ou por facto natural histórico, ou por constituïção voluntária, e

(1) Ruggiero, pág. 354 e 355.

que são corpos sociais dotados de vida autónoma. Estas pessoas colectivas, que o direito não cria, mas declara, são capazes de querer e de agir, e portanto devem gozar de uma subjectividade própria (1).

Esta teoria, que era afinal uma simples aplicação da teoria organicista do conceito das sociedades humanas, consideradas como verdadeiros organismos vivos, teve um êxito clamoroso, apoïando-se em metáforas brilhantes de sociólogos, e ilustrando-se com as mais abstractas concepções de filósofos do último quartel do século passado. E teve o grande mérito de pôr em relêvo a realidade das pessoas colectivas, estudando com abundância maravilhosa de dados a sua evolução, estrutura e vida, de ter provocado a extensão do conceito de personalidade colectiva da esfera do direito privado às relações de direito público, e de ter exercido uma influência benéfica no movimento legislativo e doutrinário em favor do regime de liberdade das associações.

Mas no terreno da sciência pura a teoria organicista não resistiu à crítica severa que a breve trecho se lhe contrapôs: o conceito de organismo social idêntico a organismo natural, considerado como um superorganismo composto de várias personalidades humanas, e tendo uma vida própria corpórea e espiritual, foi afinal apreciado como sendo o fruto de uma imaginação fantástica e pura concepção mística e transcendente.

Foi naturalmente por isso que alguns autores, como Bernatzik, na Alemanha, e Michoud, em França, trataram de modificar a teoria orgânica, expurgando-a do vício orgânico biológico, e acrescentando-lhe um elemento novo, o interesse digno da protecção jurídica.

(1) Esta teoria foi largamente desenvolvida por Gierke nas suas obras notáveis — *Das deutsche Genossenschaftsrecht, Genossenschaftstheorie, und die deutsche Rechtssprechung*, e *Deutsches Privatrecht.*

Segundo esses autores, o que caracteriza a essência ou *substractum* do direito subjectivo, e portanto da personalidade jurídica, não é só a capacidade de querer, mas também e principalmente a existência do interesse jurídico; e, por conseqüência, são titulares de direitos, não só os entes individuais, mas também os entes colectivos, que tenham um interesse colectivo e permanente, e uma organização capaz de desenvolver uma vontade própria (1).

Como se vê, êste aspecto da teoria orgânica já se aproxima bastante da realidade da vida jurídica; mas tem ainda o vício fundamental do organicismo, considerando as próprias fundações como entes capazes de desenvolver uma vontade própria.

Como reacção contra o carácter exclusivamente subjectivista do conceito das pessoas colectivas apareceu uma teoria realista, que eleva a sujeito de direitos certos patrimónios — os destinados a um fim de interesse colectivo. É a teoria do *património-fim (Zweckvermögen)*, devida também a autores alemães (Brinz, Bekker, Demelius).

Estes autores, repelindo a idea da necessidade de um sujeito representado sempre por pessoas físicas, e concebendo como tal o complexo de bens destinados a um fim, personalizam êste organismo patrimonial, isto é, o património emquanto é destinado a um fim social. Para estes autores, o patri-

(1) Michoud desenvolveu e sua teoria na célebre monografia — *La théorie de la personalité morale.*

mónio não só pode pertencer a alguém, mas pode existir para alguma cousa sem pertencer a ninguém: aos patrimónios individuais contrapõem-se os patrimónios destinados a um fim. O fim é o ponto central, em volta do qual vem constituir-se um património destinado ao seu serviço. Por isso não há que fazer uma distinção das pessoas, mas sim a distinção dos patrimónios. E um escritor (Schwartz) foi ainda mais longe, dizendo que no lugar do sujeito deve colocar-se o *fim jurídico* (1).

A teoria do *património-fim* deve antes qualificar-se de negativista, e como tal parece considerá-la Ferrara, quando diz que ela se choca contra a possibilidade de admitir permanentemente direitos sem sujeito. Mas, como quer que ela se considere, é em todo o caso inadmissível, porque falseia a posição dos associados nas corporações e dos administradores nas fundações, reduzindo-os a servos do fim, e desconhece os casos em que falta um património para nele se personalizar o sujeito, podendo haver, e havendo de facto, pessoas colectivas que não teem um património, embora tenham capacidade de o adquirir (2).

Como teoria realista consideramos também a teoria da *instituïção*, elaborada pelos autores de direito administrativo francês (3), e desenvolvida na Alemanha por Ennecerus, Behrend e outros.

Segundo esta teoria, nas pessoas colectivas o

(1) Ferrara, pág. 602 e 603. A teoria do *património-fim* chegou a ter um certo acolhimento na Itália, sendo desenvolvida por Bonelli — *La personalità giuridica dei beni in liquidazione giudiziale (Rivista italiana per le scienze giuridiche,* 1887); *La teoria della persona giuridica (Rivista di diritto civile,* 1910).

(2) Ferrara, pág. 603; Ruggiero, pág. 355 e 356.

(3) Hauriou, *Précis de droit administratif,* pág. 6 e seg.

que se personaliza é o estabelecimento, o *serviço público*, a instituïção: as pessoas colectivas são organizações sociais para a realização de um fim, para o desempenho de um serviço. Não são entes vivos com vontade natural, mas sujeitos intelectuais, institutos personalizados. Esta teoria não faz mais do que ampliar o conceito de instituïção a todas as categorias de pessoas colectivas.

Ferrara critica assim esta teoria: «esta construção, que é bastante satisfatória para as instituïções e fundações, perece forçada para as corporações, suprimindo a colectividade dos associados, que formam porém o elemento dominante na estrutura das pessoas colectivas de carácter associativo» (1).

Mas crítica bem frouxa é esta, e que afinal bem se explica, porque a doutrina formulada por aquele eminente civilista não é no fundo senão a teoria da instituïção (2).

E nós também pensamos que esta é a melhor doutrina.

As teorias negativistas partem todas de um princípio comum: é o de que as pessoas colectivas se reduzem sempre a *indivíduos* associados ou organizados, mas os sujeitos são eles mesmos. E por isso Ferrara os qualifica de *individualistas*.

São ainda muitos os partidários da doutrina que rejeita o conceito de uma personalidade colectiva, sôbre tudo entre os escritores alemães, o

(1) Ferrara, pág. 607.

(2) Basta notar que logo a seguir escreve Ferrara: «No estudo dêste têma eu tenho-me sempre e cada vez mais convencido de que, conforme com o desenvolvimento histórico, as pessoas jurídicas teem um substracto diverso, irredutível a um esquema único, e de que a *unidade* do instituto é dada apenas pelo conceito de sujeito jurídico, que o direito objectivo pode dar a qualquer substracto».

que bem se explica porque esta corrente foi lançada e vigorosamente sustentada por um dos maiores espíritos de jurisconsulto da época contemporânea (Ihering).

Segundo Ihering o sujeito encontra-se sempre nos homens. Toda a instituïção é sempre e necessàriamente destinada a benefício dos indivíduos, de especiais pessoas físicas ou grupos de pessoas; são porisso sujeitos nas pessoas colectivas de tipo corporativo os membros da associação, e nas do tipo de fundação os destinatários do património, isto é, a série dos indivíduos em proveito de quem os bens são destinados, como os doentes dos hospitais, os mendigos dos asilos, e assim sucessivamente. Na doutrina de Ihering a personalidade colectiva é apenas um *instrumento técnico*, um *mecanismo*, um *veículo* das relações que intercedem na colectividade. E a personificação não é senão a forma de adaptação de um património aos interesses e aos fins de pessoas indeterminadas (1).

Na mesma ordem de ideas Van den Heuvel considera a personalidade colectiva como absurda e inútil, dizendo que as sociedades personificadas não são senão sociedades privilegiadas, e que nelas tudo se reduz a um complexo de privilégios e derogações do direito comum; e Vareilles-Sommières acrescenta: a pessoa jurídica é um simples efeito óptico, porque, na realidade, do que se trata é de um *regime especial* por meio de cláusulas a que estão sujeitas as sociedades personificadas (2).

Modernamente tem sido definida por vários

(1) Ihering, *Geist des romischen Rechts*, III, §§ 60 e 61; *Zweck im Recht*, pág. 460 e seg.; Ruggiero, pág. 355.

(2) Van den Heuvel, *De la situation légale des associations sans but lucratif en France et en Belgique*, pág. 56; Vareilles-Sommières, *Les personnes morales*.

escritores alemães uma outra teoria negativa das pessoas colectivas, segundo a qual tudo se reduz a uma *relação jurídica*. Assim: Ferneck (1) analiza uma série complicada de relações distintas entre membros e órgãos, entre órgãos e terceiros, e de órgãos entre si; Hölder (2) distingue entre associações egoistas e altruistas, vendo nas primeiras uma relação entre os indivíduos análoga à das sociedades (3), e nas segundas, em que se compreendem todos os entes públicos, uma relação entre os administradores do património e os associados; os administradores são sujeitos dum *património de ofício*, teem competência e obrigações oficiais; e esta realidade é mascarada por uma ficção de personalidade, isto é, pelo tratamento do património de ofício como se fôsse património dum ente diverso. Na mesma orientação diz Binder (4) que, nas corporações, sujeitos são todos os membros. A unidade na pluralidade não existe: a pessoa jurídica não é uma cousa em si, mas um conceito de relação. E Stammler (5) diz que a personalidade é apenas um método de conceber unitàriamente as relações dos membros. É, como dizia Meurer (6), o *tratamento unitário* da pluralidade dos membros nas corporações ou dos destinatários nas fundações.

A simples enunciação das diversas teorias

(1) *Die Rechtswidrigkeit*, pág. 244 e seg.

(2) *Naturlische und juristische Personen*.

(3) Para compreensão desta terminologia deve ter-se presente a distinção que na técnica jurídica se faz entre *associação* (fim ideal ou moral) e *sociedade* (fim lucrativo). Veja as nossas *Sociedades e empresas comerciais*, capitulo I.

(4) *Das Problem der Rechtspersonlichkeit*.

(5) *Uebestimmtheit des Rechtssubiekts*.

(6) *Die juristischen Personen*.

negativas mostra logo que só uma delas tem importância apreciável. É a de Ihering, que, de resto, na sua essência, não é senão a teoria do do *património-fim*, *património* ou *propriedade colectiva*. que também, sob esta forma, tem sido largamente defendida por alguns civilistas e publicistas da moderna escola francesa (1).

Como justamente observa Ferrara, todas estas teorias, procurando o substracto substancial que se esconde no fundo das pessoas colectivas, perdem de vista a concepção da personalidade colectiva, a qual precisamente serve para evitar ou explicar toda esta complicação de relações. Por outro lado a teoria da relação jurídica é incapaz de explicar a unidade e permanência do ente, através de todas as mudanças e vicissitudes dos sujeitos.

A's teorias negativistas é comum o modo especial de conceber as fundações, considerando-as como patrimónios cujos sujeitos são os grupos de destinatários ou beneficiários. Esta é de resto a concepção primitiva que se elaborou historicamente. Com efeito, o conceito de fundação é um produto do Cristianismo; e pois que a única forma de pessoa colectiva no direito romano era a *universitas*, procurou-se adaptar a êste tipo todos os entes colectivos. Assim, os asilos de pobres foram concebidos como *collegia miserabilium*, os hospitais como *universitas leprosorum*. E é precisamente esta idéa que inspira a teoria de Ihering, vendo o sujeito das fundações no grupo dos destinatários, e dos outros escritores que consideram como sujeitos o grupo das pessoas que se aproveitam também potencialmente da obra da instituïção, e ainda mesmo a sociedade em geral. Neste último aspecto a teoria transforma-se numa outra que foi dominante na época da revolução francesa, pela qual todas as fundações, sendo de interêsse público, são dependências da soberania do Estado, que é o único representante dos interesses gerais. Porisso as fundações são corpos públicos administrativos, e o Estado concedendo-lhes a personalidade, não os faz verdadeiros proprietários, mas apenas os investe num serviço público, para o qual se podem considerar como institutos públicos descentralizados e personalizados.

(1) Planiol, *Traite élémentaire de droit civil*, I, pág. 635 e seg.; Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, pág. 44 e seg.

Mas a verdade é que nenhuma destas concepções é admissível.

Se é certo que o Estado exerce como poder político soberano direitos de vigilância, de reforma e de supressão das fundações, não pode inferir-se daí que êle seja proprietário dos seus bens, como de *stationes fisci* não autónomas. Pelo contrário, a verdade é que a vontade do fundador tem o poder jurídico de criar um instituto independente, para realizar um fim próprio, e não para fazer ao Estado uma doação com encargo, a qual equivaleria a negar a figura da fundação autónoma. Mais atraente parece considerar-se como sujeito o grupo dos beneficiários. Mas o certo é que também esta concepção não corresponde à essência do instituto, pois é bem manifesto que os destinatários da fundação não são os proprietários dos seus bens (1).

Em conclusão vê-se que a doutrina negativista da personalidade colectiva fica reduzida a um de dois conceitos: ou a existência de patrimónios sôbre os quais ninguém tem direitos, nem mesmo

(1) Ferrara, pág. 605 e 606.

quaisquer poderes jurídicos, o que é inadmissível, e até inconcebível, por ser contrário à própria noção de património; ou então, e esta é a essência das diversas teorias negativistas, trata-se de *patrimónios colectivos,* que juridicamente são atribuídos a grupos de indivíduos, quer em propriedade, quer em gôzo, quer em simples administração.

Mas dizer-se que há um grupo ou colectividade que tem o domínio, o gôzo, ou ainda a mera administração dum certo património, o *mesmo* é que dizer que essa colectividade é proprietária ou administradora dêsse património.

Reconhece-se, portanto, que há uma entidade colectiva que tem e exerce direitos, ou poderes jurídicos, se assim se preferir dizer, como se fosse uma pessoa individual. E, tanto nas corporações como nas fundações, é manifesto e intuitivo que êsses direitos ou poderes jurídicos não podem individualmente pertencer a cada um nem ser exercidos por cada um dos interessados.

Pois bem: todas essas entidades de carácter colectivo ou social, instituídas para a realização dum fim comum ou geral, em harmonia com a ordem jurídica, e que para a realização do seu fim teem de entrar em relações jurídicas patrimoniais, precisam necessàriamente de nestas relações proceder como as pessoas individuais, e por isso mesmo são e devem chamar-se *pessoas colectivas.*

E assim, ao mesmo tempo que se determina o conceito da personalidade colectiva, se fixa também e justifica o seu fundamento jurídico.

Sempre que duas ou mais pessoas se associam para um fim lícito, ou sempre que alguém destina um património para uma obra de interêsse da comunidade política, desde que a instituïção social por qualquer dêstes modos constituída careça de proceder nas suas relações jurídicas como uma unidade

representativa dos interesses comuns, e independentemente dos interessados individualmente considerados, o Estado tem o dever de intervir, garantindo à instituïção essa situação jurídica de que ela carece.

Esta situação jurídica é precisamente a da personalidade colectiva. E o seu fundamento está precisamente na satisfação duma real e efectiva necessidade da ordem social e jurídica.

E assim se vê, finalmente, como a teoria da *instituïção,* generalizada às relações de direito privado, é a que melhor explica o conceito da personalidade colectiva.

Mas como se explica e realiza o processo técnico da personificação? Qual é verdadeiramente a entidade elevada a sujeito, ou qual é o *substracto* real desta personificação?

A resposta é bem fácil, é mesmo intuitiva.

O que se personifica é a obra colectiva, o *estabelecimento ideal* ou abstractamente considerado; é a *instituïção.*

Na estrutura jurídica da pessoa colectiva entram dois elementos: o elemento *real* e o *abstracto.*

O primeiro é o *facto real* da existência de agrupamentos de homens, em que estes se propõem, não já a realização dos seus próprios e exclusivos interesses, mas a realização de interesses comuns, ou uma massa de bens especialmente afectada a certos e determinados fins.

O segundo é a *abstracção* pela qual a lei, em obediência a uma necessidade da ordem social e jurídica, transforma essa pluralidade de pessoas ou essa massa de bens em uma *unidade jurídica* capaz de por si, e perfeitamente como uma pessoa, iniciar e desenvolver o sistema de relações necessárias ao melhor processo de realização do seu fim.

O processo é de *abstracção,* e não *ficção,*

porque esta supõe a invenção de uma cousa que não existia, ao passo que aquela, tendo na sua base uma realidade da vida, simplesmente *interpreta* e organiza juridicamente um facto natural e realmente existente, pela fórma mais adequada à sua regulamentação (1).

Nas corporações é subjectivada a unidade ideal dos associados, a *associação;* nas outras instituïções ou fundações é a própria *obra* ou *serviço instituido*. Assim como os membros da associação se contrapõem ao ente colectivo, assim nas fundações os administradores são representantes e funcionários da instituïção.

E assim conclui bem Ferrara: «as pessoas jurídicas definem-se como *associações ou instituïções formadas para a realização de um fim e reconhecidas pela ordem jurídica como sujeitos de direito*. São uma *realidade,* mas uma realidade do nosso mundo jurídico, não da nossa vida sensível. As pessoas jurídicas não se veem, nem se tocam; nem são uma categoria de organismos naturais a colocar ao lado dos homens; mas são institutos jurídicos igualmente reais, como são reais uma obrigação, a herança, um contracto» (2).

15. **Elementos constitutivos da pessoa colectiva.** — Para complemento da determinação do conceito de personalidade colectiva importa agora fixar e analizar os elementos essenciais da estrutura jurídica das pessoas colectivas.

Encontramo-nos em presença de três doutrinas:

a) dois elementos (Ferrara): um *material,*

(1) *Sociedades e empresas comerciais*, pág. 150; Coviello, pág. 197.

(2) Ferrara, pág. 610.

que é o substracto do ente colectivo, e é diverso, conforme o ente é de carácter associativo ou institucional, sendo no primeiro a *associação de homens* em vista dum *fim,* e no segundo a *obra* a realizar por meio duma organização de homens e de bens postos ao seu serviço; o outro é o elemento *formal,* que é a concessão da personalidade, ou seja o reconhecimento pelo Estado (1);

b) três elementos (Ruggiero): uma *organização de pessoas* ou de *bens,* um *fim,* e o *reconhecimento* pelo Estado (2);

c) cinco elementos (Coviello): 1.º) uma *pluralidade de pessoas* consideradas por abstracção uma pessoa só, sendo nas corporações os associados e nas fundações os beneficiários; 2.º) um *fim* lícito e determinado; 3.º) um *património* para a realização do fim, não sendo essencial a existência actual e efectiva dêsse património, mas os meios ou a possibilidade de o constituir; 4.º) a *intenção* dos sócios ou do instituidor de constituir uma unidade jurídica como sujeito do património colectivo, isto é, a vontade expressa ou tácita de criar uma só pessoa para a disposição do património comum; 5.º) finalmente, é necessário o reconhecimento pelo Estado, sem o qual aquele concurso de elementos de facto não é bastante para dar à associação ou fundação a existência jurídica como pessoa (3).

O simples confronto das três doutrinas mostra logo a superioridade da de Ruggiero.

A de Ferrara é defeituosa, reduzindo a um elemento material ou de facto, pois não descrimina, como é mister, o *organismo colectivo* da perso-

(1) Ferrara, pág. 610 e seg.

(2) Ruggiero, pág. 359.

(3) Coviello, pág. 202 e seg.

nalidade e o *fim* a realizar, fazendo dos dois elementos uma completa fusão, sobretudo nas fundações.

Por outro lado, a doutrina de Coviello, além de incorrer no defeito de incluir no elemento pessoal a série indefinida dos beneficiários nas fundações, é excessiva na diferenciação dos elementos, destacando do elemento pessoal o património das fundações, e considerando ainda como elemento essencial da personalidade o *animus personificandi*, quando é certo que a maior parte das vezes nem sequer passará pela mente dos associados ou dos fundadores a idea da personalidade.

Passemos pois a expôr a doutrina de Ruggiero.

I) *Organização de pessoas ou de bens.* Nas associações a pluralidade das pessoas deve ser uma pluralidade unitária, isto é, constituir uma unidade corporativa, em que os indivíduos singulares como que desaparecem no resultado final do processo de unificação, para dar lugar a uma nova personalidade. Não é necessário, como se entendia em direito romano para os *collegia* (1), um número mínimo de três pessoas afim de se poder tomar deliberações por maioria, salva determinação especial da lei exigindo um certo mínimo de pessoas, como nas sociedades anónimas, que só podem constituir-se com o mínimo de dez sócios (cód. com., art. 162.º, al. 1.ª). E, no rigor do direito, poderia mesmo a colectividade, depois de constituída, ficar reduzida a um só indivíduo, sem que por isso a pessoa colectiva se possa dizer extinta, embora lhe falte daí em diante o seu substracto

(1) Marcello, D. 85. 50. 16: *Neratius Priscus tres facere existimat collegium, et hoc magis sequendum est.*

fundamental, porque podem entretanto subsistir o fim e o fundamento da personalidade colectiva (1).

Nem a existência do ente colectivo é, em princípio, dependente da constante identidade das pessoas: pode dar-se a mudança de todos os indivíduos, de modo que a pluralidade pode transformar-se por substituïções sucessivas dos seus membros, e todavia manter-se íntegra e idêntica a unidade orgânica da corporação.

O efeito jurídico mais relevante da personalidade colectiva nas corporações, uma vez constituídas, é que todas as relações patrimoniais, tanto activas como passivas, se referem daí por diante ao próprio ente colectivo, sendo inteiramente estranhas aos singulares membros, assim como as relações dêstes são estranhas àquele; o princípio que governa a união é a perfeita separação da personalidade colectiva das personalidades singulares dos seus membros. E' o mesmo princípio já incisivamente formulado por Ulpiano, D. 7. 1. 3. 4: *Si quid universitati debetur, singulis non debetur; nec quod debet universitas singuli debent.*

O património, que também não falta nos entes corporativos, tem uma função primordial nos outros entes (institutos, instituïções, estabelecimentos, fundações), constituíndo o seu substracto essencial.

(1) Sôbre a dissolução das sociedades por não existir mais do que um sócio, veja *Sociedades e empresas comerciais*, pág. 637 e 638. Ulpiano, D. 7. 2. 3. 4: *Si universitas ad unum redit, magis admittitur posse eum convenire et conveniri, cum jus omnium in unum recciderit et stet nomen universitatis.* Mas entendem alguns romanistas que Ulpiano não afirmava que a *universitas* continuasse a existir como tal, mas apenas que podia continuar a exercer as acções activa e passivamente emquanto permanece o *nomen universitatis*. Ruggero, pág. 360.

E por isso para estes entes é mais abstracto e artificioso o processo da personificação, porque lhes falta a associação de pessoas, que mais vivamente se presta à construção dum novo sujeito jurídico. Emquanto que nas *universitates personarum* bem se pode compreender a formação de uma consciência e vontade colectiva distinta da dos sujeitos singulares, que não é a sua simples justaposição ou soma; mas antes a resultante da sua combinação e interpretração, nas *universitates bonorum* não se vê tão fàcilmente onde reside essa vontade colectiva, para servir de substracto jurídico à nova personalidade.

Nós pensamos, porém, e cremos ser esta a verdadeira doutrina, que também nas *fundações* existe o substracto jurídico duma vontade colectiva, mas que não é nem a vontade dos destinatários nem tão pouco a dos administradores. É precisamente a vontade do instituïdor ou fundador, que sendo apropriada pela vontade geral da comunidade representada na lei, passa a regular o futuro e o destino final da fundação.

O património pode ser qualquer massa de bens (prédios, cousas móveis, créditos, dinheiro), que o fundador destine a um fim e com a intenção de criar um ser permanente.

A vontade do fundador pode manifestar-se ou por acto *inter-vivos* ou por uma disposição *mortis causa*. E por dois modos diversos pode realizar-se: ou o acto de liberalidade (doação ou disposição de última vontade) impõe ao donatário, legatário ou herdeiro, como encargo modal, a constituïção do novo ente; ou a disposição é feita directamente a favor do ente, que por meio dela deve erigir-se. No primeiro caso a disposição modal é dirigida a um intermediário, a cargo de quem fica a fundação do ente.

Na disposição directa não há êsse intermediário; e daí resultou a grande controvérsia sôbre a validade de tais disposições.

Se para as disposições modais nunca houve dúvida de que o donatário, herdeiro ou legatário é obrigado a cumprir o *modo*, criando a pessoa moral com os bens destinados pelo instituïdor, graves dúvidas surgiram, porém, àcêrca da validade das disposições directas, por parecerem inconciliáveis com o princípio de que só podem adquirir por testamento ou por doação as pessoas já existentes. Mas os jurisconsultos puseram geralmente termo a tais discussões, pronunciando-se pela validade das disposições directas para a fundação duma pessoa colectiva, atendendo ao princípio fundamental do direito de dispôr dos bens para depois da morte, e principalmente pela razão analógica da validade das disposições a favor dos nascituros (1).

II) *O fim.* — Que as colectividades e os patrimónios de fundação devam ter um fim, e que êste seja *lícito*, é de per si intuitivo: o Estado não poderia tolerar que no seu território se constituíssem e vivessem entes dotados de personalidade, tendo em vista quaisquer fins imorais, perigosos para a ordem pública, ou de qualquer modo contrários à ordem social e jurídica.

Mas além da ilicitude ou ilegitimidade, não há outras limitações da natureza objectiva dos fins: podem ser de lucro ou religiosos, de beneficência ou de cultura, de recreio ou de estudo; pode a utilidade estender-se a uma esfera mais ou menos ampla de pessoas, como os habitantes dum município, os membros duma classe, ou os nacionais

(1) Para conhecimento das diferentes doutrinas sôbre a questão, veja o nosso livro *Sucessões e direito sucessório*, n.º 49.

dum país; e pode o benefício limitar-se aos sócios da corporação, e ser o fim público ou privado. Mas o que é necessário é que se trate de fim determinado e razoável, duradouro e não individual. É impróprio o fim *individual*, por ser contrário à própria razão de ser das pessoas colectivas: é inadmissível a constituïção dum organismo complexo para a realização de um fim que não interesse uma maior ou menor pluralidade de pessoas. Mas é indiferente que a pluralidade seja apenas um grupo de particulares ou seja considerada como uma parte do consórcio social. Que o fim não tenha necessàriamente de ser uma utilidade pública é demonstrado pelo facto de terem muitos entes colectivos, como as associações de socorros mútuos, sòmente em vista a utilidade dos seus membros.

O fim deve ser *duradouro*, e não meramente transitório. Mas isto não significa que tenha de ser perpétuo ou indefinido no tempo. Se em regra é perpétuo, todavia muitas vezes criam-se entes colectivos, instituem-se fundações, para a realização de fins e satisfação de necessidades que não se renovam perpètuamente, e que pelo contrário são determinadas e temporárias; as sociedades fundadas para certas obras públicas, como um canal, uma ponte, as fundações destinadas a estimular uma descoberta scientífica ou industrial, e outras semelhantes, teem desde o princípio predeterminada a duração da sua existência. Em resumo, o fim deve ser duradouro e permanente, apenas no sentido de que seria insuficiente, para justificar a criação dum novo organismo, um fim fàcilmente realizável por uma só vez e pela acção duma só pessoa.

E não poderia o fim ser *indeterminado:* a destinação ou aplicação do património deixaria

assim de ter a sua base necessária, que é a vontade do fundador, pois esta seria inexequível se não tivesse em vista um fim determinado, do mesmo modo que seria *sem causa*, e portanto ineficaz, a vontade dos associados, se ignorassem o fim para que se associaram. Mas bem podem os fins ser múltiplos, se para vários fins homogéneos e conciliáveis entre si se constituiu o ente, sem que a multiplicidade destrua a unidade do corpo colectivo (1).

III) *O reconhecimento.* — O reconhecimento ou autorização do Estado não era exigido para os *collegia* na época da república em Roma. Foi só mais tarde que se instituiu o regime da prévia autorização confirmativa, quando se fez sentir a necessidade de suprimir alguns que funcionavam com fins inúteis ou ilícitos. Em todas as épocas da história do direito se discutiu sempre mais ou menos acaloradamente a necessidade do reconhecimento ou autorização do Estado, como requesito essencial da personalidade jurídica das corporações e fundações.

No direito moderno pode dizer-se que triunfou definitivamente o princípio do reconhecimento por parte do Estado, pois, como já acentuámos, os escritores são geralmente conformes em considerar êste reconhecimento um dos requesitos essenciais da personalidade colectiva.

Pelo que respeita ao direito português, foi o princípio expressamente formulado no art. 33.° do código civil: «Nenhuma associação ou corporação pode representar esta individualidade jurídica, *não se achando legalmente autorizada*».

E, sob um outro aspecto, o princípio do reco-

(1) Ruggiero, pág. 364 e 365.

nhecimento é também formulado nos art. 106.°, 107.° e 108.° do código comercial, para as sociedades industriais e comerciais, exigindo que as sociedades se constituam nos termos e segundo os trâmites indicados na lei, para existirem com personalidade jurídica.

O reconhecimento pode dar-se por dois modos: a) ou *determinadamente caso por caso,* emquanto o Estado confere a capacidade jurídica a cada nova instituïção, depois de verificados os requesitos ou condições que a lei considera indispensáveis para a adquisição da personalidade; ou b) *dum modo geral* para todas as categorias de pessoas colectivas, que adquirem a personalidade *ipso jure*, pelo simples facto de se constituirem pela fórma prescrita na lei, como acontece com as sociedades comerciais ou civis (cód. com., art. 106.°, 108.°), e com as corporações cultuais constituídas nos termos do decreto-lei de 22 de fevereiro de 1918.

É para umas o regime da *concessão* ou *autorização prévia*, e para outras o de *simples regulamentação legal* (1).

Só uma pessoa colectiva não carece de reconhecimento: é o Estado, como fàcilmente se compreende, pois não poderia reconhecer-se a si próprio, podendo entretanto dizer-se que também está sujeito à condição de reconhecimento internacional dos outros Estados.

E qual é o carácter ou o valor intrínseco do reconhecimento do Estado?

O problema não tem apenas importância dou-

(1) Para os casos em que é necessária a autorização prévia ou é suficiente a constituïção nos termos da lei, veja *Sociedades e empresas comerciais*, pág. 7 e seg.

trinal, pois da solução num ou noutro sentido derivam efeitos práticos diversos.

Na doutrina da *ficção* o acto do Estado, reconhecendo uma pessoa colectiva, tem carácter *constitutivo*, tem o valor de criar a personalidade jurídica. E êste modo de ver é também o de alguns autores de doutrinas positivistas, como Ferrara (1).

Outros autores entendem que o reconhecimento tem apenas um carácter *declarativo*, pois que a intervenção do Estado se limita a constatar ou verificar uma situação já existente. Esta é a doutrina realista pura: desde que existe um organismo social com as condições ou requesitos de facto característicos da personalidade, há um princípio jurídico geral que lhe atribui como aos homens a capacidade jurídica.

Mas, como observa Ferrara, esta doutrina é inaccitável. Um tal princípio geral não existe no sistema do direito positivo; a verdade é que o reconhecimento não é obrigatório para o Estado, não havendo acção jurisdicional para o obter.

Emfim, uma terceira doutrina atribui ao reconhecimento um valor *confirmativo*, porquanto a constituïção da pessoa colectiva resulta da combinação de dois factos: a formação autónoma por parte dos fundadores e a confirmação por parte do Estado.

Qual destas doutrinas é a verdadeira?

Nós pensamos que nenhuma delas é aceitável como solução única, porque nenhuma é aplicável a todas as espécies de pessoas colectivas. É o defeito de todas as soluções radicais, em problemas complexos como êste.

Mas entendemos que todas elas são em parte

(1) Ferrara, pág. 615.

verdadeiras, pois cada uma delas é, com efeito, aplicável a algumas espécies de pessoas colectivas.

É assim que a teoria da *criação*, ou do poder constitutivo do Estado, é exacta para os institutos públicos personalizados, como, por exemplo, as Universidades e Faculdades universitárias, que sendo fundadas pelo Estado dêle recebem não só a investidura, mas a própria instituïção, não podendo portanto deixar de se reconhecer que são criadas pelo Estado.

A teoria da simples *declaração* é verdadeira para todas as pessoas colectivas em cuja constituïção o Estado não tem qualquer intervenção directa, limitando-se a formular, pelo sistema da *regulamentação legal*, as condições substanciais e formais da personalidade colectiva, como acontece com as sociedades comerciais, e em geral com todas as associações lícitas, para as quais não seja exigida por lei especial licença ou aprovação de estatutos, conforme o disposto na liberalíssima lei de 14 de fevereiro de 1907.

E por fim a teoria da *confirmação* é a verdadeira para todas as associações e fundações, que, tendo já uma existência de facto, carecem de autorização do Estado para terem existência legal, como acontece com as sociedades bancárias (lei de 3 de abril de 1896), com os sindicatos agrícolas, de pecuária, uniões de sindicatos, caixas de crédito agrícola mútuo (decreto n.° 5219, de 6 de janeiro de 1919).

Alguns dos mais autorizados escritores italianos entendem que o reconhecimento pelo Estado pode também dar-se *tàcitamente*, com a aprovação de actos praticados pelo ente colectivo ou pela autorização para praticar algum acto, visto qualquer dêsses factos presupôr o reconhecimento prévio; e

há até quem admita o reconhecimento por uma espécie de prescrição, ou posse de estado; isto é, pelo facto de o ente se ter apresentado sempre como pessoa colectiva (1).

Consideramos decididamente injurídica a doutrina do reconhecimento tácito. Mesmo quando o Estado autorize uma instituïção não reconhecida, a única cousa que se pode jurìdicamente dizer é que os agentes do Estado ou ignoravam a situação ilegal dessa instituïção, ou então foram eles mesmos que cometeram uma ilegalidade. E nunca se pode dizer que um acto ilegal tenha a virtude de sanar a ilegalidade duma situação jurìdicamente irregular.

16. **Classificação das pessoas colectivas.** — Dada a grande variedade, pode dizer-se indefinida, de pessoas colectivas, impõe-se a necessidade de fazer a sua classificação em grupos, espécies ou tipos, conforme os diversos aspectos ou pontos de vista a que podem ser referidas.

E assim temos em primeiro lugar a mais antiga classificação das pessoas colectivas em *corporações* e *fundações*, baseada na sua diversa estrutura e organização.

Depois temos a classificação moderna, sem dúvida a mais importante, em pessoas colectivas *públicas* ou *de direito público*, e *privadas* ou *de direito privado*, baseada na diversidade do fim, e no regime jurídico da sua organização e funcionamento.

Ainda tem importância a distinção em pessoas *civis* e *eclesiásticas*, baseada na diversa natureza

(1) Ruggiero, pág. 366 e 367; Fadda e Bensa, em Windscheid, *Pandette*, I, pág. 818 e seg.

do seu fim, e em *nacionais* e *estrangeiras*, conforme a sua nacionalidade.

E temos, finalmente, a classificação legal do nosso código civil em *temporárias* e *perpétuas*, conforme a sua duração e a natureza do seu objecto, em *pessoas morais* e *sociedades*, conforme o interesse que teem em vista.

17. **Corporações e fundações ou instituïções.** — Coviello expõe muito nìtidamente, mas muito singelamente, esta classificação. O critério distintivo, segundo os autores àntigos, seria muito simples: nas corporações há um conjunto de pessoas que se propõem um fim; nas fundações há um conjunto de bens destinados a um fim; substracto material das primeiras as pessoas, das segundas os bens. Mas tal critério já não é geralmente adoptado, pois prevalece na doutrina o conceito da unidade da pessoa jurídica. E em verdade é inexacto, porque desconhece nas corporações o elemento patrimonial, que nelas não falta, e nas fundações o elemento pessoal, que também nelas existe, ou êle se concretize em toda a sociedade, ou no corpo administrativo, ou, como diz Coviello, naquela classe de pessoas a cujos interesses particulares o património da fundação é destinado. Mas a colectividade das pessoas funciona de modo diverso numas e noutras. Nas corporações tem uma função positiva, pois impõe por si as regras de conduta, e não só se propõe o fim e dispõe dos meios aplicados à sua realização, mas pode modificar o mesmo fim ou servir-se de novos meios para o realizar; pelo contrário, nas fundações a colectividade tem uma função meramente passiva, pois se limita a gozar as vantagens para que êsses meios foram preestabelecidos, emquanto que a destinação dos meios para o fim, a administração dos bens, a medida e as

condições do gôzo, são impostas pela vontade dum só, que é a lei imutável para os interessados (1).

A imperfeição, ou o equívoco desta doutrina está em considerar como elemento pessoal nas fundações a colectividade indefinida dos beneficiários, quando a verdade é, como já mostramos, que nas fundações o verdadeiro *substractum* subjectivo é sempre a vontade dos fundadores transmitida à vontade colectiva, objectivada na lei, e interpretada pelos administradores da fundação.

A verdadeira doutrina da clássica distinção das corporações e fundações precisa de ser reconstruída por um critério mais geral e compreensivo. É o que vamos tentar, seguindo em parte a orientação de Ferrara.

Conforme a sua estrutura interna, as pessoas colectivas apresentam dois tipos diversos: o *tipo corporativo* e o *institucional*.

O primeiro tem a primazia histórica, e pode dizer-se que durante muitos séculos a teoria das pessoas colectivas se reduzia à doutrina das corporações. O conceito de *instituto* é obra do direito canónico, que delineou nìtidamente um novo tipo de pessoa colectiva, o dum estabelecimento criado e organizado por uma vontade superior (*corpus mysticum*), e depois não só ampliou êste conceito a todas as pessoas eclesiásticas, mas admitiu também que a vontade privada tivesse o poder de chamar à vida instituïções para um interêsse geral, criando fundações autónomas. Mas a nova idea não penetrou dum jacto na doutrina dos legistas e escritores, que durante muito tempo continuaram a identificar os conceitos de corporação e pessoa colectiva, sob a influência dos textos romanos.

(1) Coviello, pág. 198.

Deve-se a Heise (1) a idea de desfazer esta confusão, colocando ao lado das *universitates personarum* as *universitates bonorum,* corporações e fundações. A doutrina posterior desenvolveu e elaborou esta antítese, traçando as linhas diferenciais das duas figuras.

O critério decisivo em que os escritores mais insistiram era o da *vontade*: a *corporação* é um organismo *internamente* animado, que se rege por si com *vontade própria,* podendo organizar e mudar os seus próprios destinos; emquanto que a *fundação* é regida *externamente* pela vontade do fundador, e permanece imutável no tempo como um vestígio do passado. Mas a breve trecho a doutrina dos publicistas, julgando insuficiente a classificação, acrescentou-lhe um outro tipo, o das *instituïções.* Os autores, porém, não traçam com precisão esta figura, limitando-se a distinguir várias subcategorias, como as de estabelecimentos e fundações públicas, empresas e outras semelhantes, multiplicando os tipos de pessoas colectivas. Mas, por outro lado, deve observar-se que as instituïções são antes a categoria geral, na qual entram como *espécie* as próprias fundações: as instituïções abrangiam a princípio só os estabelecimentos públicos, mas o conceito generalizou-se, para abranger também as fundações consideradas como *instituïções privadas.*

Procuremos pois delinear mais precisamente a antitese entre *corporações* e *instituïções.*

As corporações são colectividades de *associados* para realizar um *fim próprio* com *meios próprios* e em regra com *livre actividade.* As instituïções são *estabelecimentos* organizados por uma *vontade superior* para realizar um *fim altruista,* com um património para isso *destinado,* conformando-se com uma *constituïção já estabelecida* no acto de fundação.

(1) *Grundss eines Systems des gemeinem Civilrechts,* pág. 25.

O centro de gravidade está no *interesse,* que nas corporações é próprio dos associados, e nas instituïções é imposto de fóra, e é estranho áqueles que devem realizá-lo (os administradores).

Esta diversidade de estrutura tem a sua repercussão tanto no aspecto patrimonial como no lado funcional das pessoas colectivas. Na corporação, tratando-se de interesses próprios dos associados, os meios financeiros devem ser fornecidos pelos membros que a compõem, e o património resultante será livre propriedade do ente colectivo. Conforme a corporação se forma por constituïção voluntária, ou coactiva ou necessária, assim o património será formado por contribuïção expontânea ou forçada dos associados, mas em todo o caso *à custa* dos próprios interessados, pois que êle é para aplicar aos seus próprios fins. Nas instituïções, aquele que pretende realizar a satisfação de conseguir um fim de interesse geral, por êle projectado, precisa fornecer os meios necessários, se não quer que a sua obra resulte vã e inglória. E por isso o património é em regra prestado pelo instituídor como *dotação* do ente colectivo.

A diferença de constituïção patrimonial não poderia deixar de se reflectir na vontade ou modo de ser funcional do ente colectivo. Emquanto a corporação dispõe de uma vontade, procedendo livremente na realização do seu fim, a instituïção tem uma vida preestabelecida pelo fundador, e aqueles que são chamados a desenvolvê-la (administradores) devem constantemente adstringir-se aos seus preceitos. Por isso pode dizer-se, com

Kohler, que as corporações teem órgãos dominantes, e as instituïções órgãos servientes (1).

Há, porém, uma observação, repetida por quási todos os escritores desde Savigny, que é necessário ter sempre presente: é que entre os tipos de corporação e fundação ou instituïção há formas intermediárias de transição ou mixtas, que muitas vezes é impossível integrar exclusivamente numa ou outra das duas categorias, aparecendo ora *corporações de tipo institucional* ora *instituïções de estrutura corporativa* (2).

18. **Pessoas colectivas públicas ou de direito público e privadas ou de direito privado.** — Por diversas razões históricas, diz Ferrara, a doutrina assimilou durante muito tempo a pessoa colectiva ao sujeito de direito privado, pois que o poder político do Estado se considerava como uma grandeza extra-jurídica. Mas com a doutrina do Estado *de direito* tal teoria tornou-se insustentável. Com efeito, se existem não só direitos privados, mas também direitos públicos, tem de se admitir que há sujeitos duns e doutros, e por isso foi necessário alargar a noção de pessoa colectiva: pessoa colectiva é tanto o ente que goza de capacidade privada como aquele que exerce poder público, tanto mais que muitas vezes as duas capacidades são conjuntas na mesma pessoa.

Daí a distinção entre pessoas de direito público e pessoas de direito privado.

Não deve porém entender-se a distinção no sentido de que as duas categorias de pessoas se movem em campos absolutamente separados, em dois hemisférios distintos, mas no sentido de que

(1) Ferrara, pág. 617-619.

(2) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, II, § 86.

as pessoas de direito público, além da sua esfera pública, entram também na esfera do direito privado, emquanto que as outras se movem apenas neste campo.

As pessoas públicas, portanto, teem uma dupla capacidade, pública e privada. Mas é inexacto falar de *dupla personalidade*. A personalidade é única; só é múltiplo o âmbito em que se move. Assim como o homem que tem duas vestes ou fardas, não tem por isso duas figuras distintas, ou o cidadão no gôzo dos direitos políticos não é um duplicado do indivíduo no gôzo dos direitos civis, assim também o Estado que procede *jure imperii*, não é o *sósia* do Estado que procede *jure gestionis*.

Estabelecida a distinção entre pessoas colectivas públicas e privadas, grandes dúvidas e dificuldades surgiram, porém, na determinação do critério diferencial das duas classes. Na verdade, a linha de separação é muito ondulatória nos vários tipos, porque nem todos teem em igual gráu o carácter público. E, por outro lado, a concepção daquilo que pertence ao direito público e ao privado é muito *relativa* e variável com os vários sistemas positivos e as diversas épocas históricas.

Dois métodos foram empregados para a determinação distintiva das duas categorias: o método empírico da escola francesa, e o método scientífico da escola alemã.

O método empírico consiste em examinar as classes mais importantes de estabelecimentos públicos, e o *regime normal* que os governa, separando-se assim por eliminação as pessoas privadas, isto é, as que não estão sujeitas a êsse regime.

Assim a maior parte dos escritores franceses dizem que pessoas públicas são as que fazem parte da administração pública, que gerem um serviço público, e que se distinguem por isso que os seus

actos são actos administrativos, de carácter executivo, sujeitos às vias de recurso, que os seus orçamentos estão sujeitos às regras da contabilidade pública e à competência especial do Tribunal de Contas, que teem direitos de expropriação por utilidade pública, direito a subvenções do Estado, e estão sujeitas à tutela e fiscalização administrativa, que os seus administradores são funcionários públicos, etc., etc.: mas teem o cuidado de acrescentar que tais regras não são constantes, nada teem de absoluto, mas constituem apenas um regime geral e comum, a que alguns entes públicos não estão inteiramente sujeitos.

O método scientifico é procurar um critério único, um elemento característico distintivo das duas classes de pessoas. E' o que teem tentado principalmente os autores alemães. Rosin faz uma resenha das diferentes doutrinas, que reduz a seis (1). Mas outras é necessário ainda considerar.

I) Uma doutrina de origem francesa, atribuída a Ducrocq, sustentada na Alemanha por Mayer, e na Itália por Giorgi, Romano, Fadda e Bensa, ensina que as pessoas públicas são as que fazem *parte integrante* da administração do Estado, que são intimamente conexas e quási entretecidas com a sua organização (2).

Esta teoria é insuficiente, dada a impossibilidade de delimitar e circunscrever precisamente a organização administrativa, pois há pessoas colectivas que exercem funções paralelas e auxiliares

(1) Rosin, *Die offentliche Genossenschaft*, pág. 3 e seg.

(2) Ducrocq, *Cours de droit administratif*, II, n.º 1333; Mayer, *Lehrbuch des deutschen Verwaltrechts*, I, pág. 399; Giorgi, *Persone giuridiche*, I, pág, 230; Romano, *Il comune*, pág. 25; Fadda e Bensa, em Windscheid, *Pandette*, I, pág. 796 e 797.

das do Estado, e todavia não se dizem pertencentes à sua constituïção.

II) Outros escritores atendem ao *fim público* de *interesse geral* (1), que se propõe o instituto, ou ao objecto da sua actividade, que deve ser um *encargo de administração pública*, uma *parte das funções estaduais* (2).

Mas o critério do *fim* não tem sido considerado mais preciso que o da organização administrativa, e até em certo modo com êle se confunde: há muitas empresas que teem um carácter de utilidade geral, como as empresas ferroviárias, de navegação, os institutos de seguro e de crédito, mas não podem dizer-se públicas, em sentido técnico. É que o conceito de público é técnico jurídico, e tem um carácter histórico: público não é *a priori* tudo aquilo que vai além dos interesses particulares dos indivíduos, mas aquilo que o Estado em cada momento histórico considera como pertencente à sua própria esféra de acção.

III) Rosin julgou precisar o critério do fim, dizendo: não fim público, mas *obrigação de fim público*. São pessoas colectivas de direito público as que são obrigadas para com o Estado à realização de alguns dos seus próprios fins. Contra a teoria de Rosin observou-se que há empresas de carácter privado, que se encontram nessa posição de obrigação para com o Estado, como acontece às sociedades concessionárias de serviços públicos, e que vice-versa há estabelecimentos públicos, que não teem um dever de cumprimento de fins

(1) Zeller, *Staat und Kirche*, pág. 73.

(2) Mayer, *Lehrbuch des deutschen Verwaltrects*, II, pág. 371; Wolf, *Der Staat und die öffentliche rechtliche Korporationen*, pág. 91.

públicos, como acontece com os institutos eclesiásticos. Mas a esta segunda objecção respondeu Rosin que tais institutos não teem carácter público.

IV) Outra doutrina procura o critério diferencial na *estrutura interna* das colectividades, mas por diverso modo:

a) Rösler e Löning dizem que nas corporações públicas a entrada dos membros não é livre, mas dá-se por coacção estadoal;

b) Eltzbbacher diz que nas corporações públicas não é coagida a vontade dos membros, mas é indiferente, prescinde-se dela; pois o indivíduo pertence à corporação, sem o querer, nasce dentro dela;

c) Sauzet diz que nas colectividades privadas a participação dos membros e a sua contribuïção para o fundo comum teem sempre um fim de lucro, emquanto que nas públicas são caracterizadas pelo espírito de sacrifício, sem qualquer expectativa de lucro.

Todos estes critérios baseados na estrutura interna são inaceitáveis, porque são ora insuficientes, ora erróneos.

V) Outra doutrina funda o carácter das pessoas públicas na *posição jurídica* que teem no Estado, quer pelo lado dos *privilégios* e *prerogativas* de que gozam, quer pelo lado das *restrições*, *fiscalização* e *tutela* a que estão sujeitas. Teem uma posição privilegiada em relação às de direito privado: teem direitos de exacção fiscal e certas isenções de impostos, preferências para os seus créditos e direito a empréstimos em condições de favor, subvenções; mas, como reverso da medalha, o Estado ingere-se na sua administração, fiscaliza-as, declara-as incapazes de certos actos, etc., etc. A insuficiência e confusão dêste critério são manifestas.

VI) Alguns escritores encontram a diferença no *modo de constituïção* das pessoas.

Assim Eneccerus, Crome e outros, dizem que as pessoas públicas devem a sua origem a um *acto de creação estadoal*, emquanto que as privadas resultam de um *acto privado de constituïção e fundação*.

Não é verdadeira esta doutrina: se por um lado o próprio Estado pode fundar instituïções que não saem da esféra do direito privado, como por exemplo um asilo ou um colégio para órfãos de militares; por outro lado, pode muitas vezes uma fundação de modesta origem particular ascender à categoria de instituto público, como um hospital, uma misericórdia, etc.

VII) Uma teoria interessante a que aderiram, pelo menos em princípio, alguns dos melhores autores italianos, é a de *jus imperii*, devida ao notável publicista alemão Jellineck (1).

Segundo esta doutrina, as pessoas públicas teem essencialmente *direitos de poder público*, não só em relação aos seus membros mas em relação a terceiros, e por isso se contrapõem aos sujeitos privados, que se encontram numa situação de igualdade. Mas Jellineck modificou a precisão da teoria, dizendo que, ao lado dêstes perfeitos sujeitos de direito público, há um número infinito de outros, não gozando direitos de soberania, mas que pela sua íntima relação com os fins do Estado, e pelos privilégios de que gozam, se podem também qualificar como pessoas de direito público.

VIII) Ao lado destas diferentes teorias mais ou menos simplistas e unilaterais, há a *teoria eclé-*

(1) *System der offentlichen subjektiven Rechte;* Coviello, pág, 199; Ferrara, pág. 626-628.

tica, combinando em maior ou menor proporção diversos elementos daquelas doutrinas. A própria doutrina de Jellinek é já uma teoria eclética.

Teorias ecléticas interessantes são as de Ranelletti e Cammeo.

Ranelletti aceita como critério dominante o *jus imperii*, mas considera-o como uma conseqüência de outros elementos, integrando-o com a teoria do *fim público,* das *funções estadoais,* para que há uma *obrigação de cumprimento,* entrando assim na teoria de Rosin (1).

Cammeo tomou para ponto de partida a teoria de Rosin, a obrigação para com o Estado de realizar um certo fim; mas para a determinação dêste recorre ao critério da origem estadoal do ente, e subsidiàriamente à sua posição de tutela e à impossibilidade de dissolução voluntária (2).

Bem dizia Gierke que os diversos elementos diferenciais não são por si só decisivos, mas são antes *sintomas* mais ou menos característicos, e é só do exame de conjunto, da sua visão complexiva, que pode deduzir-se o carácter dum instituto (3).

Tudo isto, porém, comenta Ferrara, não é confortante, e equivale a uma confissão de impotência para encontrar um critério de distinção (4). E em seguida o eminente professor e escritor expõe a sua teoria, que vamos reproduzir.

Geralmente entende-se que *público* quer dizer *estadoal,* ou o que é próprio do Estado, e portanto

(1) Ranelletti, *Il concetto di publico nel diritto,* na *Rivista italiana per le scienze giuridiche,* XXXIX, pág. 346 e seg.

(2) Cammeo, *Comentario alle leggi sulla giustizia amministrativa,* pág. 650 e seg.

(3) E no mesmo sentido Michoud, *La théorie de la personalité morale,* I, pág. 218.

(4) Ferrara, pág. 627.

pessoas públicas são as que participam dos caracteres estadoais, das qualidades e prerogativas *exclusivas* e *essenciais* do Estado, de modo que é fácil reconhecer os entes que teem estas «*marques de souveraineté*», como se dizia antigamente.

Ora o elemento essencial e característico do Estado é o *jus imperii:* o Estado é na ordem civil o único ente investido na plenitude do poder político.

Mas o Estado, para a realização dos seus fins, destaca por vezes da sua própria personalidade uma parte dos seus poderes políticos, investindo neles alguns entes que vivem no seu seio, ou que êle mesmo chamou à vida, fazendo-os seus cooperadores e auxiliares, e descentralizando neles a sua própria actividade. Estes entes estadoais, umas vezes desmembramentos da organização administrativa do Estado, outras vezes colectividades ou instituïções livremente constituídas, que recebem, embora numa esfera limitada, poderes e atribuïções de natureza igual aos poderes do Estado, que gozam como êste de um certo *jus imperii,* são as pessoas de direito público.

Não importa pois a amplitude ou a medida do poder público que lhes é atribuído. Entre as numerosas e variadas corporações e instituïções de carácter público, há a êste respeito uma grande desigualdade. Há uma larga escala desde as mais poderosas organizações tão ricamente dotadas de poderes estadoais, que até por causa deles se tornam muito discutíveis os critérios distintivos do próprio Estado (como acontece com as grandes companhias coloniais privilegiadas, e agora com os poderes políticos das colónias, no regime da autonomia), escala que vai gradualmente descendo até um mínimo de atribuição de poder público a certas entidades colectivas, que, tendo uma certa missão

pública a cumprir, são dotadas do *imperium* necessário para a exercer. Não se trata de diferença, quantitativa, mas só *qualitativa:* entre as duas categorias de pessoas não há uma antítese substancial ou de estrutura, mas apenas uma antítese de capacidade jurídico-política. Quem tem só a capacidade de direito privado é pessoa privada; quem recebe a mais pequena parcela de capacidade de direito público é pessoa pública.

Por conseqüência, a dificuldade teórica resolve-se afinal numa dificuldade prática, isto é, determinar quais sejam os *direitos de poder público*, e concretamente quando é que alguns dêstes direitos tenham sido atribuídos a uma pessoa colectiva.

Esta construção teórica de Ferrara tem o mérito do seu carácter rigorosamente scientífico e a fôrça duma dedução lógica perfeita. É, como se vê, a reconstrução da teoria de Jellinek na sua pureza, é o critério puro do *jus imperii*. Mas tem por isso mesmo os inconvenientes dos sistemas unilaterais rígidos, em problemas tão vastos e complexos, como é êste da distinção entre instituïções públicas e privadas. E a imperfeição do sistema revela-se logo na sua aplicação concreta, mostrando-se em discordância com as realidades da vida social e jurídica.

Com efeito, pela aplicação pura e simples do critério do *jus imperii*, teremos de conferir a qualidade de públicas a empresas que são caracterizadamente de direito privado, e de a recusar a outras que como públicas são consideradas no consenso geral dos escritores. É o que acontece, por exemplo, com as companhias de caminhos de ferro, cujos empregados até teem autoridade para fazer prisões em certos casos, e todavia são pessoas de direito privado; e com os estabelecimentos de beneficência e caridade, como asilos, hospitais, misericórdias, que não teem poder público, e todavia são considerados como estabelecimentos públicos.

E' por isso que nós entendemos que o critério mais idóneo para caracterizar a distinção das duas categorias de pessoas colectivas é sempre o do *fim* ou *função* que elas desempenham: são públicas ou privadas, conforme a sua missão é predominantemente do interêsse de toda a comunidade ou do interêsse dos indivíduos, isto é, da competência essencial do Estado, ou deve ser deixada à iniciativa particular.

E a superioridade dêste critério melhor se revela, tendo em vista as conseqüências jurídicas práticas que derivam naturalmente do facto de ter a pessoa colectiva carácter público ou privado.

O carácter público importa em primeiro lugar uma mais intensa inspecção e vigilância por parte do Estado. O Estado tem sôbre todas as pessoas colectivas um poder incontestável de fiscalização. Mas sôbre as públicas, em virtude do interesse geral que representam, a tutela exerce-se por um modo mais enérgico, com uma intervenção mais assídua e mais directa em todos os seus actos.

Com Ruggiero diremos que a ingerência do Estado na vida dos entes públicos exerce uma função positiva e integradora, pois a tutela tem por objectivo promover a actividade benéfica de tais entes, e compeli-los ao cumprimento do seu fim; emquanto que nas pessoas privadas é uma função meramente negativa, pois o Estado se limita a impedir que pelos seus actos ofendam a ordem jurídica.

Outra conseqüência importante é a necessária modificação do princípio, que dá a máxima impor-

tância à vontade dos associados nas corporações, e à do fundador nas fundações.

Ora quando a corporação tem carácter público, a vontade dos membros não é a dominante: toma o seu lugar a vontade do Estado, que é o único árbitro da existência e do desenvolvimento da actividade do ente, como da sua própria finalidade. E esta substituïção da vontade pública à vontade privada pode igualmente ter lugar nas fundações de interesse público, não só para impedir a prossecução de fins não mais consentidos pela lei, mas também para integrar os fins lícitos predispostos pelos fundadores, ou para os orientar no sentido de uma utilidade mais larga ou mais harmonica com as condições variáveis da vida (1).

Estas é que são, na verdade, as mais importantes e características conseqüências do diverso carácter das duas espécies de pessoas colectivas. E elas são determinadas pelo fim ou função social dessas pessoas, e não pelo facto de lhes ser ou não atribuído o *jus imperii*.

Fixada a distinção entre as pessoas públicas e privadas, vejamos quais os principais tipos de cada espécie.

Temos em primeiro lugar o Estado, que, embora muito semelhante na sua estrutura às autarquias territoriais (províncias coloniais, distritos, municípios e freguesias), não pode confundir-se com estas corporações de população e território. É organismo político soberano, e por isso inconfundível com os organismos administrativos, que lhe estão subordinados ou nele integrados.

Temos depois as instituïções ou estabelecimentos destinados à realização de certos e determinados serviços públicos, como o ensino (Universidades e Faculdades), a assistência aos doentes (hospitais), aos pobres (misericórdias), e que, ou fundados pelo Estado ou por outra corporação pública, ou pela iniciativa particular, são em todo o caso verdadeiras fundações públicas, sendo por isso denominados *estabelecimentos* ou *institutos públicos personalizados*.

(1) Ruggiero, pág. 371 e 372.

As pessoas colectivas de direito privado também apresentam figuras ou tipos diversos.

Assim, em primeiro lugar, há que distinguir duas classes, as de *fim desinteressado* ou *humanitário*, e as de *fim interessado*, conforme têm em vista um fim de interesse geral da humanidade, como a beneficência, a instrução, o desenvolvimento das ideas e sentimentos morais e religiosos, ou procuram realizar um interesse para os associados, embora também de efeitos benéficos gerais.

Estas últimas revestem figuras diversas, conforme a natureza e a extensão do interesse que se propõem realizar: são de *fim* ou *interesse ideal*, se não teem por objecto uma utilidade económica imediata, como as associações scientíficas, literárias, artísticas, de recreio, de cultura física ou desporte; de *interesse económico duma classe*, como as associações de classe, industriais, comerciais, operárias, de socorros mútuos, sindicatos agrícolas, etc.; e de *fim lucrativo* para os sócios, que são as sociedades civis e comerciais.

Geralmente as corporações de fim desinteressado, as de fim ideal, e as de fim económico duma classe, ou as de fim não lucrativo denominam-se *associações*, reservando-se o nome de *sociedades* para as associações de *fim lucrativo*.

Mas também às vezes se dá o nome de *asso-*

ciações ás sociedades civis e comerciais, como se faz, por exemplo, no art. 39.° do código civil e no art. 200.° do código comercial (1).

19. **Pessoas civis e eclesiásticas.** — Quási todos os escritores fazem a distinção entre pessoas colectivas civis e eclesiásticas, conforme o seu fim é estranho à religião ou, pelo contrário, se destina ao culto de qualquer confissão religiosa (2).

Entre nós, antes da lei da separação do Estado e da Igreja, consideravam-se associações ou corporações de instituïção eclesiástica as que teem por fim interesses espirituais ou sufrágios pelas almas e que, em tudo o que respeita ao espiritual, estavam directamente subordinadas às autoridades da Igreja (3).

A determinação do sentido e alcance da expressão «*corporações de instituïção eclesiástica*» tem grande importância, por causa da restrição de capacidade testamentária passiva, imposta a estas pessoas colectivas pelo § único do art. 1781.° do código civil, determinando que elas só podem suceder até ao valor do terço da terça do testador.

Ora, examinando a história do art. 1781.°, che-

(1) Não é, pois, exacta a afirmação em contrário do Dr. Vilela, *Tratado*, pág. 219.

(2) Coviello, pág. 200; Ruggiero, pág. 372.

(3) Dr. Alves Moreira, pág. 300. E por isso na nossa jurisprudência se entendia que não eram eclesiásticas, mas sim de instituïção civil, as corporações que, embora tenham por fim sufragar a alma dos mortos, como as irmandades e confrariaa, estejam contudo directamente sujeitas às autoridades civis (Supremo Tribunal de Justiça, na *Rev. de Leg. e Jurisp.* XXVIII, pág. 446, e Relação do Pôrto, na *Revista dos Tribunais*, XX, pág. 196). Mas esta doutrina é inaceitável, porque não toma na devida consideração o fim, que é a base da distinção.

ga-se à conclusão de que por pessoas colectivas de instituïção eclesiástica se deve entender todas aquelas que teem por fim o culto espiritual das almas ou da religião, ou ainda, numa fórmula negativa, todas as que não tenham por fim objectos meramente civis, como as egrejas, as colegiadas, os cabidos, os seminários, as irmandades, as confrarias, e, em geral, as associações ou congregações religiosas.

Mas como tais não devem considerar-se, embora tenham carácter religioso, os asilos, hospitais e misericórdias, que portanto não estão sujeitos áquela incapacidade relativa de adquirir por testamento (1).

Mas o que deve entender-se actualmente no nosso direito positivo por pessoas colectivas eclesiásticas, e qual é a sua situação jurídica?

Depois que o decreto de 10 de outubro de 1910 fez executar os decretos de 5 de agosto de 1833 e de 28 de maio de 1834, extinguindo todos os conventos ou casas de profissão religiosa perpétua e incorporando na fazenda nacional todos os seus bens, e sobretudo depois que o decreto-lei de 20 de abril de 1911, separando as Igrejas do Estado, igualmente expropriou a Egreja de todos os seus bens, aconteceu naturalmente que desapareceram, como por encanto, mesmo aquelas instituïções eclesiásticas que pela lei não eram suprimidas, mas que, encontrando-se assim repentinamente privadas

(1) *Sucessões*, pag. 234 e 235. A observação aí feita de que o § único do art. 1781.° foi modificado pela lei da separação, no sentido da incapacidade absoluta, deve considerar-se não escrita desde que o decreto-lei de 22 de fevereiro de 1918, revogou nesta parte a lei da separação, restituindo às associações religiosas legalmente constituídas a mesma capacidade que anteriormente tinham.

dos seus patrimónios, ficaram de facto impossibilitadas de continuar a viver.

Mas o decreto-lei de 20 de abril de 1911, no capítulo II (art. 16.º-42.º), criou e regulou as chamadas *cultuais*, corporações encarregadas do culto, organismos constituídos com o fim de provêr regular e permanentemente ao exercício e sustentação do culto público em cada freguesia, e admitiu ao lado destas outras corporações de assistência e beneficência, que, sem o encargo da sustentação regular e permanente do culto, todavia se proponham também fins cultuais. O referido decreto atribui às corporações cultuais a capacidade jurídica das pessoas morais de direito comum (art. 27.º e 42.º), mas com mais enérgicas restrições, designadamente as do art. 28.º, e a do art. 29.º, que lhes proíbe absolutamente receber para fins cultuais por doação ou testamento quaisquer bens ou valores.

Dada esta situação jurídica fortemente restritiva das associações de carácter religioso e a sua integração no direito comum, pode à primeira vista parecer que não tem mais razão de ser a distinção entre pessoas civis e eclesiásticas, não sendo já necessário determinar o alcance da expressão «*corporações de instituïção eclesiástica*», e devendo por isso considerar-se revogado o § único do art. 1781.º do código civil.

Mas é fácil de ver que não é assim.

O regime de separação da Igreja e do Estado não significa a inexistência ou desconhecimento legal da Igreja e das suas instituïções; pelo contrário, presupõe a existência e, portanto, o conhecimento de várias igrejas, conforme as diversas crenças ou confissões religiosas socialmente organizadas.

E como a lei admite e regula as corporações

religiosas destinadas ao exercício e sustentação do culto, estas não são outra cousa senão corporações de instituïção eclesiástica.

Por outro lado, o § único do art. 1781.º do código civil não pode considerar-se revogado, desde que o decreto de 22 de fevereiro de 1918 revogou o decreto de 20 de abril de 1911, na parte em que estabeleceu as restrições da capacidade patrimonial das corporações cultuais (1).

Conclui-se pois:

1.º que ainda há corporações de instituïção eclesiástica;

2.º que, pelo menos, as encarregadas do culto, e constituídas legalmente, gozam de personalidade jurídica e são pessoas morais (art. 27.º da lei da separação e 32.º do código civil);

3.º que ainda está em vigor o § único do art. 1781.º do código civil.

Por isso entendemos também que ainda está em vigor o art. 37.º do código civil na parte em que declara a igreja pessoa moral, e que ainda hoje deve aceitar-se como boa a doutrina ensinada pelo saudoso professor Dr. Alves Moreira, dizendo que na palavra *igreja* se compreendem também as paróquias consideradas como associações religiosas constituídas sob a direcção dum pastor espiritual, com um ou mais edifícios para a prática do culto — igrejas, capelas ou ermidas — e que essas corporações podem receber doações ou deixas, devendo

(1) Com efeito, o decreto n.º 3856, de 22 de fevereiro de 1918, no art. 14.º declarou «*expressamente revogados* o art. 152.º da lei da separação... e os que se referem às *corporações encarregadas do culto*. Dr. Carneiro Pacheco, *Código Civil actualizado*, pág. 79 e 80; Dr. Magalhães Colaço, *O regimen de separação*, no *Boletim da Fac. de Direito da Univ. de Coimbra*, IV, pág. 705.

entender-se que são para elas quaisquer legados com que sejam contemplados os Santos venerados nessas igrejas ou capelas (1).

E que tais associações podem livremente ser constituídas é indiscutível em face da disposição expressa do art. 1.º do decreto de 22 de fevereiro de 1918 (2).

E que o culto da religião é um fim de interesse ou utilidade pública não nos parece contestável, mesmo no espírito restritivo da nossa lei.

E tanto assim é que o próprio decreto de 20 de abril de 1911 (art. 27.º) qualificava de *pessoas morais* as corporações encarregadas do culto público, o decreto de 26 de maio de 1911 manteve a legação junto do Vaticano, a qual, tendo sido suprimida pela lei de 10 de maio de 1913, foi porém restabelecida pelo decreto n.º 4558, de 8 de julho de 1918.

Quer queiram, quer não, os partidários do livre pensamento, a idea e o sentimento religioso

(1) Dr. Alves Moreira, pág. 301; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 8-III-907, na *Rev. de Leg. e Jurisp,* XXXIX, pág 587.

(2) Art. 1.º «Os fieis de qualquer confissão religiosa autorizada nos termos do artigo 2.º da lei de 20 de Abril de 1911, residentes na área de cada freguesia, podem livremente, e sem dependência de licença, agrupar-se para constituirem a corporação que a seu cargo fique tendo a sustentação do culto público.

§ 1.º Considera-se como legalmente constituida, e com capacidade jurídica, a corporação assim formada que, harmonizando-se com os preceitos reguladores da sua religião e sujeitando-se ás leis do país, comunique à respectiva autoridade administrativa a lista dos seus associados, a forma ou estatuto da sua constituição, e bem assim os nomes, com todas as indicações necessárias para a sua completa identificação das pessoas que assumem os cargos que os associados reputem essenciais para o cumprimento dos seus fins».

constituem ainda a maior fôrça moral da humanidade.

20. **Pessoas colectivas nacionais e estrangeiras.** — O princípio da igualdade jurídica de nacionais e estrangeiros em matéria de direitos privados, salvas as restrições impostas por leis especiais ou pelos tratados internacionais, é igualmente aplicável às pessoas colectivas, embora o artigo 26.º do código civil, na palavra *estrangeiros*, tivesse em vista sòmente as pessoas físicas ou individuais. Este é um dos postulados axiomáticos do moderno direito internacional.

E por isso também o princípio formulado no art. 27.º do código civil e no art. 12.º do código comercial, que manda regular o estado e a capacidade dos estrangeiros pela lei do seu país, é igualmente aplicável às pessoas colectivas.

Daí a necessidade de fazer a distinção entre pessoas nacionais e estrangeiras, ou seja, resolver o problema da *nacionalidade* das pessoas colectivas, do mesmo modo que é necessário determinar a nacionalidade das pessoas individuais.

A distinção é muito interessante, pelo tratamento diverso a que por vezes estão sujeitas as duas categorias, e pela diversidade das leis que as regem.

Sendo as pessoas colectivas sujeitos de direitos, carecem de pertencer a um país cuja lei seja a sua lei pessoal, para determinar as condições da sua existência e da sua capacidade jurídica, e precisam portanto de ser integradas na ordem jurídica dum Estado determinado. E' esta integração da pessoa colectiva na ordem jurídica dum Estado que constitui a sua nacionalidade. Como diz Michoud, uma e a mesma idea domina a nacionalidade das pessoas individuais e a das pessoas

colectivas: é a idea de dependência da autoridade que governa tal ou qual país (1).

A determinação da nacionalidade, sendo muito simples para as pessoas colectivas de direito público, que fazem parte da própria organização do Estado, oferece muitas dúvidas para os outros estabelecimentos públicos, e para as pessoas colectivas de direito privado, sobretudo para as sociedades industriais ou de fim lucrativo.

As pessoas públicas que fazem parte da própria organização do Estado, que são as autarquias locais ou territoriais (colónias, distritos, concelhos e freguesias), e os estabelecimentos ou institutos públicos personalizados por êle fundados (Universidades, Faculdades, hospitais, e quaisquer outros a que seja atribuída personalidade), teem necessàriamente a nacionalidade do Estado a que pertençem.

Só pode haver dúvida tratando-se de um instituto público criado por um Estado para se instalar e funcionar em país estrangeiro, o que acontece muitas vezes nos países de capitulações, como a Turquia, onde existem asilos, hospitais e escolas fundados por Estados estrangeiros para os seus respectivos nacionais. E acontece também em Estados mais civilizados, quer por virtude de tratados, quer por simples tolerância ou cortezia internacional. Mas em tais casos também não deve haver dúvida de que a nacionalidade de tais estabelecimentos é a do Estado que os fundou (2).

Mas as dúvidas e dificuldades surgem, e tão

(1) Michoud, pág. 323. Sôbre as divergências a respeito do conceito de nacionalidade nas pessoas colectivas, veja *Sociedades e empresas comerciais*, pág. 443 e 444, e autores aí citados.

(2) Michoud, II, pág. 329; Dr. Villela, I, pág. 225.

graves, que se torna impossível resolver o problema por um critério rígido e único, quando se trata das muitas e variadas espécies de pessoas colectivas de direito privado, ou mesmo de direito público, desde que não sejam fundadas pelo Estado mas por iniciativa particular (1).

Para se fazer uma idea da complexidade e dificuldade do problema basta ponderar a grande variedade de sistemas ou critérios, que teem sido apresentados, para a determinação das pessoas colectivas de mero interêsse particular ou fim lucrativo, que são as sociedades industriais, isto é, civis e comerciais.

Esses sistemas que na sua maior parte são aplicáveis às corporações e instituïções ou fundações em geral, são os seguintes:

a) *sistema da autorização*, pelo qual a pessoa colectiva terá a nacionalidade do Estado que autorizar a sua constituïção. Êste sistema é condenado pelo moderno espírito do direito de liberdade de associação, que tende cada vez mais para reduzir ao mínimo as autorizações governativas; mas ainda quando se exija a autorização do executivo, êste acto do Estado é, como vimos (supra, n.° 15), meramente confirmativo da existência e legalidade do ente colectivo, não sendo portanto elemento bastante para lhe atribuir a nacionalidade, como o não é para naturalizar uma sociedade

(1) É de notar, com efeito, que pessoas colectivas de direito público, desde que se aceita o critério do *fim*, para as distinguir das de direito privado, são não só os estabelecimentos fundados pelo Estado, mas também os de iniciativa privado que se destinarem a fins ou funções próprias da actividade política e administrativa do Estado, como são todas as instituïções de assistência pública aos velhos, crianças e enfermos pobres. Em sentido contrário, Dr. Villela, pág. 224 e seg.

estrangeira a quem seja dada autorização para funcionar no país.

b) O *sistema do lugar onde se constitui a associação*, admitindo que uma pessoa colectiva se fôsse constituir num país com o qual não tivesse qualquer outra relação, podendo assim evitar os rigores da lei do seu verdadeiro país, não tem por isso alcançado muitos adeptos.

c) O *sistema da nacionalidade dos membros ou dos beneficiários* da pessoa colectiva tem o inconveniente de ser inaplicável aos casos em que há indivíduos de diversas nacionalidades.

d) O *sistema do país onde foi subscrito* ou *fornecido o capital* da emprêsa tem o mesmo inconveniente da nacionalidade dos interessados, além de que o lugar da subscrição pode ser um elemento *acidental* na vida do ente colectivo.

e) O *sistema do centro de exploração*, sendo o *centro dos interesses* da pessoa colectiva, tem a vantagem de ser um elemento real da nacionalidade, mas é insuficiente porque pode haver vários centros simultâneos ou sucessivos.

f) O *sistema da séde administrativa* ou do principal estabelecimento parece ser o mais próprio para fixar a nacionalidade da pessoa colectiva, por ser o país da séde aquele onde o ente colectivo realmente vive e realiza os seus fins. E por isso foi durante muito tempo o mais geralmente adoptado. Mas já modernamente, e antes da guerra, alguns dos melhores autores italianos tinham criticado o sistema da séde administrativa, ponderando que esta não serve senão para fixar o domicílio, que é relação jurídica muito diferente da nacionalidade (1).

(1) Coviello, pág. 226, Ruggiero, pág. 367; nota. Com a situação jurídica criada pela guerra, o sistema da séde fez crise, a tal ponto que autores como Ferrara, que o haviam sempre defendido, o abandonaram completamente. — Ferrara, pág. 632. A crise do sistema da séde em França, onde era geralmente adoptado, foi tal que a jurisprudência se viu forçada a abandoná-lo, quer por uma reviravolta completa, substituindo-o pelo da nacionalidade dos interessados, quer pelo processo artificioso de considerar como interpostas pessoas as sociedades em que houvesse súbditos inimigos.

Entre nós a questão foi resolvida por um texto de lei, determinando-se no art. 16.º do decreto n.º 2350, de 20 de abril de 1916: «Aos súbditos de Estado inimigo são equiparadas para os efeitos dêste decreto: *c*) as sociedades em nome colectivo, em comandita ou por quotas, e em geral todas as sociedades de pessoas, em que entrem súbditos inimigos, quer funcionem em Portugal, quer em país estrangeiro». Veja as *Sociedades e empresas comerciais*, pág. 459.

Acresce ainda que o sistema se presta à fraude da designação duma séde fictícia, sendo muitas vezes difícil provar a fraude; e é em todo o caso um sistema que depende apenas do arbítrio dos interessados.

g) O *sistema da combinação da séde com o lugar da constituïção*, adoptado pelo congresso internacional das sociedades, realizado em Paris em 1889, e pelo mais notável internacionalista da escola francesa, Antoine Pillet (1), tem os inconvenientes dos dois sistemas que o compõem.

h) O *sistema do reconhecimento legal* é defendido por alguns dos melhores autores italianos (Coviello e Ruggiero), e parece à primeira vista ser o que resulta lógicamente da doutrina dos elementos essencialmente constitutivos da pessoa colectiva (supra, n.º 15), pois que sem o reconhecimento do Estado não há pessoa colectiva, donde se concluiria que a nacionalidade desta é a do Estado que a reconheceu. Mas o próprio

(1) *Principes de droit international privé*, pág. 133.

Coviello reconheceu a imperfeição dêste sistema, dizendo que às vezes não se pode saber qual o Estado que fez o reconhecimento, e pode mesmo a pessoa ser reconhecida por diferentes Estados, devendo em tais casos recorrer-se ao critério do *domicílio* (1).

É por tudo isto, perante a ineficácia de qualquer critério ou sistema único e invariável, que nós, estudando o problema nas sociedades comerciais, chegámos à conclusão, igualmente verdadeira para as pessoas colectivas em geral, de que nesta matéria só se podem formular princípios gerais, que só podem precisar-se e definir-se correctamente nos diferentes tipos de pessoas colectivas, em harmonia com a prevalência dos diversos elementos que entram na estrutura de cada uma delas.

E nesta orientação consideramos modificados os princípios que estabelecemos para as sociedades comerciais (2).

Parece-nos, com efeito, que esta matéria é uma daquelas em que mais vale reconhecer um largo campo de acção ao prudente arbítrio dos tribunais, que devem em todo o caso orientar-se por certos princípios fundamentais de técnica jurídica e justiça equitativa.

Nesta ordem de ideas parece-nos muito interessante a doutrina do eminente Ferrara.

«Ora é precisamente a natureza do substracto que se projecta no ente o elemento que serve para o concentrar. E por isso nas corporações é a nacionalidade do conjunto dos componentes que dá o carácter ao todo unitário. Uma associação de

(1) Coviello, pág. 226.

(2) *Sociedades e empresas comerciais*, pág. 461.

estrangeiros constituída na Itália será sempre estrangeira, em posição de súbdito, e não de cidadão do Estado que a hospeda. Tratando-se de associações de capitais, deverá atender-se à origem do capital, e daí à nacionalidade dos accionistas e dos administradores que fazem funcionar a emprêsa. Naturalmente não basta que numa sociedade entrem estrangeiros para lhe dar o carácter de estrangeira, e viceversa; que nacionais entrem numa emprêsa estrangeira para lhe dar o carácter de nacional, mas é necessário olhar complexivamente o conjunto, para estabelecer a fisionomia predominante da emprêsa, quer pelo seu fim, quer pelas pessoas que a compõem. O julgamento é uma *quaestio facti*. Seria absurdo que um grupo de capitalistas estrangeiros que implantasse uma emprêsa na Itália, porventura para desfrutar por própria conta as nossas riquezas naturais, ou para colocar no nosso mercado produtos estrangeiros, tendo por isso a sua sede no Reino, por isso mesmo se nacionalizasse e perdesse o seu carácter originário. Seria inadmissível que súbditos estrangeiros, actuando na Itália, mas permanecendo estrangeiros, pelo simples facto da sua transformação em pessoa jurídica, adquirissem os meios e o poder dum ente nacional. Anàlogamente deve dizer-se para as instituïções e fundações. A nacionalidade deve ser determinada pela natureza da obra que se pretende fazer, do interesse que se quer realizar, conforme se refere ao nosso Estado ou a cidadãos italianos, ou pelo contrário tem em vista um fim estrangeiro ou em favor de estrangeiros» (1).

Mas é claro que êste critério não pode aplicar-se quando haja lei expressa que fixe a naciona-

(1) Ferrara, pág. 632 e 633.

lidade, como acontece com as sociedades comerciais (cód. com., art. 110.°).

21. **Classificação legal: pessoas morais e sociedades; perpétuas e temporárias.** — No sistema das nossas leis, em matéria de classificação das pessoas colectivas, é de notar, em primeiro lugar, que não há uma terminologia precisa e rigorosa.

O código civil (art. 32.°, 37.°, 382.° § único, 1679.° e 1781.°) chama *pessoas morais* todas as corporações, instituïções ou fundações, de fim ou utilidade pública, ou de utilidade pública e particular conjuntamente, que nas suas relações civis representam uma individualidade jurídica; e emprega a expressão *pessoas colectivas*, em oposição a pessoas singulares (art. 382.°).

A expressão, *pessoas morais* é igualmente empregada pelo código de processo civil (art. 143.°, 815.°, n.° 1.°, 848.°, § 4.°), que também emprega a expressão *corpos colectivos* (art. 18.°), e ainda na lei de 13 de maio de 1896 (art. 41.°, n.° 3.°), no código administrativo de 1896 (art. 416.°), etc., etc.

A lei de 26 de abril de 1880 (art. 5.°, n.° 4.°) emprega a expressão *pessoa moral* como sinónimo de *pessoa jurídica*. Mas esta expressão significa qualquer pessoa colectiva, e as nossas leis empregam a expressão *individualidade jurídica*, em vez de *personalidade jurídica*, para significar que as associações e sociedades são pessoas ou sujeitos de direitos e obrigações (cód. com. art. 108.°; lei de 4 de abril de 1861, art. 4.°, e decreto de 2 de outubro de 1896, art. 2.° e 13.°, n.° 1.°).

O código administrativo de 1896 (art. 253.°, § único) denomina *corporações administrativas* todas as associações e instituïções de piedade e de beneficência, sujeitas à inspecção do governador civil, mostrando assim que estas pessoas colectivas

são pela nossa lei consideradas de direito público, tanto mais que o mesmo código lhes dá também a designação de *corpos administrativos* (art. 4.°, 51.°, n.° 10.°, 277.°, n.°s 7.° e 20.°, 417.° e 434.°), incluindo-as assim na mesma categoria das autarquias locais (distrito, município e freguesia).

Em face desta prolixidade da terminologia legal, não se pode dizer que a nossa lei consignasse a classificação tradicional das pessoas colectivas, embora fale de *corporações* no art. 32.°, e de *fundações* no art. 37.°, nem a moderna distinção de pessoas de direito público e de direito privado, classificações que já se encontram nos códigos modernos (alemão, suíço e brasileiro), podendo em todo o caso dizer-se que no sistema do nosso código são pessoas de direito público as *pessoas morais de utilidade pública* e pessoas de direito privado as *pessoas colectivas de utilidade particular* (sociedades civis e comerciais) e as *pessoas morais de utilidade particular e pública* conjuntamente.

Há, porém, no código, uma classificação das pessoas colectivas que resulta clara e necessàriamente dos art. 32.°, 39.°, 382 e 1240.° e seguintes, embora não seja formulada expressa e formalmente.

E' a classificação das pessoas colectivas em *pessoas morais* e *sociedades;* ou ainda a classificação em três grupos:

a) pessoas colectivas de utilidade pública;

b) de utilidade pública e particular conjuntamente; e *c*) de mera utilidade particular.

Por isso a qualquer destas classificações se pode e deve dar a designação de classificação legal.

Mas qual é, positivamente, o alcance da classificação legal?

Em primeiro lugar não há dúvida de que são pessoas colectivas de utilidade pública as corpo-

rações de população e território, à frente o Estado: o art. 37.º do código civil declara pessoas morais o Estado, as câmaras municipais e as juntas de paróquia; o art. 176.º da lei n.º 88, de 7 de agosto de 1913, declara pessoas morais o distrito, o município e a paróquia; a base 1.ª da lei n.º 278, de 15 de agosto de 1914, que estabeleceu a autonomia financeira das colónias, declarou-as também pessoas morais, e esta disposição foi reproduzida na base 58.º do decreto n.º 7008, de 9 de outubro de 1920, sôbre a administração civil e financeira das colónias.

Também não há dúvida de que são pessoas morais de utilidade pública todos os estabelecimentos públicos personalizados de beneficência, piedade ou instrução, pois como tais, são expressamente declarados pelo art. 37.º do código civil; e bem assim todos os estabelecimentos públicos personalizados por lei, pois que, embora não sejam de beneficência, piedade ou instrução, desde que sejam públicos, isto é, destinados a um *serviço público*, estão compreendidos no art. 32.º.

«Ainda é indiscutível, diz o Dr. Vilela, que são pessoas morais as pessoas colectivas de direito privado de fim desinteressado que sejam de beneficência, piedade ou instrução, pois o art. 37.º considera assim *quaisquer* estabelecimentos dessa natureza, sem distinguir se a sua criação se deve ao Estado, às autarquias locais, ou à iniciativa particular (1).

Mas esta doutrina, com toda a amplitude em que está formulada, não é de aceitar, pois que tais estabelecimentos, quando fundados pelo Estado só são pessoas morais, se efectivamente forem personalizados por lei expressa, não sendo suficiente a

(1) Dr. Vilela, *Tratado*, pág. 221.

disposição dos art. 32.º e 37.º, e a prova é que não são pessoas morais, por exemplo, os liceus; e sendo fundados por particulares só podem adquirir a personalidade, sendo devidamente autorizados, nos casos em que a autorização governativa é exigida, como acontece por exemplo com os estabelecimentos de instrução.

E que dizer das associações ou instituïções de fim interessado não lucrativo, das de fim ou interesse ideal, e das de fim económico geral? Devem considerar-se pessoas morais, ou antes associações de mero interesse particular, isto é, como simples sociedades (art. 39.º)?

Parece não haver dúvida de que, sendo personalizadas, entram na categoria de pessoas morais, pois da sua própria natureza, de fim desinteressado, resulta que são ao mesmo tempo de utilidade pública e particular.

E com efeito assim as teem considerado as diferentes leis que as regulam.

É assim que a lei de 21 de outubro de 1889 considerou pessoas morais as associações e institutos meramente scientíficos e literários, visto que os incluiu no art. 35.º do código civil, e modificou em seu benefício as restrições de capacidade patrimonial ali estabelecidas para as pessoas morais; e o código administrativo de 1896 (art. 252.º, n.º 8.º) equiparou as associações de recreio aos institutos de beneficência, piedade e instrução pública, para o efeito da aprovação dos seus estatutos, sujeitando-as assim ao regime das pessoas morais, e como tais teem elas sido sempre consideradas pela doutrina e pela jurisprudência (1).

(1) Dr. Alves Moreira, *Inst.*, pág. 292 e 293; *Rev. de Leg. e Jurisp.*, XLI, pág. 147.

Do mesmo modo devem considerar-se como pessoas morais as associações religiosas, como já mostrámos (supra n.° 19).

Relativamente às associações de fim económico não lucrativo, algumas teem sido reguladas por leis especiais, como as associações de classe (dec. de 9 de maio de 1891), os sindicatos agrícolas (lei de 3 de abril de 1896, e dec. n.° 5219, de 6 de janeiro de 1919), associações de socorros mútuos (dec. de 2 de outubro de 1896), sindicatos de pecuária, uniões de sindicatos, e caixas de crédito agrícola mútuo (dec. n.° 5219, de 6 de janeiro de 1919).

Vê-se por toda essa legislação especial que as diferentes associações de fim económico não lucrativo, atento o seu carácter de utilidade geral ou pública, são consideradas como pessoas morais, à semelhança das de fim desinteressado.

Resta considerar dum modo geral as associações de qualquer fim lícito, interessado ou não, de interêsse puramente ideal, moral, político ou económico, e que não sejam reguladas por leis especiais.

Elas são reguladas pela lei geral do direito de associação, que é a liberalíssima lei de 14 de fevereiro de 1907, segundo a qual (art. 1.°) «todos os cidadãos no gôzo dos seus direitos civis podem constituir-se em associação, para fins conformes às leis do Reino, sem dependência de licença ou aprovação dos seus estatutos pela autoridade pública, sempre que essa aprovação não seja exigida por lei, uma vez que prèviamente participem ao competente governador civil a séde, o fim e o regime interno da sua associação».

Qual é verdadeiramente a figura jurídica das associações constituídas nos termos desta lei, e sem aprovação governativa dos seus estatutos,

quando uma *lei especial* não exija essa aprovação?

Não há dúvida de que tais associações teem existência legal, estão legalmente constituídas, desde que cumpriram o preceito de participar à autoridade competente a sua constituïção e sejam lícitos os seus fins.

Mesmo que sejam de beneficência, piedade ou instrução, não carecem de aprovação dos estatutos pelo governador civil, porque a lei de 14 de fevereiro de 1907 teve precisamente em vista revogar o art. 282.° do código penal e o art. 252.°, n.° 8.° do código administrativo de 1896, que exigiam aquela aprovação.

E' que, com efeito, a palavra *lei* no artigo 1.° da lei de 14 de fevereiro de 1907 só entendida como *lei especial* faz sentido, porque decerto foi empregada para se referir a leis anteriores, pois não se compreende numa lei a resalva de disposição de leis posteriores; mas referindo-se a leis anteriores só pode ser às leis especiais reguladoras de certas espécies de associações, pois que se, pelo contrário, se referisse também às leis gerais ao tempo vigentes, ficaria também em vigor o art. 282.° do código penal, e portanto resultava inteiramente inútil, absolutamente ineficaz, a nova lei do direito de associação.

Portanto deve entender-se que ficou revogado não só o art. 282.° do código penal, mas também o art. 252.°, n.° 8.°, do código administrativo, que é manifestamente uma lei geral.

E que foi êste o alcance da lei não pode haver dúvida, porque assim a interpretou o antigo Ministério do Reino, justamente sendo o ministro do Reino o grande estadista Conselheiro João Franco, o que representa quási a interpretação autêntica

da lei, pois foi êle o autor da respectiva proposta (1).

Mas para as associações constituídas nos termos da lei da associação assumirem a figura ou qualidade jurídica de *pessoas morais*, isto é, para adquirirem a personalidade jurídica, bastará a existência ou constituïção legal? Ou para isso será necessária a autorização ou aprovação dos Estatutos?

Com fundamento no art. 33.º do código civil já se tem sustentado que é necessária a autorização governativa ou aprovação dos estatutos, para que uma associação adquira a personalidade jurídica, pois aquele artigo determina que nenhuma associação pode representar uma individualidade jurídica, *não estando legalmente autorizada* (2).

Na referida consulta da *Revista de Legislação e de Jurisprudência* (3), expõe-se e defende-se com muito brilho esta doutrina, que se resume na seguinte tése: uma cousa é a *constituïção legal* das associações e outra a sua *personificação;* a lei de 1907 apenas visou a constituïção legal das

(1) Veja a brilhante consulta da *Revista de Legislação e Jurisprudência*, LV, pág. 211 e seguintes.

Por nossa parte também podemos afirmar que êsse foi o pensamento da lei, e alguma autoridade temos para fazer esta afirmação, pois tivemos a honra de pertencer à Câmara dos Deputados de 1907, e o ensejo de tomar parte na discussão do projecto de lei, e o prazer de salientar que a nova lei dava satisfação às reclamações que já em 1899 tinhamos apresentado no primeiro volume das *Sociedades Comerciais*, que foi a nossa dissertação inaugural para o acto de conclusões magnas (doutoramento) na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. — Veja também *Sociedades e empresas comerciais*, pág. 11-13.

(2) Dr. Alves Moreira, *Inst.*, pág. 305 e 306; *Rev. de Leg. e de Jurisp.*, XLI e LV.

(3) Vol. LV, pág. 215 e 216.

associações, dispensando-as da formalidade, que é muitas vezes um obstáculo, da aprovação prévia dos estatutos; mas nada disse aquela lei sôbre a *personalidade* ou adquisição da qualidade de pessoa moral, continuando, portanto, para êste efeito, a vigorar o regime do código civil, isto é, a necessidade de autorização ou aprovação dos estatutos.

Não podemos concordar com esta doutrina. Parece-nos que há aqui um equívoco ou um defeito de interpretação do art. 33.º do código civil.

Na verdade êste artigo não exige autorização governativa ou aprovação de estatutos: o que exige é a *autorização legal*, isto é, aquela autorização que por lei fôr necessária para cada espécie de associações, ou seja o *reconhecimento legal*, que, como sabemos, pode ser directo, especial e expresso, por meio de licença, concessão, autorização ou aprovação de estatutos; ou, em vez disso, dado indirectamente e dum modo geral, pelo sistema da *regulamentação*, desde que sejam satisfeitos os requesitos e cumpridas as formalidades da lei (supra, n.º 15).

Mais simplesmente, o art. 33.º do código civil o que quer dizer é que nenhuma associação pode gozar de personalidade, *sem ser legalmente reconhecida*, isto é, *sem estar constituida nos termos da lei.*

Nem é compreensível que o código civil exigisse uma autorização governativa, quando a própria lei política ou administrativa a dispensa. E intuitivo que se a lei política e administrativa dispensa uma associação da autorização prévia, com maioria de razão a deve dispensar o código civil.

De resto, a verdade, na boa doutrina do direito, é que a personalidade das pessoas colectivas deriva da constituïção legal, e não da concessão ou favor do executivo.

Concluimos, pois, que personificação e constituïção legal são uma e a mesma cousa.

Relativamente às pessoas colectivas de mero interesse particular, ou *sociedades*, a doutrina é muito divergente, tanto entre nós, como nos autores estrangeiros.

As sociedades são *civis* ou *comerciais*, conforme o objecto da sua actividade consiste em actos ou operações de natureza civil ou comercial (cód. civ., art. 1240.° e seg., e cód. com., art. 104.° e seg.).

As sociedades comerciais são de diferentes espécies; mas é fundamental a classificação em quatro grupos ou tipos determinados pela diversa responsabilidade dos sócios:

a) A *sociedade em nome colectivo* é caracterizada pela responsabilidade solidária e ilimitada de todos os sócios (cód. com., art. 105.°, § 1.°);

b) A *sociedade anónima* é aquela em que os associados limitam a sua responsabilidade ao valor das acções com que subscrevem para o capital social (art. 105.°, § 2.°); por isso os sócios se chamam *accionistas;* e a *acção* é um título nominativo ou ao portador, representativo de uma quota parte do capital social;

c) A *sociedade em comandita* dá-se quando um ou mais dos associados respondem como se a sociedade fosse em nome colectivo, e outro ou outros apenas fornecem valor determinado, limitando a êste a sua responsabilidade (art. 105.°, § 3.°); reveste duas formas, a *comandita simples* e a *comandita por acções*, conforme o capital social é constituído por *partes* ou *quotas* nominativas e sem serem representadas por um título especial, ou é representado por *acções*, como nas *anónimas;*

d) A *sociedade por quotas* é aquela em que a responsabilidade dos sócios é limitada, não apenas à parte com que cada um entra, mas a todo o capital

social (lei de 11 de abril de 1901); também se chamam por isso sociedades de responsabilidade limitada, ou simplesmente *limitadas*.

Entre as sociedades comerciais há ainda a considerar as *cooperativas*, caracterizadas pela variabilidade do capital social e pela ilimitação do número de sócios, mas que não constituem um tipo distinto, pois devem adoptar qualquer das formas das outras sociedades comerciais (cód. com., art. 207.° e § 1.°).

Há ainda as *mútuas* de seguros, criadas pelo decreto de 21 de outubro de 1907; mas também não constituem rigorosamente um tipo novo, pois são verdadeiras cooperativas.

Por seu lado, as sociedades *civis* também apresentam diversos tipos:

a) *Sociedade universal* é aquela em que todos ou parte dos sócios entram com todos os bens móveis e imóveis, presentes e futuros; ou só com os móveis, frutos e rendimentos dos imóveis presentes e todos os bens futuros (art. 1243.°);

b) *Sociedade particular* é a que se limita a certos e determinados bens, aos frutos e rendimentos dêstes, ou a certa e determinada indústria (art. 1249.°);

c) *Sociedade familiar* é a que pode dar-se entre irmãos ou entre pais e filhos maiores (art. 1281.°);

d) *Sociedade de parceria rural* é a que tem por objecto a cultura de prédios rústicos ou a criação de animais, abrangendo, pois, duas espécies: a *parceria agrícola* e a *pecuária* (art. 1298.°, 1299.° e 1304.°).

Mas podem também as sociedades civis constituir-se sob qualquer das formas ou tipos das sociedades comerciais, ficando em tal caso a ser reguladas pelo direito comercial, excepto no que

respeitar à jurisdição e à falência (cód. com., art. 106.° e lei de 11 de abril de 1907, art. 1.° § único).

É indispensável ter presente o conhecimento dos diversos tipos de sociedades civis e comerciais, para se fazer uma idea exacta da doutrina relativa à personalidade colectiva destas associações.

Como dissemos, esta doutrina é muito divergente, tanto entre nós como no estrangeiro.

Dum modo geral pode dizer-se que são consideradas pessoas as sociedades comerciais, e não as sociedades civis, mas isto apenas como um critério muito amplo de orientação, pois a verdade é que há muitos escritores que admitem a personalidade das sociedades civis, já reconhecida pelos modernos códigos civis, assim como também há escritores, que, mesmo perante textos de lei expressa, insistem em negar a própria personalidade das sociedades comerciais (1).

Entre nós, o estudo das pessoas colectivas foi feito especialmente pelos ilustres professores, Drs. Alves Moreira e Machado Villela, pelo primeiro, na notável obra *Instituïções de Direito Civil Português*, e depois numa série de artigos publicados nos volumes XL, XLI e XLII da *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, e pelo segundo no seu notável *Tratado Elementar teórico e prático de Direito Internacional Privado*.

Ora, sôbre o problema da personalidade das sociedades civis e comerciais, seguem os dois autores orientação completamente diversa, e adoptam uma solução quási completamente oposta. O primeiro nega a personalidade das sociedades civis,

(1) Para o conhecimento mais detalhado da questão da personalidade das sociedades civis e comerciais, veja *Sociedades e Empresas comerciais*, pág. 147 e seg.

e para as comerciais só a admite nas anónimas, interpretando o art. 108.° do código comercial no sentido da simples separação do património colectivo da sociedade dos patrimónios individuais dos sócios.

O segundo não discute nem mesmo examina o problema; mas da exposição que faz da classificação legal das pessoas colectivas em *pessoas morais* e *sociedades*, conclui-se que admite, como nós, embora o não diga expressamente, tanto a personalidade das sociedades civis como a das sociedades comerciais.

No nosso trabalho sôbre as *Sociedades e Empresas Comerciais* dedicamos um extenso parágrafo ao estudo da personalidade jurídica das sociedades, e aí demonstramos que as sociedades civis, são, com efeito, dotadas do atributo da personalidade, por virtude das disposições legais que estabelecem o seu regime jurídico, embora o código civil não tenha um preceito expresso análogo ao art. 108.° do código comercial; e ao mesmo tempo mostrámos que não são procedentes os argumentos aduzidos para recusar a personalidade jurídica às sociedades em nome colectivo, em comandita ou por quotas.

E agora, para terminar, diremos simplesmente que, se na Itália é geralmente recusada a personalidade às sociedades civis, é porque na verdade o código civil italiano estabelece para elas um regime diferente do do nosso código.

Em compensação, em França, apesar das hesitações da doutrina, o supremo tribunal de justiça (Cour de Cassation) firmou definitivamente, já desde os fins do século passado, o princípio da personalidade jurídica das sociedades civis (1).

(1) Colin et Capitant, 1, pág. 668 e 669.

Finalmente, para concluir o exame da classificação legal das pessoas colectivas, deve notar-se que os arts. 32.º e 35.º do código civil fazem a distinção das associações em *perpétuas* e *temporárias*.

E grande importância tem esta distinção, pois a restrição de capacidade patrimonial consignada no art. 35.º é só para as corporações perpétuas.

É precisamente por isso que a distinção se não funda apenas no tempo assinado à existência da pessoa moral, mas também na natureza do seu fim.

Como *perpétuas* se consideram, com efeito, não só as fundadas para viverem por tempo ilimitado, mas também as que, embora fundadas para tempo limitado, não tenham por objecto interesses materiais.

22. **Corporações e instituïções que não são pessoas colectivas.** — Para uma exacta e completa determinação das pessoas colectivas, importa agora examinar as corporações e instituïções, que sendo muito semelhantes, não gozam contudo do atributo da personalidade jurídica.

Segundo Coviello, podemos dividi-las em dois grupos: aquelas que pela sua própria índole jurídica são desprovidas dos caracteres e elementos de facto necessários para constituir a personalidade colectiva, e aquelas que, apesar de terem tais caracteres, são pela lei declaradas incapazes de ser reconhecidas como pessoas (1).

Assim, e em primeiro lugar, não são pessoas colectivas, por lhes faltar o elemento pessoal autónomo, alguns patrimónios análogos aos das fundações, e como eles considerados como uma unidade

(1) Coviello, pág. 206 e seg.

jurídica ou universalidade de direito. Tais são: *a*) o estabelecimento comercial; *b*) a herança; *c*) a massa falida.

A idea inexacta ou imperfeita, de considerar o património das fundações ou instituïções como o verdadeiro sujeito dos direitos, podia induzir a errónea crença de que os patrimónios acima mencionados devam ser tratados como pessoas. Mas, tendo em vista a idea mais perfeita de que o património considerado como complexo de relações jurídicas presupõe sempre um sujeito, e que não sendo o estabelecimento comercial senão um património destinado a um certo comércio, é claro que o sujeito dêste complexo jurídico é o próprio comerciante, indivíduo ou sociedade comercial, a quem o estabelecimento pertence. A herança, quer seja jacente, quer deixada em favor de nascituros, tem por sujeito certas pessoas individuais, embora actualmente indeterminadas. Nem mesmo a herança indivisa pode considerar-se uma pessoa, pelo facto de o art. 2115.º dizer que a herança, antes da partilha pelos herdeiros, *responde solidàriamente pelas dívidas do autor dela*, pois que este preceito significa apenas que os herdeiros, emquanto não se fizer a partilha, são solidàriamente responsáveis pelas dívidas do *de cujus*. Também o património do comerciante falido não deixa de ter como sujeito o próprio falido, o qual, simplesmente no interesse dos credores, fica interdito da administração dos seus bens, passando a ser representado pelo administrador da massa (cód. de proc. com., art. 198.º).

Em segundo lugar, também não são pessoas colectivas, por lhes faltar o elemento do património autónomo, que sirva para os fins dum conjunto de pessoas entre si por algum modo coligadas:

a) Os agregados corporativos, corpos colegiais ou colectividades desprovidas de capacidade

patrimonial, tais como: as câmaras do parlamento, os corpos administrativos (juntas distritais, câmaras municipais e juntas de freguesia, pois que a personalidade pertence às circunscrições administrativas, de que aquelas colectividades são órgãos ou representantes), os tribunais colectivos, os conselhos técnicos dos ministérios, e outras corporações semelhantes, porque os bens destinados à realização dos seus fins pertencem ao Estado ou à entidade da qual essas colectividades são órgãos.

b) As diversas administrações do Estado, como os ministérios, as repartições ou estabelecimentos do Estado, mesmo os da fazenda nacional *(stationes fisci)*, a não ser que a lei expressamente lhes confira a capacidade patrimonial, porque os meios financeiros de que tais estabelecimentos se servem para os seus fins são-lhes fornecidos anualmente pelo Estado pelas respectivas verbas orçamentais.

c) Não é pessoa colectiva a unidade ideal ou moral do conjunto de funcionários de cada ramo de serviços, de cada repartição ou estabelecimento.

Finalmente, há várias corporações ou instituïções, que embora tenham os elementos de facto que constituem o substracto essencial da personalidade colectiva, não são comtudo pessoas colectivas, porque a lei as não reconhece como tais ou proïbe mesmo a sua existência. Assim:

a) Não é pessoa colectiva no sentido técnico jurídico a família, porque embora tenha todos os elementos materiais da personalidade colectiva, sobretudo no regime da comunhão de bens, e não lhe faltando até uma certa consciência de unidade moral e jurídica, o certo é que a lei não a considera como uma individualidade jurídica.

b) Não é pela mesma razão pessoa colectiva

o grupo de comproprietários de cousa comum, pois que o regime que a lei estabelece para a propriedade comum não estabelece tal unidade jurídica.

c) Não é pessoa a associação em conta de participação, porque a lei expressamente declara que ela não constitui individualidade jurídica (cód. com., art. 224.° e 226.°).

d) Entre as sociedades civis não constituem pessoas colectivas as de parceria agrícola, cujo regime jurídico exclui a personalidade (cód. civ., art. 1299.°-1303.°).

e) Não é pessoa colectiva a Igreja católica universal, pois segundo o moderno direito eclesiástico português (decreto de 20 de abril de 1911, de 22 de fevereiro e de 8 de julho de 1918) a lei só reconhece como pessoas morais de instituïção eclesiástica a Santa Sé e as associações religiosas ou igrejas nacionais constituídas em conformidade das leis portuguesas (supra, n.° 19).

f) E, portanto, não podem ser pessoas colectivas as associações religiosas que se constituírem sob a forma de congregações de carácter monástico ou conventual, porque todas essas são expressamente proïbidas.

23. **Constituïção das corporações e instituïções.** — No exame dos princípios reguladores da constituïção e organização das pessoas colectivas, há que distinguir, em primeiro lugar, as que são criadas pelo Estado e as que são constituídas ou fundadas pelos particulares ou por outras pessoas públicas.

As corporações ou institutos públicos fundados pelo Estado, no exercício das suas funções políticas e administrativas, são regulados pela respectiva lei ou regulamento, onde se devem estabelecer todas as normas relativas à sua organização e vida interna.

Nestas pessoas colectivas o acto do poder público que as cria (lei ou regulamento) é de natureza *constitutiva* e orgânica, e portanto é nele que se devem encontrar todos os princípios reguladores da sua existência e funcionamento.

O mesmo acontece ainda, mas só em parte, com as associações ou corporações reguladas por lei especial, como as associações de classe, as associações de socorros mutuos, os sindicatos agrícola ou pecuários, as sociedades de crédito agrícola e todas as sociedades comerciais. Mas dizemos *em parte,* porque a outra parte é regulada pela vontade das associações ou dos fundadores.

Aqui só temos que nos preocupar com os princípios reguladores das corporações e instituïções que não teem regulamentação em lei especial, fazendo a necessária e fundamental distinção entre as associações e as fundações.

A existência duma corporação de tipo associativo resulta do *acto constitutivo* que a fundar, estabelecendo as relações de união entre os associados e do *estatuto,* que organiza a sua vida para o futuro.

Muitas vezes há uma situação jurídica preliminar: a iniciativa da constituïção parte de um promotor, ou mais reünidos numa sociedade *sui generis* (comissão organizadora), que dirigindo convites e programas ao público solicita a adesão dos futuros membros, para formar o substracto corporativo da futura pessoa colectiva. Passam-se assim contractos e relações de carácter preparatório, entre os promotores e aderentes, que ficam num estado de pendência ou suspensão até que a corporação venha a constituir-se ou se mostre inviável.

Dois são, portanto, os modos de constituïção: a constituïção *simultânea,* em que todos os membros reünidos procedem no mesmo momento à

formação da pessoa colectiva, e a constituïção *sucessiva* ou *por subscrição pública,* com que a formação se prepara e desenvolve através duma série de actos tendo por fim recolher as adesões dos membros da associação, mediante a assinatura do documento (cédula ou boletim) emitido pelos promotores, em que o subscritor se compromete a ser membro da corporação a constituir, assumindo as obrigações correlativas. Quando pelas subscrições houver o número bastante de aderentes, procede-se à assemblea geral para a estipulação do acto constitutivo, com a qual se encerra êste processo de gestação, encontrando-se a associação no mesmo ponto inicial em que se encontra na constituïção instantânea, isto é, definitivamente constituída (1).

Mas qual é a natureza do acto constitutivo?

E certamente um acto jurídico, exigindo por isso capacidade dos sujeitos, validade do consenso, e objecto e causa lícitos.

Mas grandes divergências se teem manifestado sôbre a sua qualificação, considerando-o uns como um *acto de criação* (Regelsberger, Karlowa), que vai muito além das relações das partes, chamando à vida uma pessoa jurídica; outros como um *acto unilateral;* mas entre estes há ainda duas correntes diversas: os que o consideram um *acto unilateral social* (Gierke, Lescot) emanando e desenvolvendo-se do próprio organismo em formação, que se apresenta já e afirma como um sujeito, tendo a associação uma vida embrionária corporativa (Gierke), espécie de gestação uterina garantida já

(1) É o mesmo processo da constituïção das sociedades anónimas (cód. com., art. 162.º e seg.) — *Sociedades e Empresas Comerciais,* pág. 301 e seg.

pelo princípio *conceptus pro nato habetur* (Lescot) (1); e os que o caracterizam como um *acto colectivo*, isto é, um acôrdo de duas ou mais declarações de vontade paralelas e dirigidas ao mesmo fim, e não cruzando-se entre si, mas encontrando-se num ponto de coincidência, como acontece nos contractos (Kuntze, Windscheid, Dernburg, Laband, Coviello, Ferrara, Dr. Alves Moreira, Duguit, Dr. Vital, etc, etc,); outros consideram-no como *acto bilateral*, mas ao lado dos contractos (Biermann); outros finalmente, consideram-no como *um verdadeiro contracto*, e esta é ainda, e com razão, a doutrina dominante (2).

O acto constitutivo é o acôrdo dos membros, não só sôbre a existência e o fim da associação, sôbre os direitos e obrigações dos associados, mas até sôbre os direitos *especiais* reservados a alguns sócios, por exemplo, aos fundadores (3).

Muitas vezes com o acto constitutivo é conjunto, e dêle faz parte integrante, mas outras é distinto, e forma um simples anexo, o *estatuto* da associação, que em qualquer dos dois casos tem sempre a sua natureza jurídica própria: é o *estatuto fundamental* e *orgânico*.

O estatuto é a *organização constitucional* da associação, o complexo das normas que regulam a sua estrutura interna, o seu funcionamento e as suas relações externas.

Em regra o estatuto determina: 1.º o nome, o fim, e a séde da associação; 2.º os meios financeiros com que se propõe realizar o seu fim; 3.º os

(1) Lescot, *Essai sur la période constitutive des personnes morales*, pág. 242 e seg.

(2) V. *Os Princípios*, I, pág. 428 e seg.

(3) Ferrara, pág. 136 e 137.

vários órgãos que cooperam no desenvolvimento da vida corporativa, as suas funções e competência, as condições e forma de escôlha das pessoas encarregadas dessas diversas funções; 4.º os direitos e obrigações dos membros em relação à associação; 5.º as normas sôbre modificação dos estatutos, extinção da corporação e destino do seu património, nos casos em que a lei o permite (cód. civ., art. 36.º).

Estes princípios formam o conteúdo *típico* dos estatutos, que podem entretanto ser mais ou menos pormenorizados, mais ou menos omissos, e ser completados por meio de regulamentos anexos.

Nas instituïções ou fundações, o substracto da personalidade colectiva não é uma colectividade de pessoas, mas sim a obra a realizar vivificada pela vontade do instituïdor, que fornece os meios para a sua realização e dita as normas que devem presidir à constituïção e ao funcionamento da instituïção ou fundação.

Ao acto de constituïção das corporações corresponde aqui o *acto de fundação*, e por isso alguns escritores teem concebido a constituïção corporativa como uma fundação colectiva (Kuntze, Karlowa).

Tratando-se de institutos criados por particulares, ou por entes públicos que não sejam o Estado, torna-se do mesmo modo necessário examinar separadamente a formação do substracto, que é um produto da vontade do instituïdor, e o reconhecimento, que é dado pelo Estado ou pela lei.

O instituïdor ou fundador declara pelo acto de fundação a sua vontade de criar um certo instituto com carácter autónomo, precisando o seu fim e individualidade, destinando-lhe o património necessário para o seu estável funcionamento, e podendo

também formular as regras relativas à sua constituïção e funcionamento, que devem ser respeitadas em tudo o que não for contrário à lei.

Do mesmo modo que na constituïção das corporações voluntárias, se o acto de fundação não contém o estatuto completo da fundação, será êste elaborado à parte pelo mesmo fundador, pelos administradores da fundação, ou pela autoridade que promover ou fizer o reconhecimento legal.

A doutrina foi durante muito tempo hesitante sôbre a natureza do acto de fundação. Da escola francesa pode mesmo dizer-se que ainda até há pouco desconhecia a figura jurídica da fundação autónoma, isto é, a fundação-pessoa jurídica, admitindo apenas a fundação indirecta ou fiduciária, sob a forma de dotação ou legado a uma pessoa física ou moral, para a realização do fim; e nesta orientação definiam o acto sob o aspecto patrimonial, ora como doação ou legado modal, isto é, com encargo, ora como um depósito de capital conjunto com um mandato para aplicar a renda perpétuamente, ora como uma disposição sob condição resolutiva, e ainda em certas espécies de fundações como um verdadeiro contracto oneroso (1).

Foi a escola alemã, seguida depois pela italiana, que profundou a doutrina da fundação autónoma, pondo em relêvo como o acto de fundação é principalmente destinado à criação de um instituto, à instituïção de um sujeito jurídico, e sòmente como *meio,* à disposição patrimonial para o serviço da nova personalidade.

(1) Demolombe, *Cours de Code Napoleón*, I, n.º 586 e seg.; Laurent, *Principes de Droit Civil*, XI, n.º 177 e seg.; Planiol, n.º 3030; Fénelon, *Les Fondations et les Établissements Écclesiastiques*, pág. 83 e seg.; Dejust, *Fondations des Messes*, pág. 30 e seg.

O acto de fundação analiza-se, pois, num *acto destinado à formação da pessoa colectiva* e numa *disposição patrimonial.*

Mas é na concepção de cada um dêstes actos que surgem as divergências entre os doutores.

Gierke considera o acto de fundação como um *acto social de criação,* um acto constitutivo da personalidade colectiva, emquanto que a dotação seria uma *oferta de doação à fundação nascitura;* Kohler diz que a fundação é *criação,* é uma declaração unilateral, que dá origem ao ente, e que a dotação é também acto unilateral, mas constituindo um tipo próprio de acto ou negócio jurídico; Karlowa vai mais longe, e conjugando os dois elementos do acto de fundação, diz que não se trata de um negócio jurídico privado, mas de um *acto de autonomia,* pelo qual o indivíduo como ente social cria um sujeito de direito.

Mas, seguindo orientação diversa, muitos autores vêem na disposição patrimonial uma doação, ou pelo menos uma liberalidade, considerando-a geralmente a doutrina francesa e italiana como sendo o fulcro de toda a fundação (1).

Parece-nos que a verdadeira teoria é a da *criação,* não a de Gierke, mas a de Karlowa, conjugando os dois elementos da fundação, pois que ambos são essenciais, não sendo admissível, nem sequer concebível, o poder de o indivíduo criar uma pessoa colectiva, sem ao mesmo tempo lhe destinar o património indispensável à sua vida.

E concordamos também com Ferrara em considerar bastante a qualificação do acto de fundação como *acto jurídico;* divergimos, porém, na sua qualificação como *acto unilateral duma declara-*

(1) Coviello, pág. 214 e seg.; Ferrara, pág. 641 e 642.

ção de vontade não retirável, que fica perfeita desde que seja manifestada em forma idónea, e portanto firme, ainda no caso de o fundador morrer ou se tornar incapaz (1).

Parece-nos que é necessário distinguir entre as fundações por testamento ou por acto entre vivos. No primeiro caso está certa a doutrina do acto unilateral.

Mas sendo acto *inter-vivos,* entendemos que a *fundação* é bem um contracto entre o fundador e o Estado, considerado como o sujeito jurídico da sociedade (2). E' que, na verdade, a fundação, no fundo, não é senão uma doação feita à sociedade em geral. Ora, desde que ela se não pode tornar efectiva, senão pelo reconhecimento ou aceitação do Estado, mediante a aprovação dos seus estatutos, nos termos da cláusula 1.ª do art. 5.º do decreto de 25 de maio de 1911, que regula os serviços da assistência pública, é verdadeiramente um contracto entre o fundador e o Estado.

Ferrara, no silêncio da lei italiana, fez a construção jurídica da fundação, manifestamente orientado pela doutrina germânica, e especialmente pelo código alemão, que regula as fundações como actos jurídicos unilaterais, considerando-os revogáveis até ao momento em que intervem o reconhecimento do Estado, que faz surgir o novo ente (cód. alemão, § 81).

Nós, porém, no silêncio da nossa lei, preferimos aderir ao sistema do código brasileiro, que, apezar de orientado no sistema geral da doutrina germânica e especialmente do código alemão, nesta matéria, como em muitas outras, conservou-se fiel às tradições e ao espírito do direito português (1).

(1) Ferrara, pág. 642.

(2) *Os Principios,* I, pág. 419 e 420.

Estabelecido que as fundações podem resultar de acto *inter-vivos* ou *mortis causa,* surgiram profundas divergências, e por longo tempo se travaram grandes disputas, sôbre a validade das disposições testamentárias destinadas à fundação directa de uma pessoa moral (2).

(1) O código brasileiro, regulando as fundações nos artigos 24.º-30.º, diz no art. 24.º: «Para criar uma fundação, far-lhe há o seu instituidor, *por escritura pública* ou *testamento,* dotação especial de bens livres, especificando o fim a que a destina, e declarando, se quiser, a maneira de administra-la». E no art. 26.º: «Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado, onde situadas». Nada diz, porém, sôbre a revogação das disposições instituidoras, donde deve concluir-se que se aplicam as regras dos testamentos ou dos contractos, conforme a disposição foi por uma ou outra forma.

(2) Em relação ao nosso direito, dizia o Dr. Alves Moreira, *Inst*, pag. 307: «Não pode suscitar-se, portanto, entre nós a questão se por testamento pode constituir-se um património para uma fundação directamente, pois no artigo referido (é o art. 1902.º) previne-se o modo por que deve efectuar-se a liquidação dêsse património, para que seja aplicado ao fim a que o testador o destinou. A fundação, porém, só existe desde que sejam aprovados os seus estatutos pelo governador civil, e é à pessoa que seja incumbida pelo testador de executar o testamento que cumpre promover essa aprovação. Ao governador civil compete, quando sôbre o assunto não hajam providenciado os seus instituidores, regular, com aprovação do govêrno, a fundação e administração de estabelecimentos de instrução, de beneficência ou outros de utilidade pública (cód. adm., art. 252.º, n.º 9.º)».

Mas o certo é que o art. 1902.º está muito longe de ser bastante para resolver a grave questão da validade ou nulidade das disposições testamentárias directamente dirigidas à criação de uma pessoa moral, pois se limita a prever a hipótese de o testador mandar *empregar o produto de certa parte da herança em alguma fundação,* podendo bem entender-se que se refere a fundações já existentes; mas, de resto, não se

O importante e grave problema tem sido regulado nos códigos modernos, e por leis avulsas em alguns países, como na Itália (1).

Entre nós ainda a questão não foi resolvida por um texto de lei, sendo de notar que nem o decreto de 25 de maio de 1911, sôbre a assistência pública, contém qualquer disposição que a resolva. Apenas a cláusula 1.ª do art. 5.º regulou o modo de tornar efectiva qualquer obra de assistência devida à iniciativa privada (2).

Mas nós sempre entendemos e sustentamos que é válida tanto a disposição testamentária para a criação duma pessoa colectiva de utilidade pública, como a disposição a favor de um ente colectivo já existente de facto, embora não legalmente constituido, desde que legalize a sua situação (3).

---

refere aos casos de o testador destinar, em vez do *produto*, os próprios bens.

(1) Na Itália foi a secular questão resolvida pelo art. 84.º da lei de 17 de julho de 1890, sôbre as *instituïções públicas de beneficência*, dispondo que toda a vez que o notário estipule doações ou proceda à abertura de um testamento em que *por modo directo* ou indirecto se fundem institutos tendo carácter de beneficência pública, é obrigado a fazer comunicação do facto ao *síndico*, o qual por sua vez é obrigado a avisar a Congregação da Caridade, a qual deve tomar as providências conservatórias e praticar os actos necessários para obter o reconhecimento da parte da autoridade governativa. Coviello, pag. 216.

(2) Art. 5.º, cl. 1.ª: «Toda a obra de assistência privada, seja qual fôr a sua designação, não tem, para funcionar, outro dever a cumprir além da participação da sua natureza, fins e representantes à commissão competente de assistência dentro da área da sua séde, ou à Direcção Geral de Assistência se a sua esfera de acção se estende a todo o país ou a mais de um distrito, e a apresentação dos seus estatutos à aprovação do governador civil».

(3) *Sucessões*, n.º 49.

E esta doutrina parece-nos incontestável, mesmo no sistema clássico da capacidade de adquirir por testamento restrita às pessoas (herdeiros ou legatários) existentes ao tempo da morte do testador, pois que as fundações de utilidade pública outra cousa não são que disposições a favor da sociedade em geral representada na personalidade do Estado.

Para mais completamente ilustrar a solução do problema vamos reproduzir a exposição que dela faz, e a solução que apresenta, o eminente Ferrara.

Pode a fundação ser instituida *mortis causa* em um testamento, no qual não só seja declarada a vontade de fundar uma obra, mas como *fim de dotação* seja a mesma obra chamada herdeira ou legatária do património do testador. Em tal caso a relação é concebida como vocação hereditária de pessoa futura, e por isso, duma parte invocou-se, para sustentar a sua nulidade, a regra de que não se pode instituir herdeiro ou legatário uma pessoa que não existe, que não se pode considerar a disposição como feita sob a condição *si nascatur*, porque o mesmo seria que abolir o princípio da existência do instituido no momento da devolução hereditária, e que não é possível na falta dum texto de lei dar efeito retroactivo ao decreto de reconhecimento; e *ex adverso*, para sustentar a validade, explicou-se não ser verdade que o ente não exista no momento em que é fundado, pois tem já uma personalidade inicial ou embrionária pela qual pode equiparar-se ao embrião, tendo assim aplicação o princípio *conceptus pro nato habetur*, e que por outro lado o reconhecimento legal não cria o ente jurídico, mas serve só para completá-lo e declará-lo, e portanto tem carácter retroactivo, e que, finalmente, nas fundações se trata de um legado à sociedade, e que a sociedade existe sempre, não tendo

senão que pedir como herdeiro ou legatário a autorização para o aceitar.

Como se vê, diz Ferrara, péssimas razões duma parte e doutra (crítica que nós repelimos em relação às razões *pro* validade), que foram com muito brilho ilustradas perante os tribunais, onde prevaleceu a tese da validade, mas não tanto pela bondade dos argumentos, como pelo intuito prático que felizmente guia a magistratura na solução dos casos em harmonia com as exigências das relações jurídicas.

Mas o problema era mal apresentado: não se trata de ver se é lícito instituir herdeiro ou legatário o ente que não existe (porque é intuitiva a solução contrária), mas de ver se sob forma de *disposição testamentária* pode fazer-se um acto de fundação. A fundação não é vocação de herdeiro ou legado, e por isso não é governada pelos princípios sucessórios, mas é um *negócio autonomo* de instituïção de uma obra ou de destinação de um património. Se também toma a *veste testamentária,* se também é *conteúdo* dum testamento, não é porém instituïção de herdeiro. Não há que dar importância às expressões do testador, mas sim ao sentido e ao fim da sua disposição. A questão portanto é virgem, e não influenciada ou dominada pelas regras materiais que regulam as disposições de última vontade, pois que a fundação *mortis causa* é um *tertium genus*, e não uma espécie daquelas. Sendo assim, é pelos princípios intrínsecos dos negócios de fundação ou destinação que deve formular-se a resposta á questão de saber se é possível vincular por acto *mortis causa* um património para um ente a instituir. E posto assim o problema, não se pode duvidar um momento da licitude dum tal procedimento, pois que se a fundação deve nascer no futuro, é legítimo que o património seja reservado e vinculado para o futuro, na expectativa dessa eventualidade. De resto, a tese da validade das fundações *mortis causa* tem uma longa tradição a seu favor, a começar pelo direito romano, através de todo o direito intermédio e na jurisprudência do direito comum, de tal modo que Gierke pôde bem dizer que deve reconhecer-se como um princípio de direito consuetudinário (1).

Temos examinado até aqui a constituïção do substracto material das pessoas colectivas: uma associação de pessoas nas corporações, e destinação de um património nas fundações, tudo para um fim lícito, que além disso precisa ser de interêsse geral nas instituïções personalizadas.

Mas elemento essencial da constituïção das pessoas colectivas é ainda o reconhecimento legal, como já observámos.

A constituïção do substracto corporativo ou institucional por vontade das partes, diz Ferrara, não faz surgir mais do que associações ou instituïções não autónomas; ter-se há numas uma pluralidade de pessoas com um património comum, nas outras destinação ou afectação de um património, que pode revogar-se ou dissolver-se a todo o momento. Aquilo que transforma estas colectividades ou instituïções sociais em pessoas jurídicas é a intervenção integrativa do Estado. O reconhecimento não é simples legalização do substracto, não é o *nulla osta* oficial em face do ente já formado ou o simples registo do seu nascimento: mas é concessão de personalidade, é criação de sujeito jurídico» (2).

---

(1) Ferrara, pág. 645 e 646.
(2) Ferrara, pág. 648.

Na mesma ordem de ideas tem-se entendido entre nós que a autorização legal, a que se refere o art. 33.º do código civil, significa que a constituïção de todas as pessoas morais, isto é, de todas as pessoas colectivas de utilidade pública ou pública e particular conjuntamente, tem de ser aprovada pelas competentes autoridades administrativas, para que fiquem sendo consideradas individualidades jurídicas.

E assim escrevia o Dr. Alves Moreira: «Segundo a nossa legislação, o princípio relativo à constituïção das pessoas colectivas de utilidade pública ou que tenham fins ideais é o de que deve haver um reconhecimento especial dessas pessoas pela autorização da sua constituïção, autorização que se considera virtualmente concedida pela aprovação dos seus estatutos» (1).

Mas nenhuma destas doutrinas é inteiramente verdadeira.

A doutrina de Ferrara só é verdadeira emquanto considera o reconhecimento legal como um elemento ou requesito essencial da personalidade colectiva; mas não é verdadeira quando atribui à intervenção do Estado pelo reconhecimento a fôrça de criar o ente jurídico: seria a pura teoria da *criação* de Gierke, que aliás Ferrara não aceita.

De resto, a verdade é que na forma do reconhecimento prévio e genérico da regulamentação legal, pelo qual se consideram legalmente constituídas, e com personalidade jurídica, as associações de mero interêsse particular, desde que se constituam nos termos prescritos na lei, nem se pode

(1) Dr. Alves Moreira, *Inst.*, pág. 305. No mesmo sentido a citada consulta (supra n.º 21) na *Revista de Leg. e de Jurisp.*, LV, pág. 211-216.

dizer que há realmente uma intervenção do Estado a autorizar ou a completar a constituïção da pessoa colectiva.

Por conseqüência, a doutrina da concessão da personalidade ou criação do sujeito jurídico pela autorização do Estado só se pode admitir, e no sentido de ser um dos elementos componentes, em relação às pessoas colectivas que efectivamente carecem da autorização governativa.

Ora, segundo a nossa legislação, nem todas as pessoas morais carecem da autorização governativa.

Carecem de aprovação dos estatutos pelo governador civil todas as fundações nos termos do art. 252.º, n.º 8.º do código administrativo de 1896 e da cláusula 1.ª do art. 5.º do decreto de 25 de maio de 1911.

Mas pelo que respeita às associações, já vimos que não se pode deixar de considerar revogado o art. 252.º, n.º 8.º, do código administrativo de 1896, pela lei de 14 de fevereiro de 1907, salvo para as que sendo reguladas por lei especial efectivamente carecem de autorização do govêrno ou de aprovação dos estatutos pelo governador civil (supra, n.º 21).

Mas qual é o alcance do valor constitutivo, ou antes confirmativo (supra, n.º 15) da autorização ou aprovação governativa? O reconhecimento terá a virtude de *sanar* os vícios que eventualmente afectem o acto de constituïção ou de fundação, por modo que uma vez constituído o corpo moral êste existe legalmente em relação a todos, ainda que se prove que a constituïção ou a fundação é *nula* por defeito de forma ou da vontade, pôr incapacidade, pelo seu conteúdo ou por outras causas, que hajam passado desapercebidas à autoridade que deu o reconhecimento?

A opinião dominante na Alemanha (Fischer, Kohler, Hellwig) é, com respeito às associações

inscritas, que emquanto a inscrição não é revogada, esta produz validade formal, porque a validade do substracto é um presuposto, e não uma condição da eficácia do reconhecimento, de modo que a sua falta pode ser causa de impugnação do acto administrativo, mas não um motivo de nulidade; ácêrca das fundações as opiniões são ainda mais incertas, pois emquanto uns, como Hellwig, aplicam o mesmo critério, outros distinguem entre invalidade do acto de fundação e errónea apreciação do mesmo acto por parte da autoridade governativa, admitindo no primeiro caso a ineficácia, no segundo a possibilidade de revogação do reconhecimento prestado.

Por seu lado Ferrara entende que em todos os casos o reconhecimento dado às corporações e fundações faz nascer um sujeito de direitos, quaisquer que sejam os vícios que afectem o substracto, os quais poderão determinar a revogação do decreto de reconhecimento ou do registo, quer expontâneamente por parte da autoridade, quer mediante recurso ou impugnação por parte dos interessados. Mas no intervalo o ente existe e é capaz de agir, para se extinguir só no momento (e não *ex tunc*) em que o reconhecimento lhe fôr retirado (1).

Nós pelo contrário entendemos que, sendo o substracto do acto de constituïção ou de fundação o elemento essencial e primordial da existência da pessoa colectiva, a nulidade do substracto importa a nulidade ou inexistência legal do ente colectivo. É o mesmo princípio consignado no art. 107.° do código comercial, considerando como não existentes as sociedades que na sua constituïção não observarem as prescrições da lei.

(1) Ferrara, pág. 648 e 649.

24. **Organização das pessoas colectivas: estrutura interna e representação externa.** — As corporações são colectividades compostas de sócios ou membros, que são em regra pessoas individuais, mas podem também ser pessoas colectivas, como acontece nos consórcios administrativos ou bancários, muito freqüentes nos grandes países. O número de membros não é sempre determinado, podendo variar indefinidamente desde as sociedades de dois ou três sócios até um número indeterminado de membros, como acontece nas corporações territoriais, nas corporações profissionais ou associações de classe, nas cooperativas, etc.

As condições da admissão de novos membros resultam dos estatutos ou da lei, podendo ser exigidas condições de idade, de sexo, de religião, de profissão, de estado social, moral, etc.; e póde às vezes a admissão ser condicionada apenas pela sucessão hereditária, ou pela compra do título de sócio, como nas sociedades por acções. A qualidade de membro póde ser documentada pela inscrição num registo existente na séde da corporação, ou ser incorporada num *título* (quota ou acção), que póde ser transmissível conforme se determina nos estatutos.

Ás vezes a adquisição da qualidade de membro resulta de uma dada situação de facto; mas em regra é um *acto de vontade*, ao mesmo tempo do associado que quer entrar e da associação que quer admiti-lo. Há em tal caso, na entrada do novo membro, um verdadeiro contracto, não nos parecendo aceitável a doutrina daqueles que, como Ferrara, dizem tratar-se de duas declarações *unilaterais* que correm paralelas na mesma linha sem formar um contracto (1).

(1) Ferrara, pág. 656.

Declarações unilaterais de vontade são a *retirada* ou exoneração voluntária do associado, e a sua *exclusão* ou *irradiação*, isto é, a exoneração imposta pela colectividade, quando por qualquer motivo se torne indesejável. Muitas vezes as causas de expulsão encontram-se minuciosamente determinadas nos estatutos; mas devem em todo o caso ser apreciadas com justo critério. E se a corporação tem direito a defender-se, deve também reconhecer-se aos seus membros, que por ventura sejam injustamente expulsos, o direito de pelos meios competentes reclamar contra a expulsão.

Em princípio os direitos dos membros são iguais; mas por virtude da lei ou dos estatutos pódem resultar da constituïção algumas desigualdades (sócios fundadores, ordinários, efectivos, correspondentes, honorários, beneméritos, etc., etc.). E póde até a qualidade de sócio ser *cumulada* ou *fraccionada*, de modo que um sócio represente mais do que uma unidade ou voto, e haja sócios que para terem um voto precisem de se agrupar e fazer-se representar por um. É o que acontece nas sociedades anónimas em que só se admitem nas reüniões ou assembleas gerais os accionistas que tiverem um certo número de acções.

A não ser nas sociedades compostas de dois ou três indivíduos, ou de quatro ou cinco, quando muito, é intuitivo que a colectividade não pode directamente intervir em massa nos diferentes actos da vida da corporação. Tanto para a vida interna como para as relações externas é indispensável uma certa organização, em virtude da qual a colectividade delegue em algumas pessoas certas e determinadas funções, de modo que cada um saiba o que tem a fazer, e que externamente seja conhecida a competência dos diversos órgãos ou representantes da corporação.

É esta descriminação de competências, esta repartição e atribuïção de poderes e funções, segundo o princípio orgânico da divisão do trabalho, que constitui a organização da pessoa colectiva, e é o principal objecto dos estatutos.

É claro que esta organização é mais ou menos complexa, mais ou menos variada e minuciosa, conforme a natureza e vastidão dos fins da emprêsa, e o número de membros da corporação.

Mas a doutrina dominante construiu um tipo de organização, que tudo reduz a dois órgãos fundamentais: a *assemblea* e a *direcção*.

A *assemblea geral* dos membros é o órgão pelo qual a corporação intervém directamente e por uma forma soléne nos actos da sua vida, na realização dos seus fins.

O estatuto deve determinar o modo, forma e tempo da convocação, constituïção e funcionamento da assemblea.

A assemblea intervem na vida da corporação por meio de *deliberações:* exprime a vontade colectiva sôbre as propostas apresentadas e discutidas na reünião. E as deliberações são fixadas pelo *princípio da maioria*, em regra a maioria absoluta (metade mais um dos votantes), e excepcionalmente uma maioria relativa ou reforçada (dois terços, três quartos, etc., dos sócios ou do capital). No direito germânico o princípio da maioria era concebido como um meio de conseguir ou realizar a unanimidade, considerando-se que a minoria dissidente era pela constituïção obrigada a desistir das suas pretensões, de modo a triunfar uma única vontade. E o direito canónico explicou o princípio pela regra: *quia per plures melius veritas inquiritur*. Seja como fôr, o certo é que o princípio da maioria é uma necessidade da vida corporativa, dada a impossibilidade

de em muitas circunstâncias se conseguir a unanimidade do consenso. De resto as minorias teem, conforme os casos, o direito de se retirar da corporação, e de reclamar a nulidade das deliberações ilegais ou de se opôr às que forem inoportunas ou inconvenientes.

As funções da assemblea são: a eleição dos representantes e administradores da corporação, e a de fiscais dos actos dêstes; a fixação das normas gerais a que deve obedecer a actividade corporativa; a revisão, aprovação ou reprovação da gerência e do balanço; a reforma dos estatutos, a transformação ou extinção da pessoa colectiva.

Em todas as corporações é essencial a função, cargo ou poder de *direcção*: um chefe, director ou presidente, que a governa no interior e a representa no exterior. Pode a direcção, gerência ou administração ser exercida por um só indivíduo, e pode até ser escolhido fora da corporação; mas em regra é constituida por um conselho ou grupo de indivíduos escolhidos entre os seus membros; e muitas vezes há um presidente, governador, superintendente ou representante geral, assistido de um conselho de direcção ou de administração.

As diversas modalidades da direcção e a maior ou menor extensão dos seus poderes são determinadas nos estatutos.

A direcção procede em *nome* e no *interesse* da colectividade, pois, na verdadeira expressão do direito, outra cousa não é senão um mandatário ou representante, embora de facto, na maior parte dos casos, sejam os directores ou alguns dêles quem tudo pode, quer e manda.

Mas, em princípio, deve seguir as normas ditadas pela assemblea geral. O cargo de director é temporário, e em regra retribuido e revogável. Deve proceder nos limites dos poderes conferidos pelo estatuto ou pela assemblea; se os excede, o acto inconstitucional não vincula a personalidade da corporação. Os estados subjectivos que influem na validade e eficácia dos actos jurídicos (êrro, má fé, dolo, culpa, coacção) teem de ser apreciados na sua própria pessoa, pois é obrigado à diligência normal na sua gerência, sendo responsável para com a corporação, a quem deve prestar contas dos seus actos como gerente e representante. De resto, aos directores são aplicáveis todos os princípios reguladores do mandato, salvas as disposições em contrário dos estatutos, comtanto que sejam válidas.

A organização das fundações é essencialmente diversa da das corporações, pois que não sendo, em regra, constituídas por uma associação, não são governadas pelo poder soberano da assemblea dos membros ou sócios.

O que teem de comum ou semelhante às corporações é uma *direcção*, que tem os seus poderes derivados da vontade do fundador, dos estatutos e da lei, e que só é responsável perante o Estado, como representante dos interesses gerais da sociedade, e ainda como sucessor e executor da vontade do fundador.

Mas há além disso que determinar as relações entre a própria fundação e o fundador, e entre os directores e administradores e os beneficiários ou destinatários da fundação.

Constituída a fundação como sujeito autónomo, diz Ferrara, todas as relações se interrompem entre fundação e fundador: êste passa a ser um terceiro, que aquela pode demandar para a entrega da dotação, e em geral fica estranho à sua gerência, salvo se no estatuto lhe foi reservada alguma ingerência ou a qualidade de administrador. Mas ainda neste caso êle se não distingue de qualquer estranho que

fôsse chamado à representação e govêrno do ente, devendo obedecer à sua própria vontade objectivada no acto de fundação, e não podendo por si só alterá-la ou inova-la.

Com respeito aos destinatários, a regra é que não teem um *direito* aos benefícios da fundação, mas apenas um *interêsse* em legítima expectativa.

E isto é assim, porque sendo o fim da fundação destinado a um círculo vasto e indeterminado de pessoas (os pobres, os doentes, os velhos, as crianças, etc.), não podem estas individualmente ter a pretensão dum direito préviamente determinado e estabelecido. Em princípio, não se pode deixar de reconhecer aos administradores o poder discrecionário de escolher, entre os inumeros destinatários e pretendentes ao benefício da fundação, aqueles que lhes parecerem mais dignos de ser contemplados (1).

Os órgãos ou entidades superiores que na vida das pessoas colectivas dirigem a realização dos seus fins são o que se chama os seus órgãos ou representantes *constitucionais*. São no Estado os órgãos ou representantes do poder soberano: o poder legislativo, o executivo e o judicial; nas autarquias locais os respectivos corpos administrativos; nas corporações a assemblea geral e a direcção; nas fundações a direcção ou administração.

Entre as corporações e as fundações há uma diferença fundamental: nas corporações a vontade colectiva dos seus membros, expressa nas deliberações da assemblea geral, é soberana, dentro dos limites da lei, a respeito dos destinos da corporação; nas fundações, embora organizadas sob a forma corporativa, há que respeitar sempre a vontade dos fundadores traduzida nos estatutos, e transmitida ao Estado, como o único representante supremo dos interêsses gerais da sociedade, para no futuro dispôr dos destinos da fundação.

(1) Ferrara, pág. 662 e 663.

Esta diferença foi sintetizada pelas expressões «*imanência da vontade*» nas corporações, e «*transcendência da vontade*» nas fundações.

25. **Capacidade das pessoas colectivas. Princípio geral e restrições.** — Um princípio geral de capacidade civil das pessoas colectivas é formulado no art. 34.° do código civil:

«As associações ou corporações, que gozam de individualidade jurídica, podem exercer todos os direitos civis, relativos aos interesses legítimos do seu instituto».

Mas a regra do art. 34.° é também em certo modo um preceito restritivo da capacidade civil das pessoas colectivas, emquanto a limita aos direitos civis relativos aos interesses legítimos do seu instituto.

E neste sentido já tem sido exageradamente interpretado até ao ponto de se sustentar que as pessoas colectivas de fim meramente especulativo, isto é, as sociedades industriais, civis ou comerciais, não podem adquirir por título gratuito (1).

Mas tal doutrina é manifestamente inexacta, não só porque nenhum preceito de lei declara as sociedades civis ou comerciais incapazes de receber uma doação ou uma liberalidade testamentária, nem êste facto se pode dizer contrário ao preceito do art. 34.°, pois certamente reverterá em benefício da colectividade contemplada, sendo por isso legítimo interesse do seu instituto.

(1) Neste sentido, Dr. Alves Moreira, *Inst.*, pág. 316.

Nem tão pouco deve entender-se o preceito limitativo no sentido de restringir a capacidade das pessoas colectivas aos direitos patrimoniais, pois, como vamos vêr, também são susceptíveis de direitos de personalidade, e nem mesmo aos direitos civis ou privados, pois também gozam de direitos subjectivos públicos.

Mas também se não pode equiparar completamente a capacidade das pessoas colectivas à das pessoas individuais, visto que por sua própria natureza elas são excluídas de certas relações, que presupõem o substracto dum organismo corpóreo físico: é por isso que elas não podem contraír matrimónio ou fazer testamento, ser interditas ou ter relações derivadas de parentesco, idade ou sexo.

O princípio geral da capacidade das pessoas colectivas é, por conseqüência, o de uma capacidade *correspondente* e semelhante à capacidade das pessoas individuais.

É assim que as pessoas colectivas teem o seu *estado pessoal*, determinado quer em relação ao estado a que pertencem *(nacionalidade)*, quer em relação ao lugar onde teem o centro da sua actividade *(domicílio)*, quer pela atribuïção de certas qualidades jurídicas que servem para as individualizar (direitos da *personalidade*).

Todas as pessoas colectivas teem direito ao seu nome, gozando da protecção judicial contra a violação ou usurpação por terceiros; e do mesmo modo se lhes deve garantir os próprios *títulos*, *insígnias*, *bandeiras* ou *estandartes*.

E não só teem direito ao nome, mas até ao *bom nome*.

Tem sido vivamente debatida a questão da admissibilidade de uma *honra* das pessoas colectivas. Os defensores da realidade admitem-na sem contestação. Mas os partidários da ficção foram

geralmente levados a negar-lhes um direito à honra, com o fundamento de que a honra é uma concepção resultante de elementos psíquicos individuais, que só existem no homem singular.

Mas, como justamente observa Ferrara, o certo é que, abstraindo das explicações mais ou menos filosóficas, o direito à honra foi na prática plenamente reconhecido aos entes morais, até mesmo pelos sistemas positivos que teorizam o carácter fictício das pessoas colectivas, como os canonistas, e modernamente a jurisprudência inglesa e francesa (1). E com efeito é inexacto exigir para o reconhecimento da honra um estado subjectivo psicológico e individual capaz de sentir a ofensa, pois que esta constitui em todo o caso uma lesão da personalidade do sujeito, que até pode ter reflexos patrimoniais (2).

E' no campo dos direitos e obrigações patrimoniais que mais se desenvolve a actividade jurídica das pessoas colectivas, podendo dizer-se que sob êste aspecto muito se aproximam das pessoas individuais, batendo exactamente o mesmo terreno.

E' por isso que, salvas as restrições impostas pela superintendência do Estado, impròpriamente chamada *tutela* administrativa, e as excepções expressamente declaradas na lei, as relações jurídicas patrimoniais das pessoas colectivas são reguladas pelo direito comum, tendo sido abolidos os privilégios de que outrora gozavam as pessoas morais.

Um dêsses privilégios, que era geral e comum

---

(1) Michoud, II, pág. 83-85, refere um caso, decidido no tribunal de Bourges, de condenação dum jornal que havia imputado a uma irmã da ordem da *Sainte Famille de Nevey* um acto escandaloso; e foi a comunidade quem deu a querela.

(2) Ferrara, pág. 667.

—a *restitutio in integrum*—foi expressamente abolido pelo art. 38.º:

«Nem o Estado, nem quaisquer outras corporações ou estabelecimentos públicos, gozam do privilégio de restituïção por inteiro» (1).

E note-se, pois, que, sendo manifesta a aplicação do art. 38.º a todas as pessoas morais, que pelas leis anteriores gozavam dêste privilégio, isto é, igrejas, misericórdias, confrarias, hospitais e câmaras municipais, tem de se reconhecer que na técnica do código todas estas corporações ou estabelecimentos são de carácter público.

Sendo, pois, de direito comum a capacidade das pessoas colectivas, podem gozar direitos reais de toda a espécie, inclusive o usufruto, embora o carácter pessoal dêste fizesse hesitar alguns escritores sôbre a sua aplicabilidade a sujeitos abstractos (2). Mas o usufruto estabelecido em favor de pessoas perpétuas não pode ir além de trinta anos (art. 1834.º) (3).

(1) Consistia êste privilégio no benefício concedido aos menores de vinte e cinco anos, de poderem anular quaisquer actos alias válidos, ou reclamar contra quaisquer omissões, em que tivessem sido lesados durante a menoridade; pois, ainda que as leis declarassem irrevogáveis os actos feitos com as solenidades devidas, comtudo faziam uma excepção em favor dos menores, pela presunção da falta de conhecimentos e inexperiência dessa idade, ou do desmazelo das pessoas a quem incumbe curar dos seus interesses. E à maneira dos menores a restituïção competia: 1.º aos interditos; 2.º ao Estado, às igrejas, mosteiros, misericórdias, confrarias, hospitais e câmaras municipais, pelos factos ou omissões dos seus agentes ou administradores. Coelho do Rocha, § 385 e 392.

(2) Fadda, *Il limite di tempo all'usufrutto delle persone giuridiche*, pág. 43.

(3) Os autores italianos, quási sem excepção, dizem que as pessoas colectivas não são capazes dos direitos de *úso* ou *habitação*, cujo conteúdo é individualizado na sua amplitude pelas necessidades do *usuário* ou *morador e de sua família*, não podendo por isso aplicar-se a sujeitos meramente ideais. — Ferrara, pág. 668; Coviello, pág. 218; Ruggiero, pág. 378; Giorgi, n.º 117. Ferrara refere a opinião em contrário de Amadeo, *Della capacità di diritto privato dei corpi morali*, pág. 134, mas diz que é sem fundamento. Nós é que não vemos fundamento para a opinião dos italianos; desde que se aceita a capacidade de usufruto, com maioria de razão se deve reconhecer a do uso ou habitação, pois é um direito da mesma natureza, simplesmente de conteúdo mais restrito, e sujeito por isso, em regra, ao mesmo regime. V. *Os Princípios*, I, pág. 649.

A respeito de *posse* muito se discutiu, a partir do direito romano, se podia aplicar-se às pessoas colectivas, mas prevaleceu definitivamente a solução afirmativa (art. 480.º, § único).

Podem entrar em relações obrigatórias de toda a espécie, quer activa quer passivamente.

Podem praticar actos de gôzo, de alienação, ou de adquisição de direitos, por título originário ou derivado, por acto entre vivos ou *mortis causa*. Com efeito, as pessoas colectivas podem adquirir por testamento (art. 1781.º); mas não por sucessão legítima, excepto o Estado, que é o herdeiro, na falta de parentes e de cônjuge do *de cujus*.

Podem fazer contractos de toda a espécie: sociedades, empréstimos, compras e vendas, mandatos, contractos de prestação de serviços, depósitos, transacções, etc., etc.

Não podem fazer contractos relativos às relações de família, mas deve-lhes ser permitida a constituïção de dotes, pelo menos nos limites em que lhes seja permitido fazer doações. Mas precisamente é muito duvidosa a amplitude da sua capacidade de doar, não tanto porque lhes não seja permitido fazer liberalidades, mas porque a alienação gratuita do património pode equivaler muitas

vezes a subtrair ilegitimamente os bens ao seu destino. Mas, como nota Ferrara, uma tal violação do fim importaria a responsabilidade dos administradores, e não a nulidade do acto. E colocada neste terreno a questão não comporta uma solução única. Com efeito, há entes cujo fim é no todo ou em parte fazer doações, quer a título de beneficência e caridade, quer para desenvolvimento da sciência e das belas artes e outras obras de utilidade pública. E, por outro lado, também não pode negar-se aos diversos entes públicos ou particulares o direito de fazer algumas dádivas módicas, a título de recompensas ou de gratificação. A questão fica assim limitada aos actos de doações solenes, e deve ser decidida em cada caso, em harmonia com o fim da corporação ou instituïção e os estatutos que a regem (1).

Alguns autores pretendem resolver o problema dum modo geral pelo chamado princípio da *especialidade do fim*, segundo o qual todas as pessoas colectivas teriam uma capacidade patrimonial determinada e limitada pela sua própria natureza, ou, o que equivale ao mesmo, seriam afectadas de uma incapacidade geral para praticar quaisquer actos que não entrem na esfera do fim especial para que foram constituídas, mas que pelo contrário conduzem a fins diversos, que não se encontram com aquele em necessária dependência. E assim um ente que tem fins de lucro não poderia praticar actos de beneficência, como um outro que tenha fins de cultura não poderia estender a sua actividade a fins religiosos, e assim sucessivamente.

Mas será admissível o princípio? Dum modo geral, os partidários da ficção dizem que sim, os

(1) Ferrara, pág. 669.

da realidade dizem que não. Nós pensamos com Coviello que, prescindindo de qualquer teoria, a verdade é que em princípio geral as pessoas colectivas gozam de plena capacidade jurídica, salvas as limitações impostas pela lei. Mas já não concordamos com êste autor quando diz que visto não haver lei que sancione o princípio da especialidade do fim, não se pode admitir que êste constitua um limite da capacidade (1). É que pelo menos no sistema do nosso código essa lei existe: é o próprio art. 34.° que define a capacidade civil das pessoas morais, segundo o qual essa capacidade é para os direitos relativos aos interesses legítimos do seu instituto.

E, portanto, sempre que os administradores pratiquem um acto contrário aos legítimos interesses, ou aos fins, o que é o mesmo, do ente colectivo, não só incorrem em responsabilidade, mas o acto deve ser declarado nulo.

E assim, modificada neste sentido, a doutrina de Ferrara, parece-me ainda a melhor solução do problema.

Para exacta e perfeita compreensão do princípio geral da capacidade civil das pessoas colectivas, deve finalmente notar-se que elas teem a capacidade abstracta ou de *gôzo* de direitos, mas não teem em si mesmas a capacidade concreta, de agir ou de exercer os próprios direitos. E não a teem, porque, de facto, materialmente a não podem ter, faltando-lhes o substracto real duma pessoa física ou individual dotada de uma vontade sensível.

Por conseqüência, só podem proceder ou actuar, por meio dos seus representantes.

(1) Coviello, pág. 225.

Os partidários da teoria da realidade pura, Gierke e seus adeptos, atribuem às pessoas colectivas uma verdadeira e própria capacidade de agir, concebendo os indivíduos que de facto procedem por elas, não como representantes, mas como *órgãos*, isto é, como partes componentes da pessoa colectiva, do mesmo modo que o cérebro, os nervos, os ouvidos, a boca, etc. no organismo físico. Mas êste conceito, por mais engenhoso que seja, diz bem Coviello, não é conforme à verdade, porque não só não existe a realidade das pessoas colectivas concebida por esta fórma, mas porque é inexacto considerar os indivíduos representantes nem mais nem menos que as partes ou órgãos dum organismo vivo. A teoria da realidade assim concebida levaria ao absurdo de que entre a pessoa colectiva e os seus órgãos não subsistem relações de direito, e que o indivíduo-órgão perde a sua personalidade, que fica inteiramente absorvida na do organismo do ente jurídico. E como tais conseqüências não podem deixar de ser rejeitadas, segue-se que a diferença entre órgão e representante resulta puramente nominal: desde que há duas pessoas, uma das quais procede ou actua em vez e em nome da outra, temos a verdadeira figura da *representação* jurídica.

Não deve, porém, concluir-se que a pessoa colectiva deva considerar-se como sujeita a tutela, à semelhança dos menores, ou antes à tutela perpétua, como um louco incurável. Tutela e representação são dois conceitos diversos: se é certo que os tutores dos menores e interditos são representantes, a recíproca é que não é verdadeira: nem todos os representantes são tutores.

De tutela das pessoas colectivas só pode falar-se no sentido da tutela governativa ou administrativa, e ainda assim para exprimir um conceito

muito diferente da tutela civil: é a legítima ingerência do Estado na vida das pessoas colectivas, e que aliás se exerce não no próprio interêsse destas pessoas, mas na defeza dos interesses gerais da sociedade, que elas se propõem realizar. E a isto ainda acresce que nem todas as pessoas colectivas estão subordinadas à inspecção ou ingerência do Estado (1).

Mas se por um lado é justo reconhecer ampla capacidade aos corpos ou entes morais, por outro lado é necessário opôr-lhe certas limitações ou restrições.

As pessoas colectivas de utilidade pública ou pessoas morais teem geralmente por carácter a perpetuidade ou, pelo menos, uma longa duração; e por isso a sua capacidade patrimonial tem por efeito vincular à sua própria existência uma parte das riquezas individuais, subtraindo-as à circulação económica; daí resultou *ab antiquo* aquela grande massa de bens, que, destinados ao serviço daquelas pessoas, se chamaram de *mão morta*, como se a mão dum morto os tivesse agarrado e os sequestrasse para sempre da órbita das transacções do comércio, com grave prejuízo para a economia social, e até muitas vezes para as famílias, que eram injustamente privadas da herança de seus parentes (2).

Por isso desde longa data o poder político começou a preocupar-se com esta situação, acen-

(1) Coviello, pág. 219 e 220.

(2) V. em todo o caso a calorosa defesa que dos bens de mão morta fez Vareilles-Sommières, considerando-os como fecundos instrumentos de actividade e produção, e criticando severamente o sistema dominante de restrições e suspeitas contra as adquisições dos entes morais — *Personnes morales*, pág. 450 e seg.

tuando-se por toda a Europa o conhecido movimento legislativo contra a mão morta, por um lado convertendo em parte a favor do Estado a propriedade de tais entes, e por outro lado estabelecendo providências no sentido de impedir a sua reconstituïção para o futuro. As primeiras providências aparecem no antigo direito francês, que impunha aos corpos morais, sob pena de confisco, a obrigação de solicitar para todas as adquisições imobiliárias licença ou carta de amortização *(des lettres d'ammortissement)*, isto é, uma espécie de investidura da parte do senhor, concedida mediante uma congrua indemnização. E cartas de amortização foram depois exigidas para todas as adquisições gratuitas. Êste direito dos senhores feudais a passar cartas de amortização foi depois absorvido como monopólio da Corôa pela ordenação de Carlos v, de 1372. E o edíto de 1749, do chanceler D'Aguesreau, exigindo a aprovação real para a criação de novos entes, determinou que todos os corpos e comunidades existentes não poderiam *sans lettres d'ammortissement acquérir, recevoir et posséder à l'avenir aucun fonds de terre, maisons, droits réels, rentes foncières*, quer a título oneroso, quer gratuíto.

Tal foi a fonte do art. 910.º do código de Napoleão, que por sua vez o foi do art. 35.º do nosso:

«As associações ou corporações perpétuas não podem, porém, adquirir por título oneroso bens imobiliários, excepto sendo fundos consolidados; e os que adquirirem por título gratuíto, não sendo desta espécie, serão, salvas as disposições de leis especiais, convertidos nela dentro de um ano, sob pena de os perderem em benefício da fazenda nacional.

§ 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.

§ 2.º São havidas, para os efeitos declarados neste 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 interesses materiais».

Mas deve notar-se que a primeira parte do corpo do art. 35.º foi modificada, pelas leis de 12 de outubro de 1871 e de 21 de junho de 1889, no sentido do § 1.º, isto é, permitindo às pessoas morais perpétuas, ou como tais consideradas, adquirir também por título oneroso os imóveis indispensáveis para o desempenho das suas funções (1).

---

(1) Lei de 12 de outubro de 1871, art. 1.º: «É suscitada a observância do art. 10.º, § 2.º, n.º 1.º, da lei de 22 de junho de 1866. Ora o n.º 1.º do § 2.º do art. 10.º da lei de 22 de junho de 1866 permitia aos distritos, municípios, paróquias, casas de misericórdias, hospitais, irmandades, confrarias, recolhimentos e quaisquer outros estabelecimentos pios ou de beneficência, nacionais ou estrangeiros, *adquirir por título oneroso* os edifícios, jardins, passeios e quaisquer terrenos que o govêrno, depois de havidas as necessárias informações das competentes autoridades, julgar indispensáveis a êstes estabelecimentos, com prévia audiência dos seus administradores, para o desempenho das suas funções, e gôzo e serviço do público», ficando tais bens sugeitos à desamortização logo que deixarem de ter a aplicação que dela os isenta.

Lei de 21 de junho de 1889:

Art. 1.º As associações e institutos mèramente scientíficos ou literários, ou que tenham por fim único e exclusivo promover o desenvolvimento de qualquer ramo de instrução, quando se achem legalmente constituídos, poderão adquirir por título gratuito ou oneroso, e conservar, independentemente de autorização do govêrno, quaisquer bens imóveis indispensáveis para a sua instalação, ou necessários para a consecução dos seus fins, compreendendo edifícios com carácter de monumentos

Deve, porém, notar-se que na adquisição e conservação de bens imobiliários há uma grande diferença de regime, conforme a adquisição é por título oneroso ou por título gratuito.

No primeiro caso é preciso autorização do govêrno, nos termos das leis de 12 de outubro de 1871 e de 22 de junho de 1866, excepto tratando-se de estabelecimentos scientíficos ou literários, nos termos da lei de 21 de junho de 1889.

No segundo caso não há necessidade de qualquer autorização do govêrno, pois a licença governativa exigida antes do código civil deixou evidentemente de ser necessária, em face dos artt. 32.º a 35.º, e 1781.º dêste código, que não impõem semelhante restrição à capacidade patrimonial das pessoas morais (1).

históricos, ruínas, inscrições, dolmens, e terrenos próprios para estudos experimentais e explorações arqueológicas ou de qualquer outra natureza ùnicamente scientifica ou literária, tudo nos termos e em conformidade dos respectivos estatutos.

§ único. O govêrno poderá compelir as referidas associações ou institutos a alhear dentro do prazo de um ano os imobiliários que tiverem adquirido por qualquer titulo e que sejam aplicados a fins diversos dos da respectiva instituição, sob pena de os perderem em beneficio da fazenda nacional.

Art. 2.º Ficam assim alteradas as disposições do art. 35.º e § 1.º do código civil, e revogada a legislação em contrário.

É de notar que a referência ao § 1.º do art. 35.º é completamente descabida, pois que só o corpo do artigo é que foi alterado.

E é de notar também que esta lei de 21 de junho de 1889 está em perfeita harmonia com a doutrina por nós sustentada (supra, n.º 21), de que as associações constituídas nos termos da lei de 14 de fevereiro de 1907 não carecem de aprovação governativa para terem personalidade jurídica, excepto quando lei especial determine o còntrário,

(1) Assim o decidiu o Supremo Tribunal Administrativo, em sua resolução de 27 de dezembro de 1879, publicada na *Rev. de Leg. e Jurisp.*, XIX, pág. 476; e a mesma doutrina foi sustentada por esta *Revista*, XXXI, pág. 226.

Mas podendo as pessoas morais aceitar heranças ou legados, independentemente de autorização do govêrno, poderão aceitar pura e simplesmente?

Parece-nos evidente a solução afirmativa.

A solução negativa, sustentando, com fundamento no art. 2025.º do código civil, e no pretendido princípio da equiparação das pessoas morais aos menores e interditos, que só podem aceitar a benefício de inventário (1), é absolutamente inaceitável, porque tal equiparação nem se encontra formulada na lei, nem é admissível perante os princípios, como já mostrámos (2).

Note-se finalmente que as corporações de instituïção eclesiástica, ou associações religiosas constituídas nos termos do decreto de 22 de fevereiro de 1918, ou ainda nos termos da lei de 14 de fevereiro de 1907, teem uma capacidade de adquirir por testamento restrita à décima oitava parte dos bens do testador, em virtude do art. 157.º da lei da separação, e em harmonia com a interpretação que damos ao art. 1775.º e ao § único do art. 1781.º (3), no sentido de que o preceito combinado destas duas disposições da lei é reduzir as liberalidades testamentárias em favor da igreja ou das instituïções eclesiásticas.

Por fim, e para complemento da análise da capacidade jurídica das pessoas colectivas, resta definir o grau de imputabilidade ou responsabilidade pelos actos praticados pelos seus representantes no exercício das suas funções.

Pelo que respeita à responsabilidade penal,

(1) É a doutrina da referida resolução do Supremo Tribunal Administrativo e da *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, no lugar citado.

(2) *Sucessões*, n. 49.

(3) *Sucessões*, n.º 43.

nem sequer é concebível, em virtude da própria natureza do ente colectivo, e dado o carácter essencialmente pessoal do conceito da imputabilidade criminal, uma capacidade natural para cometer crimes, e por conseqüência uma responsabilidade penal da pessoa colectiva. Seria mesmo materialmente impossível submeter a uma pena pessoal o ente jurídico da pessoa colectiva: com a pena pròpriamente dita só podem ser atingidos os agentes individuais da violação da ordem penal. Na actividade criminal e na acção penal, mais do que em qualquer outra espécie de actividade jurídica, é presuposto indispensável a existência de sujeitos físicos individuais.

Mas nada obsta a que o ente colectivo seja civilmente responsável pelos actos delituosos ou factos ilícitos praticados pelos seus representantes, se o foram no exercício do cargo da representação.

O acto ilícito deve em tal caso obrigar directamente a pessoa colectiva, em virtude da relação jurídica que liga o mandante ao mandatário, o representado ao representante (art. 1350.°), mesmo quando êste haja excedido a esféra dos seus poderes ou atribuïções, sem embargo do disposto no art. 1351.°, porque a responsabilidade por factos ilícitos é regulada por outros princípios, entre os quais está a regra do art. 2380.°, exactamente aplicável às pessoas colectivas e seus representantes.

Mais grave, e vivamente debatida, é porém a questão ácêrca da responsabilidade dos entes públicos, e particularmente da do Estado, pelos actos praticados pelos seus funcionários. Geralmente a doutrina distingue entre os actos praticados *jure imperii*, e *jure gestionis*, não admitindo a responsabilidade no primeiro caso, e admitindo-a no segundo, como nas pessoas de direito privado (1).

26. **Funcionamento e transformação das pessoas colectivas.** — Constituida uma corporação ou instituïção dotada de capacidade jurídica, começa esta naturalmente a pôr em acção os seus meios de vida para a realização dos seus fins; trata-se de desenvolver em toda a sua amplitude a capacidade funcional do ente colectivo. Começa o funcionamento da pessoa colectiva.

Para isso a primeira cousa a fazer é necessàriamente organizar a sede central dos serviços administrativos, provendo-a do pessoal e material necessários; e em seguida se instalarão os diferentes serviços com seus estabelecimentos adequados, e quaisquer sucursais, agências ou filiais, quando a complexidade e extensão dos serviços assim o exigirem.

A séde central da organização e funcionamento duma pessoa colectiva constitui precisamente o seu *domicilio*. E é bem de ver que o domicílio tem para as pessoas colectivas o mesmo papel e importância que tem para os indivíduos, determinando-se afinal pelo mesmo critério da residência normal, pois outra cousa não significa o § único do art. 41.°: «Com relação às corporações ou associações a séde da sua administração substitui a residência». Com efeito a séde da administração é precisamente o lugar onde se reünem e funcionam os representantes ou dirigentes da pessoa colectiva; e portanto bem pode dizer-se que é o lugar onde ela está ou reside normalmente.

E também o domicílio da pessoa colectiva

(1) Coviello, pág. 220; Ruggiero, pág. 377.

pode ser geral ou especial, e necessário ou voluntário.

O domicílio geral é um só, e voluntário, porque nada se opõe a que a pessoa colectiva mude, quando lhe aprouver e convier, a séde da sua administração, cumprindo, é claro, perante a respectiva autoridade as formalidades necessárias para a sua constituïção, como resulta do § único do art. 252.° do código administrativo de 1896 e do art. 1.° da lei 14 de fevereiro de 1907.

Mas, além do domicílio geral, pode haver vários domicílios especiais, que são os das diversas sédes das administrações secundárias ou delegadas, que uma pessoa colectiva estabeleça em diversos lugares, como resulta do art. 18.° do código de processo civil, ou ainda os domicílios especiais, que para certos e determinados actos, que a lei não sujeite a certo domicílio, os seus representantes estipulem por documento autêntico ou autenticado, pois que o art. 46.° do código civil não pode deixar de ser igualmente aplicável às pessoas colectivas; estes são domicílios voluntários, mas aqueles são necessários, porque são impostos pela lei.

No desenvolvimento da sua actividade as pessoas colectivas veem-se muitas vezes envolvidas em relações jurídicas controvertidas, que só poderão resolver-se por meio da *acção* jurisdicional.

E que as pessoas colectivas podem ser *partes* em juizo, isto é, accionar e ser demandadas na pessoa dos seus representantes, é ponto assente, que não admite dúvida alguma.

De resto, êste princípio é expressamente consignado no art. 11.° do código de processo civil: «Os corpos colectivos são representados pelos seus *chefes, síndicos* ou *fiscais,* ou por quem suas vezes fizer.

§ 1.° As juntas gerais de distrito, nos intervalos das suas sessões, pelos respectivos governadores civis.

§ 2.° As sucursais, agências ou estabelecimentos filiais de qualquer banco, sociedade ou companhia, serão representados pelos seus chefes na sede da respectiva administração».

Para a determinação da competência territorial do tribunal dispõe o art. 18.°, em harmonia com o princípio do domicílio do réu (art. 16.°):

«Os corpos colectivos serão demandados no juízo onde estiver a séde da sua administração.

§ 1.° O juízo do domicílio das sucursais, agências ou estabelecimentos filiais de qualquer banco ou companhia, é competente para conhecer das causas contra êles intentadas, quando disserem respeito a contractos celebrados ou obrigações contraídas pelas mesmas sucursais, agências ou filiais.

§ 2.° A disposição do parágrafo antecedente é igualmente aplicável às sucursais, agências ou filiais de bancos, sociedades, companhias ou quaisquer associações, que tiverem a sua séde em país estrangeiro, por quaisquer actos ou contractos feitos em Portugal».

É de notar, porém, que o § 1.° do art. 11.° foi revogado pelo art. 49.°, n.° 7.°, do código administrativo aprovado pela lei de 7 de agosto de 1913, determinando que os distritos sejam representados, *em juízo* ou fora dêle, pelas comissões executivas das juntas gerais.

E é de notar também que os art. 11.° e 18.° se referem apenas aos representantes dos corpos colectivos; mas não se pode deixar de entender que são igualmente aplicáveis às instituïções cuja direcção seja individual, pois que a expressão «corpos colectivos» é, pelo menos, para êste efeito, sinónima de «pessoas colectivas».

Para o Estado estabeleceu o art. 10.° um sistema de representação judiciária diverso, por uma razão intuitiva e fàcilmente compreensível: é que seria inconveniente para o prestígio do poder político, que fôssem envolvidas nos processos judiciais as pessoas dos seus altos representantes, e ainda inconveniente pela sua constante variabilidade sobretudo nos regimes ultra-democráticos. O que é necessário é uma representação ao mesmo tempo estável e idónea. Por isso o art. 10.° determinou que «o Estado é representado pelos agentes do ministério público, que funcionarem no respectivo tribunal. E o art. 19.° dispõe: «O Estado será demandado na comarca onde se tiver celebrado o acto jurídico, ou tiver ocorrido o facto, em que se fundar a causa».

A respeito da situação processual é muito discutido se as pessoas colectivas devem ser obrigadas a prestar o depoimento de parte e o juramento (1), ou seja, a declaração de honra decisória ou supletória.

A doutrina clássica admitia quási sem discrepância ambos êstes meios de prova, e apenas se preocupava com o modo como deviam ser prestados: se todos os membros da corporação deviam depôr ou jurar, ou só alguns dêles, ou só um mandatário especial.

Modernamente, porém, a questão complicou-se, porque alguns autores negam a possibilidade de aplicar tais institutos às pessoas colectivas, por incompatíveis com a sua própria natureza (2). Dizem que as pessoas colectivas, como entes abstractos, não tendo uma vida corporal orgânica, não teem qualidades psíquicas, não teem sciência nem consciência; e precisamente o depoimento é um apêlo à consciência das partes afim de provocar uma confissão, e o juramento é um acto interno com que solenemente se afirma a verdade dum facto. Ora não é possível *identificar* a consciência do representante com a da pessoa colectiva.

(1) *Os Principios*, I, pág. 456, nota (1).

(2) V. a interessante monografia de Quarta, *L'interrogatorio ed il giuramento nei rapporti delle persone giuridiche.*

Mas a doutrina clássica responde que, se as pessoas colectivas não são susceptíveis de um estado psicológico subjectivo, devem porém sofrer a conseqüência do estado de espírito dos seus representantes; e os *efeitos juridicos*, que dêstes momentos subjectivos derivam, não podem deixar de se repercutir para bem ou para mal no património das pessoas colectivas, concluindo-se por isso pela admissibilidade tanto do depoimento de parte, ou simples confissão judicial, como do juramento decisório ou supletório (1).

Qual será a verdadeira doutrina?

Parece-nos dever distinguir-se entre o depoimento ou simples confissão e o juramento ou declaração sôbre palavra de honra.

Entre os dois institutos há uma diferença qualitativa fundamental: o primeiro é um meio de prova, como a testemunha (cód. de pr. civ., art. 226.°), apreciável pelo conhecimento que o depoente mostrar dos factos em que se funda a acção ou a defesa e pela fé que merecer (cód. civ., art. 2514.°); emquanto que o segundo é mais do que um meio de prova, pois é a própria decisão do pleito pela confissão jurada da parte (art. 2522.° e 2533.°); o primeiro, embora seja um acto de consciência, é principalmente um acto de sciência ou conhecimento.

(1) Ferrara, pág. 681.

dos factos, ao passo que o segundo é exclusivamente acto de consciência.

Daí resulta que a observação de Quarta, sôbre a impossibilidade de *identificar* a consciência da pessoa colectiva com a dos seus representantes, é realmente verdadeira em relação ao juramento decisório, pois seria de facto impossível decidir por êste modo a causa sempre que a confissão dos representantes fôsse divergente.

Conclui-se, portanto, que, sendo admissível a confissão dos representantes no depoimento de parte, não pode porém admitir-se para a decisão jurada da causa.

E qual é a doutrina perfilhada pela nossa lei?

O código civil manifestamente regeitava tanto o depoimento de parte (art. 2411.°, n.° 2.°) como o juramento (artt. 2426.° e 2520.°), pois que só admitia a confissão judicial sôbre factos que toquem pessoalmente à parte que a deva prestar.

Mas o código de processo civil modificou êste sistema, dispondo no art. 221.°: «Sendo parte na causa alguma *pessoa moral* das mencionadas no art. 11.°, pode exigir-se o depoimento de quem a representar». E deve entender-se que a expressão «pessoa moral», significando dêste modo *corpo colectivo,* como no art. 11.°, significa afinal o mesmo que *pessoa colectiva.*

O art. 219.° do mesmo código determina que «o juramento decisório ou supletório será deferido só nos casos em que é permitido pelo código civil».

Vê-se, portanto, que a nossa lei consagrou afinal precisamente a doutrina que defendemos.

Determinada a situação judicial das pessoas colectivas, passemos a examinar a sua posição social em face da pessoa colectiva máxima que é o Estado. É o que se chama a *tutela administrativa* das pessoas colectivas.

As pessoas colectivas estão, com efeito, sujeitas à *inspecção* ou *vigilância* por parte do Estado, como de resto o estão também em certo modo as pessoas individuais, pois que o Estado é o supremo regulador e disciplinador de todas as actividades sociais,

Mas a inspecção ou fiscalização do Estado desenvolve-se, como diz Ferrara, com maior ou menor intensidade, segundo a natureza e o fim dos diversos entes, a partir de uma tutela sôbre o corpo moral, que implica uma ingerência contínua e interna em todas as manifestações importantes da sua vida, diminuindo gradualmente até se reduzir a uma simples função geral de polícia, podendo entretanto a intervenção do Estado como supremo regulador político ir até ao ponto de suprimir a sua personalidade e decretar a sua extinção de facto.

Assim se compreende fàcilmente que nos corpos ou organismos administrativos do Estado, que fazem parte da sua própria organização e estrutura, e que são por êle fundados, a sua intervenção é directa, e imediata, sendo mais do que a simples *tutela* administrativa, traduzindo-se na própria direcção e administração por meio de funcionários seus.

Em relação aos corpos administrativos territoriais (colónias, distritos, municípios e freguesias ou paróquias civis), que já não estão integrados na própria organização administrativa do Estado, mas que, pelo contrário, gozam de uma certa autonomia política e financeira, a sua intervenção é em todo o caso ainda directa e permanente, não só porque são estas corporações que no seu conjunto formam o próprio Estado, estando integrados na sua constituïção e estrutura, mas ainda porque as suas funções em grande parte se confundem com

as do Estado, não devendo nem podendo êste desinteressar-se do seu funcionamento.

Dada a autonomia administrativa e financeira de tais entes, a intervenção do Estado já não é de direcção e administração, mas apenas de fiscalização geral, e de tutela para alguns actos mais graves e importantes.

Pelo que respeita às corporações e instituïções, ainda que de iniciativa particular, mas constituídas ou fundadas com algum fim de utilidade pública, isto é, com funções idênticas às do próprio Estado, como instrução e assistência públicas, pois que estas pessoas morais já não pertencem à própria estrutura do Estado, mas se propõem fins paralelos e análogos, a intervenção já não deve ser directa, mas deve em todo o caso ser de fiscalização permanente, afim de evitar que tais entidades se afastem das normas que devem presidir à boa direcção e administração dos interesses públicos.

Pelo que respeita às corporações e fundações que sejam ao mesmo tempo de utilidade pública e particular, como são as de fim interessado duma universalidade de pessoas (associações de classe, de socorros mútuos, sindicatos, etc.), e as de fim ou interesse ideal (associações de recreio, religiosas, scientíficas, literárias, artísticas, desportivas, etc.), pois que tais entidades, embora já muito distanciadas das funções essenciais do Estado, são em todo o caso pessoas colectivas de utilidade geral, o Estado não deve desinteressar-se inteiramente do seu funcionamento, mas a sua intervenção deve limitar-se a tomar conhecimento da sua existência e dos seus actos, para obstar a quaisquer procedimentos contrários à ordem pública e ao conveniente aperfeiçoamento das energias individuais e colectivas.

Finalmente, pelo que respeita às pessoas colectivas de mero interesse particular ou de fim lucrativo, desde que não esteja em jôgo o interesse geral, não tem o Estado que intervir no seu funcionamento, a não ser no exercício da sua função de regulamentação geral, para fiscalizar o exacto e fiel cumprimento dos preceitos legais.

Mas por isso mesmo que algumas sociedades se propõem fins lucrativos, que também implicam com os interesses gerais da sociedade, tais como os de transportes, de seguros, de operações bancárias, na constituïção e vida dessas não pode o Estado deixar de intervir com o regime de autorização ou aprovação de estatutos, e muitas vezes com a instituïção de funcionários encarregados de vigiar e fiscalizar os seus actos.

Dum modo geral pode dizer-se que a ingerência do Estado na vida das pessoas colectivas é uma fiscalização de *legalidade* ou de *oportunidade*, conforme se trata apenas de as compelir ao cumprimento da lei, ou de apreciar *de meritis* a conveniência ou inconveniência dos actos por elas praticados. O modo como se exerce a intervenção do Estado pode limitar-se a um procedimento *negativo*, evitando que as corporações ou instituïções ultrapassem a sua esfera de acção e prossigam fins ilícitos ou contrários à ordem pública, como acontece em relação aos entes de direito privado, ou então consistir num procedimento *positivo*, se o Estado na defesa do interêsse público obriga as pessoas colectivas de direito público ao cumprimento dos seus fins, empregando os meios coactivos para as compelir ao regular desempenho das suas funções. Estes meios podem ser *preventivos* (autorizações, aprovações, vistos) ou *repressivos* (anulação de deliberações ou de actos, dissolução das direcções e nomeação de comissários ou administradores extraordinários, penalidades e outras sanções semelhantes).

Nesta ordem de ideas Ferrara enumera seis categorias de poderes que se conteem na intervenção do Estado na vida e funcionamento das pessoas colectivas de carácter público:

1.° *Direito de informação* e *de inspecção* sôbre os actos, correspondência, orçamentos, registos, caixa, etc.;

2.° *Autorização* e *aprovação de certos actos* mais importantes;

3.° *Anulação de actos,* por incompetência, excesso de poder, violação da lei, e ainda por motivo de oportunidade;

4.° *Nomeação, suspensão, demissão* de autoridades e administradores, e diversas *penalidades;*

5.° *Imposição coactiva do cumprimento* de certos actos culposamente omitidos, como a inscrição de dívidas nos orçamentos;

6.° *Reforma e supressão das pessoas colectivas.*

Mas é claro que êste conjunto de poderes é diversamente distribuído e graduado, e em relação aos diferentes tipos de corporações e instituïções, conforme as leis especiais que as regulam (1).

As pessoas colectivas durante a sua vida podem passar por transformações mais ou menos profundas tanto na sua estrutura como no seu fim.

A *transformação* pode tomar-se em dois sentidos: num sentido amplo, significa toda e qualquer mudança ou substituïção de um sujeito por outro; e no sentido *técnico*, significa apenas as modificações que deixam intacta e idêntica a personalidade. Neste caso o sujeito continua a sua vida, não obstante as transformações sofridas, sem que haja interrupção nas suas relações jurí-

(1) Ferrara, pág. 685.

dicas. Se a transformação se dá com extinção da personalidade, seja porque esta vai confundir-se ou converter-se em outra, embora com fim análogo ao da extinta, então não há transformação no sentido rigoroso da palavra, mas sim uma fusão de pessoas colectivas ou uma supressão conjunta com uma nova criação (*suppressio et erectio*) (1).

Podem reduzir-se a cinco os diversos tipos de transformação:

1.° Na *natureza* e *qualidade jurídica.* É o que acontece se uma pessoa colectiva se transforma de corporação em instituïção, de privada em pública, de civil em eclesiástica, de nacional em estrangeira, ou vice-versa.

2.° Na *organização e vida interna.* É o que se dá em todos os casos de alterações mais ou menos profundas na forma de govêrno e administração, por meio de reformas nos estatutos, quer por iniciativa do próprio ente, quer por determinação do poder tutelar do Estado.

3.° Na *autonomia do sujeito.* Algumas vezes a personalidade colectiva perde a sua originária independência, entrando numa relação de consórcio ou de subordinação com outros entes: todos os entes coligados conservam a sua própria individualidade jurídica, mas deminuida na sua autonomia, em virtude da solidariedade que os prende em maior ou menor grau de dependência e subordinação.

4.° No *fim.* Pode mudar-se, alterar-se por aumento ou restrição o fim a realizar, e manter-se apesar disso a pessoa colectiva. A restrição do fim pode ir até à extinção.

(1) Para a transformação das sociedades comerciais, *Sociedades e Empresas Comerciais,* pág. 584 e seg.

5.° Nas *pessoas* e no *património*. As flutuações do elemento pessoal e patrimonial são em regra indiferentes para a vida da personalidade colectiva, excepto se vão até ao ponto de provocar a morte por falta do substracto pessoal ou patrimonial. Entretanto podem causar profundas modificações nas condições de vida da pessoa colectiva.

Os efeitos jurídicos da transformação de uma pessoa colectiva são *negativos*, diz Ferrara: não obstante a modificação, o sujeito permanece idêntico, e continua a sua vida, sem que as suas relações sejam interrompidas. Por isso os actos praticados, os direitos e obrigações adquiridos, conservam toda a sua eficácia para o ente transformado, não podendo eximir-se da sua responsabilidade alegando a transformação operada na sua natureza ou no seu fim (1).

27. **Extinção das pessoas colectivas. Destino do património.** — É sabido que no direito moderno a causa única de extinção da capacidade jurídica dos indivíduos é a morte natural. Mas a morte natural de pessoa colectiva é facto inconcebível, e irreal, e por isso não pode ser causa da sua extinção.

A pessoa colectiva sendo um organismo social mais ou menos complexo só pode desaparecer pelo desaparecimento de algum dos seus elementos ou requesitos essenciais, a saber: pela falta do substracto material do elemento pessoal ou do património, pela cessação ou impossibilidade do fim, ou pela revogação do reconhecimento do Estado.

a) *Falta do elemento pessoal.* Este modo de extinção é exclusivo das corporações. Nas fundações, desaparecendo toda a série dos beneficiários do património, deve antes entender-se que cessou o fim ou a possibilidade de o realizar, por não existirem mais as pessoas a quem o benefício era destinado.

Extinguem-se portanto as corporações: 1.° pela morte ou saída de todos os membros; e não é bastante ficarem reduzidos a um só, porque em volta dêste pode reconstituir-se a associação, salvo se o estatuto exige um número mínimo de sócios; 2.° pela dissolução do vínculo corporativo, deliberada pela forma estabelecida nos estatutos ou na lei, umas vezes pela simples maioria absoluta, outras vezes só com uma maioria mais numerosa, e determinada só pelo número de sócios, ou exigindo-se também uma maior representação do capital ou património colectivo; 3.° e ainda excepcionalmente pela morte, interdição ou saída de um ou mais membros, quando a união tem por base um vínculo tão estreitamente pessoal, que não consente a substituïção de um membro por um outro. Em regra estas normas só valem para as corporações de carácter privado; para as de direito público, ou não é possível a hipótese da extinção de todos os membros, porque em virtude do fim permanente e das funções públicas de tais entes a renovação dos seus membros faz-se ininterruptamente, ou a vontade dos membros não é eficaz para a dissolução do vínculo corporativo, sendo a vida do organismo subtraída à disposição dos associados, e dependendo apenas da autoridade do Estado.

b) *Falta do elemento patrimonial.* Com o desaparecimento do património extinguem-se as fundações, e podem extinguir-se também as corporações, se o seu fim se torna irrealizável por essa causa. Mas esta regra não é aplicável a todas as pessoas colectivas, pois se para algumas basta

(1) Ferrara, pág. 690 e 691.

a perda de metade do património (como acontece para as sociedades anónimas, nos termos do § 4.º do art. 120.º do cód. com.), para outras até a perda completa pode não ser motivo de extinção, se houver meios de reconstituír o património, por meio de novas contribuïções dos associados, doações, legados, etc.; de resto, para os entes públicos fundados e subsidiados pelo Estado, nem mesmo é concebível a perda total do património, dada a fonte inexgotável das verbas orçamentais.

c) *Cessação ou impossibilidade do fim.* Pois que sem um determinado fim, nas condições preestabelecidas, não pode ter existência jurídica uma pessoa colectiva, segue-se que esta se extingue logo que aquele deixe de existir ou se torne impossível a sua realização. Êstes factos podem ser expressamente previstos no acto de constituïção ou de fundação, assinando-se um termo à vida do ente, ou implícitamente atribuindo-lhe um fim por sua natureza temporário, limitado ou transitório; ou pode o desaparecimento do fim resultar de causa superveniente, por se tornar físicamente impossível (inexequibilidade prática), ou por vir a ser proíbido pela lei (impossibilidade legal).

Extinguem-se, portanto, as corporações como as fundações: 1.º pelo decurso do termo ou pela verificação das condições, de que o estatuto constitucional do ente faz depender a sua existência; 2.º pela realização completa do fim, se êste não é por sua natureza de renovação contínua e perpétua; 3.º pela superveniente impossibilidade ou ilicitude do fim; mas neste último caso quem em última análise decide sôbre a extinção do ente é o Estado, que pode intervir decretando a supressão, quando entenda que já não é compatível com a nova ordem jurídica um fim, público ou privado, que a lei anterior admitia.

d) *Revogação do reconhecimento.* As mesmas razões que atribuem ao Estado o poder do *reconhecimento* das pessoas colectivas devem legalmente conferir-lhe o poder de o retirar ou revogar, sempre que motivos de ordem pública ou de interesse geral assim o aconselhem.

Embora seja muito discutida a necessidade da intervenção preventiva do Estado na constituïção das pessoas colectivas, mediante o prévio reconhecimento expresso, por meio da autorização ou da aprovação dos estatutos, e tanto que algumas legislações, como a nossa (lei de 1907, supra, n.ºs 15, 19 e 21), entraram já no caminho de o dispensar em regra para as associações, entretanto é certo que nenhum Estado pode prescindir do poder de repressão, para suprimir os entes colectivos reconhecidos como inúteis ou perigosos.

Êste modo de extinção pode dar-se por três fórmas: 1.ª por *supressão,* quando se retira ao ente a personalidade jurídica, retirando-lhe o reconhecimento legal, dissolvendo-se todo o organismo e liquidando o seu património; esta supressão pode ter lugar para casos singulares, ou para grupos inteiros de entes, como aconteceu com a supressão das associações e congregações religiosas em 1910; 2.ª por *fusão,* quando um ente já não é idóneo para viver uma vida própria e autónoma, e vai integrar-se num outro perdendo a sua personalidade, ou quando dois ou mais entes se juntam e unem por tal forma que ficam a constituír um ente novo, perdendo todos a sua própria individualidade, para constituírem uma outra distinta das anteriores; 3.ª por *transformação* integral de fim, isto é, quando o ente é destinado a um novo fim, por ser considerado inútil ou inconveniente o fim actual, de modo que a personalidade caracterizada pelo fim anterior desaparece para dar lugar

a uma personalidade diversa caracterizada pelo novo fim.

A extinção por fusão ou por transformação integral do fim não se realiza por intervenção do Estado senão nos entes públicos, onde é o interesse público que a determina e justifica. A extinção por fusão ou transformação nas pessoas colectivas de direito privado, em que só é decisiva a vontade dos associados ou do fundador, entra naturalmente nas categorias anteriores. Pelo contrário a supressão pelo Estado é aplicável tanto aos entes públicos como aos de direito privado (1).

Extinta qualquer pessoa colectiva, importa determinar o destino que devem ter os seus bens.

O código civil limitou-se a formular, em relação às pessoas morais, o preceito do art. 36.°, segundo o qual os bens das corporações perpétuas, ou como tais consideradas, que se extinguirem ficam pertencendo ao Estado, salvas as disposições das leis especiais em sentido diverso:

«Se alguma das corporações ou associações, a que se refere o artigo antecedente, por qualquer motivo se extinguir, os seus bens serão incorporados na fazenda nacional, quando lei especial lhes não tenha dado outra aplicação».

Pelo que respeita às pessoas colectivas de mero interesse particular aplicam-se as regras do contracto de sociadade (art. 39.°), e portanto os bens terão o destino que lhes fôr dado pelos interessados, procedendo-se à sua liquidação e partilha nos termos dos artt. 1240.°, 1280.°, 1290.°, 1295.° e outros do código civil, e dos artt. 106.° e 130.° e seguintes do código comercial.

(1) Ruggiero, pág. 381-383. Sôbre a extinção das sociedades, *Saciedades e Empresas comerciais*, cap. v.

Mas pelo que respeita às pessoas morais, ou sejam as pessoas colectivas de utilidade ou interesse público, ou público e particular conjuntamente, o art. 36.° foi modificado pela lei n.° 420, de 11 de setembro de 1915, que dispõe no art. 2.°: «Os bens das irmandades, confrarias ou outras associações de assistência, beneficência ou piedade, que de futuro se extinguirem por qualquer motivo, terão o destino fixado nas leis de assistência pública, devendo porém os rendimentos ser dispendidos em serviços de assistência, beneficência ou instrução nas freguesias onde existiram aquelas corporações e, em regra, com intervenção da junta da paróquia civil respectiva».

Ora, segundo a lei da Assistência pública (dec. de 25 de maio de 1911, art. 38.°, n.° 4.°, e 52.°), os bens das *instituïções de piedade*, que se extinguirem, passam às respectivas comissões distritais de assistência, que são a Comissão Central de Assistência de Lisboa, e as Comissões Distritais de Assistência nos outros distritos.

Em face destas diferentes disposições reguladoras do destino do património das pessoas colectivas extintas, há pois que distinguir, em primeiro lugar, na teoria do nosso código, entre *pessoas morais* e *pessoas colectivas de interesse particular*, tendo o património destas o destino que lhe fôr dado pela vontade dos interessados.

Nas *pessoas morais* há que distinguir entre as que são reguladas pela lei geral e as reguladas por lei especial, tendo o património destas o destino que lhe fôr dado pela respectiva lei (1).

(1) É assim que para as associações de classe dispõe o decreto de 9 de maio de 1891, art. 13.°, que no caso de dissolução proceder-se há à liquidação dos haveres da sociedade, e, satisfeitas as dívidas ou consignadas as quantias necessárias

Entre as pessoas morais reguladas pela lei geral há que distinguir três categorias:

1.ª *Instituïções de beneficência ou piedade,* sem distinção entre as perpétuas e as temporárias, cujos bens, em caso de extinção, são entregues à respectiva comissão distrital de assistência, devendo esta aplicar os respectivos rendimentos em serviços de assistência, beneficência ou instrução nas freguesias onde existiu a corporação extinta (lei n.º 420, de 11 de setembro de 1915, e decreto de 25 de maio de 1911, art. 38.º n.º 4.º, e 52.º;

2.ª *Corporações* ou *associações perpétuas* ou *como tais consideradas,* e que não sejam de assistência, beneficência ou piedade, cujos bens, em caso de extinção, são incorporados na fazenda nacional (cod. civ., art. 36.º);

3.ª *Corporações temporárias, associações* ou *fundações,* que não sejam de assistência, beneficência ou piedade, mas que *tenham por objecto*

---

para o seu pagamento, proceder-se há à partilha do resto dos valores, conforme o que dispuserem os estatutos, e quando nos estatutos não tenha sido indicado o modo de fazer a partilha, será êsse resto distribuído pelas associações de socorros mútuos do respectivo distrito, na proporção do número de sócios que cada uma tivesse em 31 de dezembro do ano anterior.

Relativamente às associações de socorros mútuos, dispõe o decreto de 2 de outubro de 1896, art. 27.º, que satisfeitas as dívidas ou consignadas as quantias necessárias para o seu pagamento, proceder-se há à partilha dos valores, conforme o que se acha estipulado nos estatutos, e quando nos estatutos não tenha sido indicado o modo de fazer essa partilha, serão embolsados os sócios efectivos existentes na data da dissolução, das quantias com que tiverem contribuído, e respectivo juro de 5 %; e o resto distribuído pelos indivíduos pensionados pela associação, havendo-os, na proporção de suas pensões, e, não os havendo, pelas associações de socorros mútuos do respectivo distrito na proporção do número de sócios que cada uma tivesse em 31 de dezembro do ano anterior.

interesses materiais, cujos bens, em caso de extinção, não teem destino expressamente fixado na lei, devendo, por conseqüência, ter o que fôr determinado pelos indivíduos directamente interessados, sócios actuais ou fundadores, e, na sua falta, reverter aos seus herdeiros.

Tal é a conclusão que resulta dos princípios fundamentais do direito, ou seja, na hipótese, o direito natural determinado pelas circunstâncias do caso (art. 16.º).

O sistema do código, atribuindo ao Estado a propriedade dos bens pertencentes às pessoas morais perpétuas que se extinguirem, não foi essencialmente modificado pela lei da assistência, visto que as comissões distritais da assistência outra cousa não são senão órgãos do mesmo Estado.

Mas qual é a natureza do direito do Estado a receber os bens daquelas pessoas colectivas, será um *jus occupationis* ou um *jus successionis?*

A questão tem sido larga e vivamente debatida na Itália, onde a doutrina e a jurisprudência, apesar do silêncio do código, teem geralmente firmado o mesmo princípio da atribuïção ao Estado dos bens das pessoas jurídicas de utilidade pública (1).

No ponto de vista do direito português, é claro que o problema tem apenas interesse doutrinário e puramente escolástico, pois que segundo o nosso código o direito do Estado não é direito de ocupação nem de sucessão, mas um simples direito de devolução, que a lei ou o direito objectivo expressamente declarou, e que aliás está justificado pelo próprio fim público das pessoas colectivas a cujos bens se refere.

---

(1) Ruggiero, pág. 384 e 385; Coviello, pág. 232 e 233; Ferrara, pag. 703-707.

Não é direito de ocupação, porque não se trata de cousas *nullius*, isto é, de cousas que não tivessem dono.

E não é direito de sucessão, porque o facto jurídico que é o presuposto e fundamento dêste direito, isto é, a morte, não pode verificar-se numa pessoa colectiva.

Tudo quanto poderia a êste respeito dizer-se é que a extinção é um facto jurìdicamente análogo à morte, e que esta analogia é por isso justificação bastante do direito conferido ao Estado considerado herdeiro legítimo.

No sistema do direito francês, anterior à lei das associações de 1 de julho de 1901, o problema tinha uma solução mais simples, que era afinal a do *jus occupationis*, ou do direito eminente do Estado, consignado no art. 713.º do código de Napoleão, em virtude do qual «les biens qui n'ont pas de maître appartiennent à l'État». Mas o sistema francês foi profundamente modificado pela referida lei das associações, segundo a qual a devolução dos bens das pessoas jurídicas extintas se regula conforme o que se determinar nos estatutos, e, no silêncio dêstes, por deliberação da assemblea geral, nas associações, e pela entrega a instituïções similares, tratandó-se de fundações (1).

Mas qual é o alcance do art. 36.º, compreendendo nele também a disposição dos artigos 38.º, n.º 4.º, e 52.º do decreto-lei da assistência?

Não pode deixar de ser considerado como uma lei de interêsse e ordem pública, que por isso não pode ser alterada pela vontade dos particulares, sendo por isso nulas as disposições que em

(1) Êste mesmo sistema foi no fundo adoptado pelo código brasileiro (art. 22.º e 30.º). E é em parte também o dos códigos alemão e suiço.

contrário sejam consignadas no acto de constituïção ou de fundação de uma pessoa moral perpétua, ou mesmo temporária, sendo de beneficência ou piedade.

Mas nem por isso deve concluir-se que sejam nulas todas as cláusulas ou determinações acessórias, que os fundadores ou bemfeitores de uma pessoa moral de utilidade pública estipulem, nos seus estatutos, ou no acto de liberalidade que lhe façam por doação ou testamento, a respeito do destino dos bens em caso de extinção.

A êste respeito diz o Dr. Alves Moreira:

«Em relação às fundações e às corporações de direito privado, que se proponham fins desinteressados ou de mera utilidade pública, entendemos que aos seus fundadores ou bemfeitores é permitido estabelecer quaisquer cláusulas em virtude das quais, quando se verifique a extinção da fundação ou corporação, ou estas não cumpram as obrigações que lhes hajam sido impostas, os seus bens devem passar para outra entidade. Trata-se duma doação ou deixa modal ou sob condição, que a lei não proíbe, pois, como veremos, não pode considerar-se fideicomissária a cláusula duma escritura ou testamento, em que, prevendo-se um facto eventual, como é o da extinção duma pessoa colectiva perpétua, se declara qual o destino que os bens devem ter.

E o mesmo entendemos quanto às doações ou deixas com que sejam contempladas quaisquer pessoas colectivas de direito público. As cláusulas ou condições que sejam impostas pelos doadores teem de ser cumpridas, e quando, em virtude delas, os bens devem ter um determinado fim, não pode dar-se-lhes outra aplicação. Assim, se fôr feita uma doação ao Estado para uma escola, com a cláusula de que, não a criando ou extinguindo-a,

os bens doados passarão para uma determinada irmandade, esta, quando o Estado não crie ou extinga a escola, tem o direito de exigir êsses bens» (1).

Parece-nos que nesta doutrina há uma parte que é exacta, mas há outra que o não é. Assim, é perfeitamente exacta a última parte, mas pela razão de que se o Estado não chegou a criar a escola, ou se depois de a criar a extinguiu, deu-se a condição resolutiva da qual dependia a eficácia da doação, condição que é perfeitamente válida, pois nem mesmo é contrária ao art. 36.º do código civil, o qual só trata da devolução dos bens das pessoas morais perpétuas extintas, e no caso em questão não há extinção de pessoa moral.

A outra parte da doutrina do eminente civilista é que não nos parece inteiramente exacta. É certo que não há *fideicomisso* (art. 1866.º e 1871.º) nas disposições modais ou condicionais em que os doadores ou testadores em benefício de uma pessoa moral perpétua estipulam o destino a dar aos bens doados ou deixados em caso de extinção. Mas há em todo o caso uma cláusula contrária a um preceito legal de interêsse e ordem pública, e, em princípio, tais cláusulas são nulas (artt. 10.º, 672.º e 1743.º).

O que nos parece, portanto, exacto é distinguir entre os bens que tenham sido dados ou deixados em propriedade plena, e os que sòmente o tenham sido para os seus rendimentos serem aplicados aos fins da pessoa moral beneficiada, isto é, dados ou deixados em usufruto, e devendo ter um determinado destino no caso de extinção dessa pessoa. No primeiro caso não é válida a

(1) Dr. Alves Moreira, *Inst.*, pág. 326 e 327.

cláusula; e no segundo só terá validade durante o prazo de trinta anos, findos os quais cessará a restrição do usufruto, nos termos do art. 1834.º. Findo êsse prazo ou se consolidará a propriedade, ou terão os bens o destino estipulado, conforme se mostrar ser a vontade do doador ou testador.

O princípio que deveria ser consignado na lei é o respeito pela vontade dos fundadores, associados ou bemfeitores, e, na falta de manifestação dessa vontade, dar-se aos bens o destino mais harmónico com os fins da pessoa colectiva, como se determinou nas leis reguladoras das associações de classe e de socorros mútuos, e como se dispõe nos códigos modernos.

Mas seja quem fôr a pessoa que suceda no património da pessoa moral extinta, é ainda duvidosa, sobretudo entre os autores italianos, a condição jurídica do sucessor, entendendo-se geralmente que é um sucessor a título particular, e portanto responsável pelas dívidas da pessoa colectiva extinta, mas sòmente dentro das fôrças do património desta (1).

No sistema do direito pátrio a questão nem sequer tem razão de ser, pois que nos termos do art. 2019.º do nosso código civil, nem os sucessores a título universal, como são os herdeiros, respondem *ultra vires* da massa hereditária.

(1) Coviello, pág. 233; Ruggiero, pág. 385; Ferrara, pág. 709.

SEGUNDA SECÇÃO

COUSAS.

CAPÍTULO III

CONCEITO JURÍDICO E CLASSIFICAÇÃO DOUTRINAL DAS COUSAS

SUMARIO:

28. — Objecto dos direitos e cousas.
29. — Noção jurídica das cousas. Cousas e bens.
30. — Conceito jurídico do património. Patrimónios autónomos ou separados e colectivos.
31. — Classificações doutrinais e legais das cousas.
32. — Cousas corpóreas e incorpóreas. Direitos sôbre direitos.
33. — Cousas consumíveis e não consumíveis.
34. — Cousas fungíveis e não fungíveis.
35. — Cousas divisíveis e indivisíveis.
36. — Cousas principais e acessórias. Pertenças, frutos e bemfeitorias.
37. — Cousas apropriadas e *nullius*.
38. — Cousas presentes e futuras.
39. — Cousas simples e compostas. *Universitates facti* e *universitates juris*.

28. **Objecto dos direitos e cousas.** — Um dos elementos essenciais dos direitos subjectivos ou das

relações jurídicas é o *objecto*, sôbre o qual incide o poder ou o dever jurídico (1).

Mas a expressão *objecto de direitos* tem dois significados tão diferentes, que até muitos autores os traduzem por palavras diversas — *objecto* e *conteúdo* — designando-se pela primeira o objecto *imediato* do direito, isto é, aquilo que recai sob o poder do homem, e pela segunda o objecto *mediato*, isto é, aquilo a que o direito subjectivo se destina, aquilo que por causa do direito se torna possível, ou seja, o objectivo final do direito. É assim que, por exemplo, nos direitos de crédito ou de obrigação se chama objecto tanto o facto do devedor ou a prestação, como a cousa de que se goza em virtude da prestação. Do mesmo modo, nos direitos reais, se chama objecto tanto a cousa sôbre a qual recáem, como o interêsse ou a vantagem, que o titular aufere dos poderes que constituem o seu conteúdo (2).

Desta distinção resulta claramente como diversos direitos podem ter um único objecto e conteúdo diferente; é assim que sôbre o mesmo prédio podem diversas pessoas ter o direito de propriedade, o de usofruto e o de servidão; e resulta, por outro lado, que não podendo haver direitos sem conteúdo ou objecto mediato, há-os porém sem

(1) *Os Princípios*, I, pág. 62, 231, 245-247, 334 e 335.

(2) Mas é necessário não confundir a expressão *objecto de direitos* com as expressões *objecto do direito objectivo* ou das *normas jurídicas*, que significam as relações da vida reguladas pelos diferentes ramos do direito ou pelas diferentes leis; nem tão pouco com a expressão *objecto dum acto jurídico*, que significa os direitos e obrigações que por êsse acto se constituem, modificam ou extinguem; nem ainda com a expressão *objecto da prestação*, que significa aquilo (cousa ou facto) em que se realiza o seu cumprimento. Ferrara, pág. 729; Coviello, pág. 247 e 248; *Os Princípios*, pág. 343 e 344, 487 e seg.

objecto imediato, como são os direitos políticos e os direitos de personalidade.

Dum modo geral pode dizer-se que *objecto de direitos* são tanto as pessoas, como os entes impessoais, ou sejam as cousas. E na verdade, diz Coviello, nem só as cousas, como geralmente se pensa, são o objecto dos direitos; elas são os objectos mais notáveis e mais comuns, mas não de um modo exclusivo. De facto, ao lado dos direitos patrimoniais, encontramos direitos de família, que são o exercício de um poder; ora aquilo que cai sob o poder do homem, que tem tais direitos, é uma pessoa, e não um ser impessoal ou cousa: objecto do direito do pátrio poder é o filho; objecto do direito do poder e da autorização marital é a mulher, como do poder tutelar é o menor ou o interdito. Mas, concebendo assim a pessoa como objecto de direitos particulares, não se aniquíla a dignidade humana nem se desconhece a personalidade: um tal desconhecimento só teria lugar, se se equiparasse a pessoa à cousa; tal equiparação, porém, não se dá pelo simples facto de se considerar a pessoa como objecto de alguns direitos. Em primeiro lugar, a pessoa não é cousa, porque não pode ser objecto de direitos patrimoniais, mas só daqueles direitos que teem um conteúdo eminentemente moral, como são os direitos de família, e nos quais a pessoa-objecto não funciona como meio, mas sim como um fim para quem exerce o direito, tanto mais que êste tem a sua própria razão de ser no interesse da pessoa que dêle é o objecto.

Além disso, a pessoa considerada como objecto de certos direitos não deixa, por isso, de ser pessoa, de ser ao mesmo tempo sujeito de direitos; diversamente do que acontece com a cousa, nunca pode ser objecto de direitos na sua totalidade, mas só em certas e determinadas direcções da sua activi-

dade. Por outras palavras, não é a pessoa, como tal, o objecto do direito, mas a pessoa num determinado modo de manifestação da sua actividade, emquanto sofre uma certa limitação da sua abstracta liberdade individual (1).

Mais rigorosamente, quando se diz que a pessoa é objecto de certos direitos, deve antes entender-se que o objecto é constituído por certos actos da pessoa, por certas restrições da sua liberdade; sendo por isso que nós simplificamos a noção do objecto dos direitos, considerando como cousas tanto as *cousas materiais* do mundo externo, como os *actos* ou *serviços* do homem, que formam o objecto ou conteúdo das relações jurídicas (2).

Mas que relação há entre o *objecto* dos direitos e a *cousa?*

Segundo a doutrina dominante o objecto varía nas diversas relações jurídicas, pois que nos direitos de família é a própria pessoa sujeita ao poder jurídico, nos direitos das obrigações a prestação, ou seja, um facto do devedor, e nos direitos reais a *cousa*. E assim considera-se como *cousa*, só o objecto impessoal, que é elemento do mundo exterior e pode ser submetido à vontade do homem como matéria de utilização económica. Dêste modo a relação entre objecto e cousa é a de género e espécie: emquanto objecto significa tudo aquilo sôbre que se faz valer qualquer direito, cousa é sòmente o objecto dum direito real. E tal é a doutrina perfilhada nos modernos códigos civis (alemão, suíço e brasileiro).

Mas a verdade é que a análise da estrutura da relação jurídica e do direito subjectivo nos revela

(1) Coviello, pág. 248; Ferrara, pág. 728; Ruggiero, pág. 387.

(2) *Os Principios*, I, pág. 62 e 63, 334 e 335.

que objecto mediato ou imediato dos direitos são, não sòmente os objectos materiais do mundo externo, mas também todos os interesses materiais ou ideais, físicos, intelectuais, morais ou afectivos, que em cada momento histórico são considerados necessários à ordem jurídica.

Foi por isso que a sciência do direito sentiu a necessidade de alargar o conceito de cousa como objecto do direito.

E a primeira ampliação consistiu em construir a teoria das *cousas* como sendo a teoria dos *bens jurídicos* patrimoniais ou económicos que formam o núcleo ou substância interior da maior parte dos direitos.

Os direitos subjectivos, diz Ferrara, ou tendem a assegurar o gôzo de um bem pessoal (vida, honra, liberdade), ou teem uma relação imediata ou mediata com o mundo externo, quer porque garantem ao titular a possibilidade de um directo desfrutamento e utilização de uma cousa, quer por que lhe garantem o resultado da cooperação doutrem destinada a satisfazer um interêsse económico. A primeira forma é a do direito real, a segunda a do direito de obrigação. Todo o direito real supõe uma cousa, mas não o direito de crédito, que tem por objectivo imediato a prestação; e ainda quando esta consiste na entrega de uma cousa o credor não entra em relação directa com ela, mas sim por intermédio do devedor. Determinar quais bens devam ser jurìdicamente protegidos é função das normas do direito positivo, em harmonia com as condições da civilização de cada época e de cada sociedade. Por isso o conceito de cousa é relativo e variável. Na vida moderna foi-se alargando a esfera dos bens jurídicos, porque ao lado dos objectos corpóreos surgiram criações intelectuais (produtos scientíficos, literários, artís-

ticos) capazes de uma existência autónoma e susceptíveis de desfrutamento económico. O conceito de cousa espiritualizou-se, e de simples objecto material ou corpóreo elevou-se a elemento impalpável e suprasensível do nosso património. Mas êste alargamento tornou mais esfumados e indefinidos os seus contornos, e mais difícil a sua noção jurídica.

Eis a razão porque os modernos autores da escola italiana, alargando embora o conceito jurídico de *cousa*, a limitaram à esfera dos direitos patrimoniais.

E' assim que Ferrara considera como requesitos do conceito de cousa em sentido jurídico: 1.º um *objecto capaz de satisfazer um interêsse económico;* 2.º que tenha uma *autonomia* e *separada existência;* 3.º que seja *capaz de sujeição jurídica a um sujeito ou titular;* e Coviello define *cousa,* no sentido jurídico, *tudo aquilo que pode ser objecto de direitos patrimoniais* (1).

Mas nós não concordamos ainda com esta delimitação do conceito de *cousa*.

Desde que se reconhece a necessidade de alargar o conceito jurídico de cousa, aproximando-o do objecto dos direitos, e desde que êste é constituído não só pelos interesses materiais ou económicos, mas por toda a ordem de interesses intelectuais ou morais, que merecem e precisam protecção jurídica, não vemos motivo para não

(1) Ferrara, pág. 730 e seg.; Coviello, pág. 249 e 250. Coviello observa que êste conceito é fundado na lei, que declara: «todas as cousas que podem formar objecto de propriedade pública ou privada são bens imóveis ou móveis» (art. 406.º cód. civ.), onde é de notar que a palavra «propriedade» é empregada no sentido largo de *pertença* (*appartenenza*).

identificar os dois conceitos, e, em vez disso, restringir o de cousa ao objecto dos direitos patrimoniais.

A hesitação da moderna doutrina italiana compreende-se fàcilmente: é evitar que, por haver direitos que teem por objecto uma pessoa, esta venha afinal a ser considerada como uma cousa, o que é incompatível com o espírito de todo o direito moderno, para o qual *pessoa* e *cousa* são ideas que se excluem recìprocamente.

Toda a dificuldade desaparece, porém, desde que se tenha em vista, como já observámos, que nos direitos políticos e familiares, em que há uma sujeição da pessoa, é só aparentemente que esta constitui o objecto do direito, pois o que verdadeira e realmente o constitui é, não a própria pessoa, mas sim uma certa manifestação ou modo de ser da sua actividade e liberdade.

Nós entendemos, por conseqüência, que o conceito jurídico de *cousa* é precisamente *tudo aquilo que pode ser objecto de direitos e obrigações.*

Tal é. precisamente o conceito de *cousas* segundo o nosso código civil, tal como êle resulta claramente das diferentes espécies de cousas definidas nos art. 370.º-382.º.

E mais uma vez se revela o grau de progresso e adiantamento do nosso código, em confronto com os dos outros países, ainda os mais modernos.

29. **Noção jurídica das cousas — Cousas e bens.** — A palavra *cousa* tem diversos significados: — em sentido filosófico designa todo o ente real ou fictício que pode ser concebido pela inteligência humana; nas sciências físicas é tudo o que tem existência corpórea, tanto no estado sólido, como no estado líquido ou gazoso; no sentido usual ou vulgar, a palavra *cousa* tem uma significação excessi-

vamente genérica, designando todos os objectos e todos os actos ou acontecimentos, ainda que nenhuma relação tenham com a vida jurídica.

O que nos importa, porém, são os significados jurídicos, que são três:

a) no sentido *lato,* ou mais geral, define o art. 369.° do código civil — « Cousa diz-se em direito tudo aquilo que carece de personalidade »;

b) no sentido *próprio* ou *técnico,* é tudo o que, não tendo personalidade, pode ser objecto de direitos e obrigações;

c) no sentido *restrito,* significa apenas os objectos materiais apropriáveis, em oposição aos *direitos* e às cousas incorpóreas.

O código define as *cousas* no sentido lato; mas geralmente emprega esta palavra no seu sentido próprio ou técnico, o que bem se explica pela consideração de que em direito as cousas só nos interessam pela utilidade que prestam ao homem, podendo ser objecto de seus direitos e obrigações.

Mas também, por vezes, como acontece na definição da *posse* (art. 474.°), emprega a palavra *cousa* no seu sentido mais restrito.

No sentido próprio a palavra *cousas* é sinónima de *bens* (art. 377.°). Também Coelho da Rocha assim definia:

« Em sentido jurídico dizem-se *cousas* ou *bens* tudo aquilo, ou todos aqueles entes que, servindo de utilidade aos homens, podem ser subjeitos ao seu poder, e portanto objecto de direitos » (1).

Em todo o caso deve notar-se que a palavra *bens* tem, por seu lado, dois significados diversos: como sinónima de *cousas* no sentido jurídico ou próprio, e, num sentido mais restrito, significando

(1) *Inst.,* § 76.

apenas as cousas que realmente estão no domínio, ou, pelo menos, na posse de alguém, constituindo o seu *património.*

« A idea de *bens,* diz um escritor, supõe alguma cousa mais do que a idea de *cousas:* aquela implica não sòmente a existência, mas o exercício do poder do homem, o facto da posse. Daí esta definição: a *cousa* é o que pode ser possuído; o *bem* o que é possuído. Ou, por outras palavras: a *cousa* é o objecto do direito *possível;* o *bem* o objecto de um direito *existente* » (1).

Com efeito, a idea de *bens* aparece geralmente conjunta com a idea de domínio.

Fala-se de *cousas públicas* e *cousas comuns,* e de *bens nacionais* e *municipais,* para acentuar bem a diferença importante entre as cousas do uso público ou comum, e as que são de propriedade privada do Estado ou do Município, considerados como pessoas morais ou jurídicas.

E, assim, como observa o Dr. Teixeira de Abreu, a noção de *bens* pode encontrar-se em relações diferentes com a das *cousas.*

Tomada esta palavra no sentido lato, constitui um *género* do qual os *bens* são uma *espécie.*

Considerada no sentido próprio, tem a mesma extensão da palavra *bens,* considerada esta no seu sentido amplo; mas é ainda um género em relação a *bens,* entendida esta palavra no seu sentido restrito.

Tomada a palavra *cousas* no seu sentido mais restrito, é então mais extensiva a palavra *bens,* pois abrange também os direitos ou cousas incorpóreas (2).

(1) Bernard, *Cours sommaire de droit civil,* I, pág. 466.

(2) Dr. Teixeira de Abreu, *Curso de Direito Civil,* pág. 218 e seg.

30. **Conceito jurídico do património. Patrimónios autónomos ou separados e colectivos.** — Tanto no conceito usual, como no conceito geral dos jurisconsultos, entende-se por *património* o conjunto de cousas ou bens que pertencem a uma pessoa, isto é, o complexo dos seus direitos patrimoniais (1).

Há assim dois diversos conceitos do *património*, um objectivo ou económico, e outro subjectivo ou mais pròpriamente jurídico.

É de notar, porém, que alguns dos melhores autores só admitem o conceito subjectivo.

Nesta orientação diz Ferrara: «a totalidade dos direitos pertencentes a um sujeito formam a sua *esféra jurídica*. Nesta se compreendem direitos de natureza pessoal, direitos de família, direitos públicos, direitos de conteúdo económico. Dentro da esféra jurídica está, como círculo mais restrito, mas em alto grau importante, o grupo dos direitos tendo valor pecuniário, o qual se diz *património*. O património é portanto uma parte da esféra jurídica do sujeito. Por *património* entende-se o complexo das relações jurídicas avaliáveis em dinheiro, que pertencem a uma pessoa. O património é complexo de *direitos*, não complexo de *bens*, porque os objectos exteriores são tomados em consideração no ponto de vista jurídico, apenas pela relação em que se encontram com a pessoa. O património como complexo de bens é um conceito económico, e não jurídico (2).

Outros, pelo contrário, definem o *património* sòmente pelo seu conceito objectivo ou económico,

(1) *Os Princípios*, 1, pág. 64; Dr. Alves Moreira, *Inst.*, pág. 339; Dr. Teixeira de Abreu, *Curso de Direito Civil*, pág. 353 e 354; Ruggiero, pág. 202; Colin et Capitant. pág. 106.

(2) Ferrara, pág. 865; no mesmo sentido Coviello, pág. 251 e 252.

como complexo de *bens*, dizendo que os direitos patrimoniais formam o *direito* da pessoa sôbre o seu património (1).

Ferrara combate êste conceito, qualificando-o de inexacto, porque parte da falsa premissa de que o património seja objecto jurídico, e porque o *direito sôbre o património* não é senão uma fórmula abreviada e sintética para indicar os direitos sôbre os singulares elementos patrimoniais, pois que não há um direito sôbre a totalidade distinta dos direitos singulares.

Como se vê fácilmente, a crítica de Ferrara é empírica, dogmática e arbitrária; não está positivamente à altura do eminente escritor e professor. Basta lembrar o direito de sucessão sôbre o conjunto do património hereditário, para se vêr desde logo que há tal um direito sôbre a totalidade do património perfeitamente distinto dos direitos parcelares sôbre os diferentes elementos da herança.

Acresce ainda que a formação histórica do conceito do património o que precisamente mais põe em relêvo é o seu lado ou aspecto económico objectivo.

A palavra *património* começou a empregar-se no direito romano da época imperial para designar os *bens da família* transmissíveis por sucessão, bens que a princípio eram designados pela palavra *família*, e depois pela palavra *bona* (2).

De resto, a verdade é que o conceito objectivo económico do património é tão jurídico como o conceito subjectivo, emquanto constitui precisamente o objecto ou conteúdo dos direitos patrimoniais.

(1) Aubry et Rau, *Cours de Droit Civil*, II, § 162; Bianchi (Ferdinando), *I principî dell'indivisibilità*, n.° 33.

(2) Dr. Teixeira de Abreu, *Curso*, pág. 354.

E note-se, por fim, que o nosso código não emprega a palavra *património;* mas quando a êle se refere é precisamente enunciando o seu conceito económico objectivo, pela palavra *bens* (art. 305.°, 311.°, 314.°, 337.°, 340.°), ou pelas expressões «*todos os bens*» (art. 830.°, 1739.°), «*soma dos bens e créditos*» (art. 1036.°), «*cúmulo dos bens*» (art. 1044.°), etc.

Ora, sendo certo que o património não pode deixar de ser considerado também como o conjunto de direitos patrimoniais, conclui-se que o seu verdadeiro conceito é o dominante na doutrina, considerando-o ao mesmo tempo como complexo de bens e de direitos patrimoniais, abrangendo o activo e o passivo, os bens e as dívidas.

A qualidade comum dos direitos do património é o seu carácter de *valor económico*, isto é, apreciável em dinheiro. E o carácter patrimonial revela-se por qualquer dêstes três factos: ou por que o direito tem um *valor de troca*, é permutável e alienável em comércio mediante uma utilidade correspectiva; ou porque o direito, embora sem a possibilidade de alienação, como o direito a alimentos, a uso e a habitação, tem em todo o caso para o titular um *valor de uso*, que lhe fornece certas vantagens económicas; ou, emfim, porque o direito, sem fornecer uma utilidade económica ao seu titular, é tal que êste, para o adquirir, tem de fazer um sacrifício económico, uma despesa, e por isso o direito, se bem que seja destinado a satisfazer um interesse *ideal*, é todavia susceptível de avaliação pecuniária (bilhetes e assinaturas de teatros ou quaisquer espectáculos, assinatura de publicações, etc.).

Os direitos patrimoniais são em regra alienáveis, transmissíveis aos herdeiros, e podem ser objecto de execução forçada por parte dos credores; mas tais qualidades são por vezes excluídas por várias excepções, como o direito a alimentos, que só pode ser renunciado ou alienado em relação às prestações vencidas (art. 182.°), e só se transmite com a herança a obrigação de os prestar quando os alimentos hajam sido judicialmente pedidos (art. 176.°), o direito de usufruto, que não faz parte da herança do usufrutuário (art. 2241.°, n.° 1.°), e só pode ser cedido ou alienado para o tempo da sua duração (art. 2207.°), e direito de uso e habitação, que é absolutamente incessível e inalienável (art. 2257.° e 2258.°), a propriedade de certos objectos, que são impenhoráveis, absoluta (cód. de pr. civ., art. 815.°) ou relativamente (art. 816.°), etc., etc. (1).

Há entretanto certas situações de facto e de carácter económico, inerentes a alguns elementos do património, mas que não constituem direitos patrimoniais, representando apenas interesses, ou porque aumentam o valor dos singulares direitos patrimoniais, ou porque abrem ao sujeito a possibilidade de novas adquisições. Tais são:

a) a *situação local* dum imóvel, por exemplo, na proximidade duma via férrea, duma corrente de água, duma cidade, que pode ser um coeficiente precioso do seu maior valor, mas é uma *qualitas fundi*, e não um elemento independente do património;

b) a *clientela* dum estabelecimento comercial, que tem o mesmo carácter da situação local;

c) a *capacidade* ou *fôrça de trabalho* da

(1) Alguns autores, como o Dr. Alves Moreira, considerando a transmissibilidade como carácter essencial do património, excluem dêle os direitos que, tendo valor económico, são porém intransmissíveis (uso, habitação, alimentos *jure sanguinis*) — *Inst.*, pág. 340.

pessoa, que é qualitativamente a mais rica fonte de adquisição de bens, mas é uma *qualidade pessoal* do sujeito, não faz parte do seu património; a produtividade do trabalho é um aspecto da personalidade; e por isso, embora tenha grande valor económico, não está sujeita à acção dos credores, nem é alienável, porque faz parte dos direitos de personalidade, que o nosso código qualifica de originários e declara inalienáveis (art. 359.º-368.º);

d) o *crédito* da pessoa, que pode concorrer para novas e importantes adquisições, mas não é em si mesmo um *bem* juridicamente apreciável, pois só tem valor económico ligado à pessoa do sujeito;

e) as simples *previsões* ou *esperanças* de novas adquisições, probabilidades flutuantes de bens futuros, que por mais bem fundadas que sejam se não concretizaram ainda num bem realmente existente. Falar em tais casos, diz Ferrara, de um património embrionário ou potencial, é pura ficção (1).

Ainda se discute na doutrina se do património fazem parte só os direitos ou também as obrigações, se o património é só o activo ou se é o conjunto do activo e passivo.

Como vimos a doutrina tradicional considera o património como a totalidade das relações jurídicas de valor pecuniário, e daí o complexo de direitos e obrigações; mas recentemente sustentaram alguns autores alemães (Binder, Eneccerus, Hellwig) que o património é a *soma dos activos*, e que os elementos *passivos* funcionam como encargos do património, vínculos ou subtracções que deminuem o seu valor.

A diversidade da concepção explica-se perfeitamente, porque a teoria tradicional considera o património como uma *universitas juris*, emquanto que aqueles escritores o consideram como um complexo concreto ou uma pluralidade de direitos patrimoniais. Mas a moderna concepção não é outra cousa senão a velha máxima do direito romano — *Non sunt bona nisi deducto aere alieno.*

(1) Ferrara, pág. 867 e 868.

A questão, diz Ferrara, não pode decidir-se por um modo axiomático para todos os casos; mas deve distinguir-se, em harmonia com o direito positivo, quando é que o património forma ou não uma universalidade jurídica. Ora, quando o património é *universitas juris*, como na herança, é indubitável que êle contém também o passivo; pelo contrário, quando o património não constitui uma unidade, mas sim uma pluralidade, que só aparentemente é individualizado pelo facto de pertencer a uma pessoa, pode então considerar-se como o complexo dos direitos de valor pecuniário, emquanto que as dívidas são os seus encargos, constituem a responsabilidade do sujeito.

Portanto, e património pode ter, na linguagem das leis e das partes, uma tríplice significação:

a) o *património bruto*, todo o activo, ou seja, a soma dos direitos pecuniários ou *bens*;

b) o *património líquido*, ou seja, o activo depois de deduzido o passivo;

c) o *património complexivo* ou *global*, ou seja, o conjunto de bens e dívidas, a universalidade dos direitos e obrigações de valor económico (1).

Para complemento da análise do conceito do património, importa determinar a sua natureza jurídica.

Sôbre o problema debatem-se vivamente duas teorias fundamentais: a teoria clássica, que é prin-

(1) Ferrara, pág. 868, e 869; Coviello, pág. 251 e 252.

cipalmente da doutrina francesa e italiana, seguida também por alguns escritores alemães, e a teoria moderna, que se diz positiva ou realista, seguida pela generalidade dos autores alemães e por alguns italianos.

Na doutrina tradicional o património é considerado como uma figura económico-jurídica essencialmente ligada à personalidade, por tal modo que entre personalidade e património existe um nexo íntimo e indissoluvel, e toda a pessoa *como tal* tem sempre e necessàriamente um património, ainda quando não tenha bens apreciaveis, um património *qui ossibus inhaeret*. Tal património, concebido como uma *unidade jurídica (universitas juris, universalidade de direito)*, é único, indivisível, inalienável, e inseparável da pessoa. Pode o sujeito num dado momento desfazer-se dos seus bens; mas a figura jurídica do seu património fica intacta, embora *sem conteúdo* material visível e palpavel (1).

(1) Planiol, I, n.º 2148; Colin et Capitant, pág. 106 e 107; Raoul de la Grasserie, *Classification scientifique du droit*, pág. 27; Bonelli, *Teoria delle persone giuridiche*, na *Rivista di diritto civile*, 1911, pág. 609; Ruggiero, pág. 202 e 203; Birkmeyer, *Das Vermögen im juristische Sinne*, pág. 174; Bevilácqua, *Theoria geral do direito civil*, pág. 216; Dr. Teixeira de Abreu, *Curso*, pág. 254 e seg. Como sinteses da teoria clássica são bem expressivas as palavras de Raoul de La Grasserie, considerando o património como o *prolongamento da personalidade sôbre as cousas*, e as de Bevilacqua, dizendo que é a *actividade económica duma pessoa sob o seu aspecto jurídico*, ou a *projecção económica da personalidade civil*. Planiol diz: «Uma pessoa pode ter muito pouco de seu; ou não ter direitos pecuniáros nem bens de qualquer espécie; ou mesmo, como certos aventureiros, não ter senão dívidas; ela tem, no entanto, um *património*. Património não significa *riqueza*; um património não encerra necessàriamente qualquer valor positivo; pode ser como uma bolsa vasia e não conter cousa alguma».

Segundo a moderna doutrina, o património não tem sempre igual carácter jurídico: ora vale como *pluralidade* de direitos pertencentes ao mesmo sujeito, ora como *universitas juris*. Depende do direito positivo agrupar as relações jurídicas numa massa única, unificação que tem lugar *para fins especiais* e *nos limites dêstes fins*. O património como totalidade das relações individualiza-se pela identidade do sujeito a quem pertence. Mas individualização não quer dizer unificação. Um mesmo sujeito tem na sua mão toda a série das suas relações activas e passivas; mas êste agregado de direitos, que convergem num só titular, é sempre uma pluralidade, uma massa, que pode crescer ou deminuir, e pode também faltar. O sujeito pode existir ou ficar temporàriamente privado de direitos patrimoniais, salva a capacidade de os adquirir de futuro. O património resolve-se na totalidade concreta dos direitos que a pessoa tem em cada momento da sua vida; mas esta totalidade pode reduzir-se a zero. E pois que a importância do património se manifesta principalmente na sua qualidade de objecto de garantia, quando o devedor não tem património, os credores encontram-se na impossibilidade de o executar: a melhor prova, conclui Ferrara, de que um património naquele momento não existe (1).

(1) Ferrara, pág. 869. Coviello, pág. 252 e 253; Fadda e Bensa, em Windscheid, *Pandette*, I, pág. 667 e seg. Entre nós a moderna teoria foi seguida pelo Dr. Alves Moreira: «o património, embora represente o desenvolvimento da personalidade nas relações sociais, não é único nem inseparável dela. Pode o património ter o carácter duma universalidade jurídica, mas êsse carácter provir-lhe há dos fins para que êsse património é destinado, pois é em virtude dêsses fins que se imprime unidade ao património. É assim que, na aceitação

De que lado estará a verdade?

É nosso parecer que neste problema mais uma vez triunfa a tradição sôbre o modernismo.

Com efeito, é bem verdade que o património duma pessoa, considerado como instituïção jurídica normal e permanente, está essencial e individualmente ligado à pessoa do seu titular.

Poderá de facto excepcionalmente acontecer que um indivíduo venha ao mundo, filho de pais incógnitos, e tenha em tal caso a felicidade ou infelicidade de morrer, sem que ao menos alguma alma caridosa lhe tenha dado uma camisa para lhe envolver o tenro corpo!

Êste seria o único caso em que o indivíduo pode existir (numa sociedade constituída, embora rudimentarmente, bem entendido) sem chegar a ter um património.

Mas seria ridículo, e até ofensivo da personalidade intelectual, pensar que a tais casos se quer referir a doutrina dos partidários da existência de homens *sem património*.

Assente, pois, que a teoria se refere necessàriamente às pessoas que algum património, por mais insignificante que seja, chegaram a ter, vejamos então se êsse património é, ou não, *único, indivisível, inaliendvel*, e *inseparável da pessoa* emquanto viva fôr.

Dizer que é *único*, não significa que não possa ser composto de vários elementos ou parcelas diferentes, que não possa concretamente consistir

---

duma herança a benefício de inventário, os bens que constituem a herança se consideram como um todo distinto do património do herdeiro, que é todavia o sujeito a quem a herança pertence. Donde se conclui que, no sentido por nós ligado à palavra *património*, uma pessoa pode ter mais do que um» — *Instituições*, pág. 339.

numa *pluralidade*, porque o contrário é de si evidente: a concepção real de uma *unidade jurídica* não é incompatível com a pluralidade e diversidade de situações de facto e de direito.

Dizer que o património duma pessoa é *único*, quer simplesmente significar que o direito objectivo considera o complexo dos direitos e obrigações patrimoniais de cada pessoa como uma *entidade (não personalidade)* abstracta, mas realmente existente, perfeitamente distinta do património das outras pessoas, e que considerada em si mesma desempenha uma determinada função jurídica, qual é a de servir de garantia geral dos credores e constituir o objecto próprio da sucessão hereditária.

Outra cousa não se pretende exprimir com o conceito da *unidade jurídica* do património. Mas assim entendido êle é intuitivo e indiscutível, nada tendo de metafísico ou transcendente.

E fácil é de ver como dêle resulta lógica e naturalmente o seu carácter de *indivisibilidade*.

Dizer que o património é *indivisível*, não significa que não possa destacar-se dêle algum dos seus elementos, que êle não possa decompor-se nas suas diferentes partes, desfazendo-se até o seu titular improdutiva ou inutilmente de algumas delas, ou até da sua quási totalidade, ou destinando-as a certos e determinados fins, pois o contrário é evidente, dada a pluralidade concreta dos elementos do património e o direito que em regra cada um tem de dispôr do que é seu.

Mas dizer-se que o património é *indivisível*, quer simplesmente significar que, por maiores e mais variadas que sejam as divisões e subtracções que dêle se façam, subsiste sempre o substracto fundamental da *unidade jurídica* do património, pois nele se conteem elementos essenciais, tão indissoluvelmente ligados à pessoa, que nem os

credores mais privilegiados podem executar para satisfação dos seus créditos (art. 815.° do cód. de pr. civ.) (1).

Pela mesma razão que o património é único e indivisível, êle é também necessàriamente *inalienável.*

Dizer que o património é *inalienável,* não quer dizer, é claro, que o seu titular não possa dispôr dêle como lhe aprouver, dentro da ordem jurídica, porque isso seria negar o princípio fundamental do direito de propriedade, que é precisamente a *faculdade de dispôr dos próprios bens,* quer por transformação (art. 2315.°), quer por alienação (art. 2357.°).

Mas dizer que o património é *inaliendvel,* quer simplesmente dizer que, embora o seu titular possa dispôr dêle para os fins da vida, há, porém, uma parte fundamental, tão essencialmente ligada à própria personalidade, que como esta é indisponível ou inalienável: é precisamente o substracto do património *uno* e *indivisível.*

Eis a razão porque o nosso código (art. 1460.°) expressamente declara nula a doação que abrange a totalidade dos bens do doador sem reserva do usofruto, ou que deixa o doador sem meios de subsistência.

E, se é certo que a lei não fulmina igualmente de *nulidade* a venda, ou qualquer outro contracto oneroso de alienação total e absoluta de todo o património, incluindo a própria roupa do corpo, nem por isso um tal contracto pode deixar de ser

(1) Note-se que ainda quando, a respeito das pessoas colectivas, é possível a execução completa do património, êste facto, em vez de invalidar, confirma a doutrina da unidade e indivisibilidade do património, pois que em tal caso a pessoa morre ou extingue-se com o seu património (supra n.° 27).

considerado nulo, quando mais não seja, por ser contrário à moral pública (art. 671.°, n.° 4.°).

De resto, a impossibilidade legal de alienação absoluta do património não deixou de ser sancionada em outras disposições da lei, como a do art. 1556.°, que proïbe a venda do *direito a herança* de pessoa viva e do direito a alimentos, e a do art. 2042.°, que proïbe os pactos sucessórios.

Finalmente, desde que o património, como unidade jurídica indivisível, é inalienável, tem de concluir-se necessàriamente que é *inseparável da pessoa* a quem pertence.

E tão inseparável êle é, que sempre que o direito objectivo sentiu e reconheceu a necessidade de se constituir um *património autónomo,* com destino a certos fins, pelo menos tratando-se de fins de interesse público, ao mesmo tempo tratou de construir a figura jurídica da *pessoa colectiva,* para ser o sujeito ou titular dêsse património, personalidade que nasce com êsse património, e que tem a sua vida por tal forma a êle ligada, que com êle se extingue também (supra, n.° 14, 15 e 27).

E agora, em presença desta análise dos caracteres do património, que nos parece rigorosamente jurídica, podem os partidários da moderna doutrina dizer, com Ferrara, que a doutrina clássica representa a figura do património por um modo fantástico, como um *poder económico* indefectível, único e inscindível do sujeito; que uma tal concepção é pura confusão do património com a capacidade patrimonial, filha das concepções filosóficas da escola do direito natural; que é uma abstracção inútil e equívoca, conceito puramente metafísico, artificioso e absurdo (1).

(1) Ferrara, pág. 869-872; Coviello, pág. 252 e 253.

Nós respondemos simplesmente com a demonstração que fizemos do verdadeiro e real carácter do património como elemento essencial da vida da personalidade, constituindo, por isso, uma unidade jurídica inseparável da pessoa: a concepção *soi disant* positiva e realista da *pluralidade* ou diversidade concreta dos elementos do património, considerado apenas como complexo de valores jurídicos independente da pessoa do sujeito, perfeitamente divisível e completamente alienável, é que é positivamente uma concepção absurda, manifestamente contrária à realidade da ordem jurídica, e neste sentido se pode dizer artificiosa e metafísica.

Mas o conceito do património como unidade ou *universitas juris* não exclui a possibilidade da constituïção e existência de patrimónios particulares, mais ou menos autónomos, com uma organização jurídica separada e distinta da do património total: são como nucleos ou centros patrimoniais que se destacam do património global. É a teoria da autonomia ou separação dos patrimónios.

O património separado, diz bem Ferrara, é um *centro autónomo*, que não tem outra relação com o património pròpriamente dito senão o laço extrínseco de pertencer ao mesmo sujeito. E' uma figura análoga à que o direito internacional construiu com a união pessoal dos Estados.

Para termos a figura jurídica dum *património separado* ou *autónomo*, não basta haver quaisquer bens destinados a um qualquer fim; mas é necessário que esses elementos patrimoniais sejam organizados pela ordem jurídica em um só todo, sujeito a um tratamento unitário, constituindo uma *universitas juris*, um complexo de direitos e obrigações de carácter económico numa massa única, com vida própria, e que permanece jurìdicamente

idêntica através das vicissitudes dos seus vários elementos.

Só em face da lei se pode decidir quando é que efectivamente existe um património separado ou autónomo, porque só o direito objectivo pode criá-lo: como diz Bekker, o património separado surge segundo regras fixas, e não por arbitrária declaração de vontade do titular do património (1).

Os autores não são concordes na fixação dos critérios próprios para verificar a existência de tais patrimónios, e por isso alguns alongam demasiadamente a série dêles. Basta notar que, por exemplo, Fadda e Bensa incluem na categoria dos patrimónios autónomos a herança, o dote, a comunhão entre os cônjuges, o estabelecimento comercial, a quota do sócio nas sociedades civis, e ainda o navio em relação ao armador (2). Pelo contrário, outros, como Ferrara, reduzem os casos de separação de patrimónios à herança e sucessões análogas, e à falência (3). Outros, como o Dr. Alves Moreira, consideram três casos típicos de património autónomo: a sociedade conjugal, as sociedades de responsabilidade pessoal dos sócios, e a herança (4).

Os autores que restringem os tipos de patrimónios autónomos partem da consideração de não ser bastante *um destino especial* de certos bens, para lhes dar o carácter dum *todo único* ou duma *universitas juris*. E então dizem, como Ferrara:

«O único critério seguro para reconhecer a

(1) Bekker, *Pandekten*, I, § 43.
(2) Fadda e Bensa, em Windscheid, II, pág. 488 e seg.
(3) Ferrara, pág. 880.
(4) Dr. Alves Moreira, *Patrimónios autónomos nas obrigações segundo o direito civil português*, no *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, VII, pág. 47 e seg.

existência do património separado é o da responsabilidade por dívidas. Património separado é aquele que tem *dívidas próprias,* em que se *localizam* as obrigações e responsabilidade que dêle nascem, e que não ressente os efeitos das outras obrigações do sujeito do património. Em poder do mesmo titular há duas esferas jurídicas separadas: o património geral da pessoa, e um outro centro patrimonial com próprios direitos e obrigações. Este é o traço verdadeiramente essencial do instituto: outros efeitos, como a possibilidade de uma acção universal para a pretensão do património e o princípio da subrogação, não são constantes, e podem encontrar-se também em outras figuras jurídicas» (1).

Parece-nos que o critério da responsabilidade por dívidas emergentes do património separado é excessivamente restritivo, por um lado; e, por outro lado, em virtude da aplicação que dêle fazem os seus partidários, revela-se afinal demasiado compreensivo.

É assim que Ferrara considera como um dos tipos de património autónomo a *massa falida,* quando é certo que nem mesmo no critério amplo de Fadda e Bensa se compreende êste caso, e com razão, porque o falido não tem dois patrimónios diversos, entrando todos os seus bens para a massa da falência (cód. de pr. com., art. 201.°). Outros, como o Dr. Alves Moreira consideram como caso de património autónomo o da quota social dos sócios de responsabilidade pessoal pelas obrigações da sociedade, porque não consideram tais sociedades dotadas de personalidade jurídica distinta da dos sócios.

(1) Ferrara, pág. 877 e 878.

Mas para nós, que consideramos pessoas colectivas todas as sociedades legalmente constituídas (supra n.° 21), não pode haver em tal caso a figura jurídica do património autónomo.

Dêste modo ficariam os casos de autonomia de patrimónios reduzidos à sucessão a título universal (herança, ou sucessão análoga, como doação, devolução dos bens das pessoas colectivas) e aos regimes de casamento.

Ora, a verdade é que há outras figuras de agregados patrimoniais diversos e pertencentes ao mesmo sujeito, que constituem organismos económico-juridicos mais ou menos autónomos, merecendo bem a qualificação de unidades jurídicas compostas ou universalidades de direito, sempre que estejam sujeitas a um tratamento jurídico unitário.

É o que acontece na compropriedade ou propriedade comum, no estabelecimento comercial, ou em geral nas empresas industriais, navios, rebanhos, etc., etc. (1).

Assim como há, diz Ferrara, diversas massas patrimoniais pertencentes a um mesmo sujeito, pode haver também um património que pertença solidàriamente a vários sujeitos. Tem-se então o *património colectivo,* que é em certo modo o contraposto do *património separado.* Aqui também é a lei que decide do reconhecimento de um património colectivo. O património colectivo não significa, porém, uma massa de direitos *em comum,* segundo o tipo romano (que é o do nosso condomínio, art. 2175.° e seg.), isto é, uma comunhão por quotas, na qual cada consorte tem uma fracção

(1) No sentido mais excessivamente restritivo sustenta Coviello que verdadeiramente só há uma *universitas juris,* que é a herança — pág. 271 e 272.

de direito que lhe pertence individualmente, de que pode dispor, e a toda a hora realizar por meio da divisão: mas é uma comunhão colectivista sem repartição de quotas, na qual os singulares comunistas não possuem qualquer direito individual por si, não podendo por isso exigir divisão. O património existe para um grupo de indivíduos ligados por um *vínculo pessoal:* todos no seu conjunto são sujeitos, mas nenhum tem por si um direito separado. Titulares do direito são os indivíduos, *emquanto pertencem ao grupo*; por sua morte não são substituídos necessàriamente pelos herdeiros, mas independentemente das regras sucessórias por aqueles que do grupo entram a fazer parte, e como o grupo assim se vai perpetuando, assim a propriedade colectiva fica vinculada áquele feixe de sujeitos sempre unidos em colectividade. O gôzo é indivizível entre a massa dos comunistas; cada um goza na medida das suas necessidades; as dívidas recaiem sôbre todos indivisamente; para dispôr da cousa comum todos teem de intervir, a não ser que em virtude da organização colectiva, esta seja representada pelo chefe.

Tal é a figura jurídica da compropriedade *in mano commune* (*zur gesammten Hand*) do antigo direito germânico, da qual existem ainda vestígios no direito moderno (1).

Vestígios do tipo do condominio germânico no nosso direito são, por exemplo, a comunhão dos cônjuges, a comunhão coactiva dos muros e paredes meias (art. 2328.º e seg.), e o condomínio das *cousas públicas* e *comuns* (artt. 380.º e 381.º). E como tal devem também considerar-se o *quinhão* (art. 2190.º e seg.) e o *compáscuo* (art. 2262.º e

(1) Ferrara, pág. 883 e 884.

seg.). E tal é também, segundo crêmos, o tipo da organização colectiva da *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, de Coimbra.

31. **Classificações doutrinais e legais das cousas.** — Sendo diversa a natureza das diferentes cousas, e diversas também as múltiplas e variadas circunstâncias em que elas se podem encontrar, compreende-se bem como deve correlativamente variar o seu regime jurídico.

Torna-se, pois, indispensável classificá-las.

O código, nos art. 370.º a 382.º, define os termos de três classificações importantes:

a) Cousas *do comércio* e *fóra do comércio;*
b) Cousas *imóveis* e *móveis;*
c) Cousas *públicas, comuns* e *particulares.*

Não quere, porém, isto dizer que a lei não admita outras classificações.

É certo que outras há, também reconhecidas pelo código, embora nele se não encontrem expressamente definidos os seus termos, porque o legislador entendeu ser preferível confiar êsse trabalho à doutrina e à jurisprudência.

A estas classificações dá-se, por isso, o nome de *doutrinais*, em oposição às primeiras, que se chamam *legais.*

As mais importantes das classificações doutrinais são:

a) Cousas *corpóreas* e *incorpóreas;*
b) *Consumíveis* e *não consumíveis;*
c) *Fungíveis* e *não fungíveis;*
d) *Divisíveis* e *indivisíveis;*
e) *Principais* e *acessórias;*
f) *Apropriadas* e *nullius;*
g) *Presentes* e *futuras;*
h) *Simples* e *compostas.*

Na exposição de umas e outras seguiremos em

grande parte o estudo magistral que delas fez, no *Curso de Direito Civil*, o Conselheiro Dr. Teixeira de Abreu, uma das maiores figuras do professorado e do fôro português.

32. **Cousas corpóreas e incorpóreas. Direitos sôbre direitos.** — Esta distinção traduz a própria natureza das cousas, que, no seu sentido usual mais restrito, são apenas os objectos materiais, mas que, no seu sentido mais geral, e ainda no seu significado próprio ou jurídico, abrangem também os actos, factos ou acontecimentos que não teem uma existência material.

Cousas corpóreas são, pois, as que teem uma existência material, podendo ser apreendidas pela acção fisiológica dos sentidos — *quae tangi possunt* — como o terreno, os edifícios, o dinheiro, os géneros alimentícios, os agentes naturais, etc.

Incorpóreas são os modos de ser abstractos e imateriais das próprias cousas, ou sejam, as cousas que, não tendo uma existência real, só existem nas concepções psicológicas do espírito humano — *solo juris intellectu existunt* — como são os diversos direitos fraccionários em que se desdobra a propriedade plena ou perfeita (servidão, usufruto, etc.); e, em geral, os diferentes direitos subjectivos.

O próprio direito de propriedade plena, como faculdade abstracta, é uma cousa *incorpórea*, embora na doutrina mais subtil do direito romano a concepção jurídica das cousas *corpóreas* se refira à propriedade plena ou perfeita.

Esta idéa acentua-se bem no uso ainda hoje dominante de designar pela própria *cousa* o direito de propriedade plena, que sôbre ela se exerce, dizendo-se — *esta cousa pertence-me* — em vez de se dizer — *pertence-me a propriedade desta cousa*.

Esta distinção não tem alcance jurídico apreciável, porque, em verdade, as cousas só interessam ao direito por virtude dos direitos que sôbre elas se podem exercer.

Mas tem grande importância para os sistemas jurídicos que, como o dos códigos alemão e suíço, só consideram como *cousas* os objectos materiais do mundo externo, e em todo o caso, mesmo nos sistemas que, como o nosso, consideram como cousas os próprios direitos, ainda tem importância não só doutrinal, mas de carácter jurídico prático, pois que de ser ou não ser corpórea uma cousa resulta muitas vezes uma diversa natureza das respectivas relações jurídicas.

É o que acontece, por exemplo, com a questão vivamente debatida sôbre a natureza jurídica da electricidade. O problema é importantíssimo, não só para determinar a natureza do contracto de fornecimento de energia eléctrica, mas para decidir se pode haver realmente uma posse da corrente eléctrica garantida pelas respectivas acções possessórias, e se pode haver furto de electricidade.

A maior parte da doutrina alemã nega-lhe o carácter de cousa, dizendo que a electricidade é uma fôrça, uma vibração da matéria, e não um objecto corpóreo (Endemann, Regelsberger, Windscheid-Kipp, Crome, Eneccerus, Kohler, Oertmann) (1). E o direito, diz Endemann, não pode prescindir do conhecimento actual da essencia das cousas.

---

(1) Entretanto é certo que também alguns jurisconsultos notaveis (Gierke, Dernburg) a consideram uma cousa. Mas porque a grande corrente era pela negativa, não se enquadrando por isso no furto a subtração fraudulenta de energia eléctrica, foi publicada na Alemanha a lei de 9 de abril de 1899, punindo o furto como crime especial. Ferrara, pág. 737.

Mas aqui está precisamente, diz bem Ferrara, o êrro de tal doutrina. Não é sôbre as teorias da física ou sôbre as hipóteses scientíficas da natureza da electricidade, que podem variar de um momento para outro, que o direito deve formular as suas decisões. O direito é uma organização prática das relações, e por isso deve assentar sôbre pontos de vista práticos. Ora é inegável que a energia eléctrica é susceptível de apreensão e utilização económica, é perceptível aos nossos sentidos, pode isolar-se e recolher-se em acumuladores, pode ser medida, dividida e fornecida; e tudo isto é mais que suficiente para se ver nela um objecto susceptível de propriedade material. É manifesta a analogia entre os líquidos e os gazes conduzidos por tubos recolhidos em recipientes ou reservatórios, e a electricidade conduzida por fios e concentrada em aparelhos vários (1).

A concepção romana das *res incorporales* inclui nesta categoria os direitos patrimoniais, dando lugar à célebre questão dos *direitos sôbre direitos*, muito debatida tanto no campo do direito romano, como no direito moderno.

Considera, com efeito, o nosso código (art. 375.º, n.º 2.º, e 376.º), à semelhança dos códigos latinos, e também o código brasileiro, apesar de moldado em grande parte pelo tipo germano-suíço, como cousas, não só os objectos materiais, mas também os próprios direitos reais e de crédito; e admite que de um direito pode ser objecto outro direito, quando, por exemplo, o penhor ou o usufruto é constituído sôbre títulos de crédito (art. 857.º e 2237.º), como quando a hipoteca é constituída sôbre direitos imobiliários (art. 890.º).

(1) Ferrara, log. cit.

Existe, pois, jurìdicamente a categoria de direitos sôbre direitos.

Mas o problema tem sido vivamente controvertido, dizendo-se contra a realidade de tal categoria, que a concepção romana dos direitos como cousas incorpóreas tem por fundamento a singular confusão, que na propriedade se faz entre a cousa objecto do domínio e o mesmo direito de propriedade: confunde-se o direito de propriedade com a cousa na afirmação *res mea est*, que em vez de enunciar o direito de propriedade enuncía a própria cousa. E, pois que do património fazem parte outros direitos, *jura in re aliena* e direitos de crédito, mas porque estes não teem uma consistência material, dá-se-lhes o nome de *res incorporales*, do mesmo modo que ao direito de propriedade identificado com a cousa, que é o seu objecto, se chama *res corporalis*.

Como se vê, há aqui realmente uma confusão entre a classificação das cousas e as partes constitutivas do património; agrupam-se para um lado as cousas (objectos corpóreos), e para outro lado os direitos, que são entidades heterogéneas (1). Esta foi também naturalmente a idea que inspirou o nosso legislador ao enumerar entre as cousas móveis e imóveis os direitos patrimoniais. Esta idea não pode portanto deixar de se reconhecer como construção positiva da lei; mas sob o ponto de

(1) Foi por isso que a teoria dos direitos sôbre direitos, acolhida a princípio por Windscheid, foi depois por êle abandonada, perante a crítica da maior parte dos escritores (Exner, Mansbach, Hanauseck, Bekker, Dernburg), ficando-lhe entretanto alguns fiéis (Sohm, Seckel, Biermann). Na Itália foi a teoria adoptada pelos anotadores de Windscheid, Fadda e Bensa, e por Venezian, mas combatida por quási todos os outros escritores de autoridade, Ferrara, Coviello, Ruggiero. Ferrara, pág. 413; Ruggiero, pág. 391.

vista scientífico seria certamente mais exacto excluir das cousas os direitos, embora se deva manter a distinção das cousas corpóreas e incorpóreas, para incluir nestas os bens imateriais (1).

Quanto à possibilidade de ser um direito objecto de outro, ela é textualmente admitida no direito moderno, como era também pelo direito romano. E se falar de direito que tem por objecto um outro direito, em vez de uma cousa, não repugna à concepção jurídica da relação entre direito e objecto ou cousa, é porque afinal é sempre uma cousa que, mesmo nas figuras jurídicas de direitos sôbre direitos, é o objecto do direito: é o imóvel dado em usufruto ou em enfitêuse, e a quantia de dinheiro ou qualquer cousa, ou facto devido pelo devedor, que é afinal o objecto do penhor ou da hipoteca que serve de garantia da obrigação (2).

33. **Cousas consumíveis e não consumíveis.** — Também esta distinção se funda na própria natureza das cousas, sendo certo que umas, as *consumíveis,* com o primeiro uso que delas se faz, deixam de poder continuar a prestar a mesma utilidade a que foram destinadas; quer dizer, são as que se consomem, *física* ou *civilmente,* com o primeiro uso a que se destinam; pelo contrário, outras, as *não consumíveis,* embora estejam sujeitas às leis naturais da sua destruïção gradual, *não deixam de existir*, nem *física* nem *civilmente,* com o primeiro uso que delas se faz, como a mobília, o vestuário, os livros, etc.

Pelo *consumo físico,* as cousas não deixam de existir absolutamente, mas transformam-se por tal

(1) *Os Princípios,* I, pag. 616 e 617.
(2) Ruggiero, pág. 391 e 392.

forma que perdem a sua própria individualidade, e não podem já prestar a mesma utilidade, como acontece com os géneros alimentícios, com as sementes, etc.

Pelo *consumo civil,* as cousas manteem a sua individualidade, mas perdem a possibilidade de continuar a prestar a mesma utilidade ao indivíduo que delas se utilizou, como acontece com o dinheiro.

É por isso que ao *consumo físico* se chama também *absoluto,* e *relativo* ao *consumo civil.*

34. **Cousas fungíveis e não fungíveis.** — Esta divisão é tão semelhante à anterior, que muitos jurisconsultos e legisladores as teem confundido, parecendo que o nosso código incorre na mesma confusão, nos diversos artigos em que a elas se refere (artt. 765.°, 1259.°, 1260.°, 1506.°, 1507.°, 1633.°, 1637.°, 2209.°, 2221.° n.°s 1.° e 2.°, etc.).

Cousas fungíveis são as que, por vontade expressa ou tácita das partes, podem ser substituídas por outras do mesmo género, qualidade e quantidade — *quarum una alterius vice fungitur* (código civil, artt. 1507.° e 1636.°).

Cousas não fungíveis são, pelo contrário, as que teem de ser entregues ou restituídas *em espécie,* isto é, as *mesmas e idênticas,* não podendo ser substituídas por outras da mesma natureza.

Assim, por exemplo, se se empresta um livro, para que a pessoa que o pede o restitua depois de se servir dêle, o livro é *não fungível,* e o contracto é o *commodato* (art. 1507.°); mas se a pessoa que o pediu pode dispôr dêle como quiser, obrigando-se apenas a restituir outro exemplar da mesma edição, o livro é *fungível,* e o contracto é de *mútuo* (art. 1507.°, *in fine).*

O mesmo é de dizer a respeito do empréstimo de dinheiro em certa moeda.

Por conseqüência, é certo que a mesma cousa, por sua natureza *consumível*, pode ser *fungível* ou *não fungível*, conforme a vontade das partes.

E o mesmo acontece com uma cousa *não consumível*, como mostra o exemplo do livro.

É porque, emquanto que a distinção das cousas consumíveis e não consumíveis se funda apenas na própria natureza das cousas, a distinção das fungíveis e não fungíveis tem o seu principal fundamento na vontade das partes.

Já o nosso Coelho da Rocha, apesar de identificar as duas distinções, ao definir os seus termos, reconhecia entretanto aquela diferença importante.

Definia *cousas fungíveis* aquelas das quais *se não póde usar, sem se consumirem*, ou ao menos *sem lhes alterar a natureza*, como são ordinàriamente as que constam de pêso e medida, por exemplo, o vinho, o trigo, e também o dinheiro em moeda, porque dêle se não póde usar sem o gastar; e *cousas não-fungíveis* aquelas de que *se póde usar sem se consumirem*, como os animais e os prédios.

Mas, apesar disso, escrevia:

«Esta distinção tem muito uso na jurisprudência. É necessário, porém, advertir que ela não é tão exacta que possa servir de base a todas as conclusões jurídicas, pois muitas vezes cousas, que *se consomem pelo uso*, são reputadas nas leis, nas convenções ou testamentos, como *não-fungíveis*, e vice-versa». E exemplifica com o dinheiro e com o vinho, nos termos já referidos (1).

(1) *Inst.*, § 81 e nota.

35. **Cousas divisíveis e indivisíveis.** — A noção de *divisibilidade* implica a idea de separação material de uma cousa em diversas partes; mas neste sentido a divisão aplica-se só às cousas corpóreas.

Ora em direito a divisibilidade refere-se também às cousas incorpóreas, traduzindo então uma idea de separação imaterial ou intelectual, a qual se verifica, por exemplo, no direito de compropriedade *pro partibus indivisis*, no qual cada consorte tem sôbre cada uma das partes da cousa direitos de propriedade perfeitamente iguais aos de todos os outros comproprietários, por tal modo distintos entre si, que a lei reconhece a cada um a faculdade de alienar o seu próprio direito.

E como a cada um dêstes *direitos diferentes* correspondem necessàriamente *objectos* também *diferentes*, é forçoso separar para objecto de cada um dêles uma parte não determinada *materialmente*, mas apenas *abstracta* ou *intelectualmente*, na propriedade ou cousa comum.

Cousas divisíveis são, pois, aquelas que podem ser *material* ou *intelectualmente separadas* em partes da mesma natureza do todo, sòmente menores em extensão.

E *indivisíveis* são as que nem *material nem intelectualmente podem ser separadas* em partes.

Todas as cousas corpóreas são materialmente divisíveis; mas nem todas o são juridicamente, porque muitas vezes a lei declara *indivisíveis* as cousas que não podem ser divididas sem detrimento, como, por exemplo, um animal vivo, um livro, um retrato, etc. (cód. civ., artt. 2128.° e 2145.°, cód. de proc. civ., art. 720.°).

Pelo contrário, todos os direitos subjectivos são por sua própria natureza indivisíveis, porque um direito, ou existe na sua perfeita integridade,

ou não existe, não se compreendendo o que seja a terça ou a quarta parte de um direito sôbre uma cousa, mas apenas o direito de dispor da terça ou da quarta parte dessa cousa.

Não há *direitos divisíveis*, diz um escritor, mas apenas *direitos com objecto divisível*.

Muitas vezes a lei considera como *divisíveis* ou *indivisíveis* só as cousas que podem ou não ser materialmente divididas, embora sejam idealmente divisíveis (cód. civ., artt. 2180.°, n.° 2.°, 2183.°, 2128.° e 2145.°, e cód. de proc. civ., art. 570.° e § 2.°).

Outras vezes emprega aquelas expressões no seu sentido mais geral, chegando mesmo a qualificar como *indivisíveis* cousas que, de facto, pelos menos idealmente, são divisíveis, como, por exemplo, o direito de vários coerdeiros à herança ainda indivisa (cód. civ., artt. 2015.° e 2269.°).

É que a indivisibilidade de uma cousa póde resultar da sua própria natureza (art. 2269.°), ou da disposição da lei (art. 2015.°), ou da vontade das partes (art. 731.°, n.os 1.° e 3.°).

A indivisibilidade das cousas ou dos direitos tem grande importância, pelos efeitos que produz nas relações jurídicas, como fácilmente se vê nas referidas disposições do código civil.

Um dos seus mais notáveis efeitos verifica-se no direito real do condomínio ou compropriedade, nos termos do art. 1566.°: é o direito de opção ou preferência conferido ao consorte que tiver maior quota, ou a todos, se as partes forem iguais, quando algum deles quiser vender ou tiver vendido a sua parte.

A doutrina e a jurisprudência teem-se acentuado no sentido de que aquele direito de preferência existe sempre em todos os casos de compropriedade, emquanto a cousa comum estiver

indivisa, não sendo necessário que seja realmente indivisível, como aliás se diz no art. 1566.°.

Êste modo de vêr parece ter-se tornado definitivo depois que o código de processo civil determinou no art. 848.°, n.° 7.°: «Afim de poderem usar do direito de preferência serão citados para assistirem à praça: 7.° os comproprietários quando se tratar de arrematação da parte que pertencer ao consorte na cousa *indivisa*» (1).

Quer dizer: tem-se entendido que esta disposição modificou, ou pelo menos interpretou autenticamente, a palavra *indivisível* do art. 1566.° do código civil.

Parece-nos, porém, inadmissível esta doutrina.

Não é aceitável a idea de uma interpretação autêntica: em primeiro lugar, porque as leis só são interpretativas quando como tais são expressamente formuladas, ou como tais se apresentam lógicamente pelo seu próprio conteúdo; em segundo lugar, porque a substituïção de uma palavra por outra de sentido completamente diverso, e é o caso de *indivisível* por *indivisa*, não pode ser qualificada como interpretação, pois é manifestamente uma modificação ou revogação da lei anterior.

Mas, desde que o código de processo não fez a revogação expressa do art. 1566.° do código civil, só poderia admitir-se aquela doutrina no caso de revogação tácita, isto é, se houver contrariedade inconciliável entre as duas disposições.

Mas tal contrariedade não existe; e as duas disposições conciliam-se perfeitamente, entendendo-se que o art. 848.° do código de processo manda citar os comproprietários para deduzirem o seu

(1) Dr. Vilela, em um artigo de jurisprudência crítica, no *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, VII, pág. 84.

direito de preferência, *se o tiverem;* mas é claro que só o teem, tratando-se de cousa *indivisível*, nos termos do art. 1566.° do código civil, e não apenas *indivisa*, como *inadvertidamente*, por certo, se escreveu no n.° 7.° do art. 848.° do código de processo.

Mas como a indivisibilidade pode ser *natural*, *legal* ou *voluntária*, é claro que se os comproprietários tiverem feito pacto de indivisão, nos termos do art. 2185.°, a cousa *indivisa* é *indivisível* emquanto subsistir válidamente aquele pacto, o que em certo modo explica a inadvertência do emprêgo da palavra *indivisa* em vez de *indivisível* no n.° 7.° do art. 848.° do código de processo.

Acrescente-se a isto a circunstância de que o art. 848.° é apenas uma regra de processo, tendente por um lado a assegurar convenientemente os efeitos das arrematações na execução dos devedores, e por outro lado a restringir o exercício do direito de preferência dos comproprietários citados, nos termos do § 2.° do mesmo artigo, e reconhecer-se há necessàriamente que o pensamento do código de processo não foi modificar a essência daquele direito, ampliando-o além dos limites em que o reconhece o art. 1566.° do código civil.

36. **Cousas principais e acessórias. Pertenças, frutos e bemfeitorias.** — O código civil faz referência à distinção entre cousas *principais e acessórias* no capítulo do direito de *acessão* (artt. 2289.° e segs.), embora não empregue textualmente estas expressões.

Mas outra referência, expressa e textual, é a que se encontra no art. 1843.°, ordenando que a cousa legada (a principal) deve ser entregue com os seus *acessórios*, no lugar onde, e no estado em que estiver ao tempo da morte do testador.

Coelho da Rocha definia *cousas principais* aquelas que *existem por si e para si;* e *acessórias* ou *pertenças* aquelas que estão exteriormente *unidas à principal*, ou seja pela natureza, como a aluvião, o feto, os frutos; ou pela vontade do homem, com o fim de as fazer servir ao uso perpétuo da principal, como os animais e ferramentas de lavoura a respeito dos prédios rústicos (1).

No direito de acessão (art. 2289.°) o nosso código exige, para se verificar a relação jurídica de cousa principal e acessória, que esta seja *unida* e *incorporada* àquela, e que as duas não pertençam à mesma pessoa no momento em que se estabelece a subordinação jurídica de uma à outra.

E assim, já não podem considerar-se como acessórios dos prédios rústicos os animais e instrumentos aratórios.

Entretanto é certo que a propósito do art. 1843.°, onde é expressa a referência a esta divisão das cousas, já o código não exige aquelas duas condições, sendo dispensada a primeira, e até excluída a segunda.

Mesmo no direito de acessão a lei dispensa o requesito da incorporação na hipótese do art. 2293.°.

É que no seu sentido mais geral consideram-se *acessórias* as cousas que são adjacentes a outras, ou mesmo separadas, mas que servem para lhes aumentar as utilidades, como os pátios e os jardins em relação aos prédios urbanos, e os utensílios de uma adega, de um lagar, ou de uma fábrica, em relação ao estabelecimento principal.

Mas, em todo o caso, os dois termos da divisão teem uma significação meramente relativa, pois consideradas *em si mesmas*, e por sua própria natu-

(1) *Inst.*, § 82.

reza, não há distinção real entre cousas principais e acessórias; como diz o dr. Teixeira de Abreu, a distinção só aparece quando a união das duas cousas origina a subordinação de uma à outra. E esta relação de subordinação póde dar-se:

a) entre duas cousas corpóreas (prédio e sementeiras);

b) entre uma cousa corpórea e outra incorpórea (prédio dominante e servidão); e

c) entre duas cousas incorpóreas (crédito e hipoteca) (1).

Alguns autores, como o Dr. Alves Moreira, entendem que o conceito de cousas *acessórias* é extranho ao instituto da *acessão:* «Quando, pela *acessão*, cousas que pertençam a diversos proprietários se unam ou encorporem (art. 2289.º), de modo que não seja possível separá-las sem se destruírem ou sofrerem notável detrimento, as cousas que se unem ficam formando um todo de carácter unitário, ficam sendo partes componentes, e não acessórias ou integrantes, não tendo assim aplicação o conceito de cousas acessórias, e sendo em regra pelo valor que tem de determinar-se a quem fica pertencendo o todo (art. 2299.º, 2301.º, 2302.º, § 1.º, 2306.º, § 1.º)» (2).

O certo é, porém, que nas fontes romanas se encontra em matéria de acessão a relação entre cousas principais e acessórias, bem expressa nos aforismas «*accessorium sequitur principale*», «*accessio cedit principali*». E o nosso código regula casos de acessão em que as cousas acessórias se juntam com a cousa principal, sem ficarem constituindo com esta um todo inseparável: tal é,

(1) Dr. Teixeira de Abreu, pág. 242.
(2) Dr. Alves Moreira, *Inst.*, pág. 356.

por exemplo, o dos objectos arrojados pelas correntes sôbre os prédios marginais, que ficam pertencendo aos proprietários dêstes prédios, se os donos de tais objectos não forem levantá-los no prazo de três meses ou no que judicialmente lhes fôr assinado (art. 2292.º); do mesmo modo a acessão dos mouchões e aterros, nos termos do (art. 2295.º), e alguns casos de acessão imobiliária industrial (art. 2304.º-2308.º).

Como cousas acessórias devem considerar-se as *pertenças*, os *frutos* e as *bemfeitorias*.

O nosso código regula os frutos nos art. 495.º, 497.º e outros; e as bemfeitorias nos art. 498.º-503.º e outros. Não regula especialmente as *pertenças*, porque naturalmente considera, como Coelho da Rocha, esta palavra sinónima de cousas acessórias em geral.

Parece-nos contudo que, para melhor compreensão da doutrina das cousas acessórias, convém ter presente o conceito de *pertenças* elaborado pelos autores italianos. Pertenças são as cousas que, conservando a sua individualidade e autonomia, são postas numa relação permanente de subordinação a uma outra para lhe servir de melhor uso, ornato ou complemento. Não formam parte constitutiva ou integrante do todo; dependentes jurídicamente da principal, são dela independentes no ponto de vista da função e da essência do todo, porque dêste se podem livremente separar, sem lhe alterar a função e a essência; a sua separação sòmente importa a deminuïção do valor de uso ou de perfeição da cousa principal, a cujo serviço ou ornamento elas são destinadas de modo permanente. Pode a conjunção ser também material, mas o que constitui o vínculo de subordinação jurídica é a destinação voluntária da cousa acessória posta em prática pelo possuïdor

da cousa principal para sua utilidade ou ornamento constante. Caracteres das pertenças são pois: *a*) um vínculo, que pode ser físico ou intelectual, mas sempre subjectivo, porque é criado pela vontade do possuïdor; *b*) uma afectação permanente ao serviço da cousa principal, que por isso só pode ser determinada e realizada pelo proprietário ou possuïdor normal, e não por um possuïdor eventual, como o locatário ou o possuïdor precário; *c*) destinação ou afectação realizada de facto e não apenas deliberada ou desejada.

Exemplos de pertenças são as molduras dos quadros, as estátuas à entrada das casas e as estátuas nas frontarias, e em geral todas as cousas que por afectação ao serviço permanente dum prédio como que nele se imobilizam, e por isso são pelos códigos francês, italiano e outros consideradas imóveis por destino (1).

Ora a diferença do carácter jurídico entre as duas espécies de acessões, as acessões em sentido estrito e as pertenças, está em que as primeiras, não sendo normalmente capazes de domínio separado, acompanham necessàriamente a cousa principal, de modo que alienada esta são também compreendidas na alienação; emquanto que as pertenças, tendo a sua individualidade própria, e sendo perfeitamente idóneas para uma existência separada, acompanham ou não a sorte da cousa principal, conforme se revelar a vontade do sujeito no acto jurídico da sua disposição (2).

(1) Infra, n.º 42. Mas como pertenças não podem considerar-se os móveis de uma casa, porque não são destinados ao serviço do prédio, mas das pessoas que nele moram.

(2) Ruggiero, pág. 402 e 403. Em certo modo pode dizer-se que esta doutrina inspirou o art. 1844.º e § único do nosso código.

Distintos das pertenças são os frutos.

Por *frutos* em geral entende-se os produtos ou utilidades materiais produzidas por uma cousa. Emquanto se não destacam da cousa mãe são uma parte fisicamente componente ou essencialmente constitutiva dela mesma; e depois de separados, seguem o seu destino no consumo económico.

No sentido mais amplo a palavra *frutos* designa tanto as produções orgânicas como os produtos inorgânicos, não só as formações naturais e periódicas, mas também as civis ou jurídicas, isto é, as *rendas*, *lucros* ou *juros*, que o proprietário ou possuïdor da cousa recebe pela cedência do seu uso.

Mas no sentido próprio ou técnico, *frutos* são as partes orgânicas que a cousa produz e reproduz (*quidquid ex re nasci et renasci*), quer expontâneamente, quer pela acção do homem, reproduzindo-se periòdicamente até se exgotar a capacidade reprodutiva.

O sentido jurídico não é o próprio ou técnico; o que no nosso código se vê claramente pelo art. 495.º, § 3.º, classificando os frutos em *naturais*, os que a cousa produz expontâneamente, *industriais*, os que a cousa produz mediante a indústria do homem, e *civis*, as rendas ou interesses provenientes da mesma cousa. E por outro lado emprega no art. 375.º e outros a palavra *produtos*, para significar os frutos naturais e industriais. Mas nos arts. 2252.º e 2253.º refere-se só aos frutos no sentido próprio.

Mas tambem não é no sentido mais amplo que o nosso código emprega a palavra *frutos*, porque se assim fosse abrangeria também as minas, que nem sequer são pròpriamente consideradas como objecto do direito civil, mas sim de legislação especial (art. 467.º), que é principalmente de direito administrativo (lei de 13 de abril de 1917).

Para distinguir os *frutos* dos *produtos,* diz o Dr. Alves Moreira: «nestes entra qualquer utilidade que a cousa seja destinada a produzir, haja ou não diminuição da sua substância. São frutos tanto as utilidades que a cousa produz directamente, como as que produz indirectamente, desde que essas utilidades se reproduzam periòdicamente. É assim que, não podendo considerar-se frutos as vinhas, olivais e quaisquer arbustos frutíferos, devem assim considerar-se as devesas de talhadia, as plantas de viveiro e quaisquer arvores destinadas a cortes regulares» (1).

Mas não vemos a razão porque se não possam considerar frutos as árvores frutíferas, quando como tais se consideram as não frutíferas destinadas a córte ou arranque regular, tanto mais que aquelas também se podem reproduzir periòdicamente, entrando portanto no conceito geral dos frutos.

O que nos parece é que as árvores, mesmo as de devesas de talhadia, são produtos, mas não são frutos, como resulta do confronto dos art. 2210.°, 2211.° e 2212.° com os art. 2252.° e 2253.°.

Como frutos não podem mesmo considerar-se todos os produtos das árvores, mesmo que sejam de reprodução periódica, como por exemplo a cortiça dos sobreiros e azinheiras, porque lhe é manifestamente inaplicável a regra da partilha entre o proprietário e o possuïdor de boa fé, formulada no art. 495.°, bem como o da validade da venda feita pelo usufrutuário antes do amadurecimento, formulada no art. 2252.°.

Devemos, portanto, concluir que o conceito jurídico de frutos abrange apenas os produtos orgânicos que a terra dá dentro dos respectivos períodos

(1) Dr. Alves Moreira, pág. 356.

de formação agrícola do ano económico (frutos naturais ou industriais), e além disso as rendas ou juros que as outras cousas dão pela cedência do seu uso (frutos civis) (1).

Para exacto conhecimento do regime jurídico dos frutos, é necessário ter presente a tradicional classificação dos frutos naturais e industriais, conforme o seu estado, que Coelho da Rocha sintetizou admiravelmente: «dizem-se *pendentes* emquanto estão unidos à cousa que os produziu; *percebidos* ou *colhidos,* depois que dela estão separados, e com destino de se usar deles; e estes dizem-se *exstantes* ou *consumidos,* conforme existem ainda, ou não, em poder do possuidor da cousa. Finalmente dizem-se *percipiendos* aqueles que, por dolo ou culpa lata, deixaram de se perceber (cód. civ., art. 497.°). Os frutos pendentes das cousas imóveis reputam-se também imóveis, excepto quando se dispõe deles para serem separados» (cód. civ., art. 375.° n.° 1.°) (2).

A distinção entre frutos naturais e civis tem grande importância no diverso modo como se adquirem: para os naturais é pela separação ou colheita (art. 2203.°) e tambem pelo trabalho efectivo ou presumido do possuidor (art. 495.°); para os civis vigora a regra de adquisição dia a dia (art. 495.° e 2205.°), e portanto quem tem direito a eles adquire-os como se eles amadurecessem ou se vencessem dia a dia, embora os não tenha colhido ou recebido.

(1) Note-se que a distinção entre frutos naturais e industriais é de importância mais económica do que jurídica. Em todo o caso parece-nos que também tem valor jurídico, para o efeito de se aplicar sómente aos frutos industriais a regra de partilha formulada no art. 495.°.

(2) Coelho da Rocha, § 83.

Pelo que respeita à última classe de cousas acessórias, ou bemfeitorias ou melhoramentos, ou despesas *(spese)*, como dizem os italianos, e dizia também o nosso grande Coelho da Rocha (§ 84), ainda hoje vigora a triplice distinção do direito romano: a) *necessárias*, as feitas para conservar a cousa, de modo que, se não fossem feitas, a cousa ou pereceria ou se deterioraria (art. 498.°); b) *úteis*, as feitas para lhe aumentar a utilidade ou o rendimento (art. 499.°, § 1.°), como por exemplo transformar um prado em vinha; c) *voluptuárias*, as feitas para mero embelezamento da cousa, ou gôsto e recreio do possuidor (art. 500.°, § 1.°), como, por exemplo, as plantas e fontes artificiais, as plantas naturais mas de mero luxo, as pinturas, etc. (1).

Á tripartição das bemfeitorias correspondem regras diversas a respeito da obrigação que tem o proprietário de reembolsar aquele que as fez. Essa obrigação pode ser muito diferente conforme a natureza da relação jurídica. Neste lugar limitamo-nos a indicar as regras gerais na relação jurídica entre o proprietário e o possuidor, conforme

(1) São precisamente as definições do direito romano: *Impensarum species sunt tres*, dizia Ulpiano: *aut enim necessariae aut utiles aut voluptuosae. Necessariae sunt impensae, quibus non factis dos deterior futura est, velut si quis ruinosas refecerit; utiles sunt, quibus non factis quidem deterior dos non fuerit, factis autem fructuosior effecta est, veluti si vineta et olweta fecerit; voluptuosae sunt, neque omissis deterior dos fierit neque factis fructuosior effecta est: quod evenit in viridariis et picturis similibusque rebus.*

Igualmente expressivas, e mais sintéticas, eram as definições de Paulo: *Impensae necessariae sunt, quae si factae non sint, res aut peritura aut deterior futura sit; utiles impensae esse Fulcinus ait, quae meliorem dotem faciant; voluptuariae sunt, quae speciem dumtaxat ornant non etiam fructum augent: ut sunt viridia et aquae salientes, incrustationes, loricationes, picturae.*

êste fôr de boa ou má fé. As necessárias dão sempre direito ao reembôlso, mas só o possuidor de boa fé goza do direito de retenção emquanto não fôr pago (art. 498.°). As úteis conferem sempre o direito de as levantar, não se dando deterioração na cousa; e no caso contrário direito a indemnização pelo valor delas no momento da entrega da cousa; mas só o possuidor de boa fé goza do direito de retenção (art. 499.°). As voluptuárias só dão ao possuidor de boa fé o direito de as levantar, não havendo deterioração da cousa (art. 500.° e 502.°).

37. **Cousas apropriadas e « nullius ».** — Esta divisão funda-se no facto de haver cousas que não teem dono *(res nullius)*, e que, por isso, podem ser apropriadas pelo primeiro que as quiser e puder apreender *(ocupação)*.

As cousas que fazem parte do *património* de alguém *(apropriadas)* eram pelos Romanos designadas *res in patrimonio*, em oposição às *res extrapatrimonium*, que, além das *nullius*, compreendem as *res communes*, que por sua própria natureza não são susceptíveis de apropriação individual, sendo destinadas ao uso de toda a gente, como o ar, a água, o sol, etc.

O nosso código refere-se a três espécies de cousas *nullius:* as que nunca tiveram dono, as que foram abandonadas, e as que foram perdidas não sendo reclamadas em tempo (art. 383.° e segs.); mas verdadeiramente há só as duas primeiras, porque as cousas perdidas só podem ser ocupadas, e, portanto, só se consideram *nullius*, quando se tenha dado ao facto da achada a publicidade que a lei ordena, e o seu dono não aparecendo a reclamá-las faz *presumir* que as abandonou.

É a distinção das cousas em *apropriadas* e *nullius* que dá lugar à divisão dos modos de ádqui-

rir em *originários* e *derivados*, pertencendo à primeira classe, na opinião geral, só a *ocupação*, e todos os outros à segunda.

38. **Cousas presentes e futuras.** — O código não formulou esta distinção, mas reconheceu expressamente os seus termos. Assim, ao definir a doação, referiu-a só a bens *presentes* (art. 1452.°); e no art. 1453.° declarou que a doação não pode abranger *bens futuros*, definindo estes no § único: aqueles que não se acham em poder do doador, ou a que êste não tem direito ao tempo da doação (1).

Mas como *bens* nem sempre é o mesmo que *cousas* (supra, n.os 28 e 29), torna-se necessário definir as cousas *futuras*, para se poder saber até que ponto elas poderão ser objecto das relações jurídicas.

Futura é aquela cousa que, embora ao presente não exista *in rerum natura* ou no património duma pessoa, todavia segundo o curso natural dos acontecimentos deverá ou poderá existir, ou poderá entrar no património da pessoa segundo as regras normais da actividade jurídico-económica.

Que a cousa futura não tenha existência ao presente pode, portanto, entender-se de dois modos: ou no sentido de que não tem ainda existência física, ou no sentido de que não está ainda no património do disponente (2). Em regra, acrescenta Simoncelli, as cousas futuras podem ser objecto de negócios jurídicos, aos quais, porém, é inerente a condição suspensiva: *se a cousa existir ou entrar no património do disponente.* O comerciante, por exemplo, normalmente vende cousas de outrem:

(1) Note-se porém que nas doações para casamento podem incluir-se bens futuros (art. 1166.°, 1171.° e 1175.°).

(2) Simoncelli, *Istituzioni*, pág. 140.

todos os dias promete entregar aquilo que se propõe adquirir (1).

Entretanto o princípio enunciado por Simoncelli, como regra geral, está sujeito a tais restrições, que talvez seja mais exacto formular-se no sentido inverso, isto é, que só são válidos os actos jurídicos sôbre cousas futuras nos casos em que a lei os permite.

Em comércio o princípio é verdadeiro, e o nosso código comercial faz uma aplicação dêle no art. 467.°, dispondo que são permitidas: 1.° a compra e venda de cousas incertas ou de esperanças, salvo sempre o disposto nos artt. 1556.° e 1557.° do código civil; 2.° a venda de cousa que fôr propriedade de outrem, ficando o vendedor obrigado a adquirir e entregar a cousa (§ único do art. 467.°).

Mas nas relações civis já não vigora o mesmo princípio, pois o art. 1555.° do código civil declara nulo o contracto de venda de cousa que pertença a outrem, dispondo ao mesmo tempo que ninguém pode vender senão o que fôr propriedade sua; e o art. 1556.° declara que não pode ser objecto de compra e venda a sucessão futura, assim como o art. 2042.° proíbe em princípio todos os pactos sucessórios.

Mas no sistema do nosso código não está consignada a doutrina ensinada por Simoncelli, dizendo que em face do art. 1977.° do código italiano a hipoteca só pode ser constituída sôbre cousas presentes, pois a indeterminação, que fácilmente poderia redundar na antiga situação de gravâmes e encargos gerais sôbre a terra, é incompatível com o princípio da propriedade livre, que domina no direito moderno.

(1) Simoncelli, pág. 141.

Sem nos preocuparmos agora com o sistema do código italiano, o que é certo é que no nosso a hipoteca pode abranger cousas futuras, como resulta claramente do art. 891.°, segundo o qual a hipoteca dum prédio abrange também as acessões naturais e as bemfeitorias feitas à custa do devedor, e do art. 909.°, que admite a hipoteca geral voluntária sôbre todos os bens do devedor, sem distinção entre presentes e futuros, salvo o direito de redução ou limitação da hipoteca aos prédios de valor suficiente para garantir a obrigação.

E não há inconveniente em se permitir a hipoteca geral, pois que esta garantia real só pode tornar-se efectiva pela sua inscrição no registo predial, e êste é que só pode fazer-se em relação a certos e determinados prédios (1).

39. **Cousas simples e compostas. « Universitates facti e universitates juris »** — As cousas ou constituem por si mesmas uma unidade material, ou são constituídas por uma pluralidade de cousas, cada uma das quais é em si mesma uma unidade natural. As primeiras são as cousas *simples*, as segundas dizem-se *compostas*.

As cousas compostas apresentam duas diversas modalidades: ou são tais que as suas partes constitutivas estão fisicamente ligadas ou corporalmente conexas *(universitates ex cohaerentibus)*; ou apresentam-se reünidas em grupos, mas sem aquela ligação física ou conexão corpórea *(universitates ex distantibus)* (2).

(1) *Os Princípios*, I, pág. 574.

(2) Esta distinção é devida a Pomponio, D. 30, 41, 3: *Tria autem genera sunt corporum, unum quod continetur uno spiritu, ut homo, tignum, lapis et similia; alterum quod ex contingentibus hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat,*

A importância desta distinção consiste em que muitas vezes, tratando-se de cousas compostas, para definir a relação jurídica, é necessário ver se a lei ou a vontade das partes tiveram em vista a totalidade da cousa, ou apenas as suas singulares partes componentes.

O direito, para distinguir as cousas em simples e compostas, não tomou por base os critérios da química, nem mesmo os da física, mas sim o critério filosófico, económico e social: assim, *simples* são as cousas que teem uma individualidade unitária, e como tais se consideram no uso, embora na sua estrutura física sejam compostas de várias partes ou elementos, como por exemplo um quadro, um livro, um prédio rústico sem acessórios, etc.; e *compostas* são as que resultam da conjunção ou conexão mais ou menos íntima de várias cousas simples, em que as partes componentes se podem sempre distinguir, e até eventualmente separar, e embora o todo apresente na sua composição uma individualidade mais ou menos complexa, como o navio, um móvel, a biblioteca, o rebanho, etc.

A tradicional e tríplice distinção dos objectos em simples ou unitários *(unum)*, compostos por conjunção física *(universitates ex cohaerentibus)*, e compostos por conexão económica ou social

ut aedificium, navis, armarium; tertium quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta, sed uni nomini subjecta, veluti, populus, legio, grex. Mas vê-se pelos exemplos do texto de Pomponio que esta distinção do direito romano era para os corpos, e não para as *res*, pois que o direito romano, embora considerasse como cousa o homem escravo, nunca como tal considerou a assemblea dos homens — o *populus*. Foi só mais tarde que os glosadores e comentadores, pondo de lado os exemplos de Pomponio relativos aos homens, aplicaram às cousas a distinção dos corpos.

(universitates ex distantibus), baseada na distinção romana dos três géneros de corpos, de Pompónio, passou através da elaboração do direito intermédio para o direito moderno, mantendo inalterável o seu critério fundamental, sendo apenas muito discutido (como o era já no direito romano) o conceito do *tertium genus*.

Com efeito no terceiro género, isto é, nas cousas compostas por conexão *(ex distantibus)* ainda hoje é necessário fazer a clássica distinção dos glosadores em *universitates facti* e *universitates juris*, sendo as primeiras agregados de várias cousas corpóreas, como o rebanho, a livraria, a colecção artística, etc., e as segundas um complexo de direitos ou de relações jurídicas patrimoniais, como a herança, o pecúlio e o dote.

Mas sôbre a constituïção intrínseca dêstes dois tipos de universalidades há grande divergência entre os autores, acêrca dos critérios da sua diferenciação e da sua natureza jurídica.

Para uns a *universalidade de facto* é todo o complexo de bens, sejam cousas corpóreas ou incorpóreas (compreendendo os direitos), móveis ou imóveis, homogéneas ou heterogéneas, que o proprietário reüne em conjunto para um especial destino económico, e trata como um todo uno, independente das eventuais modificações ou da subsistência dos singulares elementos que o compõem. Para outros a universalidade de facto é só o conjunto das cousas corpóreas, móveis e homogéneas, reünidas de modo a formar uma unidade para um fim social e económico.

E *universalidade de direito* é para uns todo o complexo de relações jurídicas e de bens, cousas móveis e imóveis, a que a lei atribui uma unidade jurídica, reconhecendo-lhe certos e determinados efeitos; e para outros é sòmente o complexo de

relações jurídicas, a que a lei atribui a unidade e determinados efeitos (1).

Sem nos preocuparmos com a análise minuciosa do exame das diferentes colecções ou conjunções de cousas, para se averiguar, uma por uma, quais devam considerar-se como simples universalidade de facto, e quais devam merecer o título de universalidade de direito, vejamos se é possível fixar um critério positivo de distinção.

Carácter comum das duas espécies é que a existência da *universitas* é independente da subsistência e da permanência no agregado dos seus singulares componentes: a mudança dos elementos póde fazer mudar o valor económico, mas não o valor jurídico da unidade do conjunto. É o que se chama o princípio da subrogação.

A propósito das *universitates juris* (*hereditas, dos, peculium*) criou-se no direito romano, e desenvolveu-se depois no direito comum, o conceito de uma acção universal *(in rem actio universalis)*, e a máxima da subrogação real expressa na fórmula «*res succedit in locum pretii, pretium succedit in locum rei*», como caracteres distintivos desta espécie de universalidades.

Os autores modernos revelam uma grande hesitação em aceitar êstes institutos, mas nem por isso se deve crêr que êles tenham sido abandonados, diz justamente Simoncelli. E o grande Filomusi Guelfi com razão observou que é um grave êrro considerar pura e simplesmente abolidos certos conceitos, os quais não são incompatíveis com o direito moderno, mas que pelo contrário nele se

(1) Ruggiero, pág. 398, e autores aí citados; Coviello, pág. 371 e 372; Simoncelli, pág. 141 e 142; Ferrara, pág. 797 e seg.

conservam, sendo apenas modificado o seu conteúdo (1).

Entretanto é certo que o simples critério da acção universal e do princípio da subrogação real dos diversos elementos da universalidade não é suficiente para caracterizar uma universalidade de direito.

Tipo incontestado de *universitas juris* é a herança, e contudo, embora ela seja em princípio garantida pela acção universal da *petitio hereditatis* (art. 2014.º-2017.º do cód. civ.), é certo que diversos elementos duma herança podem já ter passado para o património de terceiros, por qualquer título legítimo, não podendo por isso ser abrangidos pela acção universal. E por outro lado, pode ter-se dado subrogação real de algumas partes da herança, com que o herdeiro não seja obrigado a conformar-se, tendo por isso direito a rehavê-las.

E, se é certo, pois, que a acção universal e a subrogação não são características da *universitas juris*, também é verdade que podem verificar-se em algumas cousas compostas, que certamente não são universalidades de direito.

Dado o conceito da acção no direito moderno, que perdeu o carácter excessivamente formulário e sacramental do direito antigo, pode até dizer-se que hoje todas as universalidades de bens são garantidas por uma acção universal, e que o seu titular pode por meio dela pedir tanto os objectos que a constituíam, como os valores que no lugar deles hajam sido subrogados.

Parece-nos que o melhor critério para caracterizar a *universitas juris* é o ensinado pelo eminente civilista e professor Ruggiero, o qual consiste precisamente na unidade reconhecida e declarada pela lei para certos efeitos práticos.

(1) Simoncelli, pág. 142.

Carácter da *universitas juris*, diz Ruggiero, é, por um lado, o reconhecimento que a lei faz do agregado como uma unidade jurídica sujeita a regras particulares, prescindindo dos singulares componentes; e, por outro lado, ser êle um complexo de relações jurídicas, e não apenas de relações e cousas corpóreas, pois que nele não são tomados em consideração os singulares bens, quer móveis quer imóveis, sôbre os quais as relações são constituídas, mas as próprias relações que aos bens se referem, isto é, os direitos que sôbre eles são constituídos. É, em outros termos, *universitas juris* todo o complexo de direitos (propriedade, obrigações, direitos reais) que pertencem a uma pessoa, e nela se concentram como seu património. Tipo fundamental é a *hereditas*, mas além desta são também universalidades de direito, segundo a nossa opinião, aliás contestada por alguns (1), o património do falido, o do ausente, o dote e outros patrimónios especiais, considerados como uma massa distinta dos seus elementos. Também, dum modo geral, pode dizer-se que todas estas figuras se reduzem sempre ao tipo universal do património, mas não o património em geral, porque êste não pode ou não deve considerar-se como *universitas juris*, mas só os *patrimónios especiais* ou *separados*, que a lei, para um determinado fim, trata como unidades sujeitando-os a um regulamento diverso do dos singulares direitos (2).

Concordamos com a doutrina de Ruggiero,

(1) Gianturco, *Sistema di diritto civile italiano*, I, § 43; Coviello, *Manuale*, § 81.

(2) Ruggiero, págs. 398 e 399.

que até para nós tem o particular interesse de excluír da categoria da *universitas* o património central da pessoa, que sendo um elemento essencial da personalidade, só por morte do titular pode passar à categoria de cousa integrando-se no conceito objectivo do património hereditário, e só então é *universitas juris*.

Por outro lado, a aplicação do critério da unidade jurídica reconhecida pela lei conduz lògicamente a uma ampliação das *universitates juris*, além dos limites indicados por Ruggiero.

É assim que, pelo menos no sistema do nosso direito, não podemos deixar de considerar como *universitates juris* o estabelecimento comercial ou industrial, que como tal é reconhecido pelo art. 9.° da lei n.° 1662, de 4 de setembro de 1924 (inquilinato) e, dum modo geral, todas as empresas comerciais, que pelo código comercial (art. 230.°) até são consideradas como pessoas (1).

E também não podemos deixar de considerar como *universitas juris* o rebanho, quando fôr objecto de um usufruto (art. 2225.°) ou de uma parceria (artt. 1304.°-1317.°).

Finalmente todos os patrimónios que constituem o fundo económico ou o capital duma pessoa colectiva não podem deixar de ser uma *universitas juris*.

(1) *Sociedades e empresas comerciais*, cap. VI.

CAPÍTULO IV

CLASSIFICAÇÃO LEGAL DAS COUSAS

SUMÁRIO:

40. — Cousas no comércio e fóra do comércio.
41. — Cousas móveis e imóveis. Conceito e alcance desta classificação.
42. — Sistema do código na determinação dos imóveis e dos móveis. Subdivisão de uns e outros.
43. — Significação das expressões *imóveis* e *imobiliários*, *móveis* e *mobiliários*.
44. — Significado da expressão *móveis de tal casa ou prédio*.
45. — Imóveis por natureza e mediante a acção do homem. — Prédios rústicos e urbanos.
46. — Imóveis por disposição da lei. — Produtos dos prédios rústicos.
47. — Partes integrantes dos prédios rústicos e urbanos.
48. — Direitos inerentes aos prédios rústicos e urbanos.
49. — Fundos consolidados e outras cousas por lei imobilizadas.
50. — Cousas móveis. Suas espécies.
51. — Cousas públicas, comuns e particulares. Fundamento desta classificação.
52. — Noção e caracteres distintivos das cousas públicas, comuns e particulares.
53. — Propriedade das cousas públicas e comuns. Domínio público.
54. — Enumeração das cousas públicas. Estradas e caminhos.
55. — Cousas comuns. Baldios.
56. — Cousas particulares. Domínio privado.

40. **Cousas no comércio e fóra do comércio.** — Esta é a primeira classificação legal das cousas (artt. 370.°-372.°).

«*Podem ser objecto de apropriação todas as cousas, que não estão fóra do comércio*», diz o art. 370.°.

E, portanto, são *cousas do comércio* todas as que podem ser apropriadas.

«*As cousas podem estar fóra do comércio, por sua natureza, ou por disposição da lei*» (art. 371.°).

«*Estão fóra do comércio, por sua natureza, aquelas que não podem ser possuídas por algum indivíduo exclusivamente; e, por disposição da lei, aquelas que a mesma lei declara irreduzíveis a propriedade particular*» (art. 372.°).

As cousas fóra do comércio, por sua própria natureza são as *res communes* dos romanos, aquelas que não podem de facto ser possuídas exclusivamente pelo homem, como o ar, o sol, o mar, etc., sendo apenas possível apropriar-se uma fracção limitada delas, como um frasco de ar, uma bilha de água, etc.

E, por ser natural e física a impossibilidade de as apropriar no seu conjunto, dizem alguns escritores que elas não cabem nesta classificação, afirmando que as *res communes nec in commercio nec extra commercium sunt.*

As cousas de que todos podem utilizar-se, dizem, mas que são por natureza *inexauríveis* pelo uso, não são cousas *fóra do comércio,* mas cousas cujo comércio é impossível (1).

É que êstes escritores atendem só ao sentido próprio ou técnico das cousas, emquanto que o nosso código as considerou no sentido lato.

Na doutrina dêsses escritores só há uma classe

(1) Bianchi, *Dei beni, della proprietà, e della communione*, parte 1.ª, IX, 67; Zachariae, *Le Droit civil français*, I, § 175.

de cousas *extra commercium,* e são aquelas que, sendo naturalmente apropriáveis, não podem por disposição da lei entrar no património individual.

A diferença entre as duas classes de cousas *extra commercium* é fundamental: emquanto que a não-comercialidade das primeiras é *perpétua* e *absoluta*, a das segundas é *acidental* e *limitada,* pois se verifica e existe sòmente quando, e emquanto, o interesse público o exige.

A situação jurídica das cousas que só por disposição da lei estão fóra do comércio é verdadeiramente excepcional, e, portanto, devem considerar-se *no comércio* todas aquelas *que não forem pelo legislador declaradas irreduzíveis a propriedade privada.*

Cousas *fóra do comércio* por disposição da lei são, por exemplo, as estradas, ruas e fontes públicas, porque a lei as destina ao uso de toda a gente.

Mas entram no comércio logo que deixam de servir para o uso público, como se, por exemplo, as fontes ou as estradas foram abandonadas, por se tornarem impróprias ou desnecessárias para o uso público.

Esta doutrina, unânimemente ensinada pelos autores, foi entre nós expressamente consignada, entre outros diplomas, na lei de 6 de junho de 1864, art. 4.°, e no regulamento de 31 de dezembro do mesmo ano, onde se dispõe que as estradas e ruas municipais são do domínio público, tornando-se bens municipais logo que deixam de ter o primitivo destino.

Para que uma cousa se considere fóra do comércio não é suficiente que a lei a declare *inalienável* e *imprescritível,* pois há cousas que a lei declara inalienáveis e imprescritíveis, e que, toda-

via, estão no comércio. É necessário que a *inalienabilidade* e *imprescritibilidade* sejam absolutas e permanentes, pelo menos emquanto durar a sua situação especial, e não apenas dependentes de certas formalidades ou restrições, como acontece com os bens dotais, os bens dos menores, os bens nacionais e os das corporações administrativas, e outros semelhantes.

Os bens dotais são *inalienáveis* (art. 1149.º) e *imprescritíveis* (art. 1152.º), mas não estão fóra do comércio, porque a sua inalienabilidade e imprescritibilidade são temporárias, limitadas à duração do matrimónio, e, mesmo na constância dêste, relativas a certas condições (artt. 551.º, n.º 3.º, e 1149.º e seus números).

O mesmo é de dizer dos bens dos menores e de pessoas a êles equiparadas para certos efeitos, como os dos dementes e os das corporações administrativas, que só podem ser alienados mediante certas formalidades.

A distinção das cousas que estão no comércio ou fóra dêle aplica-se também aos direitos ou cousas incorpóreas.

Estão fóra do comércio, por sua própria natureza, todos os direitos que não teem um equivalente pecuniário, embora sejam de grande importância, como os direitos *políticos* e os relativos ao *estado* e à *capacidade civil*, que, em vez de fazerem parte do património do indivíduo, vão integrar-se na sua personalidade jurídica; e fóra do comércio por disposição da lei estão todos os direitos que a mesma lei declara de uso público ou comum, como as servidões públicas, e o direito dos visinhos de qualquer corrente a usarem das suas águas para os seus gastos domésticos (art. 440.º e § 3.º).

41. **Cousas móveis e imóveis. Conceito e alcance desta classificação.** — A segunda classificação legal das cousas é estabelecida no art. 373.º, e os seus termos são fixados nos artt. 374.º-378.º.

«*As cousas são imóveis ou móveis*», diz o art. 373.º.

Atendendo à própria natureza das cousas, há, com efeito, umas que não podem deslocar-se de um lugar para outro, pelo menos sem alterar o seu modo de ser, como são a propriedade territorial e urbana; emquanto que outras podem, e algumas até precisam, deslocar-se para realizar o seu próprio destino, como a mobília, os livros, o vestuário, os animais, os instrumentos e as máquinas.

Mas o conceito jurídico desta distinção não coïncide com a noção física ou natural da *imobilidade* e da *mobilidade*.

Em primeiro lugar, a lei considera como imóveis certas cousas que, por sua natureza, são móveis (art. 375.º, n.ºs 1.º e 3.º). E, em segundo lugar, a classificação legal abrange também os *direitos*, que, por sua própria natureza, não podem dizer-se móveis nem imóveis (artt. 375.º, n.º 2.º, e 376.º).

O dizer-se, pois, como o diz o código, na epígrafe do título II do livro I da segunda parte, que esta classificação é baseada na natureza das cousas, refere-se não só à natureza física, mas também à sua natureza ou situação jurídica.

Quer dizer: traduzindo-se a distinção das cousas em *móveis* e *imóveis* em uma diversidade profunda do regimen jurídico a que elas estão subordinadas, tornou-se necessário declarar imóveis certas cousas que, apesar de o não serem realmente, precisam de ser colocadas numa situação jurídica idêntica, quer pela sua importância, quer pela sua ligação com outras cousas que são imóveis.

Com efeito, o regimen jurídico das cousas é muito diverso, conforme são móveis ou imóveis. Assim:

a) As associações ou corporações perpétuas não podem adquirir por título oneroso *bens imobiliários*, excepto sendo fundos consolidados; e devem converter em bens desta espécie todos os imóveis que adquirem por título gratuito (art. 35.°);

b) Os curadores definitivos do ausente só em caso de urgente necessidade podem alienar os *bens imobiliários*, sendo-lhes porém lícito alienar os móveis (art. 76.°);

c) Os *bens imobiliários* dos menores só podem ser vendidos em hasta pública, ao passo que os móveis de pequeno valor o podem ser particularmente (artt. 267.° e 268.°);

d) Só os *móveis* são objecto de ocupação, nos termos dos artt. 383.° e segs., segundo a doutrina geralmente estabelecida;

e) O prazo e os requesitos da posse para a prescrição dos imóveis são mais rigorosos que para a dos móveis (artt. 517.° e segs.);

f) Só os imóveis podem ser hipotecados (artt. 888.° e 889.°);

g) Os direitos do marido sôbre os mobiliários do casal são muito mais amplos do que sôbre os imobiliários (artt. 1118.°, 1119.°, 1148.°, 1149.°, etc.);

h) Algumas propriedades imperfeitas, como a servidão (art. 2267.°), só se podem constituir sôbre imóveis, assim como certos contractos só podem ter por objecto bens móveis, a usura, por exemplo, e outros só imóveis, por exemplo, o arrendamento;

i) A alienação dos imóveis exige formalidades externas muito mais complicadas, exigindo escritura pública acima de certo valor, estando, em geral, sujeita ao pagamento da contribuïção de registo, e à formalidade do registo, para produzir efeitos com relação a terceiros.

A grande importância social e jurídica desta distinção foi acentuada principalmente no direito da idade média, não só porque a propriedade territorial foi por tal fórma considerada, que chegou a conferir aos senhores feudais o poder da soberania, mas ainda porque a propriedade mobiliária, além de ser de valor económico relativamente muito inferior, foi considerada com tal desfavor, que a respeito dela se formulou o anacrónico princípio — *vilis mobilium possessio*.

Mas nos tempos modernos, em que o progresso da indústria, especialmente a fabril e o comércio, imprimiu à riqueza mobiliária um tal valor e desenvolvimento, que bem iguala a imobiliária, se é que a não excede, compreende-se bem que a importância de tal distinção tenha decrescido até ao ponto de se reclamar a identificação do regimen jurídico das duas classes de cousas (1).

Em todo o caso é certo que a identificação completa seria arbitrária e inconveniente, por ser contrária à própria natureza das cousas e às próprias necessidades da vida jurídica, pois é certo que entre os móveis e imóveis há diferenças tão profundas, que a lei não poderia artificialmente apagar.

42. **Sistema do código na determinação dos imóveis e dos móveis. Subdivisão de uns e outros.** — O legislador adoptou nesta determinação o sistema *a contrário sensu* ou da exclusão de partes.

Determinou os imóveis nos artt. 374.° e 375.°, estabelecendo três grupos ou espécies:

a) *Imóveis naturalmente* (prédios rústicos);

(1) Cfr. Cimbali, *La Nuova fase del diritto civile*, n.° 139.

b) *Imóveis mediante a acção do homem* (prédios urbanos); e

c) *Imóveis por disposição da lei* (produtos e partes integrantes, direitos sôbre prédios, e fundos públicos imobilizados).

E no art. 376.° declarou móveis por natureza todos os objectos não compreendidos nos artt. 374.° e 375.°, e, por disposição da lei, todos os direitos não compreendidos no n.° 2.° do art. 375.°.

Era o sistema do projecto do código civil espanhol de 1851, que especificava os imóveis no art. 380.°, e declarava no art. 381.°: «Todos os bens não compreendidos no artigo anterior são móveis, ou tais se consideram por lei».

Êste processo de determinação foi resolutamente aplaudido por Goyena, o notável comentador do referido projecto (1).

Mas a maior parte dos códigos civis (francês, italiano, mexicano, argentino, brasileiro, etc.) não adoptaram êste sistema, incluindo o próprio código espanhol, que depois de estabelecer no art. 335.° o princípio de que são móveis todos os objectos susceptíveis de apropriação que não foram declarados móveis no artigo anterior, acrescenta—«*I en general todos los que pueden transportar-se ó ser transportados de un punto á otro sin quebrantar para ello su unión con una cosa immoble*». E no art. 336.° menciona alguns móveis incorpóreos, como as rendas ou pensões vitalícias ou hereditárias.

Mas julgamos preferível o sistema do nosso código, porque, além de ser de uma perfeita exactidão, evita as dúvidas que naturalmente ocorre-

(1) Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios del Codigo civil Espanol*, 1, pág. 344.

riam no confronto entre a enumeração e a definição dos móveis e imóveis, por mais cuidado que os legisladores pusessem na redacção.

Na especificação dos imóveis o nosso código parece ter tido por fonte o código francês, modificando-o apenas no sentido de corrigir os defeitos apontados por alguns dos seus comentadores.

Os códigos francês (art. 517.° e seg.) e o italiano (artt. 407.° a 413.°) estabeleceram três classes de imóveis:

a) *Imóveis por natureza,* compreendendo o solo e os edifícios (art. 518.°), os moinhos de água ou de vento (art. 519.°), os produtos do sólo emquanto a êle ligados (art. 520.°), e ainda, na opinião de alguns, os tubos ou aquedutos destinados a conduzir águas para os prédios (art. 523.°);

b) *Imóveis por destino,* compreendendo — 1) os objectos que o *proprietário* colocou num prédio, para a sua *exploração* ou *serviço* (animais, utensílios, sementes, etc.) e — 2) todos os efeitos mobiliários que o proprietário ligou ao prédio para aí permanecerem perpetuamente;

c) *Imóveis pelo objecto a que se aplicam,* compreendendo todos os direitos que teem um imóvel por objecto (usufruto de prédios, servidões, acções de revindicação de imóveis, etc.).

Para os móveis o código francês estabeleceu duas classes:

a) *Móveis por sua natureza,* compreendendo os objectos que podem transportar-se dum para outro lugar, quer por si mesmos *(semoventes),* quer por efeito de uma fôrça estranha (cousas inanimadas); e

b) *Móveis por disposição da lei,* compreendendo os direitos que teem os móveis por objecto, por exemplo, as obrigações e as acções que teem por objecto somas exigíveis ou efeitos mobiliários,

e as rendas, quer perpétuas quer temporárias, do Estado ou dos particulares (artt. 527.°-529.°).

Esta doutrina do código francês foi vivamente criticada pelas razões seguintes:

a) emprega fórmulas diferentes para exprimir ideas perfeitamente idênticas — *imóveis pelo objecto* e *móveis por disposição da lei;*

b) qualifica de *imóveis por natureza* cousas que realmente o não são, incluindo os próprios edifícios;

c) a qualificação de *imóveis por destino* não tem base scientífica; e ainda que se admita, o que não se compreende é o motivo porque os objectos ligados a um prédio só são imóveis quando a ligação seja efectuada pelo *dono* do prédio; e

d) a especificação do código francês não abrange todos os imóveis possíveis, e daí resultou a necessidade de criar uma nova classe — os *imóveis por disposição da lei* — para abranger os objectos que posteriormente foram legalmente imobilizados, como as acções do Banco de França, que podem ser imobilizadas por seus proprietários, por meio de uma simples declaração.

Foi no sentido de evitar estes defeitos que o nosso legislador fez a especificação dos imóveis, nos artt. 374.° e 375.°.

Entretanto a tripartição dos imóveis no nosso código também póde ser objecto de reparos.

Por um lado, a determinação das três categorias de imóveis não obedece a um critério definido de diferenciação, porque se é verdade que os prédios urbanos não são imóveis por sua natureza, então só o podem ser por disposição da lei, o que nos levaria a admitir apenas duas classes de cousas imóveis.

E se com a distinção entre os *prédios urbanos* e os *imóveis por disposição da lei* se pretendeu indicar as diversas causas da imobilização das cousas, que não são imóveis por sua natureza, deveriam antes agrupar-se os imóveis nas três classes propostas pelo Dr. Teixeira de Abreu:

a) *por natureza* — o sólo ou o terreno;

b) *por incorporação no sólo*, real ou fictícia — prédios urbanos, produtos dos prédios rústicos e partes integrantes dos prédios rústicos e urbanos; e

c) *por disposição da lei* — os fundos imobilizados, e quaisquer outras cousas que por lei forem declaradas imóveis (1).

Mas é certo que estes reparos são de carácter meramente doutrinal, não influindo essencialmente na determinação jurídica dos imóveis.

Entre os imóveis por natureza e todos os outros há uma diferença fundamental, que os torna inconfundíveis: os primeiros são *perpetuamente* imóveis, emquanto que a imobilização dos segundos, sendo artificial, póde cessar, ou pela vontade do homem, ou independentemente dela, como quando se corta uma árvore ou quando um edifício é demolido pela acção das fôrças naturais.

Desaparecendo a causa da imobilização, volta a cousa à condição de móvel.

43. **Significação das expressões imóveis e imobiliários, móveis e mobiliários.** — Da doutrina exposta resulta que só os *imóveis* e os *móveis por natureza* merecem rigorosamente esta qualificação; quando muito, na expressão *imóveis* poderia também compreender-se os prédios urbanos.

Por esta razão, e ainda porque na antiga jurisprudência havia grandes incertezas sôbre a signifi-

(1) Dr. Teixeira de Abreu, pág. 262 e 263.

cação e alcance das palavras *môvel* e *imóvel*, quando empregadas na lei, ou nos actos e contractos, pareceu ao autor do código muito conveniente dar uma definição legal destas expressões, atribuindo-lhes o seu rigoroso sentido, e adoptando a tradução das palavras francesas *immobilier* e *mobilier*, para significar conjuntamente os imóveis ou os móveis por natureza e os que por disposição da lei são incluídos em uma ou outra das duas categorias (1).

Tal é a explicação do art. 377.º e seu § único, onde se dispõe:

«Quando na lei civil ou nos actos e contractos se usar da expressão «*bens ou cousas imobiliárias*», *sem outra qualificação*, compreender-se hão 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, cousas ou bens imóveis*», esta expressão significará só os que o são por natureza, ou mediante a acção do homem.»

«§ único. Da mesma sorte a expressão «*bens ou cousas mobiliárias*» abrangerá, tanto os móveis por natureza, como os que o são por disposição da lei; e pelas palavras «*móvel, cousas ou bens móveis*» entender-se hão só os objectos materiais, que por natureza são móveis.»

Todavia o próprio legislador emprega por vezes a palavra *imóveis* com a significação geral de *imobiliários*, como, por exemplo, nos artt. 1461.º, 551.º, n.º 3.º (comparado com o art. 1119.º), e 745.º (comparado com o art. 1571.º).

(1) Esta origem das expressões *imobiliários* e *mobiliários* foi expressamente declarada pelo autor do projecto do código, em sessão da comissão revisora de 29 de março de 1860, como consta das respectivas *Actas*, a pág. 14.

Desta circunstância e das palavras «*sem outra qualificação*», conclue-se que o preceito do art. 377.º não é sempre *imperativo* ou *preceptivo*, mas apenas *interpretativo* ou meramente *subsidiário*, para o caso em que a intenção do legislador ou das partes não seja diversamente manifestada.

E assim os nossos mais autorizados civilistas teem entendido que no art. 377.º o legislador se limitou a estabelecer uma presunção, que póde ser invalidada por prova em contrário, nos termos gerais de direito, sendo lícito produzir qualquer meio de prova, como os documentos, as testemunhas, ou mesmo outras presunções de facto (art. 2519.º), para demonstrar que as palavras a que se refere o art. 377.º não foram empregadas no sentido em que ali se definem (1).

Parece-nos porém que esta doutrina exagera muito o carácter interpretativo e subsidiário da regra do art. 377.º.

Com efeito, êste artigo dá a definição legal das palavras *imóvel* e *imobiliário*, *móvel* e *mobiliário*, quando empregadas *sem outra qualificação*.

Portanto essa *outra qualificação* só póde alterar a significação legal das referidas palavras, quando se encontrar também na lei, ou no acto ou contracto em que as mesmas palavras foram empregadas. Entendemos, pois, que não é lícito invocar qualquer meio de prova que seja estranho ao mesmo acto ou contracto.

É assim que nos citados artt. 1461.º, 551.º, n.º 3.º, e 745.º, a palavra *imóveis* tem a significação de *imobiliários*, precisamente porque na própria lei se encontra outra *qualificação*, que lhe faz atribuir êsse sentido.

(1) Dr. Teixeira de Abreu, pág. 267.

É certo que o art. 377.°, entendido assim, como definição legal, e não como uma simples presunção, tem o inconveniente de atribuir muitas vezes às palavras um significado diverso do que seria a intenção das partes, pois que a significação dos vocábulos é variável com o gráu de cultura das pessoas, com o seu diverso significado nas diferentes localidades, e com muitas outras circunstâncias.

Mas ao mesmo tempo tem a vantagem de evitar a complicação das demandas judiciais, com todo o cortejo de produção das provas testemunhais.

Como aplicações práticas do preceito do art. 377.° indicamos as seguintes:

a) O legado dos *móveis* compreende, além da mobília pròpriamente dita, o dinheiro de contado, jóias, livros, numa palavra: todos os objectos materiais susceptíveis de se transportarem dum lugar para outro, ou por si, ou por fôrça estranha, e que não forem por lei declarados imóveis;

b) A expressão *bens mobiliários*, empregada num testamento, compreende o *dinheiro*, as *acções de bancos* e *companhias* e as *inscrições não imobilizadas*, salvo se de outras palavras se reconhecer que outra foi a intenção do testador;

c) Quando o testador deixa *todos os seus móveis*, nesta disposição compreendem-se os *coupons* e as *dívidas activas;*

d) O legado de *móveis, semoventes* e *géneros*, não compreende o direito a receber determinada quantia devida ao testador (1).

44. **Significado da expressão «móveis de tal casa ou prédio».** — No art. 378.° determina o código a significação da frase — *móveis de tal casa ou prédio* — onde naturalmente se modifica o sentido geral e legal da palavra *móveis*.

(1) Dr. Teixeira de Abreu, pág. 270 e nota.

Diz o art. 378.°:

«Todas as vezes que nos actos e contractos se usar da expressão «móveis de tal casa ou prédio» compreender-se há nela só o que se chama *mobília, utensílios* ou *alfaias, salvo se outra fôr conhecidamente a intenção das partes.*»

Refere-se o art. 378.° apenas aos *actos* e *contractos*, e não à *lei*, porque tendo esta um carácter de generalidade, não pode referir-se a certos e determinados prédios.

No artigo define-se o sentido da expressão «*móveis de tal casa ou prédio*», mas não se define o significado das palavras — *mobília, utensílios* e *alfaias* — o que deixa a definição ainda incompleta, competindo à jurisprudência a missão de a completar.

Coelho da Rocha considerava como sinónimas as expressões *mobília, trastes* e *alfaias* da casa, dizendo que, na falta de declaração, só compreendiam os móveis *destinados ao uso e ornato das casas*, como cadeiras, leitos, mezas, espelhos, relógios e outros objectos desta natureza, bem como as estátuas, quadros e porcelanas, se aí estivessem para decoração, e não para outro fim, como para ajuntar em colecção. E acrescentava que assim se devia entender a venda ou o legado de *uma casa mobilada* ou *com todos os móveis* (1).

No projecto primitivo do código dizia-se apenas *mobília ou trastes;* o acrescentamento da palavra *alfaias* mostra bem que o legislador adoptou a doutrina de Coelho da Rocha, pois que a simples substituïção de *trastes* por *utensílios* em

(1) *Inst.*, § 78, nota.

nada altera o sentido da expressão, sendo certo que estas duas palavras devem considerar-se equivalentes.

O código não definiu cada uma destas palavras, certamente para que se tomasse sempre na devida consideração o sentido em que elas são empregadas *no uso vulgar,* o que bem se mostra nas expressões — *o que se chama e salvo se outra fôr conhecidamente e intenção das partes.*

De modo que, não sendo uniforme em todo o país o significado das referidas palavras, é necessário recorrer ao *uso e linguagem comum* dos diversos lugares, para determinar em cada caso o sentido da expressão — *móveis de tal casa ou prédio.*

E, com efeito, na linguagem usual há importantes diferenças entre *mobília, utensílios* e *alfaias,* embora se refiram sempre a objectos do uso ou ornato das casas.

Torna-se, pois, necessário averiguar a significação de cada uma destas palavras, sobretudo para quando, em vez de se empregar a expressão do art. 378.º, se empregam só algumas daquelas três palavras.

Como *mobília* consideram-se geralmente os móveis que servem para adôrno e guarnecimento das casas, com o fim de prestar ao homem a comodidade e o bem estar próprios da habitação, como leitos, mezas, cadeiras, sofás, tapetes, espelhos, etc., não ultrapassando os objectos destinados aos usos ordinários em uma casa de moradia.

A palavra *utensílios* compreende só os instrumentos que se empregam no trabalho próprio da casa, como o trem de cosinha e o da adega, ou mesmo ainda os da lavoura, embora a estes se chame também *alfaia agrícola* (Lobão, *Casas,* § 369.º).

Por *alfaias* entende-se geralmente os objectos

de uso pessoal, parecendo que neste sentido é empregada a palavra no art. 882.º, n.º 2.º.

Mas em todo o caso, no sentido do art. 378.º, que deve ser o mesmo de Coelho da Rocha, estas diferentes palavras compreendem apenas os objectos *destinados ao uso ou ornato da casa.*

Alguns jurisconsultos, procurando determinar por exclusão o conteúdo das palavras *móveis de tal casa ou prédio,* dizem que não compreendem o dinheiro, os créditos, as jóias, os livros, equipagens, objectos para colecções, frutos arrecadados, provisões e fazendas de comércio, louças, medalhas, instrumentos de artes ou ofícios, animais, armas, estátuas, roupas, etc. (1).

Mas há certamente exclusão demasiada nesta enumeração, porque, pelo menos, as louças e as roupas, sendo destinadas ao serviço da casa, não podem deixar de se incluir na expressão de alfaias ou de utensílios, ou mesmo de mobília, se quiserem. Do mesmo modo as estátutas, se forem destinadas ao ornato da casa.

Devendo entender-se a expressão do art. 378.º restrita aos móveis de *uso* ou *ornato* da casa, deve atender-se a que, por um lado, não abrange toda a mobília que na casa se encontrar, como a que seu dono ali tivesse para negócio ou para depósito temporário, assim como, por outro lado, pode abranger objectos que no momento do acto jurídico ou dos seus efeitos lá se não encontrem, como, por exemplo, a mobília que estiver em casa do estofador ou marceneiro, a fim de ser concertada.

O art. 378.º não só é meramente *interpretativo* ou *subsidiário,* como o art. 377.º, mas consti-

---

(1) Dr. Dias Ferreira, I, 269; Delfim Maia, *Revista dos Tribunais,* VI, pág. 129.

tui uma simples presunção, que pode ser ilidida por prova em contrário, como resulta da sua parte final «*salvo se outra fôr conhecidamente a intenção das partes*».

No art. 1832.º determina o código o alcance da expressão «*casa com tudo que se achar dentro dela*», quando empregada em testamento, dispondo que não se consideram como legadas também as dívidas activas, ainda que na casa se encontrem os respectivos documentos; mas a expressão compreende, portanto, todos os outros móveis que lá se encontrarem.

Divergem, porém, as opiniões sôbre o sentido da mesma frase, quando empregada em acto *inter vivos*, dizendo o Dr. Dias Ferreira que abrange também aquelas dívidas, em vista de ser especial a regra do art. 1832.º; outros, porém, pronunciam-se em sentido contrário, com o fundamento de que o referido artigo corresponde ao significado usual das palavras, devendo por isso observar-se em todos os casos, pois que as dívidas, sendo cousas incorpóreas, não podem considerar-se existentes no lugar onde se encontram os títulos, que mais não são do que meios de prova da existência do crédito (1).

Nas *dívidas activas* compreendem-se também as *inscrições* e quaisquer outros títulos da dívida pública, bem como as acções e obrigações de qualquer emprêsa ou companhia, porque todos estes títulos são de créditos, e, portanto, *dívidas activas*, embora o Dr. Dias Ferreira, sem aduzir razões, se pronuncie em sentido contrário (2).

(1) Dr. Teixeira de Abreu, pág. 275; *Revista dos Tribunais*, VI, 129.

(2) Dr. Dias Ferreira, I, pág. 209; Dr. Teixeira de Abreu, pág. 275; nosso livro *Sucessões e direito sucessório*, I, n.º 84.

Mas será também o preceito do art. 1832.º aplicável ao legado que se referir a um móvel, como armário, secretária, cofre, baú, ou outro semelhante?

Neste caso entendemos que já não tem aplicação o art. 1832.º, porque, precisamente, por ser de carácter restritivo, não deve ampliar-se além dos seus precisos termos, o que seria contrário à vontade do testador, se êste tivesse por hábito guardar no móvel legado os títulos que lá se encontrassem.

45. **Imóveis por natureza e mediante a acção do homem — prédios rústicos e urbanos.** — A determinação destas duas classes de imóveis encontra-se no art. 374.º:

«São imóveis, ou naturalmente, ou mediante a acção do homem, os prédios rústicos e urbanos.

«§ único. Por prédio rústico entende-se o solo ou terreno, e por prédio urbano qualquer edifício incorporado no solo».

Esta determinação consiste, pois, em fixar as três noções — de *prédio*, de *prédio rústico*, e de *prédio urbano*.

A palavra *prédio*, no seu sentido jurídico próprio, significa *uma fracção limitada do solo ou terreno, compreenda ou não qualquer edifício, e que faz parte do património de alguém*.

Com efeito, embora o § único do art. 374.º, na definição de prédio rústico, pareça tomar a palavra *prédio* num sentido mais amplo, é certo que esta palavra não pode aplicar-se ao solo tomado no seu conjunto, porque, se assim fosse, ficaríamos reduzidos a um só prédio rústico.

Por outro lado, é certo também que às cousas fóra do comércio se não aplica a palavra *prédio*; uma estrada ou um jardim público é uma cousa pública ou comum, mas não se lhe chama *prédio*,

emquanto não entra na classe dos bens patrimoniais; e o mesmo se pode dizer dos *terrenos incultos públicos*, e dos *baldios municipais* ou *paroquiais*.

Mas não é necessário que os limites ou extremas de qualquer prédio sejam sempre bem patentes e conhecidos, pois o código (art. 2340.º) prevê a hipótese da necessidade da demarcação, e garante aos interessados o direito de a exigir aos proprietários visinhos; nem tão pouco é necessária uma denominação própria e exclusiva, para cada prédio ter a sua individualidade definida e estabelecida, pois que a divisão de um prédio por duas ou mais pessoas dá lugar a outros tantos prédios, conservando-se, em regra, o mesmo nome do prédio dividido (1).

A idea de solo ou terreno anda sempre implícita na de *prédio*, não se compreendendo a existência dêste independentemente daquele; de modo que, conclui o Dr. Teixeira de Abreu, quem possui um andar de uma casa não diz que tem um *prédio urbano;* só pode afirmá-lo quem possuír uma parte da casa dividida verticalmente, e distinta de todas as outras (2).

Comtudo pode considerar-se como prédio um andar de uma casa, se se considerar, como deve ser, que o terreno da casa é comum aos comproprietários da mesma.

Prédio rústico é, pois, *qualquer fracção limitada e apropriada do solo, que não faça parte de algum edifício;* porque, se faz parte de algum edifício, confunde-se na própria individualidade do *prédio urbano*.

(1) Em contrário opinou a *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, XIV, pág. 327.

(2) Dr. Teixeira de Abreu, pág. 279.

O prédio *rústico* abrange não só o terreno em toda a sua profundidade — salvas as restrições relativas às *minas* — mas também o espaço aéreo correspondente na altura susceptível de apropriação (art. 2288.º).

No direito antigo a noção de *prédio rústico* era, por um lado, mais extensa, pois compreendia também alguns edifícios, quando situados no campo e destinados a fins diversos da habitação; e, por outro lado, mais restrita, porque se consideravam *prédios urbanos* os jardins e quintais adjacentes a estes, e destinados a simples gôzo ou recreio, emquanto que pelo código são sempre prédios rústicos.

Entre os antigos praxistas havia grande divergência na diferenciação dos prédios rústicos e urbanos.

Emquanto uns, como Coelho da Rocha e Pereira e Sousa, atendiam só ao destino — habitação ou recreio (urbanos) e cultura (rústicos), outros como Lobão, atendiam também à sua situação. E assim consideravam urbanos:

a) todos os construídos na cidade ou vila para habitação, ou armazenagem de mercadorias, ou para recolher animais destinados ao serviço pessoal; e

b) os edificados no campo para habitação e recreio dos senhores da quinta, mas não os que tivessem por fim abrigar os colonos e animais ou armazenar os frutos (1).

O código, porém, acabou com estas divergências, definindo prédio rústico o solo ou o terreno, e prédio urbano *qualquer edifício incorporado no solo*.

(1) Almeida e Sousa (Lobão), *Tratado das casas*, §§ 30 e segs.

Mas o conceito de prédio rústico e urbano, segundo o § único do art. 374.° do código civil, foi modificado pela lei do inquilinato (dec. n.° 5:411, de 17 de abril de 1919), que os define diversamente no § 1.° do art. 1.°:

«Entende-se por *prédio urbano* o edifício encorporado no solo e o terreno que lhe sirva de logradouro e que não seja de valor superior; e por *prédio rústico* o solo ou terreno que não faz parte dum prédio urbano, e os edifícios que nele estejam encorporados e que não sejam de valor superior».

Entretanto a definição legal de prédio urbano ainda dá lugar a dificuldades, para se determinar o que sejam os *edifícios incorporados no solo.*

Qual é o significado da palavra *edifício?*

Etimològicamente vem do latim *aedes* — casa.

Mas traduzirá a lei esta significação etimológica?

No art. 2325.° fala-se de... «*levantar muro, parede ou outra edificação...*» podendo assim dar a entender que *muros* e *paredes* são também *edificações* ou *edifícios;* e assim parece ter-se pronunciado a Relação do Pôrto, em acórdão de 28 de janeiro de 1870, onde se fala de *edificação* ou *tapagem* como sinónimos (1); e neste sentido expressamente se manifesta o Dr. Dias Ferreira, afirmando que, pelo código, até o *muro* assente no solo é *edifício* (2).

Nós, porém, julgamos inadmissível esta conclusão em harmonia com a doutrina do Dr. Teixeira de Abreu.

Para nós a palavra *edifício* é a tradução da palavra *bâtiment,* empregada no art. 518.° do código francês, fonte do nosso, e tem, como esta,

(1) *Revista de Legislação e de Jurisprudência,* III, pág. 277

(2) *Boletim dos Tribunais,* XI, pág. 41.

o significado de *casa.* Neste sentido é aquela palavra usada não só em vários lugares do código civil, por ex., nos artt. 2314.°, e noutros, onde se faz completa distinção entre *construções* e *edificações* (artt. 2327.°, 2335.°, 2337.°, etc.), mas até em leis de outra natureza, por ex., no art. 472.° do Cód. Pen., e especialmente no art. 473.°, onde se estabelece completa distinção entre *casas* ou *edifícios* (n.° 1.°) e *parede, fosso, vala,* ou *qualquer cercado* (n.° 2.°).

Entre construções e edifícios existe, pois, uma relação de género para espécie (1).

Se, por conseqüência, os *muros* ou simples *paredes* não são edifícios, é claro que o edifício em construção, emquanto não estiver concluído nas suas partes essenciais, não é ainda um *prédio urbano.*

Mas qual é o momento em que se opera a transição jurídica da simples construção para prédio urbano?

Deve ser naturalmente só quando *a construção limita já o solo por todos os lados, inclusivé o espaço aéreo correspondente, por meio de telhado ou qualquer outra cobertura.*

As simples construções só por disposição da lei, por serem *partes integrantes* dos prédios (art. 375.°, n.° 1.°), podem considerar-se imóveis.

Também fazem parte dos prédios urbanos as suas *partes componentes,* isto é, as cousas que se acham por tal modo inerentes ao edifício, que não podem dêle retirar-se sem o desnaturar ou tornar impróprio para o seu fim, como os madeiramentos, soalhos, portas e janelas.

As *partes componentes* distinguem-se das chamadas *integrantes,* isto é, as que se colocam no

(1) Dr. Teixeira de Abreu, pág. 283.

prédio para o seu melhor aproveitamento e uso, mas que podem dêle ser retiradas sem alterar o próprio prédio, como pára-raios, goteiras, tubos de canalização, etc., e que são imóveis por disposição da lei.

Todo o edifício ou casa é um prédio urbano, segundo o código, sem necessidade de ser destinado a habitação, pois a lei só exige a incorporação no solo. Como tais devem, pois, considerar-se os próprios moinhos, de vento ou de água, desde que sejam casas incorporadas no solo, quer *directa* ou *imediatamente* pelos seus próprios fundamentos, ou apenas *indirecta* ou *mediatamente* por meio de colunas ou pilares (1).

Sendo, pois, a incorporação no solo a causa que determina a imobilização dos edifícios, é evidente que a sua demolição, ou simples separação de alguns dos materiais, faz voltar estes à condição de móveis. Cessando a causa, cessa o efeito.

Alguns escritores, porém, entendem que sendo apenas provisória a demolição ou a desagregação parcial, sendo os materiais destinados a reconstrução ou reparação, ficam *jurìdicamente* a fazer parte do edifício, e, portanto, continuam na condição de imóveis.

Mas a verdade é que nada há na lei que autorize esta pretendida distinção entre *incorporação de facto* e *incorporação de direito*, relativamente aos materiais dos prédios urbanos.

Se o art. 374.º admitisse esta *ficção jurídica*, devia declará-lo expressamente; mas bem fez em nada declarar, porque na maior parte dos casos

(1) Assim o julgaram já os nossos tribunais superiores: acórdãos do Sup. Trib. de Justiça, de 18 de agosto de 1891, e da Relação do Pôrto, de 25 de julho de 1882 (*Boletim dos Tribunais*, VII, pág. 40, e *Direito*, XVII, pág. 15).

seria muito difícil e até impossível verificar se a desagregação dos materiais era provisória ou com carácter definitivo.

46. **Imóveis por disposição da lei — produtos dos prédios rústicos.** — Os *imóveis por disposição da lei* são especificados nos três números do art. 375.º.

Neste grupo não há, pois, lugar para quaisquer cousas que sejam *imóveis por natureza* ou *mediante a acção do homem*, porque sendo umas e outras membros da mesma classificação recìprocamente se excluem.

« Por isso nunca deve considerar-se como *parte integrante* dum prédio rústico qualquer edifício neste incorporado; nem, tam pouco, como *parte integrante* dum prédio urbano qualquer fracção de terreno a êle adjacente — por mais íntimas que sejam as suas relações materiais ou jurídicas. Tanto num como no outro caso há dois prédios distintos: o rústico e o urbano » (1).

No art. 456.º faz o código aplicação dêste princípio, considerando prédios rústicos « *as quintas muradas ou quintais, jardins, hortas, ou pátios adjacentes a prédios urbanos* ».

Na linguagem usual, porém, muitas vezes se enuncia o princípio contrário considerando-se como parte componente ou integrante da casa ou prédio urbano os quintais ou jardins que lhe são adjacentes, e como sendo parte do prédio rústico qualquer edifício nele incorporado.

E também o código por vezes se deixou influenciar por êste modo inexacto de falar, como que esquecendo-se da doutrina estabelecida, no que também já tem sido imitado pela jurisprudência.

(1) Dr. Teixeira de Abreu, pág. 290 e 291.

Assim, no art. 2247.° fala-se de «*propriedade rústica de que faça parte o edifício destruído*»; e o Dr. Dias Ferreira (v, pág. 39) chega a afirmar que «se houver alguma parte rústica, ainda que seja de pequeno valor, tem lugar o disposto no mesmo artigo».

Mas parece-nos que o art. 2247.° se limita a formular um preceito interpretativo da vontade das partes, não sendo por isso de admirar que adoptasse a linguagem vulgar.

Na frase — *de que faça parte* — o legislador quis apenas exprimir a idea de que o edifício era *acessório* do prédio rústico.

Incorrecta é também a redacção do art. 2337.°, onde se distingue entre *prédios rústicos* e *pátios* ou *quintais de prédios urbanos;* mas se desta viciosa redacção fôsse lícito concluir que esses *pátios* ou *quintais* não são prédios rústicos, lícito era também concluir que não são prédios urbanos, sendo necessário inclui-los nos *imóveis por disposição da lei,* estabelecendo-se assim um perfeito antagonismo entre a própria cousa, que é *realmente* imóvel, e a sua qualificação, que indicaria o contrário.

Também numa sentença publicada na *Revista dos Tribunais* (v, pág. 140) se toma a palavra *pertenças* como sinónimo de *partes integrantes,* considerando compreendida no n.° 1.° do art. 375.° «qualquer limitada área de terreno adjunta a *um prédio urbano,* servindo-lhe de pátio, logradouro, ou cousa semelhante»; quer dizer, considera-se um prédio rústico como parte integrante dum prédio urbano, o que é inadmissível no sistema do código.

Se, porém, os pátios ou terrenos estiverem no interior da casa, ou mesmo se forem adjacentes mas constituirem uma construção ligada materialmente à casa, então parece-nos que desta fazem realmente parte, não tendo uma individualidade própria e distinta, que os possa fazer considerar prédios rústicos.

Mas, como já observamos (supra, n.° 45), a técnica do código na distinção dos prédios rústicos e urbanos foi alterada pela lei do inquilinato, considerando-se prédios rústicos como acessórios de prédios urbanos, e vice-versa, prédios urbanos como acessórios de prédios rústicos, conforme o seu maior ou menor valor.

A primeira espécie de *imóveis por disposição da lei* é a dos *produtos* dos prédios rústicos.

«A palavra *produtos* póde ser tomada em dois sentidos: *a*) no *sentido lato,* designa todas as utilidades, que a cousa póde prestar, qualquer que seja a sua natureza; *b*) no sentido *técnico* ou *próprio,* consideram-se *produtos* sòmente as utilidades que a cousa não é, por sua natureza, destinada a produzir regularmente, em períodos mais ou menos largos de tempo, e que, portanto, só acidental e extraordinàriamente dela se colhem.

«No primeiro sentido aquela palavra compreende não só os *produtos propriamente ditos,* mas também os *frutos,* no sentido geral, que são as utilidades que a cousa produz em períodos mais ou menos regulares, sem alterar a sua substância: *quidquid ex re nasci et renasci solet.*

«O nosso Código Civil admite três espécies de *frutos*: 1) *naturais,* ou produzidos expontâneamente pela cousa; 2) *industriais,* que a cousa só produz mediante a indústria do homem; 3) e *civis,* que são as rendas ou interesses provenientes da cousa (art. 495.°, § 3.°); mas estes, sendo *cousas incorpóreas,* não estão compreendidos no art. 375.° n.° 1.°, que só abrange, além dos *produ-*

tos propriamente ditos, os frutos naturais e industriais dos prédios rústicos » (1).

Deve notar-se, porém, que a palavra *produtos*, mesmo no sentido amplo, não compreende todas as utilidades dos prédios, como, por exemplo, a utilidade do gôzo ou comodidade, mas apenas os objectos materiais que das cousas se podem extrair para satisfação das necessidades do homem.

Assim como também a palavra *frutos*, no seu rigoroso sentido, tal como é fornecido pela botânica, só abrange os objectos materiais produzidos pelas plantas, por virtude dos seus órgãos e funções de reprodução normal, embora juridicamente compreenda também as rendas ou interesses.

Dos diferentes sentidos em que se podem tomar as palavras *produtos* e *frutos* resulta que muitas vezes não é fácil classificar em uma ou outra destas espécies certas utilidades materiais, que se tiram das cousas, como acontece, por exemplo, com a *cortiça*, que uns consideram como *frutos*, outros como *produtos*, e até por outros já tem sido considerada como parte integrante das árvores que a produzem (supra, n.° 36).

Mas para o n.° 1.° do art. 375.°, é indiferente a distinção entre *produtos* e *frutos*, porque emprega a palavra *produtos* no seu sentido lato, mas abrangendo só os produtos materiais. E diz *produtos*, e não *frutos*, para compreender os diferentes géneros da produção, árvores de fruto, plantas, mato, árvores de talhadia, etc. (2).

E dizemos que abrange só os produtos materiais, porque os frutos civis dos prédios rústicos, sendo constituídos pela renda, são cousas incor-

(1) Dr. Teixeira de Abreu, pág. 292 e 293.
(2) *Direito*, IV, pág. 450

póreas ou direitos compreendidos no n.° 2.° do art. 375.°.

A imobilização dos produtos dos prédios rústicos resulta naturalmente da incorporação directa ou mediata no solo — *Fructus pendentes pars fundi esse videntur*.

A única diferença que, sob êste ponto de vista, existe entre os produtos da terra e os edifícios, é que a incorporação é natural para os primeiros e artificial para os segundos.

Por conseqüência, do mesmo modo que para os materiais dos prédios urbanos, é forçoso estabelecer o princípio de que, cessando a incorporação cessa também a imobilização; quer dizer, logo que os produtos da terra sejam dela separados, passam *ipso facto* à condição de móveis.

Os produtos só são imóveis emquanto ligados ao respectivo prédio; o contrário disto seria um absurdo, ou, pelo menos, um contrasenso.

É certo que esta idea, aliás consignada no art. 394.° do projecto primitivo do código, não está expressa no n.° 1.° do art. 375.°; mas é porque era desnecessário consigná-la, pois se impõe necessàriamente pela própria razão da lei, e resulta entretanto de outras disposições, como, por exemplo, do art. 880.°, que considera como privilégio *mobiliário* o que recáe nos *frutos* dos prédios rústicos (1).

Do princípio que os *produtos só são imóveis emquanto incorporados no solo* resultam naturalmente os seguintes corolários:

(1) O art. 394.° do projecto primitivo, no n.° 2.°, declarava imóveis « as plantas, árvores e quaisquer produtos do solo, emquanto *estiverem unidos ao mesmo solo* ». Mas esta disposição parece ter provindo do art. 520.° do código francês, que era considerada *inútil* pelos comentadores dêste código.

a) As plantas que vegetam em vasos ou caixotes são móveis porque não estão ligadas ao solo;

b) Pela mesma razão são móveis as plantas dos viveiros durante o intervalo que decorre depois de serem deles arrancadas até serem definitivamente plantadas, embora alguns escritores, como Pothier e Mazzoni, tenham sustentado o contrário, com o fundamento de que a desincorporação foi acidental e provisória;

c) São igualmente móveis os objectos enterrados no solo, mas que não teem com êle qualquer outra ligação, como os tesouros e os frutos que às vezes se costumam enterrar, para melhor se conservarem;

d) A condição imobiliária dos produtos dura emquanto não cessa a sua incorporação no solo.

Mas êste último princípio tem excepções importantes, podendo muitas vezes dar-se a *separação jurídica dos produtos*, antes da sua separação material, para o efeito de os considerar móveis.

É o que acontece com o privilégio mobiliário nos frutos (art. 880.°), o que bem se explica pela razão de só se realizar materialmente o privilégio com a própria colheita dos frutos, a qual lhes atribue a qualidade de móveis.

Também os contractos de venda de fruta ou cortiça, ainda pendente, devem considerar-se de natureza mobiliária, porque as partes, na celebração dêstes contractos, atendem, não ao estado presente dos produtos, mas antes ao estado futuro da sua colheita.

Já Coelho da Rocha, dizia, com Lobão, que os *frutos pendentes* das cousas imóveis se reputavam também *imóveis* para os efeitos jurídicos, *excepto quando se dispunha deles para serem separados* (1).

A questão tem sido muito controvertida; mas parece que vai prevalecendo esta doutrina (2).

Por cautela convém, todavia, que as partes, querendo considerar de carácter mobiliário os seus contractos, declarem expressamente que vendem os produtos ou os frutos *depois de separados*, reconhecendo ao comprador o direito de os colher (3).

47. **Partes integrantes dos prédios rústicos e urbanos.**—É a segunda espécie de *imóveis por disposição da lei*, nos termos do art. 375.°, n.° 1.°:

«São imóveis por disposição da lei:

«1.° Os produtos e partes integrantes dos prédios rústicos, e as partes integrantes dos prédios urbanos, que não podem ser separadas sem prejuízo do serviço útil que devem prestar, salvo sendo distraídas pelo próprio dono do prédio».

Quais são as cousas imobilizadas por serem *partes integrantes*, segundo esta disposição?

Já sabemos (supra, n.° 45) que *partes integrantes* são cousas diversas de *partes componentes*, e compreendem as cousas que, sendo móveis por sua natureza, e não fazendo parte do prédio, foram unidas a êle, para lhe aumentar as utilidades.

Tendo em vista a disposição do n.° 1.° do art. 375.°, reconhece-se que as partes integrantes, por êle imobilizadas, são todas as cousas que satisfizerem aos seguintes requesitos:

---

(1) *Inst.*, § 33.

(2) *Direito*, VIII, pág. 482; XII, pág. 484; *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, VI, pág. 322; XI, pág. 153; XII, pág. 564.

(3) Dr. Teixeira de Abreu, pág. 299.

a) serem móveis por sua natureza;

b) estarem unidas ou afixadas ao prédio;

c) conservar uma individualidade própria e distinta do mesmo prédio; e

d) prestarem ao dito prédio algum serviço útil.

O primeiro requesito resulta necessàriamente do próprio preceito legal, que trata de *imóveis por disposição da lei*, excluindo os *imóveis por natureza* e *mediante a acção do homem;* e, como só se refere a objectos materiais, é claro que trata de cousas móveis por sua natureza, mas que se imobilizam pela sua incorporação ou afixação em *imóveis*.

O segundo e o quarto requesitos resultam também necessàriamente da disposição da lei, nas palavras «que *não podem ser separadas* sem prejuízo do *serviço útil.*»

E o terceiro requesito impõe-se também, porque, se assim não fosse, as partes integrantes, confundindo-se na própria individualidade do prédio como suas partes componentes, seriam, como êste e estas, imóveis por natureza ou mediante a acção do homem.

Partes componentes dos prédios rústicos são a argila, a cal, e as outras substâncias do terreno, assim como o são dos prédios urbanos a pedra, a argamassa, os madeiramentos, as tintas, etc.

Partes integrantes dos prédios rústicos são, por ex., os muros de vedação, os tanques e aquedutos, as bombas de tirar água dos poços, etc., assim como dos prédios urbanos o são as canalizações, os pára-raios, as estantes ou armários fixos nas paredes, os maquinismos fixos das fábricas, etc.

Note-se, contudo, que noutros lugares, como por ex., no § 3.º do art. 381.º, emprega o código em sentido diverso as palavras *partes integrantes*, dizendo que «o leito ou álveo da torrente ou corrente de uso comum, que atravessa um prédio particular, ou nele se ajunta ou nasce, fórma *parte integrante* do mesmo prédio»; o que simplesmente quer dizer que o leito ou álveo da corrente faz parte do prédio como seu acessório.

Com as partes integrantes não se verifica o mesmo princípio de que cessando a incorporação cessa a imobilização, como com os materiais dos prédios urbanos e os produtos dos prédios rústicos, a não ser que a separação seja feita pelo dono do prédio.

A excepção da parte final do n.º 1.º do art. 375.º «*salvo sendo distraídas pelo próprio dono do prédio*» mostra bem que as partes integrantes passam à categoria de móveis sendo separadas pelo dono do prédio, conservando-se, portanto, na mesma situação jurídica, se foram distraídas por um estranho, sem autorização do dono.

A imobilização, porém, verifica-se sempre que se dê a incorporação, quer esta seja feita pelo dono, quer seja feita por um terceiro, porque a lei não faz a êste respeito distinção alguma.

Da doutrina exposta resulta que não são *partes integrantes* as cousas que por sua própria natureza não podem ser materialmente unidas aos prédios, como os animais domésticos que neles se encontram; nem tampouco as cousas que, embora susceptíveis de afixação ao prédio, não se encontram a êle unidas, como os instrumentos da lavoura, as sementes antes de lançadas na terra, que pelo código francês são qualificadas como *imóveis por destino*.

O próprio código, permitindo no art. 890.º, n.º 1.º a hipoteca dos *móveis imobilizados* pelo n.º 1.º do art. 375.º, mostra bem que nas *partes integrantes* não se compreendem aqueles objectos ou outros semelhantes, porque não podendo eles

ser identificados e descritos no registo, não podem ser objecto de hipoteca, e, por conseqüência, não são imobilizados, segundo os artt. 375.º e 890.º (1).

Por isso, com razão afirma o *Direito* que os objectos declarados *imóveis por destino* pelo código francês não podem ser considerados *imóveis por disposição da lei* segundo o pensamento e a letra do nosso código (2).

A segunda parte do n.º 1.º do art. 375.º, nas palavras «*que não podem ser separadas sem prejuízo do serviço útil que devem prestar, salvo sendo distraídas pelo próprio dono do prédio*», refere-se tanto aos prédios rústicos como aos urbanos, embora alguns jurisconsultos, como o Dr. Dias Ferreira, entendam que sòmente se refere aos últimos (3).

Realmente nem a letra nem a razão da lei autorizam uma tal distinção.

Esta idea era bem explícita no projecto primitivo, onde se consideravam imóveis (art. 394.º n.ºs 2.º e 3.º), além dos *produtos* do solo, «*tudo o que fôr afixado ou unido em permanência ao prédio rústico ou urbano.*»

48. **Direitos inerentes aos prédios rústicos e urbanos** — Os *direitos,* como faculdades abstractas da personalidade do homem, não são por sua natureza móveis nem imóveis.

Mas sendo necessário classificá-los nestas categorias jurídicas para o efeito de fixar o regimen legal a que devem subordinar-se, o legislador consignou a ficção de os considerar imóveis ou móveis, conforme são ou não inerentes aos imóveis pròpriamente ditos.

(1) Dr. Teixeira de Abreu, pág. 304.
(2) *Direito*, IV, pág. 450.
(3) Dr. Dias Ferreira, I, pág. 265.

Por isso os *direitos* só *por disposição da lei* se dizem *móveis* ou *imóveis.*

E, assim, *imóveis* são os *direitos inerentes aos prédios rústicos ou urbanos,* considerando-se móveis todos os outros (art. 375.º, n.º 2.º, e 376.º).

Os *direitos reais* podem ser *imobiliários* ou *mobiliários,* conforme teem ou não por objecto cousas imóveis; e, por conseqüência, há alguns que são sempre imobiliários, outros só podem ser mobiliários, e outros podem ser ora mobiliários ora imobiliários.

Exemplo dos primeiros são as servidões e a enfiteuse (art. 2267.º e 1653.º); dos segundos o penhor (artt. 855.º e 860.º); e dos terceiros o usufruto (art. 2197.º).

Com os *direitos de crédito* acontece quási o mesmo.

Se o direito tem por objecto a *prestação duma cousa,* é *mobiliário* ou *imobiliário,* conforme essa cousa fôr móvel ou imóvel. É móvel o crédito de certa quantia de dinheiro ou de certa quantidade de géneros; e é imóvel o direito que tem por objecto a obrigação de entregar ou restituir um prédio rústico ou urbano.

Se o direito tem por objecto a *prestação dum facto,* entendem alguns que é sempre *mobiliário,* havendo, porém, quem sustente que deve considerar-se *imobiliário,* quando se resolver na prestação duma cousa imóvel.

Este problema tem sido discutido especialmente sôbre o exemplo de um indivíduo contrair para com outro a obrigação de lhe construir uma casa.

Pothier, sustentando a primeira solução, dizia que o *direito de crédito* resultante dêste contracto

não tem por objecto a casa, mas apenas o interesse jurídico do crédor no cumprimento da obrigação por parte do devedor; e tanto que, se êste não cumpre, o credor apenas tem direito a exigir a indemnização de perdas e danos.

Mas, em contrário, argumentaram os partidários da segunda solução, entre eles Mourlon, que o credor tem também direito a reclamar a *prestação da mesma cousa* por um terceiro, à custa do devedor, sendo isso possível (cód. civ., art. 712.°).

E os partidários de Pothier, como Demolombe, viram-se forçados a abandonar a razão por êle aduzida, recorrendo a outros argumentos.

E assim dizem, a propósito do exemplo citado:

a) que a construção da casa é o *fim*, mas não o *objecto* do contracto, o qual consiste apenas na *prestação do trabalho* do devedor, e quando muito, na dos materiais necessários para a obra;

b) que aquele *direito de crédito* não pode dizer-se *inerente ao edifício*, pois êste ainda não existe, e só aparece quando o direito se extingue pelo cumprimento da obrigação; e

c) que a doutrina contrária à de Pothier conduz ao absurdo de considerar imóvel a obrigação contraída pelo lavrador de lavrar o meu campo, a contraída pelo pintor de pintar a minha casa, etc.

Em todo o caso é certo que os partidários da doutrina de Pothier, reconhecem que, deixando o credor da construção da casa os seus *móveis* a uma pessoa e os *imóveis* a outra, a esta deve ficar pertencendo aquele crédito, se no testamento nada se dispuser em contrário, com o fundamento de que valendo mais a vontade do testador do que o significado literal ou legal das palavras, é de presumir que a sua intenção fosse deixar aquele direito a quem fica sendo o proprietário do solo, visto que só êste póde exercê-lo, por não poder outra pessoa,

sem o seu consentimento, edificar em terreno alheio (1).

Nos *direitos reais* é sempre *certa e determinada* a cousa sôbre que recaem, e, por isso, sabe-se logo se são mobiliários ou imobiliários.

Mas nos *direitos de crédito* acontece às vezes que é *indeterminado* o seu objecto, como sucede nas obrigações *alternativas*, em que o devedor póde desonerar-se entregando um móvel ou um imóvel (art. 733.°), de modo que a natureza do direito fica também indeterminada até ao momento da sua realização definitiva.

Da redacção do n.° 2.° do art. 375.° — «Os *direitos inerentes* aos imóveis mencionados no *artigo precedente*» — poderia porventura concluir-se que não são imobiliários os direitos inerentes aos imóveis mencionados no n.° 1.° do mesmo artigo.

Mas tal conclusão é apenas superficial, e, por isso inadmissível, porque, examinando o fundo das cousas, tem de concluir-se o contrário, visto que os direitos inerentes aos *produtos* e *partes integrantes* imóveis são também inerentes aos respectivos prédios.

Deve, porém, resalvar-se a natureza mobiliária dos contractos sôbre os produtos, para só produzirem efeitos com a colheita deles (supra, n.° 46).

Tem-se discutido a natureza do *direito hipotecário*, parecendo que, entre nós, o Dr. Dias Ferreira considera de carácter mobiliário a *hipoteca*, dizendo que «o n.° 2.° do art. 375.° abrange sem excepção todos os direitos prediais, *mas não os créditos hipotecários, que comquanto onerem os imóveis, não são a eles inerentes*» (2).

---

(1) Dr. Teixeira de Abreu, pág. 310, nota.
(2) Dr. Dias Ferreira, 1, pág. 266.

Parece que há nestas palavras uma confusão entre o *crédito hipotecário* e a *hipoteca* ou o *direito hipotecário*, sendo certo que são dois direitos inteiramente distintos, sendo até o primeiro independente do segundo, pois o crédito prevalece ainda mesmo que a hipoteca seja nula.

O primeiro, sendo um *direito de crédito*, será mobiliário ou imobiliário, conforme o seu objecto.

Mas a *hipoteca*, recaindo sôbre prédios rústicos ou urbanos, quer directamente (art. 889.°) quer indirectamente (art. 890.°, n.° 1.°), é indiscutìvelmente um direito imobiliário, por ser inerente áqueles prédios (1).

49. **Fundos consolidados e outras cousas por lei imobilizadas.** — Este grupo de imóveis por disposição da lei é estabelecido pelo n.° 3.° e § único do art. 375.°:

«3.° *Os fundos consolidados, que se acharem imobilizados perpétua ou temporàriamente.*

«*§ único. O disposto neste artigo não exclui as imobilizações, decretadas por lei especial para certos e determinados fins*».

A expressão «*fundos consolidados*» refere-se manifestamente a títulos da dívida pública do Estado chamada *consolidada* ou *fundada*.

Esta dívida é aquela em que o Estado apenas se obriga a pagar em certas épocas os juros estipulados, reservando-se o direito de só pagar o capital quando lhe convier, por meio de amortizações sucessivas *(dívida amortizável)*, ou por qualquer outra fórma, não tendo os credores direito a

(1) Bianchi, Laurent, Aubry e Rau, Lacantinerie, citados pelo Dr. Teixeira de Abreu, pág. 315, nota. No mesmo sentido o *Direito*, opinando comtudo que não é devida contribuição de registo pela cedência de um crédito hipotecário (v, pág. 254).

exigir o pagamento do capital, e sendo, portanto, lícito ao Estado perpetuar esta dívida, donde lhe veio, por isso, também o nome de *dívida perpétua*.

A esta espécie de dívida opõe-se a *flutuante*, que tem prazos certos e pequenos para o pagamento, e que, sendo destinada a satisfazer as necessidades correntes e urgentes do Estado, está constantemente sujeita a aumento e deminuïção, provindo-lhe desta variabilidade o nome de *flutuante*.

Tanto uma como outra pode ser contraída no país ou fóra dêle, dando lugar à sua divisão em *interna* e *externa*.

Os títulos da dívida *consolidada interna* são de três espécies: *inscrições de assentamento* (nominativas), *inscrições de coupons* (ao portador), e *certificados* (títulos representativos de certas quantidades de inscrições de assentamento).

A dívida externa é representada só por uma espécie de títulos — *bonds* ou *inscrições de coupons*.

O n.° 3.° do art. 375.°, referindo-se a *fundos consolidados*, não abrange, porém, todos êstes títulos, mas sòmente aqueles que, nos seus precisos termos, «*se acharem imobilizados perpétua ou temporàriamente*».

E como a imobilização não póde aplicar-se aos títulos ao portador, porque êstes, passando de uns para outros possuïdores por simples entrega real ou tradição, e não contendo em si mesmos quaisquer cláusulas que indiquem a sua natureza de móveis ou imóveis, não poderiam de modo algum reconhecer-se ou identificar-se em qualquer destas qualidades, tem de concluir-se que aquela imobilização se refere apenas às *inscrições de assentamento* ou aos *certificados*.

Estas inscrições, por isso mesmo que são nominativas, precisam de ser averbadas em nome dos seus proprietários, sempre que mudam de dono.

É na Junta do Crédito Público, como administradora desta dívida, que se procede a êste averbamento, sendo lançado nos próprios títulos e nos respectivos livros de registo da mesma Junta.

Mas nem todas as *inscrições de assentamento* são imóveis por disposição da lei, pois que o n.º 3.º do art. 375.º só considera tais as *que se acharem imobilizadas perpétua ou temporàriamente.*

No direito antigo era opinião geral, fundada no Alvará de 13 de março de 1797, que todas as inscrições eram bens imóveis (1).

Mas perante o código civil a regra é que as inscrições são cousas móveis, a não ser que excepcionalmente tenham sido imobilizadas.

É a doutrina que resulta expressamente, e sem sombra de dúvida, do confronto do n.º 3.º do art. 375.º com o art. 376.º.

Mas quais são as inscrições imobilizadas perpétua ou temporàriamente?

A doutrina a êste respeito estabelecida é que são *imobilizadas perpetuamente* as inscrições averbadas em favor de corporações de utilidade pública, como misericórdias, asilos, confrarias, etc.; e *imobilizadas temporàriamente* as que forem averbadas a menores, ausentes, interditos, como fazendo parte de um dote, de um usufruto ou de uma caução, etc. (2).

Esta doutrina, porém, apesar de ter tido uma consagração geral e constante, mesmo nas decisões dos tribunais, não nos parece jurìdicamente bem fundamentada.

(1) Entretanto esta opinião foi combatida por Martens Ferrão, num erudito *Parecer da Procuradoria Geral da Corôa — Direito*, III, pág. 588.

(2) Dr. Teixeira de Abreu, pág. 319; Dr. Dias Ferreira, I, pág. 378; *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, XXXI, pág. 328.

Parte-se do princípio que a imobilização resulta da *inalienabilidade temporária* ou *perpétua*, dizendo por isso a *Revista de Legislação e de Jurisprudência* que a expressão *fundos consolidados* do n.º 3.º do art. 375.º significa — *títulos de dívida pública, que, perpétua ou temporàriamente, não podem ser alienados pela pessoa a favor de quem são averbados.*

E, assim, conclue a mesma *Revista* que as inscrições averbadas em nome das corporações públicas são *fundos imobilizados perpetuamente*, porque nenhuma das entidades, em nome de quem estão averbados, póde aliená-los por si livremente, e tais fundos só poderão ser alienados, quando a sua alienação seja autorizada por lei; e que são *imobilizadas temporàriamente* as inscrições averbadas em favor de menores não emancipados, ou como dotais em favor de mulher casada, porque não podem ser alienadas livremente pela pessoa a quem pertencem, emquanto a sua alienação não fôr autorizada judicialmente, ou emquanto não acabe o estado do seu dono que determina a imobilização, isto é, emquanto o menor se não emancipe, ou a mulher não fique no estado de viuvez (1).

A verdade, porém, é que não há texto de lei nem princípio jurídico que autorize identificar a *imobilização* do n.º 3.º do art. 375.º com a *inalienabilidade*, absoluta ou relativa, dos respectivos bens.

Aquela *imobilização* não tem outro significado nem outro alcance senão o de aplicar àqueles fundos o mesmo regime e as mesmas garantias jurídicas de que a lei faz cercar os bens imóveis.

Se a *imobilização* significasse *inalienabilidade*, seriamos então levados a concluir que todos

(1) Cit. *Revista*, log. cit.

os imóveis são inalienáveis, o que é um absurdo e um contrasenso.

Por outro lado, também não é verdade que as inscrições das corporações de utilidade pública só possam ser alienadas, quando a sua alienação seja autorizada por lei.

Também os bens dotais não são alienáveis, pois o código civil permite a sua alienação nos diferentes casos enumerados nos n.os 1.º a 7.º do art. 1149.º, e por isso já o célebre jurisconsulto Alexandre de Seabra sustentou que as inscrições dotais não são imobiliárias (1).

Dizer-se das inscrições dotais que elas são *imobilizadas,* porque são *inalienáveis* durante a constância do matrimónio (cód. civ., art. 1149.º), é apenas formular um círculo vicioso, pois que só póde dizer-se, nos termos do art. 1149.º, que elas são *inalienáveis,* se se demonstrar primeiro que elas são *bens imobiliários.*

Por isso, somos forçados a concluir que as inscrições dotais, em regra, são bens mobiliários; e só podem imobilizar-se por declaração da vontade do seu proprietário (dotada ou dotador). Nada se opõe, com efeito, a que no contracto ante-nupcial a dotada ou o dotador consignem a cláusula de imobilização das inscrições dotais.

E a mesma doutrina deve, pois, generalizar-se a todas as inscrições, no sentido de que só são imóveis por disposição da lei, quando tiverem sido declaradas imóveis por acto legítimo da vontade do seu dono.

De outro modo não se pode determinar o sentido e alcance do n.º 3.º do art. 375.º.

Desta maneira nós entendemos, contràriamente

(1) *Direito,* XIII, pág. 43.

à jurisprudência corrente, que as inscrições dotais podem ser livremente alienadas pelo marido, salvo se outra cousa tiver sido estipulada (art. 1148.º).

Note-se finalmente que o código civil, determinando no art. 1140.º as espécies de bens em que deve ser convertido o dote ou a parte dêle que fôr em dinheiro, expressamente exclui da categoria dos imóveis as inscrições de assentamento, que são para êste efeito equiparadas às acções de companhias, sendo certo que estas são unânimemente consideradas bens móveis.

A disposição do § único do art. 375.º, resalvando quaisquer imobilizações decretadas por lei especial para certos e determinados fins, torna-se desnecessária, pois que a lei especial prevalece sempre sôbre a lei geral.

50. **Cousas móveis. Suas espécies.** — As cousas móveis são determinadas pelo art. 376.º:

«*São móveis por natureza todos os objectos materiais não compreendidos nos dois artigos precedentes, e por disposição da lei todos os direitos não compreendidos em o n.º 2.º do artigo anterior*».

Vê-se, pois, que há duas espécies de *móveis:*

a) *por natureza,* todos os objectos materiais, que não forem prédios nem por lei declarados imóveis; e

b) *por disposição da lei,* todos os direitos que não forem inerentes a prédios, nem *por outro motivo imobilizados.*

Esta última expressão, ou outra equivalente, como — *e que por lei não foram declarados imóveis* — é indispensável para completar o pensamento do art. 376.º, pois há direitos que, apesar de não serem compreendidos no n.º 2.º do art. 375.º, nem por isso são *móveis,* como os do n.º 3.º do mesmo

artigo, que são verdadeiros *direitos de crédito*, sem falar dos direitos essencialmente constitutivos da personalidade humana (meramente pessoais), que não constituem cousas, e por isso não podem classificar-se nem como móveis nem como imóveis.

51. **Cousas públicas, comuns e particulares. Fundamento desta classificação.** — Esta classificação encontra-se no art. 379.°, e os seus termos são definidos nos artt. 380.°-382.°.

Diz o art. 379.°:

«*As cousas, em relação às pessoas a quem a sua propriedade pertence, ou que delas se podem livremente aproveitar, dizem-se públicas, comuns e particulares*».

O projecto primitivo do código não continha a doutrina dos artt. 379.°-382.°, que só foram formulados quando, a propósito da ocupação das águas, apareceu a necessidade de definir o *uso público* e o *uso comum* (1).

Na maior parte dos códigos modernos foram consignadas, embora seguindo critérios diferentes, certas disposições destinadas a separar da *propriedade privada*, objecto do direito civil, os bens que estão na posse e mesmo no domínio das pessoas sociais ou corporações públicas, os quais na sua maior parte pertencem à esfera da acção do direito público e administrativo.

No meio da grande variedade de disposições reguladoras dos bens possuídos pelas corporações ou pessoas públicas, uma idea fundamental é comum a todas as legislações: é que essas pessoas podem ter duas espécies de bens — a *propriedade privada*, sujeita ao direito civil, e outra classe de bens,

(1) *Actas*, pág. 140 e 446.

de natureza diversa, que são destinados ao uso ou serviço público.

O nosso código consigna claramente esta doutrina, tratando nos artt. 380.° e 381.° de cousas de uso público e comum, que estão na posse ou administração do Estado ou de corporações públicas, e declarando no § único do art. 382.° que o Estado, os municípios e as paróquias, como pessoas morais, são capazes de propriedade particular.

Já no nosso direito antigo Coelho da Rocha classificava os bens, emquanto aos possuidores, em *nacionais, municipais, dos estabelecimentos públicos*, e *particulares* (1).

(1) «*Nacionais*, escrevia Coelho da Rocha, são os que pertencem ao Estado ou nação. São de duas espécies: 1.ª daqueles, que de tal maneira estão na propriedade pública, que não podem deixar de lhe pertencer, sem mudar de natureza, e por isso, na frase do direito romano, se diziam estar fora do comércio: tais são os tributos, as estradas, os rios navegáveis, as praças, portos, ancoradouros, cais, etc.; 2.ª daqueles que, não obstante pertencerem ao Estado, podem contudo passar para a propriedade dos particulares por alienação, ou ainda prescrição: tais são os *próprios* do Estado, os bens vacantes, as ilhas e mouchões que se formam nos rios navegáveis, os palácios e quintas destinados à família real, e estabelecimentos do Estado.

«*Municipais* dizem-se aqueles bens, cuja propriedade pertence aos povos de um concelho ou município. Estes também se podem reduzir a duas espécies: 1.ª daqueles cujo uso está patente a todos, como as ruas, os baldios e maninhos; 2.ª daqueles cujo uso e rendimento é especialmente aplicado para as despesas da município. O mesmo é aplicável aos bens das *paróquias*.

«Os bens dos *estabelecimentos públicos*, como Igrejas, Mosteiros, Hospitais, Misericórdias, Universidades, são, para os efeitos jurídicos, equiparados aos dos particulares, com as excepções ou privilégios, que as leis lhes concedam.

«Os bens dos *particulares* são os que fazem o objecto principal do direito civil» — Coelho da Rocha, *Instituições*, §§ 86 a 89.

E também Coelho da Rocha acentuava a distinção dos bens nacionais e municipais em duas espécies perfeitamente diferenciadas — os bens de *uso público* e os bens *patrimoniais* do Estado ou do município, juridicamente equiparados aos dos particulares.

Foi esta distinção, entre as duas espécies de bens possuídos pelo Estado ou pelas corporações públicas, que levou alguns legisladores e jurisconsultos a tomar como base da classificação das cousas em *públicas, comuns* e *particulares* a natureza das pessoas a quem pertencem ou que teem a sua posse, como que estabelecendo o princípio de que a natureza jurídica das cousas é variável com a qualidade das pessoas a quem pertencem.

Um escritor italiano (Borsari) chega até a afirmar que *i beni recevono qualità dalle persone a cui appartengono.*

Mas tal doutrina é inaceitável, sendo mesmo necessário inverter aquele princípio no sentido de que as cousas só pela sua diversa natureza ou função especial são consideradas como públicas ou comuns, e não pelo simples facto de pertencerem ao Estado ou a corporações públicas, pois que também estas pessoas morais são susceptíves de propriedade particular.

Certas cousas são *públicas* ou *comuns,* pela simples razão de que por sua própria natureza são destinadas ao uso de toda a gente ou de uma generalidade de pessoas, e não por pertencerem ao Estado ou a corporações públicas.

E não se dizem públicas ou comuns por pertencerem a estas pessoas morais; mas entrega-se-lhes a sua posse e administração, precisamente por serem públicas ou comuns.

E quando a lei subordina a certas restrições e formalidades a alienação e administração destas cousas, é menos em razão da própria natureza objectiva das mesmas cousas, do que em virtude de *uma certa incapacidade* das pessoas morais que as possuem.

E o mesmo acontece com os bens pertencentes a menores, interditos, ausentes e casados segundo o regime dotal, que só em certos casos, e mediante certas formalidades, podem ser alienados.

O nosso código, tanto na rúbrica do título em que está colocada esta matéria, como na primeira parte do art. 379.°, parece ter tomado como fundamento da classificação o conceito erróneo da diversa qualidade das pessoas a quem as cousas pertencem.

Mas êste critério é apenas aparente, porque o mesmo art. 379.° consigna um outro fundamento equivalente, expresso nas palavras — *ou que delas se podem livremente aproveitar* —, mostrando assim que o seu pensamento foi atender às pessoas que das causas podem utilizar-se, declarando-as públicas, comuns ou particulares, conforme o seu uso pertence a toda a gente (art. 380.°), a uma certa generalidade de indivíduos (art. 381.°), ou só a certas e determinadas pessoas (art. 382.°).

E assim, as duas expressões do art. 379.°, que traduzem o fundamento da classificação, devem considerar-se sinónimas, não só porque atribuir-se-lhes diverso sentido seria admitir duas bases diferentes para a mesma classificação, mas porque, em regra, só pode dispôr livremente duma cousa o seu próprio dono.

52. **Noção e caracteres distintivos das cousas públicas, comuns e particulares.** — *Cousas públicas* são (art. 380.°):

«as cousas naturais ou artificiais, apropriadas ou produzidas pelo estado e corporações públicas, e mantidas debaixo da sua adminis-

tração, das quais é lícito a todos, individual ou colectivamente, utilizar-se, com as restrições impostas pela lei, ou pelos regulamentos administrativos».

Cousas comuns são (art. 381.°):

«as cousas naturais ou artificiais, não individualmente apropriadas, das quais só é permitido tirar proveito, guardados os regulamentos administrativos, aos indivíduos compreendidos em certa circunscrição administrativa ou que fazem parte de certa corporação pública».

Cousas particulares são (art. 382.°):

«as cousas, cuja propriedade pertence a pessoas singulares ou colectivas, e de que ninguém pode tirar proveito, senão essas pessoas ou outras com seu consentimento».

A definição legal das cousas públicas é, com ligeiras alterações, a que foi apresentada à Comissão revisora do projecto do código civil por Alexandre Herculano (1).

Por esta definição vê-se que há duas espécies de *cousas públicas:* as *naturais,* que fazem parte da própria natureza física do globo, como as águas, navegáveis ou flutuáveis, e as *artificiais,* que são produzidas pelo Estado ou por alguma corporação pública, como as fontes e as estradas.

Mas tanto umas como outras teem esta característica essencial — *serem destinadas ao uso de*

(1) A definição apresentada por Alexandre Herculano era assim formulada:

«São de *uso público* as cousas naturais ou artificiais apropriadas ou produzidas pelo Estado e mantidas debaixo da sua administração, das quais é lícito a todos, individual ou colectivamente, utilizar-se com as restrições impostas pela lei ou pelos regulamentos administrativos». Cfr. Actas da Comissão revisora, pág. 176.

toda a gente, nacionais ou estrangeiros (art. 380.° comp. com o art. 26.°).

As *cousas comuns* são também naturais ou artificiais, e distinguem-se das *públicas* por serem destinadas sòmente ao uso dos indivíduos compreendidos em certa circunscrição administrativa ou que fazem parte de certa corporação pública.

Quer dizer: tanto umas como outras são destinadas ao *uso público,* mas emquanto que as públicas são de *uso público geral,* as comuns são apenas de *uso público local* ou *corporativo,* isto é, restrito aos membros de certas corporações públicas.

Essencialmente diversas das cousas públicas e comuns são as *particulares,* porque, pertencendo a certas e determinadas pessoas, singulares ou colectivas, físicas ou morais, constituindo o seu *património,* só por estas pessoas podem ser directamente utilizadas, ou ainda por outras que por estas sejam para isso autorizadas (art. 382.°).

Da própria natureza das três espécies de cousas resulta que também elas se distinguem, em regra, umas das outras, pelas pessoas a quem é confiada a sua administração, que são, em geral: o Estado para as públicas, as corporações públicas para as comuns, e os indivíduos, ou o Estado e as corporações como pessoas morais, para as particulares.

Mas no sistema do código esta regra tem excepções importantes, havendo, cousas comuns administradas pelo Estado, como são as correntes não navegáveis nem flutuáveis de uso comum, e cousas públicas administradas por corporações administrativas, como as estradas municipais ou paroquiais.

A característica diferencial está, pois, nas pessoas que das cousas se podem livremente utilizar, sendo contudo certo que o uso das cousas públicas

e comuns não é inteiramente livre para as pessoas a quem são destinadas, porque, no próprio interesse da colectividade, está sujeito às restrições e limitações impostas pelas leis e regulamentos administrativos, no sentido do seu melhor aproveitamento.

Note-se finalmente que a lei, definindo as cousas comuns pelas pessoas que as podem utilizar, refere-se ao uso próprio e especial a que elas são directamente destinadas, como a irrigação, os usos industriais e gastos domésticos, relativamente às águas, e não a qualquer uso acidental e indirecto, como por exemplo, o da pesca nas águas públicas e comuns, que é reconhecido a toda a gente nos termos do art. 395.º.

E ainda assim a definição legal das cousas comuns mal pode adaptar-se às águas de uso comum, pois que o seu uso não pertence a todos os indivíduos compreendidos em certa circunscrição administrativa ou que fazem parte de certa corporação pública, mas apenas aos proprietários marginais e seus visinhos, conforme o disposto nos art. 434.º e seguntes, hoje substituídos pelas disposições do decreto-lei n.º 5787-IIII, de 10 de maio de 1919, que regula os direitos de uso das águas, reduzindo-as a duas espécies — *públicas* e *particulares*.

Êsse facto levou a *Revista de Legislação e de Jurisprudência* a concluir que para o uso das cousas comuns se atende umas vezes à *circunscrição administrativa*, e outras à *natural* sòmente (1).

A verdade, porém, é que não há circunscrições puramente *naturais*, e a definição do art. 381.º é adaptável também às águas de uso comum, entendendo-se que o uso das cousas comuns não pertence sempre a *todos* os indivíduos compreendidos

(1) Cit. *Revista*, XIII pág. 162, nota 8.

em certa circunscrição ou corporação pública, mas apenas à generalidade dos que se encontrarem nas condições legais de se aproveitarem delas.

Esta interpretação é mesmo a que melhor se harmoniza com o preceito do art. 381.º, que não emprega a palavra *todos*, que aliás se encontra no art. 380.º.

Restrição semelhante se verifica nos baldios *municipais* ou *paroquiais* (art. 381.º, n.º 1.º), cujo uso não pertence a todos os munícipes ou paroquianos, mas apenas aos visinhos de certas localidades.

53. **A questão da propriedade das cousas públicas e comuns. Domínio público** — É uma questão muito controvertida a da propriedade das cousas públicas e comuns, embora a sua discussão e solução, nos termos em que se apresentam, não ofereça interesse prático.

Relativamente às públicas, sustenta a *Revista de Legislação e de Jurisprudência* que a sua propriedade pertence ao Estado ou às corporações públicas, conforme por aquele ou por estas foram apropriadas ou produzidas. Assim diz a *Revista:*

«Pertencendo nestas cousas ao Estado ou às corporações públicas o direito de exclusão e defesa, o direito de restituïção e de indemnização, e a *faculdade de dispôr delas como bens próprios logo que percam a qualidade de públicas,* podemos dizer que aquelas entidades teem direitos de *propriedade* sôbre os objectos desta natureza. E como o direito de dispôr é o que mais caracteriza o domínio, e êste direito pertence ao Estado ou corporações públicas sôbre aquela espécie de bens, e *tanto que o podem exercer assim que estes bens não sirvam para o uso de todos,* entendemos que o *domínio deles é do Estado, ou distrito,*

ou município, ou paróquia, e o direito de os fruir ou utilizar é de todos os homens sejam eles quais forem » (1).

Por seu lado, o Dr. Dias Ferreira, escreveu: « Os bens públicos descritos no art. 380.º pertencem em *plena propriedade* à Nação, por direito de soberania, e no uso a todo o mundo, formam parte do território nacional, e não podem ser alienados, nem adquiridos por prescrição » (2).

Esta doutrina, porém, é manifestamente inadmissível na parte em que atribue também ao Estado a propriedade das próprias cousas públicas, que nos termos do art. 380.º foram apropriadas ou produzidas por outras corporações públicas.

A doutrina da *Revista de Legislação* foi naturalmente sugerida pelas palavras « *apropriadas ou produzidas* » do art. 380.º.

E neste sentido poderia ainda invocar-se a dispozição do art. 2263.º que expressamente fala de terrenos públicos *que pertençam* a *freguesias*, a *municípios* ou ao *Estado*.

Entretanto as cousas teem de ser necessàriamente o que realmente são em face da lei, e não o que apenas resulta das palavras empregadas pelo legislador.

Ora a verdade é que a lei não reconhece ao Estado nem às corporações administrativas o *domínio* ou *direito de propriedade* sôbre as cousas *públicas*, senão quando elas passam à categoria de *bens patrimoniais* ou *cousas particulares*, por deixarem de servir para o uso público a que eram destinadas.

A própria *Revista de Legislação*, ao fundamentar a sua doutrina, afirma duas vezes, por uma forma expressa e terminante, esta mesma idea.

(1) Cit. *Revista*, XIII, pág. 146.
(2) Dr. Dias Ferreira, I, 69.

E se é certo, como diz a mesma *Revista*, que o *direito de dispôr é o que mais caracteriza o domínio*, e é indiscutível que as cousas públicas são inalienáveis, e até imprescritíveis, emquanto não deixarem de servir para o uso público, a conclusão tem de ser que, se alguém tem *domínio* sôbre estas cousas, são os próprios indivíduos que delas se utilizam, e não o Estado ou as corporações públicas, que as apropriaram, ou produziram.

E as palavras « *apropriadas ou produzidas* » do art. 380.º explicam-se perfeitamente no sentido de que o Estado ou as corporações apropriam estas cousas em nome de todos os indivíduos, para o uso de toda a gente, mas não para as possuirem como bens próprios.

Mas dizendo-se que o *domínio* das cousas públicas pertence a todos os indivíduos que delas se podem utilizar, não se entende a palavra *domínio* no seu rigoroso sentido, como sinónimo de *propriedade*, como a define o art. 2167.º, mas simplesmente como o direito que todos teem de usufruir directamente as utilidades das mesmas cousas.

De resto, a verdade é que as cousas públicas, emquanto se mantiverem como tais, são cousas *nullius* e *fóra do comércio*, embora algumas possam ser parcialmente adquiridas por ocupação, como acontece com as águas.

Relativamente às cousas comuns, entende a *Revista de Legislação* que o código não diz a quem a sua propriedade pertence, acrescentando que « nem o podia dizer, já porque não está ainda bem assente êste ponto de direito, já porque, ainda que o estivesse, seria mister estabelecer tantos princípios quantas as espécies de bens compreendidos na denominação de cousas comuns ». E, procurando

determinar os proprietários das cousas comuns, diz a mesma *Revista* que são: os proprietários dos prédios marginais, para as correntes não navegáveis nem flutuáveis, os municípios ou as paróquias, para os terrenos baldios e para as fontes construídas e administradas pelas respectivas corporações administrativas (1).

Examinando, porém, os artt. 434.° e seguintes, especialmente o art. 440.°, aliás substituido mas conservado pelo decreto n.° 5787-IIII, vê-se logo que os proprietários marginais não teem o direito de *propriedade* sôbre as águas, mas apenas o direito de se servirem delas para o serviço ou exploração dos seus prédios. É um direito de ocupação no sistema do código, e que bem mostra serem *nullius* as águas comuns, assim como as públicas, e até mesmo as particulares, antes de serem exploradas ou apropriadas.

A doutrina que atribue ao município ou à paróquia a propriedade dos *baldios* funda-se nas leis de 26 de julho de 1850 e 28 de agosto de 1869, e no regulamento de 25 de novembro do mesmo ano, que dão áquelas corporações não só os direitos de exclusão e defesa, de restituïção e indemnização, mas também o de receber o preço da venda ou aforamento de tais terrenos.

Mas a verdade é que aqueles direitos bem se justificam pela simples função administrativa dos mesmos terrenos confiada áquelas corporações; e o direito de receber o preço da venda ou aforamento só se realiza quando o terreno deixa de ser de uso comum.

No sentido do princípio geral que faz coincidir a propriedade das cousas com o direito de as usar

(1) Cit. *Rev.*, XIII, pág. 161.

livremente, já o Supremo Tribunal de Justiça julgou que a propriedade dos baldios pertence aos moradores visinhos (1).

Os *baldios*, emquanto se conservam na qualidade de cousas comuns, são cousas não apropriadas, e como tais *nullius* e fóra do *comércio* (2), e só entram no comércio, transformando-se então em cousas particulares, quando nos termos das leis é autorizada a sua alienação, sendo só neste momento que ao respectivo município ou paróquia é lícito ocupá-las.

Da doutrina exposta sôbre as cousas públicas e comuns, em confronto com o art. 382.° e seu § único, resulta claramente que o Estado e as corporações públicas teem no seu poder ou domínio patrimonial duas espécies de cousas ou bens: bens destinados ao *uso público geral* (cousas públicas) ou ao *uso público local* ou *corporativo*, que é restrito aos membros da corporação (cousas comuns), e bens destinados ao uso privativo da própria pessoa colectiva pública considerada como um particular (cousas particulares), que estão por isso sujeitos ao regime do direito privado civil ou comercial.

Mais simplesmente pode dizer-se que o Estado e as outras corporações públicas teem duas espécies de património: um património público ou bens do *domínio público*, e um património privado, ou bens do *domínio privado*. A teoria do domínio público foi construída principalmente pelos autores franceses, e desenvolvida pelos italianos.

(1) Acórdão de 17 de novembro de 1880, no *Direito*, XIII, pág. 139.

(2) Acórdão da Relação do Pôrto, de 19 de dezembro de 1879, na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, XVIII, pág. 123.

— E é interessante esta primazia da escola francesa, que nos parece explicar-se precisamente pela insuficiência dos textos legais sôbre a matéria, pois que os artt. 538.°-541.° do código de Napoleão, que se referem ao domínio patrimonial do Estado, conteem disposições muito lacónicas, imperfeitas e equivocas (1).

Na doutrina francesa o domínio público é o que se chama *Domínio, domínio público, bens dominiais* ou *dominialidade pública* (*Domaine, domaine public, biens domaniaux, domanialité publique*), e refere-se sòmente aos bens do Estado, dos departamentos e das comunas (2).

Os italianos chamam-lhe: *Cose publiche, demanialitá, beni demaniali, cose demaniali* (3).

Colin et Capitant descrevem o domínio público e o domínio privado numa síntese admirável de nitidez.

O *domínio privado* compreende os bens que o Estado possui e gere como um particular, que lhe produzem rendimentos, que êle pode alienar, pelo menos em geral, e que nada, portanto, diferencia exteriormente das cousas susceptíveis de propriedade privada. Uma herdade ou quinta modelo, uma caudelaria, uma manufactura de tabaco ou de fósforos, são partes do domínio privado. O direito civil é normalmente aplicável aos negócios de que êstes bens podem ser objecto.

O domínio público, ao contrário, é constituído pelos bens que servem para o uso de todos, como rios, portos, estradas, ruas, praças públicas. Êstes bens não estão evidentemente sujeitos às regras do direito civil relativas à propriedade. Não se

(1) Colin et Capitant, 1, pág. 707 e 708.
(2) Colin et Capitant, pág. 705 e seg.
(3) Coviello, pág. 281 e seg.

pode mesmo dizer que o Estado seja proprietário deles. O *usus* não pertence ao Estado, mas ao público, a toda a gente, inclusivé os estrangeiros; o *fructus* não existe, porque êstes bens não produzem rendimentos; quanto ao *abusus*, ou direito de disposição, não há questão, porque o uso público, a que êstes bens estão afectados, não permite que sejam alienados ou onerados com direitos reais.

Para precisar o interesse prático, ou o efeito jurídico da distinção entre as duas porções do domínio, reconhece-se:

1.° O domínio público é *inalienável*, emquanto que o domínio privado pode ser alienado nas condições e com as formalidades prescritas pelas leis administrativas.

2.° O domínio público é *imprescritível;* o domínio privado pode perder-se pela prescrição.

3.° Os bens do domínio público não podem ser onerados com *qualquer servidão;* os imóveis do domínio privado, ao contrário, podem ser onerados com servidões, como os dos particulares.

4.° Diz-se também que o domínio público é *impenhorável* ou *insequestrável*. Mas isto não é uma solução exclusiva dos princípios da dominialidade pública. Também o domínio privado do Estado é insusceptível de penhora ou arresto; porque as suas dívidas se liquidam e pagam segundo regras especiais, não podendo as vias ordinárias de execução ser exercidas contra o Estado, que, além de se presumir solvável, é em todo o caso superior à autoridade dos magistrados e auxiliares da justiça, seus próprios empregados (1).

Mas dada a insuficiência dos textos legais,

(1) Colin et Capitant, pág. 705 e 706.

grande divergência existe entre os autores sôbre o critério distintivo dos bens que pertencem ao domínio público ou ao domínio privado.

A teoria mais em voga entre os escritores de direito público e administrativo (Hauriou, Jèze, Duguit) considera como característica da dominialidade pública a afectação das cousas a um *serviço público*.

Mas êste critério é geralmente rejeitado pelos civilistas, por ser excessivamente latitudinário. Não se vê, dizem Colin et Capitant, a razão porque devam subtrair-se às regras relativas à propriedade privada todos os edifícios afectos a um serviço público, como uma escola, e todos os objectos mobiliários tendo o mesmo destino, como os livros das bibliotecas públicas.

Por isso outros autores, mesmo de direito administrativo, como Berthélemy, adoptaram outro critério, mas êste muito restrito, que póde denominar-se teoria da *extra comercialidade*, pois consiste em considerar do domínio público só os bens que, *por sua própria natureza*, se mostram insusceptíveis de propriedade privada (1).

Esta doutrina tem o seu fundamento no próprio art. 538.° do código de Napoleão, onde se diz que são do domínio público todas as cousas pertencentes à Nação, e que são *dependências* dêle «*todas as porções do território francês que não são susceptíveis de uma propriedade privada*».

Mas o critério da *extra comercialidade* derivada apenas da própria natureza das cousas é, na verdade, demasiado restritivo, pois não abrangeria os portos, os caminhos, os rios, visto que a natureza destas cousas não é incompatível com a sua inclusão na propriedade privada.

(1) Berthélemy, *Traité de droit administratif*, pág. 412.

Por isso, concluem Colin e Capitant, o critério precisa ser ampliado, e deve ser a *afectação* das cousas, não a um serviço público, mas *ao uso directo do público*. Assim se explica, por um lado, a inalienabilidade e indisponibilidade daquela espécie de bens, portos, estradas, rios, objectos que, se fossem entregues ao comércio jurídico, não poderiam realizar o seu destino; e, por outro lado, assim se explica também esta solução incontestável: que o carácter da dominialidade pública deixa de ser inerente aos bens desta fracção do domínio, desde que cesse a sua afectação ao uso do público; por exemplo, o terreno duma estrada nacional poderá ser vendido logo que a estrada seja abandonada (déclassée). De resto, é bem de vêr que a vontade do legislador póde sempre, mesmo fóra das condições indicadas, imprimir a certas cousas que, normalmente, deviam entrar no domínio privado, todos ou parte dos caracteres da dominialidade pública. É assim que as fortificações, embora não sejam afectas ao uso livre do público, fazem parte do domínio público, porque não podem ser alienadas, e isto em virtude de uma disposição formal do código civil (art. 540.° e 541.°); êste carácter cessa quando a fortaleza é abandonada; desde então os muros, trincheiras e fossos da antiga praça podem ser alienados, entram no domínio privado (art. 541.°) (1).

Para se vêr a importância da diversidade dos critérios, basta notar que, depois da lei da separação das Igrejas e do Estado (9 de dezembro de 1905), os edifícios do culto são para os autores de direito

(1) Colin et Capitant, pág. 709.

administrativo bens do domínio privado, emquanto que para os civilistas continuam a ser do domínio público (1).

Mas bem analizadas as cousas, reconhece-se que afinal o critério do uso público, adoptado pelos civilistas franceses, se mostra ainda insuficiente para caracterizar o domínio público do Estado ou das autarquias locais. Êle não serve para justificar a qualificação das fortificações. E por outro lado não se compreende o motivo porque não se hão de incluir, à semelhança destas, no domínio público todos os edifícios e todas as cousas que, embora não sejam destinadas ao uso directo do público, são como elas destinadas a um serviço público permanente, tão necessário à vida da Nação, que devem igualmente ser *indisponíveis* e *imprescritíveis*.

Eis a razão porque a doutrina italiana, em face das disposições do seu código civil, calcadas, em parte, sôbre os artt. 538.°-541.° do código francês, sentiu a necessidade de construir uma teoria mais completa do domínio público.

Com fundamento nos artt. 426.° e 432.° do código italiano, começam os autores por distinguir os bens do Estado, das províncias e das comunas em *bens dominiais* e *bens patrimoniais*, e dizem que os bens dos institutos públicos e das outras pessoas colectivas são sempre bens patrimoniais, nos termos do art. 433.° (2).

(1) Colin et Capitant, pág. 710.

(2) Art. 426.°: «I beni dello Stato si distinguono in demanio pubblico e beni patrimoniali.»

Art. 432.°: I beni delle provincie e dei comuni si distinguono in beni di uso pubblico e in patrimoniali.»

Art. 433.° «I beni degli istituti civile ed ecclesiastici e degli altri corpi morali appartengono ai medesimi, in quanto le leggi del regno riconoscano in essi la capacità di acquistare e di possedere».

Na doutrina italiana o critério geral dominante é o destino dos bens públicos, isto é, servir ao *uso público*.

Discute-se porém o que deve entender-se por uso público, isto é, se se trata de um uso directo e imediato por parte dos cidadãos, como, por exemplo, nas estradas, praias e rios, de que os indivíduos podem gozar, transitando, pescando ou navegando; ou se é também o uso indirecto e mediato, emquanto é o Estado que dos bens faz uso directamente no interesse comum dos cidadãos, como acontece com os edifícios públicos, fortalezas e semelhantes.

Mais simplesmente: devem ser do domínio público ou dominiais só os bens destinados ao uso directo do público, ou também os que são destinados a um serviço público realizado pelo Estado, pela província ou pela comuna?

Se sòmente devem considerar-se dominiais as cousas que servem directamente ao uso dos cidadãos, e todas as outras patrimoniais, entendem alguns que é necessário distinguir nestas as que, sendo destinadas a um serviço público (como os edifícios públicos), são *indisponíveis*, e as que, tendo uma utilidade económica produtiva de rendimento, são *disponíveis*.

Mas se, pelo contrário, se incluem nos bens dominiais tanto aqueles que são directamente aproveitados pelos cidadãos como os que estes só indirectamente gozam, por ser o seu uso reservado ao Estado, revertendo afinal à sua utilidade a favor dos cidadãos, por virtude da aplicação que deles faz o Estado a um serviço público, então é necessário nos bens dominiais distinguir dois tipos: um domínio público *normal*, em que o gôzo das cousas públicas é por sua natureza directamente atribuido aos cidadãos; e um domínio público *anómalo*, cuja

utilidade de interesse geral é dada pelo uso que dêle faz o Estado e cujo tipo mais característico é constituído pelos bens destinados à defesa nacional.

Todos estes sistemas teem os seus defensores entre os escritores italianos; mas o que nos parece mais conforme com a realidade da vida económica e jurídica é o que determina a dominialidade ou o carácter público do domínio por qualquer dos dois princípios, ou pelo destino ao *uso directo do público*, ou pela afectação a um *serviço público;* ou, ainda mais simplesmente, pela *função económica pública* das cousas, isto é, pelo seu destino ao uso de todos os cidadãos ou de uma generalidade deles, mas tanto ao uso directo, como ao indirecto por intermédio do serviço público do Estado ou da respectiva autarquia local (1).

Tal é a construção jurídica do domínio público que se adapta exactamente ao nosso direito, e que podemos dizer mesmo se encontra consignada nos artt. 379.º a 382.º, § ún., do código civil.

Em primeiro lugar devemos observar que a divisão das cousas em públicas, comuns e particulares, não exige que o domínio se distinga igualmente em público, comum e particular. Nem há coincidência necessária entre aquelas espécies de cousas e de domínio, porque, por exemplo, o art. 2263.º expressamente admite domínio público sôbre cousas comuns.

É que na verdade a espécie de domínio que existe sôbre as cousas comuns é sem dúvida um *domínio público,* como resulta da própria definição do art. 381.º: simplesmente, em vez de ser um

(1) Para maior desenvolvimento da doutrina italiana, Coviello, pág. 281 e seg.; Ruggiero, pág. 416 e seg.; Ferrara, pág. 760 e seg.

domínio público geral, é um domínio público local ou corporativo, como já mostrámos.

Por outras palavras, o chamado domínio comum é também domínio público. Com efeito, o que mais caracteriza o domínio público não é o maior ou menor número de pessoas a quem êle interessa, mas sim o regime jurídico das cousas a que êle se refere.

Ora o regime jurídico das cousas comuns é precisamente o do domínio público — *indisponibilidade, imprescritibilidade* e *impenhorabilidade.*

As cousas comuns são, como as públicas *extra commercium* (art. 372.º); e por isso, e pelo uso público a que são destinadas, não podem ser alienadas (art. 381.º), nem prescritas (art. 506.º), nem hipotecadas (artt. 889.º e 894.º), nem penhoradas (art. 815.º, n.º 1.º do cód. de pr. civ.).

Contra a perfeita identificação do domínio comum com o domínio público nem mesmo se pode dizer que os *baldios,* ao contrário das cousas públicas, podem ser *alienados,* divididos pelos moradores vizinhos ou aforados em hasta pública, porquanto esta mudança de situação jurídica de tais cousas comuns só tem lugar quando deixam de ser destinadas ao uso público: é exactamente o que acontece com as estradas, jardins públicos, e outras cousas públicas semelhantes, que uma vez deixando de ser afectas ao uso público podem também ser alienadas.

Assente o princípio de que o *domínio público* é tanto o que o Estado e as corporações públicas (1)

(1) Deve notar-se que as corporações públicas susceptíveis de domínio público são, não só as autarquias locais e quaisquer outros estabelecimentos públicos corporativos do Estado, mas também as *corporações administrativas,* nos termos do § único do art. 253.º do código administrativo de 1896 (ainda

exercem sôbre as cousas públicas, como o exercido pelas mesmas corporações sôbre as cousas comuns, é fácil reconhecer que o conceito de domínio público formulado nos artt. 380.° e 381.° do nosso código é exactamente o do *serviço público* ou do *uso directo* ou *indirecto* dos cidadãos, quer seja o uso geral, quer sòmente o uso local ou corporativo.

Com efeito, nos termos do art. 380.°, não podem deixar de ser considerados cousas públicas todos os edifícios ou construções do Estado, incluindo as fortalezas, porque, embora os cidadãos não possam servir-se deles directamente, utilizam-nos todavia indirectamente, beneficiando do serviço público a que eles são destinados.

Ora o art. 380.° não faz distinção alguma entre uso público *directo* e *indirecto*, devendo pois entender-se que se refere a ambos.

Aqueles que, como o Dr. Guilherme Moreira, entendem que é só no uso público directo que está o carácter essencial das cousas públicas, não veem que, ao contrário disso, o art. 380.° até se refere também a *uso indirecto*, dizendo «das quais é lícito a todos, individual ou *colectivamente*, utilizar-se»: a utilização individual é o uso directo, a utilização colectiva é o uso indirecto (1).

em vigor nesta parte, por fôrça dos decretos-leis de 13 e 28 de outubro de 1910), isto é, todas as corporações, associações e institutos de piedade ou beneficência, sujeitas à inspecção do governador civil.

(1) Diz o Dr. Alves Moreira: «As cousas que o Estado e as corporações públicas apropriam ou produzem e que não podem ser directamente utilizadas pelos cidadãos constituem o seu *património* ou *bens patrimoniais*. Como pessoas colectivas não pode o Estado gozar dêsses bens nem as corporações públicas, mas os cidadãos; êsse gôzo, porém, não lhes pertence *uti singuli*, mas *uti universi*, não é directo, mas indirecto. É assim que os bens patrimoniais ou são destinados, como os

Não nos parece mesmo que possa ter outra significação a expressão «utilizar-se *individual ou colectivamente*».

O que é necessário é distinguir, entre as cousas do domínio do Estado ou das corporações públicas, quais as que são do domínio público, e quais as que não sendo destinadas ao uso, nem mesmo indirecto, dos cidadãos, constituem por isso o domínio privado das pessoas colectivas públicas, o seu património, como cousas ou bens particulares.

Para êste efeito parece-nos suficientemente expressiva a doutrina de Ruggiero: «São *dominiais* (do domínio público) os bens destinados ao uso público, entendido no sentido amplo de gôzo directo ou indirecto, e os destinados à defeza nacional, pois que de todos eles a utilidade geral consiste numa utilização directa da cousa, sem necessidade de transformações. *Patrimoniais* (do domínio privado) pelo contrário são todos os outros que, não sendo destinados a um gôzo *in natura*, quer por parte dos cidadãos quer por parte do Estado, teem por função fornecer ao Estado, sob a forma de preço de alienação, de renda por locação, e negócios semelhantes, os meios económicos neces-

quarteis, as fortalezas, os edifícios das côrtes, dos ministérios, a um serviço público, ou a satisfazer, pela sua troca por outros bens, necessidades públicas, como os edifícios que o Estado dê de arrendamento ou destine ao exercício de indústrias que monopolize — *Instituições*, pág 361».

Como se vê, na doutrina do ilustre professor há uma idea — a do gôzo dos cidadãos *uti universi* — que é afinal a plena justificação da nossa idea de que o art. 380.°, na expressão «*utilizar-se colectivamente*», se refere ao uso indirecto, devendo portanto abranger todas as cousas destinadas a um serviço público.

sários para satisfação das outras necessidades públicas (1).

Mas qual é verdadeiramente a natureza jurídica do domínio público?

Entendem uns que é um direito de *propriedade;* consideram-no outros como um direito *sui generis,* de soberania ou poder político em princípio, mas produzindo efeitos de propriedade; e entendem outros que é apenas um direito de poder político, um direito público administrativo, um *jus imperii.*

Esta nos parece a verdadeira doutrina, pois que sôbre as cousas do domínio público não pode o Estado, ou as corporações públicas, exercer, emquanto conservam esta natureza o domínio privado, ou seja, o direito de propriedade pròpriamente dito, como já mostrámos.

Mas devemos reconhecer, em primeiro lugar, que se trata de uma questão de puro interesse doutrinário teórico; e em segundo lugar, que visto se tratar em todo o caso de um direito de *domínio,* que na linguagem tradicional do direito civil é o direito de *propriedade,* não há inconveniente em se aceitar o conceito do domínio público como um direito de propriedade, mas de *propriedade pública* ou *colectiva.*

54. **Enumeração das cousas públicas.** — O código faz esta enumeração no art. 380.º. Mas é necessário completá-la com o disposto no decreto n.º 5787-IIII, de 10 de maio de 1919, que regula o uso e aproveitamento das águas, começando por determinar quais são as águas públicas e as particulares.

E assim, pertencem à categoria das cousas públicas:

1.º As estradas, pontes e viadutos construídos e mantidos a expensas públicas, municipais ou paroquiais;

2.º As águas salgadas das costas, enseadas, baías, *portos artificiais, docas,* fozes, rias e esteiros, e *seus respectivos leitos, cais e praias, até onde alcançar o colo da máxima preamar de águas vivas;*

3.º Os lagos e lagôas, e os canais, *valas* e correntes de água, navegáveis ou flutuáveis, com os seus respectivos leitos ou álveos e *margens;*

4.º *As valas e correntes de água não navegáveis nem flutuáveis, bem como os respectivos troços em que atravessarem terrenos públicos, municipais ou de freguesia;*

5.º *Os lagos, lagôas e pântanos formados pela natureza nesses terrenos, e os circundados por diferentes prédios particulares;*

6.º *As águas nativas que brotarem em terrenos públicos, municipais ou de freguesia, as águas pluviais que neles caírem, as águas que por êles correrem abandonadas, e as águas subterrâneas que nos mesmos terrenos existam;*

7.º As águas das fontes públicas, *as dos poços e reservatórios construídos à custa dos concelhos ou freguesias;*

8.º *As águas que nascerem em algum prédio particular, do Estado ou dos corpos administrativos, e as pluviais que neles caírem, logo que umas e outras transponham, abandonadas, os limites dos respectivos prédios, se forem lançar-se no mar ou em outras águas do domínio público.*

(1) Ruggiero, pág. 419. Mais simplesmente ainda dizem outros: patrimoniais são os bens que, pela troca com outros, são destinados a auferir rendimentos para os encargos do Estado. Meucci, *Istituzioni di diritto ammucistrativo,* II, pág. 3 e seg.

A enumeração legal das cousas públicas é apenas exemplificativa, como resulta da própria expressão «*Pertencem a esta categoria*», havendo outras cousas, além das especificadas no art. 380.º, que já antes do código civil eram consideradas *públicas*, tais como os *caminhos de ferro*, com as suas dependências, e as *linhas telegráficas*, neles estabelecidas (decreto n.º 2 de 31 de dezembro de 1864, art. 1.º).

Mas visto que as cousas públicas, assim como as comuns, pertencem mais ao direito administrativo do que ao direito civil, limitar-nos hemos à indicação das categorias mencionadas na lei.

A lei de 22 de julho de 1850 classificava as vias de comunicação em *estradas* e *caminhos*, dividindo as primeiras em *estradas de primeira classe* e de *segunda classe*, e os segundos em *municipais* e *vicinais*.

A lei de 15 de junho de 1862 fez outra classificação das estradas, dividindo-as em três classes:

a) *estradas reais* (hoje nacionais) ou *de primeira ordem*;

b) *estradas distritais* ou *de segunda ordem*; e

c) *estradas municipais* ou *de terceira ordem*.

Depois a lei de 6 de junho de 1864 (art. 1.º, §§ 1.º e 2.º) dividiu as *estradas municipais* em duas classes, pertencendo à primeira «as estradas municipais de interesse comum para dois ou mais concelhos, e cuja construção e conservação estiver a cargo de dois ou mais municípios» *(caminhos concelhios)*, e à segunda «as de interesse especial de um só concelho, ao qual exclusivamente competirá a sua construção e custeio *(caminhos vizinhais)*.

Além disso, o código administrativo fala ainda de *caminhos paroquiais* (art. 176.º, n.º 25.º), de *caminhos vicinais do uso da paróquia, que não estejam classificados como estradas municipais* (art. 174.º, n.º 24.º), e de *atravessadouros* ou *serventias públicas* (art. 52.º, n.ºs 1.º e 9.º).

Serão cousas *públicas* todas estas diferentes espécies de vias de comunicação?

Se atendermos só aos termos do n.º 1.º do art. 380.º, parece que todos os caminhos construídos e mantidos à custa do Estado, do município ou da paróquia, entram na mesma categoria, incluindo mesmo os *vicinais do uso da paróquia*.

Mas entre estes há alguns que são do uso *exclusivo* da paróquia ou de uma parte dela, como os que se dirigem a um tanque ou lavadouro da freguesia ou a um baldio paroquial.

Ora os que se encontrarem nestas condições, não satisfazem ao requisito essencial do uso público geral, e por isso só podem considerar-se cousas *comuns*.

Os *atravessadouros* ou *serventias públicas* podem também ser de uso público ou simplesmente de uso comum, sendo assim umas vezes *públicos* e outras vezes *comuns* (1).

55. **Baldios municipais ou paroquiais.** — Tendo o decreto-lei das águas atribuído a categoria de cousas públicas a todas as águas do domínio público, abolindo a categoria de águas comuns, ficou a enumeração do art. 381.º reduzida aos *baldios*. Mas é claro que esta enumeração, como a das cousas públicas, é meramente exemplificativa, devendo considerar-se, além dos baldios, como cousas comuns todas as que estão no domínio de quaisquer corporações públicas e que sejam destinadas ao uso público local ou corporativo.

(1) Os *atravessadouros* passando por prédios particulares foram abolidos pela lei de 9 de junho de 1773, § 12.º, que apenas deixou subsistentes os que se dirigissem a *fontes* ou *pontes, com manifesta utilidade pública*.

Chamam-se *baldios* ou *maninhos* certos terrenos geralmente incultos, que por antigos usos e costumes se acham na posse e gôzo exclusivo e directo dos vizinhos de certos lugares.

Os baldios são *municipais* ou *paroquiais*, pertencendo a esta classe os que são usufruídos pelos vizinhos de toda a paróquia ou de parte dela, sendo municipais todos os outros.

Na antiga jurisprudência foi muito discutido o significado e alcance da palavra *vizinhos*, para o efeito de se determinar quais as pessoas com direito à fruïção dos baldios.

Entendiam alguns que *vizinhos* deviam considerar-se todas as pessoas que residiam ou tinham bens no lugar.

Como, porém, a *vizinhança* não fôsse definida nas leis especiais sôbre a posse e fruïção dos baldios, sustentavam outros que devia entender-se de harmonia com o disposto na *Ordenação do Reino*, Liv. 2.º, Tit. 56, segundo a qual, quando por foral ou usança antiga das cidades ou lugares não estivesse ordenada ou admitida outra cousa, só deviam ter-se por *vizinhos* dum lugar:

1.º Os que dêsse lugar ou do seu termo fôssem naturais ou aí tivessem ofício de que vivessem, morando no dito lugar e seu termo;

2.º O português ou estrangeiro que casasse com mulher da terra, emquanto aí morasse, ou onde tivesse a maior parte de seus bens, com tenção e vontade de aí morar; e se acaso saísse, com tenção de mudar o domicílio, e depois voltasse, só era havido por vizinho morando aí de novo quatro anos, com sua mulher, filhos e fazenda;

3.º O que mudasse o domicílio, só passado quatro anos, e nas mesmas condições, era considerado vizinho do novo lugar.

O código administrativo de 1895 (art. 441.º, § 1.º), e do mesmo modo o de 1896 (art. 429.º, § 1.º) resolveu a questão, determinando que teem direito à divisão dos baldios *todos os chefes de família que há mais de um ano sejam compartes na fruïção dêles, conforme os usos e costumes estabelecidos.*

Mas, pela lei de 7 de agosto de 1913 (art. 185.º, § 1.º), teem preferência para a divisão dos baldios próprios para cultura os chefes de família, que há mais de cinco anos vivam na circunscrição e tenham sido compartes na fruïção dêles.

56. **Cousas particulares ou do domínio privado.**— O estudo que temos feito das cousas públicas e comuns mostra bem as profundas diferenças que as separam das particulares.

As cousas de uso público geral ou local, diz o Dr. Teixeira de Abreu, não podem ser objecto de propriedade privada, já porque a própria natureza física as torna insusceptíveis de apropriação individual, já porque, destinadas por lei ao uso directo dos cidadãos, assumem carácteres jurídicos especiais, que as colocam fóra do campo do direito privado.

A propriedade das cousas particulares ora pertence a pessoas singulares, ora a pessoas colectivas, como o Estado, as corporações administrativas, e quaisquer outras pessoas jurídicas, como resulta clara e terminantemente dos preceitos do art. 382.º e seu§ único.

Quando uma cousa pertence a diversas pessoas simultâneamente, aparece a *propriedade comum*, exercendo cada um dos comproprietários, conjuntamente com os seus consortes, todos os direitos que pertencem ao proprietário singular, em proporção da parte que teem naquela propriedade, salvo qualquer limitação expressa na lei (artt. 2176.º

e 2177.º). Mas a indivisão só é obrigatória quando a cousa fôr de sua natureza não-partível, ou nos casos de casamento e sociedade, conforme se acha preceituado no art. 2180.º do código civil.

O código, falando de *pessoas colectivas*, no art. 382.º, refere-se manifestamente às *pessoas jurídicas* ou *morais*, e não à propriedade comum, a qual, por ser de várias pessoas, não deixa de pertencer a pessoas singulares.

As cousas particulares diferem, pois, das cousas públicas e comuns, não só emquanto aos actos e contractos de que podem ser objecto, mas também relativamente às pessoas que as podem possuir e administrar, bem como em relação à natureza dos direitos que sôbre elas podem exercer-se.

Com efeito, tanto as cousas públicas como as comuns estão *fóra do comércio*, sendo portanto *imprescriptíveis* (art. 506.º), não podendo ser *legadas* (art. 1811.º, n.º 2.º), nem *hipotecadas* (art. 889.º), o que não sucede, em regra, com as cousas particulares, que só muito excepcionalmente, e por motivos de interesse público, pódem encontrar-se em condições em certo modo análogas.

Além disso, as cousas de uso público geral ou local só podem encontrar-se na posse e administração do Estado e corporações públicas, e nunca na dos cidadãos que só teem o seu gôzo e fruïção, na conformidade dos regulamentos administrativos ou da lei; ao passo que as cousas particulares tanto se encontram no poder dos cidadãos, que aliás é o caso mais vulgar, como no daquelas entidades (art. 382.º).

Finalmente, os direitos que podem recaír sôbre as duas classes de cousas são, em geral, de natureza perfeitamente distinta, pois sendo as cousas particulares objecto de *domínio privado*, as cousas públicas e comuns são rigorosamente insusceptíveis

dum tal direito, tanto por parte dos cidadãos, que só podem sôbre elas exercer direitos de fruïção e uso, como da parte do Estado e corporações públicas, porque estas, tendo por única missão regular e fiscalizar o exercício daquelas faculdades, bem póde dizer-se, com Bianchi, que antes teem a seu respeito *encargos* do que direitos, pois todas as suas faculdades derivam da obrigação, que sôbre as mesmas entidades impende, de manterem as cousas públicas e comuns em condições de poderem ser utilizadas directamente pelos cidadãos.

As águas particulares são enumeradas no art. 2.º do decreto n.º 5787-IIII, assim redigido:

São do domínio particular:

1.º As águas que nascerem em algum prédio particular e as pluviais que nele caírem, emquanto não transpuserem abandonadas os limites do mesmo prédio, ou que, ultrapassando êsses limites e correndo por prédios particulares, são consumidas antes de se lançarem no mar ou em outras águas do domínio público. Se, porém, se lançarem no mar, ou em outras águas públicas, deixarão de ser particulares, apenas passem os limites do prédio onde nascem ou caírem;

2.º Os lagos ou lagoas existentes dentro de algum prédio particular, que não sejam alimentados por córrente pública;

3.º As águas subterrâneas que nos prédios particulares se encontrem;

4.º Os poços, galerias, canais, reservatórios, albufeiras e demais obras construídas por pessoas singulares ou colectivas para captagem, derivação ou armazenamento das águas públicas ou particulares, no interesse da agricultura ou da indústria;

5.º O álveo das correntes não navegáveis nem flutuáveis, e bem assim o das águas pluviais que atravessarem ou banharem prédios particulares.

TERCEIRA SECÇÃO

FACTOS JURIDICOS

CAPÍTULO V

FACTOS JURÍDICOS EM GERAL

SUMÁRIO:

57. — A teoria e a classificação dos factos jurídicos.
58. — Conceito do acto jurídico. Preferência da terminologia tradicional sôbre a denominação de negócio jurídico.
59. — Elementos dos actos jurídicos.
60. — Classificação dos actos jurídicos.
61. — Adquisição, modificação e perda ou extinção de direitos. Sucessão.
62. — Actos jurídicos que importam alienação ou renúncia.
63. — O tempo como facto jurídico. Fixação e cômputo.

57. **A teoria e a classificação dos factos jurídicos.** — Pois que a constituïção, modificação, ou extinção de qualquer situação jurídica é sempre o resultado dum facto, cujas conseqüências são determinadas e reguladas pelo direito objectivo, é indispensável construír a teoria geral dos factos jurídicos.

A série indefinida dos factos ou acontecimentos da ordem natural, que se reflectem a todo o

instante na ordem jurídica, apresenta uma infinidade de espécies ou figuras tão diferentes, que nem sempre é fácil integrá-las num determinado tipo ou género.

Mas isso não obsta a que se faça uma classificação dos factos jurídicos, porque toda a classificação, ainda mesmo não sendo uma construção geomètricamente definida, tem sempre a vantagem de apresentar no conjunto das suas linhas e contornos, mais ou menos bem definidos, os diferentes tipos ou figuras, facilitando assim a sua análise e estudo, para se chegar à mais adequada forma da sua construção e do respectivo tratamento jurídico.

Lançando um olhar de conjunto sôbre a imensidade dos factos determinantes e mais influentes da ordem jurídica, não é difícil ver logo as figuras mais altas, mais relevantes.

O *nascimento*, a *autonomia da vontade*, a *fôrça da natureza*, a *morte* e o *tempo*, eis os tipos mais culminantes.

O nascimento e a morte pertencem por um lado aos dois grandes capítulos do direito da família e da sucessão; por outro lado, pertencem à teoria da personalidade.

As mais variadas, imprevistas e inevitáveis manifestações das fôrças naturais, como a aluvião, o fogo, a electricidade, os movimentos sísmicos, os agentes mórbidos, e as contingências da actividade mecânica e industrial, não se prestam fàcilmente a uma construção dogmática de carácter geral e abstracto, tendo por isso que ser estudadas particular e concretamente em cada um dos institutos jurídicos, em que se faz sentir a sua acção.

A influência do tempo na vida das relações jurídicas, além de certos e particulares efeitos relativos à constituïção, exercício e extinção de

alguns direitos, dá lugar a um instituto jurídico dos mais precisamente delineados, que é a *prescrição*, fonte abundantíssima de adquisição e extinção de direitos.

Finalmente, a fonte mais caudalosa e permanente de direitos e obrigações, é, sem dúvida, a febre constante das manifestações volitivas e insaciáveis da actividade do homem, na ânsia de realização, mais que das simples necessidades humanas, de toda a ordem de desejos, ambições, caprichos e fantasias.

Ora a teoria jurídica da vontade, tendo por base uma sciência largamente elaborada, como é a psicologia, é que se presta fàcilmente a uma construção dogmática mais completa, constituindo o grande e complexo capítulo dos *actos jurídicos*.

Eis a razão porque, na doutrina dos melhores tratadistas de direito civil moderno, toda a teoria geral dos *factos jurídicos* se reduz afinal à teoria do *acto jurídico*, mas que nós, em virtude das considerações expostas, fazemos seguir de um capítulo sôbre a *prescrição*.

Conhecidas as principais classificações ou divisões dos factos jurídicos, que já expusemos no primeiro volume dêstes princípios, recordamos e notamos apenas como é efectivamente justificada a classificação dos factos jurídicos em *voluntários* e *extra voluntários*, *naturais* ou puramente *materiais*, com a subdivisão dos primeiros em *lícitos* e *ilícitos* (1).

Mas na teoria geral dos factos jurídicos não trataremos dos *ilícitos*, porque estes pertencem pròpriamente à teoria das obrigações, constituindo

(1) *Os Princípios*, I, pág. 65 e seg.

o capítulo das obrigações delituais ou responsabilidade civil, que já tratámos no primeiro volume.

Estamos, pois, reduzidos aos factos jurídicos voluntários.

Mas dêstes nem todos entram ainda na categoria dos actos jurídicos pròpriamente ditos, pois em primeiro lugar há que excluír os factos negativos, isto é, as manifestações ou abstenções da vontade, que se traduzem em omissões, as quais sob a forma de simples negligência ou imprudência *(culpa)*, e de intenção maliciosa *(dolo)*, pertencem à categoria dos factos ilícitos, se causaram dano; e, se o não causaram, são em regra jurìdicamente irrelevantes, isto é, não teem importância ou eficácia jurídica.

E dêste modo estamos afinal reduzidos, no conceito do acto jurídico, aos factos voluntários positivos lícitos, isto é, às acções da vontade humana lícitas, ou sejam as manifestações da vontade destinadas a fins que a lei reconhece e garante.

Mas destas ainda há que excluír, para o conceito do acto jurídico pròpriamente dito, aquelas que consistem essencialmente, ou predominantemente, na prática de um facto material ou físico, isto é, na acção directa e imediata sôbre os objectos materiais do mundo externo, como são, por exemplo, a ocupação, a tomada da posse, a construção, a sementeira ou plantação, mesmo em terreno alheio, etc., não só porque na apreciação e tratamento jurídico de tais actos se atende mais ao resultado material da acção do que ao fim que a vontade teve em vista, mas ainda porque tais actos, em virtude da sua diversa natureza, não se podem integrar numa teoria geral e unitária, e pertencem antes aos diferentes modos de adquisição, conservação, modificação e extinção dos direitos reais.

Estamos, pois, reduzidos, no conceito do acto jurídico pròpriamente dito, isto é, no sentido estrito ou técnico, aos actos lícitos, cuja eficácia jurídica resulta exclusivamente da vontade do agente.

58. **Conceito do acto jurídico. Preferência da terminologia tradicional sôbre a denominação de negócio jurídico.** — Para exacta compreensão da terminologia ou tecnologia, começamos por acentuar que os autores italianos, certamente por imitação dos alemães (tradução de *Rechtsgeschäft*), empregam geralmente a expressão *negócio jurídico*, não para designar uma determinada categoria de actos jurídicos, mas como sinónima de *acto jurídico pròpriamente dito* (1).

A mesma expressão foi entre nós adoptada pelo Dr. Alves Moreira, e revela uma certa tendência a ser seguida por alguns dos nossos colegas (2).

---

(1) Pacchioni, *Elementi di diritto civile*, pàg. 227, nota, diz: «Nè il diritto romano, nè il nostro codice civile danno una definizione del negozio giuridico, e lo stesso termine «*negozio giuridico*» è estraneo alle nostre leggi. Esso è la traduzione letterale del termine tedesco *Rechtsgeschäft*, ed é invalso per l'influenza della dottrina civilistica germanica. Le nostre leggi usano il termine più lato ed anfibologico «*atto giuridico*» (artt. 297.º, 1314.º, 1269.º cod. civ.), ma non contengono tuttavia disposizioni relative agli atti giuridici in generale. Le disposizioni più generali del nostro codice sono quelle relative al contratto (art. 1098.º e seg. cod. civ.) ed è a queste che occorre ricorrere, per quanto con molta cautela, per risolvere i dubbî che si presentano in materia di negozi giuridici in generale».

(2) Dr. Alves Moreira, *Instituições de direito civil português*; Dr. Beleza dos Santos, *A simulação em direito civil*. Mas em ambas estas obras, aliás excelentes, se revela logo a incerteza da terminologia: na primeira em que há uma secção *Dos actos jurídicos pròpriamente ditos*, abrangendo diversos parágrafos (§§ 33 a 43), emprega-se a expressão «acto jurídico no primeiro dêsses parágrafos, passa-se depois a adoptar nos outros a expressão «*negócio jurídico*», voltando-se a empregar

Nós preferimos continuar com a designação tradicional de *acto jurídico*, e, como veremos pela análise do conceito do acto jurídico pròpriamente dito, há de reconhecer-se que a moderna terminologia de negócio jurídico só serve para dar lugar a confusões ou equívocos, merecendo justamente o qualificativo de termo amfibológico, que Pacchioni atribui à expressão *acto jurídico*.

E, para se ver como temos razão, bastará tomar na devida consideração as próprias palavras, que vamos reproduzir, de Coviello, um dos mais fieis partidários da terminologia germânica.

O conceito de negócio jurídico, diz Coviello, não se encontra nas nossas leis, e é inteiramente desconhecido na prática: nas leis fala-se de contracto, de testamentos, de outras declarações de vontade, e às vezes fala-se de actos em geral, mas falta a noção de acto e de negócio jurídico. Só a doutrina alemã, tomando em conta os caracteres comuns que apresentam vários factos jurídicos voluntários, elaborou êste conceito para estudar assim as regras comuns a tais factos e construir a sua teoria geral. Deve porém confessar-se que, não obstante os muitos estudos, o conceito de negócio jurídico é assás controvertido, não só pelo que respeita à determinação da sua característica essencial, mas também para determinar a sua compreensão (1).

---

no último a expressão «*actos jurídicos*». É que afinal a verdade sempre triunfa.

Por seu lado, o Dr. Beleza dos Santos, tendo começado por consagrar a denominação de *negócio jurídico* na definição, que é precisamente a dos *actos jurídicos* pròpriamente ditos, emprega depois a cada passo a expressão acto jurídico, falando do acto simulado, do acto aparente, dos actos simuláveis e não simuláveis, etc.

(1) Coviello, pág. 316.

Mas vamos continuar com a exposição de Coviello, que é sempre de uma clareza inexcedível e quási sempre de uma dedução lógica irrefutável.

Segundo uma opinião dominante o negócio jurídico seria a manifestação de vontade destinada a produzir conseqüências jurídicas, isto é, a fazer nascer, modificar ou extinguir uma relação jurídica. Distinguir-se-ía assim nitidamente não só dos factos jurídicos materiais em que falta o elemento da vontade, mas também dos factos voluntários: dos ilícitos, em que estes não são destinados a produzir conseqüências jurídicas, mas estas nascem por fôrça da lei contra a vontade do agente; e dos factos lícitos que produzem conseqüências jurídicas, mas sem que a vontade seja destinada a tal fim.

Mas esta opinião não parece conforme à realidade prática. Antes de tudo a vontade do homem não pode por si mesma ser causa eficiente de conseqüências jurídicas, porque não é ela que pode criar o direito. O direito é independente da vontade privada, e só a tutela emquanto se desenvolve nos limites da ordem jurídica. Além disso para que a vontade pudesse considerar-se criadora das conseqüências jurídicas, seria necessário que delas fosse plenamente consciente, de modo que só as conseqüências conhecidas e previstas deviam ter lugar, mas não as desconhecidas nem as imprevistas. Ora pelo contrário nós vemos que um contracto, por exemplo, se realiza, e eficazmente, ainda que as partes sejam completamente ignorantes do direito; e celebrado que seja produz todas as conseqüências jurídicas de que é susceptível, ainda que jámais previstas pelas partes e porventura tais que, se as tivessem previsto, não teriam contratado. É pois bem claro que não é a vontade a causa eficiente das conseqüências jurídicas.

Por isso julgaram outros oportuno introduzir

uma modificação naquela teoria, reconhecendo que as várias conseqüências jurídicas não teem por causa a vontade, mas exigindo por outro lado que a vontade deva ter um fim jurídico em geral. Quem faz um contracto de compra e venda não se propõe fazer um acto material, e embora não seja necessário que saiba e queira todas as conseqüências que da lei derivam, não se pode porém negar que o agente se propõe dar ao acto uma qualquer eficácia jurídica. Todavia observa-se em contrário que, se fosse verdade que a intenção apenas genérica de dar eficácia jurídica a um acto o torna produtivo de conseqüências jurídicas, tal intenção deveria ser sempre eficaz, mesmo para actos que em geral não caem no domínio do direito. Mas isto não é verdade, e então, conclui Coviello, é evidente que as conseqüências jurídicas dum acto não presupõem tão pouco a vontade de produzir um efeito jurídico em geral. Assim como o acto, que de sua natureza é insusceptível de eficácia jurídica, a não adquire pela intenção de quem o pratica, assim também o acto que de sua natureza póde produzi-la, a produz independentemente daquela intenção: esta sòmente seria necessária para a excluir.

E por isso, diz ainda Coviello, é mais exacto dizer que a vontade do homem deve ser destinada a *fins práticos*, que sejam tutelados pelo direito: basta tal intento prático, para que surja o efeito jurídico que, segundo a lei, corresponde ao fim prático, pois que o efeito jurídico é determinado pela lei como meio para um fim, independentemente da vontade dos particulares: o homem propõe-se fins; a lei fornece-lhe os meios que julga oportunos.

Por conseqüência, diz Coviello, «por *negócio jurídico* deve entender-se a manifestação de vontade de uma ou mais pessoas, cujas conseqüências jurídicas são destinadas a realizar o *seu fim prático*».

É forçoso reconhecer que na determinação do conceito de *negócio jurídico* falhou bastante a habitual precisão de ideas e de lógica do insigne civilista.

Em primeiro lugar, e isto é evidente, não tem significação, nem qualquer alcance, a substituïção do *fim jurídico* pelo *fim prático*, pois todo o fim jurídico é um fim prático, e o fim prático não é protegido pela lei, se não fôr jurídico. E esta é a única diferença que se nota na definição de Coviello em confronto com as anteriores por êle criticadas.

Em segundo lugar, tendo criticado a definição dominante, por está considerar a vontade causa eficiente de conseqüências jurídicas, introduziu na fórmula do seu conceito uma modificação, pela qual ainda mais expressivamente se acentúa o princípio da vontade como fôrça criadora de conseqüências jurídicas.

Em terceiro e último lugar, é curioso que, parecendo a crítica de Coviello encaminhar-se no sentido de excluir do conteúdo do negócio jurídico os efeitos não pretendidos pela vontade, e por outro lado incluir na categoria dos negócios jurídicos os actos de vontade acompanhados de um facto material que produz efeitos jurídicos imediatos (ocupação, posse, especificação, etc.), verifica-se afinal que não pretende uma nem outra cousa, pois assim o declarou depois na explicação do seu conceito, dizendo que as conseqüências jurídicas podem ser não só divergentes da vontade subjectiva do autor do negócio jurídico, mas até precisamente contrárias (1).

(1) Coviello, pág. 317 e 318.

Ruggiero considera como a mais simples, e geralmente aceita, a seguinte definição de negócio jurídico: «uma declaração de vontade do particular destinada a um fim protegido pela ordem jurídica». E explica depois o conceito da definição. Dêste modo, emquanto a categoria resulta amplíssima, abrangendo actos da mais diversa natureza (como o contracto e o testamento, a aceitação de herança e a renúncia a um direito, o reconhecimento de um filho e o pagamento de uma dívida, a aceitação de uma tutela e a proposta de contracto), a sua esfera fica ao mesmo tempo nìtidamente distinta da categoria dos actos ilícitos, pois nestes há um fim que a lei não permite realizar, e do outro grupo dos actos lícitos que (como a construção e a sementeira em terreno alheio, a tomada da posse, a omissão, a abstenção) não consistem numa declaração de vontade.

O momento central e prevalente é a *vontade*. Quando se quer satisfazer um interesse, conseguir um fim, e a ordem jurídica dá eficácia a esta vontade, realiza-se o fim desejado reconhecendo-se formada uma nova relação, ou extinta ou modificada uma relação já existente. Que seja pròpriamente a vontade ou a lei, a fôrça que produz êste efeito, é controvérsia ociosa: pois que, na verdade, nem a vontade por si só seria idónea para produzi-lo sem a tutela da ordem jurídica, nem esta por si só, sem que uma iniciativa partisse da actividade do indivíduo. Mas a vontade deve ser manifestada: não tem valor para o direito objectivo a que mesmo legitimamente se formou, mas que permanece interna. Só pela manifestação pode o agente provocar a desejada reacção jurídica e a exteriorização que torna visível a vontade e lhe dá uma existência objectiva; é isto que se chama *declaração* ou *manifestação*, sendo indiferente que se realize por palavras ou

gestos, ou até por mero silêncio. A declaração deve ser *privada*, para se excluir do conceito de negócio jurídico outras declarações de vontade, como a do juiz na *sentença*, a da autoridade administrativa nos *despachos, decretos, regulamentos*, etc., ou a de uma assemblea legislativa nas suas *leis* ou outras resoluções (leis formais) (1).

Na definição de Ruggiero, que é também a de Pacchioni (2), há uma idea aceitável — a da vontade *privada* — excluindo-se assim dos actos jurídicos de direito privado (pois só dêste nos ocupamos) as manifestações jurídicas da vontade pública, ou seja, a vontade geral da colectividade, expressa pelos órgãos seus representantes.

Isto não quer, porém, dizer que as pessoas colectivas públicas não possam também praticar actos jurídicos pròpriamente ditos, ou actos de direito privado, pois, como sabemos, tais pessoas são também susceptíveis de direitos privados, e nestas relações a sua vontade é, como a dos indivíduos, uma vontade privada.

Mas a definição tem os mesmos defeitos da de Coviello, que são afinal os mesmos das outras por êste criticados. Por um lado não exprime a idea de que os efeitos jurídicos do acto são, não só os desejados e manifestados pelo seu autor, mas ainda todos os que a lei lhe atribui, em harmonia com o princípio formulado no art. 704.° do nosso código, segundo o qual o acto jurídico obriga tanto ao que é nele expresso como às suas conseqüências usuais e legais. E todavia os mesmos autores reconhecem esta eficácia à manifestação da vontade.

Por outro lado, a definição não exclui, antes

---

(1) Ruggiero, pág. 224 e 225.
(2) Pacchioni, *Elementi*, pág. 227.

comporta também, os factos voluntários que, como a tomada da posse ou a colheita dos frutos, se traduzem ou consistem principalmente num facto material. E comtudo os mesmos autores concordam em que tais actos não entram, e não devem entrar, no conceito de negócio jurídico.

E nem vale dizer, como diz Ruggiero, que o grupo dos actos lícitos materiais, como a construção ou sementeira em terreno alheio, a tomada da posse, e semelhantes, ficam naturalmente excluídos, pois não consistem em uma declaração de vontade. Mas logo depois diz que declaração é qualquer manifestação exterior da vontade. Ora a verdade é que não há declarações ou manifestações mais expressivas do que os factos materiais por meio dos quais o agente se propõe realizar certos interesses.

Mas o que em todo o caso resulta manifestamente da doutrina dos autores, sôbre o conceito de *negócio jurídico,* é que afinal se trata exactamente, nem mais nem menos, de definir o que na linguagem tradicional se chama o *acto jurídico* no seu sentido próprio ou técnico.

É assim que os autores franceses definem: «les *actes juridiques proprement dits* ce sont les actes *volontairement* accomplis par l'homme, *avec l'intention* d'engendrer, de modifier ou d'éteindre des droits. En somme, ou pent définir *l'acte juridique* une manifestation de volonté, qui est faite avec l'intention d'engendrer, de modifier ou d'éteindre un droit» (1).

(1) Colin et Capitant, 1, pág. 61. Do mesmo modo Duguit, no *Traité de droit constitutionnel,* 2.ª ed., 1, pág. 219: «La définition la plus simple et en même temps la plus exacte que nons semble pouvoir être donnée de l'acte juridique est celle-ci: Est acte juridique tout acte de volonté intervenant avec l'intention qu'il se produise une modification dans l'ordonnancement juridique tel qu'il existe an moment où il se produit, ou tel qu'il existera à un moment futur donné».

A nova escola realista francesa precisa ainda mais o conceito do acto jurídico, na doutrina de Gaston Jèze, distinguindo do *acto jurídico* em geral (manifestação de vontade, no exercício de um poder legal, tendo em vista um efeito de direito) as suas diferentes espécies: *acto legislativo* ou regulamentar, *acto-condição, acto jurisdicional,* e *acto jurídico stricto sensu,* ou criador de situações jurídicas subjectivas ou individuais, doutrina seguida entre nós pelo nosso ilustre colega Dr. Fesas Vital, na sua excelente monografia *Do acto jurídico.* Veja-se Jèze, *Principes généraux du droit administratif,* pág. 7 e seg.

Já no primeiro volume dos *Princípios,* pág. 212 e seg. expusemos e criticámos esta doutrina.

E agora o verdadeiro conceito do *acto jurídico,* no sentido próprio ou técnico, de direito privado, resulta natural e lògicamente consubstanciado na seguinte definição: toda a manifestação da vontade privada para a realização de um interesse lícito, independentemente de qualquer acto material do sujeito, à qual a lei atribui certos efeitos conformes ou não com a intenção por êle revelada. Ou mais simplesmente: *todo o facto jurídico voluntário, positivo, lícito* e *de carácter exclusivamente psíquico.* Ficam dêste modo excluídos os actos materiais ou físicos e as omissões ou abstenções, que no conceito comum dos autores não entram na categoria dos actos jurídicos; e por outro lado exprime-se o conceito, também enunciado pela doutrina comum, de que os efeitos ou consequências do acto jurídico são o resultado combinado da autonomia da vontade e do poder da lei, abrangendo não só o que a vontade quer mas também o que a lei ordena.

59. **Elementos dos actos jurídicos.** — Já vimos que os elementos dos contractos, como os de todo

o acto jurídico, são de três espécies: *essenciais, naturais* e *acidentais;* e que os essenciais são quatro: a *capacidade* dos sujeitos, a *vontade* ou *consentimento,* o *objecto* ou *conteúdo,* e o *fim* ou *causa,* exigindo-se ainda para alguns actos uma determinada *fórma externa* (contractos solenes ou formais, e actos solenes, como o testamento e a perfilhação) (1).

Os quatro elementos essenciais indicados são os *requesitos* substanciais do tipo geral e abstracto de toda a variedade de actos jurídicos (contractos, testamento, perfilhação, aceitação de herança, renúncia de direitos, etc.), e reduzem-se fundamentalmente a dois — a *vontade* e o *fim jurídico* — pois que o consentimento presupõe a capacidade, e a *causa* integra-se geralmente no próprio objecto ou conteúdo do acto, como já vimos no primeiro volume dêstes princípios.

Mas se os dois elementos fundamentais são os requesitos indispensáveis de todo o acto jurídico, concebido como uma categoria abstracta e universal, outros elementos podem concorrer, e também essencialmente, nas diversas espécies de actos, pois cada tipo concreto apresenta a sua particular estrutura, que lhe dá uma individualidade própria, diferenciando-o de todos os outros. Assim, para a venda são elementos característicos a cousa e o preço, para o mútuo a entrega da cousa fungível, para a convenção ante-nupcial a fórma da escritura pública, etc., etc. Os elementos essenciais são os chamados *essentialia negotii,* e a sua importância está em que, a respeito da necessidade de todos êles, a livre autonomia da vontade não existe: não podem ser

(1) *Os Princípios,* I, n.os 90, 91, 114 e 125.

excluidos sem excluir *ipso facto* a formação legal do acto jurídico (1).

Deve também notar-se que os elementos *acidentais* (condição, têrmo e modo) teem êste carácter, emquanto se consideram em relação ao tipo abstracto do acto jurídico; mas nos casos concretos podem ser *essenciais* por vontade das partes. Assim a condição, depois que é imposta num contracto, torna-se essencial neste contracto, embora abstractamente o não fosse. Por isso alguns autores distinguem entre elementos essenciais objectivos e elementos essenciais subjectivos, entrando êstes na categoria dos acidentais, objectivamente considerados (2).

60. **Classificação dos actos jurídicos.** — Dada a imensa variedade dos actos jurídicos, a doutrina, não só por disciplina teórica, mas também por interesse prático, viu-se na necessidade de os comparar e classificar em grupos diversos, em harmonia com os seus caracteres comuns e diferenciais.

a) *Actos unilaterais e bilaterais.* Já tratamos desta classificação (3). Todos os actos jurídicos consistem numa declaração de vontade; em alguns a declaração é uma só, embora feita por duas ou mais pessoas, constituindo uma só *parte.* A *parte* no acto jurídico não significa cada um dos sujeitos, mas o sentido ou direcção da declaração de vontade, podendo várias pessoas fazer a mesma declaração, como, por exemplo, na renúncia de todos os coerdeiros duma herança, em que há portanto uma só parte.

Para que um acto seja *bilateral* é, pois, neces-

(1) Ruggiero, pág. 228.
(2) Coviello, pág. 328.
(3) *Os Princípios,* I, pág. 429.

sário que haja, pelo menos, duas diversas declarações de vontade ou duas partes.

A distinção de actos *unilaterais* e *bilaterais* corresponde à tradicional distinção de *actos* e *contractos,* visto que os actos bilaterais são quási sempre contractos, sendo por isso necessário não confundir esta distinção com a dos contractos em unilaterais e bilaterais, que tem fundamento e alcance muito diverso (1).

Os actos unilaterais podem ser *singulares* ou *colectivos,* conforme a declaração de vontade é feita por uma só ou por mais pessoas. E daí resulta que a respeito de vários actos jurídicos se torna discutível a sua natureza de unilateralidade ou bilateralidade. É assim que muitos autores não consideram contractos nem o casamento nem o acto constitutivo das corporações ou associações (2).

b) *Actos solénes ou formais e não solénes ou puramente consensuais.* — A lei exige muitas vezes que a declaração seja feita por certas formas ou solenidades, mais ou menos aparatosas. São as sobrevivências do formalismo do antigo direito, que o moderno princípio da livre manifestação da vontade, sem sujeição a formalidades dispensáveis, ainda não conseguiu reduzir ao mínimo indispensável.

É que, com efeito, os grandes princípios teem sempre limites ou restrições impostos pelas exigências da vida prática.

Ora, em verdade, há muitos actos para os quais as necessidades ou conveniências reais da vida jurídica reclàmam determinadas formas, que em regra se reduzem à forma escrita mais ou menos soléne:

(1) *Os Princípios,* I, pág. 441 e seg.
(2) *Os Princípios,* I, pág. 429 e seg.

assim o testamento só pode ser um acto escrito, não se admitindo o testamento *nuncupativo* ou simplesmente oral (art. 1910.° e seg.); o contracto de compra e venda de imóveis tem de ser sempre reduzido a escrito (art. 1590.°), etc., etc.

A forma externa imposta pela lei é determinada por dois fins diversos: ou como elemento essencial do acto, que se considera por isso jurìdicamente inexistente, se a forma não foi observada; ou só como meio de prova, de modo que o acto praticado sem a forma prescrita, embora tenha existência e validade, não pode provar-se pelos meios ordinários, designadamente por meio de testemunhas ou presunções. *Ad substantiam vel solemnitatem* é, por exemplo, o acto escrito na alienação de imóveis; e simplesmente *ad probationem,* no contracto de mútuo (art. 1534.°).

Mas deve notar-se que no sistema do nosso código, tratando-se de actos para que a lei exige forma autêntica, esta tem o mesmo carácter, quer seja exigida *ad substantiam,* quer simplesmente *ad probationem* (1).

c) *Actos inter vivos e mortis causa.* — A maior parte dos actos jurídicos teem por fim estabelecer, modificar ou extinguir uma relação jurídica actual, isto é, produzir efeitos na nossa esfera jurídica emquanto somos vivos; a circunstância de às vezes o exercício do direito emergente do acto ser diferido para depois da morte do agente não tem influência sôbre a natureza do acto, ficando a relação já constituída em vida. Por isso se lhes chama actos *inter vivos,* expressão na verdade infeliz, parecendo dar a entender que há actos entre mortos, o que é absurdo, quando é certo que os outros

(1) *Os Princípios,* I, págs. 455 e 456.

actos, isto é, os que só produzem os seus efeitos para depois da morte dos sujeitos, também se realizam entre vivos, e denominam-se *mortis causa* ou *causa mortis*, actos ou disposições por morte ou de última vontade (artt. 1175.º, 1457.º, 1735.º, etc.).

Para os autores italianos todos os actos *causa mortis* se reduzem ao testamento, porque só por testamento se pode dispor dos bens para o tempo em que se tiver deixado de viver; apenas a respeito do testamento a morte é causa não só do exercício mas da própria existência de um direito. «Todos os outros negócios são entre vivos, ainda que o exercício do direito seja diferido para depois da morte de quem o concedeu. Os pactos sucessórios e as doações revogáveis *mortis causa*, diz Coviello, que por sua índole seriam negócios por causa de morte, como o testamento, não são reconhecidos pela nossa legislação. Por isso no nosso direito a categoria de negócios *causa mortis* coincide com a de actos de última vontade, isto é, de actos revogáveis *usque ad supremum vitae exitum*» (1).

Mas não é assim no direito português, onde além do testamento temos também as doações *mortis causa* para casamento (artt. 1167.º, 1171.º 1175.º), expressamente resalvadas da disposição que aboliu as doações *mortis causa*, reduzindo-as à categoria de disposições de última vontade (art. 1457.º, § ún.).

E há ainda a nomeação de tutor testamentário, que, apesar, de se dizer no art. 193.º que pode ser feita por acto autêntico *entre vivos*, nem por isso deixa de ser um acto *causa mortis*.

d) *Actos principais e acessórios.* — Os primeiros subsistem por si mesmos, por virtude da

(1) Coviello, pág. 320; Ruggiero, pág. 227.

sua própria natureza e objecto, independentemente de qualquer outra relação jurídica, como a compra e venda, o empréstimo, a doação em geral, etc. Os acessórios são dependentes de qualquer outro acto ou relação jurídica, que constitui a sua razão de ser, como as doações para casamento, a fiança, a hipoteca, etc.

Os actos acessórios teem em regra a sorte dos principais a que são anexos, sendo nulos se êstes o forem também, salvas as excepções declaradas na lei.

e) *Actos causais ou materiais e abstractos ou formais.* — Já conhecemos esta distinção dos actos jurídicos, que resulta da conexão dos efeitos do acto com a sua causa determinante. Dizem-se actos *causais, materiais, concretos* ou *substanciais*, aquelas em que uma causa lícita, expressa ou presumida, é a razão determinante da obrigação, condicionando por isso a sua validade. A êstes actos contrapõem-se os denominados *formais* ou *abstractos*, que são protegidos pelo direito desde que se apresentem sob uma determinada *forma*, independentemente (*abstraindo*) da sua causa substancial (1).

Acto jurídico abstracto ou formal perfeitamente típico era no direito romano a *stipulatio*, que consistia numa pergunta e respectiva resposta, concebidas em termos fixos determinados: *spondesne mihi centum dare? spondeo* (prometes dar-me cem moedas? prometo). E assim, a pessoa a quem era feita a promessa ficava com o direito de exigir o seu cumprimento, só pelo facto de lhe ter sido feita por aquele modo, por aquela *forma*, inde-

(1) *Os Princípios*, I, pág. 493 e seg. É preciso não confundir êstes actos formais com os solenes, que também se chamam formais.

pendentemente de uma *causa* qualquer (por exemplo, doação, empréstimo, etc.), em virtude da qual a mesma promessa tivesse sido feita. Não era que se admitisse a validade da promessa *sine causa*, diz Pacchioni: admitia-se a validade duma promessa *prescindindo da sua causa*, com o fim de facilitar ao credor a realização do seu crédito. Assim como quem se obrigava por tal forma o fazia geralmente por uma *causa lícita*, assim é fácil compreender que admitir-se a execução de tal crédito, com base no simples facto da promessa, não podia produzir graves inconvenientes. Entretanto o direito romano tomou providências no sentido de reduzir ao mínimo os inconvenientes da stipulatio. Em primeiro lugar foi conferido ao promitente o direito de não cumprir quando demonstrasse que a promessa lhe fôra extorquida por violência (*exceptio metus causa*) ou captada por dolo ou fraude (*exceptio doli*); e quando provasse que tinha prometido sem causa ou por causa ilícita, tinha uma acção para exigir o que assim tivesse pago indevidamente (*condictio sine causa* ou *ob turpem. causam*). É certo que muitas vezes êste remédio era ilusório ou ineficaz; mas êste eventual inconveniente era compensado pelas vantagens que para o comércio resultavam da rapidez e segurança da execução inerente às obrigações constituídas pela stipulatio.

No direito moderno tipos característicos de actos formais ou abstractos são o título ao portador e a letra de câmbio. Aquele que validamente emitiu um título ao portador é obrigado a pagá-lo a quem o apresentar, independentemente da *causa* porque êle o tenha emitido para o originário tomador. Do mesmo modo quem se obriga cambiàriamente é obrigado a pagar a importância da letra aos terceiros de boa fé, a quem ela tenha sido

endossada, independentemente da *causa* porque se obrigou, e portanto também na falta de causa (1).

f) *Actos pessoais e patrimoniais; a título oneroso e a título gratuito.* Em relação ao fim ou ao conteúdo, é costume dividir os actos jurídicos em *familiares* (casamento, perfilhação, legitimação) e *patrimoniais* (contractos, testamento, e outros actos de conteúdo económico). Mas nós preferimos dar aos primeiros a designação de *pessoais*, para significar que se referem ao estado das pessoas, abrangendo também a naturalização, a emancipação, e mesmo porque no direito familiar há actos genuínamente patrimoniais (convenções antenupciais, doações para casamento, entre casados).

Alguns autores distinguem os actos patrimoniais em actos de eficácia real ou reais e de eficácia pessoal ou obrigatória, conforme teem por objecto a constituïção ou transmissão de direitos reais, ou a constituïção, ou extinção de obrigações.

Mais importante é porém a distinção em actos *a título gratuito* (doação, testamento, etc.) e *a título oneroso* (compra e venda, troca, locação, etc.). Os primeiros são aqueles em que uma pessoa dispõe do seu património ou faz uma prestação sem retribuïção correspectiva, sem receber um equivalente; os outros são aqueles em que pela prestação feita ou prometida se recebe um equivalente qualquer, ainda que não seja de igual valor, compreendendo mesmo aqueles em que não se realiza um lucro nem se dá um verdadeiro e próprio equivalente por aquilo que se recebe (*non ex causa lucrativa*), como acontece na divisão de cousa comum (2).

---

(1) Pacchioni, pág. 243 a 245.
(2) Coviello, pág. 321.

Mas na divisão de cousa comum o que há é uma troca: a do direito de compropriedade na cousa pelo direito de propriedade singular sôbre a parte atribuída na partilha.

g) *Actos de disposição e de administração.* O nosso código faz várias aplicações práticas desta distinção.

Assim os curadores provisórios dos bens dos ausentes só teem podêres para os actos de mera administração; os pais não podem alienar, hipotecar, ou por qualquer outro modo obrigar os bens dos filhos, sendo meros usufrutuários ou administradores (art. 150.°); compete ao tutor administrar os bens do menor, como bom pai de família (art. 243.°, n.° 1.°), ao marido compete a administração dos bens da mulher (artt. 1104.°, 1117.°, 1189.°), mas não pode dispôr dos imóveis (artigos 1118.°, 1119.°, 1191.°); no mandato a procuração geral só pode autorizar actos de mera administração.

Estas disposições mostram bem a importância que tem a distinção entre os actos de administração e os de disposição, e revelam a necessidade de um critério seguro para fazer a distinção.

Mas a lei, não só não formúla o preciso critério, nem tão pouco fornece elementos positivos para das suas disposições deduzir um critério seguro.

Á primeira vista poderia parecer que actos de disposição são os actos de alienação, de modo que tudo o que não for alienar não excede os podêres de administração. Mas tal critério é inaceitável, porque muitas vezes a alienação pode até ser um acto de óptima administração. Por outro lado há actos que sem importarem imediata e necessàriamente uma alienação, podem afinal implicar a alienação forçada, como acontece no caso da hipoteca, sendo por isso que a lei só permite hipotecar quando é permitido alienar (art. 894.°).

Por isso entendem alguns autores, como Coviello, que, em vez de se atender à natureza jurídica do acto, deve antes tomar-se como critério a sua função económica, e daí considerar como actos de disposição aqueles que afectam o valor-capital do património, podendo importar a sua perda ou deminuïção, e actos de administração os que não afectam a conservação do património e só abrangem os rendimentos ainda que consistam numa alienação. E entendem que esta solução é de aceitar, visto que a distinção é feita na lei para limitar a liberdade de acção daquelas pessoas que teem a seu cargo patrimónios alheios (curadores de ausentes ou de pródigos, tutores de menores ou interditos, mandatários gerais) e daquelas que administram em comum bens próprios e alheios (o marido, o comproprietário encarregado da administração), em relação às quais se impõe a necessidade de acautelar o património capital contra os perigos a que poderia fàcilmente expô-lo a falta de interesse pessoal ou a tendência egoísta para fazer prevalecer o interesse próprio sôbre o alheio. Mas é necessário confessar, conclui Coviello, que o conceito de actos de administração é mais ou menos extenso conforme as várias disposições da lei (1).

E em verdade o critério económico só de per si, devendo aliás ser tomado em grande consideração, é jurìdicamente insuficiente, porque, sob o pretexto de serem altamente vantajosas para o património em administração, permitiria todas as alienações tanto mobiliárias como imobiliárias.

---

(1) Coviello, pág. 321 e 322.

Por outro lado há actos que, econòmicamente considerados de simples administração, jurìdicamente devem ser tratados como actos de disposição, pois comprometem ou podem comprometer gravemente o património, como por exemplo os arrendamentos a longo prazo.

E' por isso que a lei não dá aos tutores poderes para arrendar por mais de três anos (art. 243.°, n.° 6.°).

E, na falta de disposição semelhante a respeito dos poderes do marido como administrador dos bens da mulher, devia entender-se que só com o consentimento dela se poderiam fazer arrendamentos por mais de quatro anos, ou por mais de ano havendo antecipação de renda, pois que sendo tais arrendamentos considerados como ónus reais (art. 949.°, § 2.°, n.° 6.°), não podiam deixar de ser abrangidos pelo preceito do art. 1119.°, na expressão «*obrigados por qualquer forma*».

De resto, esta doutrina foi expressamente sancionada na lei do inquilinato (dec. n.° 5411).

Já para os móveis, pelo contrário, os poderes de administração do marido são muito mais amplos, abrangendo a faculdade de dispôr dêles, ainda mesmo dos dotais, se não houver estipulação em contrário (art. 1148.°).

O que tudo prova bem que não há na lei um critério único de distinção entre as duas categorias de actos, sendo necessário averiguar em cada instituto jurídico qual o sistema resultante das respectivas disposições legais.

61. **Adquisição, modificação e perda ou extinção de direitos. Sucessão.** — A adquisição de um direito é a atribuïção dêsse direito a uma determinada pessoa, como a perda é a sua desvinculação; ou, como diz Coviello, a união do direito com a pessoa e a

sua separação. Não se deve porém confundir a adquisição com o nascimento do direito; nem sempre a adquisição coïncide com o nascimento do direito, porque êste pode preexistir e simplesmente muda de sujeito com o facto adquisitivo, como acontece em todas as transmissões. E assim também a perda não é o mesmo que extinção do direito, pois a perda para um sujeito é em regra a causa da adquisição para outro.

Mas não se pode dizer com Coviello que o nascimento dum direito importe sempre uma adquisição, sendo todo o direito um direito adquirido. A verdade no sistema do direito positivo, é que há direitos sem sujeito actual, direitos no estado latente ou potencial, em suspensão, à espera que o sujeito apareça (direito do nascituro, do ausente); e há direitos dependentes de condição suspensiva, que só se podem dizer adquiridos depois de realizada a condição.

O facto ou conjunto de factos, que dá lugar à origem ou adquisição dum direito, chama-se *título* (não confundir com o documento ou acto escrito) ou fundamento do direito, e também *modo de adquirir*. No direito moderno não tem mais importância a distinção entre título e modo de adquisição, a qual no direito romano tinha eficácia jurídica a respeito da propriedade: é que o contracto ou o facto da sucessão não só produz o direito de adquirir a propriedade (título) mas produz também o facto concreto da adquisição (modo), que pelo direito romano só se realizava pela *traditio*, ou pela *aditio*, tratando-se de *heredes voluntarii*.

A adquisição do direito pode ser *originária* ou *derivada;* distinção importante para a aplicação da regra «*nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet*», que só se refere às adquisições derivadas.

Por adquisição originária não se deve entender apenas a adquisição de um direito que antes não existia em favor de outrem, como por adquisição derivada não deve entender-se só a adquisição de um direito preexistente: pode haver adquisição originária de um direito preexistente, como adquisição derivada de um direito novo. A distinção funda-se na falta ou existência de uma relação pessoal entre um precedente e um subseqüente sujeito do direito. Se falta uma relação entre as duas pessoas, a adquisição é originária, quer o direito preexistisse, como na ocupação das cousas abandonadas, quer o direito surja pela primeira vez, como na ocupação das *res nullius* que nunca tiveram dono. A adquisição é derivada, quando o adquirente se funda no direito do precedente titular, de modo que a existência, a extensão e as qualidades do direito adquirido se medem precisamente pelo direito anterior. Exemplo típico da adquisição derivada é a que se dá por doação pura ou sucessão *causa mortis* (1). A adquisição é derivada, não só quando se adquire o mesmo direito preexistente em outrem, mas também quando se adquire um direito novo que precedentemente não tinha existência de per si, mas que presupõe a existência de um outro direito no qual se funda, como acontece na adquisição de uma servidão por contracto.

Por isso a adquisição derivada se distingue em *translativa* e *constitutiva* (2).

Os direitos podem conservar-se na mesma pessoa, e passar entretanto por transformações ou modificações mais ou menos profundas, podendo

(1) Coviello diz por contracto ou por sucessão. Mas isto não é exacto, podendo no contracto estipular-se restrições ou modalidades no direito transmitido. Coviello, pág. 309.

(2) Coviello, pág. 309 e 310.

dar-se a *modificação* tanto por alterações no seu conteúdo (modificação objectiva) como por mudanças no titular ou sujeito (modificação subjectiva), e podendo as modificações objectivas ser quantitativas ou qualitativas (1).

A modificação subjectiva mais completa é aquela em que há substituïção total do sujeito ou sujeitos do direito por outro ou outros. É o que se chama a *sucessão* no sentido mais amplo, que abrange todas as adquisições derivadas.

A sucessão em sentido jurídico, mas ainda muito amplo, consiste na subrogação de uma pessoa em vez de outra numa determinada e idêntica relação jurídica (2). A identidade da relação jurídica e a diversidade dos sujeitos constituem os caracteres do facto jurídico da sucessão em sentido jurídico lato. A relação jurídica é idêntica, quando a sua substância é a mesma, não obstante a mudança do sujeito, o que se dá sòmente na adquisição *derivada translativa*, aplicando alguns, por extensão, o mesmo conceito à adquisição derivada *constitutiva;* mas nesta não pode em rigor falar-se de sucessão, pois há uma mudança na substância do direito preexistente, que sofre uma limitação, a qual constitui precisamente um direito novo a favor de outra pessoa. Por outro lado o conceito de sucessão é mais amplo que o de adquisição derivada, pois abrange não só os direitos, mas também as obrigações: há sucessão nos direitos, sucessão nas obrigações, sucessão no complexo das relações patrimoniais.

A sucessão dá-se por facto entre vivos ou por

(1) *Os Princípios*, I, pág. 65 e 66.

(2) No sentido próprio ou técnico, a *sucessão* é a sucessão *causa mortis* — *Sucessões e direitos sucessório*, pág. 6.

morte: pode ser universal (a título universal) ou particular (a título particular).

«Só a sucessão *causa mortis*, diz Coviello, pode ser a título universal e a título particular: por acto entre vivos só pode ser a título particular. É universal a sucessão na *universitas juris*, isto é, no património do defunto, ou numa quota dêle, que é considerada como um complexo de múltiplas relações patrimoniais formando uma *unidade;* particular é a sucessão numa relação patrimonial determinada, ou ainda num complexo de relações, que porém não sejam pela lei consideradas como uma unidade, como acontece na chamada doação universal, na venda da herança, ou no trespasse do estabelecimento comercial. Segue-se que nas transmissões de semelhantes complexos de relações patrimoniais, as dívidas só ficam a cargo do adquirente, se a sua aceitação por êste resulta expressa ou *tàcitamente* da intenção das partes, e além disso devem ser pagas apenas nos limites das actividades patrimoniais, salvo pacto em contrário. Além disso os direitos contidos no complexo são adquiridos como se fossem separados: se há imóveis são necessárias as respectivas formas de transmissão; e se há créditos, são necessárias as formas especiais para a cessão, a qual deve ser notificada, ou aceita por cada um dos devedores na parte que lhes diz respeito» (1).

Esta doutrina do notável civilista é uma conseqüência de só admitir uma *universitas juris*, que é a herança. Mas o que se não compreende é a razão porque não considera como sucessão universal a venda da herança.

A verdade é que na venda ou sucessão de

(1) Coviello, pág. 311 e 312.

herança, o adquirente ou cessionário só ficará isento da responsabilidade pelas obrigações hereditárias, se isso fôr expressamente estipulado; e em todo o caso os credores poderão fazer anular a transmissão, se esta foi feita em prejuízo dêles, nos termos e condições em que é admitida a acção pauliana.

De resto, a verdade também é que não pode deixar de se aplicar o mesmo conceito à doação universal; e que em todas as transmissões de universalidades de direito, como o estabelecimento comercial, e em geral as empresas industriais, deve entender-se que vai *implícita* a responsabilidade pelas dívidas inerentes ao património transmitido.

A perda ou extinção de um direito pode dar-se tanto objectivamente como subjectivamente, conforme o direito deixa de existir realmente, ou muda de sujeito, passando para outro, que o adquire (1).

A perda ou extinção subjectiva confunde-se, portanto, com a modificação subjectiva em que há substituïção completa dos sujeitos.

Entre os factos de modificação ou extinção subjectiva de direitos são muito importantes os de alienação e renúncia.

02. **Actos jurídicos que importam alienação ou renúncia.**—Por alienação entende-se a deminuïção voluntária do próprio património em favor de determinada pessoa. Dois são portanto os elementos que formam o conceito de alienação: uma deminuïção do próprio património, e uma manifestação de vontade feita para êsse fim.

(1) *Os Princípios*, I, pág. 65.

«Relativamente ao primeiro elemento, diz Coviello, é de notar que há alienação, não só quando há transmissão do direito de propriedade ou de outros direitos reais ou de crédito, mas ainda quando se trata de constituïção de direitos reais, isto é, de usofruto, uso, habitação, servidão predial, enfiteuse, concessão de hipoteca ou de penhor. Daí, toda a vez que a lei põe um limite à capacidade de alienar, deve entender-se no sentido de proíbir, não só a transmissão do direito de propriedade, mas também a constituïção de outros direitos reais. Isto em geral: mas em particular é necessário ter em conta as excepções declaradas pela mesma lei» (1).

A doutrina de Coviello é exacta para os direitos reais pròpriamente ditos ou de gôzo, porque sendo verdadeiras fracções do direito de propriedade, a sua constituïção é na realidade uma alienação.

Mas já o mesmo se não pode dizer dos chamados direitos reais de garantia, hipoteca e penhor, porque nestas não há com efeito alienação de qualquer parcela do domínio (2).

É justamente por isso que o nosso código julgou necessário formular expressamente a regra: «Só pode hipotecar quem pode alienar, e só podem ser hipotecados os bens que podem ser alienados» (art 894.º); mas para o penhor limitou-se a formular a segunda parte da mesma regra: «Podem

(1) Coviello, pág. 322.

(2) Sòmente isso se pode dizer no caso especial de penhor contratado com a cláusula de que, não sendo paga a dívida, o credor ficará com a cousa empenhada, pela avaliação que fizerem louvados nomeados de comum acôrdo (art. 864.º). Mas trata-se de caso especial previsto pela lei, mas que não é bastante para induzir, antes exclui, o princípio de que pelo penhor há uma alienação qualquer do objecto empenhado.

ser dados em penhor todos os objectos móveis, que podem ser alienados» (art. 856.º) (1).

Em virtude do elemento voluntário o conceito de alienação não é sempre o correlativo ao de adquisição derivada, a qual tem lugar, não só quando a transmissão do direito de uma pessoa para outra resulta da vontade da primeira, mas também quando se realiza sem ou ainda contra essa vontade; é o que acontece na ocupação das cousas abandonadas ou perdidas, na execução judicial do devedor, nas servidões legais, e na expropriação por utilidade pública. Em todos estes casos há deminuïção do património para uma parte, adquisição derivada para outra, mas não há alienação. Donde se conclui que a incapacidade ou a proïbição de alienar não importam impossibilidade de transmissão ou constituïção de direitos reais por facto independente da vontade do proprietário.

Também não pode incluir-se no conceito de alienação a prescrição adquisitiva ou *usocapião* (*usucapio* do direito romano), não obstante a máxima «*alienare videtur qui patitur usucapi*».

No conceito amplo de alienação pode entrar também a *renúncia*, que não é outra cousa senão a perda voluntária de um direito; pois que toda a alienação, importando de facto uma perda para o alienante, implica por isso uma renúncia. «Mas a renúncia, em sentido estrito, diz Coviello, difere da alienação, porquanto esta importa perda de um direito para uma parte e adquisição para outra, de modo que entre a perda e a adquisição há uma relação de causalidade; emquanto que a renúncia importa extinção de um direito ou impedimento à

(1) *Os Princípios*, I, pág. 560 e 561.

sua formação, sem dar causa à adquisição em favor de outra pessoa. Assim concebida a renúncia tem uma importância própria: constitui um negócio jurídico unilateral, visto que para produzir o simples efeito da perda de um direito não pode exigir-se outra vontade senão a do sujeito. Por isso resulta pràticamente muito importante ver se um negócio, que se qualifica como renúncia, será verdadeiramente tal, ou antes uma alienação; pois que a alienação, a não ser por testamento, só pode ser contratual» (1).

Esta doutrina é em parte verdadeira. Há porém nela dois pontos inexactos: é dizer que a renúncia importa extinção ou impedimento de um direito, sem dar causa à adquisição em favor de outra pessoa. Quando, por exemplo, um coerdeiro renuncia à sua quota hereditária, esta reverte por direito de acrescer aos outros coerdeiros, e foi evidentemente aquela renúncia que deu causa a êste acrescimo hereditário dos beneficiados. E é também inexacto dizer que a alienação, a não ser por testamento, só pode ser contratual. Em primeiro lugar o conceito de alienação — deminuïção voluntária do próprio património em favor de determinada pessoa — é incompatível com o de sucessão *causa mortis*, e portanto com o de testamento; na sucessão há a transmissão integral do património, e não é alienação, não só porque não é lícito alienar em vida todo o património, mas porque no momento em que se dá a sucessão já o transmitente é falecido, e por isso absolutamente incapaz de qualquer acto jurídico. Em segundo lugar não é verdade que a alienação só se possa dar por contracto; precisamente a renúncia de um dos coerdeiros à

(1) Coviello, pág. 323 e 324.

herança é acto unilateral, e consiste exactamente, nem mais nem menos, na alienação da sua quota hereditária em favor dos outros coerdeiros.

Os autores não são concordes sôbre a natureza da renúncia, distinguindo três espécies: a *translativa*, a *extintiva* e a *declarativa*. A primeira é a que tem por fim fazer passar um direito de uma para outra pessoa; a segunda é a que importa a extinção do direito sem correspondente adquisição; e a terceira é a que constitui um impedimento à adquisição de um direito.

Mas dêstes três conceitos o primeiro é inútil ou supérfluo, porque é exactamente o da alienação; o terceiro é inadmissível, pelo menos no sistema do nosso código, pois que a lei não permite a renúncia de direitos futuros (artt. 508.º, 1055.º, 2042.º); basta notar que o direito de adquirir direitos pertence à categoria dos direitos originários (art. 366.º), que são irrenunciáveis, segundo a interpretação comum do art. 368.º.

Ficamos, pois reduzidos ao segundo conceito — o da renúncia *extintiva* — que é o de Coviello, mas que é inaceitável nos termos em que é definido, isto é, como extinção do direito, mas sem correspondente adquisição.

Com efeito, a renúncia importa quási sempre uma adquisição correspondente, em regra igual à perda do renunciante, em favor das pessoas a quem aproveita.

Isto, que é evidente a respeito da renúncia ou repúdio da herança, verifica-se igualmente nos outros tipos de renúncia.

É assim que a renúncia do usofruto (art. 2241.º, n.º 5.º) faz entrar no património do proprietário exactamente o mesmo direito abandonado pelo usofrutuário.

A renúncia da servidão (art. 2279.º n.º 3.º), se

não confere ao proprietário serviente um direito igual ao renunciado, dá-lhe em todo o caso uma adquisição patrimonial correspondente, às vezes ainda de mais valia, que a valorização do seu prédio, pelo facto da extinção da servidão; e até o nosso código lhe chama renúncia ou *cedência*.

A renúncia do direito ao fôro (art. 815.º) dá ao enfiteuta o valor correspondente, assim como a renúncia ou abandôno do domínio útil dá ao senhorio directo o direito de consolidação, dissolução ou encampação do prédio (arg. do art. 1663.º e 1668.º).

A renúncia do direito de propriedade plena, que outra cousa não é senão o abandôno das cousas materiais, uma vez que se torne efectiva, dá ao primeiro ocupante o direito de as fazer suas (art. 383.º).

A renúncia dos direitos de crédito (art. 815.º) dá ao devedor o direito de não pagar, constituindo portanto uma adquisição patrimonial.

A renúncia ao benefício da prescrição (art. 508.º e 515.º) dá ao proprietário o direito de revindicar a cousa prescrita, e ao credor o direito de ser pago da dívida prescrita.

Vê-se claramente que dêstes diversos tipos de renúncia, que são os mais importantes e característicos, só um — o *abandôno* das cousas em propriedade plena, ou em simples posse em nome próprio — é que não produz uma transmissão imediata para outras pessoas. Mas isto explica-se perfeitamente, porque o abandôno não é acto jurídico no sentido próprio ou técnico, mas simples facto jurídico voluntário, e portanto não entra no conceito de renúncia como acto jurídico pròpriamente dito.

Alguns escritores limitam-se a considerar duas espécies de renúncia: a *translativa*, que se confunde com a alienação, e a *abdicativa*, que é a renúncia pròpriamente dita, e consiste na simples manifestação da vontade no sentido de desistir de qualquer direito real ou de crédito. Mas por isso entendem os melhores autores que só esta é verdadeira renúncia, não sendo a translativa outra cousa senão a alienação (1).

Mas qual é então a verdadeira natureza do acto jurídico da renúncia?

Sendo certo que ela envolve quási sempre a adquisição por outras pessoas, ou seja a transmissão do direito renunciado, ou pelo menos de um equivalente patrimonial, dir-se-ia que afinal se confunde também com a alienação.

Mas não é assim. A diferença é sensível, e perfeitamente compreensível. Emquanto que na alienação há a intenção de transmitir a cousa ou o direito a outras pessoas determinadas, e por isso é em regra um acto bilateral, requerendo portanto a aceitação do adquirente, na renúncia não há tal intenção, ou pelo menos prescinde-se dela, não sendo por isso necessária a aceitação do adquirente, tratando-se de um acto unilateral, em que o declarante pode mesmo ignorar a quem aproveita a transmissão.

Ora, sendo certo que a renúncia pròpriamente dita é em todo o caso um acto de transmissão de bens ou direitos, tem de concluír-se que está sujeita às regras que regulam os actos jurídicos em geral, e em especial os actos de transmissão.

E assim, em primeiro lugar, são insusceptíveis de renúncia todos os direitos meramente pessoais ou direitos da personalidade, entre os quais se contam òs de família (poder paternal, marital, etc.).

---

(1) Ruggiero, pág. 218.

Em segundo lugar, não podem ser objecto de renúncia, contra a opinião geral dos autores italianos, os direitos futuros, por mais fundada que seja a sua legítima esperança: é que, na verdade, não é juridicamente concebível que se renuncie àquilo que se não tem (1).

Também não é renúncia a simples abstenção de uma adquisição, isto é, a omissão de um acto, que se fosse praticado importaria um direito novo na esfera jurídica da pessoa (2).

E' de notar entretanto que algumas regras especiais geralmente referidas à renúncia, ou são falsas, ou não são exclusivas da renúncia.

Assim, não é exacta a regra segundo a qual as renúncias não podem interpretar-se extensivamente. A verdade é que não se pode ir além da vontade do renunciante, mas é sempre lícito indagar qual ela é na realidade, e portanto é permitido interpretar tanto de modo extensivo como restritivo qualquer expressão ou palavra impròpriamente empregada para manifestá-la. E' o mesmo modo de interpretar as leis ou os contractos. E do mesmo modo é inexacta a regra pela qual se não

(1) Em contrário diz Ruggiero: «Aquilo que se requer, para que possa falar-se de renúncia, é que um direito exista no nosso património ou nele deva entrar no futuro, de modo que a renúncia é sempre abandono de um direito que se tem ou declaração de se não querer adquirir um direito que tende a tornar-se nosso». Ruggiero, pág. 218 e 219. Mas, como já mostrámos, pelo menos no sistema do nosso direito, não é permitida a renúncia de direitos futuros.

(2) Ruggiero justifica esta doutrina pela consideração exposta na nota anterior.

Mas nós entendemos que ela se justifica mais exactamente pela doutrina geralmente seguida, e que já expusemos, segundo a qual, sendo a renúncia um acto jurídico pròpriamente dito, não abrange as omissões ou abstenções.

considera válida a renúncia concebida em termos gerais. Desde que a generalidade dos termos não implique indeterminação do objecto, ou não exclua a vontade de renunciar, a renúncia será válida como qualquer outro acto jurídico (1).

Também é falsa a regra de que a renúncia não se presume *(nemo res suas jactare praesumitur)*, quando entendida no sentido de que a vontade de renunciar não póde manifestar-se tàcitamente, isto é, por factos concludentes, ou no de que da prova da renúncia são excluídas as presunções do julgador nos termos dos artt. 2516.º e 2519.º. Não há disposição alguma de lei que exclua os actos de renúncia das regras gerais acêrca da forma de manifestação da vontadè e dos meios de prova. Pelo contrário a lei admite a renúncia tácita, por exemplo no penhor: a restituïção da cousa empenhada presupõe a remissão do direito ao penhor (art. 871.º). Em outros casos declara a lei que a renúncia tem de ser expressa, e até feita por determinada forma, como, por exemplo, a renúncia da herança, que deve ser feita por termo assinado pelo renunciante ou seu procurador, perante o juiz do lugar da abertura da herança (art. 2034.º); e podendo o herdeiro ser intimado para, num prazo marcado pelo juiz, e não inferior a trinta dias, declarar se aceita ou repudía, havendo-se por aceita a herança, se não fizer a declaração (2).

Donde se conclui, pois, que o princípio geral deve ser o mesmo formulado para os contractos nos artt. 648.º e 686.º, segundo os quais, a manifestação da vontade póde vàlidamente ser feita de palavra, por escrito, ou por factos donde necessà-

(1) Coviello, pág. 327; Ruggiero, pág. 219, nota.

(2) O código italiano (art. 951.º), ao contrário, considera em tal caso renunciada a herança.

riamente se deduza, salvos os casos em que a lei exige uma determinada forma mais solene.

E é evidente que só nestes termos se póde entender a regra geral formulada pelos autores, e que também nós formulamos no primeiro volume dêstes princípios, *a respeito da renúncia dos créditos,* dizendo que a renúncia póde ser expressa ou tácita, não exigindo a lei forma alguma especial para a manifestação do consentimento (1).

Ora, tratando-se da renúncia de direitos imobiliários (usufruto, servidão, fôro), desde que ela envolve necessàriamente, como já mostrámos, uma transmissão do direito renunciado, é manifesto e ultra-evidente que está sujeita à regra terminante do art. 1722.°: «Todas as transmissões de bens ou direitos imobiliários estão sujeitas a registo»; e portanto precisa ser feita por documento escrito idóneo para ser registado, nos termos dos art. 949.° e seguintes e do respectivo regulamento.

Por outro lado é necessário examinar sempre cuidadosamente os têrmos da relação jurídica, porque muitas vezes apresentam-se sob a forma de renúncia actos que são verdadeiras alienações contractuais, devendo em tal caso aplicar-se as regras do respectivo contracto, e não as próprias da renúncia (2).

(1) *Os Princípios,* I, pág. 597.

(2) É o que aconteceu, por exemplo, na célebre causa da «*União dos Proprietários*» contra a firma Eduardo Martins, Limitada, arrendatária de um prédio urbano da Autora, no qual a Ré fez obras que transformaram bastante o prédio, sem ter para isso a autorização por escrito da senhoria, que aliás na escritura de arrendamento se exigia, defendendo-se depois na acção com a alegação de que a anterior senhoria tinha autorizado verbalmente e tácitamente as obras, renunciando assim ao seu direito.

Ora, como se vê nitidamente, não se trata neste caso de *renúncia*, mas de *cedência* ou *transmissão* temporária do *direito de transformação* do prédio (art. 2315.°), direito de propriedade e imobiliário (art. 375.°, n.° 2.°, 2169.°, 2170.°, 2188.°), que, portanto, só póde ser cedido ou transmitido por documento escrito capaz de ser registado.

Tendo sido consultado nesta questão, demos pois parecer neste sentido, nem outro poderiamos dar, como se vê.

E assim se vê também a *ignorância*, a *inconsciência* ou a *má fé,* com que alguém no nosso meio forense ousou insinuar que no nosso parecer fomos levados *por interesse* a emitir uma opinião diferente da que tinhamos escrito no lugar citado do primeiro volume.

E' o cúmulo da inconsciência ou da má fé! Como se alguém neste país tivesse mais do que nós, em todas as conjunturas, demonstrado o *desinteresse* e o desassombro das próprias opiniões!!

63. **O tempo como facto jurídico. Fixação e cômputo.** — E' grande, muito variável a influencia que o decurso do tempo exerce na vida jurídica, como sôbre todas as cousas humanas e puramente naturais: direitos que não podem constituír-se senão em certas contingências de tempo; direitos que não podem ter senão uma duração preestabelecida, quer esta seja fixada pela lei, quer pela vontade dos sugeitos; direitos que só podem exercer-se até um certo termo ou depois de certo termo (termo final ou inicial, *ad quem* ou *a quo);* direitos que se adquirem (prescrição adquisitiva ou *usocapião)* ou se perdem (prescrição extintiva), em virtude do decurso de um certo período de tempo.

Por todos estes modos se manifesta a influência do tempo como factor jurídico, embora muitas vezes não seja êle só a produzir tais efeitos, concorrendo outros elementos, como um certo comportamento das pessoas, a sua inacção no exercício dos seus poderes legais, a situação subjectiva de boa ou má fé, a existência ou falta de um dado facto, de uma obra ou de um sinal qualquer.

Não é possível formular regras gerais sôbre a influência do tempo na vida das relações jurídicas, dada a grande variedade da sua função de caso para caso. Podem porém ser definidos alguns princípios a respeito da fixação e cômputo do tempo.

A fixação de um momento ou de um período póde fazer-se, ou pela referência directa ao calendário (por exemplo, 5 de janeiro de 1900 a 18 de outubro de 1911, etc.), ou pela indicação de qualquer das divisões em que o tempo se distribui (por exemplo, o prazo de oito dias, de dois meses, trinta dias ou dois meses a contar da data, etc.). E' sempre o calendário gregoriano que serve de base, nos países em que é êste o adoptado. Mas no segundo caso não é bastante consultar o calendário, para ter desde logo a noção exacta do momento em que cai o tempo indicado ou do intervalo necessário para o completar, sendo preciso estabelecer as regras da devida contagem.

Dois processos de cômputo são concebíveis: o *cômputo natural*, de momento a momento, de modo que um dia é o intervalo de 24 horas, contadas a partir de um dado momento e completadas no preciso instante em que são decorridas; e o *cômputo civil*, no qual um dia representa uma unidade de tempo que vai da meia noite à meia noite seguinte, e em que portanto o dia se conta por inteiro, isto é, desprezando a fracção de tempo anterior à primeira meia noite, de modo que, por exemplo, o termo ou prazo de três dias a contar de hoje abrange, além do intervalo que vai até à meia noite, os três dias seguintes completos (1).

(1) Os dias contados momento a momento, de 24 em 24 horas, são os chamados *dias móveis*.

«Como não existe, porém, escreve o Dr. Alves Moreira, no direito civil uma disposição geral em virtude da qual devam contar-se assim (refere-se à contagem civil por dias fixos) os dias, quando conste de um modo autêntico a hora em que o facto se dá, como nos nascimentos e nos óbitos, entendemos que os dias são móveis».

Parece-nos, ao contrário, que essa disposição geral existe no art. 561.º do código civil. E por isso entendemos até que quando o juiz, por exemplo, fixa um prazo de 24 horas, 48 horas, etc., deve entender-se que é prazo de dias, e portanto fazer-se a contagem pela regra do art. 561.º.

Mas concordamos com o Dr. Alves Moreira em que, tratando-se de actos a efectuar em repartições públicas, os dias teem menos duração, terminando o dia final no momento em que a respectiva repartição fecha. Dr. Alves Moreira, pág. 384.

A regra de contagem estabelecida nas nossas leis é a do cômputo civil segundo o calendário gregoriano (cód. civ., art. 560.º e 561.º, cód. com., art. 311.º, cód. de proc. civ., art. 68.º, § 5.º). Mas é diferente o processo de contagem de anos ou de meses: emquanto que os anos se contam desde o dia inicial ao dia correspondente do ano final, como por exemplo de 5 de janeiro de 1900 a 5 de janeiro de 1920, os meses computam-se sempre de 30 dias, contando-se, por exemplo, três meses, a partir da data de 5 de janeiro, até 4 de abril, ou até 5, conforme o ano fôr ou não bissexto; e sendo a partir de 5 de março, irá o prazo até 4 de junho (1).

Dado o sistema do cômputo civil, é claro que desprezando-se a fracção do dia inicial, o período se alonga ou abrevia, em relação ao cômputo natural, conforme se conta ou não êsse dia inicial.

E o mesmo é de dizer a respeito do dia final, podendo admitir-se, tanto que o último dia do

(1) Diversa é a contagem dos meses, como por exemplo no código italiano, *ex nominatione dierum, non ex computatione*, isto é, contando-se como os anos, desde o dia inicial até ao dia correspondente do mês final — Ruggiero, pág. 282.

termo valha como completo apenas começado *(dies coeptus pro completo habetur)*, como que se exija o seu inteiro decurso para se poder considerar vencido o termo.

Ora quanto ao *dies* inicial, diz Ruggiero, a regra universalmente recebida pela tradição histórica é que se não conta, de modo que o termo começa a decorrer no dia imediato — *dies a quo non computatur in termino*. Quanto ao *dies* final não vale para nós a regra romana — *dies ultimus coeptus pro completo habetur* —; deve decorrer inteiramente, para que o termo possa dizer-se completo, o que equivale a dizer que o dia final se conta no termo (1).

Tal é precisamente a doutrina consignada no art. 562.º do nosso código civil, para a contagem do tempo na prescrição, mas que por analogia (art. 16.º) deve considerar-se como regra geral.

Um aspecto interessante que pode apresentar o tempo na sua função jurídica é a posse ou exercício de certas situações desde tempos *imemoriais*.

No tempo imemorial não há que falar de cômputo, porque não há uma determinada duração de tempo, mas uma *vetustas*, um tempo indeterminado e antiquíssimo, do qual não é possível estabelecer-se o início, e que tem decorrido sôbre um estado de facto, mantido inalterável e constantemente, através de toda a sua duração.

Quando um estado de facto dura assim há tanto tempo, que vai além da memória dos homens, pode falar-se de tempo imemorial ou *ab immemorabili*, como um factor que serve para

(1) Ruggiero, pág. 281 e 282.

consolidar e tornar inalterável aquele estado, ainda quando não é possível demonstrar a legitimidade da adquisição do direito que dêle deriva. E é freqüente falar-se de prescrição imemorial para legitimar tais situações de facto. Mas rigorosamente não há que falar de prescrição, porque nas relações jurídicas em que é admissível êste modo de adquirir direitos ou extinguir obrigações, a lei contenta-se com um período determinado de tempo, que na generalidade das legislações modernas não vai além de trinta anos.

A essência jurídica do tempo imemorial, segundo a concepção germânica, está, não pròpriamente em fundar no decurso do tempo a legitimidade de uma situação, mas em criar uma presunção de conformidade do estado de facto com a ordem jurídica, sempre que a vetusta antiguidade daquele estado não deixa encontrar o título constitutivo do direito, e não se tenha a prova de que tal título existia ou era legítimo.

Mas o nosso direito actual não reconhece o instituto do tempo imemorial, como regra ou princípio de modo ou título de adquisição de direitos. Não pode valer como prescrição adquisitiva de cousas ou direitos imprescritíveis, porque a lei não permite a prescrição de cousas fóra do comércio (art. 506.º), como não permite também a prescrição das servidões descontínuas e das não aparentes (art. 2273.º), por mais antiga que seja a sua posse. E também não pode valer como presunção de legitimidade da mera situação de facto, porque a lei, quando excepcionalmente dá valor à simples posse de estado, para valer como situação jurídica, di-lo expressamente, e ainda assim em termos muito restritos, como faz, por exemplo, para o estado de casado, no art. 1084.º, que foi mantido no art. 47.º do decreto-lei do casamento civil.

Mas isto não obsta a que ainda hoje se possa invocar o tempo imemorial como título justificativo de uma situação que no domínio da legislação antiga se pudesse estabelecer jurìdicamente, por virtude da posse ou exercício desde tempos imemoriais (1).

É o que precisamente acontece com as servidões descontínuas e com as não aparentes, que podiam constituir-se antigamente pela prescrição imemorial, segundo o testemunho de Coelho da Rocha (§ 599.°), e que por isso foram resalvadas pelo § único do art. 2273.°.

(1) Ruggiero, pág. 283.

CAPÍTULO VI

A EFICACIA DA VONTADE NOS ACTOS JURÍDICOS

SUMÁRIO:

64. — Formação e manifestação do acto volitivo de carácter jurídico.
65. — Formação e conclusão dos actos jurídicos. Forma da manifestação ou declaração da vontade.
66. — Formas mais ou menos solenes ordenadas por lei ou por vontade das partes.
67. — A representação nos actos jurídicos.
68. — Interpretação dos actos jurídicos.
69. — Objecto ou conteúdo dos actos jurídicos.
70. — A causa nos actos jurídicos.
71. — O problema da contradição ou discordância entre a vontade e a sua declaração. Teorias.
72. — Inexistência da vontade real, por falta absoluta ou por falta de seriedade. Reserva mental.
73. — Teoria do êrro: êrro na determinação da vontade ou *êrro-vício* e êrro na declaração ou *êrro-obstáculo;* êrro essencial e acidental; êrro de direito e de facto.
74. — Êrro sôbre as qualidades do objecto: lesão e vícios redibitórios.
75. — Êrro geral e comum.
76. — Êrro causado por fraude; dolo ou má fé.
77. — A coacção.
78. — A simulação.

79. — A teoria positiva da divergência entre a verdadeira vontade e a declaração.
80. — Efeitos do acto jurídico para com as partes e para com terceiros. O registo.

64. **Formação e manifestação do acto volitivo de carácter jurídico.** — Abstraindo das concepções mais ou menos transcendentes e subtis sôbre o processo psíquico das decisões da vontade, não pode duvidar-se de que todo o acto volitivo normal é o resultado de qualquer motivo ou fim, que imperou no espírito do agente, com fôrça ou poder bastante para o levar à deliberação tomada.

E' de pura intuição que o acto volitivo, emquanto se mantem no domínio interno da consciência, sem nenhuma forma de exteriorização, não pode produzir efeito jurídico algum, pois que o direito não deve nem pode regular vontades desconhecidas ou ocultas.

Mas não se pense por isso que a lei se desinteressa do processo psíquico interno da determinação da vontade: pelo contrário, o direito deve tomar na devida conta os motivos ou fins que imperaram no espírito do autor do acto, para medir o valor e alcance da sua eficácia jurídica.

Os efeitos ou conseqüências, que a lei reconhece e atribui a um determinado acto do homem, são simultâneamente determinados e medidos pela intenção da vontade e pelo interesse geral da colectividade; quer dizer: quando um indivíduo pratica um acto, tendo em vista certos fins, a lei não reconhece todos os efeitos que o indivíduo porventura pretenda, mas sòmente os consentidos pelo interesse colectivo; e, por outro lado, não reconhece apenas êstes, mas atribui também ao acto jurídico os efeitos que considera oportunos, independentemente da vontade do sujeito.

Que o agente se haja determinado por um motivo atentatório da moral pública ou por um fim ilícito, que tenha sido induzido fraudulentamente por outrem, que a sua deliberação seja por tal modo inconsciente que não saiba o que quer, ou que haja obedecido à pressão irresistível de uma fôrça extranha, e o direito não pode, porque não deve, reconhecer a validade de um tal acto.

A eficácia jurídica da vontade depende, pois, de duas ordens de condições: condições internas, que se referem à plena liberdade e consciência do acto volitivo, e condições externas, que se traduzem na sua exteriorização por uma forma suficientemente clara e precisa, para revelar com a necessária certeza a intenção do agente.

Na formação do acto jurídico concorrem os dois elementos — a vontade e a sua declaração. Não tem valor a declaração sem vontade, nem tem eficácia a vontade sem declaração — *qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit, quod vox significat, quia non vult, neque id quod vult, quia id non loquitur* (D. 34. 5. 3). Os dois elementos são essenciais e conjugados, não podendo qualquer dêles subsistir isolado ou suprir a falta do outro.

« Evidentemente, diz Duguit, para que a declaração possa condicionar a criação de uma situação jurídica é necessário que seja uma declaração de intenção; o efeito de direito não pode nascer senão na medida em que existir a intenção. Quando a intenção é mais extensa que a declaração, o efeito só se realiza nos limites da declaração, porque a intenção não existe em direito senão na medida em que foi declarada. Mas a recíproca não é verdadeira. A declaração não pode condicionar a formação de uma situação jurídica senão na medida em que corresponde a uma intenção; e por conseqüência não se pode atribuir efeito àquilo que se

declarou sem que haja a intenção correspondente do declarante» (1).

E não basta, em regra, a manifestação externa da vontade, para se poder dizer que o acto volitivo adquiriu a sua consistência jurídica, ou que o acto jurídico está definitivamente formado ou concluído, pois é necessário ainda que essa manifestação ou declaração seja feita oportunamente e em forma legal.

Sendo o acto jurídico bilateral ou unilateral, e no segundo caso com ou sem necessidade de ser conhecida de terceiros a deliberação da vontade, compreende-se fácilmente como diverso pode ser o momento da conclusão do acto jurídico, e como diversas deverão ser as condições externas da manifestação da vontade.

65. **Formação e conclusão dos actos jurídicos. Forma da manifestação ou declaração da vontade.** — Para determinar o momento preciso em que o acto jurídico está apto a produzir todos os seus efeitos, é necessário distinguir entre a sua formação e a sua conclusão ou perfeição.

O acto está efectivamente formado, feito ou praticado, desde que a vontade se manifestou na formação legal. Mas pode muitas vezes não ficar ainda nesse momento definitivamente formado, isto é, concluído ou perfeito, podendo ainda ser retratada ou retirada a declaração da vontade, de

(1) Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, I, pág. 238 e 239. Note-se entretanto que êste princípio da necessária coexistência e coincidência da vontade com a sua declaração é verdadeiro em regra, isto é, como um princípio normal. Mas, como veremos pelo estudo das relações entre a vontade e a declaração (infra, n.º 71 e seg.), nem sempre êle é susceptível de realização nas relações práticas ou efectivas da vida jurídica.

modo que afinal o acto não vem a produzir os seus efeitos.

Para os contractos dispõe o art. 649.º: «Logo que a proposta seja aceita, fica o contracto perfeito, excepto nos casos em que a lei exige mais alguma formalidade». Mas tratando-se de contractos entre pessoas ausentes, deve entender-se que a aceitação pode ser retirada emquanto não chegar ao conhecimento do proponente, de modo que realmente, só a partir dêste momento se deve considerar concluído ou perfeito o contracto (1).

Para os actos unilaterais não há na lei regra alguma, que fixe o momento da sua formação ou conclusão, devendo por isso entender-se por analogia que, se a declaração da vontade deve ser feita ou dirigida a uma pessoa determinada, o acto não fica concluido, nem mesmo formado, emquanto essa pessoa não tiver conhecimento da declaração; se, porém, a declaração da vontade não tem que ser feita ou dirigida a qualquer pessoa, o acto fica formado pela sua manifestação em forma legal. Mas, como já observámos, formação do acto não equivale sempre a conclusão ou perfeição. Por *conclusão* ou *perfeição* entendemos a completa idoneidade do acto para produzir todas as conseqüências jurídicas de que êle é susceptível. Donde resulta que se não pode haver perfeição sem formação, esta pode existir sem aquela. A perfeição ou conclusão não depende apenas da manifestação da vontade, mas pode depender também de outras circunstâncias, que nem sempre se verificam ao tempo da formação, podendo dar-se posteriormente. Em tais casos

(1) *Os Princípios*, I, pág. 477 e seg. É assim que se deve entender a idea de que o nosso código adoptou a teoria da declaração para a formação dos contractos entre ausentes.

o acto está formado, mas sòmente quando estiver concluído ou perfeito se torna eficaz. Assim o testamento está formado quando o testador declara a sua vontade por alguma das formas reconhecidas pela lei; mas não é desde logo um acto concluído ou perfeito, porque a sua eficácia só pode ter lugar com a morte do testador. Do mesmo modo os actos dependentes de condição suspensiva só se consideram perfeitos pela realização da condição.

Ora a determinação das condições ou circunstâncias em que os diversos actos se tornam perfeitos não pode fixar-se por uma regra geral, mas só pode fazer-se a propósito de cada um deles (1).

Para que o acto jurídico possa considerar-se formado, isto é, para que haja de facto um acto jurídico (abstraindo do grau da sua eficácia, isto é, da sua validade ou nulidade), é pois necessário e suficiente que a deliberação da vontade se exteriorise, isto é, se manifeste exteriormente por formas ou meios sensíveis.

Mas, para que o acto seja plenamente eficaz, não é bastante a sua formação ou existência material: é além disso necessário que a manifestação da vontade seja *clara, livre* e *consciente* (art. 647.°, 656.° e seg.) e que, portanto, a própria formação interna do acto volitivo seja igualmente livre e consciente, pois que só assim, coïncidindo a vontade interna ou real com a vontade externa ou declarada, é que o acto será merecedor do reconhecimento e da protecção da lei (2).

(1) Coviello, pág. 347 e 348, onde se equipára a conclusão à formação, distinguindo-se a perfeição nos termos indicados. Nós preferimos equiparar — conclusão à perfeição.

(2) Empregamos indiferentemente a terminologia corrente de *manifestação* ou *declaração* da vontade, embora consideremos mais técnica a palavra *declaração*, por exprimir em

E assim se vê como o primeiro requesito ou elemento essencial de todo o acto jurídico é a capacidade do sujeito, como necessário presuposto de uma normal deliberação e manifestação de vontade (1).

A manifestação da vontade pode ser tanto expressa como tácita: «A manifestação do consentimento pode ser feita de palavra, por escrito, ou por factos donde êle necessàriamente se deduza, diz o art. 648.°.

Mas qual é o critério distintivo entre a manifestação expressa e a tácita?

Na doutrina comum diz-se que a manifestação é expressa quando as formas ou meios sensíveis empregados teem por *objectivo directo e imediato* a declaração da vontade, e tácita quando o comportamento exterior da pessoa tem qualquer outro fim e só indirectamente revela a sua vontade. E nesta orientação alguns autores, como Colin et Capitant, julgam mais expressiva a terminologia de *manifestação directa* e *indirecta* da vontade (2).

Coviello, observando que muitas vezes se mos-

si o requesito da *clareza*, que é essencial à perfeição do acto. Alguns autores, como Duguit, entendem que é mais exacto dizer-se *declaração da intenção*, entendendo-se por *intenção* a consciência do objecto mediato da vontade, de modo que nesta terminologia a *vontade real* é a intenção e a *vontade declarada* é a declaração da intenção — Duguit, pág. 216, 237 e seg.

(1) Mas neste lugar não temos já que expôr os princípios relativos à capacidade, porque os analisámos no primeiro volume, a propósito das obrigações contractuais (n.° 91), e no segundo capítulo dêste volume, a propósito das pessoas.

(2) *Os Princípios*, I, pág. 482 e 483; Colin et Capitant, II, pág. 274. Mas estes autores, no tomo I, pág. 66, sôbre os actos jurídicos em geral, adoptam a teoria do art. 648.° do nosso código, chamando declaração *expressa* a que se revela ou traduz por palavras ou por escrito, e *tácita* a que resulta de quaisquer factos donde ela se deduza lògicamente.

tra indeciso o critério para distinguir quais factos teem o fim directo de manifestar a vontade e quais o não teem, julga preferível dizer que há manifestação expressa quando os meios sensíveis empregados são, segundo a opinião dominante na vida prática ou ainda segundo especial acôrdo das partes, destinados a manifestar a vontade interna; e manifestação tácita, quando os factos não teem aquele fim ou destino, mas são tais que deles se deduz a vontade de quem os pratica. E assim o próprio silêncio é uma manifestação expressa, se entre duas ou mais pessoas, que se encontram em relações de negócios, foi convencionado que o silêncio guardado por um certo tempo valerá como afirmação ou negação; e há vontade expressa também, embora implícita, quando feita por palavras que carecem de interpretação, por serem indeterminadas, ou que por serem impróprias exprimem no seu significado natural menos do que aquilo que se quis dizer (1).

Mas, a bem dizer, a verdade é que o tão discutido critério de distinção entre vontade expressa e vontade tácita é questão de puro bisantinismo, de reduzido interesse teórico e de nenhum valor prático: de nada vale decidir se uma vontade destinada a produzir efeitos jurídicos se manifestou expressa ou tàcitamente; o que importa averiguar é se se manifestou efectivamente ou não, pois que, uma vez manifestada, os efeitos são iguais,

(1) Coviello, pág. 356 e 357. Alguns autores, como Lessona (*Prova*, v, n.º 66 e seg. e autores aí citados) ainda distinguem entre vontade tácita e vontade presumida. Mas, como justamente observa Coviello, esta distinção não tem razão de ser, quer se trate das presunções do julgador, quer se trate de presunções legais, porque na verdade a vontade presumida é sempre vontade tácita.

quer o haja sido expressamente, quer apenas tàcitamente.

O certo é que a manifestação expressa realiza-se ordinàriamente por meio da linguagem, que tanto pode ser falada ou escrita, como simplesmente mímica. A manifestação de vontade por meio de gestos ou acênos de cabeça, sinais especiais usados com os surdos e mudos, etc., são verdadeiras formas de manifestação expressa. Manifestação expressa por meio da linguagem falada tem lugar, não só quando as palavras são pronunciadas pela própria pessoa que exprime a sua vontade e impressionam directamente o ouvido da pessoa a quem se dirige a declaração, mas também quando o declarante se serve de outra pessoa que transmite as suas palavras, como acontece nos contractos celebrados por meio de um emissário, intermediário, intérprete ou corretor, ou de um aparelho mecânico, quer êste simplesmente transmita as mesmas palavras pronunciadas, como o telefone, quer as recolha e reproduza por grafía, como o telégrafo, ou pelo som, como o fonógrafo ou gramofone.

Manifestação expressa por meio da linguagem escrita tem lugar, não só quando é escrita pelo próprio punho de quem declara a sua vontade ou por outra pessoa a seu rôgo, mas também quando se emprega a máquina de escrever, a litografia ou a imprensa.

O que mais importa, e é mais difícil, é determinar com precisão a eficácia da manifestação tácita da vontade, decidir quando é que existem realmente os *facta concludentia*, isto é, *facta ex quibus voluntas cancludi potest.*

O facto, para ser concludente, diz Coviello, deve ser *unívoco* e não *equívoco*, isto é, deve ser incompatível com uma vontade contrária àquela que dêle se deduz. Mas não é necessário que tal

incompatibilidade seja lógica e absoluta, bastando que seja prática e relativa, tal como resulta do conceito dominante na vida prática dos negócios. Facto concludente pode ser qualquer facto material ou jurídico, e também uma declaração expressa de vontade que tenha outro fim. Porém um facto que, segundo o modo comum de pensar, deva considerar-se como manifestação de uma certa vontade, pode perder essa significação quando seja acompanhado de um *protesto* ou *reserva*. O protesto não é outra cousa senão uma declaração expressa de vontade com que uma pessoa, tendo praticado ou querendo praticar um dado facto, exclui a possibilidade de se atribuír a êsse facto o alcance que, sem o protesto, se lhe atribuïria. A reserva não é senão o protesto relativo a um facto que poderia interpretar-se como renúncia a um direito. Mas nem sempre o protesto ou a reserva pode ter a pretendida eficácia: não a tem quando estiver em contradição flagrante com o facto praticado. Em tal caso, o facto prevalece sôbre a declaração contrária, tendo aplicação a máxima «*protestatio contra factum non valet*» (1).

Note-se, finalmente, que por manifestação tácita ou indirecta da vontade pode valer também o *silêncio* de uma pessoa, quando por virtude de relações em que se encontra com outra, a sua atitude silenciosa, em face de um facto qualquer, deva necessàriamente ser interpretada como assentimento ou compromisso num certo sentido (2).

66. **Formas mais ou menos solenes ordenadas por lei ou por vontade das partes.** — Se é certo que o antigo

(1) Coviello, págs. 357 e 358.

(2) *Os Princípios*, I, págs. 483-486. Contra Coviello, págs. 357 e seg.

formalismo jurídico, muitas vezes de carácter religioso e quási sempre mais ou menos simbólico, foi substituído no direito moderno pelo princípio consensualista da livre manifestação da vontade jurídica, independentemente de quaisquer formalidades ou solenidades, salvo nos casos em que a lei as ordena expressamente, entretanto é também certo que são ainda muito numerosos os actos jurídicos em que a lei efectivamente exige formas mais ou menos solenes, quer como requesitos essenciais à validade ou existência jurídica do acto, quer como simples meio de prova, assim prèviamente estabelecida e assegurada, chamando-se por isso a *prova preconstituída*.

Com efeito a lei ordena em muitos casos o cumprimento de certas formalidades. Mas nem sempre o preceito legal tem o mesmo alcance. Umas vezes as condições de forma são impostas sob pena de nulidade do acto, sendo então formas necessárias para a manifestação da vontade, e constituem elemento essencial do acto jurídico (*ad substantiam vel solemnitatem*). Outras vezes são exigidas, não sob a pena de nulidade, mas apenas como necessárias para os fins da prova (*ad probationem tantum*), sendo então o acto válido, mas não podendo ser provado pelos meios ordinários, designadamente por testemunhas ou simples presunções (art. 2519.°), podendo sê-lo entretanto pela confissão judicial (art. 2412.°) ou extra-judicial (art. 2416.°). Todavia deve notar-se que a falta de documento autêntico, nos casos em que a lei o exige, nem por juramento (art. 2523.°) pode ser suprida, ainda que se trate de formalidade *ad probationem tantum* (1). Algumas vezes certas forma-

(1) *Os Princípios*, I, págs. 455 e 456.

lidades são necessárias sòmente para a publicidade do acto, como o registo, a notificação da cessão de créditos; e então a falta da formalidade apenas torna o acto ineficaz em relação às pessoas em favor de quem foi estabelecida; mas, de resto, o acto é válido e eficaz nas relações entre as partes. Finalmente certas formalidades são de carácter meramente fiscal, como as do sêlo, e então a sua falta tem em regra apenas a sanção da multa.

Quando a lei exige que um acto seja revestido de uma dada forma, sob pena de nulidade, é evidente que o acto praticado sem essa forma é nulo (art. 10.°), não podendo a falta ser suprida por simples confirmação ou ratificação posterior, a não ser que seja a renovação do acto na devida forma, nem podendo tão pouco ser sanada a nulidade por meio de confissão judicial, pois que, no consenso unânime dos autores, as leis da forma externa dos actos são de interesse e ordem pública (§ ún. do art. 10.° e art. 24.°).

E para se entender que uma determinada forma é ordenada sob pena de nulidade, não é necessário que a lei o diga expressamente, sendo bastante que o preceito legal não possa lògicamente deixar de ser interpretado neste sentido. É o que acontece, por exemplo, com os preceitos dos artt. 1244.° e 1250.°, que exigem a escritura pública para a constituïção de certas sociedades universais e particulares.

O art. 63.° do decreto-lei do notariado determina que só por documento autêntico poderá provar-se:

1.° As transmissões de bens ou direitos imobiliários, excluídos os fundos imobilizados;

2.° As hipotecas convencionais;

3.° As cessões de créditos hipotecários;

4.° As cessões de quotas ou partes do capital das sociedades por quotas;

5.° Os arrendamentos sujeitos a registo;

6.° Os trespasses de estabelecimentos comerciais ou industriais;

7.° As partilhas e divisões extrajudiciais de bens e direitos mobiliários e imobiliários;

8.° Os mais actos e contractos para que a lei exigir expressamente documento autêntico e extra-oficial.

E o § 1.° do mesmo artigo diz que é obrigatória a escritura pública para os actos e contractos nele especificados, de valor excedente a 50$00 (deve ler-se 300$00, em virtude da lei n.° 1552), podendo todos os outros ser lavrados por instrumento fora das notas, registado no livro competente.

Ora, em face da disposição do corpo do artigo, parece que o documento autêntico necessário para aqueles diversos actos é *ad probationem tantum*. Mas a verdade é que a escritura pública é para a maior parte deles exigida pelo código civil *ad substantiam*. E deve entender-se que o decreto-lei do notariado só revogou o código civil na parte em que exige documento autêntico, para actos que segundo o código podiam ser celebrados por documento particular.

Simplesmente, como já observámos, em face dos artt. 2428.° e 2523.°, a questão não tem importância prática, porque nos casos em que a lei exige documento autêntico, a falta dêste não pode ser suprida por qualquer outro meio de prova, salvo quando a lei o permitir, como nos actos do registo civil, sendo indiferente que a forma autêntica seja exigida *ad probationem* ou *ad substantiam*.

Relativamente à forma escrita por documentos particulares, é de notar em primeiro lugar que o código, nos casos em que a ordena, umas vezes se limita a exigir documento particular sem ordenar mais formalidades (art. 1458.°, n.° 2.°), e outras vezes

ordena formalidades diversas (artt. 1321.°, 1322.°, 1434.°, 1459.°, 1534.° e 1590.°, § 1.°).

Mas, sejam quais forem essas formalidades, parece-nos que mesmo quando a lei exige o documento particular *ad substantiam*, como, por exemplo, quando diz que a doação de cousas mobiliárias, sem tradição, *só pode ser feita por escrito* (art. 1459.°, § 2.°), nunca a forma escrita é da essência do acto, no sentido de a sua falta importar a inexistência ou nulidade absoluta do mesmo acto, pois que em todo o caso a prova da sua existência pode fazer-se pelo juramento decisório, como resulta não só do disposto no art. 2523.°, mas ainda mais completamente do confronto dêste artigo com o art. 2428.°, conjugado com o facto de não haver para os documentos particulares preceito semelhante ao dêstes dois artigos (1).

Em segundo lugar deve notar-se que algumas disposições do código civil sôbre a forma escrita por documento particular foram modificadas pelo art. 63.° do decreto do notariado que exige instrumento público para actos que segundo o código podiam ser feitos por documento particular, e pela lei n.° 1552, que elevou a tresentos escudos o valor da eficiência do documento particular.

A ineficácia do acto jurídico por defeito de forma pode ser apenas parcial, quando a formalidade seja exigida além de certos limites ou para certos efeitos. Assim o decreto do notariado (art. 63.°) exige documento autêntico para os arrendamentos sujeitos a registo. Entendemos, por isso, que um arrendamento por cinco anos sem antecipação de renda, feito por documento particular, deve produzir os seus efeitos entre as próprias partes como arrendamento por quatro anos.

(1) Em sentido contrário, Dr. Alves Moreira, págs. 691 e 722. Cf. *Os Princípios*, i, págs. 455 e 456.

«A opinião contrária, diz Coviello, que se funda sôbre uma pretensa inscindibilidade do consenso, é simplesmente especiosa. Não se scinde o consenso; apenas se limitam os efeitos jurídicos do consenso manifestado, reconhecendo-lhe sòmente a eficácia que, na falta da forma escrita, a lei torna possível, e não aquela que pràticamente as partes se propunham» (1).

Além das formas ordenadas por lei, acontece muitas vezes que também as partes estipulam em seus contractos formalidades especiais para certos actos, que por lei podem fazer-se livremente por qualquer forma. Uma semelhante estipulação pode ter em vista diversos fins: para condicionar a própria existência jurídica do acto a praticar *(ad substantiam)*, apenas para lhe dar maior solenidade *(ad solemnitatem)*, ou para condicionar a sua prova *(ad probationem)*.

Alguns autores entendem que tais estipulações não teem validade, porque envolvem modificações ou restrições das leis reguladoras da forma dos actos jurídicos, que são de interesse e ordem pública, e por isso não podem ser alteradas por vontade dos particulares.

E na verdade assim é em princípio. Mas dentro dos limites dêste princípio há muitas formalidades que os interessados podem estipular, sem o ofender.

Desde que se não estipulem formalidades contrárias à lei, nem se dispensem formalidades por lei exigidas, nem se restrinjam os meios legais de

(1) Coviello, pág. 366.

prova, nenhum princípio de interesse e ordem pública se opõe às estipulações contratuais (1).

67. **A representação nos actos jurídicos.** — Nas relações da vida freqüentemente uma pessoa pratica actos jurídicos em nome e no interesse de outra pessoa, de tal modo que os efeitos se integram directa e imediatamente na esfera jurídica da pessoa em nome da qual são praticados os actos. Tal é o instituto da representação nos actos jurídicos: actos praticados por um representante em nome do representado.

A representação desempenha um papel importantíssimo e de grande utilidade nas relações da vida jurídica. Há incapazes que não podem exercer por si os seus direitos e cumprir suas obrigações, porque lhes falta o necessário discernimento: a lei nomea-lhes então um representante, por meio do qual o incapaz se torna proprietário, credor ou devedor, como se fosse êle mesmo a praticar os respectivos actos. Por outro lado há indivíduos capazes, mas que por circunstâncias diversas (ausência, inexperiência, multiplicidade de ocupações, etc.) se encontram de facto na impossibilidade de praticar muitos actos que lhes interessam: em tais casos o instituto da representação facilita a essas pessoas o desenvolvimento da sua actividade jurídica, sem a sua intervenção pessoal directa. E há, finalmente, toda uma categoria de pessoas, as colectivas, que se encontram na impossibilidade material de exercer a sua própria actividade: exercem-na pelos seus representantes.

Pois, apesar do vasto alcance e da grande utilidade da representação, só numa fase já muito

(1) Coviello, pág. 366.

adiantada da evolução jurídica o instituto foi técnicamente organizado. O direito romano quási o desconheceu; previu-o, mas não o criou.

Com efeito, o direito romano não admitia que um acto jurídico pudesse fazer nascer direitos e obrigações em pessoas diversas das que nele tivessem tomado parte. Partiu desta idea simplista: aqueles que não foram partes num acto jurídico não podem por via dêle tornar-se proprietários, credores ou devedores. A representação era por isso uma impossibilidade jurídica na doutrina dos jurisconsultos romanos.

Isto porém não quer dizer que o direito romano não admitisse que os interesses de uma pessoa não pudessem ser realizados por meio de outra pessoa, pois que um tal processo é não só útil mas pràticamente indispensável, e os romanos aplicaram-no à gestão dos bens dos menores e aos actos praticados por mandato ou procuração. Mas davam a tais operações uma estrutura jurídica muito diferente do instituto da representação. Os efeitos do acto praticado por um representante integravam-se na esfera jurídica da própria pessoa que o praticava. E o representante devia depois, por outro acto, transmitir ao verdadeiro interessado os direitos que para êle tinha adquirido, do mesmo modo que o representado devia desonerá-lo das obrigações que por êle tinha contraído. Dava-se assim um desdobramento inútil, complicado, e muitas vezes prejudicial, nos actos praticados por uma pessoa por conta de outra. O gerente e o representado sofriam freqüentemente os prejuízos resultantes da respectiva insolvência.

Foi por isso que os jurisconsultos romanos, sem abandonar o seu critério, mas obedecendo à pressão das necessidades práticas, trataram de introduzir no sistema uma série de reformas no sentido

de simplificar a formação das relações jurídicas entre o verdadeiro interessado e os terceiros. Os actos praticados pelo intermediário continuaram a produzir os seus efeitos em relação a êle; mas ao mesmo tempo foram instituindo diversas *actiones utiles,* destinadas a efectivar as relações entre o verdadeiro interessado e os terceiros que houvessem tratado com o seu representante. Desde êsse momento póde dizer-se que o instituto da representação estava concebido e preparado para o mundo jurídico; faltava apenas cortar o cordão umbilical, isto é, suprimir o sistema de direitos e obrigações anexas à pessoa do intermediário, e admitir que a relação jurídica se formava directamente, por cima da sua cabeça, entre o representado e os terceiros. O direito romano não chegou, porém, a realizar esta concepção, que só nasceu mais tarde, desenvolvendo-se pela acção combinada do direito canónico, germânico e francês (1).

Mas qual é o exacto conceito da *representação?* Por via dela o representante, nos actos jurídicos que pratica no interesse e em nome do representado, faz uma declaração da sua própria vontade, ou limita-se a ser o transmissor, ou quando muito, o intérprete da vontade do representado?

Os autores da moderna escola italiana, seguindo a orientação germânica, começam por afirmar dogmaticamente que o verdadeiro conceito técnico da representação só existe quando o representante faz uma declaração da sua própria vontade.

Assim se exprime Ruggiero: « Se normalmente quem pratica um acto jurídico deve ser êle mesmo

(1) Girard, *Manuel de droit romain,* pág. 675 e seg.; Colin et Capitant, pág. 88 e 89.

a querer e manifestar a sua própria vontade, todavia nada impede que outrem possa substituir-se-lhe, tanto na própria determinação interna da vontade, como sòmente na sua declaração, funcionando como simples instrumento de transmissão. Num e outro caso há representação em sentido lato; mas representação no sentido técnico os juristas chamam exclusivamente a primeira. Representante, com efeito, não é o *nuntius,* a quem alguém comete o encargo de comunicar a outrem a sua própria vontade: é um simples órgão de transmissão de uma declaração, um instrumento de comodidade, que não difere grande cousa de qualquer outro meio material de que nos servimos para comunicar a nossa vontade, como o correio ou o telégrafo. É necessário, pois, para que haja representação, que na própria vontade se dê a substituïção de uma pessoa por outra, de tal modo que seja a própria vontade do representante a actuar, e não a do representado: a vontade que o primeiro declara é a sua própria, com êste particular efeito, porém, que vem a ser considerada como a vontade do segundo » (1).

Na mesma ordem de ideas diz Coviello: « Para que haja representação, é necessário que uma pessoa declare a própria vontade em substituïção da vontade de outrem, de modo que o representante não é simples órgão transmissor da vontade do representado, nem mesmo quando deva agir nos limites das instruções recebidas, pois é a declaração da sua própria vontade que constitui o acto jurídico, e as instruções que lhe foram dadas servem apenas para julgar se excedeu ou não os seus poderes. Isto parece evidente na representação das pessoas

(1) Ruggiero, pág. 246.

jurídicas e das pessoas físicas incapazes; mas não é menos verdade nos casos de representação voluntária, em que há sempre no representante uma certa liberdade na declaração da própria vontade em vez da de quem lhe conferiu o poder de representação. Quando as instruções forem circunscritas de modo a não dar lugar a qualquer liberdade de acção da pessoa encarregada de proceder em nome de outrem, não há representação.

Daqui se segue que emquanto o representante deve ter ao menos a capacidade natural de querer, pode exercer as funções de *nuntius* uma pessoa naturalmente incapaz, desde que saiba repetir embora maquinalmente as palavras que lhe forem ditadas, como uma criança, ou um idiota» (1).

(1) Coviello, pág. 400. Continuando a expôr o conceito de representação, indica como exemplos importantes de negócios realizados por meio de *nuntius* os dos corretores e os dos comissários, que não são representantes, mas agentes intermediários bilaterais, que transmitem a uma parte a vontade da outra e reciprocamente. E depois explica que estes casos, como os do mandatário e do gestor que procedem em próprio nome, bem como o do mandatário em nome do mandante, mas com poderes restritos a certos actos e sem nenhuma espécie de liberdade de acção, devem antes representar-se por uma figura de interposição de pessoa, e não confundir-se com a representação pròpriamente dita, sendo apenas casos de representação imprópria, ou indirecta, ou mera representação de interesses.

É de notar que os autores italianos podem dizer que não deve confundir-se o mandato com a representação voluntária, havendo mandatários que não são representantes, como os corretores e os comissários, porque a definição do mandato no código italiano é essencialmente diversa da do nosso. Diz o art. 1737.° do código italiano: «Il mandato é un contratto, in forza del quale una persona si obbliga gratuitamente o mediante un compenso a compiere un affare per conto di un'altra persona da cui ne ha avuto l'incarico». No mandato italiano não há, pois, o requesito de o mandatário proceder *em nome do mandante,* como é expresso no nosso art. 1318.°. De modo que, segundo o código italiano, os corretores e os comissários, não são representantes, mas são mandatários. Segundo o nosso código não são representantes, mas também não são mandatários, no sentido do código civil pois que não procedem em nome do comitente.

Apenas são mandatários no sentido impróprio do código comercial (art. 231.°, 266.° e seg. 66.°, n.° 1.°, 68.°, n.° 4.°), impropriedade que resultou naturalmente da imitação do código italiano.

De resto, a verdade é que no sistema do nosso código todo o mandatário pròpriamente dito, isto é, que procede em nome do mandante é necessàriamente seu representante, sendo-o até os corretores quando autorizados revelem a um dos comitentes o nome do outro (cód. com., art 68.°, n.° 4.°, e 76.°).

Dêste modo define-se o conceito da representação pela conjunção de dois requesitos ou elementos característicos:

a) a declaração da própria vontade do representante em vez da do representado;

b) a prática do acto em nome e no interesse do representado, ou seja, a atribuïção dos efeitos jurídicos à pessoa do representado.

E assim se distingue a verdadeira representação da simples prática de actos por meio de um intermediário ou interposta pessoa, que ou apenas serve de meio transmissor da vontade do mandante, como acontece no mandato com poderes inteiramente limitados, ou procede no interesse e por conta do mandante, mas em próprio nome e sem estabelecer qualquer relação jurídica entre a pessoa por conta de quem trata e aquela com quem trata. De modo que, embora o resultado prático final venha a ser o mesmo nas duas espécies, representação e interposição de pessoa, conclui Coviello, no aspecto jurídico os dois institutos são essencialmente diferentes (1).

(1) Coviello, pág. 401.

Mas é fácil verificar que a doutrina da declaração da própria vontade do representante é insuficiente e inexacta para definir o conceito da representação.

A teoria da vontade do representante apareceu naturalmente como reacção contra a clássica teoria metafísica da *ficção*, dominante na escola francesa, e segundo a qual se supõe que o representado manifesta a sua vontade por intermédio do representante: o representante é, por assim dizer, o veículo da vontade do representado — *qui mandat ipse fecisse videtur*.

Compreende-se bem como esta explicação foi alvo de justas críticas. E os próprios autores franceses da escola moderna reconhecem que ela não se ajusta à realidade da vida jurídica, não se conciliando bem com o instituto da gestão de negócios, e mostrando-se inaceitável sobretudo quando o representante não é escolhido pela vontade do representado, mas pertence à categoria dos mandatários legais. E por isso dizem que mais vale reconhecer muito simplesmente que, no estado actual do Direito, um acto jurídico pode fazer atribuir os seus efeitos a uma pessoa diversa de quem o pratica. Assim o acto feito por um representante apresenta um duplo aspecto: por um lado *é o representante quem pratica o acto;* mas por outro *os efeitos do acto são atribuídos à pessoa do representado* (1).

A moderna doutrina francesa tem o mérito de ser muito simples, nítida e realista. Mas tem o defeito da sua excessiva simplicidade: deixa afinal sem explicação o facto de se atribuir todos os efeitos do acto a uma pessoa que nele não interveiu, e nenhuns à pessoa que os pratica, o que à primeira vista parece um contrasenso jurídico.

(1) Colin et Capitant, pág. 90.

Os autores alemães, por seu lado, levados naturalmente pelo seu espírito dogmático de sistematização e seduzidos pela imitação do direito público, construiram a sua teoria da representação civil à imagem e semelhança da representação política.

Pôsto à margem o sistema do *mandato imperativo*, os representantes políticos exprimem, com efeito, as suas próprias opiniões e vontade, em vez dos desejos e interesses individuais dos seus mandantes ou eleitores, e daí veiu naturalmente a idea de aplicar o mesmo critério à representação de direito privado.

Mas a idea não nos parece feliz, sendo mesmo contrária à realidade dos factos.

Com efeito, a vontade nos actos jurídicos dos representantes não é, em princípio, ou juridicamente, a sua própria vontade, mas sim a dos representados, ou pelo menos a que deve presumir-se que seria a deles se pudessem exprimi-la.

Esta concepção é fácil de verificar nos diversos tipos de representação.

Os diversos tipos de representação teem a sua origem em causas diversas, reduzindo-se a duas as fontes imediatas dos poderes dos representantes: a lei e a vontade dos representados.

Legal é a representação conferida às pessoas que, em virtude do seu cargo ou função especial, ou em virtude de uma situação familiar, exercem os direitos e obrigações dos incapazes e das pessoas colectivas: é com efeito a lei que em regra organiza a representação civil destas duas categorias de pessoas, intervindo por vezes também a vontade de alguns dos representantes legais na escolha de outros representantes (tutela testamentária e dativa,

eleição de chefes, directores ou administradores nas pessoas colectivas de tipo corporativo). Mas não há representação quando para os actos de uma pessoa parcialmente incapaz a lei se limita a exigir a intervenção ou assistência de outra pessoa, não a título de representante, mas para integrar a imperfeita capacidade daquela pessoa (autorização marital, outorga da mulher, assistência do curador do interdito por prodigalidade, etc.).

Voluntária é a representação resultante do contracto de mandato ou procuradoria, em virtude do qual alguém se encarrega de prestar ou fazer alguma cousa por mandado e em nome de outrem (art. 1318.°), e ainda dos actos ou factos jurídicos de gestão de negócios, pelos quais alguém se intromete sem prévia autorização nos negócios de outrem (art. 1723.°).

No caso de gestão de negócios, ao qual deve equiparar-se o caso de mandato quando o mandatário excede os poderes que lhe foram conferidos pelo mandante, não pode naturalmente dizer-se que o acto jurídico vale como praticado pelo representado, pois depende da vontade dêste apropriar ou não os seus efeitos (artt. 1351.°, 1353.°, 1726.°, 1730.°). A vontade manifestada pelo mandante ou pelo *dominus negotii*, e destinada a fazer seus os efeitos do acto, é o que se chama a *ratificação*, que outra cousa não é senão a aprovação do acto praticado sem precedente autorização. A ratificação pode ser expressa ou tácita, conforme a aprovação é formalmente declarada ou resulta lògicamente de factos concludentes praticados pelo interessado. Expressa ou tácita, a ratificação tem o efeito de revalidar o acto como se êle fosse praticado nos limites dos poderes conferidos no mandato — *ratihabitio mandato comparatur*. Daí resulta que o acto praticado pelo gestor, ou pelo

mandatário fóra dos limites do seu poder de representação, persiste num estado de pendência até que intervenha a ratificação, não podendo produzir efeitos, nem para o interessado, porque nele não tomou parte, nem para o gestor, porque tratou em nome de outrem e não em seu próprio nome. Dada a ratificação, esta procede retroactivamente, e os efeitos do acto consideram-se produzidos desde o início, salvos os direitos adquiridos por terceiro (art. 1726.°) (1).

Vê-se, portanto, que nos actos de representação voluntária o que vale afinal é a vontade do representado. E assim se explica perfeitamente que os actos praticados pelo representante sejam atribuídos ao representado.

E acontecerá ou não jurìdicamente o mesmo na representação legal?

Parece-nos que a resposta não pode deixar de ser afirmativa.

Quer se trate de representação de incapazes, quer de pessoas colectivas, os representantes teem sempre a sua vontade subordinada aos poderes que lhes são conferidos pela lei, pelo acto de constituïção ou de fundação (estatutos), e pela vontade colectiva da sociedade ou associação, expressa nas deliberações das assembleas. Em todos os casos se trata sempre de exprimir, interpretar e executar a vontade real ou presumida do representado.

Tudo isto mostra bem que, ao contrário da representação política, na representação de direito privado o que prevalece é o princípio do *mandato imperativo:* o representante deve pôr em acção, não a sua própria vontade, mas sim a do representado.

---

(1) Ruggiero, pág. 248.

E só assim se explica o princípio de que mandatários ou representantes convencionais podem ser os menores não emancipados (art. 1334.°), o que seria incompatível com a teoria da vontade do representante. E se o não podem ser na representação legal dos incapazes é, não só porque seria inconcebível o princípio de se suprir a incapacidade duma pessoa por meio de outra legalmente também incapaz, mas ainda porque na representação dos incapazes o representante tem na verdade uma larga esfera de liberdade de acção dentro dos limites dos seus poderes legais. E o mesmo acontece na representação legal das pessoas colectivas.

Quando se diz que a representação tem carácter normal quer-se naturalmente significar que a representação legal abrange todos os actos que entram na esfera das atribuïções (competência) do representante; e relativamente à representação convencional ou voluntária, que ela pode abranger todos os actos que não forem de natureza exclusivamente pessoal.

Em matéria de contractos, dispõe o art. 645.°: «Os contractos podem ser feitos pelos outorgantes pessoalmente, ou por interposta pessoa devidamente autorizada».

Para os actos jurídicos dispõe o art. 1332.°: «Pode qualquer mandar fazer por outrem todos os actos jurídicos, que por si pode praticar, e que não forem meramente pessoais».

«Não há dúvida alguma, escreve o Dr. Alves Moreira, de que nas relações de família, já por serem de ordem pessoal, já por nelas dominarem princípios de interesse e ordem pública, se não admite, em regra, a representação convencional. Esta não é, porém, excluída dum modo absoluto, sendo até em alguns casos expressamente facultada pela lei, quando o mandato seja especial, ou, antes,

quando o próprio representado declare a sua vontade, caso em que o mandatário exerce uma mera função de instrumento. É assim que o código civil admite o mandato para a celebração do matrimónio (art. 1068.°), e que na emancipação dos menores, tanto estes como os pais podem ser representados por procuradores com poderes especiais (cód. proc. civ., art. 770.°, § 1.°, e 771.°, § 2.°). Exigindo-se para a representação convencional, em relação aos actos que teem de realizar-se por modo autêntico ou soléne, ou para cuja prova é exigido documento autêntico, procuração pública ou havida por pública (art. 1327.°), e sendo nessa procuração expressamente declarada a vontade do mandante, não há motivo algum para que, em relação a todos os negócios respeitantes às relações de família, e apesar do carácter pessoal deles, se exclua o mandato, que, como já notámos, não tem pròpriamente, em tais casos, o carácter de representação» (1).

Como se vê, o ilustre professor foi muito influenciado pela doutrina dos autores alemães e italianos. E foi provavelmente o seu modo de pensar a êste respeito que influiu no espírito dos legisladores de 1910, que reproduziram no art. 25.° do decreto-lei do casamento civil o art. 1068.° do código civil, apesar de ser um preceito devido ao direito canónico (2). Parece-nos que melhor seria manter íntegro o princípio do art. 1332.°, que não permite a representação em actos meramente pessoais, como acontece com o testamento

(1) Dr. Alves Moreira, pág. 454 e 455.

(2) Pois nós, católicos, criticamos êste preceito, considerando o incompatível com o carácter essencial e exclusivamente pessoal do casamento.— *Os Princípios*, I, pág. 714. Nem o código francês nem o italiano admitem a representação no casamento.

(art. 1740.°), a confissão judicial em depoimento de parte (art. 2411.°, n.° 1.°, e cód. proc. civ., art. 223.°), a declaração de honra decisória ou supletória (art. 2520.°).

A representação por mandato obedece a certas regras que importa ter bem presentes.

O poder de representação é dado no interesse de quem o outorga, na confiança de que o representante se sirva dêle só no interesse do representado. Por isso é essencialmente revogável, salvo em todo o caso o direito de indemnização pelos prejuízos sofridos pelo representante conforme as especiais relações existentes entre êle e o representado (art. 1364.° e 1365.°).

O poder de representação é circunscrito aos limites estabelecidos por quem o conferiu; e assim a representação pode ser geral ou especial. O poder de representação geral não se deve confundir com o poder conferido em termos genéricos; nem o de representação especial com o poder conferido em termos especificados (art. 1323.°-1325.°). Há representação ou procuração geral quando o constituinte dá ao procurador poderes para o substituir em todos os actos referentes ao seu património, quer o faça em termos genéricos e compreensivos (como administrar, alienar), quer o faça em termos especificados, isto é, designando minuciosamente os diversos actos autorizados. A representação ou procuração é especial, quando só confere poderes para certos e determinados actos. E assim deve entender-se que procuração para *alienar* é especial, embora concebida em termos genéricos; e que, portanto, com ela pode o procurador vender todos os bens do constituinte.

Mas que dizer da procuração para doar?

Coviello entende que não é bastante êste poder, para que o representante possa fazer uma doação;

e considera indispensável a especificação da cousa doada e da pessoa do donatário, porque de outro modo a doação poderia pràticamente perder o carácter de liberalidade expontânea, e podia ser feita em favor de pessoa em quem o doador nem pensasse, não devendo por isso admitir-se o mandato genérico de doar *cui voles* (1).

Nós entendemos que não é suficiente o poder genérico de doar, mas simplesmente pela razão de ser nula a doação geral (art. 1460.°). Mas desde que na procuração se especifiquem os bens a doar, parece-nos que a procuração é eficaz, sem necessidade de se individualizar o donatário, visto que o código não estabelece em matéria de doações preceito correspondente ao dos artt. 1740.° e 1741.°, que não permite as disposições testamentárias dependentes do arbítrio de outrem ou a favor de pessoas incertas.

O acto constitutivo do poder de representação deve ser dado a conhecer aos terceiros com quem trata o representante, precisamente para que fiquem sabendo que os efeitos do acto se referem ao constituinte. É por isso que a procuração precisa de ter a forma pelo menos tão solene como a exigida por lei para o acto a praticar pelo procurador (art. 1327.°-1329.°).

68. **Interpretação dos actos jurídicos.** — Pois que os efeitos do acto jurídico são o resultado da acção combinada da vontade das partes e da lei, é evidente a necessidade de interpretar as declarações da vontade, como necessária é também a interpretação das normas legais.

Basta recordar o clássico princípio de que o

(1) Coviello, pág. 405.

contracto *faz lei* entre as partes contratantes, princípio que até foi expressamente formulado em alguns códigos, como o francês e o italiano, para desde logo se sentir a necessidade de proceder à interpretação das declarações da vontade manifestada para efeitos jurídicos.

O nosso código tanto sentiu esta necessidade, que na parte geral dos contractos inseriu um capítulo destinado a dar-lhe satisfação. É o capítulo VI — *Da interpretação dos contractos* — art. 684.° e 685.°.

E parece-nos inquestionável que estas disposições, na parte aplicável, devem também ser observadas na interpretação dos outros actos jurídicos, em virtude das regras de interpretação e integração da lei consignadas no art. 16.°.

De resto, ainda outras disposições se encontram no código, e estas relativas aos actos jurídicos em geral, e em especial aos testamentos, como são os art. 378.°, 1761.° e 1837.°, que se referem manifestamente à interpretação das declarações da vontade jurídica.

Ora de todas estas disposições resulta bem nìtidamente qual é o conceito atribuído pela lei à *interpretação* dos actos jurídicos, que é bem o seu conceito natural e lógico: é a exacta determinação da intenção ou vontade das partes a respeito do objecto ou conteúdo do acto; ou, por outras palavras, é a determinação do significado e alcance atribuídos pelas partes à declaração da sua vontade.

Ora, sendo assim, é preciso não confundir a interpretação da vontade com o seu suprimento ou integração das suas lacunas, que também muitas vezes se chama impròpriamente interpretação ou interpretação em sentido amplo, a qual é realizada, não pelas normas interpretativas, mas pelas normas supletivas ou subsidiárias.

E fàcilmente se compreenderá o alcance da distinção, tendo em vista o princípio de que a fonte principal, directa e imediata dos direitos e obrigações resultantes do acto jurídico é justamente a vontade, emquanto actua dentro dos limites da ordem jurídica. A lei só intervem para ampliar ou restringir o conteúdo da vontade nos seus propósitos ou pretensões, em harmonia com a mais conveniente e adequada realização do fim prático que se tem em vista.

Sendo assim, é claro que, na determinação dos efeitos ou conseqüências dum acto jurídico, o que prevalece é a intenção das partes, emquanto se mantem nos limites traçados pela ordem jurídica. E, portanto, o que em primeiro lugar importa averiguar é qual foi a verdadeira vontade dos sujeitos; e só depois, na falta ou insuficiência da declaração, interveem as normas supletivas ou integrantes para a suprir ou completar, e as normas dispositivas para restringir ou ampliar os efeitos do acto, conforme as exigências do interesse colectivo. Mais simplesmente: em primeiro lugar há que fazer a interpretação pròpriamente dita da declaração da vontade; e só depois terá lugar o seu suprimento ou integração, isto é, a interpretação em sentido amplo, pois que as regras supletivas ou subsidiárias, como as dos artt. 377.°, 378.°, 1742.°, 1797.° e semelhantes, só teem aplicação quando a vontade das partes não tiver revelado outra intenção.

O supremo princípio em matéria de interpretação dos actos jurídicos é, pois, o da investigação da vontade do seu autor, atendendo não só ao sentido literal das palavras por êle empregadas, mas também e principalmente à sua verdadeira e real intenção, desde que esta seja suficientemente revelada.

Mas isto não significa, como justamente observa Coviello, que a vontade pura, ainda que não se manifeste externamente, deva ter eficácia jurídica, pois que assim perderia a sua importância prática a declaração da vontade; significa, porém, que nem sòmente com os meios fornecidos pela gramática ou pelo dicionário se pode reconstruir a vontade real, mas também com os elementos fornecidos pela disciplina da lógica. É sempre indispensável que a vontade seja declarada: simplesmente pouco importa que ela resulte do sentido literal das palavras, ou em geral, dos meios empregados para manifestá-la, ou que, em vez disso, resulte por via de deduções lógicas do conjunto das várias declarações, do fim prático que se tem em vista, e de todas as circunstâncias de facto (1).

Dá-se com a interpretação dos actos jurídicos o mesmo que na interpretação das leis, com a diferença de que emquanto aquela é prevalentemente subjectiva, pois consiste precisamente na indagação da vontade do declarante, esta é principalmente objectiva, pois que por via dela se procura mais a determinação do sentido e alcance da lei, do que a reconstrução do pensamento ou da vontade dos seus autores individuais (2).

Mas quais são as regras da dedução ou indução lógica, que devem presidir à interpretação da vontade?

O código limitou-se a formular para os contractos as regras dos artt. 684.º e 685.º, que devem também aplicar-se aos actos jurídicos em geral, tanto mais que o seu carácter de excessiva generalidade bem se adapta a todos êles.

(1) Coviello, pág. 410.
(2) Infra, cap. XIII.

O art. 684.º, determinando que a intenção ou vontade dos contraentes, sôbre o objecto principal dos contractos, deve ser deduzida dos seus *termos*, *natureza* e *circunstâncias*, ou do *uso*, *costume* ou *lei*, sendo nulo o contracto se ela assim se não puder deduzir, enunciou na verdade uma regra de interpretação, e tão genérica que bem pode sem a menor dúvida aplicar-se a todos os actos jurídicos. Mas tão genérica é, que se torna imprecisa, vaga e indefinida, e por isso mesmo insuficiente.

O art. 685.º, para o caso de haver dúvida sôbre os acessórios do objecto do contracto, que não possa resolver-se pela regra do art. 684.º, estabelece duas regras subsidiárias: uma, para os contractos gratuitos, que manda resolver a dúvida pela menor transmissão de direitos e interesses; e a outra, para os onerosos, que manda resolvê-la pela maior reciprocidade de interesses. São regras mais precisas, mas de um campo de aplicação muito restrito, e traduzem pura e simplesmente a vontade presumida das partes.

Como regras legais de interpretação dos actos jurídicos em geral não podem deixar de ser considerados os artt. 13.º, 14.º e 15.º, que são também regras de aplicação da lei, e que por isso examinaremos no capítulo da interpretação e aplicação das leis (*infra*, cap. XIII).

O código italiano também tem na parte geral dos contractos um parágrafo destinado à interpretação; mas, diferentemente do nosso, consignou verdadeiras regras de interpretação lógica da vontade dos contraentes, e que, no pensar comum dos escritores, são igualmente aplicáveis aos outros actos jurídicos. E, na verdade, tão lógicas são essas regras, que não podem deixar de ser igualmente aplicáveis no nosso direito.

Assim:

a) determina o art. 1136.º do código italiano que as cláusulas dos contractos devem interpretar-se umas pelas outras, atribuindo a cada uma o sentido do conjunto do acto;

b) o art. 1138.º prevê a interpretação restritiva, determinando que embora as expressões dum contracto sejam gerais, não compreendem senão aquilo a respeito do que as partes se propuseram contratar;

c) o art. 1139.º prevê a interpretação extensiva, determinando que, se num contracto foi expresso um caso a fim de explicar uma cláusula, não se presume que se haja querido excluir os casos não expressos, aos quais possa razoavelmente estender-se a mesma cláusula; deve antes entender-se, diz Coviello, que o caso expresso foi indicado apenas *exempli causa*. Em suma, tanto numa como na outra hipótese os actos jurídicos devem entender-se nos limites queridos pelas partes; não se deve exceder o seu pensamento, nem ficar áquem dêle; e esta regra vale igualmente para as renúncias, cláusulas penais e transacções, a respeito das quais se diz muitas vezes, mas inexactamente, que não admitem interpretação extensiva. O que não é admissível é a extensão analógica, pois que nos actos jurídicos é preciso atender à vontade das partes, e a analogia supõe a falta de vontade (1).

E não se contentou o código italiano com aquelas três regras gerais de interpretação; mas formulou ainda outras igualmente lógicas, que por isso também julgamos aplicáveis no nosso direito.

Assim:

1.º) a declaração, que admite dois sentidos,

(1) Coviello, págs. 410 e 411.

deve entender-se no sentido pelo qual pode ter algum efeito, e não por aquele pelo qual não teria efeito algum (art. 1132.º);

2.º) as palavras, que podem ter dois sentidos, devem entender-se no sentido mais conveniente à matéria do contracto (art. 1133.º);

3.º) a cláusula ambígua interpreta-se segundo o que se pratica no país onde foi estipulado o contracto (art. 1134.º);

4.º) nos contractos devem ter-se por incluídas as cláusulas em uso, ainda que não sejam expressas (art. 1135.º);

5.º) na dúvida, o contracto interpreta-se contra aquele que estipulou (é o credor, segundo a técnica da *stipulatio*), e a favor de quem assumiu a obrigação (art. 1137.º) — *benignus est interpretandum, in obscuris quod minimum est sequimur;*

6.º) nos contractos deve indagar-se qual tenha sido a comum intenção das partes, em vez de se atender só ao sentido literal das palavras (art. 1131.º).

Mas é necessário ter sempre em vista que o critério de investigação e determinação da vontade das partes é naturalmente diverso, conforme se trata de actos bilaterais ou unilaterais. Nos primeiros não basta atender à intenção de cada uma das partes, pois o que importa é a vontade contratual ou a *intenção comum* dos contraentes — *in idem placitum consensus*. De modo que se entre a proposta e a aceitação houver contradição ou ambiguidade insolúvel pela interpretação, o contracto é nulo, nos termos do art. 684.º. Pelo contrário, nos actos unilaterais, visto que a vontade do declarante produz os seus efeitos sem necessidade da aceitação da pessoa a favor de quem revertem, basta atender à intenção do autor do acto (art. 1761.º, 1837.º) — *In testamento plenius volun-*

tates testantium interpretantur, diz-se no D. 1. 12. 50. 17.

O código italiano formulou ainda uma regra, que embora relativa aos efeitos e cumprimento dos contractos, é ao mesmo tempo uma norma interpretativa. E' o art. 1124.°, correspondente ao nosso art. 704.°. Determina-se ali que os contractos devem ser cumpridos *de boa fé*, e obrigam não só a quanto é neles expresso, mas também a todas as conseqüências que segundo a *equidade*, o uso ou a lei deles derivam.

Esta regra é tão intuitivamente a pura expressão de princípios ou sentimentos fundamentais da Justiça, que não podemos deixar de completar ou integrar por ela o preceito do nosso artigo 704.°.

Mas isto não significa, diz bem Coviello, que o juiz possa refazer o contracto segundo o seu ideal de justiça e de equidade, contra aquilo que as partes tenham realmente querido: significa porém que nos contractos as duas vontades devem interpretar-se, não isoladamente e unilateralmente, mas em harmonia entre si, de modo que uma se não sobreponha à outra, e resulte assim a vontade comum, aquela que cada uma das partes deveria certamente ter, segundo o fim do contracto (1).

E' sempre o princípio da *voluntas spectanda* lógicamente entendido.

69. **Objecto ou conteúdo dos actos jurídicos.** — Por *objecto* dos actos jurídicos entendem-se, como nos contractos, o conjunto ou sistema de relações jurídicas que derivam da declaração da vontade ou das disposições subsidiárias da lei (2).

(1) Coviello, pág. 412.
(2) *Os Princípios*, I, pág. 487 e seg.

Como já vimos, tratando-se do objecto dos direitos ou das relações jurídicas (*supra* n.° 28), pode distinguir-se entre o *objecto* (objecto imediato) e *conteúdo* (objecto mediato). Mas tratando-se dos actos jurídicos, objecto e conteúdo são uma e a mesma cousa: é precisamente o conteúdo concreto, o alcance jurídico da vontade.

Ora, atendendo ao seu conteúdo ou objecto, os actos jurídicos são nulos ou juridicamente insubsistentes, sempre que o seu objecto não seja possível, quer por ser impossível ou irrealizável pela própria ordem da natureza, quer por ser contrário à ordem jurídica (art. 669.°). O que ainda mais simplesmente se pode exprimir, dizendo: são nulos os actos jurídicos impossíveis, quer a impossibilidade seja natural ou física, quer seja legal ou jurídica, por serem contrários à lei.

A impossibilidade do conteúdo dos actos jurídicos, em virtude da ordem natural das cousas, tem lugar quando não existem realmente as cousas que devem formar êsse conteúdo, como na venda de um animal que já tenha morrido, ou de uma casa que haja sido destruída por um incêndio, ou quando as cousas, embora existindo, estão fóra do comércio por sua própria natureza, como o mar, o ar, a luz, etc.; ou ainda quando o acto ou serviço em que consiste a prestação é absolutamente impossível em si mesmo, sem atenção à possibilidade da pessoa que se obriga (art. 670.°), como, por exemplo, num contracto que tenha por objecto fazer secar o mar.

Nos testamentos, porém, consideram-se fisicamente impossíveis, não só as condições que o são absolutamente, mas também relativamente à pessoa a quem se refere o facto condicionante (art. 1743.°).

A impossibilidade legal ou jurídica tem lugar (art. 671.°):

1.º Se as cousas estão fóra do comércio por disposição da lei, como as cousas do domínio público;

2.º Se as cousas ou actos não podem reduzir-se a um valor exigível, como, por exemplo, entregar um animal qualquer, pois que em tais casos a obrigação não foi sèriamente constituída, podendo ser cumprida com a entrega de uma mosca;

3.º Se a cousa não é ou não pode ser determinada em espécie, como, por exemplo, um peixe, pela mesma razão do número precedente;

4.º Se os actos ou serviços forem contrários à moral pública ou às obrigações impostas por lei, como, por exemplo, no contracto celebrado para agredir ou difamar alguém.

Todas as causas de impossibilidade jurídica se reduzem afinal a duas—a *indeterminação económica* e a *proïbição legal*, ou seja, a incompatibilidade ou contrariedade das disposições da lei. É a doutrina do carácter patrimonial das obrigações, dos requesitos da prestação e do objecto dos contractos (1).

«Entre as causas de nulidade dos actos jurídicos em razão do seu conteúdo, observa o Dr. Alves Moreira, não especifica o código a que resulta de se dispôr de uma cousa a que as partes não teem direito. Em vários contractos há referência a essa condição nas disposições relativas à capacidade, mas um negócio jurídico assim realizado não pode deixar de considerar-se nulo em virtude do seu conteúdo. Assim será nula a venda ou arrendamento dum prédio alheio, que o possuïdor, em virtude de êrro, supunha que lhe pertencia» (2).

(1) *Os Principios*, I, n.os 78, 80 e 81.
(2) Dr. Alves Moreira, pág. 462.

Nós entendemos, porém, que a disposição de cousas que não pertencem ao alienante está, em regra, compreendida no preceito do art. 671.º, n.º 4.º, porque na verdade é, em regra, não só contrária à lei, mas à moral pública.

Mas não podia, ou pelo menos não devia, o legislador consignar expressamente a regra, precisamente porque ela tem excepções tão amplas, que quási a inutilizam. Taïs são as excepções dos artt. 1054.º e 1055.º, § único, 1801.º-1804.º do código civil, e art. 467.º do código comercial. Como excepção àquela regra deve ainda considerar-se a obrigação tendo por objecto um facto de terceiro, que consideramos válida em face dos artt. 671.º, 702.º e 705.º (1).

A expressão «actos contrários às obrigações impostas por lei», empregada pelo art. 671.º, n.º 4.º, significa certamente o mesmo que a expressão «actos praticados contra a disposição da lei», empregada pelo art. 10.º, apenas com a diferença objectiva de que os actos a que se refere o art. 10.º são os actos jurídicos pròpriamente ditos, emquanto que o art. 671.º, n.º 4.º se refere aos actos e aos factos voluntários, materiais ou imateriais.

Mas o que deve entender-se por actos *contra legem?*

Abrangerão também a *fraus legis*, isto é, os actos de fraude à lei? Ou são estes uma categoria à parte, com uma figura própria e autónoma, que não se confunde com aqueles?

Para se ver a importância prática do problema, basta considerar o exemplo muito freqüente a propósito dos arrendamentos, em que o senhorio, para

(1) *Os Principios*, I, pág. 490. Esta obrigação é expressamente reconhecida pelo art. 1129.º (e não 1229.º, como por êrro ali se diz) do código italiano.

iludir a disposição da lei que proïbe o aumento da renda, exige ao inquilino o aceite de letras, por fóra do contracto, ou no próprio contracto a fixação de uma renda superior à efectivamente ajustada, com a faculdade de receber depois certos aumentos (1).

A distinção entre actos contrários à lei e de fraude à lei vem já do direito romano — *Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet; in fraudem vero qui, salvis verbis legis, sententiam ejus circumvenit* (Paulo, D. 1. 3. 29).

Daí o dizer-se na doutrina clássica que actos contrários à lei são os que infringem o texto da lei, e de fraude à lei os que ofendem o seu espírito.

Modernamente desenvolveram-se duas correntes doutrinárias para explicar a categoria dos actos ilícitos de fraude à lei, uma de carácter subjectivista e outra objectivista.

A primeira considera tais todos os praticados com a intenção de iludir preceitos legais, embora objectivamente considerados pareçam inteiramente legítimos.

A segunda, atendendo essencialmente ao resultado prático, que as normas jurídicas se propõem conseguir, considera actos de fraude à lei, e por isso ilícitos, todos os que frustrem êsse fim prático da lei, embora não representem, de per si, meios que ela directamente proïba.

Mas, como justamente observa o Dr. Beleza dos Santos, qualquer destas doutrinas é defeituosa

(1) Indicamos êste exemplo, porque é um caso típico de fraude à lei — Dr. Beleza dos Santos, *A Simulação*, pág. 103. Mas note-se que neste caso do que se trata realmente é de simulação da renda, com o fim de iludir uma proïbição da lei, e não a simulação da outra obrigação como erradamente se dispõe no art. 114.º do decreto-lei do inquilinato.

quando pretende contrapôr os actos contra lei aos actos em fraude à lei, quando se propõe proïbir actos *praeter legem*, actos que, interpretada a lei segundo as regras da hermenêutica jurídica, se não podem considerar por ela proïbidos.

Não basta evidentemente a simples intenção de iludir a lei para tornar um acto ilícito, se êle o não é, de per si, objectivamente considerado.

Igualmente criticável, continua o Dr. Beleza dos Santos, é a doutrina objectiva porque, ou o acto de fraude à lei é por esta proïbido, devendo entender-se que a sua proïbição foi estabelecida pela norma jurídica, e então o acto fraudulento é ilícito, por ser *contra a lei;* ou os actos praticados não são atingidos pela regra legal, devidamente interpretada, e então não são por ela proïbidos, não podendo o intérprete declará-los ilícitos, sem usurpar as funções de legislador.

Daqui se vê, por isso, que a fraude à lei não tem uma autonomia legítima, nem pode utilizar-se para corrigir deficiências da interpretação e obter uma obediência mais ampla e segura dos preceitos legais.

Tudo depende da interpretação, e nada fica como âmbito autónomo para a doutrina da fraude à lei, não podendo por isso contrapôr-se os actos de fraude à lei aos actos contra a lei.

Se é verdade que uns ofendem a letra do texto legal e os outros ofendem o seu espírito, o certo é que uns e outros violam a lei, porque a letra e o espírito são elementos essenciais e inseparáveis da norma legal. Sòmente num caso a violação é mais clara, no outro mais oculta, num mais grosseira e franca, no outro mais artificiosa e disfarçada (1).

(1) Dr. Beleza dos Santos, págs. 103-107.

Como actos contrários à lei, e por isso nulos, considera o art. 671.º, n.º 4.º, todos os que ofenderem a *moral pública*, ou os bons costumes, como dizem outros códigos.

Mas, não havendo um código, ou ao menos um compêndio, das normas ou regras da moral pública, e dada a incerteza que reina no campo da doutrina a respeito dos conceitos da regra moral — moral independente, moral positiva, moral social (1), compreende-se bem como é difícil, para não dizer impossível, fixar um critério prático de determinação dos actos imorais contrários à lei.

É êste um dos pontos da esfera jurídica em que mais intensa e largamente se revela a necessidade de confiar ao prudente arbítrio do juíz a solução dos casos concretos.

Imorais não devem considerar-se os actos, diz Coviello, só porque ofendem a moral religiosa ou filosófica, mas os contrários, como diz a lei, ao bom costume. O critério para julgar da imoralidade dum acto deve ser baseado mais sôbre o próprio facto, do que sôbre uma teoria: é um critério contingente e relativo, e não um critério absoluto. Nem tudo o que é divergente dos preceitos rigorosos da moral cristã deve considerar-se imoral, mas sòmente aquilo que é contrário à prática que, na opinião comum, é considerada de moral obrigatória. Dois são os elementos que concorrem para formar o conceito do bom costume: o elemento objectivo, isto é, o uso, prática ou costume; e o elemento subjectivo, isto é, a convicção geral de que a prática não deve ser contrária ao sentimento ético comum (2).

(1) *Os Princípios*, I, n.os 3 e 8.
(2) Coviello, pág. 422.

Mas, para se ver como o critério do sentimento ético comum, sendo na verdade o que parace mais idóneo para resolver o problema, é em todo o caso ainda insuficiente, basta ponderar as aplicações que dêle faz o eminente civilista italiano.

Note-se porém, diz Coviello, que não é imoral toda a restrição da liberdade pessoal, mas sòmente a sua completa exclusão num dado ramo da actividade. Assim será imoral a obrigação de jámais casar, mas não a de não casar com uma certa pessoa, ou até uma certa idade; será imoral a obrigação de residir sempre num dado lugar, mas não a de aí residir durante um certo tempo, etc. (1).

Ora, precisamente nós entendemos, pelo contrário, que a liberdade de casar ou não casar é absoluta e incondicionável; e que, por isso, a condição *si nupserit* ou *si non nupserit*, declarada ilícita pela nossa lei (art. 1808.º), deve ser entendida, não apenas no sentido absoluto, isto é, de casar ou não casar com qualquer pessoa, mas também no sentido relativo, isto é, de casar ou não casar com certa pessoa (2).

Os diferentes actos jurídicos, tais como se encontram regulados na lei, teem elementos próprios e específicos, que os caracterizam e distinguem uns dos outros, e que as partes não podem suprimir ou substituir, sob pena de deixarem de juridicamente efectuar a espécie do acto que se propõem realizar.

Assim, o elemento específico do contracto de compra e venda é a transferência da propriedade duma cousa por um certo preço. Faltando qualquer dêstes elementos, o contracto não será de

(1) Coviello, pág. 423.
(2) *Sucessões*, I, n.º 64.

compra e venda, embora as partes lhe deem êsse nome. Transferindo-se a propriedade duma cousa, mediante a entrega de outra que não seja moeda, o contracto é a troca; se fôr transferido o uso e a fruïção temporária de uma cousa por um certo preço ou renda, o contracto será a locação.

Êsses elementos do conteúdo ou objecto do acto jurídico, que constituem a sua característica essencial, conforme a organização típica legal, pertencem aos chamados *elementos essenciais* ou *essentialia negotii.*

Podem as partes, diz o Dr. Alves Moreira, por êrro ou ignorância do direito objectivo, dar a um contracto uma designação diversa da que por direito devia ter. Em tal caso, o que vale é o negócio jurídico que as partes tiveram a intenção de realizar, se o conteúdo dêle não dever considerar-se ilícito, e a forma fôr a que por lei é exigida para êste negócio jurídico (1).

Ao lado dos elementos essenciais ao conteúdo de cada tipo de acto jurídico, há outros que são estabelecidos pela lei, mas apenas subsidiàriamente isto é, para o caso de as partes os não terem excluído ou modificado pelas suas disposições ou cláusulas. É assim que nos contractos onerosos a garantia da evicção é determinada pela lei, independentemente de estipulação das partes (art. 1046.°), mas as partes podem renunciar a ela (art. 1051.°, n.° 1.°). O mandato é por sua natureza gratuito, mas as partes podem estipular a remuneração, e mesmo sem estipulação o mandatário tem direito a ela tratando-se de actos de ofício ou profissão lucrativa (art. 1331.°). E o mesmo acontece com o depósito (art. 1432.°).

(1) Dr. Alves Moreira, pág. 463 e 464.

E' por isso que êstes efeitos particulares da natureza de cada acto ou contracto se chamam *elementos naturais* ou *naturalia elementa.*

Além dos elementos *essenciais* e *naturais*, pode a autonomia da vontade das partes estabelecer em cada acto ou contracto, dentro dos limites da ordem jurídica, os elementos ou efeitos especiais, que julgarem mais convenientes para a realização do seu fim. É princípio consignado no art. 672.°, segundo o qual os contraentes podem ajuntar aos seus contractos as *condições* ou *cláusulas*, que *bem lhes parecerem*, e que ficam fazendo parte integrante dos mesmos contractos, governando-se pelas mesmas regras, excepto nos casos em que a lei ordenar o contrário. E' que, na verdade, há actos jurídicos por sua própria natureza incompatíveis com quaisquer ampliações ou restrições dos seus elementos e efeitos essenciais e naturais: tais são, por exemplo, a perfilhação e o casamento. E há outros em que a lei julga oportuno proïbir tais ampliações ou restrições, embora por sua natureza delas fossem susceptíveis: tais são o aforamento, onde o senhorio não pode estipular, para o caso de falta de pagamento, outro direito além do pagamento dos fóros em dívida e respectivos juros (art. 1671.°); a instituïção de herdeiro, que não pode fazer-se dependente de termos (art. 1747.°), etc.

Aqueles elementos, que as partes podem acrescentar ao conteúdo essencial e natural do acto jurídico, são chamados *acidentais* ou *accidentalia negotii;* e também se chamam *condições, cláusulas*, e *determinações acidentais* ou *acessórias*, pelo facto de terem em confronto com o objecto principal um conteúdo de importância secundária, visto que o tipo abstracto do acto jurídico podia

existir, e existe muitas vezes, sem esses elementos acessórios.

Com o fim de determinar e explicar o conceito dos elementos acidentais, escreve o Dr. Alves Moreira: «O negócio jurídico produz, dentro dos limites estabelecidos pela ordem jurídica, efeitos pela declaração da vontade, e é a essa declaração que deve atender-se para determinar o conteúdo do negócio jurídido, integrando nela todas as disposições da lei que tenham por fim suprir a falta de declaração expressa, isto é, em que se determinem as conseqüências naturais que derivam dum determinado negócio jurídico. Não consideramos, portanto, aceitável a doutrina que apresenta os elementos acidentais ou cláusulas acessórias dos negócios jurídicos como uma *autolimitação* da vontade das partes, o que poderia levar a presupôr que as partes quiseram primeiramente o negócio jurídico tal como se acha disciplinado por lei e que num momento sucessivo introduziram nesse negócio modificações, havendo assim duas declarações de vontade que se relacionavam directamente uma com a outra, quando o que realmente se dá é uma só declaração da vontade, pela qual as partes determinam o conteúdo do negócio jurídico, de modo que os seus elementos ficam constituindo *um todo indivisível*. Num negócio condicional a vontade das partes é una como num negócio simples» (1).

Sublinhamos a expressão «*um todo indivisível*», para salientar bem que a doutrina do ilustre professor é exacta, menos nesta conclusão, que nos parece dever ser modificada, dizendo-se que o conjunto dos elementos do acto ou contracto

(1) Dr. Alves Moreira, pág. 465 e 466.

fica constituindo um *todo único*, mas não indivisível.

E tanto não é indivisível, que em regra a nulidade dos elementos acidentais não importa a nulidade do acto (art. 673.°, 1743.°, § ún., 1747.°, 1869.°, etc.).

70. **A causa nos actos jurídicos.** — Já a propósito das obrigações voluntárias tivemos ensejo de expôr a teoria da *causa*, como elemento substancial de todo o acto jurídico (1). Vamos agora continuá-la, para não dizermos completá-la, porque a análise completa da doutrina da causa na sua aplicação aos diferentes tipos de actos jurídicos bem pode dizer-se inesgotável.

Na série das hipóteses ou representações psíquicas que concorrem na formação e declaração da vontade, e que afinal determinam o acto volitivo, é sempre possível distinguir a última que funciona como motivo determinante da acção, entre todas as que a precedem ou acompanham.

Quem vende, dá em locação ou dôa, diz Ruggiero, faz isto, para receber em compensação da cousa vendida o respectivo preço, ou do uso da cousa locada a correspondente retribuïção, ou para praticar um acto de liberalidade, privando-se da própria cousa sem um correspectivo equivalente. Mas para a venda, para a locação ou para a doação, o sujeito pode ser determinado pelo intuito de pagar com o preço uma dívida, pelo facto de não poder fazer uso da cousa, pela idea de remunerar um serviço recebido, ou por quaisquer outros motivos mais ou menos ponderosos. E viceversa, quem compra, ou toma de locação, mira directa-

(1) *Os Principios*, I, pág. 493 e seg.

mente a conseguir a cousa ou o seu uso temporário mediante o preço da venda, da renda ou aluguer; mas para comprar ou tomar a locação, pode ser levado pelo propósito de se servir pessoalmente da cousa, fazer dela comércio lucrativo, ou destiná-la a qualquer outro fim. Ora em toda a série dos motivos, que estão inscindivelmente ligados entre si, o direito apenas toma em consideração o último, o mais próximo da acção, isto é, aquele que a determinou e que está, objectivamente e jurìdicamente, a justificar a promessa ou a entrega; abstrai de todos os outros mais remotos, que embora também tenham impulsionado a vontade dando-lhe ocasião a determinar-se, não são porém suficientes para, em si e por si, a determinar, e justificar assim a promessa ou a entrega; e não os toma em consideração porque eles são *em regra* irrelevantes ou indiferentes para o direito, a não ser que tenham sido incorporados na própria declaração da vontade sob a forma de condição, de modo ou presuposição, de forma a fazer parte integrante dela. Pois bem, aquele motivo é a *causa*, quer dizer, a razão determinante da vontade e, para os negócios de conteúdo económico, o fundamento que justifica a atribuïção patrimonial; estes são os *motivos*, isto é, as causas impulsivas, individuais e subjectivas; aquele é a condição essencial da existência do negócio jurídico, sem a qual a vontade não seria de per si capaz de produzir o efeito que procura; estas são a razão ocasional e acidental do negócio, á qual, embora não falte em regra como estímulo primordial da vontade, não tem comtudo para o direito importância alguma (1).

(1) Ruggiero, pág. 250 e 251.

Esta doutrina, que é a ensinada por quási todos os autores da moderna escola italiana (1), é exacta em geral, mas não o é para as doações.

Como se vê por aquela doutrina, os modernos causalistas dizem que nas doações a *causa* é a intenção de liberalidade e generosidade, o *animus donandi*, o pensamento de beneficência, que anima todo o doador.

Ora, a verdade é que muitas vezes êste conceito da *causa* é tudo o que há de mais contrário à realidade dos factos: é o que acontece sempre que a doação é inspirada por um fim ou por um motivo imoral ou contrário à lei. Em tais casos, é bem verdade, como dizem Colin et Capitant, que há naquela doutrina uma maneira de ver completamente inexacta: é uma tautologia, pois equivale a dizer que o doador dá porque quer dar, e não explica cousa alguma. A verdade é que, para conhecer a causa duma doação, é preciso averiguar o motivo *porque* o doador a fez. Ora a resposta há de necessàriamente encontrar-se no espírito do doador; convém pois descobrir qual foi o móbil determinante que o levou a fazer a liberalidade! A causa confunde-se aqui necessàriamente com o motivo. A sorte da doação dependerá de se saber se o móbil da liberalidade tem alguma cousa de contrário às leis ou aos bons costumes. Tal é a solução que se apresenta perfeitamente conforme ao interesse social. A doação é um acto muito grave para os interesses das famílias, e constitui um instrumento de persuasão e corrupção dos necessitados, demasiado poderoso e perigoso, para que a lei possa admitir a sua eficácia, quando a

(1) Coviello, pág. 413 e seg Cfr. *Os Princípios*, I, pág. 493, e seg.

vontade que o produziu não está pura de todo o intuito imoral ou ilícito (1).

De resto é bem de ver que na verdadeira doutrina da *causa* não pode dizer-se que ela seja nas doações o *animus donandi*, o espírito de liberalidade, pois é bem sabido que num grande número de casos, se não na maior parte, a razão determinante é a satisfação dum interesse qualquer, passado, presente ou futuro.

E assim se vê bem como não é exacto dizer-se que os motivos individuais e subjectivos, mais ou menos ocasionais ou acidentais, não entram no conceito da causa como motivo objectivo e permanente, e que são irrelevantes ou indiferentes para o direito, quando, pelo contrário, é certo e evidente que o direito não pode desinteressar-se deles, sempre que, sendo eles a razão determinante do acto, forem ofensivos da ordem jurídica.

O defeito da doutrina neo-causalista, com o seu conceito exclusivamente objectivo e material, está também em restringir o requesito da causa aos actos patrimoniais, quando é certo que um motivo determinante, como fim jurídico-social, existe em todos os actos jurídicos, mesmo nos de carácter meramente pessoal, como é o casamento (2).

Foi êste equívoco que levou Coviello a definir a *causa* como sendo «a razão económico-jurídica do negócio», e Ruggiero como sendo «a função objectiva, económica e social a que se destina o negócio» (3).

Ora o que é preciso é conservar o conceito clássico dominante do motivo último e determi-

(1) Colin et Capitant, II, pág. 303.
(2) *Os Princípios*, I, pág. 717.
(3) Coviello, pág. 414; Ruggiero, pág. 251.

nante da vontade, que não é outra cousa senão o fim jurídico que os sujeitos se propõem conseguir, e que, portanto, nos actos bilaterais é necessàriamente um fim comum, e só neste sentido se pode dizer objectivo e independente dos fins individuais ou subjectivos de cada um dos sujeitos.

O que deve, pois, dizer-se é que normalmente a *causa* nas doações deve ser o espírito de liberalidade, o *animus donandi;* mas, quando tal não seja, é necessário investigar a verdadeira razão determinante, visto que esta é que constitui a verdadeira causa, para por ela se apreciar o valor jurídico do acto.

E esclarecido assim o conceito da causa como instituto jurídico normal, poder-se há então dizer que os motivos individuais não devem normalmente confundir-se com a causa, resultando assim a sua noção em regra segura e simples, desde que se procure a sua essência no fim prático a que todo o acto é destinado.

Todo o acto é com efeito, em si e por si, isto é, objectivamente considerado, destinado a um fim social e jurídico, que se destaca dos fins particulares e individuais do agente, e constitui a sua razão de ser. Êste fim objectivo, diz Ruggiero, é nos negócios destinados a adquisições, não a atribuïção patrimonial em si mesma (pois que ninguém pode querer um tal efeito, em si e por si, sem uma causa), e nem tão pouco a razão ocasional e individual (pois que dos motivos subjectivos não se faz caso), mas a função a que objectivamente é destinado o negócio. Não basta uma só declaração, para que a adquisição seja mais garantida pelo direito; mas é indispensável que com ela concorra uma condição objectiva ou de facto, reconhecida pela lei como causa justificativa da adquisição, de modo que onde aquela falte esta

não pode ter lugar. Não basta, por exemplo, a vontade de transferir a propriedade duma cousa e a entrega desta, para que a alienação do domínio seja reconhecida pelo direito; mas é necessária uma relação que justifique a adquisição, e essa relação poderá ser uma compra e venda, uma doação, um pagamento, etc., conforme a propriedade haja sido transmitida para obter o preço, para praticar um acto de liberalidade, para pagar uma dívida, etc.

É precisamente por isso que nos actos que não revelam de per si a causa, como a *traditio,* a constituïção de um direito real sôbre cousa alheia, a renúncia, importa sempre averiguar a sua razão de ser, que será conforme os casos uma *causa donandi,* ou *solvendi,* ou *credendi.* E por isso, segundo uma doutrina muito difundida, as causas, dum modo geral, reduzem-se todas a três espécies, conforme se tem em vista constituir uma obrigação, fazer um pagamento ou uma doação, isto é, contraprestação ou troca, pagamento, doação.

A *causa* é pois o fim social e jurídico dos actos, constituindo ao mesmo tempo a razão determinante da vontade e o fundamento da protecção da lei. Daí resulta que cada tipo de acto jurídico tem a sua causa própria, que lhe dá a feição e imprime o carácter, e justifica o seu reconhecimento e garantia.

E todos os actos teem pois uma *causa,* que tem de ser verdadeira e lícita, sem embargo da existência de actos *formais* ou *abstractos,* em contraposição aos actos *causais* ou *substanciais.* Simplesmente nem em todos a *causa* funciona do mesmo modo, sendo diversa a relação entre a causa e a vontade (*supra,* n.° 60).

Há actos em que essa relação é fixa e inseparável, sendo os dois elementos conjuntos, de tal

modo que a vontade revela em si mesma a causa: esta é conexa com o próprio acto, que a contém em si mesmo, visto que a causa corresponde à sua própria índole. Por outras palavras: a vontade só pode formar-se com a existência daquela determinada causa (normalmente, bem entendido) e por isso a revela *ipso facto,* de modo que nenhum efeito pode produzir onde esta causa falte ou seja ilícita. Estes são os actos *causais* ou *materiais,* como a compra e venda ou a doação, em que a promessa do preço em troca da cousa ou a entrega de uma cousa sem correspectivo equivalente revelam de per si a causa, consistente na troca das duas contra-prestações ou na intenção de fazer uma liberalidade.

Há outros actos em que, pelo contrário, aquela relação se não revela, de modo que se apresentam como independentes da causa. Não é porque a causa falte; mas, porque o acto nem a exprime nem a contém em si mesmo, a vontade é por si só suficiente para produzir o efeito a que se destina, devendo a causa ser procurada fora do acto, noutra relação entre as partes.

Tais são os actos *abstractos,* assim denominava porque neles se faz abstracção da causa, e que se chamam também *formais,* porque neles a vontade tem de manifestar-se em determinada forma, a fim de ser idónea para produzir o efeito jurídico. É o que explica o dizer-se por vezes que em tais actos a causa é substituída pela forma, que a forma se identifica com a causa, como dos causais ou substanciais se diz que a causa se integra no objecto (por exemplo a compra e venda) ou no consenso (doação). Mas é claro que nenhuma destas concepções é verdadeira.

A diferença entre as duas espécies de actos é esta: emquanto os *causais* não podem produzir

efeito algum desde que se prove a falta ou a ilicitude da causa, isto é, são nulos por falta ou vício de um elemento essencial, os *abstractos* ou *formais* produzem os seus efeitos, embora falte ou seja ilícita a causa; mas quando isto acontece, a parte lesada tem meios especiais de defesa e reparação, que consistem na acção de repetição do pagamento indevido, ou a acção *de in rem verso*, para desfazer o injustificado enriquecimento à custa alheia ou restabelecer o desequilíbrio patrimonial injustamente perturbado (1).

De modo que em substância, conclui Coviello, o elemento da causa nuns produz uma eficácia directa, nos outros uma eficácia indirecta, mas nunca é de todo obliterado, e toda a singularidade dos actos abstractos se reduz afinal a um «*solve et repete*» (2).

A teoria da causa foi formulada nos art. 1131.°-1133.° do código de Napoleão, que foram reproduzidos nos art. 1119.°, 1120.° e 1122.° do código italiano, onde se acrescentou o art. 1121.°, para resolver a clássica controvérsia sôbre o encargo da prova (3).

O nosso código, que sobretudo em matéria de contractos e obrigações, teve entre as suas mais importantes fontes o código de Napoleão, absteve-se de inserir aqueles artigos sôbre a causa.

(1) Ruggiero, pág. 252-254.

(2) Coviello, pag. 419.

(3) Código italiano: Art. 1119.°. «A obrigação sem causa, ou fundada sôbre uma causa falsa ou ilícita, não pode ter efeito algum». Art. 1120.°. «O contracto é válido, ainda que não seja expressa a causa». Art. 1121.°. «A causa presume-se emquanto se não provar o contrário». Art. 1122.°. «A causa é ilícita, quando é contrária à lei, ao bom costume ou à ordem pública».

E por isso já se tem entendido que o nosso código não considera a causa como um dos elementos essenciais dos contractos, que o art. 643.° reduz a três: *capacidade, consenso* e *objecto*, devendo integrar-se a causa no objecto, em harmonia com os art. 669.°-671.° (1).

Mas, como já tivemos ocasião de observar, esta doutrina não nos parece aceitável, porque, embora o nosso código não contenha disposições semelhantes às dos códigos francês e italiano, o certo é que a mesma doutrina se encontra nele consignada, como resulta necessàriamente, não só dos princípios fundamentais do direito das obrigações, mas especialmente do disposto nos art. 656.°-660.°, 692.°, 1745.° e 1746.°, não podendo deixar de se entender que, se o autor do código não formulou artigos semelhantes aos daqueles códigos, foi precisamente porque as mesmas regras já se encontravam formuladas nas referidas disposições do nosso código, e de tal modo que nos parece indubitável que os preceitos dos art. 1119.° a 1122.° do código italiano se verificam igualmente no sistema do nosso direito (2).

Que todo o acto jurídico deve ter uma causa, parece-nos evidente de si mesmo, porque o direito não pode proteger a vontade abstracta, e para que se produzam os seus efeitos jurídicos é necessário que a vontade tenha um conteúdo concreto digno de protecção legal.

Os requesitos essenciais da vontade jurídica são, como é sabido, a *clareza* (declaração), a *liberdade* e a *consciência*. Numa palavra, é indispensável que seja uma vontade *séria;* e positivamente

(1) Dr. Alves Moreira, pág. 421 a 460.

(2) *Os Princípios*, I, pág. 494 e seg.

não seria séria uma vontade que não tivesse um fim causal.

O acto jurídico sem *causa* é, pois, um acto juridicamente inexistente, intrìnsecamente nulo por falta do seu mais essencial requesito — a *vontade séria*.

E à falta de causa não podem deixar de ser equiparados os casos de *falsidade* e *ilicitude* da causa, o que de resto é expresso, quanto à ilicitude, no art. 792.°, para os contractos, e no art. 1746.°, para os testamentos; e, quanto à falsidade, resulta lògicamente, em princípio, do art. 1745.° e dos art. 656.° a 660.°, que declaram nulo o contracto em que alguma das partes labora em êrro essencial sôbre a causa do mesmo contracto.

De resto, a verdade é que se a causa é falsa, o mesmo é que não haver causa jurídica.

A falta, a falsidade, ou a ilicitude da causa constituem, portanto, motivo de nulidade do acto.

Mas não devemos por isso concluir, como Ruggiero e outros autores, que se trata de uma nulidade absoluta ou radical, que não possa ser sanada por qualquer espécie de confirmação ou ratificação posterior do acto e que o juiz deva sempre decretar, mesmo *ex oficio* (1).

E' que, em primeiro lugar, deve notar-se que as nulidades dos actos jurídicos, mesmo por falta de requesito essencial, como a capacidade, nem sempre teem êsse carácter radical e absoluto (art. 688.°, 695.°, 696.°, 700.°...).

E, por outro lado, a necessidade de certeza e estabilidade nas relações jurídicas não pode estar inteiramente à mercê dos caprichos, imprudências, fraquezas e volubilidades da vontade. Por isso a

(1) Ruggiero, II, pág. 300 e 301.

ordem jurídica exige para a eficácia dos actos mais importantes do comércio jurídico certas formas mais ou menos solenes, e por vezes revestidas do carácter formal da autenticidade, cercando os actos celebrados em forma autêntica de mais sólidas garantias, restringindo consideràvelmente os meios de prova para a impugnação da sua validade.

E' assim que os documentos autênticos fazem prova plena da existência do acto a que se referem (art. 2425.° e 2426.°), e os próprios documentos particulares legalizados nos termos do art. 2433.° fazem a mesma prova de documentos autênticos; e contra uns e outros não é admissível a prova testemunhal, a não ser que sejam argüidos de falsidade, êrro, dôlo ou coacção (art. 2507.° e 2508.°).

Acrescente-se a isto que a causa é elemento essencial, é certo, mas que por sua própria natureza deve sempre presumir-se, e compreender-se há desde logo como será muitas vezes difícil, ou mesmo impossível, obter a declaração judicial da nulidade do acto, por falta, falsidade ou ilicitude da causa.

Mas, em princípio, não deve haver dúvida de que o acto jurídico que enferma dêste vício fundamental na sua estrutura, não só deve poder ser anulado pela acção competente, mas também impugnado por meio de excepção (art. 692.° e 693.°).

E se o contracto já tiver sido cumprido no todo ou em parte, pode aquele que tiver feito qualquer prestação cumular, com o pedido de nulidade, a respectiva restituïção ou indemnização (cód. civ., art. 797.°, cód. pr. civ., art. 6.°). A acção moderna, diz Ruggiero, tem carácter geral, mas reproduz caso por caso, ao menos em parte, as *condictiones* do direito romano, que aos três casos de vício da causa provia com a *condictio sine causa*, a *condictio*

ob falsam causam, e a *condictio ob turpem vel injustam causam* (1).

71. **O problema da contradição ou discordancia entre a vontade e a sua declaração. Teorias.** — Até aqui temos examinado o processo de formação e a estrutura do acto jurídico no presuposto de a vontade interna coincidir exactamente com a sua declaração ou manifestação externa. E' assim que a eficácia da vontade pode expandir-se plenamente dentro dos limites da ordem jurídica.

Mas acontece muitas vezes que à declaração não corresponde a vontade interna, ou porque esta falta absolutamente, ou porque o seu verdadeiro conteúde, ou seja, a vontade real, como se diz geralmente, é diverso do que se contém na declaração.

Este desacôrdo entre a vontade e a declaração pode ter caracteres muito diversos, dar-se em circunstâncias várias, ter causas ou fins muito diferentes. Pode ser um desacôrdo absoluto e completo, isto é, não traduzir a declaração qualquer vontade concreta, como acontece nas declarações *ludendi causa* ou *exempli causa*, e em geral em todas as declarações que não são sérias ou não são feitas para valer, como as que se fazem por simples gracejo ou galanteria, ou para fins didáticos ou exemplificativos, ou com fins humanitários e inocentes, como para desviar da idea do suicídio um devedor crivado de dívidas, as feitas em representação teatral, etc., etc. Pode ainda faltar completamente qualquer vontade nos casos de coacção física ou moral irresistivel, de se fazer uma declaração aparente, mas com o propósito íntimo ou

(1) Ruggiero, II, pág. 301.

intenção de nada querer (*reserva metal*), ou com a combinação reservada de nada valer a declaração (*simulação absoluta*) (1).

Pode o desacôrdo ser apenas parcial ou relativo, isto é, abranger a declaração mais ou menos que o conteúdo real da vontade, ou referir-se sòmente a alguns dos elementos, quer essenciais quer acidentais do acto jurídico, ou resultar sòmente da viciação da vontade por influência do êrro, dolo ou coacção.

Pode, emfim, o desacôrdo ser involuntário da parte do declarante, como no caso de êrro ou coacção, ou ser voluntário, e até para ambas ou todas as partes, como quando se declara fingidamente um acto, mas com a combinação oculta de ser um outro (*simulação relativa*).

Ora, se para alguns destes casos a solução é simples, para a maior parte surge a dificuldade de saber qual deve prevalecer, se deve ser a vontade interna, ou o conteúdo da declaração.

E' o problema da discordância entre a vontade e a sua declaração, ou, como outros dizem, da divergência entre a vontade real e a vontade declarada. Mas deve notar-se que esta segunda expressão não é de bôa técnica porque a vontade é uma só.

Geralmente os escritores, na análise dêste problema, começam pelo exame das diversas teorias ou critérios de solução, afim de escolher a prefe-

(1) Alguns autores, como Coviello, indicam ainda, entre os casos de falta absoluta de vontade, a incapacidade natural do declarante e a falsificação de assignatura ou de documento — Coviello, pág. 367. Mas estes casos não devem ser aqui considerados: o primeiro, porque revela em todo o caso uma vontade qnalquer, mas ineficaz por causa da incapacidade; e o segundo, porque nele não há vontade, mas também não há declaração, sendo o documento, e portanto o acto nele suposto, manifestamente nulo.

rida, para depois fazer a sua aplicação aos casos concretos (1).

Nós preferimos seguir o caminho inverso: examinar primeiro os principais casos típicos de discordância, procurando dar-lhes a justa solução, para concluirmos depois por vêr se há alguma teoria ou critério geral orientador das soluções práticas.

Aqui limitamo-nos a indicar as principais teorias até hoje apresentadas.

a) *Teoria da vontade* ou *da vontado real.* Foi a primeira que se propôs resolver o problema; é da autoria do grande romanista Savigny. O Dr. Beleza dos Santos resume-a muito bem em três postulados:

1.º A vontade que se não declara é por sua própria natureza jurìdicamente irrelevante;

2.º A declaração sem vontade é ineficaz, ainda mesmo que a contradição entre a vontade e a sua declaração seja devida a culpa do declarante, excepto no caso de reserva mental não conhecida da pessoa a quem a declaração se dirija;

3.º Se uma declaração aparente oculta outra declaração de vontade real, é esta última que deve prevalecer.

Esta teoria, apesar do seu carácter de dedução lógica, leva a conseqüências injustas e perigosas.

Por esta doutrina, diz bem o Dr. Beleza dos Santos, quem confiasse na verdade, na seriedade, na eficácia de um acto jurídico, poderia ver a sua confiança iludida, a sua boa fé ludibriada pela existência imprevista de um desacordo entre a

(1) Coviello, pág. 367 e seg.; Ruggiero, pág. 230 e seg.; Dr. Alves Moreira, pág. 401 e seg.; Dr. Beleza dos Santos, *A Simulação,* pág. 6 e seg.

vontade e a declaração, que afectasse a formação jurídica dêsse acto e o ferisse de nulidade (1).

b) *Teoria da culpa in contrahendo.* Como reacção contra a injustiça e conseqüente imperfeição da teoria da vontade, construiu Ihering a sua teoria da *culpa in contrahendo.* Segundo Ihering, a pessoa que faz uma proposta de contracto tem obrigação de fazer uma proposta eficiente, isto é, deve assegurar-se primeiro que, nem em si próprio, nem no objecto do contracto, há qualquer defeito que se oponha à sua eficácia. Por isso, assim como pode haver culpa *in contractu,* também a pode haver *in contrahendo;* e também desta resulta a responsabilidade contratual por perdas e danos, não o *id quod interest* positivo da execução do contracto, mas sim o *interesse negativo* (*negatives Vertragsinteresse* ou *Vertrauenschaden*) representativo do que o contraente prejudicado não teria perdido ou deixado de lucrar, se o contracto nulo se não tivesse celebrado (2).

Mas, como se vê, a teoria não resolve o problema, sendo apenas um pequeno remédio, aliás muito falível, contra o prejuízo e a injustiça em muitos casos resultantes da anulação de contractos, decretada pela teoria da vontade.

c) *Teoria da declaração.* Dada a injustiça, ou pelo menos, a inconveniência da teoria da vontade real, procuraram muitos jurisconsultos fazer valer a declaração sôbre a própria vontade.

Um dos mais notáveis defensores desta teoria, Saleilles, diz: «quem emite uma declaração jurídica aceita ficar vinculado para com aquele a quem se dirige, pelo sentido normal das expressões que

(1) Dr. Beleza dos Santos, pág. 9 e 10.

(2) *Os Princípios,* 1, pág. 344 e 547; Dr. Beleza dos Santos, pág. 12 e 13.

emprega, sem o que não poderia haver segurança alguma nas relações privadas». E uma tal responsabilidade não é meramente culposa, mas sim objectiva, isto é, derivada do risco a que se sujeita quem faz uma declaração de vontade (1).

A boa fé e a confiança nas transacções, a normalidade e estabilidade das relações sociais, exigem o predomínio das declarações da vontade jurídica sôbre o fôro interno da consciência individual. E êste predomínio da declaração sôbre o modo de ser interno da vontade parece tanto mais justo quanto é certo que o direito não deve penetrar nos domínios da psicologia pura nem pode atribuir efeitos à vontade puramente abstracta ou interna (2).

E não é lícito dizer contra a teoria da declaração que ela não é outra cousa senão o preceito materialista das XII Táboas — *Uti lingua nuncupassit, ita jus esto*.

Na verdade, não é isso o que pretende a doutrina da declaração. Pelo contrário, a teoria admite e quer que a declaração da vontade seja interpretada por todos os meios que a possam esclarecer e completar.

E também se não pode dizer que a teoria da declaração, entendida nestes termos, vem afinal a confundir-se com a da vontade real, pois é a reconstituïção do pensamento ou intenção do declarante pela regra de interpretação do nosso art. 684.º. Com efeito não é assim, porque interpretar a

(1) Saleilles, *E'tude sur la théorie générale de l'obligation*, pág. 5 e seg.

(2) Saleilles, pág. 216 e 217; Messina, *La simulazione assoluta*, na *Rivista di diritto commerciale*, 1907, I, pág. 398; Hauriou et Bezin, *La déclaration de volonté dans le droit administratif français*, na *Revue trimestrielle de droit civil*, 1903, pág. 546.

declaração não é indagar a vontade do declarante tal como êle internamente a quis, mas sim determinar o valor objectivo da declaração, fixar o seu sentido e alcance, tal como êle deve ser entendido em harmonia com as ideas e os usos correntes, com os princípios da boa fé e da equidade (1).

Assim como os partidários da teoria da vontade real se viram forçados a reconhecer que ela é inadmissível em casos como aquele em que a divergência da declaração recai apenas sôbre uma parte não essencial do acto, ou é devida a êrro indesculpável, assim também os da teoria da declaração sentiram a necessidade de fazer grandes restrições na sua aplicação, para evitar as graves injustiças que resultariam de pôr completamente de parte a efectiva e verdadeira vontade dos declarantes.

E assim, uma grande parte deles estabeleceu a doutrina da distinção entre os actos em que domina o carácter objectivo e aqueles em que, por ser dominante o carácter subjectivo, é lícita a indagação da vontade real do declarante (relações de família, actos gratuitos entre vivos e testamento), aplicando-se sòmente aos primeiros a teoria pura da declaração (2).

d) *Teoria da confiança.* Das necessárias restrições da teoria da declaração derivou a chamada teoria da *confiança (affidamento)*, que não é outra cousa senão aquela teoria atenuada.

A teoria da confiança, diz o Dr. Beleza dos Santos, parte do princípio de que deve atender-se, não à vontade real, mas à declaração, porque o direito se deve basear mais sôbre a certeza do que

(1) Saleilles, pág. 220; Dr. Beleza dos Santos, pág. 19.

(2) Saleilles, pág. 5 e 6; Dr. Beleza dos Santos, pág. 22.

sôbre a verdade. Mas para que se dê eficácia à declaração, ainda que ela não corresponda a uma vontade real, é necessário que a pessoa a quem a declaração se dirige tenha fundadas razões para crer que essa declaração traduz uma vontade séria. Se, porém, a pessoa a quem a vontade se destina não está de boa fé, se conhece a divergência entre a vontade real e a declaração, já os seus interesses não devem ser protegidos pelo direito, e não lhe pode aproveitar essa declaração, que ela sabe ser aparente.

E', pois, à boa ou má fé da pessoa a quem a declaração se dirige, que se deve atender, para dar ou negar valor à declaração que divirja da vontade real, e não à culpa ou boa fé do declarante (1).

e) *Teoria da responsabilidade.* Do mesmo modo também as restrições da teoria da vontade real deram lugar a outra teoria intermédia. E' a da *responsabilidade*, que é a mais geralmente adoptada.

Esta teoria adopta o princípio fundamental de Savigny de que é a vontade real que a ordem jurídica protege, valendo a declaração sòmente emquanto a traduz. Mas se a discordância deriva de culpa ou dolo do declarante, e as pessoas a quem é dirigida a declaração, ou que desta se podem legìtimamente aproveitar, estão de boa fé, o acto jurídico será válido, porque não pode deixar-se quem procedeu de boa fé, sem culpa nem dolo, à mercê de quem usou de fraude ou foi imprevidente.

Dêste modo a doutrina da responsabilidade protege ao mesmo tempo a boa fé do declarante e a das pessoas que na declaração confiaram.

(1) Dr. Beleza dos Santos, pág. 23.

E assim, havendo divergência entre a vontade e a sua declaração, o acto jurídico só não será nulo, se o declarante procedeu com dolo ou culpa e aqueles que na declaração confiaram estão de boa fé (1).

Também entre nós a teoria da responsabilidade é a que tem tido melhor acolhimento.

Assim diz o Dr. Alves Moreira: «a pessoa que faz ou aceita uma declaração de vontade, com o fim de constituir uma relação jurídica, deve fazê-lo com todo o cuidado e diligência, ficando portanto responsável por essa declaração sempre que, não correspondendo à vontade, essa falta de correspondência seja devida a culpa da sua parte» (2).

E, assim, conclui o Dr. Beleza dos Santos, a diligência de quem confiou na declaração é um obstáculo a que o declarante negligente possa fazer anular uma declaração viciosa.

Mas se, tanto da parte do declarante como dêsse outro interessado, há culpa, dá-se a chamada compensação de culpas, nenhum dos dois interesses merece uma especial protecção do direito, e prevalece o princípio da nulidade do acto jurídico (3).

Mas deve notar-se que a teoría da responsabilidade apresenta duas modalidades muito diferentes: a de Ferrara, que só admite a validade do acto, no caso de divergência entre a vontade e a declaração, quando essa divergência é devida a

(1) Chironi e Abello, *Trattato*, pág. 392 e seg.; Ferrara, *Della simulazione dei negozi giuridici*, pág. 16 e seg.; Coviello, pág. 370 e 371; Ruggiero, pág. 234 e 235; Windscheid, *Diritto delle pandette*, trad. de Fadda e Bensa, I, pág. 297 e seg.; Mazzoni, *Istituzioni di diritto civile*, anot. de Venzi, II, pág. 370 e 371; Scialoja, *Responsabilità e volontà nei negozi giuridici*, pág. 12 e seg.

(2) Dr. Alves Moreira, pág. 403.

(3) Dr. Beleza dos Santos, pág. 43 e 44.

dolo ou *culpa lata* do declarante (1); e a dos outros autores, que não fazem distinção das espécies de culpa.

E é de notar também que os seus mais decididos partidários, como o Dr. Beleza dos Santos, reconhecem entretanto que a teoria da responsabilidade não pode aplicar-se a vários actos jurídicos, que por sua especial natureza a excluem.

72. **Inexistência de vontade real, por falta absoluta ou por falta de seriedade. Reserva mental.** — Acontece muitas vezes que se fazem declarações ou promessas, mas com o propósito íntimo ou intenção de nada se querer fazer daquilo que se diz ou se promete. São, como já dissemos, as declarações *ludendi* ou *exemplificandi causa*, as feitas em representações teatrais, no calor de uma discussão, como manifestação de orgulho postiço ou vaidade, a título de réclame, etc., etc.

Em tais casos há uma vontade aparente, que resulta da declaração, mas não realmente qualquer vontade, ou porque falta absolutamente, ou porque não é séria a que só aparentemente se manifestou.

Das declarações de vontade não sérias distinguem alguns autores, como Coviello, a chamada *reserva mental*, definindo-a como o «querer conscientemente cousa contrária àquilo que se manifestou querer» (2); ou, como diz Ruggiero, «o que se dá quando o declarante quer internamente cousa diversa da que declara e tem a consciência e o propósito de emitir uma declaração disforme, o que acontece em regra para enganar aquele a quem

(1) Sôbre a noção de dolo e culpa lata, *Os Princípios*, I, pág. 521-523.

(2) Coviello, pág. 372.

a declaração é dirigida, podendo ser mesmo para fins honestos» (1).

Não dizem, porém, êsses escritores qual seja o critério ou o sinal distintivo entre a reserva mental e as outras declarações não sérias, muitas das quais se conteem também no conceito que dão da reserva mental. E comtudo era bem mistér que o indicassem, tanto mais que sôbre a eficácia do acto jurídico contido na declaração formulam soluções completamente diversas.

Assim, Ruggiero limita-se a dizer que na *reserva mental* a declaração produz todo o seu efeito como se lhe correspondesse a vontade interna, e portanto o negócio constitui-se e é válido, porque a reticência querida pelo declarante, mas ignorada da outra parte, não pode anular a declaração (2).

Por seu lado Coviello formula o princípio geral da nulidade das declarações não sérias e da validade das que são feitas com reserva mental. Ao princípio da validade das declarações com reserva mental só abre uma excepção: é quando a pessoa que recebe a declaração sabe que a vontade efectiva é contrária à declaração, sendo então o negócio nulo, não obstante a reserva mental (3).

Ao princípio da nulidade dos actos jurídicos em que a vontade não haja sido manifestada sèriamente abre Coviello a excepção dos casos em que a declaração foi feita em circunstâncias tais que podiam fazer acreditar numa declaração a sério:

(1) Ruggiero, pág. 231.

(2) Ruggiero, pág. 235.

(3) Coviello, pág. 372. Simplesmente é de notar que em tal caso o que há verdadeiramente é um caso de simulação, ou pelo menos um caso típico de declaração não seria, e portanto incluído na regra geral das declarações destituídas de seriedade.

então o negócio será válido, porque há culpa do seu autor; se, pelo contrário, a falta de seriedade era clara, ninguém poderá pretender que a declaração tenha efeitos jurídicos (1).

O princípio da ineficácia da reserva mental, ou o que é o mesmo, a validade da declaração não querida internamente, é tão intuitivo, impõe-se por tal forma à consciência jurídica, que até o próprio Savigny, o autor da teoria da vontade pura, o formulou expressamente, ainda mesmo para o caso de a vontade secreta do declarante se ter manifestado em outra parte, sem ser na declaração que condicionou a formação do acto jurídico, quer por escrito, quer por palavras, o que mostra bem que não foi por se tratar de uma vontade irreconhecível, oposta à declarada, que Savigny negou valor a esta divergência entre a vontade e a declaração.

A razão foi outra, observa o Dr. Beleza dos Santos, porventura sentida embora não claramente formulada pelo grande romanista. E' que o comércio jurídico, a certeza e a segurança das transacções não podem estar à mercê dos caprichos ou da fraude do declarante que diga aquilo que não é sua vontade e faça acreditar aos outros no que em sua intenção é apenas uma aparência (2).

Tal é a explicação e justificação do princípio pela teoria da responsabilidade.

Mas, a bem dizer, nem esta teoria é necessária para explicar e fundamentar aquele princípio, nem afinal o explica ou justifica lògicamente.

Fica sempre bastante nebulosa a razão porque a culpa ou responsabilidade do declarante há de importar a eficácia jurídica de uma vontade que

(1) Coviello, pág. 371.

(2) Dr. Beleza dos Santos, pág. 34 e 35.

êle realmente não tem, destruindo-se assim o princípio da vontade real, quando é certo que o princípio da responsabilidade o que devia lògicamente importar, em vez da validade da declaração aparente, era a obrigação de reparar o dâno, inclusivamente com uma indemnização reforçada ou agravada.

É que, na verdade, bem pode dizer-se, ilustrando por uma metáfora a observação de Windscheid contra a teoria da responsabilidade, que há um verdadeiro salto mortal na passagem da culpa do declarante para a validade das declarações meramente aparentes.

Ora a explicação e o fundamento da validade ou nulidade das declarações não sérias encontra-se simplesmente, e muito claramente, no próprio princípio da eficácia jurídica da vontade, sem necessidade de recorrer a outras construções teóricas.

O que se vê na doutrina comum dos autores é que a ineficácia da reserva mental resulta precisamente do facto de ela não ser conhecida das pessoas a quem é dirigida a declaração ou que desta se podem aproveitar, ficando *ipso facto* vinculado o declarante.

E assim se vê que foi só aparentemente que Coviello formulou princípios diversos para a reserva mental e para as outras declarações não sérias, pois a verdade é que, como vimos, na sua própria doutrina, o princípio é sempre o mesmo: toda a declaração de vontade jurídica é eficaz, embora a vontade interna seja contrária ou divergente, desde que seja feita em termos ou condições de tal divergência não ser conhecida das pessoas a quem é dirigida a declaração ou que dela se podem aproveitar.

É assim, e não pode deixar de assim ser, porque a eficácia da vontade nos actos jurídicos não é o produto apenas da vontade interna, mas também,

e principalmente, da sua manifestação externa; e não depende apenas da autonomia da vontade individual, mas também da interdependência ou solidariedade da vontade dos outros indivíduos, com os quais se estabelecem as relações jurídicas, e ainda da vontade geral da colectividade representada e defendida pelos preceitos ou normas do direito objectivo.

Ora, sendo assim, é claro que, se um indivíduo faz e emite uma declaração susceptível de produzir efeitos jurídicos, não só aqueles a quem é dirigida, mas todos os que dela podem licitamente aproveitar-se, desde que não tenham motivos para a não considerarem seriamente feita, podem apropriar os seus efeitos dentro dos limites da lei, adquirindo os respectivos direitos contra o declarante, que desde êsse momento fica vinculado, não lhe sendo lícito invocar a inexistência de vontade real e efectiva.

E' intuitivo e evidente que nas relações práticas da vida as declarações da vontade, desde que sejam feitas com aparência de seriedade, como sérias teem de considerar-se, o que equivale a dizer-se que a declaração de vontade deve presumir-se como sendo a expressão da verdadeira e real vontade.

Em conclusão: para os efeitos jurídicos, a declaração da vontade exprime sempre a intenção ou vontade real, excepto quando as próprias circunstâncias em que é feita revelam o contrário, ou quando o declarante a fizer em estado de incapacidade ou de êrro essencial, quer no processo psíquico da formação, quer na declaração da vontade.

E' isto que nos parece ser a exacta teoria das relações entre a vontade jurídica e a sua declaração.

73. **Teoria do êrro: êrro na determinação da vontade ou êrro-vício e êrro na declaração ou êrro-obstáculo; êrro essencial e acidental; êrro de direito e de facto.** — O *êrro*, falso conhecimento ou falsa idea sôbre um objecto, abrange também a *ignorância* (1), pois, como bem diz Ruggiero, ignora a verdade quem tem uma noção falsa.

Ora o êrro, sempre que seja essencial ou substancial, isto é, bastante grave para deformar a vontade dos sujeitos ou afectar o acto jurídico nos seus elementos essenciais, não pode deixar de ter uma influência decisiva na invalidade total ou parcial do acto.

Mas também é claro, portanto, que não é qualquer êrro o que tem a fôrça de anular uma declaração de vontade, sendo necessário que a lei determine e fixe as espécies de êrro que importam a ineficácia da vontade.

É precisamente o que o nosso código faz nos artt. 657.°-665.°, em relação aos contractos, mas que são também aplicáveis aos outros actos jurídicos, juntamente com as disposições especiais (artt. 1719.°, 1745.°, 1748.°, 2036.°, 2037.°, 2413.°, e art. 20.° do decreto-lei do casamento) determinadas pela natureza especifica de alguns dêles.

Em primeiro lugar, os autores modernos dão grande importância à distinção, já entrevista mas mal definida por Savigny, e depois precisada por

(1) Os *Princípios*, I, pág. 486. O Dr. Alves Moreira, *Inst.*, pág. 411, diz que, se o nosso código trata apenas do êrro, não se referindo à ignorância, foi isso devido sem dúvida a que não é provável a realização dum negócio jurídico sôbre cujo conteúdo as partes tenham completa ignorância. Nós o que pensamos é que se tal facto se der, a nulidade do acto resulta necessàriamente tanto da incapacidade como da falta de consentimento. Mas o que é certo é que a ignorância está incluída no êrro.

Larombière, entre o êrro que se dá no próprio processo psíquico da formação da vontade (êrro pròpriamente dito, *êrro-motivo, êrro-vício* ou *êrro-nulidade)* e o que recai sôbre a declaração (êrro *impróprio, essencial* ou *êrro-obstáculo*).

O êrro que recai apenas sôbre o próprio conteúdo da vontade não dá lugar a divergência entre a vontade real e a declaração, porque a vontade efectiva é exactamente a manifestada; o que há é desacordo entre a vontade actual, isto é, a que se formou em virtude do êrro, e a vontade eventual, ou a verdadeira, isto é, a que se teria formado, se não fôra a influência do êrro.

Se, porém, o êrro, em vez de recaír sôbre o processo psíquico da formação da vontade, se dá depois no conteúdo da declaração, surge a divergência entre a vontade e a sua manifestação, porque uma cousa é o que se quis e outra é o que se declarou querer — *aliud dixit, aliud voluit.*

No primeiro caso formou-se, ou, pelo menos, praticou-se regularmente o acto jurídico, mas tratando-se de êrro grave ou substancial, êle está afectado de um vício estrutural e orgânico, que importa a anulabilidade dos seus efeitos; e por isso êsse êrro se chama *êrro-vício* ou *êrro-nulidade.*

No segundo caso, nem sequer se chegou a formar ou praticar regularmente o acto jurídico, porque a vontade não foi devidamente declarada, não chegando o acto a ter existência jurídica; e por isso êsse êrro se chama *êrro-obstáculo,* visto que se opôs ou obstou a formação regular do acto (1).

(1) Esta espécie de êrro tem na doutrina várias denominações: *êrro impróprio, êrro essencial, êrro obstativo.* A denominação de *impróprio,* adoptada por Savigny, se é exacta para o êrro que recai sôbre a existência do objecto do contracto ou sôbre a capacidade do outro contraente, pois em tais casos não é o êrro a causa da invalidade do acto, mas sim a falta objectiva de um dêstes elementos essenciais, já não é igualmente exacta, quando o êrro produz o desacordo entre a vontade e a declaração. Com efeito, se êste desacôrdo não importa por si mesmo e em todos os casos a nulidade do acto, como acontece na reserva mental, é claro entretanto que o facto causador dêsse desacordo não pode ser um facto indiferente: se, quando há desacordo por equívoco ou mal entendido, há nulidade, a verdadeira razão desta nulidade está precisamente no êrro, que por isso não pode chamar-se impróprio ou indiferente, como nos actos acima mencionados.

Nem tão pouco é aceitável a denominação de *êrro essencial,* porque assim é precisamente e com razão chamado o êrro que influi na determinação da vontade e que, recaindo nos elementos essenciais do acto, pode causar a sua nulidade, o qual então, para se contrapor àquele teria de se chamar *acidental.*

Tal é a razão porque os autores italianos lhe chamam *êrro ostativo,* seguindo a autoridade de Giorgi, que assim traduziu a expressão *erreur-obstacle,* que Larombière empregou em contraposição (e não equivalente, como erroneamente diz Brugi, nas *Istituzioni di diritto civile,* § 24) à frase *erreur-nullité,* usada para indicar o êrro determinante da vontade; pois emquanto que êste não impede a formação do acto, mas só o torna *anulavel,* o outro, pelo contrário, sendo causa do desacordo entre a vontade e a sua manifestação, produz a falta do elemento essencial da vontade, sendo por isso um *obstáculo* à própria existência do acto — Coviello, pág. 380, nota (2).

O êrro na declaração pode consistir numa simples distracção, um *lapsus linguae* ou *lapsus calami,* como se, por exemplo, em vez de se dizer ou escrever «vender», se disse ou escreveu «aforar», se, em vez de se escrever Fernando, se escreveu Francisco, se num telegrama a transmissão é diferente do que se escreveu, etc., etc.

Diferentes destas e outras semelhantes hipóteses, embora por vezes se possam confundir, são as de êrro determinante da vontade: são aquelas em que alguém tem um conceito errado, isto é, está enganado ou iludido, sôbre as próprias pessoas,

cousas ou factos, que quer designar ou exprimir, como, por exemplo, se crê que a pessoa a quem faz uma doação é aquela que o salvou num perigo, quando não é; como se julga que uma cousa, a que quer referir-se, é a mesma que viu em certa ocasião, quando não é assim. Em tais casos há um êrro, que não recái sôbre a expressão, mas sim sôbre o próprio conteúdo da vontade.

Segundo diz Coviello, êste êrro — o êrro-vício — é o considerado no código italiano; o outro — o êrro obstativo — é considerado só no campo da doutrina (1).

Não nos preocupando com o sistema do código italiano, embora nos pareça muito duvidosa a afirmação de Coviello, o que é certo é que no sistema do nosso código (art. 656.°-665.°) são consideradas as duas espécies de êrro (2).

Quer se trate de êrro na formação da vontade,

(1) Coviello, pág. 381.

(2) Assim o entendia o Dr. Alves Moreira, *Instituições*, pág. 412, 413, 417 e 418. Contudo o Dr. Beleza dos Santos, no seu belo livro sôbre a *Simulação*, pág. 49 e seg., deixando-se influenciar pela doutrina de Coviello, sustenta que os art. 656.° e seg. se referem sòmente ao êrro na formação da vontade, que importa apenas a anulabilidade do acto, emquanto que o êrro na declaração só é atingido pelos art. 641.°-643.° e 647.°, e equivalendo à falta de consentimento, importa a inexistência ou nulidade absoluta do acto.

Mas basta reparar em que a palavra «*consentimento*», (de *cum* e *sentire*) e, portanto, a expressão «*êrro de consentimento*», abrangem não só a determinação da vontade mas também, e principalmente, a sua declaração, para nos convencermos da verdade da nossa doutrina.

Mas, além disso, acresce ainda que é princípio fundamental que a nulidade proveniente do êrro, quer êste se dê na determinação da vontade, quer na sua declaração, só pode ser alegada por quem do êrro é vítima, donde se conclui que a ineficácia do acto, em virtude do êrro, é sempre a simples rescindibilidade ou anulabilidade, e não a inexistência ou nulidade absoluta.

O código alemão (§ 119.°) também seguiu o sistema do nosso, equiparando o êrro na determinação da vontade ao êrro na declaração.

quer seja na declaração, para determinar a sua influência na eficácia do acto, importa distinguir entre o êrro *essencial* e o *acidental* ou *concomitante*.

Essencial é aquele que recái sôbre pontos substanciais da relação jurídica, isto é, sôbre algum dos elementos essencialmente constitutivos do acto, quer o sejam em virtude da sua natureza intrínseca, conforme o tipo abstracto de que se tratar, quer seja porque no caso concreto a vontade das partes estipulou como elemento importante e decisivo algum que normalmente não teria tal carácter.

Acidental é o êrro que recái sôbre qualquer outro elemento secundário ou acessório do acto.

Por sua vez o êrro essencial pode ser:

a) *Error in negotio*, o êrro sôbre a natureza ou espécie do acto, isto é, um êrro que recái sôbre a própria índole do acto que se realizou, confundindo-se, por falso conhecimento do direito, uma causa jurídica com outra, como, por exemplo, contratando-se um aforamento, quando o que se quer é apenas um arrendamento. Êste êrro pode também dar-se apenas na declaração (êrro-obstáculo), se a confusão resultou sòmente de engano ou equívoco nas expressões da enfitêuse e da locação. E o mesmo pode dizer-se a respeito das outras espécies de êrro essencial, se bem que a diferença seja por vezes muito subtil.

b) *Error in corpore*, o êrro que recai sôbre a identidade do objecto, como, por exemplo, se se declara querer comprar um cavalo que está à vista, e êsse efectivamente se quer comprar, mas

porque o comprador foi induzido em êrro por o ter confundido com outro, que era realmente o que êle pretendia.

c) *Error in substantia,* êrro que recai sôbre a essência da cousa ou sôbre propriedades dela, que se consideram em geral, ou são consideradas no caso concreto, como essenciais para o destino económico ou para a função social da cousa; por outras palavras, um êrro sôbre qualidades do objecto, que objectivamente ou subjectivamente determinam a sua função, como, por exemplo, se se pensa e declara comprar um anel que se supõe ser de ouro, quando êle é de prata dourada, ou um cavalo, que se supõe ser árabe, quando êle é argentino.

d) *Error in persona,* êrro que recai sôbre a identidade da pessoa, ou sôbre qualidades pessoais que, dada a natureza do acto, costumam ser tomadas em consideração como determinantes da vontade, ou que, no caso concreto, tenham com efeito sido decisivas para o declarante, como, por exemplo, se numa doação se indica erradamente o nome do donatário confundindo-o com o de outro indivíduo; ou se se encarrega alguém de restaurar um quadro de valor, na suposição de que é um pintor capaz, quando afinal se trata de um simples decorador.

Ruggiero, cuja doutrina estamos a expôr, apresenta como êrro sôbre a individualidade pessoal o caso de se fazer uma doação a Ticio, que o doador crê ter-lhe salvo um filho num naufrágio, confundindo-o com Mevio, que foi quem fez o salvamento (1). Nós, porém, consideramos êste caso como sendo também de êrro sôbre a causa determinante da doação.

A explicação desta divergência está em que

(1) Ruggiero, pág. 241.

Ruggiero, pertencendo à escola dos neo-causalistas (supra, n.° 70), não considera os simples motivos psicológicos, mais ou menos influentes na determinação da vontade, como causa determinante do acto; emquanto que nós, entendemos, pelo contrário, que no conceito da causa, como elemento essencial dos actos jurídicos, entram também os motivos psíquicos que se mostrarem efectivamente ser a razão determinante da formação e manifestação da vontade (supra, n.° 70).

E, por isso, emquanto que os neo-causalistas não consideram como êrro essencial o que recai sôbre os motivos internos do acto, nós pelo contrário entendemos que o êrro sôbre motivos, que sejam realmente determinantes, é tão essencial como o *error in negotio*, que é o único que na doutrina neo-causalista constitui o êrro sôbre a causa.

E que, no sistema do nosso código, o êrro sôbre a causa abrange não só a causa normal, isto é, a própria natureza do acto, ou seja o seu fim social e jurídico, mas também os *motivos* que hajam sido a razão última ou determinante da vontade, é manifesto em face do disposto nos art. 659.°, 660.° e 1745.°).

Com razão diz o Dr. Alves Moreira: «A palavra *causa* tanto pode significar o motivo que determinou a realização do contracto, como a razão jurídica do próprio acto, ou os efeitos que dêle imediatamente derivam. Confrontando-se o art. 659.° com o art. 660.°, vê-se que a palavra *causa* se toma naquele artigo no sentido de *motivo*» (1).

(1) Dr. Alves Moreira, pág. 413 e 414. Nos art. 736.°, 737.° e 738.° do projecto do código, de 1863, empregava-se a palavra *motivo* em vez de *causa*, tendo sido feita a substituição pela Comissão revisora em 4 de fevereiro de 1865 — *Actas*, pág. 586.

Vê-se, portanto, que no sistema do nosso código (art. 656.º-662.º) as espécies do êrro essencial, isto é, do êrro que pode importar a nulidade do acto, se reduzem a três:

1.ª êrro sôbre a *causa*, abrangendo tanto o *error in negotio*, como o êrro sôbre o motivo determinante da vontade (art. 660.º);

2.ª êrro sôbre o *objecto*, abrangendo o *error in corpore* e o *error in substantia* (art. 661.º); e

3.ª êrro sôbre a *pessoa* ou sôbre as qualidades da pessoa ou pessoas a quem o acto se refere (art. 662.º), o qual muitas vezes, como resulta dêste artigo, é êrro sôbre a causa.

Os outros casos de êrro, isto é, os enganos ou equívocos que versam sôbre os motivos anteriores e concorrentes da formação e manifestação da vontade, sôbre a quantidade *(error in quantitate)* ou sôbre as qualidades secundárias das cousas *(error in qualitate)* ou das pessoas, são em geral meramente acidentais, não importando por isso a nulidade do acto; e acidentais são também os que recaiem sôbre cláusulas acessórias do acto (condição, termo e modo), a não ser que, por vontade dos sujeitos, a quantidade ou certas qualidades do objecto ou das pessoas, ou uma cláusula acessória, sejam elevadas à categoria de elementos essenciais, sendo consideradas como momento decisivo na determinação ou manifestação da vontade, porque então o êrro pode assumir as proporções de êrro essencial, integrando-se no êrro sôbre a causa.

Importa, finalmente, distinguir o *êrro de direito* e o *êrro de facto* (art. 658.º, 660.º, 758.º e outros).

O êrro *de direito* tem lugar quando a vontade se determina num certo sentido por ignorância ou falsa interpretação de uma norma jurídica. O êrro de direito consiste tanto em supor existente um

preceito de lei que não existe, como em ignorar um que existe ou interpreta-lo falsamente (1).

O êrro de facto é o que recai sôbre as circunstâncias ou elementos, tanto objectivos como subjectivos, que concorrem na formação do acto jurídico.

A distinção entre êrro de direito e êrro de facto tem grande importância prática, pois, como se vê pelos artt. 659.º e seg., diversos são os termos ou condições em que as duas espécies de êrro importam a nulidade de acto jurídico.

E assim, diz o Dr. Alves Moreira: «Devemos observar que a distinção entre o êrro de direito e

---

(1) Os erros de direito tornam-se muito freqüentes e deploráveis, sobretudo nos períodos de decadência e dissolução social, em que as leis começam a ser feitas ao sabor dos interesses particulares e por pseudo-legisladores da mais absoluta e manifesta incompetência.

Repare-se, por exemplo, no absurdo do § único do art. 4.º da lei n.º 1645, de 4 de agosto de 1924. Nesta lei, que é destinada a regular a actualização da renda nos arrendamentos de prédios rústicos, foi enxertado o art. 4.º, com o fim de actualizar o pagamento dos foros e a sua remissão. Mas fez-se isto com uma tal incompetência, ou com uma tal dose de arbítrio, mandando multiplicar pelo factor 10 todos os fôros em dinheiro, sem distinção de datas dos respectivos aforamentos, que de semelhante lei resultaria, se fosse literalmente aplicada, o mais espantoso absurdo, como seria o de se multiplicar por dez um fôro constituído dois dias antes da publicação da lei!

É claro, portanto, que semelhante lei só se pode entender e aplicar para os aforamentos anteriores ao período da actual desvalorização da moeda.

Mas, dada a ignorância geral em matéria jurídica, há de provavelmente acontecer que alguns foreiros por aforamentos modernos satisfaçam aos senhorios a exigência do décuplo do fôro.

Consolem-se com a certeza de que, por *êrro de direito*, fizeram um pagamento indevido, e que, portanto, ficam com o direito à restituição, nos termos do art. 758.º.

o êrro de facto é, atenta a presunção de que todos conhecem a lei, importante, pois que, não se admitindo hoje o princípio de que a ignorância da lei a ninguém aproveita, na prova do êrro de direito deve haver mais rigor do que na prova do êrro de facto. Essa prova tem de ser aduzida por quem alega o êrro, e fica no prudente arbítrio do juiz, que deve verificar, tendo em atenção todas as circunstâncias, se o êrro de direito foi a causa determinante da vontade» (1).

Mas a distinção torna-se por vezes subtil; basta notar que a ignorância de um direito subjectivo é ignorância *de direito*, diz Coviello, quando recai sôbre o elemento de direito; é ignorância *de facto*, quando recai sôbre o elemento de facto, isto é, sôbre o facto jurídico donde promana o direito (2).

Examinadas as diferentes espécies de êrro, vejamos, pois, qual a sua influência sôbre a eficácia da vontade nos actos jurídicos.

Para que a vontade jurídica produza os seus legais e naturais efeitos, já por mais de uma vez o temos dito, e é êste um dos princípios fundamentais mais intuitivos, não basta uma vontade qualquer: é necessária, é essencial, uma vontade livre e consciente, claramente manifestada.

Ora, dizer que é necessário tratar-se de uma vontade *consciente*, o mesmo é que dizer uma vontade séria, e não fingida ou meramente aparente, uma vontade *verdadeira*, isto é, determinada por uma causa real e justa, e não viciada por algum defeito grave e substancial, tanto na sua determinação como na sua manifestação, que a deturpe ou deforme na sua própria essência.

(1) Dr. Alves Moreira, pág. 414 e 415. Sôbre o alcance do princípio de que a ignorância da lei a ninguém aproveita, e sôbre o sentido das expressões «*ignorância da lei*» e «*êrro de direito*», veja-se *Os Princípios*, 1, n.º 39.

(2) Coviello, pág. 338.

E assim se vê nitidamente a razão de ser do princípio que faz anular o acto jurídico, sempre que o consentimento dos sujeitos seja dado ou declarado em estado de êrro grave e substancial.

E assim se vê também a importância da distinção do êrro em *essencial* e *acidental*, pois que só o primeiro é capaz de influir na validade dos actos, porque só êle incide sôbre os momentos importantes e decisivos da vontade, viciando-a na sua própria essência.

O êrro acidental, pelo seu carácter de importância secundária, é reparável pela simples rectificação, ou pela acção de indemnisação, quando esta seja devida.

E' o que determina o art. 665.º, dispondo que o simples êrro de cálculo arimético, ou de escrita, só dá direito à sua rectificação. O êrro sôbre a quantidade das cousas vendidas em razão de certo número, pêso ou medida, é especialmente regulado pelo art. 1576.º:

«Se a cousa fôr vendida em razão de certo número, pêso ou medida, poderá ser o contracto rescindido pelo comprador, havendo na entrega falta considerável ou excesso, que não possa separar-se sem prejuízo da cousa; mas se o comprador quiser manter o contracto, poderá exigir a redução do preço em proporção da falta, assim como o deve aumentar em proporção do excesso».

Mas bastará que se verifique e prove a existência de êrro essencial ou substancial, para sem mais, e *ipso facto*, se decretar a nulidade ou anulabilidade do acto?

E' evidente que não basta.

Para que o êrro seja causa de nulidade do acto é necessário que, além da sua existência, se prove

que êle foi a causa única ou principal da determinação ou da declaração da vontade.

Diz bem o Dr. Alves Moreira:

«O êrro determina a nulidade do negócio jurídico, não directamente, como um efeito positivo que derive da sua existência, mas como causa da falta de correspondência entre a vontade real e a declarada, sendo em virtude dessa falta de correspondência que o negócio jurído é rescindível. O êrro não tem, pois, que ser apreciado só objectivamente; tem de o ser também em relação à influência que exerceu sôbre a vontade no acto jurídico e portanto subjectivamente, pois pode suceder que, apesar do êrro, o autor do acto jurídico o houvesse realizado, não se verificando assim a condição de que fica, em virtude do êrro, dependente a sua ineficácia (1)».

Se assim não fôra, se não se exigisse a prova de que o êrro foi a causa principal da discordância entre a vontade verdadeira e consciente e aquela que erroneamente se formou ou declarou, pulularíam a todo o instante as acções de nulidade com fundamento no êrro, pondo em perigo constante a necessária estabilidade, a boa fé e a certeza das relações jurídicas.

O princípio de que o êrro só é motivo de nulidade ou anulação do acto jurídico quando se mostre ter sido a sua causa única ou principal, isto é, a sua razão determinante, é expressamente formulado na lei para o *êrro de facto* acêrca da causa (art. 660.°), para o êrro sôbre o objecto ou sôbre as qualidades do mesmo objecto (art. 661.°), e para o êrro relativo às pessoas (art. 662.°).

E, sempre em obediência ao princípio da necessária garantia da estabilidade e boa fé nas relações jurídicas, o código não só formulou aquele princípio fundamental da causalidade, mas ainda restringiu consideràvelmente as condições ou limites da verificação e eficiência do êrro, como motivo ou fundamento da nulidade do acto.

E' assim que, tratando-se de êrro de facto sôbre a causa do contracto, ou de êrro relativo a pessoa que não figure no contracto, o êrro só produz nulidade, se o contraente enganado houver declarado expressamente, que só em razão dessa causa ou dessa pessoa contratara, e esta declaração tiver sido expressamente aceita pela outra parte (art. 660.° e 662.°). E o êrro sôbre o objecto ou as suas qualidades, assim como o êrro relativo à pessoa com quem se contracta, só produz nulidade, havendo o enganado declarado, ou provando-se pelas circunstâncias do mesmo contracto, igualmente conhecidas da outra parte, que só por essa razão e não por outra contractara (art. 661.° e 662.°).

E' só acêrca da causa que o código formula a distinção entre êrro de direito e êrro de facto (art. 658.°). Daí o poder duvidar-se se esta distinção não poderá também ter lugar a respeito do objecto ou das pessoas. Mas parece-nos que, na verdade, o êrro sôbre o objecto ou sôbre as pessoas é sempre êrro de facto (1).

(1) Dr. Alves Moreira, pág. 412.

(1) Em sentido contrário, em relação ao objecto, opinava o Dr. Alves Moreira, escrevendo: «Deve notar-se, porém, que o êrro que representa o motivo determinante da vontade pode derivar de êrro de direito sôbre o seu próprio conteúdo ou objecto. Assim, se uns herdeiros fazem um contracto de partilhas em que não incluem um prazo de vidas por julgarem que, extinta a terceira vida do prazo, êste recairá no senhorio directo, êsse contracto pode anular-se por êrro de direito, visto que foi

Por outro lado, o código, emquanto a respeito do êrro de facto torna a sua eficiência, como causa de nulidade, dependente não só da sua influência decisiva na determinação ou manifestação da vontade, mas também da expressa ou tácita declaração das partes de que só por essa razão se decidiram ou manifestaram (artt. 660.º-662.º), a respeito do êrro de direito, limita-se a dizer no art. 659.º: «O êrro de direito acêrca da causa produz nulidade, salvo nos casos em que a lei ordenar o contrário».

E assim poderá concluir-se *à contrario sensu*, do confronto dêste artigo com os artt. 660.º a 662.º, que tratando-se de êrro de direito basta verificar a sua existência, para se decretar a nulidade do acto, não sendo necessário provar-se que o êrro foi a causa determinante da sua prática ou celebração.

Mas tal conclusão é inadmissível, por ser injurídica, e até absurda, o que mais uma vez demonstra bem a pouca consistência e os perigos da argumentação *à contrario sensu* (1).

êsse êrro a causa determinante de no contracto de partilhas não se haver incluído o prazo». E assim o julgou o acórdão da Relação de Lisboa, de 15-XI-73, na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, IX, pág. 187 — Dr. Alves Moreira, pag. 414.

Simplesmente há que observar:

1.º que não se trata aqui de êrro de direito, mas sim de êrro de facto, pois a ignorância de um direito subjectivo, como já dissemos, só é êrro de direito, quando versa sôbre o elemento de direito, sendo êrro de facto, quando, como no caso referido, versa sôbre o facto jurídico donde promana o mesmo direito;

2.º que o contracto em questão não podia ser anulado, pois o caso está previsto e especialmente regulado pelo preceito do art. 2166.º: «A omissão de alguns objectos na partilha não é motivo para esta se desfazer, e tão sòmente se fará partilha adicional dêsses objectos».

(1) É interessante que o sistema do código italiano, ao formular a influência do êrro na eficácia do acto, é precisamente

Muitos dos melhores autores italianos distinguem entre o êrro indesculpável *(inescusabile)* e o desculpável *(scusabile)*, dando grande importância à distinção, pois só ao êrro desculpável reconhecem valor para fazer anular o acto.

Segundo uma distinção que tem o seu primeiro fundamento nos textos romanos, diz Pacchioni, o êrro só pode ser invocado para obter a anulação do negócio, quando fôr *desculpável*. O êrro indesculpável não pode ser invocado, pois que é derivado da culpa do enganado, e ninguém deve tirar vantagem da própria culpa (1).

---

o contrario, dispondo (art. 1109.º): «O êrro de direito produz a nulidade do contracto só quando tenha sido a sua causa única ou principal»; e, para o êrro de facto, limita-se a dispôr (art. 1110.º): «O êrro de facto não produz a nulidade do contracto, senão quando cai sôbre a substância da cousa que forma o seu objecto. Não produz a nulidade quando cai sòmente sôbre a pessoa com a qual se contractou, excepto se a consideração da pessoa, com a qual se quer contractar, é a causa principal da convenção».

Apesar disso, os autores são de acôrdo em que também o êrro de facto só produz nulidade, quando se mostrar ter sido a causa principal ou determinante do acto — Ruggiero, pág. 242 e 243.

(1) Pacchioni, pags. 277 e 278. Para ilustrar e demonstrar a sua doutrina, escreve o eminente professor: «Esta solução não é porém acolhida universalmente. Tem-se dito contra ela que o código civil não distingue entre êrro desculpável e não desculpável, e daí concluiu-se que quando o êrro reveste aqueles caracteres, exigidos pela lei nos artigos que acima examinámos, pode ser invocado, para obter a anulação do negócio, ainda quando seja indesculpavel. Sòmente para suavizar esta solução se admite que a outra parte, sendo anulado o contracto, pode exigir a indemnização dos danos eventualmente sofridos em consequência da anulação do negócio, e isto com fundamento nos princípios gerais sôbre a culpa. Mas contra esta doutrina se tem argumentado que implica uma certa contradição, emquanto confere ao enganado o poder de fazer anular o

Na mesma orientação diz Ruggiero: « um êrro tão grosseiro, de modo a não se admitir que alguém nele possa caír, ou ainda menos grave, mas que poderia ter-se evitado se se fôsse mais cuidadoso e prudente, não deve poder ser invocado pelo enganado para conseguir a anulação da sua declaração (1).

No sistema do nosso código parece nos indiscutível a inadmissibilidade da teoria da *desculpabilidade* do êrro.

O nosso Código não faz a distinção entre êrro desculpável e indesculpável; e a referência indirecta que faz à teoria é no sentido de a excluir. Com efeito, o êrro desculpável no máximo grau é sem dúvida o êrro *geral* e *comum*. Pois precisamente êste nunca pode ser invocado como motivo ou fundamento de nulidade (art. 664.°).

Mas a esta consideração acresce uma outra, que nos parece decisiva: desde que o êrro só pode produzir nulidade, quando se mostre ter sido a causa determinante do acto, é evidente que se um indivíduo se deixou por tal modo influenciar pelo êrro, que apesar de ser um êrro indesculpável ainda assim só por essa razão e não por outra se decidiu ou se manifestou, por maioria de razão o acto deve ser anulado, pois que tal indivíduo, além de ser induzido pelo êrro, se revelou absolutamente incapaz de ter uma vontade jurídica.

De resto, a verdade é que os fundamentos da teoria da desculpabilidade do êrro se mostram insuficientes para a justificar.

Note-se, finalmente, que nem todas as espécies de êrro influem na ineficácia de todos os actos jurídicos.

E' assim que o êrro de direito não pode anular a transacção (art. 1719.°) nem a confissão judicial (art. 2413.°). E nem o êrro de direito nem o de facto podem ser invocados para anular a aceitação ou o repúdio da herança, a não ser que o êrro tenha sido induzido dolosamente (artt. 2036.° e 2037.°). Nos testamentos, o êrro só produz nulidade, quando fôr induzido por dolo (art. 1748.°), ou quando versar sôbre a causa determinante da disposição, sendo essa causa declarada no testamento, e podendo provar-se pelo próprio testamento que o êrro do testador foi efectivamente o

---

negócio, e ao mesmo tempo admite que êle possa ser obrigado a indemnizar os danos causados à outra parte em consequência da mesma anulação. Em nosso parecer a distinção impõe-se embora não esteja expressamente sancionada no código; e impõe-se pela fôrça da tradição e pela consideração do seu bom fundamento ético e pratico. Conferir à parte enganada o direito de anular o negócio, quando o seu êrro seja desculpável, nada tem de repugnante e de iníquo, porque se trata de um benefício do qual todos podem ter necessidade e aproveitar, mas conferir à parte enganada o direito de invocar o próprio êrro indesculpável e, por isso mesmo, culposo, repugna e é iníquo: repugna, porque e antieducativo; e é iníquo, porque favorece os menos dignos em prejuízo dos mais dignos, isto é, os negligentes em prejuízo dos diligentes ».

Pacchioni ainda observa, em nota, que esta teoria tem sido por muitos escritores limitada aos negócios a título oneroso. Para os negócios a título gratuito admite-se que o enganado pode invocar também o êrro indesculpável, e isto por aplicação da regra pela qual entre dois contendores, um dos quais procura evitar um dano e o outro obter um lucro, deve na dúvida preferir-se o primeiro.

(1) Em seguida diz: « Mas não falta quem conteste que a desculpa do êrro seja requesito necessário para poder ser invocado, admitindo que todo o êrro pode influir na validade do negócio, mesmo sendo devido a negligência, salva a responsabilidade pela culpa cometida. Seja como fôr, para quem a exige, a desculpabilidade é um elemento tal, que não pode ser apreciado senão caso por caso, atendendo às condições subjectivas da pessoa, e deverá ser julgada com maior rigor no êrro de direito » — Ruggiero, pág. 423.

de resto, o êrro sôbre o objecto da herança ou do legado, ou sôbre a pessoa do herdeiro ou legatário, só produz nulidade se não fôr possível determinar-se a intenção do testador, porque, do contrário, o efeito que produz é a rectificação da disposição (art. 1837) (1).

No casamento sòmente o êrro de um dos cônjuges relativo à pessoa do outro cônjuge pode ser invocado como causa de anulação, nos restritos termos do art. 20.º do decreto-lei do casamento, e ainda subordinado ao princípio fundamental do art. 661.º do código civil, isto é, mostrando-se que o êrro foi o motivo determinante do casamento.

Seria, na verdade, absurdo admitir-se a anulabilidade de um casamento, simplesmente com a verificação objectiva do facto de um dos cônjuges ser filho ilegítimo ou legítimo, quando o outro cônjuge supunha que êle era filho legítimo, ou perfilhado, ou mesmo não perfilhado.

E' mais uma razão para se reconhecer que o *estado*, a que se refere o n.º 1.º do referido art. 20.º, se refere mais ao conjunto de qualidades que formam o estado natural, moral ou social da pessoa, (supra, n.º 4.º) do que pròpriamente ao seu estado civil, sôbre o qual não é fácil, em regra, haver êrro. visto que o estado civil deve constar dos documentos necessários para a celebração do casamento.

74. **Êrro sôbre as qualidades do objecto: lesão e vícios redibitórios.** — Acontece muitas vezes nos actos a título oneroso que uma das partes é gravemente prejudicada, ou porque recebeu um valor muito inferior ao que prestou (*lesão*), ou porque recebeu em troca da sua prestação um objecto com tais defeitos ou vícios ocultos (*vícios redibitórios*), que o tornam inapto para o fim a que é destinado, ou deminuem muito o seu valor.

(1) *Sucessões e Direito Sucessório*, n.º 27.

Tais factos, afectando tam profundamente a essência ou a substância do acto jurídico, produziram naturalmente no pensamento dos legisladores a idéa da nulidade dos actos em que se verificassem.

Mas compreende-se também o grande inconveniente que resultaria para a ordem jurídica, para a estabilidade e segurança das relações sociais e económicas, se freqüentemente fôrem anulados actos jurídicos sob o pretexto de lesão ou vícios ocultos das cousas.

E por isso, emquanto por um lado os legisladores formularam o princípio da anulação ou rescisão dos contractos por motivo de lesão ou de vícios redibitórios, por outro lado trataram de definir precisamente o grau da lesão e de especificar os vícios ocultos que davam lugar à acção de redibição.

Assim, pelo que respeita ao nosso antigo direito ensinava Coelho da Rocha (§§ 737.º, 815.º e 816.º):

«Com razão pois só se permite rescindir os contractos, intervindo lesão *enorme*, isto é, engano em mais de ametade daquele valor que a parte por comum estimação devia receber; por se presumir êrro, ou dolo. Á parte lesada tem acção alternativa para pedir, ou rescisão do contracto, ou a indemnização do valor que não recebeu, à escolha da outra. Sendo a lesão *enormíssima*, a qual é equiparada ao dolo, o contracto é *ipso jure* nulo. Qual é a lesão enormíssima? Nem a lei o diz, nem os praxistas se têm atrevido a fixá-la; apenas o sábio autor do *Digesto Português*, I, art. 253.º, a

determina: — *quando alguém recebeu sòmente a terça parte do justo valor da causa*».

«O vendedor é também responsável pelos vícios ou defeitos da cousa vendida, chamados *redibitórios*. Tais são: 1.º os que tornam a cousa imprópria para o uso para que é destinada; ou de tal sorte deminuem êste uso, que, se o comprador o soubesse, ou a não teria querido, ou não daria tal preço; como, emquanto aos animais, se êle não tem em mediano grau as qualidades que o vendedor afirmara; se tem moléstia oculta; se se espanta, ou se empina; emquanto às cousas moveis, se ao livro faltam algumas fôlhas; se o pano é diferente da amostra; emquanto aos imóveis, se o prédio tem servidão onerosa, que não foi declarada. Neste caso ao comprador compete: *a*) acção alternativa, ou para desfazer a venda, encampando a cousa vendida; ou para pedir a restituïção da parte do preço em proporção dos defeitos. E além do preço: *b*) se o vendedor, sabendo os defeitos, deixou maliciosamente de os declarar, pode o comprador pedir perdas e interêsses; *c*) se os ignorava, só pode pedir as despesas ocasionadas pela venda».

O nosso código civil, porém, seguiu a orientação dos jurisconsultos modernos contrários à acção de rescisão por lesão ou vícios redibitórios, dispondo no artigo 1582.º:

> «O contracto de compra e venda não poderá ser rescindido com pretexto de lesão ou de vícios da cousa, denominados redibitórios, salvo se essa lesão ou êsses vícios envolverem êrro que anule o consentimento, nos termos declarados nos artigos 656.º a 668.º e 687.º a 701, ou havendo estipulação expressa em contrário».

Vê-se, pois, que o nosso código reduziu a acção de rescisão por lesão ou vícios redibitórios à acção de rescisão por causa de êrro.

E procedeu naturalmente assim, o legislador, por entender que a rescisão por motivo de lesão ou de vícios redibitórios só pode lògicamente fundar-se na presunção de que a parte prejudicada não teria realizado o acto, se conhecesse o verdadeiro valor da cousa e os seus vícios ou defeitos.

Não basta a verificação objectiva da lesão ou dos vícios da cousa, para ter lugar a rescisão; mas é necessário também a verificação subjectiva da causalidade do êrro da parte lesada como motivo determinante da celebração do acto, nos termos do art. 661.º, provando-se que só pela razão do êrro, e não por outra, prestou o seu consentimento, a não ser que o êrro proceda de dolo ou má fé de alguma das partes, ou de terceiro que tenha interêsse directo no acto, porque em tal caso, nos termos do artigo 663.º, será suficiente a verificação objectiva do êrro.

Relativamente à lesão, é aceitável o sistema do código, porque muitas vezes a aceitação de um negócio por um valor muito inferior ao normal não é resultado de êrro ou ignorância da parte aparentemente lesada, mas antes a consideração de outras vantagens que lhe possam advir da realização do mesmo negócio, e é muitas vezes a necessidade imperiosa de arranjar dinheiro para acudir a necessidades urgentes.

Ora em tais casos seria inadmissível, por injusta, a rescisão do acto por motivo de lesão.

Por outro lado, pode muitas vezes acontecer que a lesão, mesmo sem ser *enorme*, seja suficiente para justificar a anulação do acto, desde que se prove a causalidade subjectiva do êrro, ou a sua

simples verificação objectiva, se foi induzido por dolo ou má fé (art. 663.º).

Relativamente aos defeitos ocultos da cousa, parece-nos porém mais justa a doutrina clássica dos *vícios redibitórios*, bastando a sua verificação objectiva, para fundamentar a acção rescisória, doutrina que foi expressamente consignada no código brasileiro (1).

75. **Êrro geral e comum.** — O nosso código formula no art. 664.º uma regra sôbre o êrro, que não tem precedente no nosso antigo direito nem encontra similar nos códigos estrangeiros:

«O êrro comum e geral não produz nulidade».

Tratando-se do êrro como vício da vontade, quer na sua formação quer na sua declaração, os escritores não fazem qualquer referência a esta

(1) O código civil brasileiro regulou os vícios redibitórios nos termos seguintes:

Art. 1101.º A coisa recebida em virtude de contracto comutativo pode ser engeitada por vicios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe deminuam o valor. § único. É aplicavel a disposição dêste artigo às doações gravadas de encargo.

Art. 1102.º Salvo cláusula expressa no contracto, a ignorância de tais vícios pelo alienante não o exime à responsabilidade.

Art. 1103.º Se o alienante conhecia o vício, ou o defeito, restituira o que recebeu com perdas e danos; se o não conhecia, tam sòmente restituira o valor recebido, mais as despesas do contracto.

Art. 1104.º A responsabilidade do alienante subsiste ainda que a cousa pereça em poder do alienatário, se perecer por vício oculto, ja existente ao tempo da tradição.

Art. 1105.º Em vez de regeitar a cousa, redibindo o contracto, pode o adquirente reclamar abatimento no preço.

Art. 1106.º Se a cousa foi vendida em hasta pública, não cabe a acção redibitória, nem a de pedir abatimento no preço.

regra. Apenas alguns, como Coviello, a mencionam para o êrro àcêrca das causas de nulidade ou invalidade dos actos jurídicos.

Assim diz Coviello: «Uma regra geral a todos os negócios inválidos é, segundo a doutrina dominante, «*error communis facit jus*», isto é, o êrro comum a respeito do facto que é causa de nulidade ou anulabilidade do negócio permite que êste produza todos os seus efeitos, como se não fôra viciado; e faz-se aplicação desta regra principalmente aos casos de incapacidade quer do oficial público que exarou o acto e das testemunhas que nêle intervieram, quer do outro contraente» (1).

Entre nós apenas o grande civilista Dr. Alves Moreira lhe fez uma ligeira referência, dizendo: «O êrro comum e geral, *como vicia igualmente todas as vontades*, não produz nulidade (art. 664.º) (2).

Parece-me, porém, que esta explicação ou justificação da regra não é de aceitar: com efeito, se o êrro que viciou a vontade de uma das partes é causa de nulidade, deveria antes concluir-se, até por maioria de razão, que o é também o êrro que *viciou egualmente todas as vontades*.

Vejamos pois se haverá uma explicação mais plausível para a regra do art. 664 º.

O que deve entender-se por êrro *geral* e *comum?* É naturalmente aquele em que incorre a generalidade das pessoas, toda ou quási toda a gente.

Daí resulta não ser provável que um tal êrro recaia sôbre elementos essenciais ou substanciais dos actos jurídicos, e portanto suficientemente

(1) Coviello, pag. 342.
(2) Dr. Alves Moreira, *Inst.*, I, pág. 422.

grave para importar nulidade; e que, em todo o caso, mesmo quando tal aconteça, seria inconveniente, e por isso injurídico, decretar a nulidade, pois esta iria abranger toda uma série indefinida de actos aliás praticados em condições normais e iguais da consciência e da vontade dos contratantes.

A regra do art. 664.º está formulada sòmente para o êrro como vício na prestação do consentimento nos contractos.

Entretanto a nossa jurisprudência, embora com divergências, também a tem aplicado às formalidades dos actos jurídicos, julgando, por exemplo, válido um documento em que era testemunha um estrangeiro por êrro geral e comum considerado português (1).

76. **Êrro causado por fraude: dolo e má fé.** — Êrro especialmente regulado é o induzido ou mantido fraudulentamente, isto é, por *dolo* ou *má fé*, nos termos do art. 663.º: «O êrro, que procede de dólo ou de má fé de um dos contraentes, ou de terceiro, que tenha interêsse directo no contracto, produz nulidade. § único. Entende-se por dolo nos contractos qualquer sugestão ou artifício, que se empregue para induzir em êrro, ou manter nêle algum dos contraentes; e por má fé a dissimulação do êrro do outro contraente, depois de conhecido».

Como justamente observa o Dr. Alves Moreira, a palavra *dolo* também pode significar, em contraposição à falta de diligência ou culpa, a intenção de causar um dano ou prejuízo, compreendendo assim o dolo pròpriamente dito também a má fé, isto é, tanto as hipóteses em que, por meio de falsas afirmações ou artifícios, se induz uma pessoa em êrro, como o silêncio, a inacção, nos casos em que haja o dever de elucidar a outra parte sôbre qualquer êrro em que ela labore para que se não realize em prejuízo desta o locupletamento de quem com ela contracta. Assim, se um indivíduo declara vender a outro um objecto de prata dourada, e êste sabe que o objecto não é de prata mas de ouro, tem o dever de o prevenir do seu êrro, sob pena de o contracto poder ser rescindido em virtude da má fé (1).

O dolo ou a má fé é pois um acto ilícito, considerado na formação do acto jurídico como uma causa que desvia a vontade da sua determinação consciente, provocando um êrro ou mantendo o êrro já existente. Por isso a lei, em tais casos, não se contenta em considerar o êrro em si; e vai até à sua causa, para sancionar a anulação do negócio, ainda que o êrro haja recaído sôbre elementos não essenciais ou sôbre motivos internos (2).

Quer dizer: emquanto se trata apenas de considerar o êrro em si mesmo, independentemente da sua causa ou proveniência, a lei só o admite como causa de nulidade do acto jurídico quando se mostre nos precisos termos dos artt. 660.º a 662.º que êle foi a causa determinante da vontade declarada, isto é, que só pela razão do êrro, e não por outra, a parte enganada fez a declaração de vontade no acto jurídico: não basta a verificação

(1) Dr. Alves Moreira, I, pág. 422, nota 1. Êste caso deixou de ter importância, desde que os estrangeiros podem ser testemunhas.

(1) Dr. Alves Moreira, I, pag. 422 e 423.
(2) Ruggiero, I, pág. 244

objectiva do êrro, é necessária a verificação subjectiva da sua causalidade.

Demonstrado porém que o êrro provém de dolo ou má fé de uma das partes, ou de terceiro, que tenha interêsse directo no acto, tanto basta para se reclamar a nulidade, sem necessidade de se fazer a prova de ter sido o êrro a causa determinante do acto.

Tal é a conclusão que necessàriamente resulta do confronto do art. 663.º com os anteriores (660.º a 662.º). E tal é a doutrina uniformemente ensinada pelos autores (1).

O dolo, considerado como causa perturbadora da vontade, pode apresentar quatro modalidades: o *dolus malus* das fontes romanas, caracterizado pela intenção maléfica de causar dano; o *dolus bonus*, que consiste no emprêgo de razões e argumentos mais ou menos tendenciosos e ilusórios sôbre as vantagens ou inconvenientes de se praticar ou não praticar um certo acto, mas sem o intuito maléfico de prejudicar; o *dolus causam dans*, o que determina a vontade influindo por tal modo que sem êle o acto jurídico não se teria realizado; o *dolus incidens*, que influi sôbre elementos secundários, e por tal modo, que mesmo sem êle o acto teria sido realizado, se bem que em condições diversas e em geral menos onerosas.

A regra do art. 663.º será aplicável a todas estas espécies de dolo ou só a algumas?

O *dolus bonus* é expressamente excluído pelo art. 667.º:

> «As considerações vagas ou gerais, que os contraentes fazem entre si sôbre os proveitos, ou prejuízos que naturalmente possam resultar da celebração, ou não celebração do contracto, não são tomadas em consideração na qualificação do dolo ou da coacção»?

A respeito do *dolus malus* e do *dolus causam dans*, não pode haver dúvida de que são os visados pela sancção do art. 663.º.

Dúvida surge porém a respeito do *dolus incidens*.

Coelho da Rocha, na falta de lei expressa, ensinava, fundado na doutrina de Pothier (*Des Obligations*, P. 1, n.º 31 e 32) que o *dolo incidente* só dava direito à indemnização de perdas e interêsses (1).

Do mesmo modo Ruggiero, fundado no art. 1115.º do código italiano, ensina: «O dolo que pode invalidar o negócio é sòmente o determinante; o *dolus incidens*, visto que não influi sôbre a vontade fundamental de realizar o acto, pode fundamentar o pedido de reparação do dano, de redução da prestação prometida, ou em geral de uma limitação dos efeitos do acto suprimindo-se os que foram conseqüência dos artifícios dolosos (2).

Parece-nos porém que o art. 663.º abrange igualmente o dolo incidente.

A regra nêle consignada é completamente diversa do preceito formulado no art. 1115.º do código italiano; emquanto que êste abrange só o dolo determinante, o art. 663.º do nosso código não faz

---

(1) Dr. Alves Moreira, 1, pag. 423 e 424; Coviello, pág. 394 e 395; Colin e Capitant, 1, pág. 70 e 71; Ruggiero, 1, pág. 244

(1) Coelho da Rocha, *Inst.*, § 101.º.

(2) Ruggiero, 1, pág. 245. O art. 1115.º do código italiano diz: «O dolo é causa de nulidade do contracto quando as artimanhas empregadas por um dos contraentes foram tais, que sem elas o outro não teria contratado».

referência alguma, directa ou indirecta, à distinção entre o dolo *determinante* e o *incidente*.

E o confronto do art. 663.º com os arts. 660.º-662.º, como já observámos, mostra precisamente que sendo o êrro devido a dolo ou má fé, a nulidade impõe-se sem necessidade de se provar que o êrro foi a causa determinante do acto (1).

O art. 663.º considera causa de nulidade dos contractos não só o dolo ou má fé de alguma das partes, mas também de terceiro que tenha interêsse directo no acto, ou seja de qualquer pessoa em favor de quem revertam alguns lucros ou vantagens pela sua realização. Diverso é o sistema dos códigos francês e italiano, que não se referem ao dolo de terceiros, entendendo por isso os autores que o dolo de terceiros só poderá anular o contracto se uma das partes fôr cúmplice (2).

Note-se finalmente, com Ruggiero, que assim como o autor do dolo não pode invocá-lo contra a outra parte para anular o acto (art. 695.º), assim também quando ambas as partes se hajam recìprocamente enganado, nenhuma delas poderá proceder contra a outra, compensando-se o dolo de cada um com o do adversário (3).

---

(1) O código brasileiro formulou expressamente a doutrina clássica, dispondo no art. 93.º: «O dolo acidental só obriga à satisfação das perdas e danos. É acidental o dolo, quando a seu despeito o acto se teria praticado, embora por outro modo».

(2) Colin et Capitant, I, pag. 70; Ruggiero, I, pág. 245. Também o código brasileiro determina no art. 95.º: «Pode também ser anulado o acto por dolo de terceiro, se uma das partes o soube».

(3) Ruggiero, I, pág. 245. É a aplicação das antigas maximas: *nemini dolus suus prodesse potest*, *nemo ex proprio dolo commodum consequitur*.

77. **A coacção.** — Outra causa de nulidade dos actos jurídicos, por divergência entre a vontade real e a declaração, é a coacção ou violência, nos termos do art. 666.º:

«E' nulo o contracto, sendo o consentimento extorquido por coacção, ou esta provenha de algum dos contraentes ou de terceiro. § único. A coacção consiste no emprêgo da fôrça física, ou de quaisquer meios, que produzam danos, ou fortes receios dêles relativamente à pessoa, honra ou fazenda do contraente ou de terceiros».

Desta noção concluía o Dr. Alves Moreira que não entra nos domínios da coacção, como causa determinante da rescindibilidade dum contracto, a violência física que reduza a pessoa à mera condição dum instrumento, sendo o contracto celebrado em tais condições, não apenas rescindível, mas inexistente, porque lhe falta a declaração da vontade duma das partes, a qual é um elemento essencial (1).

E' a doutrina comum dos autores franceses e italianos, fundada no art. 1112.º dos respectivos códigos, que só considera a violência como ameaça capaz de produzir o mêdo insuperável de um mal grave.

Assim diz Ruggiero: «Das duas formas em que pode exercer-se uma coacção sôbre a pessoa, interessa aqui sòmente a violência moral ou *vis compulsiva*, que sendo destinada a extorquir uma declaração vicía a vontade, sem a excluir: não a violência física ou *vis absoluta*, que exclui de todo a vontade, emquanto priva o violentado de toda a possibilidade de querer, e impede portanto a própria realização do negócio. A violência moral,

---

(1) Dr. Alves Moreira, I, pág. 426.

consistindo na ameaça de um mal que recairá sôbre o ameaçado se êle não pratica o acto, actua apenas psicològicamente, géra pelo temor incutido um estado de restrição de liberdade na pessoa do coagido, mas não suprime a vontade, pois que deixa sempre a escolha entre o mal iminente e a declaração. A *voluntas coacta* é todavia sempre *voluntas — quamvis coactus tamen volui;* mas é certo por outro lado que não é verdadeira vontade aquela que só se declarou sob a pressão do mêdo — non *intellegitur voluisse qui coactus est* (1).

Também o nosso Coelho da Rocha, seguindo a doutrina francesa, considerava apenas a violência moral, definindo-a: «a *ameaça de um mal*, que obriga outro a praticar um acto, ou a praticá-lo de uma maneira, que sem isso não praticaria» (2).

Mas tendo em vista a definição da coacção dada pelo § único do art. 666.°, onde expressamente se menciona também a violência física, e ponderando que o autor do código conhecia sem dúvida a doutrina dos códigos francês e italiano, e a de Coelho da Rocha, somos levados a concluir que o art. 666.° se refere igualmente às duas formas de coacção. O que, de resto, está em perfeita harmonia com o seu sistema sôbre a ineficácia ou invalidade dos actos jurídicos, que em geral não distingue entre nulidade ou mesmo inexistência e rescindibilidade do acto ou contracto (art. 687.° e seg.).

Os autores franceses e italianos, com base no art. 1112 dos seus códigos, enumeraram vários requisitos a que deve satisfazer a ameaça, para ser causa da anulação do acto (1).

(1) Ruggiero, I, pag. 237 e 238. No mesmo sentido Coviello, pág. 396; Colin e Capitant, I, pág. 71.

(2) *Inst.*, § 102.°.

Assim, diz Ruggiero, é necessário: 1) que a *ameaça* seja *verdadeira* e *séria*, e não simplesmente suspeita. Isto implica que o mêdo incutido seja fundado sôbre uma verosimil suposição, e que o mal ameaçado seja verdadeiramente projectado, não sendo porém necessário que seja iminente ou actual, mas podendo ser também futuro; 2) que a violência seja *injusta*, isto é, que seja ilegitimamente empregada, ou pelas relações em que se encontram as pessoas, ou em relação ao fim a que tende: ilícita não é, por exemplo, a ameaça feita pelo credor ao devedor de lhe executar os bens; mas sê-lo-ia se tivesse por fim obter o reconhecimento de uma dívida superior à real; 3) que o *mal* ameaçado seja *grave* ou *notável (timor majoris malitatis)*. Grave é de reputar em geral aquele que, em confronto com a declaração a extorquir, importa um dano maior que o da própria declaração, de modo que entre os dois sacrifícios a vítima escolhe o menor; 4) que o *temor* seja *razoável*, isto é, que não haja uma evidente desproporção entre o perigo ameaçado e a resistência que cada um pode opôr. Se a lei fala de violência capaz de fazer impressão sôbre uma pessoa sensata, é porque não exige a resistência de um *constantissimus homo*, como queriam os romanos, mas também não é suficiente o *metus vani hominis*. Por outro lado, a medida da proporção não pode ser

(1) O art. 1112.° do código italiano, como o do código francês, diz: «O consenso reputar-se extorquido por violência, quando esta é de natureza a fazer impressão sôbre uma pessoa sensata, e a poder incutir-lhe razoável temor de se expor a si ou aos seus bens a um mal notável. Atender-se há nesta matéria à idade, ao sexo e às condições das pessoas».

sempre dada pelo tipo abstracto do homem sensato: deve ser fornecida em cada caso concreto pelas condições particulares, atendendo à idade, sexo e outras circunstâncias. Esta proporção falta geralmente, mas também falta a violência, no chamado *temor reverencial*, naquele respeito intenso que leva muitas vezes as pessoas sujeitas à autoridade de outrem a praticar actos, que expontâneamente não praticariam. Contudo não pode excluir-se à priori que o *metus reverentialis* possa por vezes assumir a importância e a gravidade da *vis* verdadeira e própria, e por isso invalidar o consenso; 5) finalmente, que haja um nexo de causalidade entre a ameaça e a declaração, isto é, que aquela haja sido empregada para extorquir esta. O mêdo, embora razoável, provocado por um perigo natural ou por um facto humano extranho (naufrágio, terramoto, guerra) não tem lugar no conceito da violência: a declaração feita sob o seu impulso só poderá anular-se por outras causas, por exemplo, por ilicitude, se alguém se tiver aproveitado do perigo ou do estado de necessidade em que estava o declarante, para se fazer prometer alguma cousa (1).

Uma aplicação desta doutrina encontra-se no art. 684.º do nosso código comercial, dispondo que todos os contractos feitos emquanto dura o perigo do naufrágio podem ser reclamados por exageração e reduzidos pelo juízo competente, e determinando-se no art. 685.º os critérios para fixar os salários de salvação e assistência, disposições que devem generalizar-se a todos os casos em que serviços sejam prestados a pessoas em estado de necessidade (2).

(1) Ruggiero, I, pag. 238 e 239.
(2) Dr. Alves Moreira, I, pág. 431 e 432.

78. **A simulação.** — Como já observámos, a divergência entre a vontade e a declaração nos actos da vida social pode ter apenas um intuito didático, de gracejo ou de reclamo, ser uma simples representação teatral ou de pura vaidade e ostentação, ou então ter o fim especial de enganar as pessoas que da declaração tomem conhecimento, fazendo-as acreditar na aparência como se fôsse a realidade. É o que se chama a simulação. A simulação, diz bem o Dr. Beleza dos Santos, é uma das formas que a mentira reveste, e, da mesma maneira que a mentira, não se encontra apenas na vida jurídica, mas em todas as formas de actividade social. A cada momento, por diversos processos e com diferentes intuitos se simula, se dissimula, se mente. Finge-se muitas vezes uma aparência que não oculta realidade alguma, outras vezes desfigura-se a realidade e ostenta-se uma ficção com que se procura encobrir alguma cousa que existe, mas que se não quer revelar. No primeiro caso apenas se simula, no segundo simula-se para se dissimular.

É freqüentíssimo o uso dessas duas formas de simulação. Por isso ainda se poderia repetir o que já no século XVI Alvaro Valasco afirmava: *Materia simulationis est utilis et quotidiana et saepe in judiciis tractatur quia fraudis plena sunt omnia* (1).

Mas qual é nos actos jurídicos o verdadeiro conceito da simulação?

A dificuldade do problema resulta do diverso sentido e alcance que tanto os autores como as legislações atribuem ao facto da simulação.

E para se fazer uma idéa da profunda divergência de conceitos bastará notar que, emquanto

(1) Dr. Beleza dos Santos, *A Simulação*, pág. 61 e 62.

os escritores modernos são concordes em considerar como figuras jurídicas perfeitamente distintas a *simulação* e a *falsidade*, o código civil brasileiro equipara em grande escala a simulação à falsidade (1).

Por um lado o nosso código civil pode em certo modo justificar uma tal confusão, definindo os actos simulados no § único do artigo 1031.º:

> « *Simulado* diz-se o acto ou contracto, em que as partes declaram ou confessam *falsamente* alguma cousa que na verdade se não passou, ou que entre elas não foi convencionada ».

Mas se atendermos a que esta disposição do código civil teve manifestamente por fonte a que se encontrava já nas ordenações, e a que na doutrina comum dos nossos antigos jurisconsultos se atribui à simulação um conceito diverso da falsidade, devemos concluir que também no sistema do nosso código civil se não confunde a simulação com a falsidade (2).

---

(1) Diz o código brasileiro no art. 102.º: «Haverá simulação nos actos jurídicos em geral:

I. Quando aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas das a quem realmente se conferem ou transmitem.

II. Quando contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira.

III. Quando os instrumentos particulares forem antedatados ou posdatados».

(2) As Ordenações (liv. 4.º, tit. 71.º), depois de fazerem uma enumeração exemplificativa de diversos actos cuja simulação proíbem, dizem: «nem outros contractos que simulados sejam em que digam, declarem ou confessem simuladamente alguma cousa que na verdade entre êles nos tais contractos não seja contractada nem convinda».

(1) *Consultationes*, pág. 368.

Alvaro Valasco já definia a simulação: *Quadam machinatio per quam aliud exterius ostenditur, aliud vero intrinsecus intendunt partes* (1).

Coelho da Rocha (Inst., § 101.º), comparando a simulação ao dolo, dizia que ela se verifica quando uma das partes ou ambas dão aos seus actos uma aparência diferente do que êles são, por exemplo, afectando doação quando realmente vendem.

Correia Telles (*Dig. Port.*, I, art. 260.º) define contracto simulado aquele em que ambas as partes com malícia fingem um contracto que realmente não querem.

Ferreira Borges (*Dicionário jurídico comercial*, pág. 381) diz que a palavra simulação indica um concêrto ou inteligência de duas ou mais pessoas para darem a uma cousa a aparência de outra.

E assim se vê nìtidamente que na doutrina do nosso antigo direito já o verdadeiro conceito da simulação consistia precisamente no fingimento de um acto jurídico, como é também o do direito moderno.

Com efeito, segundo a doutrina dos modernos civilistas, a simulação no acto jurídico não é outra cousa senão uma declaração de vontade fingida; quer dizer: consiste em declarar que se quer uma cousa, que realmente se não quer, ou porque não se quer cousa alguma, ou porque se quer cousa diversa daquela que se declarou querer.

Se o acôrdo no fingimento é de todos os sujeitos que intervêm no acto temos a figura da simulação pròpriamente dita; se o fingimento da decla-

ração de vontade é só de uma ou algumas das partes, poderá ainda dizer-se que há simulação num sentido amplo, mas é pròpriamente a chamada reserva mental.

Para que haja a figura da simulação pròpriamente dita, é pois necessário que a divergência entre a vontade real e a declarada satisfaça aos seguintes requesitos: *a*) ser intencional; *b*) ter o intuito de enganar; *c*) ser o resultado de acôrdo de todos os que foram partes no acto jurídico (1).

E determinado assim o conceito da simulação, é fácil ver como ela não pode confundir-se com a falsidade, nem doutrinalmente, porque são conceitos diversos, nem no sistema do nosso código, que as distingue e regula diversamente.

A simulação é um vício da declaração da vontade, que consiste em não traduzir a declaração a verdadeira vontade dos declarantes; a falsidade é um vício do documento em que foram exaradas as declarações de vontade e os outros elementos constitutivos do acto jurídico, e consiste na falta de conformidade entre as menções contidas no documento é aquilo que efectivamente se passou ou declarou no acto da feitura do mesmo documento, nos termos dos n.os 1.º a 4.º do artigo 2496.º do código civil.

Pode por isso acontecer, e geralmente assim é, que o acto seja simulado, mas inteiramente verdadeiro o documento no qual êle foi exarado, desde que se tenha escrito com toda a verdade o que realmente se passou por ocasião da sua feitura ou celebração.

Para bem se fixar o conceito da simulação deve finalmente notar-se que, sendo seu elemento

(1) Dr. Beleza dos Santos, pág. 63 e seg.

essencial o intuito de enganar, não o é, porém, o intuito fraudulento ou intenção de prejudicar. Diz bem o Dr. Beleza dos Santos: «O *animus nocendi* não é um elemento essencial da simulação, mas sim o *animus decipiendi* (1).

É corrente a distinção entre simulação inocente ou lícita e fraudulenta ou ilícita, que se encontra já nìtidamente estabelecida na doutrina de alguns dos nossos antigos praxistas. E até alguns códigos, como o argentino e o brasileiro se referem à simulação lícita (2).

Pode simular-se com um simples intuito de ostentação para se mostrar uma fortuna que se não tem, ou por modéstia para se não revelar uma acção generosa, ou por interesse para promover o desenvolvimento dos próprios negócios, ou por precaução para evitar invejas e rivalidades que o acto dissimulado possa despertar, sem que em qualquer dos casos exista um propósito fraudulento.

Já os nossos praxistas indicavam como sendo desta natureza a simulação usada em certos contratos de casamento, fazendo-se figurar fictìciamente como dote uma quantia que realmente não fôra ou não seria paga, ou maior que a prometida ou paga, ùnicamente com o intuito de apresentar grandeza, simulando-se uma fortuna adequada à nobreza dos nubentes (*honoris causa* ou *ad pompam*), ou para evitar oposições ao casamento que se queria contrair (3).

(1) Dr. Beleza dos Santos, pág. 68.

(2) O código brasileiro diz no art. 103: «A simulação não se considerará defeito quando não houver intenção de prejudicar a terceiros, ou de violar disposição da lei».

(3) Dr. Beleza dos Santos, pág. 67 e 68.

Mas, se é certo que a simulação nem sempre é um acto ilícito ou fraudulento, entretanto como mentira que é, parece-nos que é sempre um acto mais ou menos deshonesto, e portanto reprovado por ser contrário às boas normas da moral.

Qual é, porém, o valor jurídico da simulação?

«A simulaçao, diz o Dr. Alves Moreira, tem ordinàriamente por fim, já lesar os direitos de terceiros, como no caso de se simular uma venda, para que os bens aparentemente alienados não possam ser executados pelos credores do vendedor, ou de se declarar um preço diverso do real, quando sôbre o preço da venda recaia a contribuïção de registo, para prejudicar o Estado, já realizar um negócio jurídico que a lei proïbe, como na hipótese de não se poder fazer directamente uma doação a uma determinada pessoa e ser feita aparentemente a um terceiro (interposta pessoa), ou no caso de ser proïbida a venda, como sucede entre os cônjuges, e se fazer aparentemente uma doação» (1).

Vê-se pois que a simulação se apresenta sob duas formas bem distintas: ou é *absoluta*, se a declaração de vontade é pura ficção, sendo certo que as partes não querem realmente praticar acto jurídico algum; ou é *relativa*, se as partes declaram realizar um certo acto, sendo certo quererem realmente um acto diverso, quer pela sua natureza, quer pelo seu objecto, quer pelas pessoas a quem diz respeito.

Na simulação absoluta há apenas o acto simulado ou aparente; na relativa há o acto simulado e o dissimulado.

(1) Dr. Alves Moreira, I, págs. 404 e 405.

Vejamos, pois, qual é o valor jurídico dêstes actos.

O acto simulado será absolutamente nulo ou inexistente, ou será apenas anulável ou rescindível?

Quanto à simulação absoluta, diz o Dr. Alves Moreira, estando os autores dela, como efectivamente estão, conscientes de que o acto simulado não deve produzir efeitos alguns jurídicos, a lei não pode nem deve atribuir-lhos (1).

Parece-nos porém insuficiente êste fundamento da ineficácia ou nulidade do acto simulado, pois, como já vimos, a eficácia da vontade nos actos jurídicos é, não sòmente a que as partes pretendam atribuir-lhe, mas também a que lhe confere a lei, ou seja, a vontade colectiva do Estado.

Consideramos mais jurìdicamente fundamentada a doutrina do Dr. Beleza dos Santos, dizendo que o acto simulado é nulo por *falta* dum elemento essencial dos actos jurídicos: a vontade real dos declarantes (Cód. civ., artt. 643.°, n.° 2.°, 647.°, 648.° e 684.° (2).

Na verdade, o princípio geral da ineficácia ou nulidade dos actos simulados impõe-se como lógica conseqüência da falta daquele essencialíssimo requisito da existência e validade dos actos jurídicos.

Mas as divergências, e profundas, surgem quando se trata de medir o alcance da nulidade.

Poderá a nulidade ser reclamada por quaisquer interessados, incluindo os próprios simuladores, ou sòmente pelos terceiros prejudicados pela simulação?

Pelo sistema do nosso código, que só regula

(1) Dr. Alves Moreira, I, pág. 405.
(2) Dr. Beleza dos Santos, pág. 319.

a anulação dos actos simulados com o fim de defraudar os direitos de terceiros (art. 1031.º), poderia parecer que só os terceiros prejudicados teem qualidade ou legitimidade para reclamar a nulidade. E neste sentido deve entender-se o código brasileiro, dizendo no art. 105.º que poderão demandar a nulidade dos actos simulados os terceiros lesados pela simulação, ou os representantes do poder público, a bem da lei, ou da fazenda. Mas é que no sistema do código brasileiro (art. 103.º) a simulação só é defeito precisamente quando tiver por fim prejudicar terceiros ou violar a lei.

Parece-nos porém que o art. 1031.º do nosso código não contém semelhante restrição, precisamente porque pode haver simulações sem intuito de prejudicar terceiros, e a nulidade de tais actos impõe-se também pela falta do elemento essencial das vontades.

O código naturalmente só regulou expressa e especialmente a anulação dos actos simulados em prejuízo de terceiros, por serem os interêsses dêstes que exigiam tal regulamentação.

Entendemos, por conseqüência, que a simulação pode ser alegada por todos aqueles que tenham interêsse em fazer declarar nulo o acto simulado, com excepção porém dos próprios simuladores.

Divergimos da opinião sustentada pelos nossos eminentes colegas Drs. Alves Moreira e Beleza dos Santos (1) que, seguindo a doutrina comum dos autores italianos, entendem que os próprios simuladores podem argüir a nulidade do acto simulado.

---

(1) Dr. Alves Moreira, I, pags. 405-407; Dr. Beleza dos Santos, pág. 370 e seg.

E entendemos que os simuladores não são admitidos a argüir a simulação, pelas seguintes razões:

a) Os actos simulados são geralmente celebrados por meio de documento autêntico, ou pelo menos de documento particular legalizado ou legalizável nos termos do art. 2432.º; ora tais documentos (art. 2426.º e 2432.º) fazem prova plena, *quanto à existência do acto* a que se referem, excepto naquilo em que possam envolver ofensa de direitos de terceiro, que não fôsse parte no mesmo acto;

b) o art. 692.º do código civil, consagrando o velho princípio *nemo auditur turpitudinem propriam allegans*, abrange certamente os actos simulados, pois estes, se nem sempre são actos criminosos, teem em todo o caso por causa ou fim um facto *reprovado*, como se diz naquele artigo; e não nos parecem convincentes as razões expostas por aqueles eminentes professores e jurisconsultos para demonstrar que o referido artigo não é aplicável aos actos simulados;

c) A imoralidade de um dos simuladores se poder locupletar à custa do outro tem o seu equivalente na imoralidade resultante de se favorecerem as simulações dando aos simuladores a garantia de a todo o tempo poderem desfazer o acto simulado; e foi por isso que o código brasileiro expressamente determinou no artigo 104.º que os simuladores nada poderão alegar em juízo, quanto à simulação, um contra o outro ou contra terceiros.

Dado o princípio da nulidade do acto simulado, surge a questão importante e grave de saber se esta nulidade é de natureza a invalidar a adquisição que terceiros de boa fé hajam feito de qualquer cousa do objecto do mesmo acto.

Entendem os Drs. Alves Moreira e Beleza dos Santos, também na orientação da doutrina italiana, que a nulidade do acto simulado não pode ser

oposta aos terceiros de boa fé, subsistindo em relação a estas a eficácia jurídica do acto (1).

Também não podemos concordar com esta doutrina, em face do sistema do nosso código.

De jure constituendo poderíamos conformar-nos com tal doutrina, embora não pareça muito razoável admitir que o mesmo acto jurídico seja nulo em relação a uns e válido em relação aos outros, porque muitas vezes os adquirentes de uma cousa não podem averiguar se na série das transmissões anteriores teria havido alguma simulada; e por isso a boa fé dos sucessivos adquirentes merece bem a protecção da ordem jurídica.

Mas *de jure constituto*, em face do nosso código, parece-nos insustentável aquela doutrina, pois nêle não há preceito algum que a estabeleça ou confirme, mas há preceitos que a contradizem.

O preceito da rescisão dos contractos (art. 697.°) e o da evicção (art. 1046.°) mostram claramente que, decretada a nulidade de um acto simulado, a situação jurídica de qualquer terceiro, que de boa fé haja adquirido uma cousa objecto dêsse acto, é precisamente a do evicto, que tem direito a ser indemnizado pelo transmitente, mas não a conservar a cousa, que pertence àquele que a alienou pelo acto simulado.

Mas há mais. O preceito do art. 1037.°, garantindo o adquirente de boa fé contra a rescisão dos contractos verdadeiros celebrados em prejuízo dos credores, logo a seguir à regulamentação dos contractos simulados, mostra claramente que o código não admite igual garantia contra a anulação dêstes contractos.

(1) Dr. Alves Moreira, I, pág. 405; Dr. Beleza dos Santos, pág. 380 e seg.

Quanto à simulação relativa, aplicam-se os mesmos princípios ao acto aparente; mas o acto dissimulado será válido ou nulo, conforme de per si mesmo, considerado independentemente da simulação, tiver ou não os necessários requisitos ou elementos essenciais de validade.

Como diz o Dr. Beleza dos Santos, a simulação reveste-o apenas de uma aparência inconsistente; retirada ela, fica o acto real com as mesmas condições de vida que teria se o acto que o dissimula não existisse. E portanto ao acto dissimulado e só a êle se deve atender, e não ao acto aparente, em harmonia com a regra romana: *plus valere quod agitar, quam quod simulate concipitur* (1).

79. **A teoria positiva da divergência entre a verdadeira vontade e a declaração.** — Depois de termos examinado os principais casos típicos de contradição ou discordância entre a vontade real e a declaração nos actos jurídicos, será mais fácil verificar se há alguma teoria ou princípio que inspire ou justifique as soluções a adoptar sôbre o valor jurídico dos actos em que se dê tal divergência entre a verdadeira vontade e a sua manifestação ou declaração.

A primeira conclusão a tirar daquele exame dos diferentes tipos de divergência entre a vontade e a declaração é que nenhuma das teorias propostas para a solução do problema (teoria da vontade real, da declaração, da culpa *in contrahendo*, da confiança e da responsabilidade) é de per si só suficiente para o resolver, como já tinhamos entrevisto na exposição dessas diferentes teorias e na

(1) Dr. Beleza dos Santos, págs. 341 e 342.

sua aplicação às declarações de vontade destituídas de seriedade (supra, n.º 71 e 72).

Desde que a eficácia do acto jurídico só pode ser o produto de uma vontade verdadeira, isto é, livre e consciente, e claramente manifestada, é evidente que *vontade real*, verdadeira, e a sua declaração em forma legal, são dois elementos ou momentos conjugados e essenciais para a existência da vontade jurídica. Daí resulta lògicamente que a teoria positiva sôbre a divergência entre a vontade e a declaração tem de ser necessàriamente a combinação dêstes dois momentos da vontade jurídica.

E portanto o princípio geral aplicável em caso de contradição ou discordância entre a verdadeira vontade e a sua declaração é naturalmente o da nulidade do acto praticado em tais condições.

E tal é, com efeito, como vimos (supra, n.º 72-78) a sanção da nossa lei.

Casos há, porém, em que, embora se verifique de facto divergência entre a vontade e a declaração, os interesses da ordem jurídica reclamam a subsistência do acto jurídico, fazendo-se prevalecer a declaração formal, estabelecendo-se por assim dizer uma presunção absoluta de conformidade da declaração com a vontade real.

E nem faz excepção a êste princípio a validade do acto dissimulado, porque êste só é valido se a vontade real tiver também sido claramente manifestada.

80. **Efeitos do acto jurídico para com as partes e para com terceiros. O registo.** — Em regra o acto jurídico é realizado no interesse exclusivo das pessoas que nêle intervéem ou a favor de quem êle é celebrado; é destinado a estabelecer ou regular certas relações jurídicas entre as próprias partes.

Daí o dizer-se que os actos jurídicos não teem eficácia relativamente a terceiros que a elas sejam

extranhos, como se dizia já na regra romana — *res inter alios acta aliis neque prodesse neque nocere potest*.

Mas a verdade é que o princípio romanista não tem razão de ser no direito moderno, pois, como justamente observa o Dr. Alves Moreira, os negócios jurídicos podem, pela natureza dos direitos que dêles derivam, quando tenham de ser reconhecidos por todos, exercer uma influência indirecta e mediata em relação a terceiros, e há actos jurídicos que, pelo seu fim e conseqüências que dêles derivam, podem prejudicar pessoas que a êles sejam estranhas, tendo assim eficácia em relação a elas (1).

Sendo assim, é intuitiva a necessidade reclamada pela ordem jurídica de dar publicidade aos actos susceptíveis de produzir efeitos para com terceiros, sob pena de tais efeitos não se considerarem produzidos, emquanto não forem cumpridas as formalidades destinadas a levá-los ao conhecimento de todos os interessados.

O meio mais prático de dar publicidade aos actos jurídicos é a instituição do registo, ou seja a sua inscrição em livros existentes em repartições públicas, onde todos podem requerer as certidões necessárias para se informarem sôbre a situação jurídica das pessoas ou das cousas, em cujo conhecimento tenham legítimo interesse.

Para êste fim existem várias espécies de repartições de registo, sendo as principais as conservatórias do registo civil, nas capitais dos distritos, com as repartições a elas subordinadas nos concelhos e em muitas freguesias, e as conservatórias do registo comercial e do registo predial.

---

(1) Dr. Alves Moreira, I, págs. 5[illegible]

ÍNDICE

PRIMEIRA SECÇÃO

PESSOAS

CAPÍTULO I

Pessoas individuais

PAGS.

1. O conceito de personalidade. Pessoas individuais e colectivas 5
2. Princípio e fim da personalidade do indivíduo . . . 7
3. Condição jurídica do nascituro 21
4. Estado e capacidade civil 25
5. Estado de nacional ou estrangeiro. Aquisição e perda da qualidade de cidadão 32
6. Estado de família. A condição da mulher casada. O direito ao nome 53
7. Estado de sexo 71
8. Estado de idade 74
9. Estado físico e mental 79
10. Condenação penal e má conduta notória. Estado social 81
11. Domicílio 86
12. Prova e publicidade do estado das pessoas. Registo civil 96

CAPÍTULO II

Pessoas colectivas

13. Existência de pessoas colectivas. Desenvolvimento histórico do seu conceito jurídico 105

PÁGS.

14. Teorias sôbre o conceito e fundamento da personalidade colectiva 112
15. Elementos constitutivos da pessoa colectiva 126
16. Classificação das pessoas colectivas 137
17. Corporações e fundações ou instituïções 138
18. Pessoas colectivas públicas ou de direito público e privadas ou de direito privado. 142
19. Pessoas civis e eclesiásticas 154
20. Pessoas colectivas nacionais e estrangeiras 159
21. Classificação legal: pessoas morais e sociedades; perpétuas e temporárias 166
22. Corporações e instituïções que não são pessoas colectivas 178
23. Constituïção das corporações e instituïções 181
24. Organização das pessoas colectivas: estrutura interna e representação externa 197
25. Capacidade das pessoas colectivas. Principio geral e restrições 203
26. Funcionamento e transformação das pessoas colectivas 217
27. Extinção das pessoas colectivas. Destino do património 228

SEGUNDA SECÇÃO

COUSAS

CAPÍTULO III

Conceito jurídico e classificação doutrinal das cousas

28. Objecto dos direitos e cousas 241
29. Noção jurídica das cousas — Cousas e bens 247
30. Conceito jurídico do património. Patrimónios autónomos ou separados e colectivos. 250
31. Classificações doutrinais e legais das cousas. . . . 267
32. Cousas corpóreas e incorpóreas. Direitos sôbre direitos 268
33. Cousas consumíveis e não consumíveis. 272
34. Cousas fungíveis e não fungíveis 273

PÁGS.

35. Cousas divisíveis e indivisíveis 275
36. Cousas principais e acessórias. Pertenças, frutos e bemfeitorias. 278
37. Cousas apropriadas e «nullius» 287
38. Cousas presentes e futuras 288
39. Cousas simples e compostas. «Universitatis facti e universitatis juris» 290

CAPÍTULO IV

Classificação legal das cousas

40. Cousas no comércio e fóra do comércio 297
41. Cousas móveis e imóveis. Conceito e alcance desta classificação. 301
42. Sistema do código na determinação dos imóveis e dos móveis. Subdivisão de uns e outros. 303
43. Significação das expressões imóveis e imobiliários, móveis e mobiliários 307
44. Significado da expressão «móveis de tal casa ou prédio» 310
45. Imóveis por natureza e mediante a acção do homem — prédios rústicos e urbanos 315
46. Imóveis por disposição da lei — produtos dos prédios rústicos 321
47. Partes integrantes dos prédios rústicos e urbanos. . 327
48 Direitos inerentes aos prédios rústicos e urbanos . . 330
49. Fundos consolidados e outras cousas por lei imobilizadas 334
50. Cousas móveis. Suas espécies 339
51. Cousas públicas, comuns e particulares. Fundamento desta classificação 340
52. Noção e caracteres distintivos das cousas públicas, comuns e particulares 343
53. A questão da propriedade das cousas públicas e comuns. Domínio público 347
54. Enumeração das cousas públicas 362
55. Baldios municipais ou paroquiais 365
56. Cousas particulares ou do domínio privado 367

TERCEIRA SECÇÃO

FACTOS JURÍDICOS

CAPÍTULO V

Factos jurídicos em geral

PÁGS.

57. A teoria e a classificação dos factos jurídicos . . . 371
58. Conceito do acto jurídico. Preferência da terminologia tradicional sôbre a denominação de negócio jurídico 375
59. Elementos dos actos jurídicos. 383
60. Classificação dos actos jurídicos. 385
61. Adquisição, modificação e perda ou extinção de direitos. Sucessão 394
62. Actos jurídicos que importam alienação ou renúncia 399
63. O tempo como facto jurídico. Fixação e cômputo. . 409

CAPÍTULO VI

A eficácia da vontade nos actos jurídicos

64. Formação e manifestação do acto volitivo de carácter jurídico 416
65. Formação e conclusão dos actos jurídicos. Forma da manifestação ou declaração da vontade 418
66. Formas mais ou menos solenes ordenadas por lei ou por vontade das partes 424
67. A representação nos actos jurídicos 430
68. Interpretação dos actos jurídicos 443
69. Objecto ou conteúdo dos actos jurídicos 450
70. A causa nos actos jurídicos 461
71. O problema da contradição ou discordância entre a vontade e a sua declaração. Teorias 472
72. Inexistência de vontade real, por falta absoluta ou por falta de seriedade. Reserva mental 480
73. Teoria do êrro: êrro na determinação da vontade ou êrro-vício e êrro na declaração ou êrro-obstáculo; êrro essencial e acidental; êrro de direito e de facto 485

PÁGS.

74. Êrro sôbre as qualidades do objecto: lesão e vícios redibitórios 502
75. Êrro geral e comum 506
76. Êrro causado por fraude: dolo e ma fé. 508
77. A coacção. 513
78. A simulação 517
79. A teoria positiva da divergência entre a verdadeira vontade e a declaração 527
80. Efeitos do acto jurídico para com as partes e para com terceiros. O registo. 528