LIÇÕES DE DIREITO CIVIL

Prof. CABRAL DE MONCADA
Da Faculdade de Direito de Coimbra

LIÇÕES DE DIREITO CIVIL

(PARTE GERAL)

1931-1932

"ATLÂNTIDA" — Livraria Editora
R. Ferreira Borges, 108 a 111
COIMBRA — 1932

Composto e impresso nas oficinas da «Atlântida»
Rua do Ferreira Borges, 108-2.º — COIMBRA

INTRODUÇÃO

A terceira cadeira do actual curso jurídico, tem por fim familiarisar o estudante com os principios fundamentais do direito civil e chama-se porisso cadeira de *Noções fundamentais do direito civil.* A aquisição destas noções constitúi, pois, o indispensável pressuposto para o estudo das restantes cadeiras e cursos do direito privado em geral, e em especial do civil, que figuram igualmente no quadro dos nossos estudos jurídicos e se chamam também, como é sabido: *a cadeira de obrigações* (2.º ano), a de *direitos de família e sucessões* (4.º ano) e ainda o curso de *direitos reais* (3.º ano) e a cadeira de *direito comercial* (4.º ano).

Por outro lado, se é grande e estreita a ligação desta cadeira com tôdas as restantes que acabo de indicar, não quero deixar de pôr também em evidência a sua íntima ligação com a cadeira de *História do Direito Romano.* Pode dizer-se que assim como a cadeira de *Noções fundamentais* serve de introdução ao estudo das outras referidas, assim a cadeira de romano é a natural introdução ao estudo daquela, e portanto também ao estudo destas — e portanto também ao estudo de todo o direito civil — visto que, como é por demais sabido, a base dogmática e o sistema construtivo teórico do nosso direito civil moderno continua ainda a ser, na sua maior parte, o velho direito de Roma.

É porisso que eu me sinto feliz por poder reunir êste ano estas duas cadeiras, que reputo as mais importantes no quadro geral dos nossos estudos, para a formação da cultura jurídica dos senhores estudantes no início da sua carreira, esperando poder colocar o estudo do direito romano mais ao serviço do estudo do direito civil moderno e assim, mantendo porventura mais vivo o interesse daquele, fecundar o mais possível o estudo do segundo com o ponto de vista histórico do primeiro.

Estas simples considerações visam apenas a mostrar toda a excepcional importância que, no ponto de vista pedagógico, reverte a favor destas duas cadeiras, cujo estudo bom ou mau, dedicado ou negligente, será em qualquer caso decisivo — creio bem — para o aproveitamento final nos seus estudos jurídicos.

*

* *

Uma outra advertência devo dirigir ainda aos senhores estudantes, antes de entrar pròpriamente na matéria destas lições. Não se pode começar a tratar do *direito civil* sem se saber primeiro o que é o direito em geral. Para se saber, porém, o que é o direito em geral, torna-se necessário por sua vez tomar um prévio contacto com um certo número de outras noções eminentemente abstractas, embora muitas delas simples e fáceis de assimilar, mas que pertencem antes mais à chamada Filosofia do direito do que ao estudo positivo do próprio direito. Estão neste caso, por exemplo: a própria noção de direito, a da distinção dêste em direito objectivo e subjectivo, a da separação do direito da moral, a noção de direito natural, a de fontes de direito, de relação jurídica e seus elementos, etc.

Ora, como não existe actualmente uma cadeira apropriada e independente para nela se fazer o estudo dessas noções

mais filosóficas, que servem de armadura e de base a todo o estudo científico do direito, forçoso se torna por isso fazer a sua exposição um pouco avulsamente nas outras cadeiras fundamentais e, antes de mais nada, nesta nossa, por ser ela, como disse já, uma cadeira de introdução e propedêutica no estudo de todo o direito privado moderno.

Mas precisamente aí é que está o perigo com relação ao qual me permito fazer uma advertência.

O estudante que pela primeira vez aborda o mundo do direito não traz, em regra, como a experiência demonstra, uma forte preparação dos estudos secundários.

Assim, êle encontra-se geralmente, as mais das vezes, em presença de dificuldades que freqüentemente não sabe vencer e lhe são depois funestas durante todo o seu curso. A maior dessas dificuldades consiste no carácter demasiadamente *abstracto* do comum das noções com que logo de entrada tem de lidar. Ora o direito é uma ciência toda feita de abstracções, de conceitos abstractos e delicados, ligados uns aos outros por uma lógica *sui generis*, e se essas noções abstractas, êsses conceitos básicos e essa lógica não forem devidamente assimilados e rigorosamente definidos desde o princípio, daí resultará necessàriamente uma quási invencível dificuldade no compreender os princípios fundamentais do direito civil e mesmo até os de todo o sistema da ciência jurídica.

Êste o perigo. Para o evitar, é que eu me permito chamar desde hoje a atenção dos senhores estudantes para êste facto, ao mesmo tempo que prometo insistir, durante todo êste curso, na definição quanto possível rigorosa dêsses conceitos e noções, procurando familiarizá-los com êles o mais possível e ao mesmo tempo insistindo sobretudo naqueles cujo valor prático fôr mais indubitável.

É preciso que nos convençamos de que a estrutura lógica e a anatomia de todo o sistema orgânico de idéas que formam as diversas ciências do espírito — e a ciência do direito é uma delas — não podem deixar de ser

eminentemente filosóficas e que tôdas as chamadas *noções fundamentais* do direito civil não teem outro carácter.

*

* *

E finalmente, quero ainda apresentar-lhes, desde hoje, o plano metódico, o sistema e a ordem dos principais assuntos que teremos a versar e que constituirão assim os principais capítulos e divisões da matéria dêste curso, cuja contemplação, como a dum índice, deve achar-se sempre presente no espírito do estudante em todos os momentos do seu estudo. Só assim êle poderá conservar firme nas mãos do entendimento a idéa geral de conjunto no meio da variedade das questões e problemas de que terá de ocupar-se.

Ora êsse plano ou índice abrangerá o estudo de:

CAP. I — *O Conceito de Direito*
CAP. II — *Das Fontes de Direito*
CAP. III — *Da aplicação e esfera de acção do direito*
CAP. IV — *Da Relação jurídica e seus* elementos.
§ 1.° — *Dos sujeitos de direito*
§ 2.° — *Do objecto do direito*
§ 3.° — *Dos factos e actos jurídicos*
§ 4.° — *Do exercício e da defesa dos direitos.*

É a tôdas estas matérias que geralmente se dá o nome de *Parte geral* no estudo do direito civil, a única que rigorosamente e em boa pedagogia cabe dentro desta cadeira, como objecto de estudo teórico e propedêutico.

O estudo do sistema dos diferentes direitos mais concretos e especialisados das pessoas na sua vida civil, porém, como são os direitos chamados *direitos de família*, os direitos de crédito ou *obrigações* e os *direitos reais*, assim como os da *sucessão*, êsse constitúi antes objecto da chamada *Parte Especial* do direito civil e tem porisso o seu lugar apropriado nas cadeiras do 2.°, 3.° e 4.° ano.

Sem dúvida — é preciso observar — tôdas as diferentes partes do mundo jurídico se acham estreitamente ligadas umas às outras, não sendo senão as nossas abstracção e imaginação intelectual que as separam, em obediência a exigências lógicas e metodológicas. Na realidade da vida o direito é uno. Os factos e as noções estudadas na *Parte geral* fluem constantemente nos factos e nas noções estudadas na *Parte Especial;* é aí que êles se valorisam e se tornam realidades. Como é na *Parte Geral*, por outro lado, que se intelectualisa mais intensamente a teoria que palpita nas construções da *Parte Especial*.

Quere isto dizer que no estudo desta cadeira, mesmo delimitado o seu objecto nos termos em que vimos de o fazer, será forçoso a cada passo fazer incursões no objecto da *Parte Especial* que, assim, não pode inteiramente ser esquecida, sob pena de o nosso estudo se tornar um estudo de pura lógica jurídica, feito o vácuo em tôrno das realidades do direito.

Ora para evitar isso e assim fugir a um grau de abstracção no nosso estudo, que prejudicaria irremediávelmente o espírito e a compreensão dos senhores estudantes, é que eu procurarei também ir, desde já, familiarizando-os ao mesmo tempo com a noção das diferentes instituïções jurídicas da *Parte Especial*, mas reservando sobretudo para isso o trabalho das *aulas práticas* e o desenvolvimento paralelo da cadeira de romano.

Procedendo desta maneira, parece-me emfim que evitaremos o escôlho dum ensino demasiadamente abstracto das *noções fundamentais* do direito civil, feito nesta cadeira, sem o estudo paralelo, mais concreto, da vida dos diferentes ins-

titutos dêsse direito, e não incorreremos, pelo outro lado, no perigo de também fazermos dela uma antecipação extemporânea do estudo das outras cadeiras com sacrifício das mesmas noções fundamentais que são comuns a tôdas elas.

Serão êsses, pois, o critério e a preocupação com que vamos iniciar o estudo das noções fundamentais do direito civil.

PARTE GERAL

CAPÍTULO I

O conceito de direito. ¿Que é o direito?

A) O direito objectivo

SUMÁRIO: 1. Normas de conduta; noção geral. 2. As normas jurídicas e seus caracteres; o *direito objectivo*. 3. O Direito e a Moral. 4. Direito Positivo e Direito Natural. 5. A Justiça e a Equidade. 6. Classificação das normas jurídicas. 7. A ciência do direito: os princípios ou dogmas jurídicos; disposições jurídicas, institutos jurídicos; a Ordem jurídica.

1. Se quisermos achar uma noção de direito sôbre a qual todos estejam de acôrdo, poderemos começar por dizer que o direito não é mais do que uma norma, ou um *sistema de normas, reguladoras da actividade, ou de certas formas da actividade humana, na vida social.*

Os homens em sociedade obedecem a normas. Norma quere dizer o mesmo que regra, lei. Estas leis não são, porém, o mesmo que as chamadas «*leis naturais*» ou científicas, a que todos os sêres obedecem, inclusivè o homem, cègamente, passivamente, sob uma impulsão exterior, como a da pedra que cai ou a do líquido que toma a forma do recipiente.

Sabido é que o homem é também espírito; tem uma vontade consciente; é neste sentido um ser *autónomo*. Porisso as leis a que êle obedece na sua actividade consciente,

emquanto homem, isto é, emquanto sêr espiritual, são antes «*leis finais*», ou seja *regras* que êle a si mesmo se propõe em vista de *fins* que a sua inteligência concebe, querendo-os e auto-determinando-se por aquelas. Isto é: o homem não obedece só às *leis naturais;* obedece também a *normas;* é um animal de normas.

Ora, observando nós a vida do homem em sociedade, agora e em todos os tempos, fàcilmente notaremos que sempre tais normas e regras existiram, como um facto humano social e universal. A norma, as normas de conduta, são pois um facto *especificamente* humano, só próprio do homem, verificando-se onde quer que o homem exista ou viva em sociedade. É tão impossível conceber uma sociedade humana sem normas, e portanto sem direito, como é impossível conceber a vida sem o seu específico determinismo biológico ou a matéria sem o seu específico determinismo físico. As normas pertencem, portanto, ao reino do espírito, da consciência; ou, socialmente, ao reino da *cultura,* contrapôsto ao reino da *natureza.*

Sendo êste o primeiro resultado da nossa observação, quando consideramos o mundo humano e social, há, porém, uma segunda observação que logo se nos impõe também: e é a de que as normas de conduta, a que o homem vive sujeito, não são tôdas da mesma natureza. Há, com efeito, normas e normas. O reino do *normativo* é complexo e muito rico, como o da natureza. À primeira vista, sumàriamente, logo se distinguem várias espécies ou categorias de normas de conduta a que os homens dão o nome de, por exemplo: regras de moral, regras de índole religiosa, regras de cortezia, regras do código da honra, dos indivíduos, das classes, dos grupos, etc... E há, emfim, uma categoria a que dão o nome de *regras jurídicas* ou regras de direito. Tôdas estas normas tem de comum o serem regras de conduta; tôdas pressupõem uma vontade consciente; tôdas, emfim, envolvem um «*imperativo*» hipotético, não *categórico,* dirigido a essa vontade; e contudo são ou dizem-se diferentes — Pois bem:

¿que é o que caracteriza então as chamadas «normas jurídicas», o direito, e as faz distinguir das outras?

2. O que caracteriza as normas jurídicas não é, manifestamente — note-se bem — nem o seu fim social, nem a qualidade do seu imperativo. O seu fim social é, como em tôdas as normas de conduta social, o mesmo: facilitar as relações da convivência entre os homens (1). O seu imperativo é também em tôdas elas da mesma natureza, isto é, *hipotético:* — «faze isto, procede desta ou daquela maneira, se quiseres ser um homem honesto, ou agradável a Deus, ou conceituado na tua classe, no teu grupo, ou tido por uma pessoa educada, ou ainda, se não quiseres ser chamado aos tribunais» (2). ¿Que caracteriza então a «norma jurídica»?

Apenas isto, à primeira vista: a diferente natureza da sua sanção; ou melhor: *a particular natureza da reacção que provoca a sua não observância ou a sua violação pelos indivíduos.*

Com efeito, quem infringe uma regra de moral, provoca uma repulsa enérgica na consciência dos outros indivíduos, que, geralmente, se limita só a uma censura ou a uma dimi-

(1) Quando dizemos que o fim social de tôdas as normas é o de facilitar e promover as relações de convivência entre os homens, fazêmo-lo, claro está, vendo-as através dum critério exclusivamente positivo e sociológico. Se as encararmos através dum critério religioso e metafísico, porém, já assim não será a respeito de algumas. As normas religiosas e as morais que regulam os deveres do homem para com Deus e para consigo mesmo, não se acham subordinadas a nenhum fim social. Quere dizer: existiriam, mesmo que o homem não vivesse em sociedade.

(2) Dizendo que todo o imperativo é *hipotético,* adoptamos o mesmo ponto de vista. Só num ponto de vista religioso e metafísico, é lícito falar de imperativos absolutos e *categóricos* com um conteúdo preciso e determinado. A espécie de imperativo que na consciência nos diz que devemos praticar o bem, que devemos cumprir o dever, a-pesar do seu carácter de *categórico,* de incondicional, como êle surge na filosofia kantiana, não passa duma *forma* abstracta sem conteúdo concreto; não nos diz o que é o bem, o que é o dever *a priori.*

nuïção da estima pública ou particular; quem viola uma norma religiosa, pode cometer um pecado e perder a graça divina; quem desconhece um preceito de cortesia, pode passar por mal-criado com tôdas as conseqüências sociais do seu acto; a quem se desonrou, emfim, não se aperta a mão. Mas em todos êstes casos — note-se — a reacção contra o violador da norma não passa duma atitude interior, mais ou menos profunda, que tem o seu lugar na consciência dos outros indivíduos, ou na própria (remorso), ou ainda na duma divindade em que se acredita; nunca, porém, numa sanção organizada e aplicada pela mesma sociedade por intermédio dos seus órgãos. Ora, não assim no caso de violação das «normas jurídicas».

O violador da norma jurídica provoca uma reacção social mais enérgica, no sentido de ser a própria sociedade *organizada politicamente em Estado* quem intervem por meio dos seus órgãos, os tribunais, para reintegrar e satisfazer a ordem jurídica violada.

Ora, justamente, nesta intervenção dum elemento de obrigatoriedade coactiva, duma fôrça material, como meio de impôr o respeito de certas normas é que reside o elemento específico e diferenciador do «*jurídico*», ou seja, do direito como facto social (1).

(1) Note-se que há todavia nos domínios do «jurídico» normas que não são acompanhadas duma obrigatoriedade coactiva efectiva. Há direito não garantido. Mais: há ramos inteiros de direito que não são garantidos, a que falta êsse específico elemento diferenciador da coacção externa organizada. Exemplos: o direito internacional, o direito canónico. E então, ¿como resolver a dificuldade? ¿Negar-lhes emos o carácter de direito? Ou, ¿abandonaremos a coacção como elemento diferenciador do *jurídico?*

A resposta é simples. Poderá responder-se que o que é essencial à idéa de direito não é a existência duma coacção externa efectiva, mas a duma *tendência* para a organização duma coacção externa. O direito internacional ainda lá não chegou, mas é para lá que tende. Se êle tivesse desde já uma organização perfeita, nenhuma dúvida de que essa coacção o acompanharia, como ao direito interno. Quanto ao direito canónico, a sua natureza especial não lhe permite encontrar uma sanção coactiva idêntica à do direito civil, porque a sociedade para que êle vigora é também diferente da sociedade civil. Mas existe também nêle uma forma particular de coacção organizada a que correspondem os tribunais da Igreja. Por vezes mesmo, històricamente, não lhe tem faltado uma forma idêntica de coacção, quando êsse direito foi recebido nos países católicos ou incorporado no seu direito civil, tendo ao seu serviço os meios de coacção dos tribunais seculares.

Nem sempre, é certo, a norma jurídica exige, de facto, a intervenção dêsse elemento coactivo para obter o respeito dos seus imperativos. Felizmente para a sociedade, a maior parte das suas normas jurídicas são observadas e acatadas expontâneamente pelos indivíduos. A maior parte dos actos e das relações jurídicas entre os homens decorre, na vida real, graças à intervenção doutros móbeis e doutros fundamentos, suavemente, sem originar contestações e sem conduzir aos tribunais. Estas normas acabam também por reinar sôbre as consciências, como as da moral, sem necessidade de recurso à coacção. O hábito, a imitação, a própria conveniência ou o interesse, o apoio que lhes presta a moral, tudo isso contribui para dar à sua observância o carácter de expontaneidade. Mas basta que se saiba que a coacção existe *latente* nelas, existe aí potencialmente, e pode efectivar-se, se necessário fôr, dum momento para o outro, para que possamos ainda caracterizá-las segundo êsse aspecto *eventual*.

Ora, sabido o que é o «normativo jurídico», o que são as normas jurídicas, como categoria especial das normas de conduta, não será difícil agora determinar os seus restantes caracteres e, emfim, chegar ao conceito mais rigoroso do que seja o Direito objectivo, considerado como facto social, exterior a nós, e susceptível de ser recolhido na observação empírica, como qualquer outro facto.

As normas jurídicas, como tôdas as normas, segundo dissemos já, contém um *imperativo*, isto é, uma ordem, dirigida a alguém, ou aos indivíduos ou aos próprios órgãos do Estado, aos tribunais, aos juízes. Quer se trate de normas

que ordenem expressamente alguma coisa *(imperativas)*, quer de normas que proíbam *(proibitivas)*, quer de outras que facultem *(permissivas)*, ou que simplesmente declarem *(declarativas)*, sempre nelas existe, mais ou menos expresso ou encoberto, um imperativo. Êste imperativo, essência da norma, destina-se sempre a uma generalidade de indivíduos ou de vontades, prevendo certas situações em abstracto, que podem dar-se, e cuja natureza de *gerais*, de situações gerais, é também manifesta. O conceito de norma é assim por natureza lógica, como o de lei natural, um conceito abstracto e geral. Assim como se diz que não há ciência do individual, assim pode dizer-se que não há norma do individual. O imperativo da norma não pode exgotar-se num acto ou situação única; não visa ao singular, ao individual duma dada situação, mas, pelo contrário, ao plural, ao complexo da vida nas suas repetições idênticas; aliás, o seu imperativo não seria o direito, mas sim o arbítrio. Dai, portanto, o dar-se também, como característica das normas jurídicas, a sua natureza de *gerais* e *abstractas*, o que aliás não é mais do que uma dedução da própria natureza lógica do conceito. Nesta circunstância, porém, as normas jurídicas não se diferençam de tôdas as restantes normas de conduta, como as da moral e as religiosas, visto que, repetimos, a abstracção e a generalidade se acham sempre contidas no próprio conceito de norma.

Finalmente, é a *sanção* uma outra característica da norma jurídica; não a idéa de sanção em abstracto, que também é comum a tôdas as normas, mas a duma determinada espécie de sanção em concreto, revestindo uma forma externa e, eventualmente, material e coactiva. Com efeito, um imperativo sem sanção externa não pode ser senão um preceito moral, mas nunca o elemento duma verdadeira norma jurídica.

Ora, definidos assim o conceito e os caracteres das normas jurídicas, o direito, considerado objectivamente (o direito *objectivo*), pode pois definir-se, completando a noção acima dada, como a *norma ou conjunto de normas reguladoras de certas formas de actividade humana na vida social, garantidas pelo Estado, mediante uma sanção externa*, ou simplesmente — visto que o conceito de direito se contém já no da norma jurídica — como o *conjunto e o sistema de tôdas as «normas jurídicas» vigentes numa sociedade.*

3. Nas considerações que ficam expostas àcêrca das características do «jurídico», já se evidenceia a existência duma distinção entre Direito e Moral. A natureza da sanção e o particular modo por que se dá a reacção colectiva contra o violador dum ou doutra, são diferentes. Mas esta distinção é a-final ainda uma distinção superficial e fortùita; não é uma separação absoluta. Se derem às normas morais uma sanção externa com uma intervenção da autoridade do Estado, elas tornar-se hão jurídicas; se retirarem às normas jurídicas essa sanção que as caracteriza, elas passarão fàcilmente à categoria de normas de moral. Portanto, nenhuma diferença substancial entre moral e direito pode extrair-se do critério pôsto acima. E com efeito, muitas vezes se tem visto certas normas puramente morais passarem a ser jurídicas, e vice-versa, segundo o desenvolvimento da civilização, sem que, especulativamente, possa traçar-se uma fronteira definida entre elas. Ora ¿não haverá entre a Moral e o Direito uma outra diferença mais profunda a separá-los?

É, certamente, muito difícil achá-la e o problema é daqueles que mais tem afadigado, desde há muito tempo, os filósofos do direito. Sem dúvida, outras diferenças existem entre estas duas espécies de normas de conduta. Assim, por exemplo, não deixa de ser também flagrantemente exacta a diferenciação entre elas, fundada no critério da *interioridade*. Isto é: a norma de moral visa — diz-se — o lado *interno* da vontade humana; a norma jurídica, porém, apenas o lado *externo*, tal como êle se manifesta exteriormente nos actos que se praticam. A moral só interessa a intenção do agente; é sôbre essa intenção, apreciando o acto, que recái

o seu juízo valorativo. Ao direito, porém, só interessa a correcção externa do acto, a sua conformidade aparente com a norma; é sôbre essa conformidade que recái o seu juízo valorativo, abstraindo de apreciar o valor moral intrínseco do acto e do seu agente. Por outro lado — diz-se também — a norma jurídica é *bilateral;* ao mesmo tempo que atribúi direitos a uns, impõe a outros obrigações, ao passo que a norma moral é *unilateral,* no sentido de impôr só obrigações e deveres a uns, independentemente de atribuir direitos a outros.

Tudo isto é exacto, e contudo não deixemos de notar que, muitas vezes, o direito se preocupa também com a intenção oculta do sujeito, para determinar os efeitos jurídicos do seu acto, como, por exemplo, acontece com a distinção entre o homicídio voluntário e o involuntário, ou com a matéria do êrro na declaração da vontade e a da anulação dos negócios jurídicos. Como também não deixemos de observar que, se é certo que a moral impõe só deveres, abstraindo dos direitos correspondentes, contudo não é menos certo que uma grande parte das normas jurídicas (justamente as de conteúdo ético) outra coisa não representa senão um reforçamento e garantia das normas da moral e o seu desenvolvimento, sob a forma da atribuïção de direitos aos indivíduos em face uns dos outros, como sujeitos de deveres e obrigações iguais.

Eu não creio porisso que exista uma separação absoluta entre a Moral e o Direito, num ponto de vista substancial e profundo. A moral e o direito distinguem-se, mas não se separam. O mundo do *normativo* ético-jurídico é afinal um só na sua essência, embora seja constituído por várias províncias diferentes. Tudo aquilo que podemos dizer àcêrca da delimitação dessas províncias *(ética religiosa, ética social, juridicidade pura)* é sempre, necessàriamente, o resultado de as olharmos através de pontos de vista muito incompletos e superficiais. Com efeito, quer as distingamos através do fim social em vista, quer através da natureza «categórica» ou

«hipotética» do respectivo imperativo, quer através da especial natureza da sua correspondente sanção, o resultado é sempre o mesmo: uma distinção de superfície, assente num critério puramente descritivo e extrínseco.

Se quisermos todavía elevar-nos a um outro critério um pouco mais profundo, para fazer essa distinção, ainda o mais conveniente e eficaz parece-me ser o da natureza do *móbil* da actividade do agente, ao obedecer a essas diferentes espécies de normas. E então diríamos que, assim como, quanto às normas ético-religiosas, êsse móbil é a *fé* — a fé religiosa, a crença em Deus — assim, nas normas da moral social, êsse móbil é sobretudo a *caridade* desinteressada e o sentimento puro do dever; como nas jurídicas, emfim, o interesse; o sentimento do direito não é, com efeito, outra coisa senão o sentimento dos nossos interesses.

Não podendo entrar aqui em maiores desenvolvimentos, limitar-me ei, portanto, a dizer, por último, que o direito em frente da moral não é mais do que aquela parte do *normativo* social com relação ao qual, não sendo bastante confiar já na eficácia do móbil da fé, nem do móbil da caridade, para obter o seu respeito incondicional, o Estado decreta o seu reforçamento, juntando àqueles móbeis o móbil do interesse e o das sanções coactivas para o garantir. Assim se justifica a doutrina do chamado «*mínimo ético*». O direito é, *em parte,* êsse mínimo ético; isto é: o mínimo de moral social que se torna necessário reforçar com a protecção do Estado, acrescentando o móbil do interesse ao móbil dos valores morais da consciência; e, além disso, *em parte,* a regulamentação técnica, minuciosa, dêsse mínimo de exigências indispensáveis à convivência social para conseguir um equilíbrio de interesses.

4. Um outro problema que surge a propósito do conceito de direito e se acha estreitamente ligado com o das relações entre o direito e a moral, é o problema do *direito natural.*

O conceito de direito natural opõe-se ao de direito positivo, entendendo-se por *direito positivo* o direito de facto reconhecido e vigente numa determinada sociedade. Só o direito positivo, conjunto das normas jurídicas que vigoram numa certa sociedade, é que constitúi um *facto positivo*, observável cientificamente. Só dêle pode dizer-se tudo quanto atrás ficou dito sôbre as características do «jurídico». Pois bem: ¿e não haverá um outro direito além dêsse, acima dêsse, constituindo um ideal jurídico do qual os diferentes direitos positivos não são senão traduções mais ou menos imperfeitas, deformações históricas mais ou menos infelizes?

O problema, eminentemente filosófico, é tão antigo como a vida da humanidade culta. Os gregos e os romanos já se preocuparam com êle. A Idade-Média católica conheceu-o também. Mais recentemente, nos séculos XVII e XVIII, tal problema tornou-se obcecante, mesmo fora do pensamento católico. Depois, o positivismo anti-metafísico de parte do século XIX, pretendeu eliminá-lo. Hoje, porém, êle renasce com a nova infiltração das preocupações filosóficas e metafísicas no campo dos estudos jurídicos. Rodolfo Stammler foi, pode dizer-se, recentemente, o restaurador dêste conceito nos domínios da nova ciência do direito.

¿Como se põe o problema? — ¿Quais as soluções possíveis?

Antes de mais nada, deve notar-se que a expressão «*Direito natural*» é em si mesma incorrecta e contraditória. Se assentarmos em que o direito não pode deixar de ser, por definição, aquilo que já vimos que era: — «*um conjunto de normas de conduta garantidas por uma sanção do Estado*» — claro é que, como outras normas com tal sanção não existem afora as do direito positivo, segue-se que só êste é e pode ser direito. Quem diz direito, diz portanto, direito positivo; como, quem diz vida, diz vida orgânica; quem diz espírito, diz vida psíquica. Isto é: a *positividade* é da essência do *jurídico*. Portanto, a questão tem de pôr-se noutros têrmos. Do que se trata é de saber se não existem «*valores*» ou «*ideais*» jurídicos, com fundamento na consciência, tendo uma natureza *a-priori*, independentes da experiência, que não são «direito» em si mesmos, mas que serão susceptíveis de atrair o direito positivo, de o conformar, de o aperfeiçoar, comunicando-lhe um valor eterno, universal, humano, como o da razão. Isto é: não se trata de saber se existe um *Direito natural*, na ordem do «sêr», mas se pode e deve existir um direito natural, na ordem do «dever sêr», convertendo-se em *positivo*; isto é, se êle pode construir-se.

Ora, posta a questão nestes têrmos, é evidente que ela não pode ter solução independentemente das convicções filosóficas com que fôr abordada por cada qual. O que não queremos é deixar de pôr em toda a evidência como tal problema, dada a relação estreita que vimos existir entre o direito e a moral, não é a-final mais do que uma transposição no campo do *normativo jurídico* de idêntico problema no campo do *normativo ético* ou moral; isto é: ¿existirá, de facto, também uma moral natural, eterna, universal, expressão dum imperativo absoluto e categórico, revelando-se na consciência do homem? Claro que, se uma tal ética existe ou nela devermos crêr, é evidente que, pelo menos, o «mínimo ético» do direito não poderá fugir à mesma *absolutização* ou tendência para o absoluto universal que presidirá à vida dos valores da primeira. Caso contrário, se não há uma tal ética natural, com menos razão poderá conceber-se um direito natural.

Como se vê, a questão é complexa e foge por completo para fora dos limites da ciência, e especialmente da ciência jurídica, encaminhando-se para as altas regiões da filosofia e da metafísica, que não temos aqui que abordar *ex-professo*.

Eu tenho para mim que não há um direito natural, no sentido dum tipo único, natural e eterno, de instituïções jurídicas, de contornos definidos ou de *conteúdo material* preciso, deduzido da razão, e que se imponha ao legislador como modêlo ou paradigma das suas construções normativas,

válidas para todos os tempos e lugares. Não creio possível que um tal tipo de instituïções se deixe extrair, nem da razão humana, nem da íntima natureza das coisas ou das relações sociais entre os homens. Nem a razão é, afora as suas leis lógicas, abstractas, tão universal como se pensa; nem a natureza das coisas, afora aquilo que o próprio espírito nestas imprime, condicionando a sua compreensão, tão constante e imutável, como já se tem dito. De resto, as maneiras de interpretar e compreender essa natureza das coisas são quási infinitas na história da humanidade, tudo dependendo sempre do grau de inteligência e da especial posição do homem nas suas relações com elas. Não creio, portanto, que exista uma única instituïção jurídica — nem a família monogâmica, nem a propriedade privada, nem o govêrno monárquico, nem o republicano! — que possam considerar-se de direito natural. Neste sentido, pois, ou seja, no sentido dum direito natural de *conteúdo fixo*, como se usa dizer, entendo que devemos rejeitar em absoluto uma tal concepção.

Mas há uma outra concepção possível. Existem no espírito, na consciência, *a-priori*, certos ideais éticos, certos princípios morais de valor universal, e existem e existirão também sempre no espírito do homem, em todos os tempos e lugares, uma idéa e um sentimento inatos de justiça. O que seja a justiça, certamente não é fácil dizê-lo. Qual o conteúdo preciso desta idéa nas diferentes situações da vida, impossível determiná-lo em todos os casos. Mas sempre êsse sentimento se revelou numa revolta do espírito perante a não conformidade entre os factos e os referidos ideais éticos. Sem dúvida, êsses ideais, se os procurarmos na consciência e na história, são em pequeno número. Podem enumerar-se, por exemplo: o respeito da personalidade humana — o *neminem laedere;* o respeito pela palavra dada — o *pacta sunt servanda;* a atribuïção a cada um daquilo que lhe pertence — o *suum cuique tribuere*. Certamente, a aplicação dêstes critérios de valor no julgamento dos factos e das instituïções nem sempre conduz aos mesmos resultados e conclusões. Assim

é que certas instituïções que, em certos momentos, podem parecer justas à consciência, mesmo em face dêsses ideais, noutros também, em nome dêles, podem parecer injustas. O resultado da nossa valorização àcêrca delas depende sempre, em última análise, dos condicionalismos históricos e dos diferentes tipos de civilização a que êsses ideais se aplicam. Haja em vista o que se tem passado com a escravidão, a poligamia, a propriedade privada e a colectiva, etc. Mas, seja como fôr, o certo é que nunca êsses ideais deixaram de acompanhar, na sua expressão mais abstracta, a vida da consciência moral e de determinar nela o entrever dum certo tipo também abstracto de instituïções mais em harmonia com êles, na sua aplicação ao estado de civilização dum certo momento e dum certo povo. Ora isto é o bastante, portanto, para que possamos também crêr na existência dêsse pequeno número de princípios gerais de carácter ético que, projectados sôbre os diversos condicionalismos da vida social, não podem deixar de originar aí certos tipos e sistemas distintos, mas concretos, de instituïções, a que poderemos chamar outros tantos «direitos naturais» igualmente justos.

Não haverá, assim, um direito natural único, de *conteúdo fixo*, mas um direito natural múltiplo, de *conteúdo variável;* isto é, haverá vários direitos naturais, correspondentes aos diferentes tipos de civilização e às diferentes épocas históricas. O direito natural não será mais, emfim, do que um certo *critério directivo*, susceptível de cristalizar em formas e figuras variadas de justiça, consoante as diversas condições de civilização, cultura, tradições históricas e mais circunstâncias de tempo e de lugar dos diferentes povos (1). É aquilo,

(1) Êste modo de entender o *direito natural*, que fica expôsto no texto, habilita-nos a dar uma certa interpretação à expressão «princípios de direito natural» que se contém no art. 16.º do Código Civil. ¿Que valor deve ligar-se aí a essa expressão em face do nosso direito positivo? Segundo o autor do *Projecto* do código (vide Seabra, *A propriedade*, pág. 44, nota e), o direito natural é constituído pelos «*princípios imutáveis*

em suma, que êsse pequeno número de ideais é capaz de extrair, como instituïções, em cada momento histórico, do condicionalismo duma civilização.

5. Outro conceito dos domínios do direito que, freqüentemente, aparece confundido com o de direito natural, e ainda com o de justiça e o de moral, é o conceito de *eqüidade*.

Claro que êste conceito não pode significar o mesmo que direito natural; aliás aplicaríamos à sua crítica tudo quanto a respeito dêste último acabamos de dizer. Nem é o mesmo que a idéa de justiça, por ser esta um ideal muito formal e abstracto; nem o mesmo que a moral, por ser esta também, como vimos, uma norma geral e abstracta.

---

e necessários que emanam da relação entre os fins e os meios de existência de cada ser ou da própria natureza humana». Tal concepção é, porém, excessivamente abstracta para poder servir de critério ao juiz, ao ter de aplicar hoje, na falta de lei expressa, o direito natural. A mim parece-me que essa expressão deve ser tomada, como é opinião corrente, no sentido dos «*princípios gerais de direito*», sem quebra da concepção filosófica que defendo.

Entende-se por *princípios gerais de direito* os princípios que dominam as normas relativas a uma instituïção ou a determinado grupo de relações sociais e que, de facto, inspiram o sistema jurídico dessas relações; êstes princípios acham-se latentes no espírito delas. Ora é evidente que nesses princípios gerais se acham já incorporados os ideais éticos que constituem o conteúdo e a forma da consciência moral duma sociedade dum certo tipo de civilização, isto é, precisamente o seu *direito natural*. Tais ideais e princípios é que devem achar-se presentes no espírito do julgador, quando êste fôr chamado a julgar na falta de lei expressa, aplicando o «direito subsidiário», nos têrmos do art. 16.º — justamente os mesmos ideais e princípios que também dirigiram o legislador, ao formular as normas relativas aos casos que previu. Como escreveu Guilherme Moreira, vê-se que «interpretados assim os princípios de direito natural, que o nosso legislador sancionou como direito subsidiário, êsses princípios se confundem com os princípios gerais de direito, no sentido em que esta expressão é tomada pelos jurisconsultos». Cfr. *Instituïções do dir. civ. port.*, parte geral, págs. 32 e 33.

Ora a eqüidade — comquanto lhe seja inerente um carácter moral e contenha também uma alma de justiça, tendendo a achar pois, do mesmo modo, um fundamento na região dos conceitos filosóficos — contudo distingue-se de tudo isso por ser um conceito muito mais simples. A eqüidade não é mais, com efeito, do que um certo critério de aplicação e correcção do direito nas mãos dos juízes. Pode dizer-se dela aquilo que os romanos diziam do «direito pretório»; isto é, ela é aquilo que os juízes introduzem na aplicação do direito *vel adjuvandi, vel suplendi, vel corrigendi juris civilis gratia*.

O direito, segundo vimos já, é constituído por normas. Mas estas são muito gerais e abstractas. Regulam relações-tipos, segundo uma generalidade média de casos. Pode acontecer, porém, que a norma, em si mesmo justa, venha a tornar-se injusta na sua aplicação material a casos determinados, por virtude das circunstâncias especiais que os acompanham. Ora precisamente nestes casos, a eqüidade consistirá em suavisar o rigor da norma, adaptando-a às circunstâncias particulares do caso concreto. Pode assim chamar-se à eqüidade: o *critério particular da justiça de cada caso*.

Mas, se êste é o conceito de eqüidade, ¿qual deverá ser a amplitude da sua aplicação na mão dos juízes? Que valor prático atribuir a êste conceito em face do nosso direito positivo?

Claro que não basta ter o conceito abstracto de eqüidade. Se bastasse, e não houvesse limitações à sua aplicação, cairíamos então no arbítrio. Sempre que o juiz entendesse no seu modo de pensar que uma determinada norma, feita pelo legislador para certos casos em geral, não poderia aplicar-se sem violência às circunstâncias especiais do seu caso particular a resolver, poria de parte a norma e resolveria como entendesse. Seria isso o arbítrio em vez do direito. Seria a usurpação pelos juízes das funções do legislador, o que seria absurdo. Ora a verdade é que, segundo o nosso direito positivo, o juiz não pode deixar de aplicar a norma, tal como

ela é, sob o pretexto do *summum jus summa iniuria*, isto, é, de ela ser injusta para o caso ocorrente. Pelo contrário, o princípio oposto a êste: da *dura lex, sed lex*, é que se impõe antes aos juízes em face do nosso direito positivo. Os juízes portugueses não são os pretores romanos do período clássico, nem os juízes ingleses. ¿Que é, portanto, preciso saber àcêrca da aplicação do critério da eqüidade no nosso direito? Isto apenas: que só muito excepcionalmente é que os nossos juízes podem recorrer à eqüidade.

Segundo o nosso direito, o juiz *só* pode recorrer à eqüidade: ou quando é a própria lei que a isso o autoriza, deixando ao seu «*prudente arbítrio de julgador*» a regulamentação ou decisão do caso, ou quando, na falta de lei expressa, êle é remetido pelo art. 16.º para o *direito subsidiário*.

Quanto à primeira hipótese, não faltam as diposições legais em que ao juiz se deixa uma larga margem para a sua apreciação equitativa dos factos. Por ex., na apreciação da culpa no não cumprimento das obrigações contratuais do art. 717.º, § 3.º, ou na hipótese do art. 1232.º, relativo à fixação de alimentos do cônjuge sobrevivo.

Na segunda hipótese, porém, não havendo lei expressa e não sendo possível resolver a questão, nem pelo espírito da lei, nem pelos casos análogos previstos noutras leis, é o próprio código quem determina então, como critério geral e permanente, o recurso por parte dos juízes aos já referidos princípios do direito natural «*conforme as circunstâncias do caso*».

Ora o que não sofre dúvida é que — tenha-se a opinião que se tiver àcêrca do que deve entender-se por «princípios de direito natural — o juiz pode também aqui lançar mão do seu prudente arbítrio de julgador, adaptando sempre êsses princípios (já vimos quais) às particulares condições que o caso reveste e, portanto, temperando a decisão segundo o seu sentimento pessoal de eqüidade. Nisto se resumem, pois, o significado positivo e o alcance prático dos referidos conceitos de *direito natural*, de *justiça* e *eqüidade* e suas respectivas relações, tais como os encontramos no número das noções fundamentais do direito civil (1).

6. Se as normas de conduta, segundo vimos já, se dividem em várias províncias, uma das quais é precisamente o direito, também as *normas jurídicas*, por sua vez, podem ser de várias espécies e são susceptíveis de variadíssimas classificações. As classificações, na sua maior parte, são, como se sabe, mais ou menos artificiais, obedecendo a puras exigências lógicas do nosso espírito, para arrumar e melhor dominar as realidades de que se ocupa nas diversas ciências. E se isto é uma verdade em geral, é-o particularmente no domínio das ciências jurídicas, em que as realidades, objecto do seu estudo, não passam de puras abstracções. Ora a verdade é que há também normas jurídicas e normas jurídicas.

Entre as várias classificações destas normas, algumas há, porém, que, ao lado dum alto significado tradicional, alcançam um real valor de utilidade, não podendo por isso ser desconhecidas. É o que sucede, por exemplo, com as conhecidas classificações das normas jurídicas em: *a*) normas de *direito público* e de *direito privado*; *b*) normas de *interesse público* e de *interesse privado*; *c*) de direito *universal* e direito *local*; *d*) de direito *comum* e *excepcional*; *e*) *imperativas* e *facultativas*; *f*) *perfeitas* e *imperfeitas*, etc. ¿Qual o critério destas diferentes classificações e o seu significado?

---

(1) É conveniente notar que, ainda quando aplica um critério de eqüidade na sua decisão, o juiz não pode identificar êsse critério com o do seu puro arbítrio pessoal. Nesse caso ainda, o juiz deve procurar sempre um fundamento, o mais objectivo possível, já na natureza especial da relação jurídica que tem a julgar, já nos princípios gerais do direito positivo. Será isso muitas vezes difícil, mas só orientando-se nesse sentido é que êle poderá evitar o arbítrio e fugir ao subjectivismo dos seus sentimentos pessoais que, como tais, não podem nunca constituir uma fonte de direito subsidiário, segundo o sistema do nosso código.

a) A primeira classificação prende-se com a conhecida divisão de todo o direito nos dois grandes ramos de *público* e *privado;* coincide com ela.

Claro é que todo o direito existe para regular relações entre homens, a-fim de garantir e realizar certos interesses dêsses mesmos homens. Acontece, todavia, que umas vezes a *qualidade* dêsses interesses é uma e, outras vezes, outra. Por outras palavras: umas vezes, o interesse que se tem em vista proteger é um interesse geral, da comunidade como um todo organizado, um interesse *público;* outras vezes, é um interesse dos simples individuos ou cidadãos, como tais, como particulares, *uti singuli*, isto é, um interesse privado. Ora isto constitui um critério que já os romanos utilizaram para dividir todo o direito nos dois grandes ramos: *público* e *privado*, chamando-lhes precisamente *jus publicum* e *jus privatum*.

O primeiro é o constituido por tôdas as normas que visam a regulamentação dos interesses do Estado, no ponto de vista do interesse geral; o segundo, por tôdas aquelas que visam a regulamentação dos interesses dos particulares, no ponto de vista do interesse particular (1). Admitida esta divisão fundamental, consagrada assim por uma tradição de muitos séculos, teriamos depois, arrumados dentro do campo do direito público, como sub-divisões mais importantes dêle: o *direito constitucional* e o *administrativo*, o *criminal* e o *processual;* e, dentro do privado, os dois sub-ramos do *direito civil* e do *direito comercial* (2).

---

(1) Vide *Institutiones* de Justiniano, I, 1, 4: «... hujus studii duae sunt positiones, publicum et privatum. *Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum ius est quod ad singulorum utilitatem pertinet»* ...

(2) *Direito constitucional* é o que determina a organização fundamental do Estado, regulando as suas funções superiores e a coordenação dos seus diversos elementos. *Direito administrativo* é o que regula a actividade do Estado e a dos agregados territoriais e institucionais que o integram, nas suas relações entre si e com os cidadãos. O *direito criminal* ou *penal* é o

¿Será, porém, cientificamente rigorosa esta divisão do direito e, portanto, a das normas jurídicas, em públicas e privadas, fundada neste critério?

É evidente que não; porque, como se vê logo, o critério em que se funda a distinção entre as duas qualidades de interesses: públicos e privados, é tudo que há de mais artificial. Não há interesses exclusivamente públicos, nem interesses exclusivamente privados. O fim do direito, de todo o direito, é proteger e harmonizar simultâneamente todos os interesses. As normas ditas de direito privado obedecem manifestamente a um interesse público; e vice-versa, as de direito público não podem abstrair do interesse privado.

Logo a distinção é artificial.

Já se tem também pretendido achar o fundamento para a divisão do direito em público e privado, não na qualidade do interesse protegido, mas na dos sujeitos da relação jurídica Assim, seria direito público aquele cujas normas respeitam às relações jurídicas em que intervem como sujeito activo ou passivo o Estado, munido da sua autoridade soberana ou *imperium;* ao passo que seria direito privado o direito regulador das relações jurídicas em que só intervêm, como sujeitos, os simples particulares, ou ainda o Estado, mas na

---

que disciplina e garante a defesa da sociedade contra os actos individuais que a afectam na sua conservação, pela determinação dêsses actos e fixação das penas e meios preventivos correspondentes. *Direito processual* é o que regula a forma pela qual, nos tribunais, se fazem valer os direitos e se determina a sua organização e competência.

E, finalmente, é o *direito civil* o direito privado comum, regulador das relações pessoais e patrimoniais entre os individuos, e o *direito comercial* o direito privado especial, regulador da situação dos comerciantes e das relações que tem por objecto os actos do comércio. Isto pelo que toca aos grandes ramos do direito, consagrados pela tradição da jurisprudência e da legislação. Mas há muitos outros ramos de direito, como sub-divisões dos anteriores, como o direito eleitoral, o direito fiscal, o direito disciplinar, o direito do trabalho, etc

qualidade de particular, no mesmo pé de igualdade com os cidadãos.

Para nós é manifesto que êste segundo critério da qualidade dos sujeitos da relação jurídica oferece uma mais sólida consistência, para fundamentar a clássica divisão do direito em público e privado. Mas, de resto, tratando-se duma divisão tão fundamental e consagrada pela jurisprudência de todos os tempos, da qual difícil é prescindir ainda hoje no estudo do direito, parece-me que ainda o primeiro critério exposto, a-pesar do seu maior artifício, pode e deve ser também aproveitado para manter a divisão do direito em público e privado, como os romanos a entenderam. Bastará fazer uma pequena correcção no modo de entender a qualidade do interesse de que aí se fala, ao definir êste, definindo-o não já pelo seu carácter de exclusividade, mas de simples predomínio. E assim diríamos ainda, conservando o ponto de vista romano, que o direito privado é aquele cujas normas regulam relações em que o interesse defendido pertence *directa* e *predominantemente* aos indivíduos, como particulares, inclusivè ao Estado nessa qualidade; e que o direito público será aquele cujas normas regulam relações em que o interesse defendido é *directa e predominantemente* da comunidade ou do Estado, como um todo organizado.

b) Outra classificação das normas jurídicas, também da maior importância, é a das normas em normas de *interesse e ordem pública* e normas de *interesse privado*. É evidente o parentesco entre esta classificação e a anterior. Todavia esta segunda tem um alcance diferente. Com ela quere-se significar que há normas que, visando, embora predominantemente, um interesse privado (normas de direito privado), contudo *não podem ser derrogadas ou afastadas na sua aplicação pela vontade dos particulares;* e normas que, visando também interesses privados, *podem ser derrogadas ou afastadas na sua aplicação por essa vontade*, só vigorando quando os particulares não tenham expressamente manifestado a sua

vontade de fugir a elas. Isto compreende-se: as normas de interesse e ordem pública são também normas de direito privado, mas representam na esfera dêsse direito uma invasão ou projecção dum interesse público superior, impondo limitações à vontade dos particulares; ao passo que as outras, as de interesse privado, são puramente de interesse privado.

Exemplo: entende-se que as pessoas, quando se dispõem a casar, podem estipular antes da celebração do casamento, e dentro dos limites da lei, tudo aquilo que lhes aprouver relativamente a seus bens (art. 1096.º do Código Civil). Trata-se, evidentemente, duma norma de direito privado. E todavia há limites impostos a esta liberdade, como da própria lei ressalta. ¿Que limites são êsses? São precisamente os que resultam da consideração dum interesse público a invadir a esfera dos interesses privados. Assim, a mulher não pode, por ex., privar o marido, por convenção ante-nupcial, da administração dos bens do casal (art. 1104.º). Ter-se há por não escrita qualquer convenção que altere a ordem legal da sucessão dos herdeiros legitimários, ou os direitos e obrigações paternais e conjugais, consagrados por lei (art. 1103.º). Ora estas duas últimas disposições são, precisamente, normas de *interesse e ordem pública*.

As normas de puro interesse privado são, portanto, normas obrigatórias, mas a sua obrigatoriedade é apenas condicional. As partes podem afastar a sua aplicação por um acto da sua vontade. São simplesmente *supletivas* e *declarativas*. Assim, basta, por exemplo, que os nubentes adoptem qualquer regime matrimonial, quanto aos seus bens, fugindo à comunhão, para que logo fique afastada a aplicação das normas que disciplinam a comunhão universal como regime legal. Pelo contrário, as normas de direito privado, mas de *interesse público*, essas são absoluta e incondicionalmente obrigatórias. São um *jus cogens* e não podem ser afastadas na sua aplicação pela vontade das pessoas: «*privatorum pactis mutari non possunt*».

É evidente, depois do que dizemos, que as chamadas

normas de *interesse e ordem pública*, não obstante pertencerem ao campo do direito privado, todavia constituem aí — pode dizer-se — um segundo direito público, ou um direito público *secundário*, no sentido do primeiro critério, que atrás vimos, como fundamento para a tradicional divisão romana entre direito público e privado (1).

c) Uma terceira classificação das normas jurídicas é a das normas em normas de direito *universal* ou *geral* e de direito *local*. São as primeiras aquelas que se aplicam em todo o território dum Estado; são as segundas as que se aplicam só numa ou noutra região dêsse Estado. A distinção tem apenas êste alcance prático: é que, concorrendo normas de ambas estas espécies, as *locais* devem sempre prevalecer sôbre as *gerais* ou universais no território ou região a que dizem respeito. De resto, é só no campo do direito comercial que esta divisão alcança uma verdadeira importância, pois que é aí que, muitas vezes, se distinguem os usos locais dos gerais, mandando-se seguir os primeiros.

d) Também as normas jurídicas costumam classificar-se em normas de direito *comum* e normas de direito *excepcional*, singular ou anómalo.

Dizem-se de direito comum aquelas que, fundando-se nos princípios mais gerais do direito, se destinam a regular todo um conjunto normal e típico de relações sociais.

As segundas, de direito excepcional, são aquelas que

(1) É justamente êste conceito de normas de direito privado, mas de *interesse e ordem pública*, que ajuda a manter de pé e a conservar o conceito de direito público, no sentido dos romanos, fundado no critério do *quod ad statum rei romanae spectat*. Com efeito, o que determina o conceito de tais normas, contrapostas às de interesse privado, é precisamente o predomínio que nelas se manifesta duma preocupação do legislador com o interesse da colectividade, ou do Estado, e não a qualidade do sujeito da relação jurídica.

precisamente se desviam dêsses princípios gerais, contrariando as últimas conseqüências que de tais princípios deveriam lògicamente derivar. Referem-se a certas relações sociais que, por sua vez, também se desviam do tipo comum, assumindo uma índole especial. O direito *comum* é o direito dum *género* de relações jurídicas; o *excepcional* ou anómalo, o duma *espécie* dentro do género.

O exemplo mais frisante é o do direito civil, quando confrontado com o direito comercial. Êste último é, manifestamente, um direito excepcional ou singular, com relação ao direito civil. O direito civil é o direito comum que regula o conjunto normal, típico, das relações sociais do direito privado. O comercial, porém, regula um *sector* muito especial dessas relações, que são as que se estabelecem por virtude do comércio (1).

Deve notar-se que o critério em que se funda esta divisão das normas jurídicas nem sempre, porém, é fácil de definir com tôda a segurança e sem equívoco. Claro é que, adentro de todos os grupos mais ou menos vastos de relações jurídicas, há certos institutos ou grupos menos vastos, cujas normas especiais se afastam das normas do tipo comum em que entram, sem que constituam porisso um direito *excepcional* (2). Há, por exemplo, normas que regulam a

(1) Cfr. Alfredo Rocco, *Princípios de direito comercial* (trad. Moncada) págs. 52 a 60.

(2) Aliás, admitindo a relatividade sem limites dêste critério, teríamos, lògicamente, que considerar normas de direito excepcional, inclusivamente, aquelas que fixam o direito para casos *individuais*. Teríamos assim normas de *direito comum*, normas de *direito excepcional* e normas de *direito individual*, sendo êste o mais excepcional de todos os direitos excepcionais. Ora isto é inadmissível, em virtude do próprio conceito de *norma*, que reclama os conceitos de abstracção e generalidade. E portanto: as disposições relativas a casos ou relações concretas que se referem a pessoas ou coisas determinadas, não podem nunca constituir objecto de normas jurídicas, nem ser fonte de direito objectivo, mas simplesmente subjectivo, como os negócios jurídicos e as decisões judiciais. Estão neste caso, por exemplo,

matéria dos contratos, em geral, e normas que regulam as diferentes espécies de contratos, em particular, sem que estas últimas constituam direito *excepcional*. Aliás, com uma tal relatividade de critério, nunca mais seria fácil parar na distinção entre direito comum e excepcional, vindo a-final tal distinção a perder toda a sua utilidade prática. Ora é precisamente por esta razão que, para achar o conceito de *direito excepcional*, devemos sempre atender, não às particularidades técnicas de regulamentação de cada instituto, ou figura jurídica, dentro dum grupo mais vasto de relações jurídicas, mas à *índole especial* dos grandes grupos de relações sociais, que exigem, por razões de utilidade pública, uma regulamentação e um direito também excepcionais. E assim definido o direito excepcional, absurdo seria querer aplicar às suas normas e disposições gerais o princípio do art. 11.º do Código Civil, que estabelece que as *leis excepcionais* não podem ser aplicadas por analogia a nenhuns casos que não estejam especificados nas mesmas leis (1). A verdade é, pelo contrário, como ensina Coviello, que as próprias normas de *direito excepcional*, quando formem um sistema orgânico, são tão susceptíveis de aplicação por analogia, como as do direito comum, uma vez que se apliquem a casos não contemplados nelas, mas que entram na esfera de relações que êsse direito

as leis que conferem a um estrangeiro a qualidade de nacional, ou que reconhecem a capacidade jurídica a uma sociedade, etc.

(1) Art. 11.º Código Civil: «A lei que faz *excepção às regras gerais*, não pode ser aplicada a nenhuns casos, que não estejam especificados na mesma lei».

Como se vê, é preciso distinguir cuidadosamente entre o conceito de *normas de direito excepcional* e o conceito de leis que fazem «excepção às regras gerais», ou leis excepcionais em sentido lato. Ora só estas leis excepcionais, no sentido de leis que não são senão a aplicação de outras mais gerais a relações jurídicas particulares, é que são abrangidas pela doutrina do art. 11.º, ao proïbir a sua extensão por analogia; não, porém, as normas de direito excepcional dentro do sistema jurídico também excepcional a que elas pertencem.

excepcional regula e que foram subtraídas à do direito comum (1).

e) As normas jurídicas podem também classificar-se em *imperativas* e *facultativas*, consoante impõem ou simplesmente permitem uma certa conduta. As primeiras, porém, ou impõem uma atitude positiva, que consiste num *facere*, e chamam-se *preceptivas;* ou uma atitude negativa, que consiste num *non facere*, numa abstenção, e chamam-se *proïbitivas*. Tanto umas como outras são, em regra, normas de interesse público e todos os actos praticados contra as suas disposições envolvem porisso nulidade, a não ser nos casos em que a mesma lei ordene o contrário (2).

Diferentes destas são as normas *facultativas*. Estas nada impõem; não só não mandam que alguma coisa se faça, como não mandam que alguma coisa se não faça, apenas permitindo que se faça alguma coisa. À primeira vista, pode parecer que tais normas não contêm sequer «imperativo» algum e que, portanto, não são verdadeiras normas jurídicas. Isto não é, porém, verdade. As normas facultativas contêm também um «imperativo», pois que, no fundo, ao mesmo tempo que permitem alguma coisa a alguém, por isso mesmo implicitamente proïbem a tôdas as outras pessoas que obstem ao exercício dessa faculdade. Mas tais normas são, em geral, em oposição às imperativas, normas de interesse puramente privado (3).

(1) Vide Coviello, *Manuale di diritto civ. italiano*, pág. 17.

(2) Art. 10.º do Código Civil: «Os actos praticados contra a disposição da lei, quer esta seja *proïbitiva*, quer *preceptiva*, envolvem nulidade, salvo nos casos em que a mesma lei ordene o contrário».

(3) Excepcionalmente, podem também as normas facultativas ser de interesse público, na medida em que, por exemplo, as faculdades que concedem não fôrem renunciáveis, quer se exerçam, quer não. É o que acontece com a lei que atribúi aos cidadãos o direito de voto. É facultativa e é de interesse público.

E finalmente, há ainda também normas simplesmente *declarativas* ou explicativas, normas chamadas *supletivas* e normas chamadas *interpretativas*.

As normas *declarativas* nem ordenam, nem proïbem, nem facultam coisa alguma; simplesmente declaram. Ou declaram e explicam o alcance dum certo conceito jurídico, ou ainda, por exemplo, fixam as condições necessárias para se poder dizer que existe um certo negócio jurídico, ou determinam o sentido técnico de certas expressões. São tôdas elas normas de interesse público. Por exemplo, a norma contida no art. 1.º do Código Civil, dizendo em que consiste a capacidade jurídica, as normas dos arts. 13.º, 14.º e 15.º, ou ainda a norma do art. 1.544.º definindo o que é o contrato de compra e venda, são exemplos frisantes de normas *declarativas* ou explicativas (1).

As normas *supletivas* e *interpretativas* são, respectivamente, ou aquelas que servem para suprir a falta de declaração expressa da vontade das partes, ou as que servem para

(1) Das normas *declarativas* ou explicativas, que são verdadeiras normas jurídicas, devem distinguir-se as chamadas *regras doutrinais* que também freqüentes vezes aparecem nas leis e nos códigos e que não são normas jurídicas obrigatórias. Muitas vezes, o legislador, cuja função é evidentemente ordenar, mandar, e não ensinar, vê-se todavia obrigado, para tornar mais compreensíveis os seus preceitos, a integrá-los em certo fundo de doutrina, fazendo-os destacar dentro dos quadros duma teoria jurídica que êle adoptou. Assim, quando o Código Civil nos fala, no art. 359.º, de «direitos originários», como resultantes da própria natureza do homem, e os enumera, ou quando, expondo a matéria da aquisição de direitos (art. 4.º), divide esta em três livros e nos fala de direitos adquiridos por facto e vontade própria, ou com a cooperação de outrem, ou só por mero facto de outrem e disposição da lei, quando isto faz — repetimos — é evidente que se não trata aí de normas jurídicas obrigatórias, nem mesmo de normas *declarativas* algumas. Trata-se de puras *regras* ou princípios *doutrinais* que não constituem direito, mas simples jurisprudência e filosofia — e das mais discutíveis! — pois nenhum juiz português, nem nenhum advogado ou simples cidadão são obrigados a acreditar nos chamados direitos originários, nem a adoptar o plano sistemático do Código Civil!

fixar o sentido de quaisquer expressões âmbiguas ou obscuras dos particulares nos actos da sua vida jurídica. São normas de interesse privado. Por exemplo, a norma do art. 1.098.º, estipulando que, na falta de qualquer acôrdo entre os nubentes, se entenderá que o casamento é feito segundo o «costume do reino» (comunhão de todos os bens presentes e futuros não exceptuados na lei) é uma norma *supletiva*. Assim como, a norma do art 377.º, estatuindo que a expressão «bens ou coisas imobiliárias», contida nos actos e contratos, abrangerá tanto os imóveis por natureza, como por acção do homem, como por disposição da lei, contém manifestamente uma norma *interpretativa* (1).

Ora ¿serão estas últimas espécies de normas verdadeiras normas jurídicas, munidas também dum «imperativo»? Evidentemente. Tôdas as normas jurídicas contém um «imperativo», uma ordem, e tanto nas normas declarativas, como nas supletivas, como nas interpretativas, êsse «imperativo» a-final existe, quer êle se dirija directamente aos sujeitos dos direitos e obrigações que delas resultam, quer aos órgãos do Estado que são chamados a aplicá-las.

Nas normas declarativas ou explicativas, o «imperativo» consiste em se deverem realizar os factos que são o pressupôsto dum certo tipo de negócio, para que êle exista; ou em se dever tomar precisamente neste ou naquele sentido um certo conceito. Nas supletivas, o «imperativo» consiste em se impôr como definitiva, uma determinada situação jurídica, desde que as partes não afastaram oportunamente a aplicação duma certa lei, a lei supletiva, por uma manifestação contrária da sua vontade. Nas interpretativas, enfim, o «imperativo» consiste em se dever entender de certa maneira,

(1) Note-se que o nome de *leis interpretativas* também é dado às leis que o poder legislativo faz para interpretar quaisquer leis anteriores obscuras no exercício da chamada interpretação autêntica (art. 26.º da Constituição, n.º 1). Vide *infra*, o parágrafo *Interpretação autêntica*.

por parte dos particulares e dos juízes, as palavras e expressões empregadas pelas partes nas suas declarações.

f) E finalmente, podem ainda as normas jurídicas ser classificadas também em normas *perfeitas, menos que perfeitas* e *imperfeitas*. Esta classificação é de origem romana.

Normas *perfeitas* dizem-se aquelas que decretam, como sanção, pelo menos, a plena nulidade dos actos praticados em contrário das suas disposições. Como já vimos, é esta a regra para tôdas as normas preceptivas ou proïbitivas de interesse e ordem pública, segundo o art. 10.º do Código Civil.

Dizem-se *menos que perfeitas* as que, sem sancionarem a nulidade insanável dos actos que as infringem, todavia estabelecem contra os seus infractores qualquer sanção ou penalidade; o acto, mesmo contrário à lei, subsiste neste caso pelo consentimento dos interessados, se a norma não é de interesse público, mas a sanção aplica-se. Exemplo: tôdas as normas que estabelecem os chamados «impedimentos impedientes» do matrimónio, que, uma vez infringidas, deixam todavia subsistir o matrimónio, embora decretem certas penalidades contra os cônjuges (arts. 1.058.º e 1.059.º do Código Civil, alterados pelo Decreto n.º 1 de 25 de Dezembro de 1910).

E, por último, dizem-se normas *imperfeitas* aquelas que nem decretam a nulidade dos actos praticados contra as suas disposições, nem estabelecem contra os seus contraventores qualquer sanção ou penalidade. Exemplo: a lei do art. 1.058.º, n.º 5, hoje revogada, que proïbia o casamento àqueles que tivessem o impedimento da ordem ou se achassem ligados por voto solene reconhecido pela lei.

Ora é evidente que esta última espécie de normas não pertence já, rigorosamente, ao campo do direito, pois falta às normas imperfeitas um elemento essencial a todas as normas jurídicas, qual é o elemento *sanção*. Tais normas não são porisso outra coisa senão simples máximas ou preceitos morais,

exprimindo, quando muito, um desejo do legislador que deve abster-se de as formular.

7. Com isto não está ainda tudo dito àcêrca do direito, considerado objectivamente. O direito é constituído por normas, normas de várias espécies e qualidades, como acabamos de ver, mas não só por isso.

Para além das normas, num plano mais abstracto, há os princípios e os *dogmas* jurídicos, que pertencem à ciência. Para aquém das normas, num plano mais concreto e perto da vida, há as *disposições* ou *preceitos* em que elas se traduzem nas leis e nos códigos. E por último, há ainda as próprias *relações jurídicas*, as *instituïções* e os *institutos jurídicos*.

Ora tudo isto, a-pesar de se tratar de abstracções, são de igual modo «realidades» que temos também a considerar, para as definir e agrupar devidamente, e cujo conjunto constitúi a-final ainda o próprio Direito, considerado em toda a sua extensão, como facto, ou a *Ordem jurídica*.

Comecemos pelos *princípios* ou *dogmas* jurídicos. Se as normas e disposições jurídicas são obra do legislador nas suas leis, êstes são obra do jurisconsulto no seu trabalho de interpretação e elaboração doutrinal do direito. O direito, como é sabido, não é apenas um facto da experiência do mundo externo; é também, no espírito, uma *idéa* e uma *construção de idéas*. O jurisconsulto ocupa-se do direito, recolhe os seus dados, transforma-os em conceitos e depois reelabora êstes dados, procurando reduzi-los a fórmulas teóricas, elevando-se da análise à síntese, do simples ao composto, da variedade e pluralidade à unidade. A essas fórmulas teóricas, condensadas, procura êle extraí-las mediante o seu aparelho lógico — pela observação, abstracção e generalização — dos factos, isto é, nêste caso, precisamente do complexo das disposições jurídicas. O jurisconsulto, por outra, toma nas mãos a grande massa das disposições e preceitos postos pelo

legislador; depois analisa essa matéria, reduz os seus elementos lógicos a um sistema, coordena-a, e é a êsse sistema que se dá, emfim, o nome de *teoria do direito* ou de *ciência pura do direito* (1).

É preciso notar, todavia, que não é essa teoria que constitúi em si mesma o direito positivo. O seu valor dependerá únicamente do facto de essa teoria se achar ou não conforme com o direito positivo. Isto é: não é o direito que provém da teoria, mas sim a teoria que provém do direito. *Non ex regula jus sumatur, sed ex jure regula*

(1) Convém notar qual o sentido em que falamos aqui duma ciência do direito, conceito êste bastante discutido. Sem dúvida, o direito não é em si mesmo uma ciência. Todavia há uma ciência do direito. Claro é que o próprio direito em si, não passa duma técnica de regulamentação das várias relações sociais; é um *facto social*, como a moral, a religião, a arte, etc. ¿Em que sentido, porém, é lícito dizer que existe uma ciência do direito? Num duplo sentido.

Primeiro: no sentido de ciência social do direito, ramo das ciências sociais, ou da sociologia, se se quiser. Nêste sentido, a ciência do direito é uma ciência de observação de factos, dum «*sêr*», buscando determinar as leis causais a que está sujeito o «fenómeno jurídico» na vida das sociedades, quais suas relações com os outros fenómenos sociais, como se manifesta, como se transforma, etc. Não é isto, porém, a jurisprudência.

Num *segundo* sentido, é a ciência do direito uma ciência, não pròpriamente de factos, mas de idéas, de conceitos abstractos, uma forma especial de lógica, que relaciona entre si êsses conceitos dentro de quadros próprios e das «categorias» dum pensamento chamado *pensamento jurídico*, do qual também existe uma «teoria crítica», que tem os seus métodos essencialmente dedutivos, e para o qual existe um tipo especial de realidade e de verdade, diferentes dos das outras ciências. Ora esta ciência pura do direito é uma ciência, não *especulativa* (não procura investigar de «leis causais», nem de fenómenos, nem de essências, nem de fins éticos ou morais; não faz *ontologia*, nem *teleologia*), mas *normativa* tão só no mesmo sentido em que a própria lógica é normativa. Isto é que é a jurisprudência, como ciência do direito. Logo, não sendo o direito ciência, há todavia dêle, pelo menos, duas ciências, uma das quais é a jurisprudência no sentido restrito da palavra. Nós aqui não abordamos o direito como sociólogos, mas como jurisconsultos.

fit, como escreveu Paulo. O direito nas suas disposições diz o que *deve ser*; a teoria, porém, nos seus princípios gerais e nos seus dogmas, diz-nos apenas aquilo que está ou deixa de estar conforme com êsse *dever ser*. Ora esta elaboração doutrinal do direito, chamada pelos romanos jurisprudência, tem, como todas as ciências em geral, os seus princípios, os seus axiomas, os seus dogmas, os seus conceitos próprios e as suas categorias, as suas fôrças lógicas internas, o seu espírito, a sua terminologia, a sua técnica e os seus métodos. No fundo, ela não é senão uma lógica toda formal, não conhecendo outro «*normativo*» que não seja o dessa mesma natureza lógica que lhe é inerente, nem outro conceito de «*sêr*», que não seja o das abstracções com que trabalha (1). Assim, são, por exemplo, princípios ou dogmas jurídicos,

(1) Em aditamento à nota anterior, deve notar-se mais, a título de esclarecimento, que o especial sentido dum «*dever ser*» e dum certo *normativo*, que também é inerente à jurisprudência e lhe dá porisso o carácter de ciência normativa, não tem nada que ver com a moral, a ética, e o seu específico «dever ser». Isso é outro ponto de vista. A jurisprudência não tem, como tal, por missão definir o ideal moral, nem, nêsse sentido, promover a reforma do direito existente; tem só por missão definir ideais lógicos e promover reformas no sentido de criar um direito mais certo consigo mesmo, mais equilibrado, mais coërente e mais orgânico, desenvolvendo conseqüências de princípios e elevando construções rigorosas do pensamento jurídico. ¿Mas então o ponto de vista moral?... e o ponto de vista das realidades sociais? — ¿Deverão ser extranhos ao jurisconsulto? Na sua qualidade de jurisconsulto, sem dúvida... O que não quere dizer que o jurisconsulto — que não deve nunca deixar de ser também um homem culto, nem considerar como alheio a êle alguma coisa de tudo aquilo que fôr humano — não possa ser simultâneamente um *moralista*, um *político* e um *sociólogo* atento às realidades sociais, como foram, por exemplo, os antigos pretores e os grandes jurisconsultos romanos. O facto de o jurisconsulto ser um lógico e um técnico, não o deve impedir de ser também um espírito e até um profeta. Mas é bom que êle saiba sempre distinguir aquilo que só pode ser como jurisconsulto daquilo que pode ser como moralista e como filósofo, para não confundir actividades que só devem completar-se na vida, fora da especulação.

dentro do sistema do nosso direito positivo, a atribuïção da personalidade jurídica só ao homem (art. 1.º) e a igualdade de todos perante a lei (art. 7.º). São conceitos e categorias da ciência jurídica, por ex.: o conceito de «sujeito de direito», de «objecto do direito», de «relação jurídica», etc. Ora, pôsto a ciência do direito não seja o mesmo que o direito, todavia faz parte do mundo do direito, entra como um elemento na vida dêste e, portanto, contribúi a formar a *Ordem jurídica* dum país.

Mais perto da realidade concreta acham-se, porém, as *disposições* ou *preceitos* legais. Também já vimos que as normas são em si mesmas uma grande abstracção. O nosso poder de análise é que reduz a-final o direito a um complexo de normas. Estas são como que os *átomos* da matéria ou as *células* do organismo jurídico. Mas na realidade da vida, o direito não nos aparece sob a forma de normas puras e abstractas. Aparece-nos na forma mais concreta do *preceito* e da *disposição*, ou, se quisermos concretizar mais ainda, sob a forma mais evidente e material da lei, do artigo de lei e seus parágrafos. Estes é que a-final contêm a disposição ou o preceito na forma dum imperativo, dando expressão e vida à norma.

Entre as normas e as disposições legais não há, porém, uma coïncidência perfeita. Muitas vezes, um preceito ou disposição legal é o produto da compenetração de várias normas; outras vezes, pelo contrário, é a norma que resulta da compenetração de vários preceitos. A *disposição jurídica* é, portanto, a regra que disciplina, menos abstractamente do que a norma, uma determinada situação de facto, em vista de certos fins práticos, fixando as suas conseqüências jurídicas. Há uma infinidade de normas no plano mais abstracto da «Ordem jurídica». As disposições do legislador, porém, não são mais do que o jôgo que êste faz com elas, combinando-as, completando-as umas com as outras, determinando as condições em que se aplicam, fixando o seu quanto de sanção, etc. Numa palavra, como diz Ferrara: ao passo que a norma é uma pura ordem, um imperativo abstracto, a *disposição jurídica* tem antes a estrutura dum «juízo lógico», na forma duma aplicação dêsse juízo aos factos e às situações reais da vida (1). O imperativo que manda não matar é, ao mesmo tempo que um imperativo moral, um imperativo jurídico, substância duma norma jurídica abstracta. Os preceitos dêle derivados, contidos nos arts. 349.º a 357.º do Código Penal, relativos ao crime de homicídio, por ex., são *disposições jurídicas* mais concretas. Poderia, talvez, dizer-se que a norma está para a *disposição jurídica*, um pouco como a norma de moral está para a norma de direito; é-lhe superior e anterior ao mesmo tempo; é, as mais das vezes, um seu pressupôsto; a disposição é o «mínimo» da norma aplicado à vida; é a norma doseada, combinada com outros elementos e, sobretudo, revestida de aparato técnico.

Finalmente, há ainda uma outra noção que importa cuidadosamente fixar; é a noção de «*instituto jurídico*», outra grande abstracção.

Já vimos as normas jurídicas separarem-se e classificarem-se, segundo vários critérios. Já as vimos tornarem-se objecto de formulações teóricas dentro duma lógica que consegue extrair delas princípios, dogmas e os quadros completos de tôda uma ciência, que se chama a ciência do direito. Por outro lado, vimos também como delas se extraem ainda, tècnicamente, *disposições jurídicas*, preceitos, leis, artigos de lei, etc. Pois bem: as normas e as disposições jurídicas deixam-se também agrupar, segundo um outro critério mais objectivo e sobretudo mais descritivo.

As disposições jurídicas respeitam a relações entre os homens, relações sociais reguladas pelo direito (relações jurídicas, enfim). Estas relações — e, portanto, as disposições que lhes dizem respeito — agrupam-se, porém, naturalmente, em tôrno de certos grandes fins humanos e sociais que a nossa imaginação intelectual fàcilmente transforma em

(1) Ferrara, *Trattato di dir. civ. ital.*, vol. I, pág. 58.

unidades sistemáticas. Assim, a família, os direitos sôbre as coisas, as obrigações, as sucessões, por ex., constituem unidades dessa naturesa. São como que uma espécie de grandes *continentes* no mapa das relações sociais e jurídicas entre os homens. Ora o conjunto das normas e disposições que respeitam a cada uma dessas grandes unidades abstractas, constitúi uma espécie de província — digamos assim — isto é, uma *instituição jurídica*, e é dentro destas instituïções que elas nos aparecem agrupadas, em tôrno do mesmo fim comum para que conspiram. Mais: dentro de cada uma dessas grandes instituïções, o mesmo processo mental consegue ainda descobrir outras unidades mais pequenas. Por exemplo: dentro da família, tôdas as disposições relativas ao pátrio poder sôbre os filhos, constituem uma nova unidade ou grupo de disposições de segunda ordem. O mesmo se diga da tutela; o mesmo, da sucessão legítima e do testamento, dentro das sucessões; da ausência, em matéria de capacidade jurídica, etc. Ora é a êsses grupos de normas e disposições jurídicas, regulando os correspondentes grupos de relações sociais, constituindo unidades sistemáticas — *constelações* de fins jurídicos, se é lícito empregar de novo uma linguagem figurada — que se dá o nome de «*institutos jurídicos*».

Êstes não são, pois, mais do que novos agrupamentos de normas e disposições, organizados sob o critério objectivo das próprias relações sociais, participando da natureza especial destas, adaptando-se a elas e constituindo assim, para o legislador e para o jurisconsulto, verdadeiros «*conglomerados*» da matéria jurídica, que êles têm que afeiçoar e que estudar.

E é, finalmente, a êste conjunto de normas, de disposições e preceitos, de princípios definidos, de instituïções e institutos jurídicos, fornecidos pela vida social, trabalhados pela especulação científica, organizados dentro de quadros lógicos, agrupados, classificados e dotados duma vida própria, sempre pronta a progredir e a desenvolver-se, que se

chama a *Ordem jurídica* dum povo, duma época ou duma civilisação. A ordem jurídica dum povo é, portanto, constituída, conjuntamente, pelo seu direito positivo (facto social) e pela ciência jurídica (facto intelectual), como interpretação dêsse direito.

B) O direito subjectivo

SUMÁRIO: 8. Conceito e natureza do direito subjectivo. 9. O direito subjectivo e as qualidades ou posições jurídicas da pessoa. 10. As faculdades jurídicas e os *direitos potestativos*. 11. Classificações dos direitos subjectivos: *a*) direitos subjectivos *públicos* e *privados*; *b*) direitos *absolutos* e *relativos*; *c*) direitos *pessoais* e *patrimoniais*; *d*) direitos de personalidade e direitos sôbre coisas imateriais; *e*) direitos transmissíveis e intransmissíveis. 12. A classificação legal dos direitos do Código Civil. 13. Conceito de património.

8. Com todo o exposto também não fica ainda esgotado o conceito de direito. Êste é facto social, é norma abstracta, é idéa, teoria, doutrina — vimos; mas tudo isso pertence ainda aos domínios do exterior a nós, do *objectivo*. Há, porém, um outro mundo, ou uma outra face do mundo jurídico, não menos importante que a primeira, em que o conceito de direito se exprime antes por estas palavras: sentimento, interesse, vontade. Êste é o lado *subjectivo* do direito, o seu lado interno — digamos assim — referido à consciência do indivíduo, aquele que nós vemos sem sairmos de nós mesmos, e que nos leva a dizer: «o meu direito», o «nosso direito».

As expressões *direito objectivo* e *direito subjectivo* são correntes na jurisprudência. Contudo não devem fazer-nos confusão, como se se tratasse de dois conceitos, de duas realidades diversas. Há apenas aqui um conceito único, visto por dois

lados diferentes, ou seja, como já se tem dito, os lados «*côncavo e convexo*» da mesma realidade. De facto, o direito é um só; diferentes são apenas os pontos de vista do observador. Ora, assim como se diz a «Moral», conjunto de normas morais como regra da vida, e se diz, por outro lado, o «dever moral» de cada um — reflexo subjectivado dessas normas na consciência de cada um — assim se diz também o «Direito objectivo», conjunto de normas de conduta, e se diz, por outro lado, o «direito do indivíduo» — reflexo também subjectivado dessas normas na consciência do indivíduo. Numa palavra: se quisermos uma noção de direito subjectivo, ela pode dar-se nestas palavras: o direito subjectivo é o direito do indivíduo, sob a forma duma *pretensão*, como reflexo da norma, a sombra projectada pela norma.

¿Qual é, porém, o significado e o valor exacto dêste segundo conceito de direito?

Infelizmente, aqui também êste conceito não é pacífico, embora todos reconheçam, no fundo, a sua utilidade. Assim, das duas opiniões fundamentais que reinam a êste respeito, dizem uns (Savigny, Windscheid) que a essência do conceito de direito subjectivo reside na vontade do indivíduo. O direito subjectivo será, portanto, um *poder da vontade* protegido pela ordem jurídica; uma *faculdade* do indivíduo de *querer* em harmonia com a lei.

Surge, todavia, uma objecção grave. Se o direito, visto por êste lado, é um *poder* ou *faculdade* de querer e pressupõe uma vontade, ¿onde fica então o direito daqueles que não têm vontade consciente, como as crianças, os mentecaptos, os incapazes em geral? E contudo ninguém duvidará de que tais indivíduos têm direitos! Logo, não pode dizer-se que a essência do direito resida puramente na vontade, no querer.

Outros dizem (Ihering): a essência do direito não está na vontade, que muitas vezes está ausente, mas sim num *interesse* do indivíduo, que a ordem jurídica protege. Surge, contudo, também esta objecção não menos grave: o interesse

não é tudo no direito. Os direitos são atribuídos para realizar interesses, sem dúvida. O interesse é o fim do direito. Mas não se identifica com êle. Os direitos são antes meios para atingir êsse fim com relação a certos interesses, e não de todos ainda, porque há interesses que não têm a protecção jurídica e há outros que a têm, mas não são direitos. Logo, a doutrina também não é rigorosa. E então, ¿onde reside a essência do «meu» direito?

Para resolver a dificuldade, ainda outros se lembraram de combinar os dois pontos de vista anteriores, da vontade e do interesse, sustentando uma opinião eclética. Êstes dizem (Michoud): nem só vontade, nem só interesse, mas ambas as coisas; o direito é um «*interesse protegido mediante uma vontade que o representa*». Mas uma tal solução esbarra sempre na mesma dificuldade. É que há direitos, muitas vezes, mesmo onde não há vontade alguma *real*, a representar certos interesses — Responde-se a isto: há tal; se não é a vontade do titular do direito, é pelo menos a vontade dum seu representante, o pai, por exemplo, o tutor, o curador do interessado — Mas a resposta não se faz esperar, porque o dito representante pode não existir também. Exemplo: a criança abandonada, o demente que não tem tutor, o exposto emquanto ninguém se ocupa dêle. ¿Dir-se há acaso que êstes indivíduos, sem vontade alguma, nem própria, nem dum representante, não têm direitos?. É claro que não.

Porisso parece-me a mim que é ocioso pretender achar um fundamento preciso para o direito subjectivo entendido só como simples «pretensão» genérica do indivíduo, garantida pela ordem jurídica. Eu creio antes que é preciso, antes de mais nada, fazer aqui uma distinção, dentro desta noção, entre duas coisas muito diferentes, que têm também fundamentos muito diferentes, mas que geralmente andam confundidas.

Claro que uma coisa é a «pretensão» do indivíduo (*anspruch*, dizem os alemães), como reflexo da norma, do

direito objectivo, e outra coisa é o «poder de querer» já em exercício, em harmonia com a lei e tendo produzido já certos efeitos de direito. Uma coisa é o indivíduo considerado como simples centro de actividade jurídica, *carregado de simples possibilidades de acção jurídica*, num estado de tensão — digamos assim; e outra coisa é o indivíduo já lançado no movimento da vida jurídica, actuando, praticando actos e adquirindo direitos, vinculando êle, por assim dizer, a ordem jurídica. Ora eis as duas coisas que na noção corrente de direito subjectivo andam geralmente confundidas e que é necessário distinguir. E se a distinguirmos, não tardaremos em reconher que o problema do fundamento e essência do direito subjectivo, da *vontade* ou do *interesse*, se esclarece subitamente. Isto é: não tardaremos em reconhecer que do direito subjectivo, entendido no primeiro sentido, será então fundamento, manifestamente, o *interesse*, ou antes, os *fins da personalidade*, como objecto dêsse interesse; e que do direito subjectivo, no segundo sentido *(situação jurídica subjectiva)*, será então fundamento directo a vontade (1).

No primeiro caso, não se exige a vontade; basta o interesse ligado à idéa dos fins da pessoa, *intencionalmente reconhecidos pela ordem jurídica*, para aquela ser susceptível de direitos subjectivos. O direito em abstracto de contratar, de comprar e vender, de casar, de fazer testamento em harmonia com a lei, são neste caso verdadeiros direitos subjectivos. Simplesmente, convém notar que neste sentido o conceito de direito subjectivo vai afinal dissolver-se no conceito das qualidades e posições jurídicas da pessoa, dos seus poderes legais de que adiante tratamos, e na própria idéa de personalidade *jurídica* (2).

---

(1) Vide Prof. Dr. Fézàs Vital, *Do acto jurídico*, pág. 70 e seg.

(2) Note-se que o que afirmo no texto não equivale à afirmação dos chamados «direitos originais naturais», ou direitos originários do homem, de que fala o Código Civil, no art. 359.º. Não há direitos desta

No segundo sentido, a vontade é exigida e prepondera sôbre o interesse, sem dúvida. Mas agora trata-se duma vontade já em acção, pressuposto da aquisição de direitos, e o «direito subjectivo» é então a *faculdade* de manter, referidos à pessoa, e de defender, os direitos já adquiridos por ela. Simplesmente, como acontece haver pessoas sem vontade própria (os incapazes, dum modo geral), nesse caso será a sua falta de vontade suprida pela vontade dos seus representantes. Êsses representantes serão, neste caso, indispensáveis; e claro está que, se elas os não tiverem, também essas pessoas não serão então susceptíveis de outros direitos subjectivos — deve concluir-se — que não sejam: ou a mera protecção jurídica dos seus interesses e fins humanos, ou as suas qualidades e posições jurídicas objectivas, de que acabamos de falar; isto é, que não sejam os direitos subjectivos entendidos no primeiro sentido, quási equivalentes à própria idéa de personalidade jurídica.

Por outras palavras ainda: podemos entender, pois, duas coisas diferentes por direito subjectivo, quando dizemos: «o meu, o nosso direito». Ou entenderemos por estas palavras o *interesse* dos meus, dos nossos, fins individuais, tais como êles se acham postos e garantidos expressamente pela

---

natureza. O homem, nascendo, não traz já consigo «direitos» alguns. Não há direitos, senão os reconhecidos pela lei, como não há direito senão o positivo. O que o homem traz já consigo, ao nascer, são certos *interesses* e *fins*, inerentes à sua natureza humana, que só a ordem jurídica positiva eleva depois à categoria de direitos. Êle é o portador de interesses e fins que se impõem ao respeito da lei, e não podem deixar de se impor, dentro de certos tipos de civilização assentes, como a nossa, na «ordem individualista». Mas êsses fins e interesses, como a vida, a integridade da pessoa, a liberdade, a propriedade, a defesa, etc., não surgem na forma de direitos, mas sim de «valores» que, reconhecidos, se tornam a essência de direitos. Ora, quando chamamos a essas pretenções direitos subjectivos ou manifestações do direito de personalidade, então é evidente que, nesse caso, não é uma vontade real, mas sim o próprio *interesse* e fim que constitúi a essência e o fundamento do direito subjectivo.

4

«ordem jurídica» em geral, referidos à nossa personalidade, como centro dêsses interesses, e quer esta seja dotada duma vontade quer não, bem como a obrigação dos outros homens de os respeitar (e temos aí a parte de verdade da concepção de Ihering: o *interesse)*. Ou entenderemos pela expressão direito subjectivo o *poder*, que particularmente nos pertence, de exigir que certos efeitos jurídicos de actos que praticamos, e que só a nós interessam, se produzam até ao fim, sem se modificarem (e temos aí a parte de verdade da concepção de Savigny e Windscheid: a *vontade)*.

Ora deve notar-se que tôda a confusão que até hoje tem reinado àcêrca do conceito de *direito subjectivo*, provém justamente, em nosso modo de ver, do facto de se não ter feito tal distinção, recentemente salientada com tanto brilho por Duguit, e à qual se devem já os maiores benefícios para a teoria geral do direito, tanto público como privado.

E assim podemos dizer que o direito subjectivo é: — ou *a faculdade, em abstracto, que cada um de nós tem de, em harmonia com a lei, gozar e exigir dos outros o respeito de certos interesses e fins reconhecidos legítimos e tutelados pela ordem jurídica em geral;* — ou, *o poder concreto de exigir também dos outros o respeito das situações jurídicas que quanto a nós se subjectivaram definitivamente por um acto da nossa vontade, manifestada ao abrigo da lei, e ainda o respeito de tôdas as conseqüências jurídicas que dêsse acto resultam, sob a forma de deveres e obrigações para os outros.* No primeiro caso, não se pressupõe uma actividade consciente da pessoa; no segundo caso, pressupõe-se uma actividade consciente, ou seja, uma vontade da pessoa ou dum representante (1).

(1) A definição de direito subjectivo que o nosso Código dá no art. 2.º, chamando-lhe «*a faculdade moral* de praticar ou deixar de praticar certos factos», é suficientemente imprecisa e vaga para nela podermos incluir o sentido de tôdas as considerações que ficam feitas no texto, sem correr o risco de nos acharmos em conflito com a lei.

9. Das considerações que acabamos de fazer resulta, pois, que o conceito de direito subjectivo é um conceito de contornos bastante indecisos, ora mais lato, ora mais restrito, e que nêle, porisso, se confundem, as mais das vezes, coisas que aliás é indispensável manter bem distintas e separadas. Estão neste caso, justamente, as chamadas, na técnica do direito moderno, *qualidades* e *posições jurídicas* das pessoas.

É evidente que, numa acepção lata, tudo isto entra para dentro do conceito de direito subjectivo. A qualidade de chefe de família; a posição daquele que já atingiu uma certa idade, os 21 anos, por exemplo; a especial posição do proprietário, etc., tudo isto confere, sem dúvida, às pessoas poderes que são direitos subjectivos dum determinado sujeito de direito. E todavia, rigorosamente, nada disso está dentro de tal conceito, se o tomarmos num sentido mais restrito.

As situações a que nos referimos, bem como muitas outras ainda: o sexo, a fraqueza mental, a condição de nacional ou de estrangeiro, a de comerciante, constituem antes situações, condições ou *estados* da pessoa — ou criados pela natureza (a idade, o sexo, e a demência), ou criados pela lei (o ser-se nacional ou estrangeiro, o ser-se comerciante) — que apenas vão influir na medida do gôzo e do exercício dos seus direitos. E o mesmo se diga ainda da condição de proprietário.

Estas posições e qualidades são, portanto, aquilo que caracteriza jurìdicamente o sujeito, a pessoa, e lhe faz atribuir uma esfera mais ou menos larga de direitos; são situações *objectivas*, de facto, a que estão ligados, podendo aumentar ou diminuir, certos *poderes legais* e mais nada.

Ora, assim como a própria qualidade de «pessoa» ou personalidade jurídica, como susceptibilidade de direitos e obrigações em geral, não é rigorosamente um «direito subjectivo», como veremos adiante, mas uma «qualidade» ou «posição»

fundamental dos homens em face da ordem jurídica, assim também os «*estados*», de que falamos, não são outra coisa. Se a primeira é o pressuposto de todos os direitos em geral, os segundos são o pressuposto de certa *medida* dêstes direitos em concreto e de certos poderes legais. Não são êstes poderes direitos subjectivos em si mesmos, note-se bem; são apenas conseqüências, manifestações da capacidade ou personalidade, ampliada ou limitada — digamos: medida — pela verificação (facto) de certas contingências, ou de ordem natural, mas previstas pela lei, ou de ordem puramente legal.

A ordem jurídica, por outras palavras, associa o efeito da atribuïção ou negação às pessoas de certos poderes a certas situações tipicamente determinadas. Desde que, com relação a certa pessoa, se venha a verificar uma dessas situações, logo com isso, automàticamente, se verifica a produção do efeito, dizendo-se que a pessoa adquiriu então, não um direito subjectivo, mas uma determinada qualidade ou posição jurídica de natureza objectiva. Essa posição é que será dòravante a base e o ponto de partida para a sua aquisição de verdadeiros direitos subjectivos.

Exemplos: a lei estabelece uma certa idade, como limite, a partir do qual as pessoas poderão casar. Antes dessa idade, a pessoa não pode casar; atingida ela, a pessoa adquire a faculdade de casar, pela verificação dum facto natural previsto pela lei. ¿É esta faculdade um «direito subjectivo»? No sentido rigoroso da palavra, não é; é apenas uma *posição* ou *qualidade* que a pessoa agora ficou tendo.

Uma pessoa adquiriu, suponhamos por compra, a propriedade dum prédio. Verificou-se assim um facto (a compra) de que a lei faz depender a aquisição dum *status* ou posição jurídica para a pessoa, a posição de proprietária. Adquiriu ela um direito subjectivo? Rigorosamente, não; adquiriu uma nova qualidade jurídica, a que estão apenas ligados certos *poderes legais*, por sua vez condição para

ela poder, exercendo êsses poderes, criar verdadeiros direitos subjectivos.

Ora convém notar que muitos dos vulgarmente chamados direitos subjectivos não são, com efeito, outra coisa senão meras *posições, qualidades* ou *situações jurídicas objectivas* das pessoas, como manifestação da sua simples personalidade jurídica (1).

A destrinça rigoròsa entre êstes conceitos é, porém, da maior importância, como teremos ocasião de ver, a propósito da matéria da «não-retroactividade» e da chamada aplicação das leis no tempo.

10. Dois outros conceitos jurídicos que se acham muito perto do de direito subjectivo e do das posições ou qualidades jurídicas, que acabamos de definir, são ainda os conceitos de «*faculdade jurídica*» e de «*direito potestativo*». Este último é duma construção recente. Parece-me, porém, que é sem razão que se tem ligado, por vezes, uma grande

(1) Todavia convém acrescentar aqui em nota que uma das circunstâncias que concorrem para dificultar a rigorosa qualificação dos poderes da pessoa, como simples *poderes legais*, ou como verdadeiros *direitos subjectivos*, está no facto de certos acontecimentos ou contingências produzirem simultâneamente situações de ambas estas espécies. Assim é que, por exemplo, no caso da aquisição da propriedade, quer por acto de vontade própria, como no exemplo referido, quer por disposição da vontade doutrem ou da lei, se produzem ao mesmo tempo simples poderes legais e verdadeiros direitos subjectivos. *Poderes legais*, no sentido da aplicação ao adquirente da coisa dum verdadeiro *status*, que é o de proprietário; e *direitos subjectivos*, no sentido de a nova posição, que êle adquiriu, assumir um valor patrimonial, identificando-se definitivamente com o seu património. Ora a identificação dessa posição jurídica da pessoa com os elementos do seu património, tornando-a transmissível, fá-la também entrar no conceito de direito subjectivo. Os efeitos que nascem dum acto jurídico, como a compra e venda, não são todos da mesma natureza, podendo dar origem a situações jurídicas subjectivas e condicionar a aplicação dum ou mais poderes legais. Cfr. Prof. F. Vital, *obra cit.*, pág. 141.

importância a êstes dois conceitos, sobretudo em matéria de não-retroactividade das leis e de prescrição.

Em primeiro lugar, é difícil ligar à expressão «faculdade» um sentido diferente daquele que tem a própria expressão «direito». Todos os direitos, vistos pelo lado do sujeito, são, evidentemente, faculdades. Com efeito, ou se entende por faculdade a «potencialidade», em abstracto, de ter e adquirir direitos e, nesse caso, devemos reconhecer que uma tal potencialidade», diferente embora do direito em si, não é mais do que a própria personalidade ou capacidade jurídica do indivíduo; — ou então entender-se há por esta expressão o mesmo que o conjunto dos poderes abstractos e gerais que já estão dentro de cada direito. Ora êstes poderes, que já estão dentro de cada direito e que o constituem, formam justamente aquilo que se chama o *«conteúdo do direito»*, não sendo mais que a sua conseqüência ou os seus diversos modos de manifestação. Exemplo: o direito de propriedade compreende, como é sabido (art. 2.169.° do Código Civil), os direitos de *fruição, transformação, exclusão* e *defesa*, de *restituição* e *indemnização* e ainda o de *alienação* da coisa. ¿São êstes direitos outros tantos direitos independentes? Evidentemente, não são. São simples «faculdades» jurídicas, em cujo exercício se manifesta o direito de propriedade.

Portanto, o conceito de «faculdade jurídica» não me parece que possa significar outra coisa senão os desdobramentos do próprio direito, do qual formam o conteúdo normal.

É certo que, às vezes, alguns dêsses desdobramentos ou faculdades se acham sujeitos a um regime jurídico especial e autónomo, fazendo-os parecer porisso outros tantos direitos independentes. Por exemplo: a propriedade dos bens dotais no casamento não abrange a faculdade de alienação senão excepcionalmente (os bens são em princípio inalienáveis; art. 1.149.°); a faculdade de alienação de tais bens tem um regime especial. Mas

¿será isso o bastante para devermos falar dum direito autónomo, o direito de alienação, para o qual devessemos então reservar o nome de «faculdade»? Também é evidente que não. No fundo, ou se trata sempre de faculdades, conteúdo dum direito, que podem ser mais ou menos coartadas por razões especiais de ordem pública, ou então trata-se dum direito independente, mas acessório, ligado a outro principal, para o qual a designação particular de «faculdade jurídica» não oferece também vantagem alguma. Geralmente, as «faculdades jurídicas», ou não têm vida própria, diferente da do direito de que formam o conteúdo e a que andam juntas, e não merecem o nome de direitos *a se* (são o conteúdo do próprio direito), ou têm realmente vida própria e independente, um regime especial, e então de nada vale chamar-lhes «faculdades», pois não são, neste caso, senão outros tantos direitos em si mesmos.

Simplesmente — diz-se —: algumas vezes acontece que essas faculdades compreendidas no direito, em vez de abstractas e gerais, tornam-se concretas e especiais num certo caso. Adquirem, às vezes, — diz-se — um carácter de maior consistência, conferindo ao sujeito e titular do direito a que estão juntas, o *poder exclusivo de por um acto da sua vontade produzir um certo efeito jurídico novo, que vai influir na esfera jurídica duma outra pessoa, ampliando-a ou limitando-a;* ou vai até — diz-se ainda — criar um direito novo a favor dessa pessoa. Isto é: neste caso, o exercício dessa faculdade contêm em si o gérmen dum novo direito, dum direito futuro; ela é o *direito de produzir outros direitos.*

Exemplo: o devedor duma obrigação alternativa tem a faculdade, compreendida no seu direito de parte contratante, de se libertar da obrigação, entregando ao crédor uma de duas coisas, à sua escolha, isto ou aquilo. Desde, porém, que êle faça a escolha, exerceu de facto um poder, uma faculdade que só êle tinha, que foi de certo modo influir na

esfera jurídica do crèdor, limitando a sua espectativa e o seu direito só à coisa escolhida pelo devedor.

Outro exemplo: num contrato de seguro de vidas, o segurado tem a faculdade de designar a pessoa, o terceiro, a favor de quem a outra parte contratante, suponhamos: a companhia de seguros, deve efectuar a prestação. Feita essa designação, nasceu para o terceiro um direito novo. O autor do seguro exerceu uma faculdade, que só êle tinha, e com êsse exercício fez surgir um direito, alargando a esfera jurídica doutro.

Ora é a estas *faculdades*, poderes contidos noutros direitos principais, dando por vezes, inclusivamente, origem a outros direitos independentes a favor de outras pessoas, que se dá o nome de *direitos potestativos*, (*Rechte des rechtlichen Könnens*). Êles não são mais, portanto, do que uma certa categoria das faculdades jurídicas.

Porém, como acima dizemos, não nos parece que uma tal categoria de direitos ou faculdades assuma qualquer valor de utilidade prática nas classificações da teoria jurídica.

Esta doutrina dos direitos potestativos só tem servido para lançar a confusão numa matéria já de si bastante intrincada, como é a da rigorosa descriminação dos conceitos de direito subjectivo, situação jurídica subjectiva, posições, qualidades, faculdades jurídicas, etc.

De resto, não estão de acôrdo os jurisconsultos, quanto ao número e determinação exacta de todos êsses tais *direitos potestativos*. Tal determinação, fundada no aludido critério, tem apenas a vantagem teórica de chamar a atenção da jurisprudência para a necessidade duma classificação rigorosa das diferentes *faculdades jurídicas* compreendidas nos direitos, mas não nos parece que êsses novos direitos sejam a-final outra coisa senão uma espécie particular de direitos subjectivos com um conteúdo especial (1).

(1) Coviello, *Manuale*, pág. 29.

11. Feita a análise do conceito de direito subjectivo, é também da maior importância tratar agora da classificação dos diferentes direitos subjectivos. Assim como se classificam, na doutrina, as normas jurídicas *(direito objectivo)*, assim se classificam também os «direitos» *(direitos subjectivos)*, segundo vários critérios mais ou menos formais e empíricos.

a) A primeira classificação que também aqui nos aparece é a classificação dos «direitos» em *públicos* e *privados*. Tal classificação fará recordar a correspondente classificação das normas jurídicas em direito público e privado, de que já nos ocupamos acima. Serão «direitos públicos» os que se fundam em normas de direito público e, «direitos privados», os que se fundam nas do direito privado. Assim o que decide, neste caso, da sua classificação para um lado ou outro, é, não a qualidade do interesse que tais normas protegem, nem a do sujeito de direito a quem pertence o interesse, mas apenas, num ponto de vista formal, a qualidade da norma que atribúi o direito e na qual êste se funda. Donde resulta pois que, tanto o Estado, como os cidadãos, podem ser, simultâneamente, sujeitos de direitos subjectivos públicos e privados.

Se quisermos exemplos de direitos subjectivos públicos do Estado em face dos particulares, poderemos citar os direitos dêste ao pagamento dos impostos e ao serviço militar. Se quisermos um exemplo de direitos subjectivos privados do Estado também em face de particulares, poderemos citar os seus direitos à prestação de serviços, devidos por uma companhia fornecedora de energia eléctrica, em virtude dum contrato havido entre esta e o Estado.

Se, porém, quisermos exemplos de direitos subjectivos públicos dos particulares em frente do Estado, tê-los hemos nos resultantes de qualquer negócio jurídico, como o direito ao ordenado, grangeado no exercício duma função pública,

depois de assinada devidamente a respectiva fôlha de vencimento, e ainda nos chamados *direitos políticos* dos cidadãos e nos seus direitos *cívicos*.

Os primeiros, dêstes últimos, são os que a lei atribúi aos indivíduos para êles poderem intervir na vida e organização do Estado, como o direito de elegibilidade para as magistraturas (o *jus honorum* dos romanos) e o característico direito de voto *(o jus sufragii)*. Os segundos são os que a lei atribúi aos indivíduos, como cidadãos, para poderem utilizar as funções do Estado, como o de recorrer ao auxílio das suas instituïções de segurança e aos seus tribunais para a defesa dos seus outros direitos (o direito de acção ou *jus actionis*).

Mais importantes do que todos êstes, no ponto de vista que especialmente nos interessa, são, porém, as classificações dos diversos *direitos subjectivos privados*.

b) Uma destas é a classificação dos direitos em *absolutos* e *relativos*. Dizem-se *absolutos* os direitos que podem ser opostos ou reclamados contra todos os homens, tôdas e quaisquer pessoas. Impõe-se *erga omnes*. Todos, em face do titular do direito absoluto, são obrigados a respeitá-lo, impendendo sôbre todos a obrigação negativa de nada fazer que possa obstar ao seu exercício. São absolutos, por ex., os chamados «direitos de personalidade», quando considerados direitos subjectivos, e os direitos sôbre as coisas ou direitos reais.

Pelo contrário, dizem-se *relativos* os direitos aos quais apenas corresponde uma obrigação, que pode ser negativa ou positiva, a cargo só duma determinada pessoa. Neles só essa pessoa determinada, ou fàcilmente determinável, é que se acha sujeita à acção inerente à relação jurídica de que se trata. E assim, serão relativos, por ex., todos os chamados direitos de crédito, ou obrigações, e ainda os chamados direitos de família.

Esta classificação, note-se, por fim, é porém bastante artificial e tem escasso alcance prático. Em primeiro lugar, porque, rigorosamente, não há direitos absolutos, visto todos os direitos serem sempre o efeito de relações entre pessoas e, portanto, relativos só a elas. Em segundo lugar, porque, no sentido em que é tomada aqui a expressão «absoluto», todos os chamados «relativos» são também absolutos. Com efeito, também êstes — como por ex., se vê bem àcêrca dos direitos de crédito — impõem a todos os restantes homens, e não só ao devedor, a obrigação de não obstar à sua efectivação; o crèdor, se tem um direito especial só contra o devedor (o direito relativo à prestação), não deixa de ter também, como tem o titular do direito real, um direito geral *erga omnes* para que todos respeitem a relação jurídica existente êle e o devedor.

c) Uma outra classificação, de maior alcance prático, é a classificação de todos os direitos em *pessoais* e *patrimoniais*.

Já sabemos que o direito pessoal entre todos é o de personalidade, de que trataremos mais adiante. Neste momento quero, porém, salientar que todos os direitos são susceptíveis de pertencer a uma destas duas categorias: pessoais ou patrimoniais.

Isto quere dizer que há direitos de tal modo inerentes à pessoa, que podem considerar-se *inalienáveis* e *intransmissíveis*, não podendo fàcilmente traduzir-se num valor económico ou ser avaliados em dinheiro. Estão neste caso, não só os direitos de personalidade com as suas faculdades, como o direito à vida, à liberdade, à propriedade; mas também os direitos de família, como o pátrio poder sôbre os filhos, por exemplo. E há outros, e são os mais importantes no comércio jurídico, que, pelo contrário, tem por conteúdo, ou objecto, utilidades económicas, sendo redutíveis a dinheiro, e são porisso mesmo fàcilmente transmissíveis e alienáveis. É o que se passa com os direitos reais ou sôbre coisas, com os direitos de crédito ou obrigações e ainda com os direitos sôbre coisas imateriais.

Nos primeiros, a pessoa exerce directamente um poder sôbre quaisquer bens económicos, para satisfação das suas necessidades; nos segundos, para o mesmo fim, aceita a cooperação de outras pessoas e entra com elas no comércio das relações jurídicas, entaboladas pela prática de actos voluntários; nos terceiros, emfim, a pessoa exerce igualmente um poder sôbre coisas incorpóreas, mas que possuem também um valor económico, como podem ser, por ex., a propriedade intelectual dum invento ou a propriedade literária duma obra, etc. Ora todos êstes direitos são patrimoniais e entram assim a formar o património do sujeito de direitos.

Pode, pois, dizer-se que, se o que caracteriza os direitos pessoais é um *interesse ético* ou moral do indivíduo, que lhes serve de base, aquilo que caracteriza os segundos e lhes serve de base é antes um interesse material ou *económico* sempre apreciável em dinheiro.

d) Falamos acima de direitos de personalidade e de direitos sôbre coisas imateriais, como pertencendo, os primeiros, à categoria dos pessoais, os segundos à dos patrimoniais. Estas duas espécies ou tipos de direitos carecem, porém, de mais alguns esclarecimentos que permitam resolver certas dúvidas que a seu respeito podem surgir.

¿Que é o que se entende, pròpriamente, por direitos da personalidade?

Segundo a doutrina do Código Civil, a personalidade jurídica é a *susceptibilidade de direitos e obrigações*, que só ao homem pertence (art. 1.º), sendo esta susceptibilidade aquilo mesmo que os romanos designavam por *caput* (cabeça) e, mais tarde, por *persona* (máscara) (1).

(1) A expressão *persona*, na sua aplicação para designar o ente jurídico a quem são atribuídos direitos, o sujeito de direitos, é assás elucidativa para mostrar que a personalidade não foi concebida pelos romanos como

Já vimos também que é corrente, não só na linguagem vulgar, como na da técnica jurídica, chamar a isto «direito». Mas também já oportunamente observámos que tal susceptibilidade de direitos e obrigações, a que se chama personalidade, não é pròpriamente um *direito subjectivo*, como os outros, mas sim antes uma *qualidade*, *condição* ou *posição* fundamental do homem perante a ordem jurídica, para êle poder adquirir direitos subjectivos. E isto que se diz do direito de personalidade em geral, deve dizer-se com maioria de razão dos poderes e faculdades nos quais também se desdobra um tal direito e que, numa concepção corrente, recebem o nome de: direito de *existência*, de *liberdade*, de *associação*, de *apropriação* e de *defesa* (vide art. 359.º, Código Civil) (1). Ora, se os chamados direitos da personalidade e seus derivados não são, rigorosamente, direitos em si mesmos, mas simples qualidades e posições, ou até o pressuposto lógico de todos os direitos, todavia ¿que inconvenientes adviriam do facto de os considerarmos direitos como os outros, verdadeiros direitos subjectivos?

É êste facto que, em resposta a esta pregunta, desejo pôr

um *direito*, mas sim como uma *qualidade* ou *posição* do ente jurídico, que faz atribuir-lhe direitos. A semântica da palavra «personalidade» mostra isto. Com efeito, o têrmo *persona* significava primitivamente a máscara ou caraça que os actores punham na cara em cena para disfarçarem a voz (*personare*). Daí o significar cada *persona* uma personagem ou um papel diferente na representação cénica, que lhes atribuía posições e qualidades diferentes. Ora foi, tendo em vista êste sentido, que a palavra passou a designar os diferentes papéis, qualidades e posições que os homens desempenham ou têm na vida jurídica. Conforme é ou não é *persona*, assim o homem (e nem todos os homens tinham essa qualidade) desempenhava na vida tal ou tal papel, participando ou não na vida do direito.

(1) Além destas manifestações da personalidade, consideram-se ainda, hoje em dia, outras, a que também já se tem querido dar a construção de direitos subjectivos independentes. Assim: o direito à *honra*; o direito ao *nome*; e até o direito à própria *imagem* ou retrato. Trataremos adiante dêstes direitos a propósito do «sujeito de direito» no estudo da relação jurídica.

em relêvo. É que, se quisessemos ver na personalidade e nas faculdades compreendidas nessa qualidade da pessoa verdadeiros direitos independentes, em vez de qualidades ou posições garantidas pela lei, como é lògicamente impossível admitir a existência dum direito sem «objecto» (1), teríamos fatalmente que cair na doutrina dos chamados *direitos sôbre a própria pessoa*. A própria pessoa seria o seu *objecto*. Ora tais direitos não existem, nem podem existir. O seu conceito, embora consagrado nas concepções vulgares, é absurdo.

Se o admitíssimos, por sua vez, teríamos que distinguir

(1) Já se tem pretendido defender a categoria dos *direitos de personalidade* com a consideração de que pode haver direitos sem objecto (Biermann), e ainda com a de que, tendo êles objecto, todavia êste não deve entender-se como se fôsse a própria pessoa ou qualquer dos elementos da pessoa, mas sim sê-lo iam os outros indivíduos, obrigados a respeitar a personalidade alheia.

Claro é que tudo se pode sustentar, quando se trata de construções puramente teóricas, como estas. Contudo não deixa de ser verdade que a concepção dum direito *sem objecto* choca profundamente o nosso sentido lógico, envolvendo uma contradição *in adjecto*; quem diz direito, diz poder e quem diz poder, diz acção física que há de recair, ou poder recair, em alguma coisa. ¿Qual coisa?

Por outro lado, considerar os outros indivíduos como objecto dos nossos direitos de personalidade, é também contrariar, não já a lógica, mas o sentimento da realidade. ¿Exerço eu algum poder *sôbre* os outros homens, quando pretendo dêles o respeito da minha vida ou liberdade? Se a concepção do direito *sem objecto* materializa *de menos* êste tipo de direitos, esta nova concepção dum direito *sôbre os outros* materializa *de mais*. É certo que o objecto dos direitos não é sempre o mesmo e que há até direitos cujo objecto é uma abstracção, como a *prestação* do devedor nos direitos de crédito. Mas nestes, em todo o caso, por detrás dêsse objecto abstracto, a prestação, está longinquamente uma realidade concreta, objecto em última análise do direito do crèdor, o património do devedor.

¿E nos direitos de personalidade?... Além disso, os direitos de objecto abstracto, como os créditos, são renunciáveis, e os direitos de personalidade são *irrenunciáveis*. Isto serve para mostrar as dificuldades de construção que se levantam à concepção dos direitos da personalidade, entendidos como puros direitos subjectivos semelhantes aos outros. Cfr. Prof. Dr. José Tavares, *Princípios fundamentais*, I, pág. 273.

no homem duas pessoas, uma delas sujeito e a outra objecto dos seus direitos de personalidade; ou ainda, teríamos de admitir que *sujeito* de tais direitos seria a pessoa na sua totalidade psíquica, e *objecto* as suas diferentes partes consideradas em separado, as suas diferentes posições e atitudes, o seu corpo, a sua vida, as suas faculdades intelectuais e sabe-se lá o quê mais.

E ainda isto não é tudo. Além de conseqüências ilógicas, teríamos ainda conseqüências imorais e anti-sociais. Com efeito, se podesse haver um direito *sôbre* a vida, sôbre a própria existência, a própria liberdade, sôbre o próprio corpo (1) então teríamos de admitir também lògicamente, pelo menos, *em princípio*, um direito expresso ao suicídio, à escravidão e ao abôrto.

Ora isto seria também moralmente absurdo. Se todo o direito envolve a idéa dum poder, é necessário que exista uma separação entre o poder e o objecto sôbre que êsse poder recái, e essa separação não pode dar-se neste caso. Teríamos que o indivíduo pode exigir o respeito da sua vida e, contudo, tendo um direito *sôbre* ela, poderia matar-se ou dispôr da

(1) Não há direitos *sôbre* a própria pessoa física, reconhecidos pela lei. O que pode parecer um direito sôbre a própria pessoa física, não é mais do que simples manifestação ou forma de manifestação da personalidade, no seu aspecto de liberdade, sob a protecção da lei. O meu direito de me deslocar, de dar um passeio, não envolve um direito sôbre o meu corpo, mas um poder de me manifestar livre, que a lei garante. Se me fôr amputado um braço, terei então um direito sôbre o braço, mas neste caso o braço já não é parte da minha pessoa; é uma coisa distinta. E o mesmo se diga do cadáver, que, pôsto possa ser objecto duma disposição para depois da morte da pessoa (na sua entrega, por ex., a um instituto científico ou a um museu, ou nas disposições àcêrca do seu enterramento), todavia é coisa fora do comércio, não sendo negociável e constituindo uma coisa, sim, mas sujeita a um regime jurídico limitado e especial. Não há portanto aqui um direito da pessoa sôbre si mesma, porque, quando se morre, deixou-se de ser pessoa e o cadáver é uma coisa, a respeito de cujo destino só por motivos de ordem pública se tem em vista ainda a vontade do morto.

sua vida em duelo. Teríamos que admitir que êle tem o direito de exigir o respeito da sua integridade física, e todavia, tendo um direito *sôbre* o seu corpo, poderia mutilar-se ou provocar um abôrto. Ou ainda teríamos que admitir que êle pode exigir dos outros o respeito da sua liberdade, e contudo poderia abraçar a escravidão (1). Extranhos direitos, emfim, seriam êsses, cujo exercício, mesmo quando mais ou menos coarctado, conduziria à própria negação da personalidade que é a base de todos os direitos!

Portanto, há que concluir: os chamados direitos de personalidade, a susceptibilidade de direitos e obrigações, o direito à existência, à vida, à liberdade, etc. não são verdadeiros direitos *na sua construção*. São a condição jurídica fundamental da pessoa humana, a que são inerentes várias *faculdades* e *poderes* garantidos pelo direito; são o pressuposto de todos os direitos e não são renunciáveis, nem têm um objecto, no sentido em que o têm todos os outros direitos. Não é senão porque nós os sentimos e os vivemos como direitos, expectativas, pretensões legítimas da nossa parte, fundadas no nosso mais elevado interesse de criaturas humanas e na própria lei, que lhes chamamos direitos. É, porém, impossível fazer dêles uma construção teórica nas mesmas bases em que fazemos a de todos os restantes direitos subjectivos.

Diferentemente se passam as coisas com os chamados «direitos sôbre *coisas imateriais*». Êstes são verdadeiros

(1) O nosso direito pune o abôrto (Código Penal, art. 358.º); a auto-mutilação (ibid. art. 367.º); o duelo (art. 381.º); e ainda os contratos de prestação de serviços domésticos por toda a vida dos contraentes ou dalgum dêles (art. 1371.º do Código Civil). E se não pune o suicídio, como outras legislações, não é porque reconheça o direito a êle, mas por razões de ordem moral, a-fim de não agravar os sofrimentos do suicida. A única legislação moderna que admite o abôrto, é a legislação russa soviética, mas tal legislação é informada por princípios duma moral que é extranha à civilização ocidental e foge para fora da sua ordem jurídica.

direitos subjectivos patrimoniais, embora tenham por objecto, não coisas corpóreas, mas *incorpóreas*, como são os produtos da inteligência humana, os inventos científicos e industriais e as obras literárias, bem como as marcas registradas da indústria e os nomes comerciais.

Tais direitos não são meras manifestações da personalidade, como os anteriores, nem ainda como os direitos à honra, ao nome e à própria imagem; e isto porque o objecto sôbre que recaem — comquanto a inteligência, de que são o produto, seja um elemento da personalidade — todavia se destacou desta dum tal modo, que pode ser considerado como um valor económico *a se* e independente. As concepções intelectuais são, com efeito, objecto possível duma utilização social que lhes confere uma natureza de «bens» económicos, susceptíveis de apropriação individual. E é assim que a lei considera êsses direitos como uma espécie de propriedade, sujeita a um regime especial, e nos fala duma «propriedade dos inventos» e duma «propriedade artística», como produto do trabalho do homem (1).

e) Finalmente, há ainda uma outra classificação dos direitos subjectivos, que julgo merecer uma especial referência entre as classificações formais que até aqui tenho enumerado (2). É a classificação dos direitos em *transmissíveis*

(1) Vide arts. 567.º, 602.º e 613.º do Cód. civil; a lei de 21 de Maio de 1896 sôbre propriedade industrial e comercial, que modificou o código, e ainda os decretos de 11 de Fevereiro de 1911 e de 31 de Junho de 1927, regulando a propriedade literária, científica e intelectual.

(2) Não me refiro especialmente à classificação dos direitos em *principais* e *acessórios*, por ser pràticamente de pouca utilidade. Dizem-se acessórios os direitos que acrescem ou se juntam a outros para os reforçar. Dizem-se principais os que são reforçados. Serão, por ex., acessórios o penhor, a hipoteca e as servidões. A relação de dependência que liga êstes direitos aos direitos principais não é sempre a mesma e porisso impossível é extrair dela quaisquer conclusões gerais aplicáveis a todos.

e *intransmissíveis*, que tem realmente uma grande importância prática.

Já atrás foi observado que era próprio dos direitos «pessoais» serem intransmissíveis e próprio dos «patrimoniais» serem transmissíveis. Todavia as duas classificações não coincidem absolutamente, nem querem dizer o mesmo. Sem dúvida, todos os direitos pessoais são intransmissíveis. São intransmissíveis os direitos de personalidade e os direitos de família. Mas nem todos os patrimoniais são transmissíveis, e nem todos os patrimoniais-transmissíveis o são da mesma maneira.

Quando se diz que há direitos transmissíveis, esta transmissibilidade pode entender-se de vários modos. Há uma transmissibilidade por actos entre-vivos e uma transmissibilidade *mortis-causa* ou por morte. Há transmissibilidades do próprio direito e transmissibilidades só do seu exercício.

Ora há, entre os direitos patrimoniais, direitos absolutamente intransmissíveis, como o direito a alimentos e os direitos de uso e habitação, quer *inter-vivos*, quer *mortis causa*, e há outros que são intransmissíveis *mortis causa*, mas não o são *inter-vivos* no seu exercício, como o usufruto. Duma maneira geral, são transmissíveis, como já vimos, os direitos patrimoniais, e intransmissíveis os pessoais. São transmissíveis os créditos, os direitos reais e os direitos sôbre coisas imateriais, e intransmissíveis, repetimos, os de personalidade e os de família. Como, porém, não há um critério fixo para determinar a intransmissibilidade dos direitos e, como os patrimoniais intransmissíveis podem fàcilmente confundir-se com os pessoais, é pois preferível reservar para êstes últimos a designação de *estritamente pessoais* e para os primeiros, a-pesar de patrimoniais, a de *simplesmente pessoais*.

12. Uma última classificação dos direitos nos resta apontar (1). As até aqui referidas são puramente doutrinais. Esta, a que nos referimos agora, tem, porém, a mais disso, um carácter legal; é a classificação adoptada pela lei.

Com efeito, o nosso Código Civil, tendo de adoptar uma classificação dos direitos, como sistemática para as suas disposições, atendeu, não à natureza objectiva dos diferentes direitos, mas sim, num ponto de vista também formal, à origem do título em que êles se fundam.

Dentro dêste critério, todos os direitos civis são, segundo o código, ou «*originários*» ou «*adquiridos*». São «*originários*», «os que resultam da própria natureza do homem e que a lei civil reconhece e protege, como fonte e origem de todos os outros» (art. 359.º); e são «*adquiridos*», pôsto a lei não defina o seu conceito, os que resultam de qualquer facto praticado pelo homem, ou os atribuídos pela lei. E êstes últimos — os adquiridos — podem ainda ser, segundo também a própria lei (art. 4.º, n.os 2, 3, 4 e 5): 1.º ou, derivados «*de facto e vontade própria independentemente de cooperação de outrem*»; ou, 2.º: derivados «*de facto e vontade própria e de outrem conjuntamente*»; ou, 3.º: derivados «*de mero facto e vontade de outrem*»; ou ainda, 4.º: derivados «*da mera disposição da lei*». Ora foi, precisamente, esta classificação dos direitos civis que foi tomada para base da divisão da *Parte II* do Código Civil, intitulada «*Da aquisição de direitos*», da qual adiante nos ocuparemos.

---

(1) Deixamos também propositadamente de fora, entre as classificações dos direitos, a classificação objectiva, também doutrinal, adoptada pelo Código Civil alemão e pelos posteriores códigos, que divide todos os direitos em: direitos de obrigação ou *créditos*, direitos *reais* ou sôbre coisas, direitos de família e direitos de sucessão. Não nos ocupamos aqui dela, porque, não só já dela falamos a-propósito das grandes instituições do direito privado, como dela ainda teremos de ocupar-nos mais adiante, a-propósito das relações jurídicas e sua classificação. Aqui só nos ocupamos das classificações formais da doutrina e da classificação do Código Civil.

¿Que dizer, porém, do valor doutrinário, desta classificação legal dos direitos? Apenas isto: que ela tem o inconveniente de ser uma classificação, além de enfeudada a uma concepção filosófica pouco defensável, na matéria de direitos originários, também puramente formal e arbitrária. Foge-lhe por completo qualquer critério de *objectividade*, quanto à natureza dos diversos direitos em si mesmos.

Na verdade, não se compreende bem que mais tenha um direito — que pode ser o mesmo; por ex., a propriedade — pelo facto de ser adquirido por efeito da nossa vontade e da de outro ao mesmo tempo; ou pelo facto de ser adquirido só pela nossa vontade, ou ainda só pela de outro, ou dado de presente pela lei! ¿Que mais faz? ¿Não será, de facto, êsse direito sempre o mesmo, em qualquer dos casos? — ¿Pode chamar-se a isto uma «classificação dos direitos»? Na realidade, não se trata duma classificação de direitos, mas sim duma classificação «dos modos de aquisição» ou das maneiras como se adquirem os direitos.

De resto, na parte relativa aos chamados «direitos originários», a classificação é *metafísica* e faz prender o legislador a uma concepção *jusnaturalista*, que pode muito bem ter sido o nobre produto intelectual duma época notável, na história do pensamento, mas não é uma verdade puramente jurídica, nem uma verdade que se ache ao abrigo das mutações filosóficas e sociais dos tempos (1).

(1) Vide *supra*, pág. 21 e seg. e *infra*, Cap. II, a-propósito do Código Civil. Limitemo-nos aqui a notar, uma vez mais, que é inadmissível a concepção dos *direitos originários* no sentido e com o alcance que o legislador do código lhes atribúi. Não há direitos originários derivados da natureza. Todos os direitos são uma criação da lei e são adquiridos pelos homens. O direito não é um dado da natureza; não existe um *direito natural* na ordem do «ser». Todo o direito é uma criação do espírito, na forma duma tradução ou interpretação que êle presta, na sua linguagem do *normativo*, a certos factos atinentes às relações sociais entre os homens. O que existe, ao lado disso, são «valores» da consciência, ideais éticos, que impõem ao legislador a criação, sob a forma de direitos fundamentais, dêsses tais direitos e

13. Finalmente, dá-se ao conjunto dos direitos *patrimoniais* duma pessoa, nela subjectivados, o nome de «*património*». Estas duas noções acham-se entre si directamente relacionadas, mas carecem ainda dum esclarecimento.

Já vimos que a pessoa pôde ser sujeito dos mais variados direitos, desde os seus direitos de personalidade até aos seus direitos reais, de família, aos seus direitos sôbre coisas imateriais, aos seus créditos, direitos públicos e privados, absolutos e relativos, principais e acessórios, patrimoniais e não-patrimoniais, transmissíveis e não transmissíveis, etc.

Pois bem; constituindo todos êsses direitos a sua condição ou a sua esfera jurídica neste mundo, só entram no conceito de património da pessoa aqueles direitos que, sendo de natureza patrimonial, isto é, avaliáveis em dinheiro, sejam também transmissíveis. Não entram assim no património, nem os direitos de personalidade, nem os direitos de família, inclusivè o de alimentos, nem ainda os patrimoniais não transmissíveis, como o *uso* e a *habitação*, por serem, uns, *simplesmente*, e os outros *estritamente* pessoais e todos terminarem com a morte do seu titular (1). O património é, pois,

o reconhecimento de certas exigências e pretensões, certas posições e qualidades do indivíduo dentro de determinado tipo de organização social, a que se dá o nome de civilização e de «ordem individualista». Os chamados direitos de *existência, liberdade, associação, apropriação* e *defesa*, do art. 357.º, bem como o da inviolabilidade do pensamento, do art. 362.º, etc., não tem de facto outro sentido. Cfr. Prof. José Tavares, *Princípios*, I, pág. 257 e seg. e *supra*, pág. 48, nota 2.

(1) Quanto ao direito real de *usufruto*, deve notar-se que, como êle é patrimonial e *relativamente* transmissível, entra no conceito de património. A sua transmissibilidade é, porém, relativa, porque só o seu *exercício* pode ser transmitido, cedido, dado, vendido, entre vivos; não porém o direito em si mesmo. E como êla é por natureza vitalício e simplesmente pessoal, não se transmite, nem mesmo por morte do usufrutuário. Cfr. art. 2207.º do Cód. civ.

constituído apenas por aqueles direitos positivos que são patrimoniais e transmissíveis ao mesmo tempo.

Todavia, é conveniente notar que esta noção de património não é a única. Há, ao lado desta noção simples, uma outra mais compreensiva, que é a que se acha na base do direito sucessório. Com efeito, o património é também, como já se tem dito, o *resultado de tôda a actividade jurídico-económica do indivíduo sujeito de direitos*, ou o *complexo de relações jurídicas de natureza pecuniária em que o indivíduo pode ser, tanto sujeito activo, como passivo* (1). Ora, pôsto neste conceito de património se não compreendam mais direitos do que no conceito mais simples, dado anteriormente, todavia há um outro elemento que entra nêle agora e que tem a maior importância; e êsse é o complexo dos débitos e obrigações, ou direitos negativos, também patrimoniais, ou das relações jurídicas de que o seu dono é sujeito passivo.

Há pois, assim, um conceito de património «activo», que é garantia comum dos crèdores do sujeito de direito e pode ser por êles executado, formado, como diz a lei, por «*todos os bens*», pela «*soma dos bens e créditos*», por todos os «*bens presentes e futuros*», exceptuados os direitos meramente pessoais (2); e um conceito de património «activo e passivo» translatício e hereditário, igualmente garantia comum dos crèdores do defunto e dos crèdores do herdeiro, mas em que entram, inclusivamente, os débitos e o passivo do defunto, constituindo uma *unidade*, e até a posição concreta dêste em tôdas as suas relações jurídicas, como se se desse aqui uma continuação de sua personalidade ainda para além da sua morte.

Ora o que constitúi aqui a base desta unidade abstracta, que o património é, e o faz considerar uma coisa incorpórea,

(1) Guilherme Moreira, *Inst.*, I, pág. 339.
(2) Cfr. arts. 830.°, 879.°, 1036.° e 1739.° do Cód. civil.

é, no seu primeiro conceito, a própria unidade e identidade do sujeito de direito que se acha no seu centro e ao qual todos os direitos, que o formam, se acham referidos, como num feixe, considerados tais direitos como uma emanação da sua actividade jurídico-patrimonial; e, no seu segundo conceito, mais compreensivo, as idéas de *universalidade jurídica* e de *sucessão universal*, de que só mais tarde teremos de nos ocupar (1).

(1) Note-se além disso que dentro do património da pessoa, podem ainda constituir-se outros patrimónios, constituídos por certas massas de bens formando uma universalidade, em virtude dos fins especiais a que essas massas de bens e direitos podem ser destinadas. Assim, se uma herança fôr aceite a benefício de inventário, os bens que a constituem ficarão constituindo um património separado dentro do património do herdeiro. Vid G. Moreira, *ibidem*.

CAPÍTULO II

As Fontes de Direito. ¿Como nasce o Direito?

SUMÁRIO: 14. Noções gerais — 15. A) — A *Lei*; seu conceito; lei em sentido material e em sentido formal. Diplomas legislativos: a lei pròpriamente dita e outros diplomas. 16. Formação da lei; sua promulgação e publicação. 17. Entrada em vigôr da lei; ignorância da lei e *êrro de direito*. 18. Têrmo de vigência da lei. — 19. B) — O *Costume*; seu conceito; os elementos ou requisitos do costume e fundamento da sua obrigatoriedade. 20. Prova do costume: costume e usos. — 21. C) — A *Doutrina* e a *Jurisprudência*; seu valor como fontes. — 22. O *Código Civil* português; fontes anteriores. 23. Noção histórica da sua elaboração. 24. Fontes do Código Civil. 25. Plano sistemático dêle e sua crítica. 26. Idéa geral do movimento legislativo posterior, que alterou o Código Civil, especialmente desde 1910.

14. Os direitos subjectivos, que acabamos de analisar, têm todos por fonte, ou origem, a lei, isto é, a «Ordem jurídica», o direito objectivo. Já o dissemos: não há direitos emanados da natureza, como sua fonte. O *subjectivo* nasce, neste caso, do *objectivo*. Todos os direitos nascem da lei. — Mas esta, a lei, ¿donde nasce ela? — Voltando a considerar o direito pelo seu lado objectivo, ¿como nasce êste? — ¿Qual a sua origem, a sua fonte? — É êste o chamado problema das «*Fontes de Direito*», de que nos vamos agora ocupar.

Claro é que, num primeiro sentido lato e *material* da expressão «fontes», todo o direito, como facto social, como produto da cultura do espírito, tem por fonte a própria sociedade, ou a chamada «consciência colectiva» duma socie-

dade. O mesmo pode dizer-se da moral positiva, das formas religiosas, da cultura científica, da arte, etc. Mas isso é com a «sociologia», ao estudar ela o direito como puro facto ou fenómeno social nos domínios daquilo que *é*, do «*sêr*». Para nós aqui, no campo da jurisprudência, a expressão «fontes» tem um outro sentido mais técnico, mais *formal* e restrito, e é dêsse só que nos ocupamos aqui.

Em jurisprudência, podem entender-se pela expressão «fontes de direito» três coisas distintas: — ou os *modos de formação e revelação das normas jurídicas*, os modos como o direito aparece; — ou os órgãos políticos encarregados de formular e definir essas normas; — ou ainda, inclusivamente, os *textos, monumentos e diplomas legislativos em que se contêm escritas as mesmas normas*. No primeiro dêstes três sentidos, são fontes do direito: o «*costume*», a «*lei*», a «*ciência do direito*» e as «*sentenças dos tribunais*». No segundo, são fontes, por exemplo: o *rei*, na monarquia absoluta; o *parlamento* no Estado constitucional. No terceiro, emfim, são fontes ainda, por exemplo: o *Código civil* português; antigamente, as *Ordenações do reino*, etc. Afastando, porém, o segundo dos sentidos indicados, por interessar apenas ao direito público e constitucional, ficam-nos os outros dois, de que vamos agora tratar.

As fontes de direito, no primeiro sentido, são, pois, em abstracto, o costume, a lei, a jurisprudência e as sentenças judiciais. Isto é: é através dêstes factores ou elementos que o direito se revela e se define, num sentido formal. O seu conceito é, pois, também um conceito *formal*, como são todos os conceitos jurídicos. O direito abstrai das realidades concretas que estão por detrás dêstes três conceitos no domínio causal da dinâmica das sociedades e apenas faz a sua análise lógica, atribuindo-lhes porisso um verdadeiro valor dogmático de «categorias» do pensamento jurídico.

Devo, porém, notar que estas três fontes não têm uma igual importância. O seu valor é desigual, consoante os diferentes estados de civilisação dum povo e ainda consoante

os diversos ramos do direito que se considerem. Assim é que, por exemplo, se em Roma, como vimos na história do direito romano, foi importantíssima, como fonte de direito, a jurisprudência, no sentido de ciência do direito (1), o mesmo não acontece hoje entre nós, quando, além de ser tão escasso o valor do costume, é também tão escasso o da jurisprudência no campo do direito civil, sendo, pelo contrário, importantíssimo e decisivo o da lei. Se, pois, quisermos enumerar as fontes pela ordem da sua decrescente importância, diremos que as «fontes» são hoje: — 1.º a *lei*, — 2.º o *costume*, — 3.º a *jurisprudência dos tribunais*, — 4.º a *doutrina* ou jurisprudência crítica. Isto, para transigir com as noções correntes e as classificações já feitas; porque, se aliás quisermos ser verdadeiramente rigorosos, então teremos de dizer que a única e verdadeira fonte de todo o direito é hoje a Lei. Não o é o costume, porque êste tem hoje só a fôrça obrigatória que a lei lhe empresta; não o é a jurisprudência, porque esta, afora o preceituado na última *Reforma do Processo*, de 1926 (2), não obriga também

(1) Deve também notar-se que a expressão jurisprudência é tomada hoje, quando se fala de «fontes», num sentido diferente daquele que tinha entre os romanos. Para êstes era a jurisprudência a ciência do direito, obra dos jurisconsultos; para nós é ela hoje a elaboração prática do direito, feita pelos tribunais e juízes, na sua aplicação do direito aos casos da vida, nos acórdãos e sentenças. É isto a chamada *jurisprudência dos tribunais*. Para designar, porém, a jurisprudência no sentido romano e mais elevado da palavra, emprega-se hoje, de preferência, a expressão «*Doutrina*» ou ciência do direito.

(2) Segundo esta Reforma, constante do Decreto n.º 12:353, de 22 de Setembro de 1926, quando o Supremo Trib. de Justiça proferir um acórdão cuja doutrina se ache em conflito com a dum outro anterior do mesmo tribunal sôbre o mesmo ponto ou questão decidida nele, pode a parte interessada recorrer dessa decisão para o mesmo tribunal constituído em tribunal pleno. Julgada assim, de novo, a questão, ficará a jurisprudência contida neste novo acórdão constituindo lei para o futuro, não só para o referido tribunal, como para os tribunais inferiores, para todos os casos idênticos. Neste caso, pois, a *jurisprudência dos tribunais*, ou seja, a do S. T. de Justiça, adquire o valor de fonte de direito. Quis-se assim, com

os tribunais a julgar em harmonia com as decisões já proferidas; e não o é, emfim, a Doutrina, porque nulos são no fôro também a obrigatoriedade jurídica e o valor dogmático das opiniões dos mais abalisados jurisconsultos que possam existir (1). Considerando, porém, a classificação tradicional das fontes, vamos agora tratar de cada uma delas em separado, segundo a ordem que ficou exposta.

A) A Lei

15. ¿Que se entende por lei? A lei é a forma que reveste a norma jurídica, quando é estabelecida e decretada duma maneira solene pela autoridade dum órgão expressa-

esta medida, concorrer para a uniformização da jurisprudência, lutando contra o cáos das decisões contraditórias.

(1) Costuma-se também fazer a divisão das fontes do direito em *imediatas* e *mediatas*, sendo imediatas só aquelas cujo valor legal (ou autoridade para fundar o direito) é imediato, directo e independente, e sendo mediatas aquelas cuja autoridade só indirectamente vem a estabelecer-se, pela pressão *de facto* que, na vida jurídica real, vem a exercer o direito que delas emana. É bom notar que esta classificação é, porém, no meu modo de ver, absolutamente inútil e irrelevante para a *ciência do direito* que, como já disse, parte dum conceito puramente *formal* de fonte. E neste sentido só há fontes *imediatas*. As chamadas *mediatas* não são fontes na *ciência do direito;* sê-lo hão apenas num critério sociológico, para a sociologia, não num critério jurisprudencial. Se fôssemos a dar o nome de fontes de direito a tôdas as formas de actividade social que, mais ou menos directamente, influem na criação das normas jurídicas, num ponto de vista de facto, também seriam fontes de direito, por exemplo, as formas de produção económica, a organização política das sociedades e até a religião. É claro que, quando se fala em fontes *mediatas*, perde-se de vista o conceito *formal* de fonte e transita-se para um conceito material e científico-natural. Portanto, a doutrina ou jurisprudência crítica, que foi fonte de direito imediata em Roma, no período clássico, hoje não é fonte de direito, e a jurisprudência dos tribunais, qualquer que de facto seja o seu valor, hoje também não é fonte de direito, fora dos casos do Decreto 12:353, de 22 de Setembro de 1926, já acima referido.

mente competente para êsse efeito, por ser o órgão legislativo.

Pressupõe assim êste conceito três elementos: *a)* a existência duma norma jurídica, com os caracteres de generalidade e abstracção que já conhecemos; *b)* a sua definição por uma maneira solene, que envolve sempre a forma escrita; e *c)* a existência duma autoridade competente com o poder legal de a decretar.

A generalidade e a abstracção são da essência da norma jurídica. A forma solene consiste nas formalidades a que está sujeito o processo de elaboração da lei até ao momento em que entra em vigor. O órgão competente, emfim, é aquele que, em harmonia com a forma de organização do Estado, tem por missão, precisamente, fazer as leis, exercendo assim um poder que se chama o poder legislativo. Êsse poder que, nas antigas monarquias de direito divino, pertencia ao rei, pertence hoje, nos modernos estados constitucionais, aos parlamentos como representantes da vontade popular. Eis o conceito estrito de lei. E vê-se assim que, se a lei é uma fonte de direito, o é precisamente no sentido dum modo de formação e revelação do direito positivo, quer a norma jurídica, que nela se contém e se exprime, já existisse anteriormente sob forma de costume, quer não existisse e, portanto, seja uma criação originária do legislador.

Sendo êste o conceito estrito de lei, ou da lei pròpriamente dita, é preciso notar, porém, que há normas solènemente declaradas, mas que não emanam do órgão que, dentro do Estado, tem expressamente o poder legislativo, sem deixarem porisso de ser leis; como há também, por outro lado, muitos actos e resoluções dêsse órgão que não contêm os outros requisitos necessários para serem leis, mas que têm a sua forma, e são muitas vezes considerados tais. Ora, ¿como conciliar os têrmos gerais da definição acima dada com êstes factos? Precisamente para isso é que se costuma lançar mão duma distinção entre dois conceitos diferen-

tes de lei, aos quais é uso chamar: conceito *material* e conceito *formal* (1).

Com efeito, se analisarmos aquela definição, verificamos que há nela, como já vimos, três elementos decisivos: dois *materiais* ou substanciais, mais importantes, e um puramente *formal*, menos importante. São elementes *materiais* ou substanciais da lei: a existência da norma geral e abstracta e a sua declaração solene e escrita. É elemento *formal*: o promanar essa declaração dum orgão especial que se diz ser o legislativo. Ora, consoante atendermos, ou só aos dois primeiros com exclusão do terceiro, ou só aos dois últimos dêstes elementos, com exclusão do primeiro, assim obteremos também ou um conceito *material* da lei, como no primeiro caso, ou um conceito *formal*, como no segundo. E esta distinção tem a maior importância na organização política do chamado Estado moderno, assente, como é sabido, no princípio duma rigorosa separação dos poderes.

Donde o poder dizer-se que lei, no sentido material, será portanto todo o acto que tiver a *substância*, mas não a *fórma* da lei, e que lei, no sentido formal, será todo o acto que tiver a sua *forma*, mas não a sua *substância*. Será lei, em sentido material, toda a regra de direito, *geral* e *abstracta*, *decretada solènemente* por qualquer órgão que tenha competência para a decretar, *embora tal órgão não seja o poder legislativo* pròpriamente dito. E será lei, no sentido formal, todo o acto ou resolução emanados e decretados pelo órgão legislativo, *mesmo que tal resolução ou acto, porém, não contenham*

(1) Note-se que a expressão «formal» se aplica aqui num sentido diferente daquele em que a aplicamos atrás, ao falar em fontes de direito. Neste novo sentido, quere-se dizer que se atende, ao chamar formal a uma lei, apenas ao órgão legislativo de que ela emana, abstraíndo de ter ou não ter os requisitos de fundo indispensáveis para ela ser lei. É o mesmo critério com que se diz *direito pretoriano* o direito só emanado do pretor romano, atendendo-se ao órgão que o criou.

uma regra geral e abstracta, mas só contenham disposições de carácter concreto e não geral, mas particular.

Assim, serão leis, entre nós, em épocas de normalidade constitucional — evidentemente, em sentido *formal* — tôdas as resoluções emanadas do Congresso da República e por êle decretadas e publicadas, embora não contenham normas abstractas e gerais, isto é, embora não sejam verdadeiras leis «materiais»; e serão ainda leis — estas no sentido *material* — todas as regras ou normas abstractas e gerais, mesmo que não emanadas do Congresso, mas de quaisquer outros órgãos e por êles também decretadas e publicadas, como o poder executivo e certas autarquias locais, dentro dos limites e nas condições estabelecidas pela lei fundamental do Estado.

Lei *pròpriamente dita*, porém — é bom notar — será, em épocas de normalidade constitucional, só aquela que reúna em si todos os elementos materiais e formais acima apontados e, portanto, só aquela que ao mesmo tempo se ajustar aos dois conceitos de lei material e formal que ficam descriminados.

Numa época, como a nossa, em que existe uma organização política rígida, um Estado geomètricamente construído, dentro do qual o conceito dos seus poderes fundamentais quási coïncide com o conceito das suas funções, esta distinção impõe-se, sob pena de, não a fazendo, haver o risco de se não saber, muitas vezes, aquilo que deverá entender-se tècnicamente por lei. Como, porém, é só da lei pròpriamente dita que nos vamos ocupar em seguida, não quero deixar de indicar, desde já, quais são os principais *diplomas* legislativos que, sem serem leis formais, todavia são verdadeiras leis materiais.

São leis materiais: os *regulamentos*, os *decretos com fôrça de lei* e ainda as *posturas* e *regulamentos municipais*.

Regulamentos são regras ou disposições tomadas pelo poder executivo, no desempenho duma competência própria, que lhe é assinada pelas leis fundamentais, para a execução das leis. Como as leis, contendo normas dispositivas, care-

cem muitas vezes de ser regulamentadas para a sua boa execução, daí o deixar-se ao poder executivo essa função, ou «poder regulamentar», e dar-se aos regulamentos por êle assim feitos o nome de leis *executivas*. Estas leis devem ser observadas da mesma forma que as outras, já em virtude da especial competência do órgão que as decreta, já porque se consideram implicitamente contidas nas leis a que servem de meio de execução. E contudo só num sentido «material» se lhes pode dar o nome de leis, por não emanarem do poder legislativo (1).

Decretos com fôrça de lei são também medidas de carácter geral, tomadas pelo poder executivo em condições excepcionais, em que êle se substitúi ao poder legislativo.

Duma maneira geral, claro está que a palavra «*decreto*» serve para designar todo o acto emanado do poder executivo, vindo assim a compreender-se nesta categoria, quando tomada a palavra no seu sentido lato, os próprios regulamentos (2).

(1) Devem distinguir-se contudo várias espécies de regulamentos. Há os chamados *regulamentos ordinários*, ou regulamentos «para a boa execução das leis», que são da competência normal do poder executivo, em todos os casos, nos têrmos da Constituição (art. 47.º, n.º 3) e há *os regulamentos legislativos*, ou feitos no exercício duma autorização legislativa, que são aqueles que o poder executivo faz em virtude duma autorização especial que lhe conferiu o legislativo e que tem a fôrça da lei, não podendo mais ser retirada essa autorização depois de concedida. Tanto num caso, como neutro, é claro que os regulamentos não podem ir contra a lei, não lhes sendo devida obediência em tal hipótese. Podem, em todo o caso, os segundos ir um pouco mais longe do que os primeiros, na regulamentação da matéria legislada, em virtude da autorização especial conferida ao executivo. Quando os regulamentos determinam a organização e funcionamento dum tribunal, corporação, cargo ou ofício, recebem o nome de *regimentos*. E há, finalmente, também os chamados *regulamentos para as colónias*, que ao poder executivo ou ainda aos governos coloniais, por delegação do legislativo, pertence decretar, ou para tôdas ou só para algumas colónias determinadas (art. 67.º, B, C e F, da Constituição).

(2) Os regulamentos são, de resto, publicados sob a forma de decretos, chamando-se então a êstes decretos, que os aprovam e publicam, *decretos-regulamentares*.

Porém, no seu sentido mais restrito, a palavra designa só aqueles actos do poder executivo em que êle, por uma autoridade ou própria ou delegada, se substitúi ao legislativo. Se a autoridade é delegada, como no caso dos regulamentos feitos no exercício duma autorização legislativa, poderá ainda dizer-se que tais decretos são verdadeiras leis, no sentido material e formal ao mesmo tempo, pois, em última análise, emanam ainda do legislativo. Se, porém, a autoridade é própria, neste caso, os decretos já não serão leis no sentido formal, mas sê-lo hão no sentido material, como acontece com os regulamentos ordinários, e ainda com os chamados *decretos ditatoriais*, ou *decretos-leis*, com que o executivo, em condições excepcionais de urgência e utilidade pública, e não estando reünido o Congresso, emana normas jurídicas, esperando depois obter a sua ratificação do legislativo por meio dum *bill de indemnidade* (art. 26.º, n.º 16, § 1.º e art. 47.º, n.º 9, da Const. de 1911) (1).

E são, finalmente, *posturas* e regulamentos municipais as providências tomadas sôbre certos assuntos pelas administrações locais, gozando de autonomia, dentro da respectiva circunscrição, e quando dentro dos limites da sua faculdade regulamentar.

Ora, pôsto todos êstes diplomas, não possam conside-

(1) Entre os *decretos ditatoriais* convém notar que existe ainda uma outra espécie. Aquêles de que falo no texto, achando-se previstos na Constituição, não merecem rigorosamente o nome de ditatoriais. Claro está, porém, que, se o poder executivo passa a usurpar o poder legislativo dum modo permanente, numa situação anormal, como acontece nas ditaduras modernas, resultado de movimentos anti-constitucionais e anti-parlamentares, então é evidente que só a êstes decretos se poderá dar o nome de ditatoriais. Mas então é também evidente que, rigorosamente, terá desaparecido a base para a distinção entre lei no sentido material e lei no sentido formal, com o alcance que acima lhe atribuimos, e que todos os decretos emanados de tais poderes e contendo normas gerais, não serão já puros decretos-leis, mas sim *verdadeiras leis* feitas por meio de decretos, por emanarem dum poder que é a-final executivo e legislativo ao mesmo tempo.

rar-se leis no sentido formal, por não emanarem do poder legislativo, contudo do que não pode duvidar-se é de que êles contêm, ou podem conter, normas jurídicas gerais e abstractas, solènemente decretadas por órgãos competentes, e de que, portanto, são, muitas vezes, verdadeiras leis no sentido material (1).

16. A lei pròpriamente dita é, nos modernos Estados constitucionais *(Rechtsstaaten)* saídos mais ou menos directamente da revolução francesa, como vimos, a norma jurídica solènemente decretada pelo «poder legislativo» e êste reside, como também é sabido — embora no seu exercício se dê uma colaboração do executivo — nos parlamentos, chamados câmaras de deputados ou câmaras baixas, senados ou câmaras altas, congressos, dietas etc. São êles o principal órgão da chamada «*soberania nacional*», dogma fundamental das democracias modernas. E, comquanto muitas destas idéas e formas de organização política se achem actualmente em «crise» e estejam até, total ou parcialmente, suspensas em alguns Estados, como no nosso, contudo, na falta dum novo tipo de

(1) É costume enumerarem-se ainda, entre os diplomas que, sem serem leis formais, contudo o são «materialmente», as chamadas *instruções* e *portarias*.

Por *instruções* entendem-se as ordens emanadas dos ministros e secretários de Estado e dirigidas aos funcionários seus subordinados na gerarquia administrativa, em que se esclarecem quaisquer diplomas ou se resolvem quaisquer dificuldades levantadas na sua execução.

Portarias são também as ordens emanadas do Chefe de Estado, assinadas pelos ministros e dirigidas às diferentes autoridades, para que estas tomem em consideração certos interesses que, geralmente, as leis não garantem eficazmente.

Tanto umas, como outras, não passam, porém, da esfera da vida administrativa do Estado, sendo obrigatórias só para as autoridades a quem são dirigidas e para os casos de que especialmente tratam. É porisso muito discutível a sua natureza de leis, mesmo no sentido material.

organização política estabilizada e legal, que se lhes possa substituir, é ainda a elas que temos de nos referir, para dizer como se forma a Lei (1).

Ora, na elaboração da lei, segundo os moldes do *Estado constitucional*, cujo último diploma fundamental foi entre nós a *Constituïção de 1911*, podem distinguir-se quatro momentos ou quatro fases: *a*) — a *formação da lei*; *b*) — a *promulgação*; *c*) — a *publicação*; e *d*) — a *entrada em vigor*. Além disso, há ainda a considerar também na vida da lei o seu têrmo, isto é, a sua *revogação* ou cessação.

a) Quanto àquilo a que chamamos aqui a «formação da lei», a sua fase embrionária, tôda a lei deve começar, segundo a Constituïção referida (art. 28.º e seg.) por um *projecto* ou *proposta*, apresentados ao «Congresso» por qualquer dos seus membros (deputados ou senadores), ou ainda por um membro do govêrno ou ministro de Estado. Se o projecto é apresentado por um membro do Congresso, chama-se «*projecto de lei*» pròpriamente dito; se por um dos ministros, na Câmara dos Deputados, «*proposta de lei*». Discutido e apro-

(1) Entre nós foi, como é sabido, suspensa a Constituïção de 1911 pelo movimento militar de 28 de Maio de 1926, que introduziu em Portugal um govêrno de facto, ditatorial, que dura há cinco anos, e dentro do qual se anuncia neste momento (Janeiro de 1932) a sua transformação numa nova forma legal de Estado, dentro da República, mas assentando numa nova Constituïção, que se prepara. Entretanto, as leis tem sido feitas e continuam a sê-lo pelo govêrno, que acumula nas suas mãos as funções do poder executivo e do legislativo. Os projectos ou propostas são levados pelos membros do govêrno ao conselho de ministros que os discute, são promulgados na forma de *decretos com fôrça de lei*, e para *valerem como lei*, pelo Chefe de Estado, quando aprovados, e finalmente publicados no *Diário do Govêrno* com a assinatura do mesmo Chefe de Estado e dos ministros de tôdas as repartições. Ver sôbre o formulário para êstes decretos o dec. n.º 15.410, de 25 de Abril de 1928. Claro que só incidentemente tocamos aqui êstes pontos, por serem questões cujo estudo desenvolvido deve fazer-se na cadeira de direito constitucional.

vado o projecto, ou proposta, numa das câmaras, será enviado à outra, para aí ser também discutido, o mais tardar na sessão legislativa seguinte, sob pena de não o sendo, se considerar aprovado (art. 32.º da Const.).

Na câmara para o qual o projecto é remetido, pode então dar-se uma de três hipóteses: ou ela concorda integralmente com o projecto remetido e já aprovado na outra; ou só concorda parcialmente, propondo emendas e alterações; ou não concorda de todo. Se concorda integralmente, aprova-o em discussão e remetê-lo há ao Chefe de Estado, que o promulgará dentro de 15 dias, sob pena de o projecto ser considerado promulgado, deixando êle passar êsse prazo (art. 31.º *ibid.*). Se, porém, a câmara *ad quem* não concorda integralmente, mas introduz alterações no projecto, nesse caso, voltará êste à câmara donde partiu para as discutir, por sua vez, e o remeter então ela, caso as aprove, ao Chefe de Estado, como no caso anterior. Se, porém, finalmente, a câmara à qual o projecto foi remetido não concorda de todo, ou se rejeita êste *in limine* — bem como no caso anterior de emendas com as quais não concorda a primeira câmara, de que partiu inicialmente o projecto — então as duas câmaras reünirão em «sessão conjunta», aprovando, rejeitando ou alterando definitivamente o projecto e remetendo-o, se fôr caso disso, ao Chefe de Estado para a promulgação (arts. 33.º e 34.º, *ibid*).

Assim nasce uma lei, nos têrmos da nossa última Constituïção. Para que ela, porém, passe desta fase de simples *projecto aprovado* à fase de lei perfeita, obrigando os cidadãos, é-lhe necessário passar ainda pelos têrmos seguintes a que já atrás aludimos: promulgação e publicação.

b) Diz-se «*promulgação*» o acto pelo qual o Chefe de Estado — no nosso caso o Presidente da República — atesta solènemente em face da nação a existência da lei e ordena que ela se execute, na pressuposição de que está regularmente votada nos têrmos da Constituïção ou lei fundamental em vigôr (art. 29.º) (1).

c) E, finalmente, diz-se «*publicação*» o acto pelo qual é levado ao conhecimento do público, na forma escrita, a existência da lei já aprovada e promulgada. Esta publicação é entre nós feita mediante a sua impressão no jornal oficial, chamado o «*Diário do Govêrno*», no que toca ao continente e ilhas adjacentes, e nos jornais oficiais, chamados «Boletins oficiais» das províncias ultramarinas, no que toca a estas, tendo as leis a data da sua respectiva publicação nesses órgãos oficiosos.

Com esta última formalidade, a lei existe, se assim se quiser entender. Porém, não está ainda tudo feito. A lei ainda não obriga, não vincula, não vigora ainda; rigorosamente, portanto, ainda não é lei.

17. *d*) Rigorosamente, para que a lei seja perfeita e obrigue, é preciso ainda que tenha *entrado em vigôr*. Ora, para que a lei entre em vigôr, é necessário que tenha decorrido um certo espaço de tempo sôbre a data da sua publicação oficial. Êste espaço de tempo é, precisamente, o período durante o qual a sua publicação, já efectuada, deve produzir o efeito desejado: de ela ser levada ao conhecimento de todos os cidadãos. É ao que se chama a *vacatio legis*. Durante êsse período a lei de certo modo já existe, mas ainda não tem fôrça obrigatória. ¿Que período é êsse?

Antigamente, atendia-se à maior ou menor distância das diferentes localidades do país com relação à capital, para fixar prazos também diferentes. Era o chamado «*método*

(1) Era a seguinte a fórmula da promulgação: «*Em nome da Nação, o Congresso da República decreta e eu promulgo a lei seguinte*» (art. 30.º).

sucessivo». As leis, por legislação antiga (1), começavam a vigorar em Lisboa só 3 dias depois de publicadas no «*Diário do Govêrno*» (passados que fôssem 3 dias), e nas outras terras só 15 dias depois. Para as ilhas adjacentes, só 8 dias depois da chegada do primeiro vapor que levasse a participação oficial da lei. Isto era assim, em virtude das inevitáveis demoras com os meios de transporte de então, cujo serviço lento não permitia que a lei se tornasse conhecida no mesmo dia em todo o país. Porém, actualmente já assim não acontece. Hoje em dia, a extrema facilidade de meios de comunicação, que caracteriza a aceleração da vida moderna, fez adoptar, em lugar daquele «método sucessivo», o chamado «*método instantâneo*», em virtude do qual as leis entram a vigorar no mesmo momento em todo o território do continente da República e bem assim no mesmo momento também no território das diferentes ilhas adjacentes (2). Isto como

(1) Lei de 9 de Outubro de 1841, art. 1.º.

(2) Esta matéria da entrada em vigor das leis é hoje regulada pela lei de 1 de Julho de 1913. Esta lei dispõe que as leis terão a data da sua publicação oficial no «*Diário do Govêrno*» e entrarão em vigôr em todo o continente, salvo declaração em contrário, *no terceiro dia depois de publicadas*, isto é, atingido que seja o terceiro dia, ou decorridos que sejam os dois primeiros.

A mesma lei determina que, quanto às ilhas adjacentes, as leis começarão a vigorar «no décimo dia depois da *partida* (!) do vapor que levar a participação oficial». Nesta altura da lei de 1913 contém-se uma doutrina extranha. O legislador esqueceu-se, ao tomar a *partida* do vapor como ponto de partida para o prazo, dos perigos que ameaçam a navegação e freqüentes vezes determinam os naufrágios! Assim, pode dar-se o caso de, decorridos os dez dias sôbre a partida do vapor, de Lisboa, a lei começar a vigorar na ilha da Madeira, mesmo sem lá ser conhecida, se, por hipótese, o navio não tiver lá chegado! Fantasias dos legisladores!

Quanto às colónias, como não há preceito legal expresso àcêrca do comêço da vigência das leis, visto a lei de 1913 não se referir às colónias, entende-se geralmente, com boa razão, que continua a vigorar a legislação anterior. Portanto, as leis entrarão em vigôr na capital da província três dias depois de publicadas no respectivo *Boletim oficial* e, nas outras terras dessa província, quinze dias depois.

regra, pois não faltam também excepções a êste princípio, segundo as quais, a respeito de certas leis, se designa especialmente nelas um certo momento, a partir do qual entram em vigôr (1).

Entrando em vigôr, a lei torna-se então obrigatória para todos, cidadãos e autoridades; é só então que a lei se pode dizer rigorosamente perfeita, completa; que ela existe. Então existe também a presunção, embora fictícia, de que a lei é conhecida de todos, não se admitindo que alguém possa eximir-se ao seu cumprimento, com fundamento na ignorância dela. É o que dispõe, quanto a esta última parte, o art. 9.º do Código Civil, ao dizer: «*ninguém pode eximir-se de cumprir as obrigações impostas pela lei com o pretexto de ignorância desta ou com o seu desuso*» (2).

A êste respeito, pode, porém, surgir uma dificuldade a que quero fazer uma rápida referência, ainda a-propósito da

(1) Por exemplo, o Código Civil. A lei que promulgou o Código, de 1 de Julho de 1867, determinou que êste só entraria em vigôr, passados que fôssem *seis meses* sôbre o têrmo da sua publicação no *Diário do Govêrno*. Como esta só terminou em 21 de Setembro de 1867, o Código só começou a vigorar em 22 de Março de 1868.

(2) Dizemos que a *presunção*, estabelecida pela lei, de que decorridos os dois dias sôbre a sua publicação no *Diário do Govêrno*, a lei se tornou conhecida de todos, é uma *presunção fictícia*, porque ela não admite prova em contrário; é uma presunção *juris et de jure*, como se chama às presunções que não admitem prova em contrário. Mesmo que uma pessoa possa provar que se achava, materialmente, em condições de não poder conhecer a existência da lei, de nada lhe aproveita essa circunstância. Donde, o têrmos de admitir que o fundamento real da disposição que manda que as leis vigorem desde o terceiro dia da sua publicação no Diário, para o continente, não é realmente uma presunção sincera de que todos conhecem já a lei, mas sim a *necessidade social* de que a lei impere igualmente sôbre todos, sem se tomarem em consideração as circunstâncias subjectivas, de conhecimento ou desconhecimento, do espírito dos cidadãos. Isto, em nome dum interesse público e para que os interesses da colectividade não venham a achar-se à mercê de incertezas, mas possam ser regulados uniformemente ao mesmo tempo, em todo o território do Estado.

obrigatoriedade das leis. Pode preguntar-se: ¿em que sentido devemos entender o disposto neste art. 9.º do Cód. civil? ¿Num sentido rigoroso e absoluto? Ou, ¿haverá, pelo contrário, alguma excepção a êste princípio?

Com efeito, casos há, que ninguém pode desconhecer, em que a própria lei considera «desculpável» para os cidadãos o chamado «êrro de direito» ou a ignorância da lei, para fazer depender dêsse facto certas conseqüências favoráveis para a vítima do êrro ou ignorância. Assim, por exemplo, o nosso código admite, no art. 659.º, o «êrro de direito» como causa de nulidade dos negócios jurídicos. Ora êste êrro consiste, justamente, na *falsa idéa que nós podemos ter àcêrca da existência duma regra de direito;* como se eu suponho que existe uma norma jurídica que me impõe uma certa obrigação e cumpro esta, praticando um acto, sem tal norma e, portanto, tal obrigação existirem. Pois bem: neste caso, o código permite-me pedir nos tribunais a anulação do acto, com fundamento, precisamente, no meu êrro ou na ignorância em que estava da lei. ¿Não haverá, pois, logo assim uma excepção ao princípio do art. 9.º, que parece excluir tôda a possibilidade de se invocar a ignorância da lei? ¿Como conciliar as duas doutrinas?

Ora, não há contradição alguma entre a doutrina do referido art. 9.º àcêrca da obrigatoriedade incondicional das leis, depois de entrarem em vigor, e segundo a qual «*nemo jus ignorare censetur*», e a doutrina do chamado «*êrro de direito*» do art. 659.º, segundo a qual em alguns casos «*error juris excusat*». Ou, por outras palavras: a contradição, a existir, não é senão aparente, pois não é senão o resultado duma confusão entre dois conceitos diferentes de «êrro» e «ignorância». Vejamos.

Com efeito, quando se diz que a «ignorância da lei a ninguém aproveita» (*error juris non excusat*), com isto quere-se significar apenas que a obrigatoriedade dos preceitos da lei se dá independentemente do conhecimento ou desconhecimento dela por parte dos cidadãos, princípio êste

absoluto e sem limitações. Quando se diz que, em certos casos, a ignorância da lei ou o êrro a seu respeito aproveitam a alguém (*error juris excusat*), com isto quere-se significar que certos *negócios jurídicos*, que fôram praticados por uma pessoa na falsa convicção de que uma lei determinava isto ou aquilo, permitia estas ou aquelas conseqüências, podem ser anulados em juízo, se se provar que essa pessoa foi levada a praticá-los só em virtude dêsse êrro em que estava. Isto é: no primeiro caso, ao fixar-se a absoluta obrigatoriedade das leis, tem-se em vista a abstracta intangibilidade dos seus efeitos objectivos, como os dum mecanismo lógico, colocados acima da vontade e do conhecimento dos indivíduos. No segundo caso, porém, ao fixar-se a doutrina do êrro, como causa de nulidade de certos efeitos da lei, tem-se em vista a intangibilidade da vontade real dos indivíduos, quando esta na sua consciente integridade é por lei um pressuposto indispensável para que possam produzir-se os efeitos subjectivos dum certo negócio jurídico. Neste último caso ainda, se a ignorância é tomada em consideração para fazer sustar os efeitos da lei, isso só se dá porque faltam então nesse acto a condição e o pressuposto exigidos pela ordem jurídica para que se produza um certo efeito e, portanto, êste não pode produzir-se, ou não deve subsistir, se já se produziu.

Numa palavra: se eu posso invocar em alguns casos o «*êrro de direito*» ou a ignorância da lei, para obter a anulação dum acto jurídico que pratiquei, com isto não vou, nem pretendo ir, invalidar a fôrça obrigatória duma norma com fundamento na minha ignorância dela; o que vou fazer com isso, e o que pretendo, é apenas fugir às conseqüências jurídicas dêsse acto que pratiquei e para cuja validade falta, precisamente, uma condição indispensável. E êsse pressuposto ou condição indispensável pode ser: ou, o eu supôr que existia uma lei que realmente não existia, ou, o eu supôr que tal lei, que existe, me obrigava a proceder como procedi, quando realmente não me obrigava.

Donde se vê, pois, que, como diz Coviello, os dois princípios aparentemente opostos: «*error juris non excusat*» e «*error juris excusat*», correspondem a conceitos diferentes e têm campos diferentes de aplicação (1).

18. Finalmente, há a considerar também na lei o seu têrmo ou cessação. A lei, assim como nasce e vive, também morre. Deve notar-se, contudo, que as leis nunca morrem de velhas. A sua vida é indefenida no tempo, não bastando a antiguidade nem ainda o seu *desuso* (art. 9.º do Cód. civ.) para morrerem. Mesmo que deixem de existir as condições sociais que determinaram o seu aparecimento, a lei subsiste sempre. A lei só deixa de vigorar quando fôr revogada. Isto é: uma lei posta em vigor, normalmente só deixa de vigorar quando essa vigência lhe fôr retirada por um acto de vontade do mesmo poder ou órgão que lhe deu vida, mediante uma nova lei. Chama-se a êsse acto «*revogação*» (2). «*Lex posterior derrogat priori*».

A revogação das leis pode, porém, efectuar-se de várias maneiras e com diferente alcance.

(1) Coviello, *obr. cit.*, pág. 46.

(2) Lei posterior é aquela que foi *publicada* depois de outra, embora, por qualquer circunstância, tenha entrado a vigorar primeiro, pois a data das leis é a data da sua publicação no *D. do G.*

Convém notar que o que afirmamos no texto, àcêrca da «revogação», se deve entender referido apenas à cessação da lei por vontade do legislador. Há, porém, factos que podem determinar a cessação da lei, sem serem pròpriamente uma *revogação*. A lei pode deixar de vigorar por *causas intrínsecas*, como, por ex.: *a*) se a lei foi decretada só para um certo tempo previsto pelo legislador e êsse tempo já decorreu; *b*) se o objecto ou fim para que foi decretada a lei foi já atingido ou deixou de existir; *c*) se o sistema de normas, ou instituto jurídico, em que ela se integrava, deixou de existir, ou se se deu uma impossibilidade de facto, facto que era o pressuposto da lei. Nestes casos, não se fala de revogação, mas de *cessação* da lei, morte da lei.

Assim, há que distinguir; quanto à forma por que ela se efectua, a revogação *expressa* da revogação *tácita*. A revogação é «expressa», quando uma lei posterior declara *expressamente* que fica revogada uma lei anterior. É «tácita», quando uma lei nova, mesmo nada dizendo expressamente no sentido de revogar uma lei velha, contudo contém disposições que são incompatíveis, no todo ou em parte, com as disposições desta. Neste caso ainda, as leis anteriores consideram-se revogadas, na medida em que o seu conteúdo é incompatível com o da nova lei. Assim também; quanto ao conteúdo das leis, a revogação pode ser ou *total*, ou *parcial* (1), chamando-se também à primeira *abrogação* e à segunda *derrogação*.

Por último, não quero também deixar de pôr aqui em evidência uma regra que vigora na nossa jurisprudência, em matéria de revogação de leis, e que, conquanto não envolva um preceito jurídico, contudo gosa duma indiscutida autoridade. Segundo essa regra, *a lei especial posterior revoga sempre a lei geral anterior no caso ou casos sôbre que provê; a lei geral posterior não revoga, porém, a lei especial anterior, senão quando haja incompatibilidade entre elas.*

Claro que se entende, neste caso, por *lei especial* uma lei que regula só determinados aspectos ou sectores dum sistema mais vasto de relações jurídicas e, por *lei geral*, a lei que pretende regular todos os aspectos ou sectores dêsse sistema em conjunto. Por exemplo: uma lei regulando as condições e os efeitos do contrato de arrendamento de prédios urbanos (lei do inquilinato) será, neste sentido, uma

(1) É costume, seguido invariàvelmente pela nossa legislação, incluir no texto de tôdas as leis um artigo final no qual se declara revogada a legislação em contrário (. . «*fica revogada a legislação em contrário*»). Deve notar-se que tal prática é absolutamente supérflua. Excusavam as leis de o dizer. Nem é porque o dizem que tal revogação se opera. Tal prática rotineira apenas significa o desejo do legislador de acentuar bem, convertendo-a em expressa, a revogação tácita. Tal revogação dava-se, portanto, mesmo que as leis o não dissessem.

lei especial com relação às disposições do Código Civil que regulam a matéria dos contratos e obrigações em geral; a *lei orgânica* duma Faculdade, como a de Direito, será uma lei especial com relação ao *Estatuto universitário.*

¿Qual é, porém, o fundamento desta regra?

Diz-se que êsse fundamento está, quanto à primeira parte dela, no facto de os *motivos particulares* em que se baseia a lei especial excluirem *sempre* os *motivos gerais* em que se baseiam as disposições da lei geral (1).

Não me parece, contudo, que esta consideração nos possa satisfazer, porquanto nem sempre, de facto, tais *motivos particulares* excluem os *motivos gerais.* A afirmação não é verdadeira. Com efeito, concebe-se perfeitamente que as disposições da lei especial sejam compatíveis ou conciliáveis com as da lei geral anterior, podendo até constituir uma sua aplicação ou desenvolvimento. E, portanto, ¿como justificar lògicamente que, neste caso ainda, as primeiras revoguem tàcitamente, sem mais nada, as segundas *no caso ou casos sôbre que provêem?* Claro que, se elas fôrem inconciliáveis, dar-se há então a revogação das segundas, mas isso em virtude dos princípios gerais da *revogação tácita* e não pelo motivo de a lei anterior ser geral e a posterior ser especial. Se, porém as disposições e os motivos de ambas as leis fôrem conciliáveis entre si — repito — não se vê razão que, lògicamente, justifique a revogação da lei anterior só pelo motivo de ela ser geral e ser especial a lei posterior.

Trata-se, contudo, duma regra que tem até hoje conservado uma autoridade indiscutida na jurisprudência portuguesa, muito embora ela careça de qualquer valor legal e esteja também longe de se basear, como vemos, num raciocínio de grande valor lógico (2), não podendo aplicar-se em muitos casos.

---

(1) Guilherme Moreira, I, pág. 21.

(2) Com um idêntico raciocínio poderia chegar-se a estabelecer a regra contrária àquela que criticamos no texto; isto é, deveria considerar-se revogada toda a *lei especial* anterior pela *lei geral* posterior, *em todos os casos*

B) O costume

19. Já assentamos em que as duas fontes de direito mais importantes no estado actual do nosso desenvolvimento jurídico, eram a Lei e o Costume, e que, ao lado destas, à Jurisprudência e à Doutrina apenas cabia, quando muito, o papel de fontes muito secundárias. Tendo tratado da lei, vamos agora tratar muito ràpidamente do costume, como modo de formação e revelação do direito.

A noção de costume já a conhecemos do estudo do direito romano e todos nos lembramos, neste momento, da elegante definição latina do «*tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus*».

Hoje diz-se que o costume é uma repetição constante de actos, convertida em uso, do qual se desprende pouco a pouco, espontâneamente, uma regra de conduta para os indivíduos, acompanhada do sentimento por parte dêles de que é obrigatório obedecer-lhe. É êste o conceito *objectivo* do costume, colhido da observação e análise dos factos; é um conceito sociológico, «material».

---

sôbre que esta provê, mesmo que não exista contradição entre as disposições duma e doutra. Com efeito, os motivos que levaram o legislador a legislar sôbre a mesma matéria, quando ele faz uma *lei geral*, dando uma remodelação completa às coisas sôbre que já se tinha legislado especialmente, excluem sempre — poderia dizer-se — os motivos do legislador da lei especial. Êste teria visto as coisas dentro dum ângulo de visão muito fechado e restrito. O legislador da lei geral tê-las-hia visto dentro dum ângulo mais aberto e dum sistema muito mais largo de conexões. Logo, em tôdas as matérias sôbre que provê, deveria dar-se preferência à lei geral posterior, mesmo onde ela não contradiga a especial anterior. Como escreve Ferrara, a revogação tácita deve dar-se também no caso em que, mesmo não havendo incompatibilidade com a lei especial anterior, todavia a nova lei regulou de novo *tôda a matéria* já regulada por essa lei, devendo-se então presumir que o legislador quis liquidar o passado e substituir a anterior doutrina por um sistema novo e completo de princípios. Cfr. Ferrara, *Trattato*, I, pág. 253 e 254, e Coviello, *Manuale*, pág. 95.

Não basta, porém, ainda êste conceito material para termos o conceito jurídico do costume, como fonte de direito. Como fonte de direito, o costume, ou antes, a regra que êle contém, há de ter necessàriamente uma sanção coactiva e os restantes caracteres de todas as normas jurídicas. Antes disso, pode o costume (facto) ser uma «causa» eficiente que nos *explique* o aparecimento da regra ou norma jurídica, no ponto de vista sociológico; não é, porém, uma norma, num ponto de vista jurídico-normativo, único que nos interessa. Como já vimos, a confusão em que constantemente se incorre entre êstes dois pontos de vista, é causa de muitas dissertações inúteis e geradoras de não poucos equívocos nos domínios da jurisprudência.

Em todo o caso, a jurisprudência assenta, geralmente, em que o costume, para chegar a ser fonte de direito — isto é, para ser coactivamente obrigatório — deve obedecer a certos *requisitos* e conter certos *elementos*. Há, diz-se, no costume dois elementos que devemos distinguir: um *material*, e outro *moral* ou psicológico. O primeiro consiste no facto material da repetição dos actos que geram os usos sociais e que constituem o conteúdo do costume. O segundo consiste na chamada *opinio juris* ou *opinio necessitatis*, quere dizer: na convicção, no sentimento de que é preciso obedecer-lhe, como se obedece a uma norma de direito.

Quanto ao primeiro elemento — nota-se ainda — essa repetição de actos ou práticas não deve entender-se no sentido vulgar de quaisquer usos. Por exemplo: o uso de duas ou poucas mais pessoas, de procederem desta ou daquela maneira na prática duma actividade jurídica, não é bastante. É preciso que se trate dum uso *geral*, isto é, observado pela generalidade das pessoas duma região ou dum país. E ainda: é preciso que êsse uso seja *constante*, uniforme e contínuo, regularmente seguido sem interrupções nem omissões. E finalmente: é ainda necessário que o dito uso tenha também uma certa antiguidade, um certo passado; isto é, é necessário que tenha um número bastante de anos, para que o juiz, mesmo

na falta dum critério fixo *a priori*, possa convencer-se de que êle tem fundas raízes e uma indiscutível autoridade. É a isto que se chamava antigamente costume «prescrito»; é necessário, pois, que o costume seja *prescrito*.

Quanto ao segundo elemento *(a opinio juris)*, êste caracteriza-se, como já disse também, pelo sentimento ou convicção da obrigatoriedade do proceder consoante a regra dêsse uso ou costume, por tal forma que, quando não observada ela, exista também o sentimento de que se viola um direito. É justamente, por êste lado, que o costume, fonte de direito, se distingue — diz-se — dos usos sociais que, embora gerais e constantes, contudo são invariàvelmente acompanhados dum sentimento, não de obrigatoriedade, mas de *tolerância* por parte de quem os observa, como actos facultativos e apenas impostos por deveres ou instintos, como os de cortezia, de humanidade, de rotina ou inércia da vontade, etc.

Donde: o concluir-se, portanto, quanto ao conceito de costume, como fonte de direito, que êste, para a teoria dominante, não é senão — repetimos — uma regra resultante duma prática geralmente seguida, constante e prolongada, relativamente a certas relações sociais, e acompanhada da convicção por parte das pessoas, de que é um dever jurídico obedecer-lhe.

Simplesmente — seja-me lícito acentuar; tudo isto será muito rigoroso e muito exacto, se quisermos, mas não nos dá senão uma noção *sociológica* — repetimos também — ou antes, uma noção de natureza *especulativa* do costume, como facto social gerador de direito, que foge por completo para fora do campo da jurisprudência.

É que para esta o costume, fonte de direito, tem que ser uma noção puramente «formal», um dado *a priori*, como a de lei e as outras fontes de direito. Com efeito, o costume pode ter todos aqueles caracteres que acabamos de indicar e, contudo, não ser «fonte de direito», isto é, *não ser direito positivo*. Para o ser, é-lhe preciso mais; é-lhe preciso que

a regra que êle envolve tenha já de facto obrigatoriedade efectiva, possa ser, garantida pela *coacção*, como tôdas as normas jurídicas, isto é, possa conduzir aos tribunais. Só então é que o costume será «fonte de direito»; antes disso não. Ora esta qualidade eficiente não a pode ter o costume, emquanto simples facto social; só a pode ter depois de ser «fonte de direito», o que, a querermos nós conservar para a jurisprudência aquela noção *sociológica* do costume, nos condiziria portanto, a esta tautologia absurda: o costume só é fonte de direito, quando fôr já fonte de direito!

Estas considerações servem apenas para mostrar, portanto, o inconveniente que há em lançar de repente nos domínios do «jurídico» e na circulação dos conceitos duma ciência puramente lógica e *normativa*, toda formalista, certos conceitos extraídos dos domínios das ciências *especulativas* do «*sêr*», como são a sociologia e a história.

Digamos, pois, numa palavra: o conceito jurídico de costume, como fonte de direito, é um conceito muito mais simples do que o anteriormente dado. A esta pregunta emfim: ¿que é o costume? o jurisconsulto não poderá responder senão isto: que o costume é o *direito positivo, conjunto de normas jurídicas, não legislado, e que vigora e obriga não obstante isso, com o assentimento difuso de todos os membros duma comunidade;* assim como a lei é o direito positivo que vigora em virtude da decretação solene das suas normas pela vontade dum órgão competente. Tudo aquilo, porém, que está para trás dêsse momento, questões como estas: como se forma o costume, que elementos o integram, como se gera o sentimento da sua obrigatoriedade, etc., tudo isso constitúi objecto duma especulação que pode ser, e é certamente, muito interessante, mas que não interessa directamente ao jurisconsulto.

E isto que acabamos de dizer, entende-se também da questão relativa ao *fundamento da obrigatoriedade do costume*. ¿Porque é que o costume obriga? Tal questão, ou envolve um alto problema filosófico de legitimidade e nesse

caso não se distingue da outra magna questão da legitimidade de todo o direito: — ¿porque é que o direito obriga? —; ou então, se não envolve interrogações e vistas tão altas, não tem sequer que ser posta. Pô-la, o mesmo é que pôr esta outra: ¿porque é que a lei obriga? Nós, jurisconsultos, não nos preocupamos com saber porque é que a lei obriga, como não temos que nos preocupar com saber porque é que o costume obriga. Verificamos que, tanto a lei, como o costume, em certos casos obrigam, quando já são êles mesmos «fontes de direito», num ponto de vista formal. Sôbre essa base é que raciocinamos. Quando muito, o que nos compete é determinar o «*quando*», o «*como*» e o «*quê*» dessa obrigatoriedade, mas não o seu «porquê» último, que pertence aos filósofos. A lei obriga, quando está formalmente correcta em face dos preceitos constitucionais que presidem à sua elaboração. O costume obriga, quando de facto obriga, ou quando a lei lhe reconhece essa obrigatoriedade, e eis tudo.

Todavia, a-pesar desta simplicidade de posições intelectuais, que são as do jurisconsulto quando fiel ao seu ponto de vista, êle, por uma tendência para complicar as coisas e descobrir problemas, à qual muitas vezes não sabe fugir, formula também êste: ¿qual o fundamento da obrigatoriedade do costume?... E surgem as teorias.

Segundo uns, êsse fundamento reside na própria *convicção jurídica* da consciência colectiva, fonte real de todo o direito. Segundo outros, reside na vontade do Estado.

a) A primeira doutrina é uma derivação tardia e romântica do «*tacitus consensus populi*» da definição romana. Foi a «escola histórica» de Savigny quem, no século XIX, veio dar novo alento e nova forma a esta concepção, ao fazer da «consciência colectiva» a origem e a fonte mística de todo o direito do Estado (1).

(1) Claro que esta crítica não afecta em nada a doutrina *sociológica* que sustenta ser a «consciência colectiva» a origem do direito nas suas dife-

Ora notarei a êste propósito, como crítica, apenas o seguinte. *Primeiro:* se a *convicção jurídica* popular é o fundamento da obrigatoriedade do costume, ¿qual será (se a questão é de legitimidade) o fundamento da obrigatoriedade da *convicção jurídica* popular? *Segundo:* se essa *convicção jurídica é realmente* o fundamento da obrigatoriedade do costume (supondo que ela não carece de justificar, por sua vez, a sua obrigatoriedade), ¿porque há-de então o costume ter os caracteres da repetição *prolongada, constante* e *uniforme*, para conseguir a dignidade de fonte de direito? ¿Não se admitirá uma revelação repentina dessa *convicção jurídica*, que dispense a antiguidade e a repetição prolongada? *Terceiro:* se se toma a *convicção jurídica* colectiva como equivalendo ao sentimento de que, ao observar o costume, se observa já uma regra de direito *actual*, então ¿porque não admitir que todo e qualquer costume, produto dessa convicção, seja obrigatório, mesmo que contrário ao direito positivo vigente, expresso na lei? Isto é: ¿porque não admitir o costume *contra legem?* Diz-se — é certo — que o costume acompanhado da *convicção jurídica* popular não é ainda direito actual; é apenas a manifestação duma tendência, dum desejo, duma aspiração dessa consciência popular para que tal costume se converta em direito. Mas, se é assim, se o costume ainda não é direito, ¿com que autoridade é que se lhe chama já «fonte de direito» antes de o sêr? Etc. Isto nos mostra, pois, o dédalo de contradições e de absurdos, de confusões entre pontos de vista sociológicos, éticos e jurídicos, a que conduz a doutrina da *obrigatoriedade* do costume fundada na convicção jurídica popular.

b) A segunda doutrina *(vontade do Estado)* não conduz aos mesmos absurdos, mas tem um efeito curioso: é que ela,

rentes formas de revelação e, antes de tudo, do próprio costume. O que quero salientar é que essa noção *especulativa* de fonte de direito não tem nada que ver com a noção jurídica. Não façamos confusão.

reconduzindo a obrigatoriedade do costume à vontade do Estado, elimina, mesmo sem dar porisso, o problema cuja solução procura, e deixa de admitir que o costume possa ser uma «fonte de direito» autónoma com fundamento diverso do da lei.

Com efeito, esta doutrina parte dum facto *realisticamente* verdadeiro. O costume, quaisquer que sejam os seus elementos, não é direito; é apenas um *facto social;* não obriga antes de o poder, os governantes, lhe terem conferido essa obrigatoriedade mediante a sua consagração, ou pela lei escrita, ou pela actividade dos tribunais. Sem dúvida, históricamente, verifica-se que êsse facto é muito importante e acaba sempre por determinar o direito positivo, como sua «causa» na ordem fenoménica do «sêr» (ponto de vista sociológico); mas a verdadeira *obrigatoriedade jurídica coactiva*, que faz chamar-lhe «direito», só depois disso é que lhe é atribuida. É realmente o Estado quem lha atribúi (ponto de vista jurídico). Assim surge, pois, a «teoria da vontade do Estado» como fundamento da obrigatoriedade do costume, que, como se vê logo, nega precisamente, como dizemos, ao costume, como tal, a qualidade de «fonte de direito autónoma» (1).

As considerações que fazemos levam-nos, portanto, mais

(1) Esta doutrina tem também revestido várias formas e modalidades. As mais importantes são estas, que se prendem com as diversas formas que o Estado tem revestido. Assim, no antigo regime da monarquia absoluta, em que todo o poder legislativo se achava nas mãos do príncipe, o costume tirava a sua obrigatoriedade da própria vontade do soberano que, tàcitamente, o aprovava. Por isso se dizia, decalcando a velha definição latina, que o costume era o *tacitus consensus principis*. Modernamente, porém, abolida a monarquia absoluta e substituída pelas formas democráticas do Estado actual, entende-se que o costume tira a sua obrigatoriedade da vontade do legislador, aquele mesmo que faz a lei, o povo, e que porisso se lhe deve antes chamar um *tacitus consensus legislatoris*. Em qualquer destas modalidades da doutrina se vê, todavia, que o costume deixa de ter qualquer obrigatoriedade por si mesmo.

uma vez, à afirmação de que partimos: isto é, de que é ocioso e *extra-jurídico* pôr o problema do fundamento da obrigatoriedade do costume como fonte de direito. A teoria da «vontade do Estado», eliminando o problema, embora inconscientemente, vem pois para o nosso lado, e sendo assim, ela é a única que podemos admitir.

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

A prova do que acabo de dizer, pode tirar-se de duas ordens de factos. *Primeiro:* tira-se, indirectamente, do espírito de todo o título I do Código civil, onde só da lei se fala, como fundamento de todos os direitos e obrigações dos cidadãos (1). *Segundo:* tira-se também, e desta vez directamente, da leitura dos arts. 9.º e 16.º do mesmo código. O art. 9.º não admite qualquer costume contrário à lei para justificar a sua inobservância. O art. 16.º, fixando o *direito subsidiário*, que há de aplicar-se na falta de lei expressa, não admite também a aplicação de qualquer regra consuetudinária, mas sim, como já vimos, os princípios do chamado «direito natural» para regular todos os casos omissos.

Há, é certo, casos em que, entre nós, o costume é ainda hoje direito, mas em tais casos, que são poucos, o costume encontra afinal o fundamento da sua obrigatoriedade *jurídica de facto* na própria lei, quando ela o manda observar, tendo assim deixado de ser uma fonte autónoma e imediata (1).

(1) No art. 4.º, nomeadamente, declara-se que todos os direitos e obrigações civis são regidos pelo direito privado contido no Código civil, excepto na parte que for regulada por *lei* especial. E no art. 5.º declara-se que todos os direitos e obrigações dos cidadãos são os *especificados* e reconhecidos na *lei* civil.

20. Se o costume é, por vezes, tido em conta pela lei para por êle se regularem certas relações jurídicas, ¿como se há de, porém, fazer a sua prova? A lei não carece de ser provada; é sempre certa e não se admite que o juiz a ignore (*jura novit curia*), . . . ¿mas o costume? O costume é um facto e, como tal, não constitúi ainda direito antes de a lei ou o juiz lhe reconhecerem fôrça obrigatória. Além disso, é muitas vezes um facto incerto que os juízes não podem ser obrigados a conhecer. Portanto, ¿como prová-lo?

Antes de responder a esta pregunta, devemos distinguir, primeiramente, entre *costume* pròpriamente dito e *usos*.

Claro é que, como acabamos de dizer, os casos em que o costume é ainda hoje fonte de direito são só aqueles em que a lei o toma em consideração. A lei toma-o, porém, em consideração, por assim dizer, de duas maneiras diferentes que é necessário não perder de vista e não confundir. Isto é: ou manda reconhecer e respeitar certos direitos subjectivos que foram adquiridos com base nele, como se fôsse o costume o seu título de constituïção ou aquisição (ex. os casos dos arts. 438.º, 444.º, § único e 451.º, referidos na nota anterior); ou manda observar para certos efeitos, como norma jurídica reguladora, a norma que se desprende de

(1) Exemplos de casos desta natureza, em que o Código civil manda respeitar certos *costumes* e *usos*, ou certos direitos adquiridos com base em costumes, são os dos arts. 438.º, 444.º, § único, 451.º, 704.º, 1628.º e 1373.º, 1374.º, 1608.º, n.º 1, 1623.º, etc. Em todos êsses casos, o costume não é senão uma fonte indirecta de direito. Cfr. *infra*, e seguinte.

certos «*usos e costumes das terras*» (ex. os casos dos arts. 1373.º, 1374.º, 1608.º, n.º 1, etc.) (1).

Ora é evidente que, no primeiro caso, o costume que se toma aqui em consideração vem a ser, rigorosamente, não uma «fonte de direito», mas uma fonte de *direitos subjectivos*, e que só no segundo caso é que êle pode ser considerado então uma verdadeira fonte de direito, embora não autónoma. Isto equivale a dizer ainda e desejo pô-lo em toda a evidência — que o costume, na sua aceitação e reforçamento pela lei, ora nos aparece sob a forma dum modo de aquisição de direitos, equivalente à *prescrição* (2) e funcionando, portanto, como um verdadeiro *instituto jurídico*, ora nos aparece como uma «fonte de direito», mas ainda então só fragmentàriamente, na forma de certos «usos e costumes locais», a que a lei só *subsidiàriamente*, ou antes, *supletivamente* manda atender a respeito de certas relações jurídicas para as quais a vontade das partes deixou de estabelecer a lei, ou seja, como uma espécie de *lei supletiva* (3).

(1) Transcrevemos, como exemplo típico, o disposto no art. 1374.º: «Na falta de convenção expressa àcêrca da retribuïção que o serviçal deva receber *(trata-se da prestação de serviço doméstico)*, observar-se há o *costume da terra*, segundo o sexo, a idade e o mister do serviçal».

(2) Por exemplo, o art. 438.º, ao tratar dos direitos dos donos dos prédios que são atravessados por correntes de águas não navegáveis nem flutuáveis, salvaguarda os direitos adquiridos sôbre essas águas, a favor de outrem, ao tempo da promulgação do Código, por lei, *uso ou costume*, concessão expressa, sentença ou prescrição. Sem dúvida, a *prescrição* aparece aqui como categoria em separado e não deve, doutrinàriamente, confundir-se com a do *uso ou costume*. Mas, sabendo-se que, antes do código, o costume para produzir efeitos jurídicos devia ser prescrito *(Lei da Boa Razão)*, ¿poderá duvidar-se de que êle vem aqui a desempenhar o mesmo papel?

(3) Parece-me mais correcto atribuir aos *usos e costumes* esta função, chamando-lhes *direito supletivo*, do que a função de *direito subsidiário*, como faz G. Moreira (*Inst.* I, pág. 35). Atenda-se a que o direito subsidiário é por definição aquele a que se recorre na falta de *lei expressa*, e a tais usos e costumes, em todos os artigos referidos, manda-se recorrer, não na falta de lei expressa, mas na falta de *convenção entre as partes*, o que é

Eis pois assim, definido ainda com mais precisão em face do nosso código, o valor do costume na sua qualidade de «fonte de direito» e nas suas relações com a origem dos direitos e do «direito». O costume só aí aparece, portanto, repetimos, elevado à categoria de «fonte», na forma de «usos e costumes» com alcance local e com a significação de *direito supletivo* que acabamos de ver.

Vejamos apenas ainda como se há de fazer a sua prova, questão que deixamos acima pendente.

Claro que, se o costume é um facto jurìdicamente relevante, do qual podem depender direitos subjectivos e direito objectivo, como êsse facto pode ser duvidoso e o juiz não é obrigado a conhecê-lo, é mister muitas vezes prová-lo.

Não diz a lei como deve provar-se a existência do costume, como também não declara quais sejam os requisitos a que êle deve obedecer para poder aplicar-se como fonte de direito, como declarava a célebre *Lei da Boa Razão* de 1769, ao exigir que êle fôsse geral, *racional*, não contrário à lei, e *prescrito* com mais de cem anos.

Ora, não contendo o código quaisquer disposições a êsse respeito, é pois evidente que o costume deve considerar-se um facto, como outro qualquer que se invoca em juízo, admitindo os meios gerais e comuns de prova, como são a prova *testemunhal* e a prova *documental*; e isto, tanto no caso de o costume funcionar, nas contestações em juízo, como um meio aquisitivo de direitos, como no caso de ser êle mesmo uma fonte de direito. Apenas se deve acrescentar que, neste segundo caso, se o juiz casualmente tiver conhecimento do «uso ou costume» local, que fará lei na hipótese controvertida, os deverá aplicar então oficiosamente e sem necessidade de prova, como faria a respeito da lei.

coisa bem diversa. Direito subsidiário, de resto, é só o preceituado no art. 16.º e não se fala lá de *usos* e *costumes* nem gerais, nem locais.

Quanto aos requisitos do costume, parece-me também evidente que, na falta de lei expressa, e tratando-se portanto dum caso omisso, ficará ao prudente arbitrio do juiz o verificar as condições que devem dar-se no costume para que êle possa considerar-se direito aplicável (1).

Bastará, com efeito, que nos integremos no espírito do art. 16.º, aplicável ao caso, para logo termos de admitir que os «*princípios do direito natural conforme as circunstâncias do caso*», de que aí se fala, mesmo entendidos como nós os entendemos, não podem deixar de impôr ao juiz que aprecie êsses requisitos em harmonia com todo o espírito da nossa legislação antiga e moderna.

Donde: o êle não poder deixar de exigir, portanto, embora com grande liberdade de apreciação a êste respeito, que os *usos* e *costumes* de que se tratar, sejam *gerais*, *não contrários à lei*, *antigos* e, necessàriamente, *repetidos* e *constantes*. Alguns dêstes caracteres ou requisitos do costume, indispensáveis para êle poder merecer o respeito do juiz, não vêm pois, assim, a ser outra coisa — digamos por fim — senão uma exigência derivada da própria natureza lógica do conceito do costume, como fonte de direito. É que a lei, elevando-o a essa categoria, não pode deixar de exigir que êle participe dos seus próprios caracteres, como norma jurídica abstracta e geral. E assim se explica, com efeito, que êle deva ser *geral*, isto é, observado por uma generalidade de indivíduos, e ainda não *contrário à lei*, *repetido* e *constante*, como são os imperativos da mesma lei (2).

(1) G. Moreira, *loc. cit.*, pág. 35.

(2) E quanto à própria *antiguidade*, ou quanto a uma certa idade que o costume deve também ter e que hoje a lei não fixa *a priori*, para poder aplicar-se, deve dizer-se ainda que tal exigência não é a-final senão um pressuposto lógico para poderem ser apreciados e verificados os outros requisitos da sua constância e interrupção. Na verdade, não podem afirmar-se estas qualidades senão daquilo que dura há já algum tempo. Digamos numa palavra: são ainda a própria lei e o nosso raciocínio lógico quem atribúi ao costume êstes caracteres para êle poder ser fonte de direito. O que êles não são é qualidades do costume determináveis *a priori*, como fonte de direito imediata, fundada numa suposta *convicção jurídica* da «consciência colectiva».

Em resumo: o costume não é hoje uma verdadeira fonte de direito imediata e autónoma no *direito civil* português, no sentido dum modo de formação e revelação independente do direito. É apenas uma fonte mediata, acessória e indirecta, nos casos em que a própria lei para êle remete, na forma de «usos e costumes» locais. Êstes são mandados observar em alguns casos, é certo, mas apenas como *elementos de facto* a que a ordem jurídica supletivamente atende, desde que obedeçam a certos requisitos, e é ao juiz que cumpre determinar êsses requisitos, sujeitando-os a certos meios de prova, que são a-final os mesmos que se exigem para a prova de todos os direitos em juízo.

C) A Doutrina e a Jurisprudência

21. Depois do que fica dito do costume, como fonte de direito, nas suas relações actuais com a lei, no Estado moderno, pouco é o que temos a dizer das duas restantes fontes: a Doutrina e a Jurisprudência, depois das noções que já foram expostas.

a) A Jurisprudência. Acêrca da jurisprudência, entendida no sentido das doutrinas que promanam das sentenças dos tribunais, já ficou atrás afirmado que esta também não constitúi hoje, como regra, uma fonte imediata (1).

Não é, em regra, a jurisprudência um modo de formação e *revelação* do direito. Não brota dela nenhuma norma jurídica obrigatória, como brota da lei ou como noutro tempo brotava do costume. Podem, de certo, as decisões jurisprudenciais dos tribunais sôbre certos casos, repetindo-se, gerar modelos de

(1) Vide *supra*, págs. 75, 76 e nota 1.

decidir para outros casos idênticos, constituindo aquilo a que antigamente se chamava «estilos». Poderão constituir correntes de opinião e chegar assim a determinar a norma jurídica, dando origem ao direito positivo. Tudo isso, porém, não é o bastante para lhe podermos chamar «fonte de direito», no sentido «formal» e restrito que esta expressão tem tècnicamente para nós, podendo apenas chamar-se-lhe fonte no sentido material e *causal* de origem. Isto é, será, quando muito, uma fonte mediata nesse mesmo sentido e nada mais.

Houve já tempo (1), é certo, em que a jurisprudência teve êsse valor, desempenhando o papel de reveladora e definidora da norma jurídica, ainda para além dos casos individuais que eram objecto das decisões dos magistrados. Isso acontecia, por ex. entre os povos primitivos, em que, não havendo lei escrita, o costume só conquistava a sanção jurídica, ou por meio da *vindicta*, ou por meio da sentença dos juízes. Hoje, porém, repetimos, a jurisprudência dos tribunais só é fonte de *direitos subjectivos* para as partes interessadas directamente na decisão proferida, e não fonte de direito objectivo. E todavia — note-se também — a jurisprudência desempenha hoje, entre nós, ainda um outro papel na vida do direito que nos leva a atribuir-lhe uma grande importância nesta matéria das «fontes».

Já atrás dissemos, em nota (2), que há hoje casos em que às decisões do *Supremo Tribunal de Justiça* se liga por lei uma importância excepcional. Com efeito, segundo o Dec. n.º 12:353, contendo a *Reforma do Processo*, de *22 de Setembro de 1926*, quando o *Sup. Trib. de Justiça* proferir um acórdão cuja doutrina se ache em conflito com a dum outro anterior do mesmo tribunal sôbre o mesmo ponto de direito ou questão decidida, pode a parte interessada recorrer dessa decisão para o mesmo tribunal, constituído em tribunal pleno; julgada de novo a questão, ficará então a jurisprudência contida neste acórdão constituíndo lei para o futuro, não só para o referido tribunal, como para todos os tribunais inferiores de primeira e segunda instância (1).

(1) Por exemplo, a jurisprudência romana dos tribunais foi uma verdadeira fonte de direito *imediata* durante o período áureo dos pretores. Todo o direito pretoriano é, pode dizer-se, uma criação jurisprudencial.

(2) Vide *supra*, pág. 75, nota 2.

Êste preceito legal que, como também já dissemos, visa a estabelecer a uniformização da jurisprudência, lutando contra o cáos das decisões contraditórias, veiu assim conferir de repente à jurisprudência, embora só limitadamente, o valor de fonte de direito imediata, mesmo na acepção «formal» que já fixámos.

¿Em que sentido, porém, e com que alcance é que a jurisprudência dos tribunais é hoje, em face dêste decreto, fonte de direito?

Dizemos que ela o é só limitadamente e dizemo-lo muito de propósito. De facto, são várias as limitações. Em primeiro lugar, porque só no caso de conflito de doutrina entre dois acórdãos relativos à mesma espécie e ventilados perante o Sup. Trib., é que pode intervir esta actividade definidora de direito dêsse organismo com uma autoridade especial idêntica à da lei. Em segundo lugar, porque para que esta actividade se exerça, é indispensável que uma das partes interessadas na decisão do segundo acórdão, recorra dêle para o mesmo tribunal; o tribunal não tem, pois, competência para *oficiosamente* se elevar à definição dessa regra ou *standard* da futura jurisprudência, promovendo o novo julgamento

(1) Art. 66.º «... Quando o S. T. de J. profira um acórdão que esteja em oposição com um acórdão também do Supremo sôbre o mesmo ponto de direito, pode a parte interessada recorrer pàra o tribunal pleno com fundamento na mesma oposição ...» § 3.º «Os acórdãos proferidos em tribunal pleno serão publicados imediatamente no *Diário do Govêrno*, emquanto estiver em atrazo a publicação oficial dos acórdãos. A jurisprudência estabelecida por êstes acórdãos é obrigatória para os tribunais inferiores e para o próprio S. T., emquanto não fôr alterada por outro acórdão da mesma proveniência».

e assim a unidade das decisões. E, em terceiro lugar ainda, porque, mesmo quando exerce essa actividade, o Sup. Tribunal nada mais faz, em suma, do que dar uma certa *interpretação* às leis ou normas jurídicas aplicáveis ao caso, não formulando portanto êle quaisquer leis ou normas novas. Simplesmente, como estas interpretações ficam tendo dòravante o valor da lei, tornando-se obrigatórias, deve concluir-se que as suas interpretações são assim interpretações «autênticas», como as feitas pelo poder legislativo nas suas chamadas leis «interpretativas» (1).

O Sup. Trib. de J. intervém, pois, hoje na definição e revelação do direito, sendo a sua jurisprudência «fonte de direito» imediata, nos casos mencionados, embora só com o alcance da *lei interpretativa* (2).

Todavia, êste mesmo alcance das decisões jurisprudenciais como leis puramente interpretativas, que acabamos de ver, pode ainda ser excedido num caso especial, para o qual também quero aqui chamar a atenção. Com efeito, poderia ainda dizer-se que no comum dos casos em que esta actividade do Supremo Tribunal de Justiça se exerce, nos têrmos que acabamos de expôr, tal actividade não representa ainda, emfim, a duma verdadeira «fonte imediata de direito». O tribunal interpreta aqui «*autênticamente*» a lei, mas não cria a lei; esclarece-a (3).

(1) Cfr. *supra*, pág. 37, nota; e *infra*, o § *Interpretação autêntica*, sôbre o conceito de lei interpretativa.

(2) É uma coisa semelhante com o que se passava entre nós já no antigo regime, relativamente aos *Assentos* das Casas da Suplicação e do Cível. Estas eram, como se sabe, os tribunais superiores da segunda instância, precursores das modernas Relações de Lisboa e Pôrto, e tinham, como hoje o S. T. de Justiça, pelo referido Decreto, entre outras funções, a de fazer a interpretação autêntica das leis por meio de assentos, podendo recorrer-se dos assentos da Casa do Cível para a da Supl. pela lei da Boa Razão, de 1769.

(3) Não deixemos de notar entretanto, antecipando sôbre a matéria da interpretação das leis do capítulo seguinte, que a interpretação chamada *autêntica* das leis, sendo feita pelo próprio poder legislativo soberano e não estando sujeita às regras e limitações da verdadeira interpretação doutrinal (gramatical e lógica), no fundo, efectivamente, não é mais do que uma actividade legislativa e criadora de direito. O poder legislativo pode, com efeito, a pretexto de interpretar o direito existente, criar direito novo.

Há, porém, ao lado disso, um caso em que essa actividade é, ou pode ser, indiscutivelmente, a duma verdadeira e insofismável fonte *imediata* e criadora de direito. Refiro-me à hipótese em que, não havendo lei aplicável ao caso e sendo êste portanto um caso omisso, para o qual não chegam nem a letra nem o espírito das leis existentes, haverá que recorrer (art. 16.º) à integração das lacunas da lei, ou mediante a «analogia», ou mediante os «princípios de direito natural conforme as circunstâncias do caso». Ora, pelo mênos nesta hipótese — e a não ser que se admita a doutrina de que não podem nunca dar-se lacunas no sistema legislativo — é evidente que a actividade jurisprudencial do *Supremo Tribunal de Justiça*, mesmo nos têrmos do Decreto de 22 de Setembro de 1926, assumirá então o carácter duma verdadeira *fonte imediata* de direito.

Fora dêstes casos, porém — seja lícito acentuar mais uma vez, para concluir — a jurisprudência dos tribunais não é hoje, no sistema do Estado moderno, fonte de direito, a não ser no sentido *extra-jurídico* de fonte *mediata* ou indirecta, que, como já vimos, nos não interessa no ponto de vista da ciência do direito (1).

(1) Note-se que, não sendo a jurisprudência dos tribunais fonte de direito, como acabamos de dizer no texto, e não tendo interesse para a ciência jurídica o conceito de *fonte mediata*, todavia as decisões jurisprudenciais conservam para a interpretação do direito vigente, e portanto para a prática do direito, na actividade dos juízes e dos advogados, um indiscutível interesse, como meio auxiliar dessa interpretação. Convém porisso aos práticos do direito conhecer essas decisões e assim não devem êles perder de vista as suas publicações periódicas, como as que constam da *Colecção oficial dos Ac. do Sup. Trib. de Justiça* e de outras colecções publicadas em revistas de direito, como por ex. a colecção das decisões sumariadas, publicada no *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*.

b) A *Doutrina*. Se pois a jurisprudência dos tribunais não é fonte de direito, tirante o caso que acabamos de referir, menos ainda o é a Doutrina ou Jurisprudência crítica, no sentido de ciência do direito.

Sem dúvida, é também muitas vezes a doutrina a origem de correntes de opinião jurídica que, ampliando-se e propagando-se, vão influir na criação do direito, determinando-o na sua forma e conteúdo, já actuando directamente sôbre a jurisprudência dos tribunais, já sôbre o próprio legislador. Trata-se, porém, aqui, mais uma vez, duma fonte *mediata*, no sentido material, já conhecido, de causa determinante, não duma fonte *imediata* no sentido «formal» de modo de revelação do direito. Neste último sentido, a doutrina, ou jurisprudência pròpriamente dita, só em Roma é que foi verdadeiramente fonte de direito, no tempo que as opiniões doutrinais dos maiores jurisconsultos romanos, munidos do privilégio do *jus respondendi*, podiam ser citadas em juízo pelas partes, impondo aos magistrados o mesmo acatamento que a lei.

Hoje não é, porém, assim e, como também já atrás ficou dito (1), não é o direito que deve nascer da jurisprudência, mas sim a jurisprudência que deve nascer do direito positivo; «*non ex regula jus sumatur, sed ex jure regula*».

A missão da jurisprudência, como ciência do direito, que muitos arbitràriamente confundem com a ciência social do direito ou «sociologia jurídica» e ainda outros com a ética (2), consiste no estudo lógico, analítico e sintético, do direito, na interpretação do «jurídico», não como facto social da natureza, mas como facto lógico do espírito, isto é, como se fôsse ela mesma uma forma de lógica ou, se quisermos antes, como se fôsse uma matemática ou uma álgebra das relações entre aqueles conceitos puros, dentro

(1) Cfr. *supra*, pág. 39 e 40.
(2) Cfr. *supra*, págs. 40 e 41 e notas.

de cujas malhas procura prender os dados do direito positivo.

Ora, sendo assim, é evidente que à jurisprudência como doutrina não pode, pois, também caber o papel de *fonte de direito*, não podendo caber-lhe outro que não seja o de *fonte de interpretação* do direito, constituindo o melhor auxiliar dos práticos e dos técnicos no seu trabalho de constante aplicação das normas jurídicas aos factos e realidades da vida. Não é, numa palavra, uma fonte de normas, mas sim uma fonte de idéas adequadas que ajudam a compreender e, portanto, a saber melhor manobrar as normas e a aplicá-las. O prático do direito que não fôr jurisconsulto poderá conhecer as normas jurídicas materialmente, como um rude operário os instrumentos do seu ofício e a sua aplicação imediata; mas o que êle nunca poderá é ter a visão elevada e inteligente das conexões e proporções do edifício em que trabalha, visão essa que só exclusivamente lhe explicará e tornará consciente o fim da actividade que desenvolve, permitindo-lhe torná-la mais fecunda.

Ora essa é a missão da jurisprudência como doutrina: fazer dos práticos e empiristas do direito, técnicos conscientes, jurisconsultos, isto é, não meros operários, mas mestres e arquitetos das construções do pensamento jurídico, que lhes permitam dominar e manobrar mais eficazmente os materiais que utilizam para os colocarem ao serviço dos fins jurídicos da vida social.

Apreciar a jurisprudência, como fonte de direito, não pode, pois, conduzir-nos a outra coisa que não seja mostrar o papel auxiliar que ela desempenha na vida do direito, não como criadora de normas jurídicas, mas como escola de jurisconsultos e factor de aperfeiçoamento científico e técnico ao serviço da interpretação e aplicação dessas normas.

22. Temos até aqui tratado das «fontes de direito» dando a esta expressão o sentido formal de «*modos de formação e revelação do direito*». Resta-nos, porém, para terminar a matéria dêste capítulo, tratar ainda do mesmo assunto, mas tomando agora a mesma expressão no sentido mais concreto de «*textos, monumentos e diplomas legislativos em que se contêm escritas as normas jurídicas*».

Se, tratando das fontes do direito na primeira acepção, chegamos à conclusão de que quási só a Lei, a-final, é que era hoje a única e verdadeira fonte imediata, como corolário do desenvolvimento do «Estado moderno», assente na soberania e até no culto *fetichista* dessa fonte, tratando agora do mesmo conceito, na segunda acepção, podemos partir duma verdade também fundamental e que não carece, como a primeira, de análise, para ser fixada. E é esta: que, neste segundo ponto de vista, nos encontramos hoje também diante de dois factos fundamentais e característicos. É um a *codificação* e outro a posterior tendência da vida legislativa dos Estados para a legislação «extravagante» e dispersa, que ameaça hoje, na sua superabundância, subverter essa mesma codificação.

Nos princípios do século XIX triunfava por tôda a parte na Europa o movimento codificador do direito civil, que vinha já do século anterior. A tendência era, nas monarquias absolutas do século XVIII, como na Prússia, na Baviera na Austria e na Rússia, para a confecção de grandes códigos nacionais, em que se unificasse e sistematizasse o direito que vigorava nesses Estados. Sem dúvida, a codificação não é um facto exclusivamente moderno, mas é de todos os tempos. Já os romanos, como sabemos, tiveram os seus códigos *(codices)* (1), como os de Teodósio II e Justiniano, e nós

(1) Por código, *codex*, entendia-se já desde o tempo dos romanos, uma compilação sistemática e orgânica de leis com base num determinado

tivemos também antigamente os nossos, como os *forais*, os *Estatutos municipais* e as *Ordenações do reino*. Porém, nos fins do século XVIII, com as grandes construções políticas das monarquias absolutas e em virtude da difusão de novos princípios reformadores da jurisprudência, que por tôda a parte — não só depois, como ainda antes da revolução francesa — se fizeram sentir, compreendeu-se emfim a necessidade de reformar a legislação e de a reduzir quanto possível a um corpo único e orgânico de leis, enquadradas dentro dum critério mais lógico e científico. Sentiu-se, emfim, a necessidade de unificar a vida jurídica e de fugir ao sistema da legislação dispersa e «extravagante» que em todos os países dificultava a certeza na aplicação do direito e o progresso na sua elaboração científica (1).

Foi assim que, por exemplo, surgiram entre outros: o código da Prússia, de 1794, o francês, de 1804; o austríaco de 1812 e ainda outros, não obstante a oposição que nos começos do século XIX levantou contra a tese da codificação o fundador da «escola histórica», Savigny (2).

critério mais ou menos científico. Modernamente, a mais rigorosa divisão do direito em ramos diferentes fez com que a compilação sistemática das suas respectivas normas tendesse também para a separação e especialização; por forma que, hoje, os códigos modernos — e nisso se afastam dos romanos — são compilações sistemáticas, mas só das normas respeitantes a certos grupos de relações sociais e certos ramos de direito, como são o código civil, o comercial, o de processo, o penal, etc. É só neste sentido e tendo em vista o carácter mais científico dos seus critérios e planos de sistematização, que o movimento codificador pode considerar-se um facto moderno.

(1) A palavra «extravagante» era desde então adoptada para designar as leis e a legislação dispersa que, não estando contidas nos grandes códigos antigos, por lhes serem posteriores, *andavam por fora dêles*. As *leis extravagantes* eram, portanto, as leis não codificadas oficialmente e de que apenas havia colecções quási sempre particulares.

(2) Savigny concebia o direito como um facto derivado directamente das condições do meio social em que se manifesta, como um produto da «consciência colectiva». Assim, evolucionando essas condições — suston-

Ora, em Portugal, o nosso código civil, de 1868, não foi mais, pode dizer-se, do que um produto, embora tardio, desta mesma corrente.

O código que em Portugal constituia a primacial fonte do nosso direito, ainda nos princípios do século XIX, era, como é sabido, o das *Ordenações Filipinas*, postas em vigor, em 1603, pelo castelhano Filipe III, como reedição e revisão oficial das mais antigas *Ordenações Manuelinas* e *Afonsinas* dos séculos XVI e XV, respectivamente. Êsse código era já considerado, porém, absolutamente arcaico e incompatível com os progressos do século ainda antes de começar o século XIX. Daí o facto de êle ter sido, ainda durante a segunda metade do século XVIII, profundamente alterado pela abundante legislação «extravagante» sobretudo dos reinados de D. José e D. Maria I, tendo-se mesmo chegado a pensar, no reinado desta última, em fazer dêle uma reforma oficial mediante a publicação dum «novo código» (1). Êsse novo código contudo não se fez, e assim foi, pode dizer-se, neste estado de coisas que, em 1820, as novas idéas políticas e sociais, provindas da França, vieram encontrar Portugal, na matéria das suas fontes de direito civil, quando entre nós se implantou pela primeira vez o constitucionalismo.

---

tava êle — o direito deve também evolucionar constantemente, acompanhando-as *pari passu*. Portanto, a fonte de direito que melhor permite acompanhar esta evolução, por se moldar sôbre a vida, é o *costume*. A lei é uma cristalização do direito que tolhe êsse movimento e, mais do que a lei, agravando ainda mais êsse inconveniente, são-no os códigos. Savigny, portanto, combatia o movimento das codificações que fariam, segundo êle, paralisar e estagnar o movimento da vida. O adversário de Savigny foi o jurisconsulto alemão Thibaut, a quem os factos posteriores da vida jurídica européa, e até da alemã, vieram a-final a dar razão.

(1) É conhecida pela designação de «*tentativa de novo código*» a tentativa de reforma das Ordenações, a que se procedeu no reinado de D. Maria I, em 1778, e de que apenas resultaram os trabalhos notabilíssimos de Melo Freire, que chegou a redigir os projectos dum novo código de direito público e de direito criminal. Vide Dr. Paulo Merêa, *Lições de Hist. do Dir. Portug.*, pág. 165.

23. A elaboração do nosso Código Civil foi uma obra demorada. Depois de implantado o constitucionalismo, a idéa da codificação voltou a receber novo alento. Entretanto tinha surgido o Código de Napoleão, de 1804, fundindo os princípios e idéas da revolução com o sistema romanista do velho direito francês. As côrtes de 1822 decretaram um prémio para quem apresentasse o melhor projecto de código. Depois disso, os acontecimentos políticos de Portugal, com a reacção monárquica de 1823 e as posteriores lutas liberais até 34, inutilizaram todos os esforços no sentido da codificação do nosso direito, não obstante a *Carta Constitucional* ter também prometido dotar o país com um Código Civil justo e equitativo. Até que, finalmente, depois de implantado definitivamente o constitucionalismo e depois de malogradas, mais uma vez, uma nova oferta de prémio ao possível codificador que surgisse (1835) e a constituïção duma primeira comissão redactora (1845), foi encarregada, por Decreto de 8 de Agosto de 1850, o jurisconsulto António Luís de Seabra de organizar o projecto do que viria a ser o Código Civil Português (1).

O mesmo decreto nomeou também uma comissão de professores universitários para ir revendo e apreciando, de colaboração com Seabra, os trabalhos que êste fôsse apresentando. Seabra, porém, preferiu trabalhar primeiramente sòsinho, até ter tudo pronto, e em 1858 apresentava o seu projecto concluído, que foi logo objecto de aturado estudo por parte da comissão, a partir de 1860. Esta comissão revisora já ampliada com novos membros, embora não fizesse no primeiro projecto profundas alterações de doutrina, todavia

---

(1) Para a história dos antecedentes, factos e tentativas de elaboração do Código Civil, bem como da sua definitiva aprovação, ver a obra do sr. Dr. José Tavares, vol. I, e, mais minuciosamente ainda, o I volume, e único publicado, do sr. Dr. Carneiro Pacheco, *Código Civil Português Actualisado*, Introdução.

completou-o em certos pontos e eliminou dêle a matéria das *acções*, que figurava na sua parte 4.ª, tendo êstes factos levado o seu autor a abandonar pela segunda vez os trabalhos em 1863. Então, voltaram a trabalhar, cada qual para sua banda, a comissão e Seabra, que foram apresentando e publicando os seus respectivos projectos emendados em sucessivas edições. As edições da comissão correspondem às diversas revisões (ao todo três) que se foram fazendo. Seabra, não contando a edição incompleta da primeira parte do seu projecto, relativa ao «estado das pessoas», que já apresentava à Câmara em 1855 e que publicou em 1857 com o título de «*Projecto do Código Civil*», publicou posteriormente o projecto completo, de 1858 (1.ª ed.), com o título de «*Código Civil Português*», e no ano seguinte (1859), com o mesmo título, a sua segunda edição, que pouco difere da primeira. Por outro lado, a comissão revisora publicou em 1863 a sua primeira edição com as alterações introduzidas no projecto de Seabra, sob o título de «*Código Civil Português, redigido por A. L. de S. e examinado pela respectiva Comissão revisora*»; publicou no ano seguinte (1864) a segunda edição com o mesmo título; e publicou, emfim, depois de regressado a ela Seabra, a sua terceira edição definitiva, em 1865, com o nome de *Código Civil Português*, dando por finda a sua missão e remetendo para a Câmara o projecto, na sessão legislativa de 1866. Apresentado aí o projecto, foi êste aprovado quási sem discussão na sessão de 26 de Julho de 1867, tendo-se apenas então estabelecido, nos arts. 1.057.º e 1.072.º, o princípio de que o «casamento civil» era só para os *não católicos* (1).

(1) Êste princípio, aliás pouco sincero, foi introduzido no código para acalmar e iludir a grande efervescência causada no país pela doutrina, então nova, do casamento civil, que era rudemente combatida pela opinião católica. Da intensa campanha que então se travou sobressaem, entre muitos escritos, os notáveis opúsculos de Herculano sôbre o casamento civil.

Mais importantes do que essa polémica são, porém, para nós, as *Actas das sessões* da Comissão Revisora, publicadas em 1869, donde consta a indi-

Finalmente, foi ainda o projecto publicado pela *Carta de lei* de 1 de Julho de 1867. Nesta se declarava que o dito projecto fazia parte dela e devia entrar em vigor no continente e ilhas *seis meses* depois de ultimada a sua publicação no *Diário do Govêrno*. Como, porém, esta só se ultimou em 21 de Setembro de 1867, o código só veio assim, de facto, a entrar em vigor no dia 22 de Março de 1868 (1).

cação, embora sumária, das propostas feitas e resoluções aprovadas na discussão do projecto do código. Como aí se não indicam, geralmente, as razões que determinaram as alterações que se iam fazendo no seio da comissão, êstes trabalhos têm, ainda assim, pouca importância.

E finalmente, devem ainda referir-se outros trabalhos que foram publicados por fora, por alguns jurisconsultos, àcêrca do projecto do código, com os títulos de *Observações*, *Reflexões*, *Respostas*, tais como os de Pais da Silva, Morais de Carvalho e Vicente Ferrer (aos quais o autor do projecto respondeu nas suas *Apostilas*), constituindo o seu conjunto uma vasta literatura polemista, donde por vezes se tiram ainda hoje alguns elementos para interpretar algumas disposições do código.

É a esta série de trabalhos: as *edições do projecto do código*, as *actas da comissão revisora* e os *escritos polémicos* dos jurisconsultos que tomaram parte na sua redacção, que se dá o nome genérico de «*Trabalhos preparatórios do Código Civil*». Como, porém, escreveu G. Moreira: êles são dum modo geral pouco importantes e estão longe de fornecer, para o estudo do código, os elementos valiosos que seria de esperar da competência dos jurisconsultos que neles tomaram parte. Cfr. G. Moreira, I, 54.

(1) A mesma *carta de lei* de 1867 determinava ainda que toda a modificação que de futuro fôsse feita sôbre matéria contida no código, deveria ser considerada como fazendo parte dêle e inserida no lugar próprio (art. 5.º); autorizava o Govêrno a fazer os regulamentos necessários para a sua execução (art. 8.º) e autorizava-o ainda a tornar o código extensivo às províncias ultramarinas com as modificações que as circunstâncias exigissem (art. 9.º). Finalmente, usando desta última autorização, publicou o Govêrno o Decreto de 18 de Novembro de 1869, tornando o código extensivo ao ultramar, ressalvando, porém, os *usos* e *costumes* dos indígenas das Novas Conquistas. O art. 8.º, § 1.º, que isto preceitnava, foi depois modificado pelo Decreto de 16 de Dezembro de 1880, mandando ressalvar a favor dos indiis gentios de Gôa, sem distinção de Novas e Velhas Conquistas, os seus usos e costumes especiais e privativos, revistos e codificados nesse decreto.

24. Sôbre as fontes do Código Civil, pouco é o que temos a dizer, além do que já ficou referido àcêrca da história da sua elaboração.

Dá-se aqui a designação de «fontes» aos trabalhos da jurisprudência ou da legislação anterior, de que se serviu o autor do código na confecção dos seus preceitos e disposições, ou onde êle foi beber na sua maior parte a doutrina destas.

Claro é que um código nunca pode ser uma obra caprichosa, feita à custa só das opiniões e pontos de vista pessoais dum jurisconsulto ou mesmo das idéas duma comissão.

Certamente, aparece tudo isso nos códigos, em geral, e aparece também no nosso; exemplo: o que se passa com a matéria dos direitos «originários», derivados da própria natureza do homem (doutrina muito querida do visconde de Seabra), assim como o que se passa com a triangulação da carta jurídica que, na procura duma sistemática, êle traçou de seu próprio punho. Contudo, no que toca à substância dos preceitos, a grande massa dêstes provém sempre, como não pode deixar de provir, não só do direito anterior e tradicional, como das obras da jurisprudência pátria mais em voga no momento em que os códigos são feitos, e ainda dos códigos e obras jurídicas estrangeiras que, em matéria de correntes de opinião, fazem também por assim dizer «época» nesse mesmo momento histórico.

Ora é isto o que se passa com o nosso Código Civil. As suas fontes, se nos é lícito empregar uma linguagem romana, podem também classificar-se nestas duas categorias: *leges* e *jus*. À primeira pertencerá o direito do nosso velho código nacional, a que já atrás fizemos referência, as *Ordenações Filipinas*, e o da posterior legislação complementar, como a das chamadas «*leis extravagantes*» e sobretudo a do constitucionalismo, desde 1832. À segunda pertencerão as obras dos nossos jurisconsultos da primeira metade do século XIX e bem assim as doutrinas de alguns códigos

modernos estrangeiros e dos comentários que lhes foram feitos (1).

Na verdade, foi da amálgama dêstes elementos que proveiu o fundo substancial das doutrinas e o espírito do código de 1868 e isto é o bastante para logo concluirmos também, indo um pouco mais ao fundo das coisas, quantas influências do *direito romano*, do *canónico*, do *jusnaturalismo* do século XVIII e do *liberalismo individualista* da revolução francesa se devem ter combinado para lhe darem a-final o sêr.

Não me cabe entrar aqui em desenvolvimentos àcêrca da genealogia das idéas filosóficas e jurídicas que formam a substância dos preceitos fundamentais do código. Simplesmente, o que não quero deixar de pôr em relêvo, ao falar das fontes do nosso código, é a parte importantíssima de influência que nele exerceu a tradição romanista, já através das *Ordenações*, já através do código francês, sobretudo em alguns institutos, como os contratos e a propriedade, bem como a parte de influência que em outras matérias, tais como a capacidade civil, os direitos de família e o seu espírito demasiadamente doutrinário, exerceram as idéas racionalistas e individualistas do século XVIII e dos princípios do século XIX.

Duma maneira geral, pode dizer-se emfim que, em matéria

(1) Entre as obras dos nossos jurisconsultos que maior influência exerceram no Código Civil, figuram as *Instituições de dir. civil portug.*, de Coelho da Rocha (1844), e o *Digesto português*, de Corrêa Teles (1835).

Entre os códigos estrangeiros, além do francês, de 1804, influiram ainda, através da obra de Coelho da Rocha e Corrêa Teles, os da Prússia, Áustria e Sardenha. Por exemplo, a doutrina do art. 16.º do nosso código, sôbre direito subsidiário, teve por fontes o § 7.º do código austríaco e o art. 15.º do código sardo.

E finalmente, de entre as obras de jurisprudência estrangeira, devem citar-se também o célebre comentário do projecto do Código Civil espanhol, de 1851, devido a Goyena, e os comentários ao código francês, de Marcadé e Demolombe.

ria de fontes, o código do Visconde de Seabra, não representou mais do que uma depuração do individualismo das fontes romanistas do velho direito português, que em todo o caso se achavam mais ou menos inquinadas pelas tradições feudais da Idade Média, por meio do enxertamento aí introduzido dum mais puro individualismo, como foi o bebido no código francês de 1804 e na nossa legislação da época liberal desde 1832.

25. Vejamos agora qual é o plano sistemático do Código Civil e qual a crítica que lhe devemos fazer.

O plano do código apreende-se fàcilmente, desde que tenhamos presente que o seu autor tomou como critério fundamental, para a divisão sistemática de tôda a obra, o elemento *sujeito activo* da «relação jurídica».

Sabe-se que tôda a relação jurídica compreende os seguintes elementos: um sujeito activo; um sujeito passivo; um objecto; um facto jurídico; e uma «acção», como elemento de garantia.

Ora, tomando como elemento primacial da relação jurídica o *sujeito activo*, isto é, o titular de direitos subjectivos, o ente jurídico individual, o homem que tem direitos, e contemplando dêsse único ponto de vista tôda a vida do direito, que se estende diante dos nossos olhos, imediatamente se chega a uma visão «*antropocêntrica*», ou — permita-se o têrmo — «*individuocêntrica*» — de todo o mundo do direito.

Dentro dêle tudo aparece referido ao indivíduo, como se êle fôsse o centro único e exclusivo de tôda a vida jurídica. Assim, tôda a idéa de «instituição», de objectividade dum interesse social, desaparecem em si mesmas. Todo o «jurídico» objectivo se funde na idéa do «direito subjectivo» e daí, portanto, o só contarem, como realidades jurídicas e sociais, os interesses e a vida dêsse mesmo indivíduo abstracto, que se chama o «sujeito activo» da relação jurídica. Pois bem: foram êstes o ponto de vista e a atitude

mental do autor do código, profundamente determinados neste ponto, como logo se vê, pela formação individualista e racionalista, marca século XVIII, do seu espírito de jurisconsulto e de filósofo (1).

Ora, sendo assim, o visconde de Seabra devia ser naturalmente levado a fazer do seu código, até certo ponto, uma descrição da vida, ou — digamos mesmo — uma «biografia», do *sujeito do direito*. E de facto foi isto que aconteceu. Com efeito, como o mesmo Seabra reconhecia, pretendendo justificar-se das críticas que lhe foram feitas: todo o direito serve para regular relações entre homens; logo, lógico é começar por tratar do ente jurídico que é o sujeito de todos os direitos. Simplesmente, como os homens só são sujeitos de direito para adquirirem direitos e só os adquirem para dêles gozarem, e como, para que os possam gozar tranqüilos, carecem de os poder defender,... daí resulta que tôda a vida jurídica a-final se resume, *egoisticamente*, no desenvolvimento dos interesses do sujeito de direitos, transitando assim duma fase de repouso (capacidade jurídica) a

(1) Deve aqui notar-se que esta tendência, que no texto aponto como característica do ponto de vista do autor do código, para tratar de todo o direito em função do *sujeito*, como referido ao interesse do *sujeito*, é a-final — poderia dizer-se — igualmente característica de toda a teoria da *relação jurídica* em geral, dentro da qual todo o direito se resolve em relações entre sujeitos de direito garantidas pela lei. Assim, êste *indivíduo-centrismo*, de que acima falamos, não seria tanto uma particularidade do pensamento de Seabra, como da *teoria geral da relação jurídica* que todos adoptamos. De resto, êsse *sujeito de direito* nem sempre é um indivíduo; às vezes acontece ser uma colectividade, um património, uma pessoa colectiva. Isto é inegável.

Mas note-se, não obstante isso, que aquilo que caracteriza o pensamento do autor do código — e é isto que pretendo sobretudo pôr em relêvo — consiste, não no adoptar êle uma concepção individualista da relação jurídica em si mesma e dos seus elementos, mas sim no adoptar essa concepção como *critério* para uma classificação das próprias relações jurídicas, fazendo girar tôdas as formas do *jurídico objectivo* (instituïções) em tôrno dum elemento lógico abstracto do *jurídico subjectivo* (o sujeito de direito).

uma fase de actividade (aquisição de direitos), desta de novo a uma outra fase de repouso (gôso e exercício de direitos) e desta, finalmente, a uma nova fase de actividade (defesa dos direitos). E aqui temos a chave da triangulação do Código Civil.

Êste dividir-se há, pois, em quatro partes. A I será chamada «*Da Capacidade jurídica*»; a II «*Da Aquisição de direitos*»; a III «*Do direito de propriedade*»; e a IV «*Da ofensa dos direitos e da sua reparação*».

Com isto, porém, ainda não está tudo dito. Os direitos adquirem-se por várias maneiras diferentes. Sendo indispensável classificar sistemàticamente as inúmeras espécies de direitos que na vida social se definem e se subjectivam nos indivíduos, para introduzir alguma ordem nessa matéria, que é a mais importante do direito civil, o autor do código viu-se obrigado a sub-dividir ainda a 2.ª parte relativa a aquisição dos direitos. O critério que adoptou para isso foi, porém, mais uma vez o mesmo: digamos, o de ver todas as coisas em função da individualidade *(sub specie individui)*. O «sujeito de direito» é, já dissemos, o centro de tôda a vida do direito. Ora como êste, na concepção jusnaturalista do autor, já nasce com certos direitos (os direitos *originários* e naturais) e como êle adquire todos os outros, ou sòsinho, por acto da sua vontade, ou com a cooperação de outrem, ou só por presente de outrem, ou só por presente da lei, daí o critério de subdivisão desta parte 2.ª em três títulos, subordinados às rubricas:

I — *Dos direitos originários e dos que se adquirem por facto e vontade própria, independentemente da cooperação de outrem;*

II — *Dos direitos que se adquirem por facto e vontade própria e de outrem conjuntamente;*

III — *Dos direitos que se adquirem por mero facto de outrem e... por simples disposição da lei.*

Numa palavra: para o autor do código, portanto, a única diferença que entre si podem apresentar os diversos

direitos, não consiste em quaisquer circunstâncias ou qualidades intrínsecas e objectivas que possam ter, num ponto de vista de natureza do interesse social, mas ùnicamente na relação em que se acham para com o indivíduo seu titular e no modo como, mais ou menos cómodamente, êle os pode adquirir.

O mesmo se diga ainda da III Parte, reservada, segundo vimos, aos preceitos relativos ao gôso e exercício dos direitos, mas a que o autor do código deu a designação assás restrita de «*Do direito de propriedade*». Vendo burguêsmente na propriedade o direito por excelência do indivíduo, depois dos originários, o autor consagra-lhe exclusivamente toda uma parte do código, subdividindo-a em 9 títulos, em que trata das várias espécies de propriedade. Assim, é aí que trata, depois, da propriedade absoluta e resolúvel, da singular e colectiva, perfeita e imperfeita, e ainda dos diferentes direitos que formam o conteúdo da propriedade perfeita, concebida à romana, individualisticamente, como o direito de dispôr livremente das coisas que são nossas, sem outros limites a-fora os que impõem a natureza, a vontade do proprietário ou a disposição expressa da lei.

E finalmente, subdivide-se ainda a Parte IV em 2 livros em que se trata, já da «*responsabilidade civil*» (liv. I), já da «*prova dos direitos e restituïção dêles*» (2.º).

Nisto se resume o plano sistemático do nosso Código Civil. ¿Que pensar dêle?

Sem dúvida, não se podem negar ao nosso Código Civil, nem o mérito da originalidade, nem o do rigor lógico na concepção do plano traçado pelo seu autor. O visconde de Seabra, afastando-se do plano tradicional das *Institutas* (pessoas, coisas e acções), bem como do próprio código francês, que também no primeiro se inspirava (1), adoptou,

(1) O código de Napoleão, de 1804, divide-se em três partes: 1.ª das pessoas; 2.ª das coisas *(des biens)* e das diferentes modificações da pro-

como plano, uma sistematização inteiramente nova e indiscutivelmente muito interessante.

Não é, porém, a originalidade a principal virtude dum código, nem tão pouco o pode ser o seu espírito de lógica abstracta. Tem-se dito já muitas vezes que os códigos não devem ser de modo algum tratados filosóficos de doutrinas e teorias. São sistemas de preceitos legais, coordenados pela melhor forma a tornar fácil a sua compreensão, no ponto de vista da interpretação e exacta aplicação do direito. É a melhor forma de conseguir isto, está ainda, não na adopção de critérios estritamente lógicos, derivados dùma certa concepção filosófica ou doutrinária dum autor, como sua base sistemática, mas sim na adopção dum critério objectivo que, respeitando o mais possível a natureza das coisas e das relações sociais, como elas são em si mesmas, possa dar uma idéa de conjunto da vida do organismo jurídico-civil dum povo. Assim, pode dizer-se pois que a originalidade e a lógica, que são, como obra de pensamento construtivo, o seu grande mérito, são nele, precisamente, por outro lado, se o consideramos como obra de legislação, o seu grande e principal defeito. É caso de se dizer do código, como se diz de certas pessoas, que êle tem os defeitos das suas próprias qualidades.

Na verdade, o nosso Código Civil pretende encaixar a realidade da vida jurídica civil dentro duma concepção formal muito estreita, embora perfeitamente lógica, em vez de se adaptar êle, de preferência, a essa realidade. Ver tôda a vida jurídica através do ponto de vista do sujeito de direito, o mesmo é, com efeito, que querermos ver, por exemplo, como filósofos, o mundo todo através dum elemento só da

priedade; e 3.º dos diferentes modos como se adquire a propriedade. É, no fundo, o sistema das *Institutas*, apenas com a diferença de não compreender as *acções* (objecto do código de processo) e de subdividir em duas partes a matéria das coisas. No encalço do código francês, que foi o código modêlo do século XIX, foram também o código italiano e o espanhol. Vide, a êste respeito, sr. dr. J. Tavares, *obr. cit.*, I, págs. 308 e seg.

nossa vida representativa, ou só da sensação ou só da inteligência, caindo daí num exclusivismo simplista e refratário a todo o verdadeiro sentimento das realidades. Ora as relações sociais e jurídicas têm também alguma coisa de objectivo, de independente do sujeito que nelas intervêm, e tomar a êste como critério para sôbre tal critério exclusivamente fazer assentar a classificação das relações jurídicas, o mesmo é, numa palavra, que condenar-se de antemão a perder tôda a verdadeira noção daquilo que estas possam ter de específico e daí também a noção do modo como elas se combinam, como se completam entre si e como constituem o organismo jurídico. Foi o que aconteceu ao nosso código. O seu autor tomou por base do sistema o «sujeito activo» das relações jurídicas; mas, como necessàriamente êste elemento intervém em tôdas elas, daí resultou a sua insuficiência para através dêle se poderem perceber e registrar as profundas diferenças que as separam. Não podemos com efeito, apercebermo-nos das diferenças que separam entre si várias coisas, focando-as só através daquilo que elas precisamente têm de comum, pois, por êsse lado, só podemos chegar a confundi-las (1).

Um exemplo dêste inconveniente é o que se passa com os direitos de família. Como o autor do código, no seu racionalismo jurídico individualista, não teve qualquer idéa do que é uma «instituïção», como realidade da vida social, e como, tanto nos contratos em geral (na compra e venda, na sociedade, no mandato), como nas relações jurídicas que pelo matrimónio se estabelecem, o «sujeito activo» a-final intervém da mesma maneira, assumindo posições e adquirindo direitos, daí o aparecer o matrimónio assimilado ao regime dos contractos e tratado de mistura com êles, como se tais factos jurídicos fôssem todos idênticos. Preparou-se assim o caminho para fazer perder de vista tudo aquilo que as realidades

(1) Vid. G. Moreira, I, pág. 141.

imprimem de específica objectividade social às relações de família que por êsse acto jurídico se estabelecem.

De resto, mesmo o que acima aponto como uma virtude do método adoptado pelo autor do código, o seu rigôr lógico, tem ainda de sofrer suas restrições, porque no modo como êle distribuiu os assuntos pelas diversas partes há também irreparáveis ilogismos. O rigôr lógico, que êle apresenta, é apenas de concepção, digamos, e não de execução. Assim é que, para só tocar num ponto, bastará notar que na parte II, relativa à *aquisição dos direitos*, só deveria lògicamente tratar-se desta aquisição e que na parte III, relativa ao modo como se exercem os direitos, só deveria tratar-se do modo como todos êles se exercem. E contudo, não sucede assim.

Na parte II vão-se já determinando, na sua substância e conteúdo, os direitos e obrigações relativos aos actos jurídicos que lhes serviram de fonte ou modo de aquisição e vai-se já tratando também, desde logo, do modo como êsses direitos se exercem e se früem; ao passo que, por outro lado, na parte III, a propósito dêsse mesmo exercício e fruïção, aparece regulado o exercício de só alguns dêles, subordinados à rúbrica de o «*Direito de Propriedade*». Isto como se a fruïção e o gôso dos direitos não se entendessem também com relação aos outros, a todos, às obrigações e aos direitos de família! (1).

(1) Tendo em consideração apenas a rúbrica desta Parte III do código, poderia mesmo dizer-se que o único direito cujo gôso e fruïção aí aparecem regulados é o de propriedade. Em todo o caso, é de justiça não deixar na sombra que dentro dêste conceito de *Propriedade* em geral Seabra incluia, chamando-lhes «*propriedades imperfeitas*» (art. 2.189.º) certos direitos reais sôbre coisas alheias (os *jura in re aliena*), como a enfiteuse, o usufruto, uso e habitação, o compáscuo e as servidões prediais. Ora dêstes direitos, ou *propriedades imperfeitas*, são regulados na Parte III, ao lado da propriedade perfeita, o usufruto, uso e habitação, o compáscuo e as servidões. Mas, emfim, se não é só da propriedade que aí se trata, é apenas só dos direitos reais, e ainda assim não de todos; por ex., a enfiteuse ficou de fora, relegada para a Parte II, livro II, na matéria de contratos (contrato de emprazamento), tratando-se aí logo, não só da aquisição dêste direito, como do seu gôso e fruïção. Ora, se êste direito real, propriedade imperfeita, foi excluído da Parte III, muito menos aparecem nela regulados o gôso e fruïção doutros direitos, como os de crédito e os de família.

Ora, como judiciosamente observou o grande jurisconsulto e meu saudoso mestre, Guilherme Moreira, tudo isso a-final é devido à circunstância de o autor do código ter confundido factos pelos quais se estabelecem relações jurídicas de muito diferente natureza, incorrendo assim no mesmo inconveniente que já se tem notado no Código Civil Francês (1).

Por último, não quero também deixar de notar que um outro grave inconveniente do sistema do código consiste ainda na sua completa insusceptibilidade de servir de base a uma exposição doutrinal do direito, feita com intuitos pedagógicos e científicos. É certo que um código não é o mesmo que um tratado científico; é certo que o critério do legislador não é o mesmo que o do jurisconsulto. Contudo seria para desejar que entre a sistematização do código e a da ciência houvesse o menos possível de divergência, para que assim o estudante não tivesse de aprender em separado duas línguas diferentes, a da teoria e a da prática, em vez duma só que as compreendesse a ambas e que deveria ser a do perfeito ensino jurídico. Ora nós devemos considerar o plano do código como absolutamente inadequado a servir de base a êsse ensino. Tomando-o como roteiro e seguindo-o *pari passu* pela ordem das suas partes, livros e títulos, poderá fazer-se um ensino «exegético», à moda dos comentadores que outróra comentavam as Ordenações e os textos romanos mas sem uma idéa de conjunto do organismo jurídico, sem a sombra duma atitude intelectual que permitisse dominar a variedade dos «casos», integrando-os num forte sistema lógico anterior; tomando-o como guia — repetimos — poderão formar-se técnicos de segunda e terceira ordem, nunca porém jurisconsultos à altura das exigências da jurisprudência contemporânea.

(1) G. Moreira, *ibid.*, pág. 142.

A demasiada abstracção do seu ponto de vista classificador das relações jurídicas, cego de nascença para apreender as realidades sociais, o seu excessivo formalismo lógico-jurídico, o seu racionalismo, o seu individualismo, os seus ilogismos na aplicação do próprio critério de distribuïção das matérias e, emfim, a sua inadaptação para servir de base ao moderno ensino do direito, eis pois os principais defeitos dessa obra codificadora, cuja elegante e forte originalidade de concepção e pureza de linguagem são, a-final, talvez os únicos méritos que ficarão a impô-la ao respeito das gerações futuras.

26. O outro facto característico do movimento legislativo da nossa época, ao lado da tendência para a *codificação*, a que acabamos de fazer referência, é também a posterior tendência para a legislação «extravagante» e dispersa, que ameaça hoje, na sua superabundância, subverter, como igualmente acima dissemos, essa mesma codificação.

O movimento legislativo, como a vingar-se das tentativas de enquadramento e fixação que com os códigos modernos lhe foram aplicadas, não tem deixado de retomar por toda a parte os seus direitos, assumindo nos últimos tempos uma marcha acelerada e vertiginosa, que quási já deixa a perder de vista o século XVIII e a sua época das «leis extravagantes». Essa obra de «tanques de represamento» que foram os códigos, acha-se, com efeito, comprometida nos diferentes campos do direito e a torrente avassaladora das leis dispersas ameaça hoje romper todos os «diques» da codificação. Não é difícil achar a explicação dêste facto. Além do próprio movimento natural da vida, que já Savigny, no século passado, como se sabe, invocava como argumento contra as tentativas de imobilização do direito, representadas nos códigos civis, estão ainda a já referida *idolatria* da lei, tão característica do «Estado moderno», e acima de tudo a formidável «crise» de transição e das mais profundas transformações que estão

caracterizando tôda a vida social moderna. A «mania legislativa» do «Estado moderno», crente na *omnipotência* e na *infalibilidade* das suas leis como processo de reformar a vida, tão peculiar das democracias como das monarquias de direito divino, a sua tendência a acreditar que êle será tanto mais soberano quanto maior fôr o número de leis que fizer, e sobretudo a instabilidade e desorientação da vida social de hoje, explicam-nos cabalmente êste facto, a que podemos chamar a actual *incontinência* desta fonte de direito chamada a Lei.

Ora, em Portugal, onde o facto, embora duma maneira lenta, se deixa observar desde o último quartel do século XIX, tem sido sobretudo nos últimos vinte anos que êste movimento se tem acentuado dum modo prodigioso. ¿Que pensar dêste movimento legislativo posterior ao código?

Evidentemente, não bastaria dar a enumeração pura e simples de tôdas as leis posteriores a 1868 (onde estaria o livro capaz de as conter!), nem mesmo sequer das principais, para fazer idéa da importância, em quantidade, dêsse movimento legislativo. O nosso propósito limita-se porisso apenas a querer pôr em destaque algumas tendências de reforma que se têm afirmado no campo da nossa legislação civil, posteriormente ao código (1), e a indicar aqui os principais diplomas que as encerram e de cuja crítica social nos absteremos.

Até 1910, as alterações introduzidas no código foram relativamente de pouca importância no que toca à doutrina fundamental dos diferentes institutos. Continuou o movi-

(1) Quanto à legislação anterior ao código, tornou-se há muito tempo doutrina assente que êste (a-pesar do preceituado no art. 5.º da Carta de lei, de 1 de Julho de 1867, que revogava toda a legislação anterior que recaísse nas matérias que o mesmo código abrangia, quer fôsse geral, quer especial) só revogou a legislação anterior *nas matérias que êle regulava* e não a anterior legislação administrativa, fiscal, comercial e criminal a que fizesse referência. E' o que se depreende do Decreto de 18 de Novembro de 1869, que veio acabar com as dúvidas que a princípio se levantaram a êste respeito.

mento codificador nos outros ramos de direito e surgiram os códigos de processo civil, de 1876, o comercial, de 1888, e o de processo comercial, de 1905 (1), bem como a *Nova reforma penal* de 1884 que, fundindo-se com o código penal de 1852, deu origem ao de 1886. Acentuou-se o movimento favorável à libertação da terra enfitêutica e hostil a essa forma de propriedade imperfeita, que já triunfara no código, estabelecendo-se, pelo Decreto de 30 de Setembro de 1892, a remissão obrigatória dos foros, embora se permitisse aos enfiteutas o sub-emprazamento ou a sub-enfiteuse que o código proïbia (2). Foi revogado pela *Reforma Penal*, de 1884, todo o título XIV da Parte I do Código, que admitia ainda a interdição de direitos civis, ou a morte civil, por efeito de sentença penal condenatória. Foi modificado por Decreto de 1 de Dezembro de 1892 e seu regulamento, de 19 do mesmo mês, o regime das águas do Código Civil. E, emfim, foi também alterado o código no seu regime do trabalho, pela lei de 21 de Maio de 1896, regulando a propriedade industrial e comercial. Nenhuma dessas modificações legislativas, ou ainda de outras menos importantes, traduziu no entanto qualquer alteração de mentalidade ou de concepções jurídico-sociais na estrutura do código português. Mas o mesmo já não pode absolutamente ser dito de algumas alterações posteriores a 5 de Outubro de 1910, a partir da mudança de regime político que Portugal então experimentou.

A partir de 1910, tôda uma série de importantes diplo-

(1) O código de processo comercial foi publicado em 1895, mas nele fôram incorporados posteriormente, em 1904, o código de falências, de 1899, e o decreto de 2 de Novembro do mesmo ano, relativo à organização de duas varas comerciais em Lisboa. A nova publicação oficial do Código de Proc. Com., contendo êstes novos elementos, é que constitúi hoje o código de 1905.

(2) Êste decreto foi alterado pelo de 10 de Janeiro de 1895, que tornou facultativa a remissão dos foros e voltou a restringir a constituïção da sub-enfiteuse, e, finalmente, pelo de 23 de Maio de 1911 que restabeleceu a remissão obrigatória dos foros e voltou a proïbir a sub-enfiteuse.

mas veio representar, com efeito, o surgir de algumas novas concepções jurídico-sociais no quadro da nossa legislação histórica que o código, à-parte o individualismo económico das idéas do século XIX em matéria de propriedade e de trabalho, tinha respeitado.

As mais importantes dessas alterações são as seguintes: 1.ª: a do Decreto ditatorial de *31 de Outubro de 1910*, relativo ao direito sucessório. Por êste decreto foi abaixo o nosso direito tradicional da «terça», como *quota disponível*, alterando-se esta quota para a de metade, no caso de haver descendentes ou ascendentes do 1.º grau, ou para a de dois terços, no caso de haver outros ascendentes que não pai e mãe; e além disso, alterou-se a ordem legal da sucessão legítima, dando-se preferência ao cônjuge sobrevivo sôbre os irmãos do defunto e seus descendentes (1).

2.ª: a da célebre Portaria também de *31 de Outubro* do mesmo ano, que veio proclamar, em princípio, o *direito à greve* nas relações económico-sociais entre os patrões e assalariados e que, na matéria da nossa insuficientíssima legislação operária, alterou assim o regime dos arts. 1391-1395 do código.

3.ª: a do célebre Decreto de *3 de Novembro de 1910*, relativa ao casamento, que estabeleceu em Portugal o *divórcio*, não só sob a forma de «litigioso», mas ainda por «mútuo consentimento».

4.ª: a dos dois célebres decretos chamados *Leis da Fami-*

(1) Êste decreto foi revogado já posteriormente pelo Decreto de 16 de Dezembro de 1930, que contém várias alterações ao Código Civil e legislação complementar. Todavia manteve-se no novo diploma a doutrina da *metade*, como quota de livre disposição, no caso de o testador deixar descendentes ou ascendentes do primeiro grau (pai ou mãe) e a dos *dois terços* da herança, se deixar outros ascendentes. Em matéria da sucessão legítima, porém, voltou-se por êste Decreto à doutrina do Código Civil, pois, alterando o art. 1969.º dêste último, estabelece-se que serão chamados: 1.º, os descendentes; 2.º, os ascendentes; 3.º, os irmãos e seus descendentes; e 4.º, o cônjuge sobrevivo.

lia, de 25 de Dezembro de 1910: o primeiro introduzindo o *casamento civil* como exclusiva forma legal do casamento, e o segundo alterando o Código Civil em matéria de filiação, permitindo a *perfilhação dos filhos adulterinos* e ampliando a *investigação da paternidade ilegítima.*

5.ª: a do Decreto de *13 de Fevereiro de 1911*, instituindo o *registo civil* obrigatório.

6.ª: a do Decreto de *20 de Abril* do mesmo ano, estabelecendo a separação das Igrejas do Estado *(lei da separação).*

7.ª: a do já referido Decreto de *23 de Maio de 1911*, regulando de novo a remissão obrigatória dos foros e voltando assim à doutrina do Decreto de 1892.

8.ª: a do Decreto de *11 de Julho de 1918*, permitindo às mulheres o desempenho de funções públicas e bem assim o serem testemunhas dos actos do estado civil e dos notariais.

9.ª: a do Decreto de *10 de Maio de 1919* sôbre liberdade de testar.

10.ª: a do Decreto também da mesma data (10 de Maio de 1919), revogando certas incapacidades das mulheres, como a de fazerem parte das instituïções pupilares e quási-pupilares e de conselhos de família, a de serem procuradoras em juízo, a de serem testemunhas em actos entre-vivos ou em testamento e ainda a de serem fiadoras.

E, finalmente: as alterações do Decreto de 16 de Outubro de 1920, instituindo o *casal de família;* as do Decreto com fôrça de lei, de 16 de Dezembro de 1930, alterando e interpretando numerosos artigos do Código Civil e da posterior legislação avulsa e ainda os numerosos decretos, de 1926 em deante, estabelecendo medidas de protecção à lavoura e à riqueza florestal, que restringem consideràvelmente certos direitos dos proprietários (1).

(1) Por exemplo: o decreto *13.137*, de 4 de Fevereiro de 1927, proïbindo a venda de matas e terrenos com arvoredos, sem prévia autorização do govêrno; o decreto *13.658*, de 23 de Maio de 1927, proïbindo a plantação de eucaliptos a menos de vinte metros de campos agricultados e os cortes em determinadas circunstâncias; o decreto *15.020*, de 11 de Fevereiro de 1928, condicionando os desbastes, limpezas e podas das sobreiras, etc. Todos êstes decretos contêm, com efeito, importantes limitações impostas ao direito de propriedade, no interesse social.

Ora, percorrendo tôda essa já hoje vasta legislação republicana sôbre o nosso direito civil (1), impossível é deixar de reconhecer a tendência dêsse direito para algumas concepções jurídico-sociais que, embora numa pequena parte já se achassem em gérmen no Código Civil, todavia numa grande parte o excedem e representam antes doutrinas perante as quais os seus autores — cremos bem — teriam, sem dúvida, recuado. Assim, se entre as primeiras, já em gérmen no profundo espírito de laicismo, de contratualismo e de individualismo do código, se pode contar o casamento civil obrigatório, entre as segundas, perante as quais o nosso codificador recuaria, contam-se certamente as novas idéas sôbre o direito de família, o divórcio e as das leis de 1910, a maior ampliação da faculdade de testar, a alteração da ordem da sucessão legítima e ainda as importantes conquistas da nova legislação feminista de 1918 e 1919, que só podem explicar-se por condições sociais inteiramente diversas das de meados do século XIX (2).

(1) Como colecções de legislação, devem mencionar-se, ao lado das colecções do *Diário do Govêrno* (série I), a *Colecção oficial de legislação portuguesa*, publicada desde 1832 e a *Colecção de legislação* publicada pela *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. Para a legislação posterior ao código até 1891, é também útil a colecção de *Legislação complementar do código*, organizada pelo prof. Sanches da Gama.

(2) Não posso contudo deixar de notar que as inovações que, posteriormente ao código, e mesmo durante o período republicano, se têm introduzido na nossa legislação (não falo da jurisprudência, que continua a ser rotineira e misoneísta), não têm representado transformações tão importantes, como seria de esperar. A-fora o direito de família e a emancipação da mulher, a-fora as alterações de pequeno e por vezes incompreensível alcance no domínio das sucessões — tudo isto expressão de individualismo e dum desenvolvimento de princípios que, em parte, já se achavam contidos

A carta de lei de 1 de Julho de 1867 preceituava, no art. 6.º, que tôda a modificação no direito que de futuro viesse a fazer-se sôbre matérias contidas no código deveria considerar-se como fazendo parte dêle e inserida no lugar próprio, ou pela substituïção de artigos alterados, ou pela supressão dos inúteis, ou pelo adicionamento dos complementares.

Ora, qualquer que seja o carácter e o alcance das modificações introduzidas no código pelo posterior movimento legislativo, do que não pode duvidar-se é de que era mais do que tempo de dar execução ao disposto naquele artigo. Uma edição oficial actualizada do código civil, um novo código revisto, onde se encorporassem, à maneira do que faziam os antigos reis visigóticos, tôdas as importantes alterações que se lhe têm introduzido, nomeadamente desde 1910, e andam dispersas por centenas de leis e decretos, seria pois uma obra que — se, cientìficamente, não teria uma grande razão de ser, dado o que acima dissemos sôbre os escassos méritos do código em face das exigências da vida jurídica de hoje — todavia traria indiscutíveis vantagens práticas no ponto de vista da certeza e da boa aplicação do direito existente.

---

no código — pode dizer-se todavia que o nosso direito civil tem permanecido impenetrável às verdadeiras correntes novas e novas concepções jurídico-sociais e jurídico-económicas, como são as do chamado hoje direito social. Concepções verdadeiramente novas, como, por ex., a do abuso do direito, a da teoria da imprevisão, as do moderno direito do trabalho e tantas outras, que representam o moderno *direito social*, em oposição ao direito individualista do código e da revolução de 1910, pode dizer-se que não têm encontrado representação, nem no movimento legislativo, nem na jurisprudência, posteriores a 1868. Na realidade, é muito difícil achar verdadeiras novidades no nosso direito desde 1868 para cá, além dos desenvolvimentos individualistas de certos princípios liberais já contidos no código.

CAPÍTULO III

Da aplicação e esfera de acção do direito

SUMÁRIO: 27. Noções gerais. 28. i) Verificação da existência e validade das leis ou normas. A constitucionalidade *formal* e a constitucionalidade *substancial* das leis. O art. 63.º da Constituïção de 1911.

29. ii) A interpretação das leis; conceito e objecto da interpretação; o sentido da lei *(mens legis)*. 30. Espécies de interpretação: *autêntica* e *doutrinal*. 31. Os elementos da interpretação doutrinal: o *gramatical* e o *lógico*. 32. Análise do elemento lógico: *a*) elemento *racional*; *b*) *sistemático*; e *c*) *histórico*. 33. Os *trabalhos preparatórios*. 34. Resultados da interpretação das leis: *a*) interpretação *declarativa* (lata e estrita); *b*) *extensiva*; e *c*) *restritiva*. 35. Interpretação *enunciativa*; argumento *a contrario sensu*; interpretação revogatória.

36. iii) A integração das lacunas da lei; conceito. 37. A «*analogia*» e os «*princípios de direito natural*»; art. 16.º do Código Civil. 38. Métodos modernos de interpretação e integração das lacunas da lei; *método do direito livre*; método *positivo* e método *histórico-evolutivo*; sua crítica.

39. iv) Limites da aplicação do direito no tempo. A *não-retroactividade* das leis. 40. Teorias que procuram resolver êste problema e sua crítica. 41. Teoria preferida.

42. v) Limites da aplicação da lei no espaço. Conceito de *direito internacional privado*.

27. Uma outra parte não menos importante no estudo das *noções fundamentais* do direito civil é a relativa à aplicação e esfera de acção do direito.

Entende-se por aplicação do direito a regulamentação dos casos da vida real em face das normas a êles aplicáveis e o *como* dessa aplicação. Claro que é sobretudo ao juiz

que interessa o conhecimento dessa aplicação do direito, porque só êle é chamado a decidir, com responsabilidade, proferindo sentenças. Mas êsse conhecimento não interessa a-final menos ao advogado e a todos os práticos e teóricos do direito, porque, embora êstes nada decidam, contudo, como interpretam também as leis e são chamados a fazer a sua aplicação, pelo menos intelectual, aos casos, sôbre que são consultados, do mesmo modo precisam pois de saber, tanto como o juiz, a quem têm de convencer, como essa aplicação se faz.

Sabido é que as normas jurídicas, sendo gerais e abstractas, porisso mesmo não podem tomar em consideração os diferentes casos especiais e concretos que a vida na sua riqueza de formas nos oferece. Ora, para fazer baixar a parte dispositiva das normas e dos preceitos jurídicos dêsse plano abstracto até às realidades da vida, é que se torna necessário aos homens de leis desenvolver uma certa actividade intelectual e *dialética*, destinada a encaixar o caso na norma ou no preceito da lei. Eis o que é a aplicação do direito.

É costume comparar essa espécie de actividade intelectual e dialética, na sua forma, a um raciocínio silogístico. E, de facto, esta comparação é legítima. A aplicação do direito faz-se, a-final, tôda ela, essencialmente, por meio de silogismos (1). Nela tudo se passa como se nós dissessemos:

(1) Certamente ninguém ignora que aquilo a que, em lógica, se dá o nome de *silogismo* não é mais do que um argumento constituido por três proposições de tal modo ajustadas entre si, que a terceira se deduz necessàriamente das duas primeiras, se estas forem verdadeiras. É a forma perfeita, matemática, da dedução. Chama-se à primeira das três proposições *premissa maior*, à segunda *premissa menor*, e finalmente à terceira *conclusão*. Exemplo: Todo o animal racional é homem; ora Pedro é animal racional; logo, Pedro é homem. Exemplo, na dialética jurídica: a lei diz que todo aquele que cometer um homicídio nestas e naquelas condições será condenado a tantos anos de prisão maior celular. Ora Pedro matou um homem precisamente nas aludidas condições. Logo, Pedro deverá ser condenado nos ditos tantos anos de pena.

— a lei determina isto ou aquilo, a respeito de certos casos ou factos duma determinada natureza; ora tal caso ou tal facto tem perfeitamente a referida natureza, achando-se compreendido na norma; logo, devemos aplicar-lhe a dita norma. Isto equivale, pois, a dizer que, na dialética lógico-jurídica, a lei representa sempre a *premissa maior* dum silogismo; o caso concreto a regular, a sua *premissa menor;* a decisão, emfim, ou seja, a opinião do jurisconsulto, a sentença do juiz, a conclusão silogística.

Pois bem: para chegar a êste resultado, duas coisas é preciso saber antes de mais nada: *primeira*, ¿ quais os elementos do caso concreto? ; *segunda*, ¿ qual o princípio dispositivo da norma jurídica que lhe diz respeito?

Para chegar a conhecer os elementos do caso concreto, existe a *prova*. Nada mais fácil. O juiz não pode julgar senão em harmonia com a prova produzida nos autos *(iuxta allegata et probata)*. Para conhecer o princípio dispositivo da norma jurídica, porém, já não se exige prova. O juiz deve conhecê-lo oficiosamente, mesmo que não seja invocado pelas partes *(jura novit curia)*.

Quando se diz que o juiz é obrigado a conhecer o direito, entende-se isto duma maneira absoluta a respeito da norma jurídica contida na lei. Já se não entende todavia do mesmo modo absoluto, a respeito da norma jurídica consuetudinária. O juiz pode ignorar o costume, assim como pode ignorar a lei estrangeira. Ora nesse caso, mas só nesse caso, será então à parte interessada, que competirá provar a existência da norma pelos mesmos meios por que se provam todos os factos que se alegam em juízo.

Êste conhecimento da lei que o juiz deve ter, não é, porém, um conhecimento qualquer, vulgar e empírico. Como já diziam os romanos, *scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem;* saber as leis, não é apenas saber materialmente o que elas dizem, mas saber apreender o seu verdadeiro espírito e pensamento. Pelo contrário, mesmo depois de provados nos tribunais certos factos,

nem sempre é desde logo absolutamente claro qual o direito aplicável. Nesse momento, a aplicação da lei pode exigir numerosos conhecimentos de técnica jurídica, como acontece no exercício de outras formas de actividade que pressupõem também uma teoria e todo um sistema complexo de conhecimentos em que se fundam. Ora é aqui que precisamente entram em função os princípios que regulam a aplicação do direito e que, presumivelmente, só são conhecidos por aqueles que adquiriram a ciência jurídica. Quando se trata de aplicar o direito, na forma dialética e silogística, a que acabamos de nos referir, aos factos da vida, podem, com efeito, dar-se várias hipóteses para cuja solução é indispensável saber prèviamente um certo número de coisas. Vejamos quais são essas hipóteses.

Pode acontecer, por exemplo: 1.º—que o juiz (e quem diz o juiz diz, qualquer prático do direito) não possa determinar desde logo se existe lei ou direito aplicável ao caso em questão. 2.º — Pode acontecer também que surjam no seu espírito dúvidas sôbre se a lei, que se diz aplicável, é válida ou não. 3.º — Pode acontecer que, existindo lei aplicável e válida, surjam contudo dúvidas sôbre a sua exacta significação, por ambigüidade ou indeterminação das suas disposições. 4.º—Pode acontecer que se tenha verificado não existir lei aplicável e ser necessário resolver o caso, mesmo na falta de lei. 5.º — E pode acontecer, finalmente, que, devido a várias circunstâncias de tempo ou de lugar, se levantem dúvidas sôbre se, concorrendo várias leis, umas mais antigas, outras mais modernas, ou, umas nacionais e outras estrangeiras, se deverão aplicar ao caso antes umas do que outras.

Pois bem: podendo dar-se tôdas estas hipóteses, torna-se evidente que a aplicação do direito não é, pois, uma coisa simples que qualquer pessoa possa fazer. Para ajudar a resolver as duas primeiras hipóteses é que existem os princípios relativos à verificação da existência e validade das leis; para resolver a terceira é que existe a *teoria da interpretação das leis;* para resolver a quarta, a *teoria da integração das lacunas da lei;* e, finalmente, para resolver as duas últimas, as teorias ditas da *aplicação das leis no tempo* e *no espaço.* Ora é ao estudo dessas diversas teorias que se dá o nome de estudo da aplicação do direito e da sua esfera de acção.

28. 1) Quanto ao primeiro ponto, a verificação da existência da norma, não é esta, na grande generalidade dos casos, uma questão difícil de resolver, se da lei se trata; a solução dependerá apenas do conhecimento que se tenha, e o juiz deve ter, do direito positivo legislado dum país.

A questão pode ter maior importância e levantar já dificuldades, se se tratar duma norma de direito consuetudinário. Então será já necessário verificar se num determinado *costume* ou *uso,* que se indigitam como direito aplicável, concorrem, ou não, os elementos e requisitos indispensáveis para êles poderem considerar-se fonte de direito, no sentido que já vimos (1). Sendo dada, todavia, a escassa importância que no sistema do nosso actual sistema jurídico positivo tem o costume, como também vimos, a questão da verificação da existência da norma, mesmo quando consuetudinária, não tem também para nós, mesmo assim, um interesse de maior.

Tem, porém, a maior importância a questão da verificação da *validade* da lei. Esta questão desdobra-se, por assim dizer, em duas outras, a saber: *primeiro,* se uma determinada lei é válida, no sentido de se achar perfeita, isto é, elaborada pelo órgão competente, em harmonia com os princípios que na organização do Estado, regulam a feitura das leis, isto é, se a lei *existe,* de facto, na sua forma correcta, ou se é *inexistente; segundo,* se a lei, sendo perfeita na forma, todavia pode ser julgada válida, no sentido de doutrinalmente conforme com os princípios do Estatuto fundamental

(1) Vide *supra,* pág. 104.

do Estado, ou Constituïção, que o legislador ordinário deve respeitar.

Quanto ao primeiro caso, claro que, se, por exemplo, em regimen constitucional se invocasse uma lei aprovada só em uma das casas do Congresso e não na outra, ou uma lei desprovida de promulgação, ou que não tivesse sido publicada no órgão oficial, ou sôbre a qual não tivesse ainda decorrido o período da *vacatio legis*, claro é — dizemos — que em qualquer dêstes casos tal lei não seria válida, porque rigorosamente mesmo não seria uma lei; a lei neste caso não existiria. Todos estão de acôrdo em reconhecer que o poder judicial deve desconhecer validade a um diploma nestas condições, sem que porisso se possa dizer que êle se arvora em fiscal do processo legislativo. E o mesmo pode dizer-se duma lei que fôsse emanada dum órgão incompetente ou que, sendo competente, tivesse visivelmente excedido a sua competência. Por exemplo, as disposições dum «regulamento ordinário», emanado do executivo, mas excedendo as disposições contidas na lei a que pretende servir de execução, ou contendo normas jurídicas novas, não compreendidas na lei exeqüenda, é por igual manifesto que não podem ser consideradas leis válidas. Neste sentido, é pois evidente que os juízes podem julgar da *inconstitucionalidade* ou *validade formal*, ou seja ainda, da legitimidade e existência de certas disposições, já que estas são apenas *pseudo-leis* ou leis inexistente (1).

(1) Não se deve confundir esta competência dos tribunais com a competência para êles conhecerem sôbre se o Congresso, ao fazer a lei, obedeceu ou não aos preceitos constitucionais que devem presidir ao processo parlamentar, pois isso equivaleria a fazer do poder judicial o fiscalizador da obra do Congresso, o que, entre nós, se quis evitar com a eliminação dessa competência, sancionada no projecto da constituïção (art. 53.º). O Poder Judicial não fiscaliza pois a obra do Congresso; limita-se a verificar, e isto oficiosamente, se houve ou não manifestação duma vontade do Congresso. Cfr. Dr. Fézás Vital, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, ano VI, pág. 552 e segs.

Diferentemente se apresenta, porém, a questão, no segundo caso acima referido. Esta é que é pròpriamente a chamada questão da *inconstitucionalidade das leis*. Isto é: ¿poderão os tribunais civis deixar de aplicar uma lei correctamente feita, com o fundamento da sua ilegitimidade doutrinal, ou da sua contradição com os princípios exarados na Constituïção?

Ora, posta assim a questão, cujo estudo desenvolvido tem antes o seu lugar na cadeira de direito constitucional, aqui só nos cumpre saber como ela deve ser resolvida perante o direito positivo da nossa última Constituïção, de 1911. Segundo esta Constituïção, no seu célebre *art. 63.º*, os tribunais civis portugueses têm de facto, competência para apreciar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis e, portanto, para julgar da sua validade. Simplesmente, devemos notar, essa competência não é oficiosa; os juízes não podem oficiosamente, *motu proprio*, conhecer dela; só podem conhecer dela quando a parte interessada no julgamento, impugnar com êsse fundamento a validade da lei, sob a forma processual duma excepção chamada a *excepção de inconstitucionalidade* (1).

Portanto, torna-se evidente que é com a ajuda do conhecimento dêstes preceitos e tendo em vista o modo como êles devem ser interpretados, que o juiz deve estar preparado para resolver a primeira das dúvidas que, ao aplicar o direito, poderão surgir.

(1) Art. 63.º da Constituïção: «O poder judicial, desde que, nos feitos submetidos a julgamento, qualquer das partes impugnar a validade da lei ou dos diplomas emanados do poder executivo ou das corporações com autoridade pública, que tiverem sido invocados, apreciará a sua legitimidade constitucional ou conformidade com a Constituïção e princípios nela consagrados».

29. II) Verificadas a existência e a validade da lei, ainda não está ainda tudo feito. É preciso depois saber apreender correctamente o *sentido* da lei, o seu significado exacto. Ora a investigação intelectual para alcançar êsse significado é que tem o nome de *interpretação das leis*.

Deve notar-se, desde já, que por interpretação não se entende só isto. Há também um sentido lato desta palavra, dentro do qual cabe ainda uma outra coisa. Com efeito, em muitos casos pode acontecer que não exista mesmo lei aplicável ao caso a resolver. Isto é, pode acontecer ser necessário ao juiz investigar, indo mais longe, qual o *princípio jurídico* que se acha latente no sistema legislativo em conjunto, para aplicar êsse princípio abstracto à regulamentação dum caso que não se ache previsto na lei. Ora isto é também «interpretação», embora se dê neste caso à interpretação o nome de «*integração das lacunas da lei*». Como, porém, esta hipótese corresponde antes a um caso que acima figuramos em separado, só mais adiante nos ocuparemos dela, tratando aqui apenas da *interpretação pròpriamente dita*, ou em sentido estrito, procurando agora determinar, o mais rigorosamente possível, o seu objecto.

Como acima acabamos de ver, interpretar uma lei é surpreender o seu sentido e significado exactos. Parece isto uma coisa muito simples, e contudo não é tão simples como à primeira vista parece. Com efeito, mesmo as leis cujas disposições parecem inequívocas e claras à maior parte das pessoas, carecem sempre de interpretação. Tôda a lei carece de ser interpretada. Basta notar que o sentido das leis, se pode parecer claro a umas pessoas, pode parecer obscuro a outras, dependendo isso sempre, a-final, da inteligência, dos conhecimentos jurídicos e da preparação técnica do intérprete. Muitas palavras que têm na linguagem vulgar um certo significado, por vezes, têm na linguagem do legislador um outro muito diferente e há até palavras e termos cujo sentido é puramente técnico e não têm sentido algum fora do direito, na

linguagem vulgar. Porisso é que os romanos diziam que interpretar as leis, não é apenas apoderarmo-nos das suas palavras *(verba earum tenere)*, mas sim do seu sentido *(vim ac potestatem)*. Ora êste último é que constitúi o objecto da interpretação, chamando-se-lhe, à romana, *vis, potestas*, e também *voluntas, mens legis*. ¿Que é, porém, rigorosamente o que devemos entender por tudo isto: por sentido duma lei?

Durante muito tempo pensou-se que interpretar o sentido da lei, era o mesmo que interpretar a vontade, no sentido psicológico, do legislador que a tinha feito. Hoje não se entende já assim. O legislador não é mais do que um órgão a quem cumpre elaborar a lei; a sua vontade e a sua inteligência não são mais do que o instrumento, o meio de elaboração da lei. Acima da lei está a «ordem jurídica», de que ela é apenas uma manifestação, uma «precipitação». Elaborada a lei, esta fica constituindo, por assim dizer, uma entidade à-parte, qualquer coisa que se desligou da vontade do legislador e assumiu um valor próprio e uma significação independente da vontade e da inteligência do seu autor. Criada, a lei tem, como as idéas, uma vida própria e autónoma, uma «vontade», num sentido não psicológico, mas jurídico. Ora, sendo assim, compreende-se fàcilmente que determinar o *sentido* duma lei seja, não determinar a intenção e a vontade, subjectivamente consideradas, da pessoa do legislador que a lançou no mundo dos imperativos jurídicos, mas sim determinar essa vontade da lei em si mesma, a *mens legis*, objectivamente considerada.

Esta concepção «ontológica» da lei, — note-se — é tanto mais de aceitar, quanto é certo que hoje, como é sabido, a lei nunca é, pràticamente, o produto da vontade duma única pessoa; é sempre o produto por assim dizer de colaboração de numerosas vontades através dum mecanismo complexo, qual é o da feitura das leis no «Estado de direito» *(Rechtsstaat)*, sobretudo nos Estados constitucionais.

Ora acontece até, muitas vezes, que a vontade do autor

do projecto primitivo, de que nasce a lei, não chega mesmo até ao fim do processo legislativo, através do qual esta é elaborada, com o mesmo conteúdo de fins e de motivos. Muitas vezes, acontece que o projecto é mantido nas sucessivas discussões e aprovações a que é sujeito, mas por motivos e tendo em vista fins muito diferentes daqueles que a princípio o determinaram no espírito do seu autor. Assim, pode suceder que todos os colaboradores na feitura duma lei venham a achar-se de acôrdo no essencial das suas disposições, quanto à matéria destas, querendo-a todos, mas tendo chegado a êsse acôrdo por motivos aliás muito diversos. E ¿poderá dizer-se neste caso, que será a vontade psicológica do autor da lei o objecto da sua interpretação, quando pretendermos determinar-lhe o seu sentido exacto?

É claro que não, porque essa vontade foi ultrapassada; nem seria mesmo possível reconstituí-la, se ela deixou de ser a vontade dum homem, nos seus motivos determinantes. Donde: o dever concluir-se, portanto, que o *sentido* da lei será, como diziamos, a determinação da própria vontade da lei em si mesma, afastadas todas as razões subjectivas que possam ter actuado, nas diferentes fases da sua elaboração, sôbre as vontades psicológicas das pessoas que concorreram para a sua feitura final.

De resto, a impôr-nos êste modo de entender as coisas para sabermos o que é o «sentido» da lei, está ainda o facto de só assim podermos fazer a *adaptação* das leis às novas necessidades sociais que se forem produzindo. Aliás, como o legislador não podia, muitas vezes, prever estas necessidades, nem por conseguinte podia querer a sua satisfação, se houvessemos de ficar escravos da sua verdadeira vontade psicológica, seria impossível adaptar a lei a tais necessidades e novas condições. Desde, porém, que tenhamos em vista a *vontade da própria lei*, como objecto da interpretação, então já assim não será, pois então será a mesma lei a chamar para dentro do seu campo de aplicação êsses novos

casos e necessidades, *projectando* sôbre êles, como se usa dizer, a sombra do seu imperativo (1).

Por tudo isto é pois hoje doutrina corrente, pode dizer-se, que o sentido da lei, a *mens*, a *vis legis*, é, não a vontade do legislador, num sentido subjectivo e psicológico, mas a vontade da própria lei, num sentido objectivo, considerada como um imperativo independente e autónomo.

30. Sabido o que é interpretação, vejamos agora que espécies há de interpretação. Antes de mais nada, costuma falar-se de duas espécies: interpretação *autêntica* e interpretação *doutrinal*.

A primeira é a interpretação feita pelo próprio órgão legislativo de que emanou a lei interpretada.

A segunda é a interpretação feita pelos jurisconsultos, em face da doutrina e segundo os preceitos da ciência jurídica. A primeira é obra do poder legislativo (entre nós, em regimen constitucional, o Congresso da República; antigamente, na monarquia absoluta, os altos tribunais, representando o rei) (2); a segunda é obra da jurisprudência.

---

(1) Exemplo: existe uma lei regulando as responsabilidades do transportador nos transportes terrestres. Surgem depois as conquistas da aviação e os transportes aéreos. Não há lei especial regulando esta nova forma de transporte. ¿Que lei se lhes há de aplicar, emquanto o legislador não legisla especialmente? Claro que, se interpretarmos o *sentido* da lei sôbre os transportes terrestres como sendo o *sentido* da vontade do legislador, não poderemos aplicar esta às novas necessidades, pois que o legislador não conheceu, não previu e, portanto, não quís regular a responsabilidade dos transportes aéreos, com os quais nem sonhava. Mas, se interpretarmos o «sentido» da lei como sendo a *vontade da própria lei*, objectivamente desligada da vontade do legislador, então já poderemos aplicar à regulamentação das responsabilidades do transportador aéreo as disposições relativas, na parte aproveitável, às responsabilidades do transportador terrestre, emquanto não houver legislação especial.

(2) Vide *supra*, pág. 108, nota 2.

É, porém, evidente que a chamada interpretação *autêntica* nada tem que ver com a verdadeira interpretação, que é só a *doutrinal*. A primeira não é mesmo, rigorosamente, pode dizer-se, interpretação. Com efeito, se fixarmos o conceito de interpretação, no sentido que já vimos, como o duma actividade intelectual dirigida a surpreender escrupulosamente a *vontade* da própria lei, não poderemos deixar de reconhecer que não é êsse o carácter, nem o fim da interpretação que duma lei, geralmente, faz o poder legislativo. Na realidade, o poder legislativo, porisso que é o poder legislativo, não se cinge, ao interpretar as leis que já fez, à determinação da vontade nelas objectivada, tal como ela existe, mas determina êle, de novo, a sua própria vontade. O poder, ou seja um parlamento, ou seja um soberano, ou ainda um alto tribunal investido dessa prerrogativa, não é obrigado a respeitar o sentido já expresso na lei. Pode fazer uma interpretação irregular, arbitrária; pode fazer aquilo que quiser; pode saltar por cima da lei e fazer no seu lugar uma outra lei nova, dizendo que é a antiga. E, contudo, tal interpretação será sempre legal, só porque é a do poder legislativo. Porisso é que dizemos que uma tal actividade não merece rigorosamente o nome de interpretação, sendo mais correcto chamar-lhe antes «explicação» ou «esclarecimento» da legislação, redundando sempre em nova legislação e no exercício do mesmo poder legislativo. A essas interpretações é costume chamar-se «*leis interpretativas*» e estas têm de especial que a elas se não aplica a doutrina do art. 8.º do Código Civil, que as exceptua da aplicação do princípio da *não-retroactividade* (1). As leis interpretativas, com efeito, aplicam-se ao passado e vão regular as relações jurídicas que se tenham constituído sob o domínio aliás de leis anteriores.

(1) Art. 8.º «A lei civil não tem efeito retroactivo. Exceptua-se a *lei interpretativa*, a qual é aplicada retroactivamente, salvo se dessa aplicação resulta ofensa de direitos adquiridos».

Excluído assim o conceito da interpretação *autêntica*, vamos ocupar-nos agora da interpretação doutrinal, que é, como já dissemos, a única e verdadeira interpretação digna dêste nome.

31. A *interpretação doutrinal* consiste numa actividade intelectual sujeita a princípios e a preceitos certos e determinados; não é uma actividade arbitrária.

Para determinar o *sentido* ou a *vontade* duma lei, com o alcance que já atribuimos a estas expressões, há que atender, antes de mais nada, a duas coisas: primeiramente, ao próprio «texto da lei» *(elemento gramatical)* e, em segundo logar, ao chamado «espírito da lei» *(elemento lógico)*. A ambos faz referência o art. 16.º do Código Civil. (1).

Estes dois elementos são, pois, naturalmente, os meios que o intérprete tem ao seu dispôr para fazer a sua interpretação das leis. Deve, porém, notar-se que êles não podem servir nem ser utilizados isoladamente. Devem, pelo contrário, ser utilizados harmònicamente, em combinação um com o outro. Entende-se por *elemento gramatical* o próprio texto literal da lei, a sua letra; por *elemento lógico*, o seu espírito, isto é, o seu sentido profundo e lógico.

Ora é manifesto que, assim como seria absurdo fazer uma interpretação puramente gramatical, agarrada só à letra da lei, assim seria do mesmo modo absurda uma interpretação puramente lógica que só se preocupasse com o «espírito», abstraindo do texto da lei. Isto mostra-nos, assim, que uma distinção muito exagerada entre êstes dois elementos e as duas respectivas espécies de interpretação — gramatical e lógica — seria mesmo arbitrária e absurda, visto que a interpretação doutrinal é sempre a-final uma só e que êsses dois elementos

(1) Art. 18.º «Se as questões sôbre direitos e obrigações não poderem ser resolvidas, nem pelo *texto da lei*, nem pelo seu *espírito*, nem pelos casos análogos prevenidos em outras leis, serão decididas pelos princípios do direito natural conforme as circunstâncias do caso».

não são mais, repetimos, do que meros meios que utilizamos, em combinação um com o outro, para chegarmos ao fim que temos em vista. Isto é: nenhuma interpretação poderá deixar de começar por atender ao «elemento gramatical», através do qual se exprime directamente o pensamento da lei, para depois chegar ao estudo do «elemento lógico», no intúito de esclarecer o alcance e o sentido do texto, a sua intenção e o seu espírito. A interpretação gramatical será, pois, o ponto de partida, e a interpretação lógica o ponto de chegada; ou antes, tôda a interpretação começará por ser gramatical, para acabar por ser lógica.

Para fazer o estudo do elemento gramatical, não basta, porém, saber a língua em que a lei se acha escrita. É preciso conhecer também a terminologia técnico-jurídica, pois, muitas vezes, as palavras têm em direito uma significação diferente daquele que têm na linguagem vulgar e, outras vezes, não têm mesmo qualquer significação nesta última. Assim como, por outro lado, para fazer o estudo do «elemento lógico», também não basta saber lógica; antes é preciso atender a um certo número de outros elementos que já o constituem e a que se dá, tècnicamente, o nome de: *elemento racional, elemento sistemático* e *elemento histórico*. São êstes, com efeito, os elementos da lógica especial da interpretação das leis. Vejamos agora em que consiste cada um dêles.

a) ¿Que é o *elemento racional?*

Entende-se por elemento racional — a também chamada *ratio legis*, isto é, a razão da lei — o *princípio superior de direito* de que a lei interpretanda é a conseqüência. Êste é, indiscutivelmente, o primeiro fim que deve ter em vista o intérprete, ao entrar a fazer a interpretação lógica duma lei: surpreender e fixar êsse princípio superior de direito, que lhe dará a posse da razão, do fim e do intúito da lei.

Tôda a lei faz, por assim dizer, parte dum sistema de idéas que assentam em certos princípios gerais que se acham nêle latentes. Descobrir o mais geral e o mais dominante

dêsses princípios, eis ao que visa antes de mais nada a interpretação lógica. Não basta, portanto, atermo-nos ao fim prático e imediato da lei, tido em vista pelo legislador, pelo conhecimento das circunstâncias de momento que a determinaram imediatamente. A isso chama-se antes a causa ocasional da lei, *occasio legis*. Não. Sem dúvida, convém também conhecer êsse fim prático e imediato da lei; mas isso só não basta. É preciso integrar o conhecimento dêsse fim imediato no conhecimento do princípio superior, para vêr a aplicação que o legislador fez de tal princípio em vista das circunstâncias especiais para que legislou. Ora a consideração dêstes dois pontos de vista ligados, a *occasio legis* e a *ratio legis*, é que nos dá a posse do *elemento racional*, ou seja, o primeiro passo no caminho da interpretação lógica duma lei, para nos apoderarmos do seu espírito (1).

b) Ao segundo passo no mesmo sentido corresponde o *elemento sistemático*. Trata-se ainda da mesma interpretação lógica. Êste segundo elemento dela não é também mais do que um segundo meio para chegar ao mesmo fim, à *ratio legis*, ao elemento racional. Êste meio consiste agora, porém, em aproximar a disposição obscura da lei, que se quere interpretar, de outras disposições afins ou paralelas, que formam com ela um certo instituto jurídico, e ainda até de outros institutos também análogos a êsse, procurando remontar dest'arte até

(1) O *elemento racional*, sendo o que fica dito no texto, pode ser apreciadido, muitas vezes, sem necessidade de recorrer aos outros, ao *sistemático* e ao *histórico*, como que directamente, se o intérprete, versado no conhecimento dos princípios gerais que dominam um instituto, sabe logo recorrer a eles sem necessidade de outras investigações. Porém, muitas outras vezes, ou por falta dêsse conhecimento, ou porque o princípio geral pode ser de difícil determinação, torna-se necessário dirigir essa investigação por caminhos mais seguros, mais metòdicamente, e é então que se entra a usar do critério do elemento sistemático e do elemento histórico. É neste caso que êstes dois últimos não são mais, a-final, do que meios para atingir o primeiro.

aos mesmos princípios comuns e mais gerais de direito. Rigorosamente, *o elemento sistemático* não é mais do que o próprio processo da nossa actividade intelectual na procura do elemento racional atrás referido. Consiste em vêrmos as coisas ligadas ou relacionadas tôdas umas com as outras num sistema orgânico e completo de idéas. Assim como, para interpretarmos uma passagem dum livro que estamos lendo, não vamos fazer essa interpretação isolando a dita passagem das outras que a precedem e se lhe seguem, ou das outras em que, no mesmo livro, o mesmo pensamento do autor reaparece, assim fazemos naturalmente o mesmo para interpretarmos as leis (1). Pois é evidente que estas, sendo o produto dum sistema legislativo e jurídico orgânico, não se podem entender isoladas, como expressão de pensamentos desconexos, mas sim como manifestações dum único pensamento que obedece a princípios fixos e tem em vista um fim coërente consigo mesmo.

Ora, na medida em que o intérprete do direito efectua êste trabalho de coordenação duma lei com outras e com um sistema inteiro de leis, de que ela faz parte, é que êle se serve do chamado *elemento sistemático*. Para isso é que costuma dizer-se que o intérprete deve ter em vista, na sua interpretação duma lei, não só o chamado *contexto* (aquilo que está antes e depois do ponto ou disposição de que se trata), mas ainda os *lugares paralelos*. «*Incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula ejus proposita judicare vel respondere*» (Digesto, 1, 3, 2) (2).

---

(1) O elemento sistemático costuma considerar-se como compreendendo em si ainda êstes dois elementos secundários, chamados: o *contexto*, tudo o que está antes e depois da disposição que se quere interpretar, e os *lugares paralelos*, ou seja, as outras disposições em que o mesmo pensamento do legislador ou do sistema jurídico se revela e reaparece.

(2) Pode preguntar-se: ¿e não será isto, a-final, o mesmo que o elemento racional de que acima se falou?

Certamente, no *elemento racional*, devidamente entendido, para descobrir a *ratio legis*, já se inclúi tudo o que acabamos de dizer da actividade desenvolvida no estudo do *elemento sistemático*. Só olhando para as coisas através dêste último, conseguiremos atingir com segurança os tais princípios superiores de direito, a *ratio legis*. Pràticamente, pois, os dois elementos não se distinguem a-final, como formas, nem mesmo como processos, de interpretação lógica. Integram-se no processo da mesma actividade intelectual, pressupõem-se e condicionam-se reciprocamente. O mais que pode dizer-se, no intúito de os separar, é que o chamado *elemento racional* é o fim directamente tido em vista pelo intérprete, quando faz a interpretação lógica, e o *elemento sistemático* o meio, um dos meios, como processos da actividade intelectual, para conseguir êsse fim. Porisso, pode dizer-se que a distinção nítida entre êstes dois elementos é apenas o produto duma pura preocupação escolástica, de puro alcance teórico, feita no intúito de salientar rigorosamente os diversos momentos da nossa actividade mental no trabalho da interpretação.

c) E o mesmo digamos também do chamado *elemento histórico*, o terceiro e último dos critérios a que recorre o intérprete das leis, quando faz a sua interpretação lógica. Trata-se de mais um passo ou um meio para chegar a descobrir a *mens*, a *voluntas legis*.

Compreende-se fàcilmente também a importância dêste elemento da interpretação. Ele consiste em aproximar a disposição de lei, que se deseja interpretar, de outras leis anteriores sôbre a mesma matéria e que já não vigoram, para mediante êsse confronto surpreender a exacta significação e o alcance da lei em vigôr.

É sabido que a grande maioria das relações jurídicas não são apenas de hoje e que as leis que as regulam também o não são. O direito transforma-se incessantemente, mas as suas transformações não são bruscas; têm alguma coisa de orgânico e de lento. Nunca o passado morre inteiramente, para ser substituído por um presente que não tenha nenhuma espécie de ligação com êle. E, sendo assim, é evidente que o legislador actual não pode deixar de se inspirar sempre, mais ou menos, nas leis anteriores, quando faz as novas; as primeiras são muitas vezes a fonte das segundas;

estas reproduzem, muitas vezes, parte das disposições daquelas, ou então modificam-nas conscientemente. Ora esta circunstância permite freqüentemente descobrir com facilidade, no confronto entre a lei mais recente e a mais antiga, os motivos e razões que conduziram o legislador a fazer a nova lei e os factos sociais e as idéas novas que forneceram a sua motivação. Assim se compreende, pois, que o intérprete das leis tenha considerável vantagem em conhecer a história das leis, a *história do direito*, principalmente a mais recente, para fixar o sentido, o significado exacto e a «vontade» das leis actuais (1). Simplesmente, como também se vê desde logo, êste *elemento histórico*, porque do mesmo modo visa a facilitar a interpretação lógica do «espírito» das leis, e porque, porisso mesmo, tem um fim idêntico ao procurado com o *elemento sistemático* e o *racional*, também dêstes últimos não se separa a-final pràticamente, constituindo apenas mais um meio ou caminho para chegar ao mesmo resultado.

Não há, portanto, três interpretações distintas, uma «racional», outra «sistemática» e outra «histórica». Há apenas uma interpretação *única*, gramatical e lógica, tendo o objectivo único que já vimos: surpreender a *vontade da lei*. O que pode variar são os caminhos, os meios e as várias atitudes intelectuais do nosso espírito para chegar ao conhecimento dessa vontade, ou da *mens legis*. Assim também não há, rigorosamente, uma interpretação gramatical e outra pura e simplesmente lógica. A chamada interpretação gramatical também não é uma forma independente de interpretação,

(1) É na exacta compreensão do valor dêste *elemento histórico*, como instrumento de interpretação das leis, que se fundam a utilidade dos estudos *histórico-jurídicos* para fazer essa interpretação e o sentimento da indiscutível vantagem em aliar a *História* à *jurisprudência* na formação do espírito do jurisconsulto. Não é necessário acrescentar aqui nada mais ao que fica dito, para de novo se salientar, nesta altura, incidentemente, o valor dos estudos do *direito romano* e bem assim da *história do direito pátrio*, como estudo das fontes do direito civil português moderno.

bastando-se a si mesma; é apenas o primeiro dos elementos ou meios para fazer a interpretação, ou se se quiser, como já vimos, o seu ponto de partida. Como tal, é até, inclusivamente, êste o elemento menos importante. O elemento mais importante da interpretação é, pelo contrário, o lógico, abrangendo os critérios e métodos que acabamos de vêr e constituindo êstes, no esforço que representam, uma perfeita unidade de atitude mental. Isto equivale, pois, a dizer o seguinte: sempre que haja conflito entre os resultados da interpretação gramatical e os da interpretação lógica, é ponto assente que será, portanto, aos da segunda que deverá dar-se preferência, pondo de parte a *letra* da lei em homenagem ao seu *espírito*.

33. Por último, resta ainda fazer referência, a-propósito dos elementos da interpretação das leis, a um outro, que aliás se acha também estreitamente ligado e subordinado ao «elemento histórico» e a que se dá o nome de «*Trabalhos preparatórios*» das leis e dos códigos.

Entende-se por «trabalhos preparatórios» os *projectos de lei*, as *discussões preliminares* havidas sôbre êles no seio das comissões e das assembléas políticas onde as leis são aprovadas, ou mesmo fóra daí, e emfim as próprias *actas* donde constam tais discussões. Assim é que, por exemplo, como já vimos, dá-se precisamente o nome de «trabalhos preparatórios do código civil» aos projectos primitivos do código, às actas da Comissão revisora, e aos escritos polémicos trocados entre o autor do código e os membros da Comissão sôbre certas matérias (1).

É evidente que êstes trabalhos não são o mesmo que o «elemento histórico», porque não são uma fonte da lei. Pertencem à história da lei, o que é coisa diversa. Toda-

(1) Vide *supra*, pág. 117, nota.

via é também indiscutível que, porisso mesmo, êste elemento pode igualmente servir para derramar bastante luz sôbre o sentido das leis e a vontade do legislador. ¿Será, contudo, na generalidade dos casos, um elemento de grande importância? Crêmos que não e para o mostrar, basta lembrarmo-nos do que já foi dito acima.

Claro é que, se o objecto da interpretação das leis fôsse a determinação da vontade do legislador, no sentido da vontade pessoal dum homem, a importância dos «trabalhos preparatórios», seria indiscutivelmente muito grande. Nada melhor, com efeito, para poder saber bem o que uma pessoa quere, do que assistir ao processo deliberativo da formação da sua vontade. Porém, nós já vimos que não era a vontade do legislador, num sentido psicológico, que constituia o objecto da interpretação, mas sim a vontade da própria lei, num sentido objectivo e todo lógico. E, sendo assim, é indiscutível que a importância dêsse elemento não pode ser muito grande, quando sobretudo o confrontemos com os outros. Devemos pensar que êsse elemento será muito importante para a determinação do processo psicológico de formação da vontade final de tôdas aquelas pessoas que concorreram para a feitura da lei, sem dúvida; porém, que êle não terá uma importância de maior para a determinação da *vontade objectiva* da lei considerada em si mesma. Numa palavra: entendemos que não deve ligar-se aos trabalhos preparatórios uma grande importância, nem sequer igual à dos outros elementos, e que essa importância só será real, quando, integrado êste elemento na série de todos os outros, se poder chegar assim, mediante êle, ao mesmo resultado de interpretação a que pelos outros já se chegou.

34. Conhecidos os elementos da verdadeira interpretação das leis, a doutrinal e sobretudo lógica, resta-nos agora saber a que *resultados* podemos chegar também na interpretação delas. Os elementos de que acabamos de falar são,

digamos, os instrumentos, os meios, ou antes, os processos, para a efectivação dêsse trabalho. Feito êste, porém, os resultados a que chegaremos, podem ser muito diversos. Focando êstes, costuma falar-se noutras espécies de interpretação, como são: a *interpretação declarativa*, a *extensiva*, a *restritiva*, a *enunciativa*, e ainda a chamada *interpretação revogatória* ou «*abrogans*».

Com efeito, consoante o intérprete, interpretando a lei, chegar: ou apenas a fixar e *declarar* a significação das palavras nela empregadas; ou a *estender* e alargar essa significação; ou, pelo contrário, a *restringi-la;* ou ainda, a fazê-las dizer tudo aquilo que lá está, embora não pareça; ou chegar, inclusivamente, a reconhecer que a lei não vigora, assim teremos verificada cada uma daquelas espécies de interpretação acima referidas. Vejamos agora mais de perto em que consiste cada uma destas espécies.

a) A primeira espécie de interpretação, atentos os seus resultados, é a simplesmente *declarativa*. Claro que, de certo modo — diga-se de passagem — tôda a interpretação é declarativa, visto que é sempre feita precisamente para *declarar* o sentido da lei. Não é, contudo, num tal sentido amplo que neste momento se toma aqui a expressão «declarativa». Aqui esta expressão é tomada antes no sentido restrito de designar uma interpretação *só preocupada com a fixação do significado preciso* das palavras empregadas na lei, se elas são indeterminadas ou ambíguas.

Tôda a gente sabe que, por vezes, infelizmente, as palavras da lei são ou indeterminadas ou ambíguas; isto é, não chegam para indicar clara e inéquivocamente aquilo que o legislador quís dizer na sua. Por exemplo: uma lei emprega a palavra «alienar». ¿Que quere isto dizer? ¿Significará esta palavra, como geralmente significa, sòmente a alienação completa, total e absoluta, dum direito, tal como acontece com a propriedade na venda ou na doação duma coisa? Ou, ¿significará também, inclusivamente, a alienação apenas par-

cial, dum direito, como a que resulta do consentimento de certas limitações ao direito de propriedade, tais como as que se dão quando constituimos a favor de outros certos direitos reais? ¿Será também isto alienar?

Claro que, se interpretarmos a palavra «alienar» como significando tudo aquilo que quere dizer «dispor duma coisa», por *tôda e qualquer* forma, inclusivè onerando-a com direitos reais, nesse caso ter-lhe-emos fixado um sentido preciso e teremos feito dela uma *interpretação declarativa lata*. Se, porém, a interpretarmos como significando apenas a alienação total e completa, como aliás vulgarmente se entende, como não abrangendo as formas de alienação parcial, nesse caso ter-lhe-emos fixado também um sentido preciso, mas fazendo uma *interpretação declarativa estrita*.

Nisto se resume a interpretação declarativa. Esta é, portanto, a interpretação que há que fazer sempre que o legislador adopta na lei palavras *indeterminadas* ou *ambíguas* (1) que podem ter vários significados, uns mais amplos e outros mais restritos, ou simplesmente diferentes, fixando-lhe um (2).

---

(1) O exemplo que acima se dá no texto pressupõe a hipótese de a lei empregar palavras indeterminadas (que podem ter um alcance maior ou menor). Mas pode também suceder serem as palavras da lei, não já apenas indeterminadas, mas *âmbíguas*, isto é, poderem significar indiferentemente uma ou outra de duas coisas diferentes. Neste caso, a palavra da lei pode significar várias coisas distintas e torna-se necessário fixar-lhe uma significação precisa, referindo-a a uma dessas coisas. Exemplo: a palavra *ausente* ora significa no Código Civil aquele que não está presente num lugar (caso dos arts. 390.º, 1.116.º, 1.117.º, § único, etc.), ora significa mais tècnicamente aquele que desapareceu do seu domicílio sem que dêle haja notícias. Pois bem: a interpretação que se fizer a respeito duma lei em que esta palavra apareça, no sentido de lhe fixar um sentido preciso, para, de âmbígua, a tornar inequívoca, é também uma interpretação *declarativa*.

(2) Deve notar-se que tôdas as leis, e não só as comuns como mesmo as excepcionais (e destas não só as de direito excepcional ou anómalo, como até as que se afastam de qualquer tipo comum) são susceptíveis de ambas

b) Um outro resultado a que pode porventura chegar o intérprete é o da chamada *interpretação extensiva*.

Com efeito, pode dar-se também o caso de as palavras da lei não serem indeterminadas nem equívocas, mas determinadas e inequívocas, e contudo não corresponderem perfeitamente ao pensamento da lei. Isto é: pode acontecer que as palavras de que o legislador se serviu tenham atraiçoado o seu pensamento, levando-o a dizer *menos* do que aquilo que êle de facto queria dizer. *Minus dixit quam voluit;* ou, segundo o rifão popular: o legislador «quís dizer amor e não lhe chegou a língua». Suponhamos que o intérprete, fazendo a sua interpretação lógica da lei, chegou já a êste resultado. ¿Que vai êle fazer? Ora, quando isto se dá, para respeitar a vontade da lei, é necessário então suprir a deficiência das palavras empregadas pelo legislador até ao ponto de fazer compreender nelas aquilo que êle queria dizer mas que, de facto, não chegou a dizer. Então diz-se que se faz *interpretação extensiva*, porque se estendem as palavras da lei até as fazer coïncidir com o seu espírito.

Certamente, é impossível determinar duma maneira geral e ao mesmo tempo precisa, quando há o direito para o intérprete de interpretar dêste modo uma lei. Isso dependerá sempre em cada caso, em última análise, como é evidente, do resultado a que se tiver chegado já anteriormente na sua interpretação, feita com a ajuda dos elementos e meios que já vimos. Em todo o caso, sempre pode dizer-se que essa interpretação pode e deve ser feita tôdas as vezes que, tendo-se averiguado qual a *ratio legis* duma lei, o princípio superior e geral de direito que a inspira, resultaria *absurdo* ou *injusto* não estender a sua aplicação a um caso que, embora não abrangido na letra, contudo está manifestamente abrangido no espírito da lei. Nem é, com efeito, outra coisa

---

as espécies de interpretação declarativa, tanto estrita, como lata. Mais abaixo, a-propósito da interpretação extensiva, se explicará a razão disto.

o que se quere dizer na célebre sentença latina: «*ubi eadem est ratio legis eadem est ejus dispositio*» (1).

Estas considerações àcêrca do alcance e do valor da *interpretação extensiva* levar-nos hão, portanto, a poder concluir que, também nesta espécie de interpretação, como na anterior *declarativa*, tôdas as leis civis, absolutamente tôdas, inclusivè as *excepcionais*, são susceptíveis dela, visto o seu intúito ser, não completar ou suprir, mas respeitar inteiramente todo o pensamento e vontade da lei que se deseja interpretar (2).

---

(1) Exemplo: o art. 1.º do Código Civil, onde se diz que só o homem é susceptível de direito e obrigações. Tomado rigorosamente à letra, poderia pensar-se que as pessoas colectivas, porque não são homens, não serão susceptíveis de personalidade, o que certamente não estava no espírito da lei. Mas, como não é isso que está no espírito da lei, o art. 1.º tem de ser interpretado extensivamente, aplicando-se às pessoas colectivas. Outro exemplo: o art. 1.149.º decreta a inalienabilidade dos bens dotais fora dos casos aí especificados. Como, porém, a sua oneração por meio de hipoteca, que aliás não é o mesmo que alienação *stricto sensu*, comprometeria o fim da lei, entende-se, por interpretação extensiva, que o referido artigo abrange também a hipoteca e a proíbe nestes bens, pôsto a sua letra o não declare.

(2) É neste momento que cumpre notar como é falsa uma jurisprudência corrente que, com base no art. 11.º do Código Civil, considera como exceptuadas também desta espécie de interpretação as chamadas leis *excepcionais*. Já atrás nos referimos à mesma doutrina, a-propósito da interpretação *declarativa lata*.

O art. 11.º, com efeito diz: «a lei que faz excepção às regras gerais não pode ser aplicada a nenhuns casos que não estejam especificados na mesma lei».

Mas deve observar-se que isto de aplicar uma lei a *casos não especificados* nela, é uma coisa, e aplicar uma lei a casos não abrangidos na sua letra *mas abrangidos no seu espírito*, é outra muito diferente. Quere dizer: a doutrina do art. 11.º nada tem que vêr com a *interpretação extensiva*, nem *a fortiori*, com a *declarativa lata*. Aplicar a disposição duma lei a casos que, embora não especificados na sua *letra*, contudo *se* acham compreendidos no espírito e vontade da mesma lei, não é o mesmo que aplicá-la a casos diferentes daqueles para que foi legislado, única coisa que se quis proïbir: é apenas, diga-se numa palavra, respeitar escrupulosamente *todo* o pensamento do legislador e *tôda* a vontade da lei. Emfim, o que o art. 11.º quis

c) Na interpretação pode chegar-se ainda a um outro resultado, ou seja, ao de reconhecer, ao invés do anterior, que o legislador disse mais do que queria dizer. A interpretação a fazer neste caso diz-se *restritiva* e é, evidentemente, o contrário da extensiva.

Com efeito, pode também acontecer e às vezes acontece que o legislador tenha dito de mais, quando queria dizer menos. Neste caso, o espírito foi traído pela palavra numa direcção oposta à do primeiro caso. *Potius dixit quam voluit.* E, ¿o que há a fazer num tal caso? Evidentemente, neste caso, os mesmos princípios já expostos autorizarão o intérprete, sempre preocupado com o escrupuloso respeito da vontade da lei, a restringir a sua esfera de aplicação e a repôr mais uma vez as coisas nos seus devidos termos. Neste caso, o intérprete restringirá, encurtará, o significado das palavras empregadas pela lei, ou eliminará delas aquilo que por lapso nelas disse o legislador, quando não queria dizer, colocando aqui também a expressão em harmonia com o pensamento e fazendo-os coincidir.

Também aqui é impossível fixar regras certas ao espírito do intérprete para êle saber prèviamente quando lhe será lícito proceder assim. Tudo dependerá mais uma vez nesta hipótese, do resultado a que tenhamos chegado na investigação da vontade da lei, da *ratio legis*. Se, investigando esta, chegarmos a convencer-nos de que a aplicação da lei interpretanda a certos casos, aliás *especificados* ou *abrangidos* na sua *letra*, conduz a um absurdo ou a uma injustiça, contradizendo o fim que ela teve em vista, a *ratio legis*, ou um princípio superior de direito a que ela se subordina, então não hesitaremos em restringir-lhe o significado, interpre-

---

proïbir foi, não a *interpretação extensiva*, nem muito menos a *declarativa lata*, mas a *extensão da lei por analogia*, ou a interpretação *extensiva analógica*, que da primeira deve rigorosamente distinguir-se, como ainda mais abaixo se verá.

tando-a *restritivamente*. Eis o que se enuncia na sentença: « *cessante ratione legis cessat et lex ipsa* » (1).

Esta espécie de interpretação é, como a *extensiva*, igualmente aplicável a tôdas as leis; tôdas elas são susceptíveis duma interpretação *restritiva* (2).

---

(1) Exemplo: os arts. 51.º e 52.º do Código Civil estabelecem que os empregados públicos que exercem o seu emprego em lugar certo e os militares arregimentados têm, respectivamente, o seu domicílio necessário, ou nesse lugar, ou onde o corpo a que pertencem está de guarnição. Os referidos artigos não distinguem entre as pessoas *maiores* ou emancipadas e os *menores* e, assim, parece, segundo a letra da lei, que êstes últimos também se acham sujeitos a êsse domicílio necessário. ¿Poderão, porém, estas disposições ser interpretadas restritivamente? Creio que sim, porque, a não o fazermos, seríamos conduzidos neste caso a contradizer um princípio superior e geral de direito, ao qual elas se acham subordinadas, e que é êste: os pais são os representantes legais dos seus filhos menores, sôbre quem exercem o pátrio poder, e é em casa deles que os filhos menores não emancipados têm o seu domicílio. Di-lo o art. 47.º expressamente. Ora atendendo a êsse princípio geral superior e ainda ao « *lugar paralelo* » do art. 50.º (elemento sistemático) que só aos maiores se refere, quando determina o domicílio daqueles que servem ou trabalham habitualmente em casa de outrem, parece, pois, que devemos sacrificar a *letra* daquelas disposições ao seu *espírito*, restringindo o alcance da primeira. E assim os arts. 51.º e 52.º não se aplicarão aos menores não emancipados com domicílio necessário em casa de seus pais e representantes.

(2) Cumpre notar que, do mesmo modo, devemos colocar-nos aqui de sobreaviso contra uma outra regra, embora esta não expressa numa disposição legal, como a do art. 11.º do código, mas corrente na jurisprudência, e segundo a qual não se deve distinguir onde a lei não distingue *(ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus)*. Não pode dar-se a esta regra um sentido absoluto e dogmático, como o que muitas vezes se lhe vê atribuído, sob pena de se tornar impossível a interpretação restritiva. Com efeito, *devemos muitas vezes distinguir onde a lei não distingue*; ou melhor, onde a lei, atendendo nós só ao seu texto ou à sua letra, não distinguiu. A regra só é válida quando, dizendo que a lei não distingue, podermos entender que ela não distingue no seu espírito, cuja determinação é a única coisa que importa ao intérprete. Mas a lei pode não distinguir na letra e contudo distinguir no seu espírito.

35. Vejamos agora, finalmente, as duas últimas espécies de interpretação segundo os seus resultados, a que acima se fez referência. Disse-se aí já, com efeito, que, excepcionalmente, a interpretação podia ainda conduzir a resultados por assim dizer mais enérgicos, no sentido de colocarem o intérprete mais acima da lei, ou mesmo abertamente em conflito com a sua letra. Um dêsses resultados produz-se com a chamada *interpretação enunciativa*; o outro, com a chamada *interpretação revogatória* ou « *abrogans* ».

a) Na primeira — a *enunciativa* — o intérprete pretende chegar a extraír das normas e disposições jurídicas, expressas na lei, outras normas que não estão lá expressas, mas que se acham implícita e lògicamente contidas nelas. O intérprete desenvolve, neste caso, o sentido da lei, tirando dela tudo aquilo que aí pode estar lògicamente contido.

Esta espécie de interpretação pode conduzir-nos, por sua vez, aos seguintes resultados, que se exprimem habitualmente nas seguintes regras: 1.ª — a lei que permite o mais (trata-se de leis *permissivas)* também permite o menos (argumento *a majore ad minus)*; 2.ª — a lei que proïbe o menos (trata-se de leis *proïbitivas)* também proïbe o mais (argumento *a minori ad majus)*; 3.ª — a lei que estabelece uma certa disposição para um caso excepcional (trata-se de leis *excepcionais)* também pressupõe, e *ipso facto* quere, uma disposição contrária para os casos não excepcionais ou comuns não previstos nela (argumento chamado *a contrario sensu*, que se funda no princípio: *inclusio unius, exceptio alterius; qui dicit de uno, negat de altero)*.

Como se vê logo, porém, tudo isto é pura lógica. Pode mesmo duvidar-se de que se trate aí de quaisquer espécies ou formas especiais de « interpretação das leis », parecendo tratar-se antes de formas e leis do pensamento abstracto, que se acham na base de todos os juízos e raciocínios humanos. Ora é por demais evidente que, pôsto a interpre-

tação das leis, como deve ser feita pelos jurisconsultos, não possa furtar-se aos *imperativos lógicos* da razão, contudo nem porisso todos êstes podem ser arvorados em outras tantas regras ou princípios específicos dessa mesma interpretação. Uma coisa é, com efeito, a «interpretação das leis», outra coisa é a razão humana teórica e a sua lei imanente que se chama a Lógica e que, certamente, lhe está na base. Porisso nos parece antes que não devemos ver naquelas regras qualquer meio específico para extrair das normas e disposições jurídicas outras que lá não estão expressamente contidas, mas o estão implícitamente, como se diz; porque, verdadeiramente, as novas disposições que neste caso se dizem extraídas das primeiras não são a-final senão *essas mesmas disposições em tôda a extensão das suas conseqüências lógicas*, não nos sendo fácil compreender a que conclusões úteis e criadoras de novas normas jurídicas se poderá chegar por êsse meio, pelo menos com o primeiro e o segundo dos argumentos referidos (1).

Contudo há entre aqueles um que merece mais algumas palavras de esclarecimento. É o chamado argumento *a contrario sensu*. Êste argumento é, com efeito, — notemos — duma aplicação muito delicada e limitada. De facto, em primeiro

(1) Já se tem dito também que um outro argumento de interpretação enunciativa consiste em concluir duma lei, que reconhece um direito, a legitimidade dos «*meios indispensáveis*» para o seu exercício, consoante a doutrina do art. 12.º do Código Civil. Donde se conclúi que, mesmo que a lei não estabeleça êsses meios expressamente, contudo os admite. Não me parece, porém, que com base neste raciocínio se possa chegar a resultado algum na interpretação duma lei. ¿Pode o intérprete perante uma lei que define direitos extrair daí mais alguma coisa além do princípio *vago* do art. 12.º? ¿Poderá extrair daí uma outra lei, contida lògicamente no enunciado da primeira, relativamente a quaisquer *meios determinados* para o seu exercício? Se não pode, é evidente que o argumento é inteiramente inútil para a interpretação das leis. Não é, de resto, fácil determinar o que são «meios indispensáveis» e nem todos os meios, mesmo indispensáveis, são lícitos para conseguir um fim mesmo jurídico.

lugar, êle só pode aplicar-se às disposições e leis de carácter nìtidamente *excepcional*, as únicas insusceptíveis de interpretação analógica, coisa que nunca deve esquecer-se (1). Só da excepção pode inferir-se a regra geral, mas não da regra geral a excepção. O argumento consiste, pois, em extrair duma norma ou disposição expressa, mas de índole *excepcional*, uma norma ou disposição contrária relativamente a casos não previstos nem na sua letra, nem no seu espírito. Mas ainda isto não é tudo; em segundo lugar, não basta também que se trate de normas ou disposições excepcionais num sentido vulgar, porque estas podem ainda ser, como já vimos, interpretadas extensivamente; é preciso que se trate também duma disposição que seja insusceptível, tanto de extensão analógica, como de interpretação extensiva, ao caso que se quere regular. Ora isto mostra-nos a delicadeza do argumento. Com efeito, só então poderá o intérprete estar seguro, ao formular a regra geral oposta, de que a está formulando para casos que não foram previstos, nem na letra, *nem no espírito* da disposição interpretada. Se a disposição podesse ser interpretada extensivamente ou estendida por analogia a êsses casos, o intérprete nunca poderia estar seguro de não atraiçoar a vontade e a intenção da lei, ao pretender estabelecer aquilo que julga ficar fora dela, mas que poderia não estar.

Numa palavra: o argumento *a contrario* só pode, pois, aplicar-se à interpretação de leis nìtidamente excepcionais, para delas extraírmos normas opostas, mas respeitantes só a casos que não estão de modo algum abrangidos, nem na letra, nem no espírito, da disposição excepcional interpretada e em que o legislador nem sequer pensou (2).

(1) Ver *supra*, pág. 158; as leis excepcionais são susceptíveis de interpretação extensiva; só o não são de interpretação extensiva por analogia.

(2) O que fica dito no texto mostra a extraordinária delicadeza do emprêgo dêste argumento, delicadeza que a-final provém da dificuldade que há em se saber quando é que estamos diante duma disposição *absolutamente excepcional* e insusceptível, não só de aplicação por analogia (como

b) Se pela interpretação enunciativa o intérprete, como acabamos de ver, chega a ultrapassar a lei, tirando dela outras leis, ou certas conclusões que a excedem, pela interpretação revogatória — *interpretatio abrogans* — chega pelo mesmo caminho, a lógica, a negar-lhe qualquer sentido, acabando por concluir que ela não existe, que não é senão uma aparência de lei. Isto pode parecer à primeira vista muito extraordinário, dando a impressão de que o intérprete das leis pode, inclusivamente, revogá-las. Claro está que não. O intérprete não pode revogar, nem revoga, neste caso, lei alguma. Êle não faz mais do que, obedecendo sempre aos

---

é a regra para elas, segundo o art. 11.º), como de interpretação extensiva *aos casos que dela se querem exceptuar*. Um exemplo: o art. 1.191.º do Código Civil declara que: «não é lícito ao marido alienar bens *imobiliários* sem outorga da mulher» e é sabido que isto se entende de todos os bens imobiliários do casal, inclusivè dos próprios do marido. ¿Poderá extrair-se dêste artigo alguma outra disposição pelo argumento *a contrario?* Creio que sim, se a disposição fôr absolutamente excepcional, insusceptível de aplicação por analogia, e além disso, de interpretação extensiva ao regime dos *mobiliários*. Ora êle é, de facto, absolutamente excepcional neste duplo sentido. Primeiro: porque essa é a sua índole em face do princípio geral que permite a todos disporem dos seus bens; segundo: porque, falando-se aí de *imobiliários*, no espírito da disposição não podem estar abrangidos os *mobiliários*. Logo, poderemos aplicar-lhe o argumento, e, se o fizermos, a nova disposição que dele extraímos virá a ser esta: que o marido poderá, pois, alienar todos os bens *mobiliários*, qualquer que seja o seu valor, sem dependência da outorga da mulher. Isto, porque o facto de alienar bens *mobiliários*, conquanto possa produzir as mesmas conseqüências económicas que o facto de alienar os *imobiliários*, contudo é um facto diferente e que não pode achar-se abrangido, nem na letra, nem no espírito do art. 1191.º.

Claro é, porém, que êste exemplo é apenas esquemático e artificial, pois, verdadeiramente, a disposição de que o marido pode livremente alienar os bens *mobiliários* sem outorga de mulher, nem mesmo assim é *nova*, neste caso, em face do nosso direito. Isto é: não seria necessário inferi-la pelo argumento *a contrario sensu* aplicado à interpretação do art. 1191.º, visto estar já expressamente declarada no art. 1118.º. Mas, quando não estivesse aí declarada, inferir-se ia então *a contrario* do primeiro artigo. Era só isto que se pretendia pôr em evidência.

mesmos imperativos lógicos, chegar à conclusão de que uma certa disposição, que parece estar em vigor, de facto não está, devendo considerar-se revogada pelo próprio legislador.

A interpretação revogatória não é mais, pode dizer-se, do que uma interpretação restritiva, levada até às suas últimas conseqüências. Assim como, quando as palavras da lei dizem mais do que o seu espírito, se torna lícito restringi-las, assim também, quando as palavras da lei por completo repugnam ao seu espírito, se torna lícito suprimi-las a tôdas e dar a lei como produto dum equívoco do legislador e, portanto, como inexistente. Isto equivale ainda a concluir que o legislador, não só disse mais do que queria, mas que disse, inclusivamente, e em tôda a linha, aquilo que não queria dizer, como se se tivesse enganado.

Ora, quando entre uma certa disposição de lei, que estamos interpretando, e uma outra, ou entre ela e um princípio superior de direito, embora não expresso, se notar uma contradição lógica impossível de remover, poderá então chegar-se a um resultado dêstes, considerando revogada a lei. Se a contradição se deixa notar entre duas disposições ou preceitos de igual importância, os dois devem considerar-se revogados, ou melhor, inexistentes. Se a contradição se manifesta entre uma disposição secundária ou acessória e outra principal, à qual a primeira se acha referida, então é evidente que será a acessória que deverá ter-se como inexistente, mantendo-se a principal.

Como dizíamos mais acima, vê-se pois, em conclusão, que tôdas estas regras e argumentos da chamada interpretação *enunciativa*, não são mais, a-final, rigorosamente, do que as diversas manifestações duma subtil dialética de argumentação que se identifica, em suma, com as próprias exigências e os imperativos da pura lógica abstracta. Como tais, elas não são verdadeiramente «regras técnicas» duma *específica* interpretação, como a declarativa, a extensiva, ou a restritiva, tendo em vista surpreender a vontade da lei ou *mens legis;* são antes o imperativo e a própria lei lógica do espírito do intérprete

em actividade, partindo do princípio de que o legislador obedeceu à mesma lógica, quís ser lógico, e que, onde êle não o foi, é preciso corrigi-lo e suprir os seus desfalecimentos. Nisto reside justamente o ponto fraco e o perigo no emprego dêstes argumentos, como sobretudo se revelam no argumento *a contrario sensu* e na *interpretatio abrogans*. Resta-nos agora tratar duma outra parte desta matéria de interpretação em sentido lato, que se chama o problema da «integração das lacunas da lei».

36. III) Até êste momento só apreciamos as duas primeiras condições a que é indispensável atender, para fazer a aplicação do direito: a verificação da existência e validade da lei, e a verificação exacta do seu sentido na interpretação pròpriamente dita. Como, porém, dissemos, há ainda uma terceira condição para êsse fim. Esta corresponde à hipótese de não haver lei expressa, directamente aplicável ao caso a julgar. Nesta hipótese, verificado que não há lei, ou que o caso é *omisso*, não previsto na lei, que estamos perante uma *lacuna* da legislação, ¿como resolver? Ora é então que se torna necessário fazer aquilo a que se chama técnicamente a «*integração das lacunas*» da lei. E é precisamente esta a terceira condição ou elemento a que o juiz deve atender, para saber, muitas vezes, como aplicar o direito.

Como também já ficou dito, a actividade intelectual desenvolvida pelo jurisconsulto para realizar êste fim, é ainda uma forma de interpretação, porém só em sentido lato, porque o que se trata agora de interpretar, não é já uma lei determinada, mas todo um sistema jurídico e legislativo do qual se pretende extraír um princípio aplicável ao caso omisso. Com efeito, o juiz não pode, com o fundamento de não haver lei aplicável, denegar justiça (1). Até aqui, nas hipóteses ventiladas, havia um texto legal, embora ambíguo ou indeterminado, que era preciso interpretar. Agora, não há sequer texto legal directamente aplicável; há uma *lacuna*, que é preciso preencher, integrar (1). ¿Como?

(1) Cfr. art. 97.º do Código de Processo Civil.

37. É ainda o art. 16.º do Código Civil que nos ensina a resolver esta dificuldade. Na verdade, como já é sabido, êste artigo remete o juiz — no caso de as questões sobre direitos e obrigações não poderem ser resolvidas, nem pelo *texto* da lei, nem pelo seu *espírito* — para os «*casos análogos previstos em outras leis*», ou até, na falta dêstes, para os já referidos «*princípios de direito natural*». No fundo, parte-se do princípio de que o sistema legislativo dum povo constitúi um organismo, dominado por certos princípios superiores, dotado duma fôrça lógica interna, susceptível de desenvolvimentos e adaptações, por forma que se supõe ser possível extraír dêle sempre disposições aplicáveis a todos os casos omissos. Êstes princípios acham-se compreendidos no espírito, senão duma lei, pelo menos de todo um sistema jurídico. É uma questão de procurar os «*casos análogos*», ou,

(1) Há quem sustente, partindo do princípio de que o sistema jurídico duma legislação representa um organismo lógico constituído não só pelos seus princípios expressos, mas ainda pelos que se acham latentes no seu espírito, que rigorosamente nunca há *lacunas* numa legislação. Se por *lacunas* se entendem vazios não preenchíveis, para os quais é impossível achar disposição aplicável, claro é que nêste sentido não pode haver lacunas. É assim que o nosso legislador, estabelecendo que o juiz não pode denegar justiça, com o pretexto de que não tem lei aplicável, e pelo contrário impondo-lhe sempre o dever de julgar, implicitamente reconhece também que não há lacunas.

Contudo, por *lacuna* pode também entender-se, simplesmente, a *falta de disposição legal* para regular especialmente determinados casos ou situações jurídicas que a lei não previu. Ora nêste sentido, só querendo fechar os olhos à realidade é que poderá dizer-se que não há lacunas. Claro que as há e não pode deixar de haver, e tanto o legislador o reconhece também, que êle é o primeiro a indicar ao juiz o critério para as preencher. O que o legislador não admite é que elas sejam impreenchíveis.

se os não há, de sondar e auscultar os «*princípios gerais*», para deles, por meio de deduções, extrair, o critério da aplicação do direito. No sistema legislativo entende-se que deve haver sempre remédio para tudo (1).

Quanto aos «casos análogos», ou «*analogia*», para os quais em primeiro lugar a lei remete nesta parte, consiste o respectivo critério em argumentar, para a solução a dar ao caso omisso, com a semelhança que se dá entre êsse caso e um outro contemplado e regulado no sistema legislativo. Ou, por outras palavras: consiste êsse critério em *estender* as disposições duma lei sôbre um certo caso a um outro caso não contemplado nela, nem na sua *letra*, nem no seu *espírito*, em virtude da semelhança ou analogia que êste apresenta com o primeiro ou com as relações jurídicas reguladas nessa lei. Ora é a esta forma de *extensão* que se dá o nome de «*extensão analógica*» e esta funda-se a-final, como logo se vê, num raciocínio idêntico àquele sôbre que se funda a *interpretação extensiva*, de que já acima nos ocupamos. É, digamos, um seu prolongamento levado até às suas últimas conseqüências e ainda para além do *espírito* das leis, sôbre uma base de pura lógica. A diferença que existe entre as duas formas de extensão de raciocínios — entre a *interpretação extensiva* pròpriamente dita e a *extensão analógica* — consiste em que, na primeira, estendem-se as palavras da lei até as fazer coïncidir com o seu «espírito», como vimos; ao passo que na segunda se estende ou amplia o próprio *espírito* duma lei, com fundamento na analogia, até lá meter dentro o caso omisso (2).

(1) Art. 16.º. «Se as questões sôbre direitos e obrigações não puderem ser resolvidas, nem pelo *texto* da lei, nem pelo seu *espírito*, nem pelos *casos análogos* prevenidos em outras leis, serão decididas pelos *princípios de direito natural*, conforme as circunstâncias do caso».

(2) Exemplo: os arts. 91.º e 94.º do Código Civil regulam a administração dos bens do ausente casado com filhos, quando pelo facto dessa ausência há que tomar providências a respeito dos seus bens. Por outro lado, os arts. 55.º e segs., relativos à ausência, prevêem apenas o caso típico

¿Qual o fundamento da legitimidade dêste processo de integrar as lacunas da lei e dêste chamado argumento por analogia?

Já se tem dito que êsse fundamento está numa presunção da vontade do legislador, isto é, na suposição de que, se o legislador tivesse presente o caso omisso e se dispuzesse a regulá-lo, o faria naturalmente em harmonia com a regulamentação por êle dada aos outros casos idênticos ou semelhantes que teve em vista. Simplesmente, esta fundamentação tem, para nós, no modo como é formulada, o defeito de ligar demasiada importância à vontade do legislador, como base da *ratio legis* e objecto directo da interpretação das leis, e porisso nós, que já atraz fizemos a crítica dessa doutrina, não nos podemos satisfazer com ela. Numa palavra: julgo que o fundamento da *extensão analógica* deve antes buscar-se na própria lógica interna do sistema jurídico, que exige que casos semelhantes sejam tratados e regulados de modo semelhante e que a vontade da própria lei, expandindo-se, tenderia a sujeitar às suas disposições os casos análogos, se os tivesse prevenido.

Para que se possa lançar mão dêste processo de integração das lacunas da lei, é portanto preciso atender minuciosamente à verificação de certas condições lògicamente indis-

de o ausente ser solteiro, ou viúvo, e não ter filhos. Não prevê, porém, o código o caso de o ausente ser solteiro, viúvo ou divorciado e *de ter filhos* (tanto mais que o código, como se sabe, não admitia o divórcio). ¿Como regulamentar, pois, êste último caso? Evidentemente, não havendo lei expressa para êle, é legítima a *extensão por analogia* a essa regulamentação das disposições relativas ao caso análogo de o ausente ser casado com filhos. É manifesta a analogia entre os dois casos e, mais do que isso, é manifesto que o *elemento de facto* essencial, que levou o legislador a decretar as medidas especiais para o caso do ausente casado com filhos, é o mesmo que serve aqui de base a esta analogia: o facto de haver filhos. Logo, aplicar-se hão essas disposições a êsse caso, embora êle não esteja abrangido nem na letra, nem no espírito delas, mas sim apenas no espírito da própria lógica interna do sistema jurídico dêste instituto da ausência.

pensáveis, para que o argumento da analogia não redunde em arbítrio. Enumeremo-las. Primeiro que tudo, é indispensável que para o caso ou relação jurídica a decidir não haja lei expressa. É indispensável, em segundo lugar, que entre o caso ou relação jurídica não previstos pela lei e os casos ou relações prevenidos em outras leis, exista uma semelhança ou analogia. E é indispensável, finalmente, que essa semelhança ou analogia não sejam uma semelhança ou analogia quaisquer, de superfície, ou relativas a elementos secundários, mas que sejam profundas, isto é, que incidam sôbre um *elemento essencial de facto*, o mais objectivo possível, e que não pode deixar de ser aquele elemento de facto que precisamente foi tido em consideração pelo legislador dum modo decisivo para dar ao caso análogo que regulou a regulamentação que lhe deu.

Nisto se resume a «analogia» como meio de integração das *lacunas* da lei e processo de raciocínio lógico, e nisto se revela também o que êle tem de delicado e de subtil, exigindo do jurisconsulto as maiores qualidades de prudência e de pensamento disciplinado, se não quiser cair no arbítrio e no desrespeito da lei (1).

(1) Há duas espécies de «analogia», que é conveniente distinguir. Há a chamada *analogia da lei* e a chamada *analogia de direito*. Na primeira, aplica-se a um caso novo e não prevenido nas leis a doutrina duma certa lei existente, relativa a casos e relações jurídicas vizinhas, pertencentes ao mesmo grupo de relações a que pertence o caso omisso, formando com êle o mesmo instituto. Na segunda, aplica-se ao caso novo e não prevenido nas leis a doutrina, não duma certa lei próxima, mas dum conjunto de leis mais afastadas e relativas a outro grupo de relações jurídicas, formando um outro instituto, com fundamento na analogia entre êste, tomado em bloco, e o instituto a que pertence o caso omisso. Na primeira hipótese, o instituto a que pertence o caso omisso já está regulado pela lei; só o caso em questão é que não está. Na segunda, nem mesmo o instituto, ou grupo de relações a que pertence o caso, estão regulados e então aplica-se por analogia o *direito* regulador de todo um instituto, em bloco, ao instituto não disciplinado, aceitando-lhe todas as conseqüências.

Com isto ainda não está tudo dito. Não basta também o recurso à «analogia» para levar a cabo a integração das lacunas da lei. Não só, com efeito, há leis que são insusceptíveis de aplicação por analogia a outros casos além dos especificados nelas, como acontece com as *leis excepcionais* (1), como pode ainda, por último, dar-se a hipótese de absolutamente não haver sequer lei alguma, já excepcional, já comum, que preveja quaisquer casos análogos àquele que se quere decidir. Ora é nesta última hipótese que, segundo também o art. 16.º, o intérprete deverá então recorrer aos chamados «*princípios de direito natural, segundo as circunstâncias do caso*», dos quais também já mais do que uma vez temos falado.

Já atrás vimos o que deve entender-se por «princípios de direito natural» (2). Êstes são os *princípios gerais de direito* que dominam as normas relativas a tôda uma instituïção, ou ao conjunto de tôdas as instituïções, e que inspiram o seu sistema jurídico. São os princípios fundamentais latentes no sistema duma legislação positiva, que, embora não se achem formulados em parte alguma, todavia constituem a base e o pressuposto lógico e ético necessário das várias normas, disposições e institutos jurídicos. Êsses princípios, latentes no fundo de todas as legislações, constituem um sistema, um todo orgânico de idéas, que se completam nas suas relações recíprocas, ligadas por um fio de lógica necessidade e susceptível de se desenrolar numa série de confrontos e dedu-

(1) Vide art. 11.º do Código Civil. «A lei que faz excepção às regras gerais, não pode ser aplicada a nenhuns casos que não estejam especificados na mesma lei». Como se disse acima (pág. 58, nota), esta disposição não é de aplicar a *interpretação declarativa lata*, nem à *interpretação extensiva*, mas sim, justamente, à extensão analógica. Só os casos análogos àqueles de que a lei excepcional trata, se acham fora dela, da sua letra e do seu espírito; só êsses, apesar de análogos, é que deixam de estar nela especificados. Quanto, porém, a todos os outros que poderão não estar especificados na letra da lei, mas que certamente estão abrangidos no seu espírito, a êsses pode a lei estender-se na interpretação.

(2) Vide *supra*, pág. 24, nota, e 41.

ções. Dentro dum tal sistema, há certos princípios de conteúdo *ético* (direito natural pròpriamente dito) que se acham definitivamente incorporados na ordem e na consciência jurídica dum povo, dominando-as no seu conjunto, e há outros puramente lógicos e construtivos que representam como que as «idéas-tipos» dos diferentes institutos a que presidem. Entre todos eles existe uma gerarquia, desde os mais gerais até aos menos gerais, descendo, ou vice-versa, subindo, desde os mais concretos até aos mais abstractos de todos.

Achado um princípio geral e conhecidas várias das suas aplicações superiores, é sempre possível prosseguir na investigação das suas conseqüências por meio dum processo dedutivo, de têrmo em têrmo, até à regulamentação do caso para o qual se pretende achar a solução jurídica racional na falta de lei expressa. Ora essa é precisamente a norma a que está também sujeita a actividade intelectual do intérprete, quando êle é chamado, na falta de todos os restantes recursos, a fazer a integração das lacunas da lei. Já vimos até que, neste sentido, supondo o sistema legislativo uma unidade lógica perfeita, há mesmo quem não admita rigorosamente a existência de *lacunas* poderá haver lacunas na letra das leis; não as haverá, porém, diz-se, no espírito delas, quando consideradas no seu conjunto como formando um sistema lógico e orgânico. Mas o que é certo é que, quer haja, quer não haja, rigorosamente, *lacunas* (é uma questão de ponto de vista e do conceito de que se parta àcêrca delas) (1), do que se não pode duvidar, porém, é da identidade fundamental que existe entre o processo dialético do intérprete do direito, quando recorre aos «*princípios do direito natural*», e o que êle adopta quando faz a pura e simples «*analogia*». Tanto num caso como no outro, êle procura elevar-se à verificação de princípios comuns e superiores de doutrina para tirar dêles deduções que lhe possam aproveitar na solução de casos não expressamente

(1) *Supra*, pág. 167.

regulados. A única diferença está em que, ao passo que, na pura «*analogia*», êsses princípios superiores a que êle recorre são os que se acham imediata e implicitamente contidos nos «casos análogos» (quem faz analogia, evidentemente busca sempre uma idéa ou elemento comum que aproxima ou iguala as coisas que se comparam), na aplicação dos «*princípios de direito natural*», porém, êsses princípios superiores a que êle recorre são os que se acham indirecta e remotamente contidos no espírito de todo o sistema jurídico dum país, num plano mais elevado, considerado no seu todo lógico e na sua unidade sistemática. Por outras palavras: analogia há, pois, sempre, tanto num caso como no outro; em ambos o processo dialético de raciocínio e argumentação é idêntico: o dedutivo; a única diferença consiste em que, emquanto que, no primeiro caso, a analogia é imediata (entre casos) e a dedução simples e fácil, no segundo essa analogia é mais remota e difícil (entre princípios abstractos) e a dedução mais complexa, mais rica de têrmos, e sobretudo mais delicada.

Ora é a êste critério, para o qual o juiz é remetido na falta de lei expressa, ao dever aplicar os ditos «*princípios de direito natural*», que se costuma também dar o nome de *direito subsidiário*. Êste não é assim mais, entre nós, portanto, do que aquele complexo ou sistema de princípios jurídicos, a que por lei o juiz é obrigado a recorrer, *subsidiàriamente*, para se ajudar na aplicação do direito, na falta de lei expressa. E assim se vê, pois, por último, que são dois, como diziamos, segundo o nosso código, no art. 16.º, os processos ou meios para fazer a integração das lacunas da lei: é o primeiro a «*analogia*», o segundo é o «*direito subsidiário*» (1).

(1) A expressão direito subsidiário designa muitas vezes um outro sistema jurídico *positivo* ou uma *outra legislação* suplementar, que o legislador manda aplicar, no caso de não haver lei expressa no sistema dêle. Era assim que, por exemplo, antes do código, êsse *direito subsidiário* era entre nós o *direito romano*, embora sujeito a certos critérios limitadores da sua aplica-

38. Os métodos e processos de fazer a interpretação e a integração das lacunas da lei, de que até aqui nos temos ocupado, são os *tradicionais* e *legais*. A lógica, a tradição romanista e a lei positiva constituem simultâneamente a sua base e nenhum juiz português, ao aplicar hoje o direito, pode afastar-se, *de jure constituto*, dos critérios que acabamos de expôr. Êstes constituem, por si só, uma construção de grande rigor lógico, que se destina a evitar quanto possível todo o arbítrio na aplicação do direito.

Todavia nesse seu carácter excessivamente lógico-formal e, pode dizer-se, «*escolástico*», fazendo recordar os post-glosadores com os seus «princípios», «regras», «distinções», «confrontos», «deduções» e «conclusões», neste seu carácter é que justamente reside — repetimos — a razão de queixa que contra tais métodos e processos é também hoje apresentada por alguns espíritos irrequietos, muito modernos, e sobretudo dominados pela «vertigem das velocidades», como nota Coviello (1).

Segundo êsses espíritos umas vezes sensatamente críticos, e outras hiper-críticos, êste complicado mecanismo

ção, pela célebre lei de 18 de Agosto de 1769, chamada a *lei da Boa Razão*. Outras legislações mandam aplicar subsidiáriamente o costume ou *direito consuetudinário*. Entre nós, portanto, quando se fala hoje em direito subsidiário, não se entende já um *sistema jurídico positivo*, ou um outro direito positivo extranho, ao lado do sistema legislativo português, mas sim um complexo de *princípios* e de *critérios*. Não há, pois, rigorosamente, já um «direito» positivo subsidiário ou subsidiáriamente aplicável. O que há, é critérios e princípios lógicos a que subsidiáriamente se deverá recorrer, quando o texto da lei não preveja expressamente um certo caso. E não se esqueça ainda, por último, que êsses mesmos princípios e critérios lógicos, ao serem aplicados, o deverão *ser «conforme as circunstâncias do caso»*, ou a *eqüidade*, entendida esta, nos têrmos que já vimos (pág. 24 e seg.). A *eqüidade* é, pois, ainda também um último critério, embora subordinado, para fazer a integração das lacunas da lei.

(1) Coviello, *ob. cit.*, pág. 88 e *seg.*

da interpretação lógica *(lato sensu)*, com as suas regras tão apertadas e os seus compassos de espera muito bem cadenciados (primeiro, a *letra* da lei, depois o *espírito*, depois os *casos análogos*, depois os *princípios*; primeiro a *ratio legis* e a *occasio legis*, depois o *elemento sistemático*, depois o *histórico*; e mais o *contexto* e mais os *lugares paralelos*, e mais as *fontes* e a *história da lei* e os *trabalhos preparatórios*, etc., etc.) lembra — dizem eles — a *diligência* e a *mala-posta* na figura deselegante que ambas fazem hoje ao lado do automóvel moderno. Diz-se que a vida moderna, inclusivé a do direito, reclama maior aceleração de movimentos, mais rapidez. Para isso torna-se necessário que o intérprete das leis (visto que estas já por si não podem acompanhar hoje, no seu movimento de reprodução, como o dos infusórios, o ritmo acelerado da vida moderna) assuma emfim maior liberdade, sem as limitações escolásticas que os métodos tradicionais de interpretação lhe pretendem impôr. Só assim, diz-se, se poderá colocar o direito em harmonia com as exigências da vida, que se estão renovando hoje, não só já de dia para dia, como de hora para hora. Ora — notam ainda êstes modernistas — o *método lógico tradicional* da interpretação e integração das lacunas da lei, assenta em dois grandes êrros, que lhe não permitem obtemperar àquelas necessidades; e êsses êrros são: o primeiro, o culto *fetichista* da lei, o segundo a *mania da lógica* ou o *logicismo*.

Entende-se aqui por culto *fetichista* da lei a crença tão própria do «Estado moderno», a que já tenho aludido, de que a lei é e deve ser, no nosso mundo jurídico de hoje, a única fonte de direito da qual tudo há a esperar; a ponto de, mesmo quando ela não diga tudo, se pretender ainda extraír dela tudo que é preciso, já atribuindo-lhe uma *vontade própria* (1), já aplicando-a por analogia, já auscultando nela a revelação superior dos chamados princípios gerais! Isto é: tudo gira em tôrno da lei, como dum sol criador, no desenvolvimento da vida do direito moderno. E entende-se aqui por mania da lógica, ou *logicismo* (o segundo êrro) esta tendência

super-intelectualista da jurisprudência do «*homo sapiens*», que o conduz a dar o valor de verdadeiras normas jurídicas obrigatórias a puras construções do pensamento abstracto, de que se pretende fazer a base disciplinadora de sistemas inteiros de relações jurídicas, pretendendo, na falta de lei, disciplinã-las, por assim dizer, a golpes de juízos e raciocínios dedutivos, como se a vida fôsse ela mesma um raciocínio e nada mais. Ora é, pois, por virtude desta crítica, na qual entra, como se vê logo, uma pronunciada tendência filosófica de «*irracionalismo*», que os espíritos de que falavamos se insurgem contra o método lógico tradicional e propõem a sua substituïção por outros também destinados a interpretar, integrar e aplicar emfim o direito. ¿Que métodos novos são êsses? São os chamados: *método do direito livre, método positivo* e *método histórico-evolutivo*.

O mais radical de todos, constituindo aqui a extrema esquerda dêste movimento, é o «*método do direito livre*». Segundo êste método, preconisado por um Bülow (1), um Kohler (2), um Gény (3), por exemplo: só o juiz, o órgão que aplica o direito, é que pode ter uma verdadeira competência para conhecer e registrar dia a dia tôdas as novas necessidades e exigências da vida social e para, portanto, saber adaptar a elas o direito positivo, transformando-o progressivamente em função dessas mesmas necessidades e exigências. A lei é apenas um *plano* da «ordem jurídica» que só deve ser realizada pelo juiz. Esta doutrina conhece ainda duas correntes, das quais uma é naturalmente mais avançada

(1) Bülow, *Gesetz und Richteramt* (1885).

(2) Kohler, *Über die Interpretation der Gesetze* (1896) e *Die schöpferische Kraft der Jurisprudenz* (in *Iherings Jahb*, 25, 270 e seg.), citados por Ferrara.

(3) Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (1899). Ver sôbre os têrmos em que esta crítica é feita ao método tradicional, a excelente exposição de Ferrara, no seu *Trattato*, vol. I, pág. 232 e seg.

do que a outra. Nunca um espírito avançado está livre de que um outro mais avançado lhe possa chamar reaccionário. A corrente menos avançada só pretende conferir ao juiz êsse poder criador de direito, no caso de haver *lacunas* na lei, substituindo então o critério da «analogia» e dos «princípios do direito natural» pelo arbítrio do julgador. A outra corrente mais avançada vai mais longe e não hesita, inclusivamente, em dar ao juiz êsse mesmo poder, ainda quando não haja *lacunas*, isto é, na simples interpretação de tôdas as leis, colocando-o pura e simplesmente acima da lei. O juiz deve decidir segundo o seu arbítrio; as sentenças não têm que ser fundamentadas; o direito deve ser livre em tôda a linha (1). Assim é que os partidários dêste método, na sua concepção «voluntarista» do direito, são também levados, como não podiam deixar de o ser, a olhar cheios de admiração para o velho direito romano *pretório*, e a ver no *jus honorarium* dos «editos» a mais alta e nobre realização histórica do *método do direito livre* na sua obra de interpretação e rectificação do antigo *jus civile* das XII Tábuas (2).

¿Que devemos, porém, nós pensar destas idéas?

Creio que devemos pensar que elas não são mais do que um injustificável exagêro, pelo menos na sua corrente mais avançada, dum certo fundo aliás justo de muitas aspirações e reivindicações da vida do direito moderno.

Se, por alguns momentos, olharmos para a vida do direito, não já como simples juristas, mas um pouco como sociólogos e filósofos, não poderemos furtar-nos a reconhecer que o «Estado moderno» e o seu direito legislado representam, com efeito, uma monstruosa hipertrofiação da razão lógica. Certamente, nele levou-se longe de mais o culto da lei, como *única* fonte de direito, e asfixiou-se e

(1) Kantorowicz, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (1906).

(2) Sôbre o Edito do Pretor, ver os meus *Elementos de Hist. do Direito Romano*, I, pág. 145 e seg.

está-se asfixiando em grande escala a espontaneidade criadora da vida social nas suas formas jurídicas, pretendendo encerrar violentamente tôda a riqueza dessas formas em movimento dentro dum sistema todo lógico e preconcebido de idéas, como se fôsse a vida que existe para estas e para as fórmulas, em vez de serem as idéas e as fórmulas que existem para a vida. De resto, a vida moderna, note-se ainda, transborda neste momento por tal forma para fora de todos os quadros e sistemas jurídicos provenientes do passado, que quási seria ridículo pensar que o legislador, por mais competente e inteligente que fôsse, poderia hoje acompanhar êsse movimento, fazendo todos os dias as leis mais sábias, sem estar constantemente a contradizer-se, a corrigir-se e a desprestigiar assim, incessantemente, essa moderna *infalibilidade* do Estado democrático no campo da legislação. Que daí provêm justamente, na sua maior parte, a instabilidade legislativa, a pouca firmeza e a permanente tortura dos legisladores modernos na sua ânsia de reformas, que tornam hoje tão difícil, dentro do critério rígido do *método tradicional* de interpretação, a aplicação do direito, não há negá-lo.

A justiça destas observações, com as quais dificilmente se poderá deixar de concordar, levam-nos, portanto, também a pensar que, para corrigir êstes inconvenientes, é que hoje seria sem dúvida para desejar, *de jure constituendo*, um pouco mais de condescendência para «com outras fontes de direito mais próximas da vida e mais moldadas sôbre ela, mas que a lei desterrou, como são o *costume* e a *jurisprudência*, no que toca ao desenvolvimento do direito na matéria do preenchimento das suas *lacunas*. Um direito consuetudinário mais respeitado na sua função integradora das lacunas da legislação escrita e uma jurisprudência um pouco mais liberta do respeito cego da lei e do seu sistema lógico de interpretação, na regulamentação dos casos omissos, isso somado a um mais largo uso legítimo dos juízos de eqüidade, que o nosso código tão avaramente permite, cremos que seria o remédio mais adequado aos inconvenientes a que acima aludimos e que constituem, importa reconhecê-lo, a justificada origem do que há de fundamental nas reivindicações dos modernistas do «direito livre». Nesta parte fundamental de tais reivindicações é que reside, pois, o seu quanto de justiça, a que devemos prestar homenagem. E sobretudo cremos também que a jurisprudência deveria, sem dúvida, voltar a assumir uma actividade jurídica mais importante e que podesse equivaler, um pouco, àquela que no direito romano pertenceu outròra aos pretores com o fim de desenvolver, de suprir e de corrigir o direito escrito (1). É esta, com efeito, também a nossa opinião.

(1) Dig. I, 1, 7, 1: «jus praetorium est quod praetores introduxerunt *adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi* juris civilis gratia propter utilitatem publicam». De resto, não deixemos de notar também aqui que nêste ponto era muito maior a liberdade dos juizes, no seu trabalho de interpretação e integração das lacunas do direito, no antigo regime, do que o é hoje no «Estado moderno». A *lei da Boa Razão*, do reinado de D. José, revogada pelo Código Civil, conservando ao direito romano o seu lugar tradicional de direito subsidiário, embora limitando-lhe a aplicação com o critério da *recta ratio*, de facto sempre vinha a dar aos juizes uma liberdade muito maior, pois fazia dêles os verdadeiros árbitros do que fôssem as exigências dêsse *ideal* abstracto, chamado a *boa razão* ou direito natural. O «vago» dêsse critério, onde necessàriamente, muito mais do que hoje, não podia deixar de penetrar o subjectivismo pessoal do julgador, a circunstância de ele dever atender também ao *usos modernos* do direito romano nas nações modernas, e, por último, o reconhecimento do *costume racional* como fonte de direito, tudo isso, repetimos, dava enfim aos juizes uma independência muito maior do que a tem hoje o actual juiz português em face do art. 16.º do Código Civil, quando por *direito natural* se entendem só os *princípios gerais* de direito. Quere dizer: neste ponto, verifica-se assim que a vida jurídica na velha monarquia absoluta se achava muito mais perto do «direito livre», no preenchimento das suas lacunas, do que o moderno Estado liberal. A tal ponto êste monopolisou o direito e o identificou com a «lei», que nele, pode dizer-se com mais razão do que da monarquia absoluta, todo o direito é hoje puramente uma criação do Estado. O *antigo regime* não fez mais do que preparar de longe, mas só de longe, a moderna concepção da vida jurídica nos estados democráticos.

Todavia, ¿que pensar dos exageros em que caiem os partidários mais radicais do *método do direito livre?* Evidentemente, que, como exageros que são, os devemos rejeitar. Com efeito, ninguém poderá pensar jamais, por outro lado, em abolir a lei como fonte de direito, ou em substituir inteiramente a interpretação lógica pelo livre critério dos juizes, ainda os mais sábios e inteligentes, ou pelo costume ainda o mais racional. ¿Onde ficaria a *certeza* e a *precisão* do direito, quando tudo dependesse dos costumes vacilantes e do arbítrio, ainda mesmo honesto e o mais bem intencionado, dos julgadores? E ¿onde, emfim, os juizes capazes de personificarem dêste modo a justiça e de se substituirem êles à lei, que, de longe sequer, se aproximem, em ciência e sabedoria, da antiga magistratura romana dos pretores?

Certamente, na formulação destas interrogações vai já à crítica ao que há de radical e insensato no *método do direito livre* na sua corrente mais avançada. Poderia dizer-se, emfim, a êsses inovadores que o direito, só porque é o direito, póde tanto ser livre como a razão e que, precisamente, tôdas as conquistas da civilização têm consistido, nêste ponto, em substituir a incerteza dos costumes e o instável e arbitrário das opiniões individuais pela certeza da lei e pela imutabilidade dos imperativos lógicos aplicados à sua interpretação (1).

Os outros dois métodos modernos (é melhor dizer antes, critérios) que também representam uma reacção contra o tradicional método lógico da interpretação e da integração das lacunas da lei, são os chamados «*método positivo*» e «*método histórico-evolutivo*». Com eles, porém, não vale também a pena perder muito tempo.

O primeiro sustenta que o intérprete do direito não tem que se escravisar nem à vontade do legislador, nem à da lei,

(1) Cfr. Ferrara, no *Trattato*, loc. cit.: «o direito foi criado contra os elementos subjectivos, quer êstes se chamem: direito natural ou direito recto, imperativo racional ou simples apreciação de interesses».

mas deve preocupar-se apenas, ao fazer a interpretação, com o *fim prático* que se teve em vista com a lei, ou com a *utilidade social* da lei, tal como ela se deixa entrever e deduzir da própria *natureza das coisas*. Segundo êste modo de vêr, um tal critério é de usar, não só quando se faz a integração de lacunas, como quando se faz interpretação pròpriamente dita (1).

O segundo sustenta que se deve dar ao texto da lei, não o sentido que êsse texto tinha quando foi elaborado e redigido, mas o sentido que melhor lhe convém no momento em que é aplicado. Quere dizer: a letra da lei permanece imutável, mas o seu *espírito*, êsse, evolúi, varia, consoante as necessidades do momento e da evolução social. Uma lei pode dizer uma coisa e o juiz, que vem a aplicá-la mais tarde, pode fazer de conta que ela diz uma coisa muito diferente, para assim a conservar, respeitando-lhe o texto, em harmonia com a evolução das condições sociais. Isto deve ser assim, diz-se, porque a lei também evolui, devém, adaptando-se, como um organismo, às necessidades dos tempos. Por outras palavras: a lei vem assim a ser, como observa Coviello (2), apenas uma fórmula elástica, uma «moldura» apenas, dentro da qual o juiz pode encaixar mais tarde o quadro que quiser e entender, visto que fonte única do direito são-no, afinal, as necessidades da vida social (3).

¿Que pensar dêstes dois últimos métodos?

Podemos englobá-los na mesma crítica sumária, que aliás é fundamentalmente a que já foi feita do método do *direito livre* na sua feição mais radical. Apenas há a notar aqui mais

(1) Van der Eycken, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, 1907.

(2) Coviello, *loc. cit.*, pág. 89.

(3) Saleilles, *Le code civil et la méthode historique*, in *Livre du Centenaire du Cod. Civ.* I, pág. 96 e seg. e *École historique et droit naturel*, in *Revue trimestr. de droit civ.* (1902,80); e ainda Esmein, *La jurisprudence et la doctrine* (ibid. 1902,5).

o seguinte: êstes dois últimos métodos, sendo tão revolucionários ou mais ainda do que o do *direito livre*, se o considerarmos na sua corrente menos avançada, todavia fundam-se em nossa opinião, numa concepção contraditória.

Claro está que êstes métodos também transformam o juiz em legislador. Com efeito, quer se atribua ao juiz o poder de dar à lei um sentido diferente daquele que tinha quando foi feita *(método histórico-evolutivo)*, quer se lhe atribua o poder de ser êle a determinar o *fim prático* e de utilidade social que com a lei se teve em vista *(método positivo)*, em qualquer dos casos, é sempre êle, em última análise, a ser o árbitro de tôdas as interpretações da lei e portanto de tôdas as situações jurídicas a que ela se aplica, regulando a seu bel prazer tôdas as contestações judiciais.

Uma lei diz, por exemplo, que os contratos legalmente celebrados devem ser *«pontualmente cumpridos»*, salvo o mútuo consentimento das partes. Isto era em 1868. Em 1918 verifica-se que há um contrato que foi celebrado antes da guerra, sem se poder prevêr que êste último facto transformaria por completo a situação dos contratantes diante um do outro. Mas como a transformação *imprevisível* se deu, aplicar-se há agora aquela lei, como se ela permitisse supôr existente nos contratos uma cláusula *«rebus sic stantibus»* (1) e passa a fazer-se de conta, para acudir a um novo interesse social, que onde a lei de 1868 dizia que os contratos devem ser *«pontualmente cumpridos»*, agora diz que o *«não devem ser, se se deram profundas modificações na condição dos contraêntes.* Ora justamente, é aqui que existe uma contradição. Certamente, as teorias da *«imprevisão»* e da cláusula *«rebus*

(1) Designa-se por cláusula *rebus sic stantibus* a cláusula, ou expressa, ou implícita, segundo a qual os efeitos jurídicos dum acôrdo ou contrato, nos termos em que êle foi celebrado, só deverão produzir-se, se a situação respectiva das partes se mantiver idêntica nas suas relações recíprocas no momento em que êsses efeitos forem exigidos por uma delas, isto é, «mantendo-se as coisas assim».

stantibus» são altamente moralizadoras e dignas duma actuação na vida jurídica prática. Certamente, bem anda a jurisprudência que, inspirada nelas, procura reformar sempre que pode, com essa razão de eqüidade, o *summum jus* das concepções individualistas da intangibilidade e da autonomia da vontade na determinação dos efeitos dos negócios jurídicos. Mas pregunta-se: ¿para quê então dizer que se respeita a lei e que não é necessário modificar-lhe a letra? Para quê a hipocrisia de dizer que o sentido duma lei que diz claramente «sim» quere dizer «não» e vice-versa? Porisso são mais coërentes e sinceros os partidários do direito livre.

Ora a verdade é que os métodos *positivo* e *histórico-evolutivo* representam a mais completa subversão de todos os princípios tradicionais da interpretação das leis. Mais revolucionários ainda que o do *direito livre* na sua corrente menos avançada, êles podem ser classificados, numa palavra, como a mais perfeita teoria da anarquia do direito e de tôda a vida jurídica, assentando na liberdade sem limites de *sofismar* as leis por parte dos juizes. Se os admitirmos, teremos, emfim, todo o juiz e todo o tribunal tornados os árbitros soberanos dessa mesma vida do direito, determinando êles só, em permanente revolta contra o legislador, o que deve entender-se por «evolução histórica» das sociedades, por «fins práticos» das leis e por «utilidade social»! Ora isso seria o mesmo que já tivemos ocasião de condenar quanto aos resultados da corrente mais radical do «direito livre», representado por um Kantorowicz, por exemplo. Os partidários dêstes dois últimos chamados «métodos» de aplicação do direito, porém, erigem a lei numa fórmula vaga e incaracteristica, sem sentido preciso e fixo, quási sem utilidade, susceptivel de cobrir com a sua letra *omnicompreensiva* todos os contrários, tôdas as contradições, supondo o legislador eternamente equivocado. De resto, tanto se satisfazem com a letra do Código Civil Português, como, rigorosamente, devemos concluir que se satisfariam por igual com o das Ordenações ou ainda com o das XII Tábuas, cuja letra, dêste modo interpretada, *«his-*

tóricò-evolutivamente», seria, afinal, pelo caso que dela se faz, tão apta para reger ainda hoje a vida moderna como a letra das leis mais modernas de 1932! Esses métodos conduzem à proclamação da completa inutilidade das leis. Com efeito, não se pode levar mais longe o desprêso irónico pela lei e pela função do legislador!

Para terminar esta matéria, seja-nos, pois, lícito dizer, mais uma vez, concluindo, que, não obstante a vida do direito moderno carecer de mais liberdade para o juiz e duma maior espontaneidade criadora para as suas fontes, e não obstante ela exigir, portanto, a restituïção ao *costume* e à *jurisprudência* duma parte da sua antiga importância, hoje perdida em favor da lei, contudo o que é evidente é que não será jamais pela supressão ou quási supressão desta última que tal exigência poderá ser satisfeita. Pelo contrário, o que é preciso é conservar à lei a sua dignidade de fonte primacial, como única garantia da *certeza* e da *precisão* do direito, mas colocando-lhe também ao lado o costume, como direito subsidiário, e dando ainda aos juizes o poder de preencherem as lacunas da lei e do costume para além da analogia e dos princípios gerais do direito, bem como permitindo-lhes em mais larga escala do que hoje, os juizos de eqüidade (1).

(1) Note-se que é esta a doutrina já hoje legalmente decretada no Código Civil Suíço, de 1912, no seu art. 1.º: — «à défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur. Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence» — E mais longe vai ainda o código alemão, onde se deixa ao juiz inteira liberdade para a solução dos casos omissos, tendo-se suprimido dele as minuciosas disposições sôbre o *direito subsidiário* (analogia e princípios gerais do direito) que se continham no projecto primitivo. De resto, note-se ainda que um sistema idêntico de máxima liberdade para o juiz na solução dos casos omissos, se continha já no próprio código francês, tendo os seus redactores suprimido a regulamentação desta matéria no projecto do ano VIII e deixado de indicar no art. 4.º os elementos a que o juiz deve recorrer na falta de lei expressa.

39. IV) Duas outras questões de maior interesse, para o jurisconsulto saber como deve aplicar o direito, são ainda as questões relativas à *esfera de aplicação das leis* no tempo e no espaço. Trata-se de saber agora quais são os limites além dos quais uma lei deixa de ter aplicação a certos casos, porque êsses casos recáem sob o domínio de outras leis, ou mais antigas ou estrangeiras. Nesta investigação já se não trata agora da apreciação da validade das leis, nem de interpretação, nem de integração das suas lacunas, mas trata-se da determinação da esfera da sua aplicação, o que constitúi um outro problema não menos importante nos domínios da aplicação do direito.

Como deixamos dito atrás, são estas as duas últimas dúvidas graves que podem assaltar o espírito do juiz, quando êle se dispõe a aplicar uma lei: isto é, concorrendo várias leis, umas mais antigas e outras mais modernas, ou umas nacionais e outras estrangeiras, saber quais devem ser aplicadas de preferência. Ora é para esclarecimento dessas dúvidas e dificuldades que, finalmente, existem, como também se disse já, a *teoria da aplicação das leis no tempo* e a da *aplicação das leis no espaço* (1). Comecemos pelo primeiro problema.

Para dar uma idéa mais exacta do que é esta questão, notemos em primeiro lugar o seguinte. As leis, como é sabido, têm tôdas o seu começo de vigência num momento determinado; começam a vigorar no terceiro dia a contar da sua publicação no *Diário do Govêrno* e aplicam-se, desde então, à regulamentação de todos os casos futuros que nelas se acham previstos. Pelo contrário, a lei anterior que regulava até aí, supunhamos, os mesmos casos, mas duma outra maneira, fica automàticamente revogada, com a entrada em vigor da nova lei, por simples revogação tácita. Parece assim, à primeira vista, que nunca poderá haver um con-

(1) Vide *supra*, págs. 138 e 139.

flito entre duas leis, uma mais antiga do que outra, quanto à determinação da sua respectiva esfera de aplicação no tempo, pois que, quando a segunda entra a vigorar, já a primeira morreu. Uma coisa é o passado e outra o futuro. E contudo nada mais falso do que esta primeira impressão.

É que, se é certo que a lei velha deixa de vigorar e morre com a entrada em vigor da lei nova, todavia o que não morre nem cessa, são os efeitos dos factos, actos e negócios jurídicos que foram praticados no domínio da lei antiga; os seus efeitos, apesar de êsses factos pertencerem ao passado, continuam a existir e a projectar-se no domínio da lei nova e a carecerem, portanto, duma regulamentação. E é então que surge o problema: ¿a qual das leis pertencerá a regulamentação, não já dos ditos factos em si mesmos, mas dos seus efeitos actuais?... à velha ou à nova lei?

Suponhamos um exemplo: ao abrigo duma lei que fixava para as pessoas a maioridade aos 21 anos, uma determinada pessoa atingiu num certo momento essa posição jurídica e passou a ser maior. Dias depois, surge uma nova lei que fixa a maioridade aos 25 anos. Pregunta-se: ¿voltará a pessoa, que já era maior, a ser outra vez menor? Ou então: suponhamos que a dita pessoa, tornada maior ao abrigo da lei antiga, praticou competentemente certos actos que, se fôsse menor, no poderia praticar, tais como compras e vendas, empréstimos, etc. Pregunta-se: ¿como regulamentar os efeitos dêsses actos?... pela lei antiga, como se fôssem válidos, ou pela lei nova, como se fôssem nulos, por serem os actos dum menor? Ora questões como estas e ainda outras muito mais complexas, podem surgir e surgem, com efeito, hoje todos os dias, sobretudo tanto mais, quanto maiores forem a instabilidade e a renovação incessante das legislações nos países atacados, como o nosso, do delírio legislatório.

Certamente, o legislador é o primeiro a ter o sentimento destas dificuldades e dúvidas que se levantam, ao transitar-se do regime duma lei para o de outra e, porisso, é êle mesmo

quem, freqüentemente, toma o cuidado de esclarecer no texto da lei nova o modo como deve regular-se a sua aplicação aos casos já antigos, fixando os limites da aplicação das duas leis. São essas as disposições, que se contêm em muitas leis, chamadas «*disposições transitórias*», por se destinarem a regular precisamente a transição dum regime legal para outro. Porém, verifica-se que essas disposições transitórias nunca podem ser o bastante para permitir resolver todos os casos que se podem dar e que, na riqueza da vida, fojem sempre à previsão mais inteligente. Daí é que surge a necessidade de princípios doutrinais e gerais, quando não também legais, para a orientação dos juízes e jurisconsultos na solução dêsses conflitos.

¿Qual é, porém, a êste respeito o princípio mais geral e legal que se pode invocar?

Ora êsse princípio, que tôda a gente, mesmo os leigos em direito, a cada passo repete, é êste: «*a lei não tem efeito retroactivo*». Já o dizia o direito romano (1); disse-o o canónico; dizem-nos muitos códigos modernos e di-lo também o nosso, no seu art. 8.º: «*a lei civil não tem efeito retroactivo*» (2).

Todavia esta máxima, que parece à primeira vista duma absoluta clareza, é, de facto, das mais obscuras e das mais difíceis de aplicar que existem em jurisprudência. Obscura ou difícil de entender, porque a dificuldade começa logo com a definição do próprio conceito de *retroactividade*; difícil de aplicar, porque, ao mesmo tempo que o nosso código a consagra, logo declara também haver certas leis, as *interpretativas*, a respeito das quais ela não vigora; e ainda porque, em último lugar, dizendo que as leis interpre-

(1) Cod. Just. I, 14, 7: «*leges et consuetudines futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari*».

(2) «A lei civil não tem efeito retroactivo. Exceptua-se a lei interpretativa, a qual é aplicada retroactivamente, salvo se dessa aplicação resulta ofensa de direitos adquiridos».

tativas se aplicam retroactivamente, por sua vez o próprio código *exceptua desta excepção* ainda aquelas que, ao aplicarem-se desta forma, possam ir ofender direitos adquiridos! E a tal ponto a jurisprudência e a legislação a êste respeito se mostram hoje perplexas e como que desorientadas, que, se por um lado vemos surgirem numerosas teorias e doutrinas procurando definir o critério para a aplicação do princípio da não retroactividade, por outro lado, não deixamos de vêr também um código civil dos mais modernos, como o alemão, não hesitar em pôr de parte tal máxima, não falando sequer já na *não retroactividade das leis* (1). Trata-se, pois, dum conceito que, ora se vê servir para quebrar a cabeça aos juristas, ora se vê ser por êles còmodamente afastado, quando, desejando obter os progressos do direito, contudo os não desejam por um tal preço.

No entanto, seja como fôr, desde que o nosso código, como muitos outros, sanciona ainda esta máxima, impossível é para os nossos juízes e jurisconsultos deixarem de formar uma opinião àcêrca do que deve entender-se por *retroactividade* das leis e, porisso, vamos também aqui procurar definir antes de mais nada êste conceito. ¿Que deve, pois, entender-se por aplicação retroactiva duma lei? ¿Que é a *não retroactividade* da leis, como facto? Vários sentidos são possíveis (2).

O primeiro e o mais óbvio de todos é o de que a lei nova só não é rectroactiva quando não «reage» sôbre aquilo que é passado e, portanto, quando não pretende disciplinar nem os actos que já foram praticados, nem as contestações que já foram decididas e arrumadas; é, porém, retroactiva, quando pretenda de novo aplicar-se a êsses factos. É toda-

(1) Neste código as questões de direito transitório são reguladas em separado para cada instituto, ou para cada caso, na lei de introdução, nos arts. 153.º a 218.º.

(2) Cfr. Coviello, *obr. cit.*, pág. 97 e seg.

via evidente que, se um tal sentido fôsse dado à máxima de que a lei não deve ter efeito retroactivo, então esta não passaria duma enorme banalidade, pois isso equivaleria a dizer que as coisas e leis desta vida não se entendem àcêrca dos mortos. As leis não têm, com efeito, humanamente, o poder de alterar a ordem natural das coisas, nem os legisladores o direito de dizerem inutilidades desta natureza.

Um outro sentido possível é o de que a lei nova será ou não retroactiva, consoante fôr ou não aplicada à regulamentação dos efeitos, ou à solução de controvérsias, relativos a factos passados no domínio da lei velha, mas que só vêm a produzir-se depois da entrada em vigôr da primeira, ou que se acham ainda (controvérsias) pendentes nesse momento.

E finalmente, um outro sentido possível é ainda o de que a lei nova será ou não retroactiva, segundo fôr aplicada ou não até mesmo aos factos novos, que já se verificaram no seu domínio, mas que tenham qualquer espécie de relação com outros factos anteriores verificados no domínio da lei velha.

Ora, ¿em qual dêstes sentidos é que deveremos tomar a expressão *retroactividade* ou *não retroactividade* das leis?

Evidentemente, nos dois últimos. Como acabamos de vêr, o primeiro deles não conta, visto que, se a tomassemos nesse sentido, nenhuma lei por natureza poderia ser retroactiva. Isto é, portanto: quando se diz que a lei não deve ter efeito retroactivo, o que se quere dizer é que ela não deve aplicar-se, nem à regulamentação dos efeitos de factos passados, que se produzem já no seu domínio, nem mesmo à regulamentação de factos novos, se êstes têm certas relações com outros passados no domínio de leis mais antigas. Só então, se aplicassemos as leis novas à regulamentação dêsses efeitos ou dêsses factos, é que poderia falar-se com acêrto em retroactividade.

Todavia, como também se vê desde logo, não basta fixar em abstracto o conceito daquilo que pode ser retroactividade, para ter resolvido êste problema. ¿Que são factos

passados? ¿Que são os seus efeitos? ¿Que são factos novos em relação com factos passados? Há também efeitos actuais de factos passados, projectando-se no domínio das novas leis, que estas contudo sujeitam à sua regulamentação; e há igualmente factos novos que, nem por estarem numa relação de dependência mais ou menos estreita com outros factos passados, fogem porisso a essa mesma regulamentação. Isto é: há, por assim dizer (se o conceito de retroactividade é aquele que fixamos), retroactividades legítimas e outras ilegítimas. ¿Como se distinguem? Umas vezes, o legislador importa-se com elas e, outras, não se importa; decreta-as até. Ora, ¿quando é que a lei pode ter e quando é que não deve ter êsse efeito retroactivo? ¿Qual o critério com que deve ser aplicada a máxima de que a lei «*não deve ter efeito retroactivo?*». Eis aí o núcleo do problema da não retroactividade das leis.

Como se vê fàcilmente, esta é pois uma questão diferente da questão relativa à determinação do próprio conceito de retroactividade. Uma coisa é retroactividade; outra é a questão de saber quando a lei pode receber aplicação retroactiva. Para a resolver esta segunda, é que têm surgido na doutrina várias teorias, procurando fixar o critério do limite exacto de aplicação das novas leis aos factos e efeitos novos mas que são conseqüência de factos antigos. ¿Que dizem essas teorias?

Claro é que não podemos expô-las aqui a tôdas, nem fazer a sua crítica completa. Apenas pretendemos dar uma idéa sumária das principais, no intúito de fornecer os elementos que nos permitam por fim escolher uma.

40. Entre as várias teorias até hoje formuladas, contam-se: a teoria chamada dos «*direitos adquiridos*»; a do «*direito e interesse*»; a das «*situações jurídicas subjectivas e objectivas*», e a do «*facto passado*». Só a estas nos referiremos.

a) A primeira, que teve no século passado uma grande voga e dominou durante largo tempo não só a jurisprudência como a legislação em muitos países, parte da distinção fundamental entre os chamados por ela «*direitos adquiridos*» e as chamadas «*simples expectativas*». Segundo ela, quando o legislador diz que a lei não tem efeito retroactivo, quere significar apenas que a lei nova não deve aplicar-se à regulamentação dos primeiros, mas que pode à vontade aplicar-se à das segundas, mesmo que estas tenham nascido em virtude de factos absolutamente passados; só os direitos adquiridos são absolutamente inatacáveis para a lei nova (1).

Esta teoria é duma grande simplicidade, que lhe acarretou sempre uma notável aceitação em todos os tempos, e seria, sem dúvida, absolutamente aceitável também para nós, nos têrmos em que é formulada, se a distinção sôbre que assenta não tivesse o defeito de ser duma grande incerteza e imprecisão. Com efeito, ¿que deve entender-se por «*direitos adquiridos*» e por «*simples expectativas*»? Ora aí começam logo as dúvidas. Se há casos a respeito dos quais a aplicação dêstes dois conceitos é fácil de fazer, em muitos outros ela é dificílima.

Rigorosamente, poderia mesmo dizer-se que todo o direito, se é direito, é porque já é adquirido; se não é adquirido, é porque não é ainda direito. A idéa de direito parece implicar a dum sujeito que já o adquiriu.

De resto, outro ponto que a teoria, tal como tem sido formulada, não esclarece suficientemente, é êste: quando se diz que a lei nova não deve aplicar-se à regulamentação dos direitos adquiridos, ¿entende-se isto só a respeito de tais direitos em si mesmos, por assim dizer no seu estado de

(1) Foi esta a teoria seguida pelo autor do nosso código civil, como se infere do texto do próprio art. 8.º. A teoria dos direitos adquiridos foi também, mais modernamente, a reconhecida pelo Código Civil Suíço, título final, 1-4.

repouso, ou ainda àcêrca das suas ulteriores conseqüências e efeitos no domínio da lei nova, no seu estado de movimento?

A teoria, na sua forma mais perfeita (que foi, sem dúvida, a que lhe deu Gabba) (1) sustenta realmente que a lei nova não pode aplicar-se às conseqüências e efeitos do *direito adquirido*, se o facto, de que nasceu êsse direito, era já de molde a produzi-los sob o domínio da lei antiga, e que, por conseguinte, êsses efeitos, embora se não tivessem então produzido, contudo devem considerar-se como tendo já entrado a *fazer parte do património* da pessoa. Entra aqui, agora, um elemento novo. Mas é evidente que êste novo elemento, que aqui se exige para definir o direito adquirido (o terem, êle e os seus efeitos legais, entrado a fazer parte do património), vem ainda complicar mais as coisas, pois que então o respectivo conceito ficará abrangendo só os direitos patrimoniais e deixará de fora, injustificadamente, os que fôrem simplesmente pessoais. Ora esta restrição é de todo o ponto inadmissível. Portanto, pelo vago e pelo incerto dos conceitos sôbre que assenta, esta teoria parece insuficiente para dar um critério de aplicação ao princípio da não retro-actividade das leis.

b) Uma coisa semelhante é também o que pode dizer-se da segunda teoria: a do «*direito e interesse*». Esta parece ser ainda mais vaga e indeterminada, nestes seus conceitos fundamentais, do que a anterior? Segundo ela, as leis novas só devem respeitar os «*direitos*»; não tem, contudo, que respeitar os simples «*interesses*» (2). Tudo estaria muito bem, se nós podessemos distinguir sempre, com um absoluto rigôr de objectividade, estas duas categorias uma da outra. Bastará que nos lembremos, porém, das dúvidas e

(1) Gabba, *La retroattività delle leggi*.
(2) Laurent, *Principes*.

questões que se levantam a êste respeito na determinação do conceito de direito subjectivo, de que já acima foi tratado, para logo reconhecermos que, nestes têrmos de máxima simplicidade, tal fórmula não servirá também senão para deixar o jurisconsulto na máxima perplexidade, ao ter de decidir nesta matéria de retroactividade. Lembremo-nos ainda de que o direito subjectivo, muitas vezes, não é mais do que um mero interesse jurìdicamente protegido. Esta segunda teoria não é, pois, mais, no fundo, do que uma modalidade mais simplificada da teoria anterior, parecendo, contudo, nos têrmos em que é formulada, ainda mais inaceitável do que ela.

c) A teoria das «*situações jurídicas subjectivas e objectivas*» é uma teoria bastante mais moderna. Esta faz assentar o essencial das suas afirmações sôbre a distinção fundamental entre *situações jurídicas subjectivas* e *situações jurídicas objectivas ou poderes legais*. Tendo repudiado o conceito de «direito subjectivo» como uma inutilidade metafísica, esta doutrina, que é a da escola realista francesa de direito público, tendo por chefe Duguit, substituiu a êsse conceito o de «*situação jurídica subjectiva*» (1).

Segundo ela, as situações desta última espécie são aquelas que resultam para os indivíduos de manifestações da sua *vontade* exercendo-se em harmonia com a lei e que se tornaram porisso puramente *individuais*, particulares, possuidoras dum conteúdo *só próprio delas* e *irreformáveis*. São «objectivas», porém, todas as situações jurídicas constituídas dum modo geral por simples poderes legais e objectivos, atribuídos às pessoas pela lei em virtude da verificação de certos factos.

(1) Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, II, pág. 198 e seg. Tem defendido esta teoria em Portugal o *sr.* Dr. Fézas Vital; vide seu *Do Acto jurídico*, pág. 63 e *seg.* e *Boletim da Faculdade de Direito*, ano IV, pág. 233 e seg.

Por exemplo, a situação jurídica daquele que, mediante um contrato que celebrou ao abrigo da lei, fica habilitado a exigir da pessoa com quem contratou uma certa prestação em certas condições, é evidentemente uma «*situação jurídica subjectiva*». A situação daquele que, pelo facto de ter atingido uma certa idade (os 21 anos), foi declarado maior pela lei, é uma simples «*situação objectiva*» e geral, resolvendo-se num conjunto de meros «*poderes legais*» e mais nada.

Ora, segundo esta teoria, tôdas as situações da primeira espécie são inatacáveis pela lei, sob pena duma retroactividade condenável; tôdas as da segunda espécie são, porém, livremente reformáveis, mesmo que constituídas sob o domínio de leis anteriores, sendo portanto admissível neste caso a retroactividade.

Esta a teoria. ¿Que pensar dela?

Já atrás, ao procurar definir o conceito de direito subjectivo (1), fizemos referência à extraordinária importância que devemos ligar a esta distinção entre situações jurídicas subjectivas e objectivas, chamadas direitos das pessoas, para conseguirmos compreender a sua essência. A meu vêr, trata-se, indiscutivelmente, duma das noções mais claras e fecundas a que soube elevar-se a moderna ciência do direito público e sôbre a qual mais adiante voltaremos ainda a insistir. Neste momento, porém, só queremos dirigir a nossa atenção sôbre êste ponto: ¿será bastante esta distinção entre *subjectivo* e *objectivo*, entre *vontade* e *interesse*, nos têrmos indicados, para termos achado um critério definitivo que nos permita aplicar sempre com segurança o princípio da não *retroactividade* das leis? Parece-me bem que não.

Em primeiro lugar, deve dizer-se que esta distinção sofre, à primeira vista, do mesmo carácter de imprecisão, embora não tão acentuado, que já notámos nas distinções anteriores entre *direitos adquiridos* e *simples expectativas*, ou entre

(1) *Vide supra*, pág. 48 a 50 e 53.

direito e *interesse*, que nos levou a achá-las, pelo menos, insuficientes para fundamentarem uma teoria da não retroactividade. Nem sempre é fácil saber, com efeito, se estamos diante duma situação jurídica subjectiva ou objectiva, pois actos e factos existem até *(factos jurídicos)* dos quais simultâneamente resultam para as pessoas situações de ambas estas espécies. Poderia talvez pensar-se que sempre que é a vontade quem directamente cria em combinação com a lei o efeito jurídico ou situação, esta seria *subjectiva*, e que sempre que acontece ser a lei a criar êsse efeito ou situação em virtude dum simples *facto* (no qual não intervem a vontade), esta seria *objectiva*. E, se assim fôsse, a questão assumiria uma simplicidade que, deve confessar-se, permitiria resolvê-la definitivamente. Mas, de facto, as coisas não têm esta simplicidade.

Há, a meu ver, vontades que se manifestam em harmonia com a lei, mediante «actos jurídicos» e de que não resultam, por si só, *situações jurídicas subjectivas* (primeira excepção); e há, em segundo lugar, factos, simples factos naturais, que se produzem, condicionando automàticamente a verificação de certos efeitos e a criação de situações jurídicas para as pessoas, que, mesmo sem uma intervenção da vontade destas, são verdadeiramente subjectivas (segunda excepção em sentido inverso da primeira).

Suponhamos, com efeito, que uma pessoa manifesta a sua vontade, em harmonia com a lei, no sentido de comprar um prédio. A pessoa compra o prédio, celebra um contrato *(negócio jurídico)* e cria assim uma determinada situação. Esta situação, que é jurídica, visto a lei a proteger, assume um certo *conteúdo* só próprio dela; torna-se individual, *particular*; é *renunciável*; o comprador tornou-se proprietário diante do vendedor e de tôda a gente, passando a gozar de certos *poderes* sôbre a coisa, que antes não tinha. A coisa será do vendedor; ficará no seu património. E ¿será inteiramente *subjectiva* esta situação jurídica? Cremos que não; pelo menos, em toda a sua extensão, em todo o seu conteúdo —

digamos assim — não o é. E tanto não o é, que os *poderes legais* do proprietário, «*conteúdo do direito*» (o poder de alienar, de transformar, etc.), que o comprador adquiriu e em vista dos quais precisamente foi levado a fazer o contrato, continuam a representar, na sua *abstracta potencialidade*, uma situação apenas puramente *objectiva* e *geral* (1). As novas leis não se julgam obrigadas, àmanhã, a respeitar essa situação. Uma nova lei que depois surja e venha regular diversamente êsses poderes no seu conteúdo ou exercício, negando-os, regulando-os diversamente ou limitando-os, não deixará de aplicar-se, com efeito, inclusivamente, às situações como esta, que aliás já se achavam definidas ao tempo em que ela foi feita. Logo, há manifestamente situações jurídicas criadas por actos de vontade, praticados em harmonia com a lei, para conseguir fins que a lei promete garantir, e que não são inteiramente *subjectivas*, isto é, não se *subjectivam* integralmente por um simples acto de vontade ao abrigo da lei.

Por outro lado, há também, como acima dissemos, situações para cuja verificação não é necessária a intervenção da vontade, e que não deixam porisso de ser verdadeiras *situações jurídicas subjectivas*. Um exemplo disto, têmo-lo no que se passa com a aquisição da herança na sucessão legítima. Suponhamos que morre uma pessoa e deixa ficar certos herdeiros legítimos — os irmãos, por exemplo — a quem por lei nesse momento pertence a sucessão. Como não se dá a necessidade da aceitação (acto voluntário) para êstes herdeiros adquirirem a herança, o direito dêstes a recolherem os bens hereditários constitui-se *ipso jure*, por morte do autor da herança, mesmo que êles se achem ausentes. Suponhamos agora também que no dia seguinte ao da morte do *de cujus* e antes de os herdeiros entrarem na posse dos bens, começa a vigorar uma nova lei que altera a ordem da sucessão

(1) Vide *supra*, pág. 53, nota 1.

legítima e passa, por exemplo, a considerar como herdeiro, neste caso, não já os irmãos, mas o cônjuge do falecido.

Certamente, ninguém pensará, neste caso, na possibilidade de regular uma tal sucessão, já aberta, em harmonia com a lei nova. Nesta hipótese, haverá aí uma situação jurídica, criada pela lei velha e condicionada pela morte do *de cujus* em favor dos seus irmãos, e que será evidentemente *subjectiva* — ter-se há subjectivado por virtude da lei — conquanto a vontade dêstes não se tenha de modo algum declarado (1).

Portanto — e era só isto que desejavamos fazer realçar de momento —: vê-se assim que a «*vontade*», contraposta ao «*interesse*», na criação das situações jurídicas ou direitos das pessoas, não é, nem pode ser, o único elemento ou *factor de subjectivação* que existe. Êste o lado fraco da «teoria das situações jurídicas subjectivas e objectivas». É que a referida distinção, formulada nos têrmos precisos e simples que vimos, e como expressão da mera oposição entre *vontade* e *interesse*, sofre da mesma imprecisão de que sofrem as anteriores distinções, que se acham na base das outras teorias; é insuficiente para explicar e orientar as realidades. De resto, é mesmo discutível se poderá haver situações jurídicas puramente subjectivas. Adiante voltaremos, porém, a ocupar-nos desta teoria.

d) Finalmente, há ainda uma quarta teoria que já referimos e que não merece menos atenção que a anterior. Chama-se a teoria do «*facto passado*» (*factum praeteritum*).

(1) Os bens da herança entram a fazer parte do património do herdeiro por virtude da lei reguladora da sucessão legítima, desde a morte do *de cujus*. Trata-se aqui dum direito adquirido por mera disposição da lei, na terminologia do nosso código. Não era assim no antigo direito romano com relação a certos herdeiros, considerados *voluntários*, como eram os irmãos (agnados). Então distinguia-se entre o momento da delação do título de herdeiro, que coincidia com a morte do *de cujus*, e o momento da aceitação da herança (*aditio hereditatis*), a partir do qual se dava a aquisição dos bens. Entretanto a herança achava-se *jacente*.

O seu princípio fundamental, muito simples, é êste: a lei nova não se aplica, não se deve aplicar, aos factos passados, nem ainda às conseqüências dêsses factos que venham a verificar-se já no domínio da lei nova. Portanto, mais simplesmente: *lei nova para os factos novos*, ocorridos depois de ela nascer; *lei velha para os factos velhos*, ocorridos à sua sombra, e *ainda para as conseqüências de tais factos* verificadas em qualquer altura (1). Só assim, diz-se, se poderá evitar que o Estado falte à sua missão de garantir os efeitos dos factos jurídicos, verificados à sombra das suas leis dum certo momento, e que se venha a estabelecer a incerteza em tôdas as relações jurídicas.

Como se vê, a fórmula é simples e fácil de atingir a compreensão do seu intuito racional. Ninguém se lembrará, com efeito, de levantar dúvidas sôbre o que sejam «factos novos» e «factos passados». Podem, porém, surgir dúvidas sôbre o que deva entender-se por «*conseqüências*» de factos passados (2). Para evitar estas, sustentam contudo certos defensores da presente teoria (3) que *conseqüências de factos passados* não são quaisquer factos novos que possam vir a achar-se numa qualquer relação de conexão com os primeiros, ou de que êstes sejam inclusivamente o pressuposto, por forma que, se não fôssem os passados, os novos não se produziriam. Não; por *conseqüências de factos passados*

(1) Principais defensores desta teoria: Planiol, Vareilles-Sommières, Regelsberger, Dernburg, Chironi e Abello, Coviello, Ferrara e Ruggiero.

(2) Porisso mesmo é que a teoria em questão reveste várias modalidades nos diferentes escritores. Há quem a conceba só para limites muito estreitos, como Planiol, sustentando que a lei nova só não deve aplicar-se aos factos passados nem às suas conseqüências *já produzidas*, mas pode aplicar-se às conseqüências e efeitos futuros. Outros sustentam que a lei nova não deve aplicar-se, nem aos factos passados, nem às suas conseqüências, quer já produzidas no domínio da lei velha, *quer produzidas no domínio da lei nova*. E há, finalmente, quem, quanto a estas últimas, não faça distinções (Regelsberger e Dernburg), e quem faça distinções (Vareilles-Sommières).

(3) Ver Coviello, *obr. cit.*, pág. 108 e seg.

entendem-se aqui apenas quaisquer outros factos que representam uma *conseqüência jurídica directa* dos antigos, uma *expansão dos seus efeitos*, ou melhor ainda, novos factos que *não poderiam ser tomados em consideração, ou apreciados de novo pela lei nova, sem que essa apreciação* (ao regulá-los ela) *envolvesse uma apreciação directa da validade do facto velho*, de que êles são a projecção ou a conseqüência (1). Eis no essencial a teoria chamada do «facto passado». ¿Que pensar dela?

Evidentemente, ninguém pode deixar de reconhecer que esta teoria oferece sôbre as anteriores a vantagem de assentar num critério muito mais simples e fácil de determinar e manobrar para os juizes, para saberem decidir se devem aplicar a certo facto uma lei nova ou uma lei antiga. Dispensa-os das altas indagações, mais teorias e espinhosas,

(1) Eis aqui exemplos: 1.º — uma lei nova estabelece o direito de os enfiteutas poderem remir os seus foros. Esta lei aplica-se, é claro, aos novos emprazamentos celebrados depois da sua data (factos novos). E quanto às relações entre os enfiteutas e os senhorios nos emprazamentos de pretérito, anteriores à sua data? Igualmente; porque o facto destas relações, embora êle se ache numa certa relação de conexão com factos passados (os antigos contratos de aforamento), contudo não representa uma *conseqüência jurídica directa* dêsses factos. A lei nova, regulando de novo esta matéria, toma em consideração um *estado de coisas actual*, pôsto êle tenha as suas raizes no passado, sem ir apreciar porisso a validade dos factos passados: êsses antigos contratos. 2.º — uma lei nova estabelece, por ex., que os imóveis dum certo valor só poderão d'oravante ser vendidos por meio de escritura pública, ao passo que até aí a lei velha permitia a sua venda por meio de simples escrito particular. Esta lei aplicar-se há às novas vendas, está claro. E quanto às vendas já feitas por escrito particular? Claro também que não, por serem factos passados. E, quanto aos novos actos de disposição que os proprietários venham posteriormente a praticar sôbre êsses bens imóveis que adquiriram por simples escrito particular, ¿poderá a nova lei negar-lhes validade? Ora é também evidente que não, porque êsses actos de disposição são a conseqüência jurídica do facto passado. Negar-lhes validade, seria o mesmo que ir negar validade ao título jurídico da propriedade adquirida por êsse comprador; seria o mesmo que ir apreciar com o critério da lei nova um facto passado no domínio da lei velha. Cfr. Coviello, *ibidem*.

para averiguarem se estão diante duma situação *subjectiva* ou *objectiva*, ou se diante dum direito *adquirido* ou duma *expectativa*, ou se dum verdadeiro *direito* ou dum simples *interesse*. Além disso, tem também esta teoria a irrecusável vantagem de emprestar à célebre máxima: «*a lei não tem efeito retroactivo*» o seu significado mais natural e próprio, isto é, o de que a lei não reage, não deve reagir, sôbre o passado, destruindo factos e conseqüências de factos que formam por assim dizer um todo com o passado. Pràticamente, como critério mecânico de aplicação do direito, esta última teoria será, pois, mais satisfatória e aconselhável. Simplesmente, pode preguntar-se: mas no ponto de vista *teórico*, mais científico, ¿poderá ela satisfazer-nos o espírito mais do que as outras? ¿Explicar-nos há, porventura, melhor do que elas, os factos? Eu creio que não.

Claro que chamo aqui «explicar os factos», não já a encontrar para êles uma explicação «causal», como nas ciências da natureza (não é disso que se trata, visto acharmo-nos nos domínios do normativo); mas chamo aqui «explicar» a encontrar um *princípio geral de coordenação lógica* e, mais do que de coordenação lógica, de *justificação ético-jurídica*, que nos forneça um critério absolutamente seguro para as aplicações daquela máxima (1).

(1) Claro é que, escrevendo o que fica dito no texto àcêrca de «justificação ético-jurídica», abandonamos por momentos o ponto de vista jurídico, lógico-formal, que aliás, como repetidas vezes temos dito, deve ser o único ponto de vista do jurisconsulto. Mas é evidente que êste é um dos pontos tratados em jurisprudência, a respeito dos quais o *imperativo lógico* duma regra (a lei não deve ter efeito retroactivo) mal consegue ser definido no seu princípio e conseqüências sem se ser levado, involuntàriamente, a tomar em consideração o *imperativo moral* e social, que está por detrás dêle e faz dêle, ao mesmo tempo que uma regra jurídica, uma máxima ético-jurídica e social. Quere dizer: dificilmente se pode determinar com rigôr a extensão dessa regra (problema lógico) sem se saber, a-final, porque é que a lei não deve ter efeito retroactivo (problema de legitimação, problema moral). Ora a teoria do facto passado diz-nos que a lei nova não se aplica aos factos passados e às suas conseqüências jurídicas directas; ¿mas porquê? Nas teorias dos «*direitos adquiridos*», do «*direito e interesse*» e dos «*poderes legais e situações subjectivas*», como que se pressente uma justificação ético-jurídica: o respeito pela personalidade humana; a lei nova não se aplica à regulamentação dos direitos adquiridos, porque com isso iria como que praticar um furto, como que violar um aspecto da personalidade. Ela não *deve* aplicar-se nessas condições. A máxima da não retroactividade assume assim um sentido moral, dum limite impôsto à acção do legislador. Na teoria do «*facto passado*», porém, abstraindo-se dêsse caracter ético-jurídico, o valor da máxima é puramente *a-priori*; deixa de ter uma base de justificação; fica suspenso no ar, carecendo dum outro princípio que o justifique. Ora é difícil, com efeito, justificar tal máxima só por razões de eqüidade, de conveniência ou de utilidade social, como já se tem dito, porque por idênticas razões se pode do mesmo modo justificar a máxima contrária: a da aplicação da lei às conseqüências dos factos passados.

Ora é evidente que um tal princípio, com êste duplo carácter, não se alcança dentro desta teoria. Mais ainda: neste ponto de vista, creio mesmo ser mais fácil encontrar êsse princípio dentro das outras já referidas do que dentro desta. E as razões por que digo isto, são principalmente duas. É a *primeira* a de que, apesar da maior simplicidade da fórmula: «*factos novos*» e «*factos passados e suas conseqüências*», que já conhecemos, não é sempre fácil determinar que factos são êsses, dos ocorridos no domínio da lei nova, que deverão considerar-se absolutamente *conseqüência jurídica directa* dos passados e quais aqueles que não deverão considerar-se assim. Haja vista às diferentes modalidades de extensão que a teoria reveste. E por êsse lado, já periga, portanto, o rigôr do princípio como *princípio de coordenação lógica* que aquela fórmula pretende representar. É a *segunda* a de que, mesmo que podessemos sempre determinar com absoluta segurança o que são as «conseqüências jurídicas directas» dos factos passados, ficariamos ainda sem saber, em face de que outro princípio, ou jurídico ou político ou moral, é que se impõe à lei nova respeitar essas conseqüências. E por êste lado, já periga ou desfalece também o princípio que serve de base a esta teoria, como *princípio de justificação ético-jurídica*.

Repitamos, pois, numa palavra: a teoria do facto passado oferece indiscutìvelmente vantagens práticas sôbre as outras pela maior simplicidade do seu critério e pela maior naturalidade do significado atribuído aos têrmos «*retroagir*» e «*retroactividade*». A sua aplicação obriga menos a pensar e conduz o juiz a satisfazer-se mais prontamente com fórmulas já feitas, sem que o guie um seguro sentimento de eqüidade. Mas, nem ela está também ao abrigo de graves dúvidas na aplicação dessa fórmula aos factos, nem sobretudo nos dá uma justificação da máxima: «*a lei não tem efeito retroactivo*». Por último, creio mesmo que, descendo às realidades, os casos em que ela conduzirá a não aplicar a lei nova aos factos passados e suas conseqüências, se os fôrmos a prescrutar bem, não serão, afinal, na sua enorme maioria, senão aqueles mesmos a que as outras teorias também a não aplicarão, por se tratar aí, na linguagem delas, como elas respectivamente dizem, já de «*direitos adquiridos*», já de meros «*direitos*», já simplesmente de «*situações jurídicas subjectivas*».

41. Para terminar esta matéria da aplicação das leis no tempo, vejamos agora, depois de tudo quanto dissemos sôbre as quatro mais importantes teorias àcêrca do critério da não retroactividade, qual a-final aquela que devemos preferir, mas preferir em face do nosso direito, e não dentro dum espírito inteiramente livre de especulação e construção teórica.

Notemos antes de mais nada, uma vez mais, que não são as teorias que fazem o direito, mas que estas só têm por fim interpretar o direito existente (*non ex regula jus sumatur, sed ex jure regula*). Isto é: ao escolhermos uma das teorias, que atrás expusemos, àcêrca do critério a seguir para a aplicação do princípio da não retroactividade das leis, não devemos abandonar-nos exclusivamente às predilecções do nosso espírito especulativo, mas devemos, quanto possível, ter em vista o sistema do direito positivo vigente, como fariamos na

interpretação de qualquer outra das suas disposições ou dos seus princípios. Portanto, é ainda como intérpretes que devemos abordar a questão da não retroactividade das leis em face do direito português actual.

Ora o nosso direito positivo, como já vimos, formula expressamente o princípio de que «*a lei civil não tem efeito retroactivo*» e liga assim a êste conceito da não retroactividade um certo sentido. É êste que, antes de mais nada, devemos determinar. ¿Que sentido será êsse?

Com efeito, se lermos todo o art. 8.º do código, não poderemos furtar-nos, desde logo, a reconhecer que o legislador jogou aí com dois conceitos diversos de retroactividade (1). O artigo em questão contém três partes. Na primeira formula-se o princípio geral para *tôdas as leis civis* (não têm, em princípio, efeito retroactivo); na segunda exceptuam-se da aplicação dêsse princípio as *leis interpretativas* (têm, em princípio, efeito retroactivo); na terceira, finalmente,

(1) O artigo 8.º diz, com efeito, o seguinte: «A lei civil *não tem efeito retroactivo*. Exceptua-se a *lei interpretativa*, a qual é aplicada retroactivamente, *salvo* se dessa aplicação resulta ofensa de *direitos adquiridos*». É manifesta a má redacção do artigo, devida, talvez, a falta de precissão no modo de definir o critério de retroactividade. Com efeito, na primeira parte do artigo diz-se, em geral, que *as leis não têm efeito retroactivo*. Na segunda parte, diz-se, porém, que há uma excepção a êste princípio: a das *leis interpretativas*, que podem aplicar-se retroactivamente. E finalmente, na terceira, faz-se ainda uma *excepção à excepção* e diz-se que mesmo estas deixam de poder aplicar-se retroactivamente, se ofenderem *direitos adquiridos*. Isto é: é evidente, como no texto dizemos, que o legislador jogou com dois conceitos diferentes de retroactividade. Se, na terceira parte, como é óbvio, a retroactividade que aí se proíbe a respeito das leis interpretativas não pode significar outra coisa senão a *aplicação da lei de que resulta a ofensa de direitos adquiridos*, na primeira, a retroactividade de que aí se fala em geral, para a proíbir também, não pode significar a mesma coisa (aliás o artigo conteria uma absurda contradição). E portanto — conclusão: esta última retroactividade não pode ser senão *a simples aplicação da lei a factos passados, ou factos que já vêm de trás*, mesmo que daí não resulte ofensa alguma de direitos adquiridos.

falando-se ainda destas últimas, declara-se que mesmo elas não terão tal aplicação, se daí resultar ofensa de *direitos adquiridos* (não tem efeito, êste especial efeito retro-activo).

Parece-nos, pois, evidente por si mesmo que o legislador, ao formular a primeira parte do art. 8.º, quis dar à expressão «efeito retroactivo» o seu sentido mais natural e simples, de que esta expressão é susceptível; isto é, o de que a lei civil não deve aplicar-se aos *factos passados*, quer com essa aplicação se vá, *quer não se vá*, ofender «direitos adquiridos». Mas como, segundo vimos já, êste mesmo sentido, *tomado ao pé da letra*, redundaria numa tautologia e numa banalidade (o passado, por ser passado, não pode voltar a ser regulado por leis novas), daí se deve inferir, portanto, que aquilo que o legislador quis dizer na sua, foi simplesmente isto: que a lei nova não deve aplicar-se nem mesmo ainda às *conseqüências jurídicas directas* e efeitos actuais dos factos passados, e isto — note-se uma vez mais — abstraindo de haver ou não ofensa de direitos adquiridos. Eis o primeiro conceito da não retroactividade.

Há, porém, uma excepção: a da *lei interpretativa* (1). Quanto a esta, deixa de vigorar, como já sabemos, o princípio e, portanto, ela pode inclusivamente aplicar-se aos factos passados e suas conseqüências actuais, para os interpretar, apenas com a restrição de não ofender «direitos adquiridos». E aqui está o segundo conceito, mais estreito, de não retroactividade adoptado pelo autor do código: o de que não devem aplicar-se ao passado nenhumas leis, *nem mesmo as interpretativas*, se daí resultar ofensa de «direitos adquiridos».

E agora pode preguntar-se: ¿qual é, pois, das teorias expostas, aquela que melhor traduzirá o pensamento da lei portuguesa?

Também nos parece evidente, depois de posta a questão nestes têrmos, que a resposta não será difícil. Para o primeiro conceito de retroactividade, latente na primeira parte do art. 8.º, será a «*teoria do facto passado*» aquela que melhor traduzirá êsse pensamento. Para o segundo conceito de retroactividade, porém, contido na terceira parte do artigo, será essa a teoria dos «direitos adquiridos».

Será, pois, à primeira destas teorias que o juiz deverá recorrer, quando tiver de se orientar duma maneira geral àcêrca da aplicação a fazer de qualquer lei a factos que são conseqüência ou efeito de outros passados. Neste caso, note-se bem, o juiz não terá mesmo que começar por averiguar directamente se dessa aplicação resultará ofensa de direitos adquiridos; bastar-lhe há averiguar, primeiro que tudo, *se o facto é ou não conseqüência de outros factos passados*, para logo dever concluir, na hipótese afirmativa, que não deve aplicar-lhe a lei nova. Simplesmente, se ao mesmo tempo se convencer também de que da aplicação dela resultaria ainda ofensa de direitos adquiridos, *a fortiori* se absterá também de a aplicar, pela simples razão de que onde está o mais, está o menos; com efeito, se nem a lei interpretativa êle poderia aplicar nesse caso, é evidente que muito menos poderia aplicar as outras leis.

No caso, porém, de se tratar duma lei interpretativa, então o juiz recorrerá simplesmente à segunda das referidas teorias, a dos direitos adquiridos. Isto é: neste segundo caso já não recuará, ao aplicar a lei nova, perante o primeiro critério de retroactividade; aplicará a lei retroactivamente, mesmo aos

(1) Sôbre a noção de *lei interpretativa*, ver *supra*, pág. 36 e 37 e pág. 146. Como se sabe, esta designação é susceptível de dois conceitos diferentes. Ou se entendem por ela as leis que servem para fixar o sentido de quaisquer expressões ambíguas ou obscuras dos particulares nos actos da sua vida privada, ou se entendem as leis contendo a interpretação *autêntica* (feita pelo poder legislativo) de outras leis anteriores. Julgamos, porém, evidente que é à lei interpretativa neste segundo sentido que se aplica a disposição do art. 8.º, a única cuja aplicação arbitrária e sem limites poderia determinar a ofensa de direitos adquiridos. Note-se contudo que é delicadíssima a aplicação daquele princípio às leis interpretativas.

factos passados. Recuará, todavia, perante o segundo critério; isto é, deixará também de a aplicar, se verificar que, aplicando-a, iria ofender direitos adquiridos.

Eis pois as duas teorias que, em face da nossa legislação, nos parece deverem ser preferidas, como interpretação do direito positivo e vigente. Simplesmente, com isto não está ainda tudo dito, nem resolvido. Nem sempre será fácil saber determinar, como já dissemos, o que são «*conseqüências jurídicas directas*» de factos passados, nem, muito menos, será fácil saber sempre o que são «*direitos adquiridos*». Não basta, com efeito, possuir a fórmula duma teoria; é preciso também saber interpretá-la e aplicá-la rigorosamente aos factos e é aí que se atinge o máximo da dificuldade nesta questão prática da não retroactividade das leis.

De facto, não nos diz a lei o que são essas conseqüências ou êsses direitos, assim como nos não fornece sequer um critério para os determinar. ¿Como os determinaremos? Ora, na falta dum preceito ou critério legal, e sendo pois aqui manifesta a maior liberdade do intérprete do direito, em face do art. 16.º, parece-nos que outro critério não pode ser aconselhado neste caso senão o do *bom senso* do juiz, julgando consoante os «*princípios do direito natural, conforme as circunstâncias do caso*».

Para nós, afigura-se-nos, todavia, ser melhor doutrina, relativamente à interpretação da *teoria do facto passado*, aquela que, para determinar o que são *conseqüências* de tais factos passados, atende de preferência ao efeito que produziria a aplicação da lei nova aos factos novos que possam ter uma relação com êles (1). Se dessa aplicação resultar irem apreciar-se de novo, implicitamente, ou desconhecer-se, a validade ou a relevância jurídica dum facto verdadeiramente passado, em face do direito vigente nesse tempo, é manifesto

(1) Doutrina de Coviello, obr. cit. pág. 108.

que então o novo facto, do qual a regulamentação pela lei nova teria êsse efeito, não poderá deixar de considerar-se uma *conseqüência jurídica directa do passado*, inatacável pela nova lei; caso contrário, se o facto a que esta se aplica fôr puramente actual e se tal aplicação não produzir aquele efeito, então êle não será *conseqüência jurídica directa* de outro e poderá a lei nova discipliná-lo, mesmo que êle possa aliás manter qualquer outra espécie de relações com factos passados. Assim como, também, se nos afigura ser a melhor interpretação da *teoria dos direitos adquiridos* aquela que, convencida da pouca precisão desta fórmula: «*direitos adquiridos*» e «*simples expectativas*», todavia conserva êstes conceitos, mas traduzindo-os antes, mais exactamente, pelos têrmos da terceira teoria das *situações jurídicas subjectivas* e *objectivas*. Os «direitos adquiridos» serão precisamente, portanto, as «situações jurídicas subjectivas», as «simples expectativas» as «situações jurídicas objectivas». Simplesmente, importa agora ligar um sentido, o mais rigoroso possível, a essas últimas expressões. ¿Qual?

Já vimos acima que estas duas categorias de situações jurídicas, correspondendo exactamente à oposição entre *vontade* e *interesse*, também nos não satisfazem. Nem tôdas as situações jurídicas criadas por um acto da vontade ao abrigo da lei, *se subjectivam* a ponto de serem inatacáveis pelas novas leis. Nem tôdas as constituídas e definidas só pela lei, sem a vontade, são *objectivas* e reformáveis pelas leis novas (1).

Ora em nossa opinião, serão *subjectivas* (e portanto serão «direitos adquiridos») tôdas as situações jurídicas das pessoas que, originadas numa vontade manifestada em harmonia com a lei — ou mesmo só na lei, sem manifestação da vontade — todavia representam indubitàvelmente uma modifica-

(1) Cfr. *supra*, pág. 195?

ção definitiva, operada ou no seu *estado civil* ou no seu *património* (1). E serão *objectivas* tôdas as situações que, originadas num ou noutro dêsses factores, representem apenas um «*quanto*» de poderes abstractos atribuidos às pessoas, como

(1) Estas fórmulas carecem de mais algumas palavras de esclarecimento. Como mais adiante teremos ocasião de vêr, entende-se por «*estado*» (estado das pessoas, ou estado civil) a especial *posição jurídica* que as pessoas ocupam em face da sociedade política (Estado, no sentido político), ou em face da sociedade familiar (Família), constituindo aquilo a que os romanos chamavam o seu *status civitatis* ou o seu *status familiae*. O «estado», assim entendido, aparece-nos como sendo, não o fundamento, mas o complemento da personalidade do homem que, por virtude dêle, passa a ser alguma coisa mais do que um simples homem, como, por ex., cidadão ou estrangeiro, membro desta ou daquela família, solteiro, casado, viúvo ou divorciado, pai, mãe ou filho-família. Donde, pois, se conclúi que o «estado», conceito distinto dos de personalidade e capacidade jurídica em geral, possúi certos caracteres de necessidade e permanência, representando para o indivíduo uma esfera de acção jurídica tão estável e tão definitivamente adquirida para êle, como a própria qualidade de sujeito de direitos ou a sua capacidade jurídica geral, a que serve de medida para cada caso. Quer um determinado «*estado*» seja adquirido por um acto da vontade do indivíduo, manifestando-se em harmonia com a lei (como o daquele que conseguiu o estado de nacional dum país, ou o daquele que casou), quer seja atribuído pela lei (como o daquele que pelo nascimento se acha na condição de filho dentro duma família), o certo é que, tanto num caso como no outro, se trata duma situação jurídica eminentemente *subjectiva*. Com efeito, ninguém poderá duvidar da existência dum verdadeiro direito — digamos assim — ao «estado das pessoas», que uma vez se adquiriu, susceptível duma *vindicatio* ou duma acção de estado. Nenhuma lei nova poderá, portanto, desconhecer o «*estado*» duma pessoa, adquirido no domínio duma lei velha. Nenhuma lei, proïbindo de novo o casamento de pessoas com menos de 18 anos, poderá, por ex., anular o casamento ou o estado de casado daqueles que com menos do que essa idade tinham já casado no domínio duma lei velha. Como nenhuma lei nova, proïbindo o divórcio, poderá voltar a considerar casados aqueles que ao abrigo duma lei antiga se tinham já divorciado. Donde, o poder concluir-se, pois, que, como no texto dizemos, todos os factos aquisitivos dum «*estado civil*», quer sejam factos voluntários, quer não, importam necessàriamente um factor ou elemento de *subjectivação* de situações jurídicas ou de aquisição de verdadeiros direitos.

Não há, porém, só isso. Como também no texto dizemos, há igualmente, ao lado do conceito de «*estado*», um outro conceito muito importante para

conteúdo dessas situações, ou o «*como*» duma actividade jurídica potencial ligada a elas (1). Ora, quando se produz uma situação da primeira espécie, há alguma coisa, algum elemento pessoal ou patrimonial, que vem por assim dizer

através dêle se poder determinar o que seja uma *subjectivação* de situações jurídicas. Êste é o conceito de *património*, a que já recorreu Gabba, na forma por êle dada à teoria dos «direitos adquiridos». A noção de património já foi dada no capítulo I destas lições e não a repetiremos aqui. Mas o que é evidente é que o *património* da pessoa representa também, como o «*estado civil*», uma sua outra esfera jurídica, dotada do mesmo poder — digamos assim — de fazer *subjectivar* todos os direitos que nela vêm a penetrar, referindo-os definitivamente a um sujeito, dono do património, como direitos adquiridos. Poderá talvez dizer-se numa linguagem, que tem algo de figurado, que assim como o «estado» é uma espécie de património dos direitos não patrimoniais duma pessoa, o património pròpriamente dito é uma espécie de «estado» da pessoa referido aos seus direitos patrimoniais. Ora ninguém pode duvidar também da existência dum direito do indivíduo ao seu património, sôbre o seu património e os seus elementos, desde que êles uma vez se adquiriram, e para cuja defesa há, como é sabido, numerosas acções. Nenhuma lei nova poderá também, com efeito, desconhecer a relação, que uma vez se constituiu à sombra duma lei antiga, entre a pessoa e um dêsses elementos. Nenhuma lei proïbindo, por exemplo, a aquisição de imobiliários dum certo valor sem escritura pública, poderá negar a legítima apropriação duma coisa nessas condições já feita no domínio duma lei anterior. Assim como nenhuma lei, proïbindo a apropriação privada de certas coisas, poderá estender-se àquelas que já se achavam apropriadas antes de ela entrar em vigor, a não ser invocando-se um princípio de expropriação por utilidade pública. Donde também pretendemos concluir, pois, que — como também no texto fica dito — todos os factos aquisitivos de direitos patrimoniais, quer êsses factos sejam actos da vontade própria, quer sejam de terceiros, quer simples disposições da lei (como na sucessão legítima), importam sempre do mesmo modo um factor ou elemento de *subjectivação* de situações jurídicas ou de aquisição de verdadeiros direitos que, em si e nas suas conseqüências, as leis novas não poderão alterar.

Eis as razões por que os conceitos de «*estado civil*» e de «*património*» nos parecem ser fundamentais como base para a determinação do que sejam *situações jurídicas subjectivas*, como nós as entendemos.

(1) Notemos aqui muito expressamente que é a esta categoria de situações jurídicas que pertencem, por outro lado, todos os simples *poderes legais*, como conteúdo potencial das situações subjectivas, bem como aquilo a que se

encorporar-se na personalidade do sujeito de direitos dum modo estável e permanente, ampliando ou enriquecendo a sua esfera jurídica. Êsse alguma coisa não poderá mais desligar-se dela por simples efeito das novas leis, sob pena de estas desconhecerem a «personalidade» e praticarem assim uma espécie de roubo, renegando a «ordem individualista» sôbre que assenta, moral e juridicamente, tôda a nossa actual organização social. Isto não se dá, porém, com as situações objectivas.

Dêste modo entendida, a «*teoria das situações jurídicas subjectivas e objectivas*» parece-nos tornar-se, pois, absolutamente aceitável. Ela assume assim um grao de precisão e consistência lógica que não têm as outras, aliás verídicas também, dos «*direitos adquiridos*» e dos simples «*direitos*» contrapostos aos meros «interesses». Trata-se porém, no fundo, como se vê, emfim, duma pura questão de *fórmulas*, para não dizer de palavras. Em tôdas as teorias referidas

chama as qualidades jurídicas das pessoas ou condições de puro facto em que elas se podem vir a achar, mesmo que dessas condições provenham também conseqüências jurídicas. Exemplos da primeira espécie: os poderes dos proprietários, dos crèdores, dos pais sôbre os filhos, etc. Claro que as leis novas regulando o *como* e o *quanto* dêsses poderes, como factos actuais, se aplicam igualmente àqueles que já eram proprietários, crèdores ou pais antes de a lei nova vigorar. Exemplos da segunda espécie: a menoridade e as outras incapacidades naturais, que constituem qualidades ou condições acidentais das pessoas, factos transitórios, cuja existência e desaparecimento não modificam a posição ou estado destas, nem em face do Estado ou sociedade política, nem em face da Família ou sociedade familiar. É evidente que essas qualidades, embora produzam também efeitos jurídicos no tocante à capacidade (sobretudo de exercício de direitos), contudo não se confundem com o «estado civil» da pessoa. Não há, com efeito, um direito à maioridade, como há um direito ao «estado». Esta a razão por que as leis novas, alterando o limite da maioridade ou o regime da incapacidade dos dementes e dos pródigos, se aplicam, sem perigo de ofensa de direitos adquiridos, às pessoas que já tinham atingido a maioridade ao abrigo de leis anteriores, ou ainda aquelas que já se achavam interditadas por êsses motivos. Trata-se aí de situações jurídicas puramente objectivas que não entram nem no conceito de estado, nem no de património.

existe, em suma — à excepção da do «*facto passado*» — a mesma preocupação essencialmente ético-jurídica de fazer respeitar pelas leis novas, nos efeitos dos factos passados, aquilo que afinal não são mais do que puras manifestações da idéa da personalidade. Mas precisamente neste ponto é que esta teoria, que defendemos, alcança também sôbre a teoria do «facto passado» uma indiscutível vantagem, visto como, ao mesmo tempo que nos fornece, nos têrmos em que a adoptamos, um *princípio de coordenação lógica* das realidades (pelo menos, tão vigoroso como o desta última teoria), nos fornece ainda, em segundo lugar — desde que a completemos com êste «ingrediente» do respeito devido à personalidade — um *princípio de justificação ético-jurídica* que debalde, como já vimos, procurariamos naquela (1).

Numa palavra: em face do nosso direito vigente, e considerando o pensamento da lei como êle se manifesta art. 8.º do Código Civil, julgamos, portanto, ser a «*teoria do facto passado*» a que melhor traduz êsse pensamento manifestado na primeira parte do referido artigo. É, porém, a «*teoria dos*

(1) Em face do que fica dito, é fácil concluir pois — e isto importa notar — que também um importante elemento de verdade se contém nas teorias dos «direitos adquiridos» e do «direito e interesse». O defeito delas, mais uma vez o dizemos, consiste apenas no facto de não terem sabido definir com todo o rigor, a meu ver, o que deve entender-se pelos conceitos fundamentais em que se assentam e de que partem. Se, porém, dermos à expressão «direitos adquiridos», ou à de «direito», o sentido de situações subjectivas ou de *subjectivações de direitos* com a amplitude que vimos, poderemos admiti-las do mesmo modo, pois que então tôdas estas teorias se acharão de acôrdo no essencial e as suas divergências resumir-se hão quási só numa questão de palavras, como freqüentemente acontece nas grandes controvérsias relativas às construções da ciência jurídica. De resto, a compreensão exacta da doutrina que defendemos, só poderá alcançar-se mediante a aplicação dela aos diferentes institutos, coisa que aqui não pode ser feita. É sabido também que não há teorias perfeitas, no sentido de nos darem conta de todos os factos. Basta, porém, para serem tidas por verdadeiras, que o sejam *relativamente*, isto é, que nos dêem conta e expliquem a grande maioria dêles ou que, na sua aplicação à maioria dos casos, nos satisfaçam.

direitos adquiridos» aquela que melhor corresponde ao pensamento da lei, manifestado na última parte dêle. Como, todavia, a lei não define o que é «direito adquirido», julgamos do mesmo modo, e desta vez em toda a liberdade de interpretação teórica, que ainda a melhor maneira de definir êsse conceito é também a que consiste em vê-lo através da doutrina das *situações jurídicas subjectivas*, porém entendidas na forma que acima deixamos exposta.

42. v) Finalmente, há também um problema da aplicação das leis no espaço, que corresponde à última das dúvidas que podem levantar-se na aplicação do direito em geral. Com efeito, as leis, assim como são limitadas no tempo, são-no também no espaço. ¿Que quer, porém, isto dizer? A primeira coisa que isto quere dizer é que tôdas as leis têm, antes de mais nada, *em princípio*, como limite da sua aplicação espacial, os limites do território dentro do qual e para o qual são feitas. Todavia, êste mesmo princípio sofre também numerosas restrições.

Como é sabido, a humanidade continua a achar-se dividida, politicamente, em numerosos Estados. Cada um dêstes Estados tem a sua própria ordem jurídica interna, o seu direito, exigidos pelas suas necessidades e tradições. Assim, todo o direito civil é ainda hoje, como é sabido, nacional, territorial. Portanto, bastaria já que prevalecesse em absoluto êste nacionalismo do direito, como critério para a sua aplicação territorial, para já haver limitações a essa aplicação no espaço. Simplesmente — deve dizer-se — se esta fôsse a única limitação, tôdas as questões a êste respeito seriam então duma fácil solução, visto os juizes só poderem aplicar a lei nacional a tôdas as contestações surgidas nos tribunais dum Estado. A questão é, porém, mais complexa.

Com efeito, sabe-se também, por outro lado, que, a-pesar dêste nacionalismo do direito privado, de que acabamos de falar, o princípio de que cada Estado só aplica nos seus tribunais as suas próprias leis territoriais não vigora hoje nas relações entre os Estados. Êstes formam também hoje entre si uma verdadeira sociedade internacional e sabe-se que esta tem do mesmo modo exigências que são, por sua vez, a base duma outra *ordem jurídica comum*, sobreposta a de cada um dêles, e a que se chama a *ordem jurídica internacional*.

Ora é daí que precisamente resulta que os diversos Estados modernos tenham renunciado à aplicação exclusiva das suas leis territoriais e, pelo contrário, admitam hoje a possibilidade de terem excepcionalmente de aplicar nos seus tribunais as leis de outros Estados. De resto, mal se compreenderia hoje, numa época, como a nossa, de tão estreita aproximação nas condições da civilização de todos os povos, pelo menos europeus — diga-se de passagem — que um indivíduo em viagem andasse a mudar todos os dias de leis, como quem muda de língua e de hábitos, ao transpôr cada nova fronteira, sendo, por exemplo, menor àquem dos Pirineus e maior para além dêles, ou podesse ser chamado aos tribunais do país a que mais conviesse a outro chamá-lo, só para lhe fazer aí aplicar uma legislação diferente da sua. É evidente que isso seria absurdo.

Há pois também hoje — compreende-se fàcilmente — a necessidade de demarcar nos domínios do direito, como em todos os demais, a parte que deve pertencer ao nacionalismo e aquela que deve pertencer ao internacionalismo. Antes disso compreende-se que, muitas vezes, o juiz possa encontrar-se perplexo àcêrca da lei que deve aplicar para regular certas contestações. Compreende-se, numa palavra, que, perante certas relações jurídicas que têm isto de especial: — ou *pertencer um dos seus sujeitos a um Estado diferente*, ou *achar-se situado nesse Estado o objecto a que ela respeita*, ou *ter ela tido nesse Estado a sua origem*, ou ainda estar destinada a *produzir aí os seus efeitos* — compreende-se dizemos, que então possa surgir o problema mais complicado de saber a qual das leis, à nacional ou à extrangeira, o juiz deverá dar preferência.

Esta é, pois, a verdadeira questão da aplicação das leis no espaço. Como se vê, não se trata já da aplicação exclusivamente territorial das leis do Estado. Trata-se da possível aplicação extra-territorial de leis extrangeiras em concorrência com as leis do próprio Estado e dentro do seu território. ¿Quando é, porém, que deve aplicar-se a lei nacional e quando deve aplicar-se a lei extrangeira? Certamente, isso não pode ser arbitrário. Ora justamente ao conjunto de normas e de princípios que o direito dum Estado estabelece e aceita, para decidir quando nos seus tribunais deverá aplicar-se de preferência a sua lei interna, ou antes a lei dum outro Estado, é que se dá geralmente o nome de *Direito internacional privado* (1).

Êste direito internacional privado, não é, porém, internacional — note-se bem — no sentido de resultar dum acôrdo entre os vários Estados ou de ser por todos êles, ou só por alguns, aceite. Não tem uma base contratual, como tem o direito internacional público. Certamente, existe hoje a tendência no sentido de tornar extensivo a todos os Estados, pelo menos a todos os que representam o mesmo tipo de civilização, os mesmos princípios de direito internacional privado. Mas essa tendência, que representa uma aspiração, não se realisou ainda inteiramente. De facto, o que há é uma grande variedade de direitos internacionais privados. O direito internacional privado é sempre, na sua origem e conteúdo, *nacional*, isto é, próprio de cada Estado, *(quod quisque populus ipse sibi constituit)*. Cada um dêles regula-o

(1) O objecto do direito internacional privado é, mais explicitamente, o seguinte: a determinação da condição jurídica dos extrangeiros em cada país; a resolução dos conflitos que se podem levantar entre as legislações dos diferentes Estados; e a fixação dos efeitos dos actos jurídicos realizados em país extrangeiro. Dêstes diversos objectos é, porém, o segundo o mais importante, ou seja, a *resolução dos conflitos entre as legislações dos diferentes Estados*. Cfr. Dr. Machado Vilela, *Tratado de Dir. Int. Privado*, I, pág. 7.

e fixa-o como entende, dentro do princípio duma absoluta igualdade jurídica entre todos os Estados (1). Êste direito constitúi, a-final, dentro da «Ordem jurídica» de cada um dêles um ramo do seu *direito público* ao lado dos outros, encontrando aplicação territorial só dentro das suas fronteiras e impondo-se sòmente aos seus tribunais e magistrados (2). Mas, por isso mesmo que o direito internacional privado nos indica apenas quando deve aplicar-se o direito interno dum país ou o direito extrangeiro dum outro, porisso mesmo é que as suas normas, como se vê logo, não constituem um direito *material* ou substancial, e, pelo contrário,

(1) As fontes do direito intercional privado são: a *lei interna*, os *tratados normativos* e o *costume internacional*. Na primeira categoria, entram, quanto a Portugal, as disposições do Código Civil (arts. 24.º a 31.º, 964.º, 1106.º e 1107.º, 1961.º, 1965.º e 2430.º), do Código Comercial (arts. 4.º, 12.º, 54.º, 109.º, 111.º, 516.º, §§ 2.º e 3.º; 591.º, §§ 1.º e 2.º; 650.º, 674.º e 690.º) e outras do Código de processo civil; do Código de processo comercial; do dec. de 21 de Outubro de 1907; do dec. n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910; do Código de registo civil; e do Regulamento consular, de 7 de Março de 1920. Quanto à segunda categoria (*tratados*), avultam entre êles as convenções da Haia, de 1896, 1902 e 1905. E, finalmente, quanto à terceira (*costume*), embora não haja texto algum de lei que permita a sua observância e embora o costume não seja hoje, como vimos, fonte de direito privado, é-o todavia nesta matéria, por se tratar dum ramo de direito ainda em via de formação e de resto pobríssimo em regras expressas nas nossas leis, não podendo a teoria das suas fontes subordinar-se, portanto, à teoria das fontes do direito interno. Cfr. Dr. Machado Vilela, *Tratado elementar de Dir. Int. Privado*, I, pág. 25 a 28.

(2) Êste ramo de direito pertence ao campo do *direito público*, porque o interesse que directamente se tem nele em vista, ao decretarem-se tais normas, é manifestamente um interesse público, embora as normas que o magistrado possa ser chamado a aplicar sejam em si mesmas, já de direito privado nacional ou extrangeiro, já processual, já penal, etc. Ora é evidente que, na medida em que tais *normas de disposição*, que constituem o direito interno privado, poderão impôr ao magistrado a aplicação de outras pertencentes aos mais variados ramos de direito — é evidente, dizemos — que elas mesmas não poderão pertencer a nenhum dêsses ramos mais especializados, entrando apenas dentro do conceito de normas de direito público interno do país que as decretou.

não são mais do que simples «*normas de aplicação*». Por outras palavras: estas normas não nos dizem como é que certas relações jurídicas devem ser *materialmente* disciplinadas, ou certas contestações decididas pelos magistrados; dizem apenas a êstes que apliquem, ora a lei nacional, ora a lei extrangeira, conforme os casos; dizem-lhes, emfim, também como devem resolver os chamados «*conflitos de leis*», ou seja, os conflitos de concorrência entre várias leis. É por êste motivo que se lhes dá igualmente o nome de «*normas de conflitos*».

Esta a noção de *direito internacional privado*.

Conhecida, porém, esta noção e sabido o que é o problema da aplicação das leis no espaço, vejamos agora as seguintes dúvidas que podem surgir: — *a*) ¿qual das duas leis, a *nacional* ou a *extrangeira*, é que deve aplicar-se duma maneira geral como regra, e qual como excepção?; — *b*) ¿qual o critério geral para, em face dos diferentes casos, decidir *qual das leis* deverá aplicar-se? Eis aqui as duas questões mais graves sôbre as quais, dentro dêste problema, importa saber orientarmo-nos.

Certamente, não é aqui, mas sim no estudo da cadeira de direito internacional privado, que estas questões deverão ser tratadas com a amplitude que requerem (1). Aqui apenas nos limitaremos, portanto, à indicação só de alguns princípios muito gerais e que sòmente servirão de introdução ao estudo delas na altura e no lugar competentes.

a) ¿Qual das duas leis, a nacional ou a extrangeira, a *territorial* ou a *pessoal*, é que deverá aplicar-se como regra e qual como excepção. É claro que, na formulação

(1) Sôbre todas estas matérias do direito internacional privado, deve considerar-se como primeira fonte de estudo, quanto a Portugal, o esplêndido *Tratado* do professor Dr. M. Vilela, citado na nota anterior, e cujo título completo é: *Tratado elementar teórico e prático de direito internacional privado*, 2 vols., Coimbra, 1921 e 1922.

desta pregunta, se trata só das relações jurídicas em que, como já dissemos, ou intervem como sujeito um extrangeiro, ou existe um objecto que se acha situado no território dum outro Estado; ou ainda de relações jurídicas que se constituiram no extrangeiro, ou que devem produzir aí os seus efeitos. A êste respeito, quero apenas salientar aqui as vicissitudes que tem atravessado a doutrina que pretende responder àquela interrogação.

Antigamente, seguia-se a doutrina segundo a qual a «regra» era a aplicação da *lei territorial* àquelas relações jurídicas, considerando-se a aplicação da *lei pessoal* a «excepção», só admissível em casos determinados. Era essa, com efeito, a doutrina da territorialidade, que vinha dos tempos feudais, e sôbre a qual se fundou mais tarde, por obra dos post-glosadores italianos, a chamada teoria dos *estatutos* (1).

Modernamente, porém, o princípio fundamental desta doutrina inverteu-se e, ao contrário da teoria estatutária, passou a pensar-se que devia ser a aplicação da *lei pessoal* (extrangeira) àquelas relações jurídicas especiais, que devia constituir a regra, e que a da *lei territorial* não podia ser mais do que a excepção. ¿Porquê isto? Para responder a esta pregunta, deve-se notar que uma tal corrente tomou, por assim dizer, corpo em duas opiniões, que constituem também duas teorias notáveis na moderna história das idéas a êste respeito e a que convem também fazer referência.

(1) A teoria dos estatutos foi a primeira teoria que procurou resolver os conflitos de leis, reconhecendo em certos casos valor e aplicabilidade às leis extrangeiras. Chamavam-se *estatutos* as leis particulares das cidades do norte da Itália, em oposição ao direito romano que era o direito comum e territorial. Esta teoria, afirmada na segunda metade do século XIII, por obra dos post-glosadores italianos, dominou toda a elaboração doutrinal em matéria de conflitos de leis até ao fim do século XVIII, embora tivesse tomado os mais diversos aspectos e obedecido às mais diversas tendências. Cfr. Dr. Vilela, I, pág. 294 e seg.

É uma delas a teoria (dos fins do século XVIII, formulada sobretudo por Savigny) chamada vulgarmente da «*comunidade do direito*». Segundo ela, sendo igual hoje a civilização dos diferentes Estados e sendo, conseqüentemente, comuns e constantes, na vida de todos, os princípios de direito por que se regem, existe assim uma verdadeira comunidade de direito. Donde, o deverem aquelas relações jurídicas, de que falamos, ser reguladas pela lei que melhor corresponda à sua natureza intrínseca, que é geralmente a lei nacional, e não necessàriamente pela territorial (1).

É a outra a chamada teoria da «*nacionalidade*». Esta, fazendo do conceito de nacionalidade a base de todo o direito público e, portanto, do internacional privado, sustenta também que é a *lei nacional* do indivíduo aquela que, em princípio, o deve acompanhar sempre, regulando as suas relações jurídicas privadas, como a que melhor pode corresponder à índole destas. Como limitação à aplicação da *lei nacional*, esta teoria apenas admite as exigências da «*ordem pública*», própria de cada Estado, e as derivadas do princípio do respeito devido à liberdade do indivíduo no campo do direito contratual; com efeito, o indivíduo deve também poder neste domínio optar pelas leis que quiser, renunciando às suas próprias leis nacionais (2). Eis aqui as doutrinas e teorias que, a propósito da preferência a dar à lei

(1) Segundo esta doutrina, sustentada por Savigny no seu *Tratado de direito romano*, o magistrado não terá dificuldade em aplicar no seu tribunal direito extrangeiro e, portanto, qualquer lei: espanhola, francesa, alemã, etc., visto que tôdas elas obedecem a princípios comuns de direito. A única coisa a averiguar é qual a lei que melhor corresponderá à natureza íntima da relação jurídica. Mas, como justamente essa será as mais das vezes uma questão impossível de resolver, daí resulta a absoluta carência de qualquer valor prático duma tal doutrina. Cfr. Dr. Vilela, *ibid.* pág. 327 e seg.

(2) A teoria da nacionalidade pode considerar-se fundada por Mancini, chefe da escola italiana, e foi seguida por Fiore, Lomonaco, Durant, Catellani e muitos outros. Cfr. Dr. Vilela, *ibid.*, pág. 344 e seg.

nacional ou à extrangeira (territorial ou pessoal), no tocante àquelas relações jurídicas de que falavamos, têm sido seguidas e defendidas nas diferentes épocas. Como se vê, a aplicação da lei extrangeira à regulamentação dessas relações é, pois, hoje, em geral, a regra e a da lei territorial a excepção.

Qual é, porém, a doutrina seguida pelo nosso direito positivo?

O sistema do nosso código civil inclina-se, evidentemente, para esta segunda doutrina. Com efeito, dá preferência em muitos casos à lei extrangeira, sujeitando-a apenas às limitações impostas pelos princípios da «*ordem pública*» interna e da liberdade ou *autonomia da vontade* individual.

É isto mesmo que resulta, como vamos ver, da análise do segundo ponto, ou seja, da resposta que também deve ser dada à segunda pregunta que acima formulamos.

b) Com efeito: ¿qual o critério geral para, em face dos diferentes casos, decidir qual das duas leis deverá aplicar-se, se nos acharmos diante duma relação jurídica de direito internacional privado com os caracteres que já conhecemos?

Ora os princípios fundamentais que dominam a nossa legislação, no tocante à lei reguladora das relações jurídicas de direito internacional privado, são êstes: — 1.º) — aplicação da *lei nacional* a tôdas as relações jurídicas inerentes ao *estado* e *capacidade civil* das pessoas, ao seu *direito de família* e *sucessório*, limitada apenas pelo princípio da «*ordem pública*»; 2) — a aplicação da *lei territorial* às relações inerentes à *propriedade* das coisas situadas no território do Estado, bem como: 3) — aplicação da mesma lei territorial à *forma externa* dos actos jurídicos; 4) — e finalmente, a aplicação do *princípio da liberdade* ou autonomia da vontade individual em matéria de contratos.

Quanto ao primeiro princípio, está êle essencialmente consagrado nos artigos 24.º e 27.º do Código Civil, quanto ao *estado* e *capacidade*, já dos portugueses em país extran-

geiro, já dos extrangeiros em Portugal (1). E o mesmo se diga, em suma, da aplicação do mesmo princípio ao *direito de família* e *às sucessões*. Embora se não encontre uma disposição única, no nosso direito interno, que expressamente consagre esta segunda aplicação com a mesma energia, como relativamente ao estado e capacidade civil, é essa, porém, a doutrina das convenções e tratados, e nomeadamente das convenções da Haia, assinadas por Portugal, e a que já acima fizemos referência a propósito das fontes do nosso direito internacional privado (2). De resto, as relações de família constituem um elemento tão importante do *estado* das pessoas, que é, sem dúvida, a lei nacional a que deve regular a capacidade para a prática dos actos pelos quais a família se estabelece, como o matrimónio e a perfilhação, e ainda para regular o parentesco, o direito de alimentos, a legitimação de filhos e o divórcio; e o mesmo se diga ainda do regime da sucessão legítima e legitimária, atenta a estreita ligação que existe entre êstes institutos e a família.

Quanto ao segundo princípio (aplicação da lei territorial às relações e direitos inerentes à *propriedade* das coisas situadas no território do Estado), está êle também consagrado — no tocante à propriedade imobiliária — no nosso código (3). Assim será pela lei territorial que se regularão

(1) Art. 24.º «Os portugueses que viajam ou residem em país extrangeiro, conservam-se sujeitos às leis portuguesas concernentes à sua capacidade civil, ao seu estado e à sua propriedade imobiliária situada no reino...» Art. 27.º «O estado e a capacidade civil dos extrangeiros são regulados pela lei do seu país». Cfr. arts. 1065.º e 1066.º, Código Comercial, art. 12.º e Regul. consular, art. 98.º.

(2) Vid. Dr. M. Vilela, I, pág. 70 e seg. e II, pág. 341 e seg. e Guilherme Moreira, *Inst.* I, pág. 101.

(3) O art. 24.º consigna o princípio de que a propriedade imobiliária sita no território português e pertencente a cidadãos portugueses que viajam ou residem no extrangeiro, é regida pela lei portuguêsa. E o mesmo princípio se aplica à propriedade imobiliária de extrangeiros, situada em Portugal, como se vê dos arts. 27.º, 964.º e 1107.º. Cfr. G. Moreira, *ibid.* pág. 103.

as qualidades jurídicas das coisas e o seu regime, bem como os direitos que nelas podem recair e as condições necessárias para que essa propriedade possa onerar-se ou transferir-se. E o que se diz da propriedade imobiliária, pode do mesmo modo dizer-se da mobiliária, visto que, conquanto no Código Civil não exista uma disposição expressa relativa ao assunto, contudo é isso que se infere também do princípio geral do art. 26.º, estabelecendo que os extrangeiros gosarão dos mesmos direitos e obrigações dos nacionais, emquanto aos actos que houvessem de produzir os seus efeitos em Portugal (1).

Relativamente ao terceiro dos princípios expostos (aplicação da lei territorial à *forma externa* dos actos), nenhuma dúvida também de que êle se acha do mesmo modo expressamente reconhecido na nossa legislação e, duma maneira especial, no art. 24.º do código civil (2). É esta disposição o reconhecimento da célebre regra consuetudinária, conhecidas de tôdas as legislações — *locus regit actum* — e pela qual se entende que são sempre as formalidades exigidas pela lei do lugar, onde o acto é praticado, que devem condicionar a sua validade extrínseca. Entende-se aqui, porém,

(1) De resto, como também notou G. Moreira (*ibid.* pág. 109), o facto de o próprio art. 27.º só mandar aplicar a lei nacional ao estado e capacidade civil das pessoas, parece vir assim fortalecer a ilação de que os direitos e obrigações relativos a coisas mobiliárias pertencentes a extrangeiros e situadas no país, devem também ser regidos pela lei portuguesa. Donde há que concluir que, também quanto aos móveis, portanto, a sua classificação jurídica, o regime dos direitos reais sôbre êles e o do seu modo de transferência, tudo isso deve ser regido pela lei territorial e não pela nacional.

(2) Art. 24.º, *in fine*:... «a forma externa dos actos será, todavia, regida pela lei do país, onde forem celebrados, salvo nos casos em que a lei expressamente ordenar o contrário». Esta regra refere-se só aos actos celebrados pelos cidadãos portugueses que viajam ou residem no extrangeiro. Nenhuma dúvida sofre, porém, a sua aplicação também aos actos praticados pelos extrangeiros em Portugal, como se vê dos arts. 1085.º e 1965.º e ainda do art. 4.º do Código Comercial. Cfr. também arts. 1065.º, 1106.º, 1961.º, 1965.º e 2430.º do Cód. Civ.

por formalidades ou requisitos de fórma externa dos actos, não as condições subjectivas que se exigem naquele que os pratica, nem ainda as objectivas que determinam o seu conteúdo essencial, mas sim apenas aquelas que se dizem *ad solemnitatem* ou *ad probationem*, isto é, que a lei exige para o efeito de mera solenidade ou prova do acto, como garantia de expressão sincera e consciente da vontade das partes e seu eficaz meio de prova em juízo (1).

Finalmente, adoptou ainda o nosso direito positivo, como acima dizemos, o *princípio da liberdade e autonomia da vontade* em matéria contratual. Quanto a êste último princípio e ao seu reconhecimento pela nossa legislação, resultam êles também do facto de o nosso código apenas ter fixado com *carácter coactivo* a lei reguladora do estado e capacidade civil das pessoas, da propriedade e da fórma externa dos actos, e de nada ter disposto àcêrca da lei reguladora da substância e efeitos das obrigações. Além disso, o princípio da autonomia da vontade, que nesta matéria é fundamental no nosso direito interno, acha-se ainda expressamente sancionado, pelo que respeita aos actos de comércio, no art. 4.º, § 1.º, do código comercial, em que supletivamente se declara qual a lei por que devem regular-se a substância e os efeitos das obrigações (2). E assim vemos, pois, que só os princípios da «ordem pública» poderão constituir aqui, como em matéria de aplicação da lei nacional, o único limite à aplicabilidade dêste princípio da autonomia da vontade das partes.

---

(1) Cfr. G. Moreira, *ibid.* pág. 110 a 112.

(2) Art. 4.º do Código Comercial: «Os actos de comércio serão regulados: 1.º quanto à substância e efeitos das obrigações, pela lei do lugar onde fôrem celebrados, *salva convenção em contrário;* § único: «o disposto no n.º 1 dêste artigo não será aplicável, quando da sua execução resultar ofensa ao direito público português ou aos *princípios de ordem pública*». Donde se depreende que a aplicação da lei territorial neste caso só será obrigatória, quando a impuzerem os princípios de interesse e ordem pública definidos em cada Estado. Cfr. Guilherme Moreira, *ibid.*, pág. 113.

¿Que se entende, porém, por princípios de «*ordem pública*»? Já atrás tivemos ensejo de nos referir também a êste conceito, a propósito da classificação das normas jurídicas em normas de *interesse e ordem pública* e normas de *interesse privado* (1). Como então se viu, êsses princípios ou normas representam a invasão dum interesse público, da colectividade, no campo do direito privado. De facto, êsses princípios não são mais do que, como escreveu Guilherme Moreira, uma limitação proveniente do princípio da aplicação, no território de cada Estado, de tôdas as leis que têm por fim garantir e tutelar os seus interesses colectivos, ou as condições que o legislador considera indispensáveis para que no Estado se possam livremente desenvolver e coordenar as autonomias individuais. Ora essas condições, podendo ser diversas nos diferentes Estados, imprimem a cada um dêles como que uma organização especial e independente, sob o ponto de vista moral e jurídico, e pressupõem porisso um *veto absoluto* contra a aplicação, dentro do Estado, de quaisquer leis extrangeiras ou de quaisquer vontades livres que as possam desconhecer ou contrariar (2). Cada Estado tem o direito de estabelecer livremente essas normas, consoante aquilo que julgar mais adequado à sua existência moral e jurídica e, portanto, lógico é admitir a legitimidade da sua oposição à aplicação de quaisquer leis extrangeiras ou à afirmação de quaisquer vontades individuais que representem uma ofensa aos princípios em que essa organização moral e jurídica assenta. Donde se conclúi, em suma, que o conceito de «*ordem pública*» faz necessàriamente impôr o respeito de certas leis e de certos princípios, tanto aos nacionais como aos extrangeiros, constituindo assim uma limitação absoluta, já à aplicação da chamada «*lei nacional*» reguladora do estado e capacidade civil dos extrangei-

---

(1) Vêr *supra*, pág. 30.

(2) Guilherme Moreira, *ibid.* pág. 115.

ros, já à do princípio da liberdade e autonomia da vontade individual (1).

Os princípios da «*ordem pública*», sendo no seu significado o que acabamos de dizer, não se acham, porém, definidos no seu conteúdo, em parte alguma, nas disposições do nosso direito interno. As nossas leis, algumas vezes, estabelecem limitações à aplicação das leis extrangeiras e ao princípio da autonomia da vontade; assim, por ex., o art. 4.º do Código Comercial, fala-nos em «ofensa ao *direito público português* ou aos *princípios de ordem pública*» (2). Mas não é fácil — diga-se de passagem — determinar duma maneira precisa o seu alcance e conteúdo exactos. Êste conceito de ordem pública limitador da aplicação da lei extrangeira é assim, por natureza das coisas, necessàriamente, um conceito bastante vago e vacilante. Êle acha-se constantemente à mercê da vontade do Estado, das concepções morais reinantes e das vicissitudes que nestas a todo o momento se operam. E isto mostra a dificuldade que há na determinação científica, rigorosa, dêsse conceito em face do nosso direito internacional privado positivo.

---

(1) Exemplo: a disposição, ou antes, o princípio que proíbe a poligamia. Claro é que em países, como o nosso, em que o casamento e a família assentam moral e juridicamente numa base monogâmica, êste princípio não pode deixar de ser considerado de interesse e ordem pública. Logo: embora seja a lei nacional a lei reguladora do estado e capacidade civil das pessoas, compreende-se que o nosso direito interno se recuse a reconhecer a validade dum novo casamento em Portugal e das respectivas relações jurídicas de família que, por ex., um muçulmano pretendesse aqui celebrar e estabelecer com mais do que uma mulher, como aliás lhe permite a sua lei nacional. E o mesmo se diga do divórcio de extrangeiros que, antes do Decreto de 3 de Novembro de 1910, não podia ser proferido nos nossos tribunais, mesmo em face das leis extrangeiras que o concediam aos seus nacionais.

(2) Outros exemplos: o do art. 12.º do mesmo código, falando no *direito público* português, como limite à aplicação da lei extrangeira reguladora do estado e capacidade civil; e ainda o do art. 1.088, n.º 5, do Código de Processo Civil, falando dos princípios do direito público português e dos *princípios de ordem pública*, a propósito da possível oposição à execução em Portugal das sentenças proferidas em tribunais extrangeiros.

¿E será, ao menos, êsse conceito de ordem pública internacional o mesmo que o de ordem pública interna? Com efeito, há, como já vimos também, uma ordem pública interna, constituída por tôdas aquelas leis e disposições precetivas e proïbitivas de direito privado que «*privatorum pactis mutari non possunt*». Pois bem: ¿coincidirão êstes dois conceitos?

Ora, para salientarmos mais ainda o que há de delicado nesse conceito de ordem pública internacional, seja-nos lícito notar tambem aqui, por último, que não só êle não coincide com o de ordem pública interna, como que nem sequer é fácil, por outro lado, diferençá-los rigorosamente um do outro com um critério *a-priori*.

Certamente, uma coisa é a *ordem pública interna* e outra a *ordem pública internacional*. A primeira é a que resulta da aplicação daquele conceito geral, que já vimos, aos cidadãos dum mesmo Estado, no seu direito interno, impondo restrições à liberdade da sua acção jurídica privada em nome dum interesse público superior. A segunda é a que resulta do alargamento dêsse mesmo conceito à aplicabilidade da lei extrangeira — aliás, normalmente, a indicada para regular certas relações jurídicas. É, porém, evidente que o domínio da primeira *(ordem pública interna)* é necessàriamente mais compreensivo que o da segunda *(ordem pública internacional)*; o desta mais restrito. O espírito da primeira é também, digamos assim, menos tolerante, pois resulta da afirmação do princípio *positivo* e *institucional* do interesse público, em luta com o princípio oposto da autonomia individual. O espírito da segunda é mais tolerante por resultar antes do equilíbrio de dois princípios igualmente *positivos* e *institucionais*, quais são: o mesmo interesse público do Estado, no seu mínimo de exigências, e o princípio também *positivo* da aplicabilidade das leis extrangeiras em certos casos. Assim, se no primeiro caso, o conceito de ordem pública assume uma significação positiva, por assim dizer, mais *dogmática*, no segundo êle assume uma significação negativa de pura transigência e conciliação

entre dois princípios igualmente positivos de direito interno. Certamente, tudo aquilo que é proïbido a um extrangeiro, é proïbido a um nacional, mas nem tudo o que é proïbido a um nacional, é proïbido a um extrangeiro (1). E isto compreende-se, se tivermos presente que, como já foi notado, a aplicação da lei extrangeira é precisamente hoje a *regra*, e a da lei territorial a *excepção*, em matéria de relações jurídicas de direito internacional privado.

Mas então, ¿que concluir? Isto só, repetimos: que nos achamos diante dum conceito duma dificuldade extrema de determinação. Será fácil defini-lo no seu significado geral; será porém dificílimo fixar-lhe o seu conteúdo concreto. Tudo o que pode dizer-se é que a *ordem pública interna* e a *ordem pública internacional* formam, por assim dizer, dois círculos concêntricos, correspondendo à primeira o de maior, à segunda o de menor diâmetro. O centro, onde reside o conceito comum a ambas, é por definição idêntico. A ordem pública internacional representará o mínimo de condições e exigências do interesse público dum Estado, sem o respeito das quais êsse Estado não poderia subsistir, limitando porisso

(1) Isto vê-se melhor ainda com um exemplo. Por ex., um extrangeiro, em cujo país seja permitido o divórcio, não pode fazer decretar o seu divórcio noutro, onde a indissolubilidade matrimonial esteja consagrada, como na Itália. Neste país, portanto, a indissolubilidade matrimonial pertence ao número dos seus princípios de ordem pública, que se impõe tanto a nacionais como a extrangeiros. Todavia, se êsse extrangeiro fez competentemente decretar o seu divórcio no seu país de origem ou noutro, onde êle fôr admitido, como em Portugal, então já o estado e capacidade civil que daí resultam para êsse extrangeiro (o poder êle contrair segundo matrimónio) poderão ser reconhecidos, em nome do respeito da *lei nacional*, mesmo nos países ou Estados que aliás não consentem o divórcio, e isto sem ofensa da sua ordem pública de direito internacional. E contudo nunca um nacional dêsse país, um italiano, por ex., a quem o divórcio é proïbido, não só na Itália como no extrangeiro, poderia obter na sua pátria um tratamento igual e a mesma condescendência, pois então já se ofenderia a sua ordem pública interna.

inclusivamente a aplicação da lei extrangeira. Até êsse limite extremo pode ainda passar a regulamentação do estado e capacidade do cidadão extrangeiro. Não pode, porém, chegar até lá a autonomia da vontade do cidadão nacional. ¿Onde marcar, porém, duma maneira exacta êsse limite? Em nossa opinião, trata-se aqui, uma vez mais, dum daqueles casos em que só ao prudente arbítrio do magistrado deve pertencer o decidir, em face de cada hipótese, qual a vontade da lei e até onde vão essas exigências da *ordem pública* no sentimento dos limites a impôr à aplicação das leis extrangeiras.

Nisto se resumem os princípios mais gerais relativos à aplicação do direito no espaço. Como acima foi dito, só no estudo do direito internacional privado êsses princípios poderão encontrar o seu desenvolvimento. Aqui apenas queríamos fazer a sumária indicação dos problemas mais gerais que dentro de tal matéria se desenham, bem como dos princípios mais fundamentais que há que ter em vista para a sua solução.

E tendo assim tratado das diferentes questões que a aplicação do direito faz levantar, devemos pois dar agora por terminado êste capítulo e encetar o do estudo da relação jurídica e dos seus elementos.

CAPÍTULO IV

Da relação jurídica e seus elementos

SUMÁRIO: 43. Noções gerais: conceito de relação jurídica e dos seus elementos. 44. Classificação das relações jurídicas debaixo dum critério objectivo. A personalidade; os direitos de família; os direitos reais; as obrigações e as sucessões.

43. Depois de estudados o conceito de direito, a matéria das suas fontes e o seu modo de aplicação, nos capítulos anteriores, segue-se tratar agora da «*relação jurídica*» e dos seus «elementos». Com êste novo objecto do nosso estudo, abandonamos agora a parte mais abstracta da ciência jurídica e vamos-nos aproximando duma parte menos abstracta, mais plástica e concreta, considerando o direito como uma *relação social* dotada dum conteúdo positivo.

Com efeito, as normas, como vimos, são ainda um conceito muito abstracto; as fontes, um conceito muito formal; os modos de aplicação, uma série de critérios, de dúvidas e de respostas a essas dúvidas, extraídas dum fundo de concepções lógicas e de teorias muito gerais. Agora, porém, tratando das relações jurídicas e da sua disciplina positiva, iremos descendo até às realidades do direito, não já apenas como realidades de natureza exclusivamente conceitual, como até aqui, mas como *realidades sociais*, por detrás das quais se sente a vida com o seu condicionalismo, a sua matéria e as suas formas próprias, que se trata de *descrever*, de *interpretar* mais ao vivo e de enquadrar dentro dum sistema equilibrado. Isto é: trata-se ainda e sempre de conceitos, mas

agora como representação ou imagem directa e mais próxima de *factos sociais* muito mais concretos e vivos.

Como já tivemos ocasião de dizer — e convém que nunca o esqueçamos — outras ciências também se ocupam dêstes mesmos factos. A sociologia jurídica, por exemplo, não se contenta com descrevê-los, mas procura também explicá-los, achando-lhes a causa; a filosofia jurídica não se contenta nem sequer mesmo com explicá-los, mas procura ainda apreciá-los valorativamente, no ponto de vista ético e cultural. A jurisprudência, porém — e nisso se distingue das outras ciências jurídicas — mesmo quando desce ao estudo de tais «*factos*», nunca ultrapassa o ponto de vista lógico (1). As relações jurídico-sociais, mesmo quando tomadas como factos em si mesmos, não têm para ela outra espécie de consistência ou de realidade plástica que não seja a que lhes provém dos específicos conceitos lógico-jurídicos que os revestem e, assim revestindo-os, lhes emprestam a-final o valor de *moeda corrente* no comércio das idéas que são o seu objecto e com as quais constrói as suas teorias.

Vamos, pois, tratar das relações jurídicas, como objecto da ciência do direito positivo.

Mas ¿o que se entende por «relações jurídicas»? — ¿Que elementos entram na definição dêste conceito? — ¿Que espécies há de relações jurídicas, e que classificação devemos fazer delas?

Eis aqui as questões prévias, de que devemos tratar na *Parte Geral*, único objecto do nosso estudo, antes de entrar também no estudo de cada um dos elementos que as constituem.

À análise dêsses três problemas é que se chama, como é sabido, «*Teoria geral da relação jurídica*». O estudo mais detalhado do regime próprio de cada grupo de relações dessa natureza, constituindo as diversas instituïções, êsse

(1) Cfr. *supra*, pág. 40, nota.

pertencerá, porém, como também sabemos, à *Parte especial* do direito civil, com a qual não temos de nos ocupar aqui.

Como é sabido, dá-se o nome de «relação jurídica» a *tôda e qualquer relação entre os homens na vida social, regulada e tutelada pelo direito*. Esta noção, que já atrás foi dada, é, com efeito, à primeira vista, duma grande simplicidade (1).

Todavia, convém notar que são possíveis, na sua determinação mais rigorosa, dois conceitos diferentes, abrangendo por assim dizer um conteúdo mais ou menos amplo.

Sabe-se, com efeito, que tôda a vida chamada social não é mais do que um complexo de relações entre os homens. Êstes acham-se na vida social em relações uns com os outros. Estas relações, porém estabelecem-se, já porque os seus interesses individuais e colectivos se acham, *estàticamente*, relacionados, juxtapostos e coordenados pela própria natureza das coisas, já porque, sendo os homens centros de actividade, *dinamicamente*, êles fundam entre si todos os dias, por meio de actos voluntários, novas relações para a realização consciente dêsses interesses. Há assim, por conseguinte, relações sociais estabelecidas em volta de *simples interesses*, (elemento *estático*), e relações sociais estabelecidas em volta de *actividades* (elemento dinâmico) — ou seja, por meio de *vontades* que se propõem fins e porisso criam elas mesmas, conscientemente, essas relações. Ora, tanto umas como outras destas relações sociais, por serem igualmente reguladas pelo direito, são igualmente jurídicas. Simplesmente, convém também notar que, se tomarmos em consideração as relações fundadas em simples *interesses*, no primeiro sentido *estático*, então será evidente que, existindo um interesse humano latente, protegido pelo direito, em tôdas as relações sociais entre os homens, tôdas as relações sociais entre êles serão *ipso facto* relações jurídicas. Na verdade,

(1) Vide *supra*, pág. 43 e 44.

não se concebe uma relação entre dois homens que não envolva por um ou outro lado, ou positiva ou negativamente (quer se lhes imponha o dever de fazer ou o de não fazer alguma coisa), que não envolva — repito — um aspecto jurídico. E neste sentido, portanto, tôdas as relações sociais serão jurídicas, atingindo assim êste último conceito uma *extensão* de tal ordem, que necessàriamente o fará perder-se no vago (como os conceitos filosóficos de *ente* ou de *sêr*) sem que dêle possamos extrair qualquer teoria geral (1).

Se tomarmos, porém, em consideração as relações fundadas nas actividades conscientes, ou na vontade dos homens, como relações *criadas* por êles mesmos, no segundo sentido, então será evidente que, como só nelas pode haver a representação intelectual dum *fim jurídico*, só estas é que poderão ser verdadeiramente relações jurídicas, estabelecidas à sombra do direito objectivo, para realizar o direito subjectivo. Mas então não é menos evidente — note-se por último — que o conceito de relação jurídica se nos reduzirá nas mãos, quási

(1) Com efeito, tudo na nossa visão jurídica das coisas, no nosso pensamento jurídico, se reduz à «categoria» «*relação jurídica*», inclusivé o próprio conceito de «*sujeito de direitos*», visto que êste mesmo não pode conceber-se sem a noção da existência de outros «sujeitos» com os quais um primeiro entra em relação. Quem diz direito, diz, portanto, relação entre homens. Assim também, na nossa visão intelectual do mundo. Ontológica e lògicamente, tudo se reduz a *sêres*, a *entes*, a *existencias*. E como tudo são sêres, entes ou existências, êstes conceitos, porisso mesmo que são os mais *extensivos* e os menos *compreensivos* de todos os conceitos humanos, porisso são os menos susceptíveis de definição e aqueles àcêrca dos quais é impossível construir uma teoria geral. Chama-se, com efeito, *extensão* duma idéa o campo de outras idéas a que ela pode aplicar-se como elemento da sua definição; tudo é sêr. Chama-se *compreensão*, o campo das idéas que entram na determinação do conteúdo duma outra e, que ela abrange; ora a idéa de ser não abrange outra, senão a idéa de sêr; é indefinível. Eis também o que se pode dizer da noção de *relação jurídica*. O que é tomado aqui por uma definição dêsse conceito não passa duma tautologia. É lògicamente impossível tambem uma teoria da relação jurídica no seu sentido mais amplo. Esta noção não passa duma noção *a-priori*.

sem darmos por isso, a um conceito de tal modo restrito, por outro lado, que a sua teoria geral, que neste caso se torna possível fazer, só abrangerá a-final as relações resultantes dos «negócios jurídicos» como manifestações da vontade, sem que possamos estendê-la a tôda a restante vida do direito.

Numa palavra: as considerações que acabamos de fazer servem para nos mostrar, portanto — e isto só queriamos salientar — que nos achamos aqui, uma vez mais, diante dum daqueles conceitos da ciência jurídica que, nem por pertencer ao número dos fundamentais — como os de direito objectivo e subjectivo — deixa também de ser, como êstes, dos mais vacilantes e incertos, dos mais discutidos. Acontece com êle — digamos — que, ora se nos amplia, ora se nos restringe demasiadamente, no uso que dêle fazemos, ao aplicá-lo aos factos, como aconteceria — permita-se o símilê — com o uso dum binóculo que, oscilando bruscamente entre graduações extremas e imagens confusas, sem o dominarmos, não conseguissemos nunca acertar ou adaptar devidamente à nossa vista.

Vejamos agora quais são os elementos da relação jurídica.

Quer tomemos êste conceito no seu sentido amplo, quer no seu sentido restrito, é evidente que a «relação jurídica» pressupõe sempre um certo número de elementos, cuja existência se deduz lògicamente da análise do próprio conceito. Êsses elementos acham-se dentro dêle, como dentro da idéa de triângulo, por exemplo, se acha a idéa de cada um dos três lados que ela não pode deixar de conter.

De certo modo, pode dizer-se que assim como um triângulo tem três lados, assim uma «relação jurídica» tem — antes de mais nada — dois têrmos, entre os quais precisamente a relação se dá ou existe. Chama-se a êstes dois têrmos os «*sujeitos*» da relação jurídica. Êles são os portadores do interesse ou da vontade (ou de uma e outra coisa simultâneamente) que servem de fundamento à pretensão ou direito, ou ao dever jurídico, que da respectiva relação resultam. Como, porém, da relação podem nitidamente

resultar direitos para um só dos lados e deveres ou obrigações só para o outro, daí o chamar-se ao sujeito dos primeiros «*sujeito activo*» e ao dos segundos «*sujeito passivo*». Isto é bem visível, por exemplo, nos direitos de crédito, em que o sujeito activo se diz crédor e o passivo devedor (1).

Isto, porém, não é tudo ainda. Se o conceito de relação jurídica reclama a idéa de dois sujeitos, não reclama menos enèrgicamente a idéa dum «*objecto*». Há também um objecto da relação jurídica; não se concebe uma relação sem objecto. Entende-se porém, por objecto da relação jurídica aquilo a propósito de que, ou por causa de que, a relação se constitúi, existe. Como fàcilmente se apreende, tôda a relação tem uma *causa*, causa não já só no sentido de facto determinante, mas no sentido de um *interesse* (quer êste interesse tenha uma vontade a servi-lo e a representá-lo, quer não tenha) por virtude do qual precisamente, desde que êle se acha jurídicamente protegido, nasce para um lado uma *pretensão* ou direito e para o outro um *dever* ou obrigação. Ora a êsse interesse — que as mais das vezes é já um verdadeiro «*direito subjectivo*», é que se deve dar o nome de «*objecto*» *da relação jurídica*. Se há na relação um sujeito activo munido dum direito em face do outro sujeito, claro está que êsse direito *em si mesmo* (por ex., um crédito; por ex., a propriedade duma coisa), traduzindo-se num conjunto de pode-

(1) Não deve deixar de notar-se que tudo isto que no texto dizemos, é dito vendo as coisas muito esquemàticamente, dentro de fórmulas abstractas, como que algébricas, criadas pela inteligência discursiva. De facto, na vida, as coisas não se apresentam com esta simplicidade, a que a inteligência as reduz. As relações jurídicas aparecem, as mais das vezes, formando verdadeiros complexos de situações, às vezes inextrincáveis, metidas umas dentro das outras, e infinitamente ramificadas. Relações jurídicas há em que os sujeitos são múltiplos, quer pelo lado activo, quer pelo passivo, quer por ambos, e outras em que o sujeito activo é ao mesmo tempo passivo e vice-versa (há crédores que são devedores ao mesmo tempo), como acontece, por exemplo, nas obrigações resultantes de contratos *bilaterais*, como a compra e venda.

res, faculdades e pretensões, em vista dum fim, é que vem a constituir aqui o objecto por causa do qual a relação existe. Assim, sendo eu proprietário duma coisa, a relação jurídica que por êsse facto existe entre mim — proprietário e titular dum direito «absoluto» — e tôda a gente, obrigada a respeitar o meu direito, tem por objecto, evidentemente, o meu direito de propriedade. Assim também, se eu fôr crédor de cem em face dum meu devedor, a relação jurídica que existe entre mim e êle, terá por objecto precisamente o meu direito de crédito. A minha propriedade e o meu crédito serão, pois, num e noutro caso, o interesse jurìdicamente protegido e representado por uma vontade, a minha, em vista dum fim, que dão *causa* à relação e constituem neste sentido o *objecto* dela.

Mas pode também não haver na relação um sujeito munido precisamente dum verdadeiro direito, com todos os caracteres dum direito subjectivo, porém sòmente investido numa *posição* jurídica objectiva, numa *qualidade* ou num *estado*, ou apenas detentor dum interesse *jurìdicamente relevante* (caso dos maiores, dos comerciantes, por ex.); e não obstante isso, a relação em que o sujeito por êsse facto se acha com os outros homens e que nesse aspecto pode impôr que êle seja tratado desta ou daquela maneira, não deixa também de ser jurídica, embora tenha como objecto nesse caso, não já um verdadeiro direito, mas um simples interesse da pessoa, uma posição, uma qualidade ou um estado.

Ora, como fàcilmente se vê, o conceito de *relação jurídica* não coincide, portanto, perfeitamente, com o conceito de *direito subjectivo* e, sendo assim, o conceito de objecto daquela não pode também coincidir perfeitamente com o conceito de objecto dêste (1). Se todo o direito corres-

(1) É conveniente frisar que o *objecto da relação* jurídica, não é precisamente o mesmo que o *objecto do direito*. Uma coisa é o objecto da relação e outra o objecto do direito. O objecto da relação é o próprio direito

ponde a uma relação jurídica, há todavia relações jurídicas que não correspondem a direitos. Se objecto dêstes é sempre, como teremos ocasião de vêr, aquilo sôbre que recái o poder do sujeito, objecto da relação jurídica é, porém, sempre o próprio direito em si mesmo ou um simples interesse, por via dos quais a relação existe. Portanto, ainda quando se quisesse discutir se há direitos sem objecto, o que será sempre indiscutível é que não pode haver uma relação jurídica sem objecto; o contrário seria uma impossibilidade lógica.

Mas também isto não é ainda tudo. Além do sujeito activo e passivo e do objecto, há ainda em tôda a relação jurídica um terceiro elemento que, como aqueles, é também

---

ou interesse; o objecto do direito é um conceito mais material: é *aquilo sôbre que*, em última análise, vai recair o poder do titular e sujeito do direito. Todos os direitos são constituídos por poderes e faculdades em vista de fins e, como êstes poderes e faculdades têm que recair sôbre alguma coisa para êsses fins se atingirem, daí o ser justamente *êsse alguma coisa* o objecto do direito. Êste alguma coisa, porém, ou é constituído por *coisas* pròpriamente ditas (corpóreas ou incorpóreas, bens ou direitos), ou é constituído por certas *actividades* ou formas de actividade dos outros homens. Exemplo dum direito que tem por objecto coisas materiais ou corpóreas: a propriedade; exemplo dum direito que tem por objecto actividades ou formas de actividade de outros homens: os direitos de crédito (a prestação, seu objecto, é uma actividade do devedor).

Ora, tanto o conceito de objecto da relação jurídica é de distinguir do conceito de objecto do direito, que pode dar-se o caso de a relação jurídica existir e todavia o seu objecto ser um dos tais *simples interesses* protegidos pela ordem jurídica, que não chegam a assumir a construção de verdadeiros direitos subjectivos e que, portanto, não têm em si mesmos objecto algum, como o direito à vida, à existência, à liberdade, etc., isto é, as tais posições fundamentais do homem, ou os chamados direitos de personalidade, de que já falámos (vide *supra*, pág. 61 e seg.). Certamente, o homem só pelo facto de existir e de viver, já se acha em relações jurídicas com os outros homens, visto todos os outros serem obrigados a respeitar a sua vida e liberdade. Nesta relação, puramente *estática*, cada homem é sujeito activo, portador duma pretensão legítima (a de que respeitem a sua vida e liberdade); todos os outros são sujeitos passivos, portadores dum dever negativo (a de nada fazerem contra

pedido pela própria natureza do conceito. Êste é o «*facto jurídico*». ¿Que é, porém, o facto jurídico?

Claro é que, se as relações recíprocas dos homens em sociedade fôssem apenas simples relações *estáticas* de coëxistência entre sêres imóveis, como as que existem entre as figuras ou peças dum museu, o facto gerador dessas relações seria apenas o próprio facto de êles aí se acharem colocados. Neste caso, ausente a vida, tudo seria imóvel: os homens, a sociedade e as relações. Como, porém, não é isto o que acontece e como, pelo contrário, as relações sociais são uma forma de vida, sempre em movimento, compreende-se que os factos geradores destas relações, inclusivé das jurídicas, sejam, como estas, da mais variada índole. Com efeito,

---

aquela pretensão). ¿Qual é o objecto desta relação jurídica? O próprio interesse juridicamente protegido, evidentemente. E todavia êste interesse não tem *objecto*, no sentido em que o tem os verdadeiros direitos, como alguma coisa sôbre que recaia um poder do sujeito. Logo, há aqui um objecto da relação jurídica e não há um objecto do direito.

Mas há mais: tanto, também, o conceito de relação jurídica se deve distinguir do dos diferentes direitos que formam o seu objecto, que só, mantendo essa distinção, conseguiremos compreender a estrutura e os efeitos de certos direitos. Por exemplo: o crédor duma dívida acha-se manifestamente numa relação jurídica para com o devedor. Nesta relação ninguém duvidará do qual seja o seu objecto: êste é o próprio direito de crédito. Porém, sabe-se que, se êste crédor tem um direito, chamado *relativo*, contra o seu devedor, nem porisso deixa de ter, por outro lado, um outro direito, chamado *absoluto*, contra todos os outros homens (o direito a que êstes nada façam que impeça o reconhecimento e a efectivação do seu crédito). Ora êste efeito do direito de crédito (que é, digamos assim, um efeito *para o outro lado*) ¿resulta ou não resulta êle da mesma relação jurídica em que o crédor se acha para com o devedor? Achamos isso manifesto. Portanto, pode dizer-se que uma relação jurídica pode ter por objecto, não só um, como mais direitos ou interesses.

Pode dizer-se, numa palavra, que todo o direito, que se constitui por causa dum facto, faz nascer uma relação jurídica que se amplia e propaga em todos os sentidos, como uma ondulação partindo dum centro, que é o sujeito activo, e cujo limite é tôda a sociedade, até onde possam achar repercussão os diferentes interesses juridicamente protegidos dêsse sujeito por causa dêsse facto.

os homens não só vivem, como são sêres activos, duma actividade consciente que lhes permite propôrem-se a si mesmos fins. Êles movem-se, combinam-se, colaboram. As relações entre êles não são sempre as mesmas. Pelo contrário, modificam-se e renovam-se incessantemente. Há um dinamismo perene nas relações sociais e jurídicas e um deslocamento constante nas posições que os homens ocupam diante uns dos outros. Êsse deslocamento, ora provém automàticamente da verificação de certos factos ou acontecimentos naturais, tais como o nascimento, a doença, a idade, a morte, ora provém de positivas manifestações da sua vontade e do seu querer, em harmonia ou em contrário do direito, e chamam-se então mais pròpriamente «*actos*». O *acto* distingue-se do *facto*, porque pressupõe a vontade, podendo chamar-se-lhe também um *facto voluntário*. Ora eis aí precisamente — quando tudo isto é origem de relações jurídicas — aquilo a que se dá a designação genérica de «*factos jurídicos*». Êstes outra coisa não são, pois, senão todos aqueles factos (simples contingências, acontecimentos, factos naturais, ou ainda factos voluntários, actos ou acções praticadas pelos homens) pelos quais se geram aquelas referidas relações sociais que o direito regula e tutela. Numa palavra ainda: quem diz «relação jurídica», não pode, portanto, deixar de pressupôr também, com a mesma necessidade lógica, a idéa dum facto, que justamente colocou os dois «sujeitos» dentro da relação em que se acham e sem o qual esta não existiria ou seria diferente do que é. Êsse é o «*facto jurídico*».

Finalmente, um quarto e último elemento da relação jurídica existe ainda necessàriamente, a que se dá o nome de «*garantia*».

Também já acima vimos, tratando da definição do conceito de direito, que se êste, como conjunto de normas, se distingue das outras esferas do «normativo» social, como o ético e o ético-religioso, é porque tem a caracterisá-lo um elemento de obrigatoriedade coactiva, que o Estado garante.

O que a êste respeito dissemos, tratando das normas, tem aqui de novo tôda a aplicação (1).

Por outro lado, como também sabemos, as relações jurídicas não são mais, por definição, do que relações sociais *garantidas pelo direito*. Precisamente, nesta garantia que o Estado lhes dispensa com a sua tutela, é que reside o elemento específico e diferenciador que as distingue de tôdas as restantes relações sociais que não chegam a ser jurídicas. Portanto, trata-se, também desta vez, de mais um elemento que, como diziamos, já está implìcitamente contido no próprio conceito que analisamos. Na verdade, se no conceito de «*jurídico*» já se acha a idéa de garantia, é óbvio que no de «*relação jurídica*», porisso mesmo, êste elemento vai também já incluido ou lhe advém por acrescentamento. Êste elemento não consiste, porém, noutra coisa — diga-se, por último — senão na faculdade que o *sujeito activo* tem, como igualmente é sabido, de poder recorrer aos órgãos do Estado (neste caso os tribunais) para impôr ao *sujeito passivo* o cumprimento da obrigação — ou o respeito do dever — que da própria relação promanam, mediante o exercício do seu chamado «*direito de acção*».

E aqui temos, pois, os elementos da «relação jurídica» e o seu carácter lógico, necessário, como deduções dêsse mesmo conceito. É êste carácter lógico, necessário, que faz que entre ambos êstes têrmos exista, como atrás diziamos, uma relação semelhante à que existe entre a idéa de triângulo e a dos seus três lados.

Êles são — recapitulando — os dois *sujeitos* (activo e passivo), o *objecto*, o *facto jurídico* e a garantia ou *direito de acção* (2).

---

(1) *Supra*, pág. 15 e 16.

(2) Estes elementos, sendo o resultado duma análise lógica aplicada ao conceito *a priori* de «relação jurídica», são pois também, por assim dizer, dados *a priori*. Achamo-los dentro do próprio conceito e extraem-se dêle por dedução lógica. São, por assim dizer também, «categorias», formas *a priori*, do pensamento jurídico, como a idéa de *causa* na base da razão teórica. Isto é: não é possível pensar, raciocinar, nos domínios do direito e da sua

Se tôda a relação jurídica se desdobra nos quatro elementos, a que acabamos de nos referir, ¿que espécies há, porém, de relações jurídicas e qual a melhor classificação que dessas espécies devemos fazer? Eis aqui o último ponto de que nos resta tratar, antes de entrarmos no estudo em separado de cada um dos elementos da relação jurídica.

Que há relações jurídicas de muito diferentes espécies, ninguém se lembrará de o contestar. Ninguém se lembrará de confundir, por exemplo, o pátrio poder com o direito do crèdor ao pagamento duma dívida proveniente dum mútuo, ou as relações jurídicas entre os cônjuges com um servidão predial. E todavia, tudo isto são relações jurídicas que consistem em vínculos, jurídicamente tutelados e garantidos, entre as pessoas, dentro dos quais se distinguem sujeitos

ciência, sem as tomar como um pressuposto lógico constante. E todavia, não falta também quem o tenha já negado, falando-nos em *direitos sem sujeito* e *direitos sem objecto*, como Windscheid, Köppen, Brinz, Biermann, e muitos outros. ¿Que devemos, porém, pensar da opinião dêstes heterodoxos?

Quanto à primeira categoria *(direitos sem sujeito)*, os casos mais freqüentemente citados, como exemplos de direitos cujo sujeito não existe, são: o caso da *herança jacente*, o caso da *vocação dos nascituros à herança* e o do *título ao portador abandonado*. No primeiro, a herança não pertence a ninguém, não há um sujeito, e todavia ela é constituída por direitos dando origem a um património autónomo. No segundo, há, identicamente, uma massa de direitos que aguarda o nascimento dum indivíduo, o qual, antes de nascer, não é ainda sujeito dêles, porque carece de personalidade. No terceiro, finalmente, temos uma obrigação a cargo do emissor do título, que subsiste, e não temos também um sujeito para o direito que corresponde a essa obrigação, porque o título abandonado não se acha no património de ninguém. Estes os factos — E em face dêles, pode perguntar-se: ¿não estamos aí, com efeito, diante de verdadeiros direitos sem sujeito? — Cremos que não, que não é preciso admitir uma impossibilidade lógica, como a que nos pretende impôr esta concepção dos direitos sem sujeito, para explicar o que existe de anormal naquelas figuras. Mesmo sem ser necessário recorrer à construção dos chamados «*efeitos passivos do direito*», de Ihering, parece-nos que a lógica se salva inteira desta dificuldade, dizendo com Bekker (seguido por Ferrara) que o que naquêles casos se dá, não é uma ausência de sujeito, mas uma interrupção transitória na subjectividade jurídica, uma

activos de sujeitos passivos; pretensões e direitos, por um lado, de deveres e obrigações, pelo outro. Tôdas têm, emfim, dois sujeitos, um objecto, um facto jurídico a dar-lhes origem, e uma acção ou mais ao seu serviço.

Ora a ciência do direito, carecendo, como todas as ciências, de classificações e de nomenclaturas, como condição para poder dominar os factos ou realidades com que trabalha, tem também em todos os tempos procurado achar uma classificação das relações jurídicas, servindo-se para êsse fim de vários critérios. Efectivamente, já atrás vimos existirem diferentes classificações de direitos, adoptadas pela doutrina, umas, e outras pelos legisladores nos seus códigos. Demos aí o sentido de algumas delas e apreciamos até o valor científico dos seus respectivos critérios, inclusivè da classificação seguida

obnubilação, um eclipse do sujeito de tais direitos. A ordem jurídica não se resigna a crêr que êles não tenham sujeito, nem os controi, como tais, definitivamente; verifica apenas que o sujeito não está de momento determinado. Porém, na espectativa da sua determinação, ela faz manter o património de que se trata (herança jacente, herança do nascituro, obrigação do emissor do título) no estado de sujeição ou vinculação em que se acharia, como se o sujeito fôsse determinado. Não se trata, pois, de direitos sem sujeito, mas de situações especiais, caracterizadas por uma *vinculação* de certos bens no interesse dum sujeito futuro, e constituindo antes *expectativas* nesse sentido, mais do que direitos pròpriamente ditos. De resto, note-se que o título ao portador, uma vez abandonado, não é mesmo um direito sem sujeito, ou um direito *nullius*. É uma *res nullius*. Emquanto o título estiver abandonado, não existirá a obrigação do emissor; a situação dêste consiste apenas em achar-se exposto à possibilidade de a obrigação surgir para êle dum momento para o outro. ¿Quando? Quando o título fôr de novo apropriado por alguém; antes disso, não existe sequer um direito. Ver a êste respeito Ferrara, *obr. cit.* pág. 453 e 454.

Quanto à segunda categoria *(direitos sem objecto)*, os casos mais freqüentemente citados são os dos direitos de personalidade, do direito de cidade, *do jus honorum* e *do jus sufragii*. Mas aqui trata-se também, a-final, ou de direitos subjectivos públicos cujo objecto é o próprio Estado, ou de faculdades e poderes garantidos pela ordem jurídica, mas que não chegam a ser verdadeiros direitos subjectivos, como é o caso com os chamados *direitos de personalidade*. Veja o que a êste respeito ficou dito a pág. 61 e 64, *supra*.

pelo nosso Código Civil (1). Deve, porém, notar-se neste momento que tôdas essas classificações, sendo puras classificações *formais* dos direitos, não podem considerar-se convenientes classificações de relações jurídicas, embora freqüentemente ambos êstes conceitos andem confundidos e se pretenda, em geral, a crêr que: classificar os primeiros é o mesmo que classificar as segundas e vice-versa. Isto não é, porém, inteiramente exacto.

É sabido — já o dissemos também — que o conceito de «*relação jurídica*» é mais extenso e menos compreensivo do que o de direito subjectivo; isto é, aplica-se a um maior número de coisas e compreende um menor número de elementos na sua definição. Certamente, todos os direitos se traduzem em relações jurídicas; nem tôdas as relações jurídicas, porém, correspondem necessàriamente a verdadeiros direitos. Logo, uma classificação dêstes não pode rigorosamente ser uma classificação daquelas, conquanto entre umas e outras exista, como é natural, uma grande relação de afinidade lógica. Assim, se algumas das classificações de direitos, que acima vimos, podem também aplicar-se às relações jurídicas em geral, como, por exemplo, a dos direitos em *públicos* e *privados*, em *transmissíveis* e *intransmissíveis*, outras há contudo que por completo lhes repugnam: exemplos, as dos direitos em *absolutos* e *relativos*, em *pessoais* e *patrimoniais*, ou em *originários* e *adquiridos*. Com efeito, tôdas as relações jurídicas são «pessoais»; tôdas são ao mesmo tempo «absolutas» e «relativas», consoante o aspecto por que se encarem; tôdas são emfim «adquiridas», porque ninguém nasce já investido em quaisquer relações sociais (2).

(1) Cfr. *supra*, pág. 57 e seg.

(2) Dizemos que todas as relações jurídicas são pessoais, porque, como relações interessando o direito, só podem ter lugar entre pessoas. Dizemos que tôdas são absolutas, porque há em tôdas elas um aspecto pelo qual se impõem *erga omnes*, ao respeito de todos os homens. Só os direitos no seu objecto imediato é que podem ser relativos e patrimoniais ou absolutos e pessoais.

Averiguado, pois, que classificar as relações da vida jurídico-social, não é inteiramente o mesmo que classificar os diferentes direitos das pessoas, ¿como classificaremos então aquelas?

É evidente que o critério para uma tal classificação não pode deixar de ser o mais *objectivo* possível. A ciência do direito, a-pesar de ser uma ciência de conceitos puramente abstractos e formais, como repetidas vezes temos dito, contudo não deixa de aspirar também a dar a todos os seus conceitos o maior grau possível de objectividade, como interpretações de realidades. Ora as «relações jurídicas» não são, no fundo, senão relações sociais, isto é, *factos sociais (matéria)* interpretados de certo modo e transformados em conceitos *(forma)* duma específica forma de pensamento, que é o jurídico também. Logo, compreende-se que, ao querer classificar com a maior objectividade possível as «relações jurídicas», a ciência do direito nada de melhor possa fazer também do que atender de preferência a êsses mesmos factos sociais.

¿Que quere, porém, dizer isto de atender aos factos para classificar as relações? Evidentemente, atender aos factos para classificar as relações jurídicas, não pode significar outra coisa senão escolher e adoptar para critério dessa classificação o elemento mais «material» e menos «formal» — isto é, o mais *objectivo* e mais rico de conteúdo, o mais perto das realidades sociais, o mais perto da vida — de quantos nos são dados nesse conceito. Ora êsse é, precisamente, como não pode deixar de ser, o elemento «*objecto*» ou «*causa*» das relações jurídicas. Não o pode ser, evidentemente, o «*sujeito*» (nem o activo nem o passivo) — já o vimos — por ser êste um elemento puramente formal, sempre idêntico em tôdas as relações jurídicas. Não o pode ser tão pouco o «facto jurídico», porque êle serve do mesmo modo para gerar indiferentemente a tôdas as suas espécies; nem ainda, o elemento «garantia» ou acção, por esta se achar também presente em tôdas elas. Como já tivemos ocasião de dizer, não podemos aperceber-nos das diferenças que separam

entre si as coisas, focando-as através só daquilo que elas tem de comum, pois, por êsse lado, só podemos chegar a confundi-las. Não acontecerá isso, porém, se as focarmos através daquilo que mais as individualisa e separa umas das outras e isso só o pode ser a própria realidade objectiva que reside na sua *causa* ou *objecto*.

Pois bem: adoptemos então o critério do objecto ou causa, para uma classificação das relações jurídicas, e vejamos:

¿A que resultado chegaremos nós?

Não nos esqueçamos da noção já dada de «objecto» da relação. Êste é o *interesse* por via do qual a relação se constitúi e existe. As relações jurídicas constituem-se e existem sempre a-propósito ou por causa da protecção de interesses. Ora são êstes interesses que, apreciados, por sua vez, em função dos factos e das realidades sociais de que falamos, se deixam agora fàcilmente classificar num certo número de grupos fundamentais. Eis aqui êsses grupos:

1.º — interesses das pessoas, como pessoas, como entes jurídicos, na mais geral e abstracta acepção desta palavra. Notemos mais uma vez que se não trata aqui de direitos que pressuponham necessàriamente uma vontade consciente na sua base. Trata-se de interesses individuais que a lei protege, sem dúvida, mas que protege, mesmo que nenhuma vontade os represente directamente. São êstes as tais *posições* jurídicas fundamentais do homem, de que já falamos, e que constituem a sua chamada «personalidade» ou capacidade jurídica; são o pressuposto de tôdas as suas ulteriores aquisições de direitos, como o seu direito à existência, à vida, à liberdade, à honra, ao nome, etc. Pelo simples facto de nascer e viver, o homem acha-se já investido, como «sujeito», em relações jurídicas com todos os outros homens, mesmo ainda antes de praticar qualquer acto jurídico, antes ainda de ter uma vontade. Em virtude dessa relação todos ficam constituídos na obrigação de, pelo menos, respeitar tais

direitos. Ora, são precisamente êstes — digamos numa palavra — os seus chamados «*direitos de personalidade*».

2.º — interesses das pessoas inerentes aos factos, actos e situações pelos quais se estabelecem e se mantêm as relações sociais de família. Certamente, a família é uma importante instituïção social, que o direito toma à sua conta para disciplinar e tutelar. Dos factos que a originam — o matrimónio e a procreação — resultam, como se sabe, interesses e situações para as pessoas em face umas das outras (interesses do indivíduo e interesses da sociedade) que, por sua vez, são causa de inúmeras relações jurídicas, ou antes de relações sociais que o direito, só porque as regulamenta, converte em jurídicas. As relações entre os casados, no tocante quer às suas pessoas, quer aos seus bens, as relações da mesma natureza entre os pais e os filhos, o pátrio poder e os seus meios de suprimento, etc., tudo isso constitúi, sem dúvida, um importante grupo de relações sociais e jurídicas, de que nascem direitos e deveres, e cuja causa ou «objecto» se acha manifestamente bem diferenciada e individualizada. Ora a «ordem jurídica» definindo e sancionando êsses interesses, causa dêsse grupo de relações, faz dêles uma verdadeira instituïção à-parte, a que se dá, geralmente, o nome de «*direitos de família*».

3.º — interesses das pessoas respeitantes ao seu *gôso das coisas* e nas suas relações com essas mesmas coisas. Sabido é também que o homem, para poder viver e realizar os seus fins e necessidades económicas e de cultura, carece evidentemente de entrar em contacto com as coisas. Para isso, apropria-se delas, exerce sôbre elas certos poderes de utilização, e procura manter-se com elas numa relação directa. O interesse do indivíduo e o interesse da sociedade assim o exigem. Ora por êste facto estabelecem-se também relações sociais entre os homens, tendo por causa um tal interesse, e essas relações carecem igualmente de regulamentação. Esta

regulamentação consiste, porém, precisamente em dar-lhes também carácter jurídico, em converter em jurídicas essas relações sociais e económicas e em determinar, portanto, quais os direitos e deveres correspondentes que, a propósito delas e de tais interesses, devem ser definidos rigorosamente. Ora a êste terceiro grupo de relações jurídicas, tendo por objecto as relações entre os homens *por causa das suas relações directas com as coisas*, usa-se também geralmente chamar: *direitos das coisas, sôbre as coisas*, ou «*direitos reais*».

4.º — interesses das pessoas *na produção de certos factos voluntários* ou «*prestações*» de outras, quando tais factos ou prestações são devidos — note-se bem — não em virtude das obrigações (positivas ou negativas) resultantes das relações dos grupos anteriores, mas sim devidos por outras causas autónomas.

Com efeito, ao homem não lhe basta também, para realizar os seus fins, ser dotado de personalidade jurídica, nem achar-se exclusivamente investido nas suas relações de família, nem ainda só investido nas relações com os outros homens por causa das coisas que domina. Pelo contrário, é-lhe necessário — e nisso vai também o interesse geral da sociedade — entrar constantemente em tôda a espécie de outras relações com os outros homens, exercer uma actividade e criar com êles uma interpendência mais vastas. Ora de tais relações brotam a cada passo outros factos, que por sua vez são o ponto de partida para a formação de novos círculos de relações, ou que são a origem de novos «vínculos» entre os homens. Tôda a vida social, no seu dinamismo, é, como se sabe, uma vinculação constantemente renovada de vontades humanas diante umas das outras.

Êsses vínculos tornam-se, porém, a cada instante «jurídicos», pelo facto de a «ordem jurídica» lhes associar a produção de certos direitos e obrigações. Umas vezes, êstes factos, de que falamos, são apenas a condição por que a lei

espera para decretar o reconhecimento do vínculo, mesmo sem que a vontade dos indivíduos se manifeste (obrigações, cuja fonte é apenas a lei); outras vezes, são êsses factos factos voluntários, ou *actos*, e então, ou êles são o produto duma só vontade que a si mesmo se vincula, ou são o produto do encontro de vontades que se vinculam reciprocamente (obrigações contratuais).

Ora estas relações jurídicas, que tem por «objecto» ou causa os interesses nascidos ou os direitos e obrigações constituídos por virtude de tais factos e que são, como dissemos, expectativas e pretensões atribuídas a uns, e «prestações» ou formas de actividade impostas a outros — e isto sem dependência dos direitos de personalidade, nem dos direitos de família, nem dos reais — estas relações jurídicas formam, repetimos, um outro grupo também bem individualizado e autónomo de relações, que geralmente se designa pelo termo de «*obrigações*».

5.º — interesses das pessoas na apropriação dos bens e direitos que foram de outras, quando, por morte destas, é preciso determinar o destino dos diferentes elementos que constituíram o seu património.

A vida social, assim como é cooperação, colaboração, interdependência constante de vontades e vinculação delas, é também, no seu desenrolar no tempo, como se sabe, sucessão, hereditariedade. As relações jurídicas entre os homens, porisso que muitas delas têm um objecto económico, material, objectivam-se, por assim dizer, nesse objecto e assumem assim, por vezes, uma existência que parece tornar-se independente da do «sujeito», tornando-se elas mesmas *coisas, bens*. Como tais, têm o seu destino, depois da morte do «sujeito» delas.

Ora, na determinação dêsse destino, quer nela intervenha a vontade dos indivíduos, quer a da lei, acham-se igualmente interessados outros indivíduos. Portanto, nas relações que pelo facto da morte de alguém se estabelecem

entre êstes interessados (herdeiros e legatários), a propósito do destino dos bens daqueles que morreram, e a sociedade em geral, ou entre êles mesmos, a propósito da determinação do seu quanto respectivo de direitos à herança, nessas relações — dizemos — não podemos deixar de ver também, dada a importância excepcional do facto que lhes serve de origem — a morte — um outro grupo assás definido de relações jurídicas, a que se dá geralmente, por último, o nome de «*direitos das sucessões*» ou «*direito sucessório*».

E eis aqui o resultado a que chegamos, se, como acima dissemos, adoptarmos para base duma classificação das relações jurídicas o critério ou o ponto de vista da sua causa ou «objecto». As relações jurídicas aparecer-nos hão assim agrupadas em cinco grandes categorias, cujos nomes, como vimos já, serão os de: «*direitos de personalidade*», «*direitos de família*», «*direitos reais*», «*obrigações*» ou direitos de crédito, e «sucessões».

Estas categorias constituem verdadeiros grupos de interesses sociais, no fundo dos quais se desenha também, bem evidentemente, a idéa já nossa conhecida de «instituïção» (1). Êstes grupos de interesses constituirão outras tantas instituïções. Certamente, tais interesses, que formam o núcleo central de tais grupos de relações jurídicas ou instituïções, acham-se jurídicamente protegidos. São, portanto, também direitos. Mas, como igualmente dissemos, tais direitos (o direito à vida, o pátrio poder, a propriedade, os créditos, o direito à herança), como figuras ou constelações formadas pela combinação de *pretensões* e *deveres* jurídicos entre pessoas, não só são êles mesmos relações jurídicas, como constituem ainda, por outro lado, o objecto de outras relações jurídicas mais complexas e de maior repercussão, impondo-se *erga omnes*, ao respeito de todos, na sociedade, como direitos

(1) *Supra*, pág. 43 e 44.

absolutos, e não só já ao das pessoas nelas directamente interessadas. E é por aí, por êsse lado, que elas precisamente alcançam êsse carácter de objectividade, como facto social, que permitirá também classificá-las com um verdadeiro critério científico.

E ¿será apenas de hoje esta classificação?

Não é. Certamente, foi só no século passado, por obra dos pandectistas alemães, últimos comentadores do direito romano na Europa, que ela assumiu o vigôr dum sólido pensamento científico, que a tornou definitivamente apta a servir de base e de quadro, não só para todo o desenvolvimento doutrinal ulterior do direito, como ainda para a sistematização das codificações mais modernas (1). Baste notar que todos os códigos civis mais modernos, desde o código alemão, de 1900, a têm adoptado. E todavia a dita classificação — não deve esquecer-se isto — é também, nos seus elementos fundamentais, bem antiga. Ela achava-se já no direito romano clássico. Nos livros elementares de ensino, feitos pelos mestres romanos, com o nome de «*Institutas*», como as de Gaio, já aí a encontramos subjacente, correndo no fundo, bem claramente, por sob as outras divisões sistemáticas e puramente externas, adoptadas nessa índole de trabalhos. Bastaria recordar aqui os nomes latinos dêstes grupos de relações jurídicas: o *status familiae*, como elemento do *caput* ou personalidade, o dos famosos «*jura in re*», o das «*obligationes*» e o das

(1) É aqui o lugar de muito oportunamente advertir, nesta altura, que, no que respeita à cultura científica do direito entre nós, foi sem dúvida ao saudoso professor Guilherme Moreira que coube o indiscutível mérito de, renovando por completo o ensino do nosso direito civil, dar emfim foros de cidade dentro da jurisprudência portuguesa a esta classificação das relações jurídicas. Depois dêle, devemos supôr hoje definitivamente encerrada entre nós a época dos comentadores do Código Civil, à Dias Ferreira, e não julgamos viável que possa ainda tentar-se uma exposição científica do direito civil português dentro dêsses moldes, seguindo o plano do código.

«*successiones*», para logo o reconhecer (1). É êste, de facto, um ponto em que mais uma vez se revela a superioridade do génio jurídico romano e o quanto nós, a-final, ainda hoje, a vinte séculos de distância, dêle não somos mais que tributários em matéria de construções do pensamento jurídico, mesmo quando, envaidecidos com todo o pêso da nossa ciência, nos julgamos mais originais.

E, postas estas noções prévias, só nos resta agora estudar cada um dos elementos da relação jurídica, pela ordem por que os enumeramos, começando pelo «sujeito do direito».

(1) Com efeito, as «*Institutas*» de Gaio dividiam-se exteriormente em quatro *comentários* ou livros. Dentro dêles, tratava-se, depois: no primeiro, além das fontes do direito, da condição das pessoas e dos diferentes elementos constitutivos da personalidade ou *caput* e, entre êstes, dos direitos de família *(status-familiae)*. No segundo tratava-se das coisas e dos direitos sôbre elas (*jura rerum*) e logo aí, a-propósito dos modos da sua aquisição, das *successiones*. No terceiro, tratava-se ainda da mesma matéria das sucessões e logo aí também (a partir do § 88 da edição de Verona) das *obligationes*. E finalmente, no livro quarto, das acções. O mesmo, com pequena diferença, se passava com o plano das *Institutas* de Justiniano. A noção da oposição conceitual e distinção entre as *obligationes* e os *jura in re* (direitos reais e obrigações) tinham-na já também os romanos num alto grau. Simplesmente, dada a importância excepcional que no direito romano assumiam as acções, mesmo no campo do direito privado, não deve estranhar-se que êles experimentassem o sentimento da oposição entre êsses dois grupos de relações jurídicas, vendo-as mais através da oposição entre as respectivas acções que lhes serviam de garantia, do que através da sua própria estrutura como direitos. A oposição entre os dois grupos de relações jurídicas, posta em evidência por êste lado e marcada, por assim dizer, na própria estrutura dêles, essa é que é, pode dizer-se, obra dos pandectistas alemães e dos jurisconsultos modernos. Cfr. Bonfante *Istituzioni di diritto romano*, pág. 226, nota.

DIVISÃO I

O SUJEITO DE DIREITO

SUMÁRIO: 44. A personalidade jurídica; o conceito de pessoa. Pessoas *singulares* e *colectivas*. Capacidade de gôso e de exercício.

A) **Pessoas singulares.** 45. — Comêço e termo da personalidade. Requisitos do nascimento. Protecção da lei aos nascituros. 46. — Estado e capacidade civil das pessoas e sua modificação consoante a nacionalidade e a posição dentro da família *(status civitatis* e *status familiae)*. 47. — *Status civitatis*; condição jurídica dos cidadãos e dos estrangeiros. 48. Como se adquire e como se perde a qualidade de cidadão. 49. — *Status familiae*: a posição do indivíduo na família; o parentesco por consangüinidade e afinidade. 50. — Relações entre a pessoa e um determinado lugar; o *domicílio* e suas espécies (geral e especial, voluntário e legal); como se determina. 51. — A *ausência*; conceito e espécies. Noções gerais. 52. A *ausência presumida* e seus efeitos: a *curadoria provisória*. 53. A *ausência declarada* e seus efeitos: a *curadoria definitiva*. 54. A *presunção de morte* e seus efeitos. 55. — Factos e condições que influem na capacidade jurídica da pessoa: o sexo, a idade, a saúde, as condenações penais e a falência dos comerciantes. 56. — O registo do estado civil. Noções gerais.

B) **Pessoas colectivas.** 57. Conceito de personalidade colectiva e sua justificação. 58. Divisões doutrinais das pessoas colectivas: *a*) pessoas colectivas de direito público e privado; *b*) *corporações* e *fundações*. 59. Outras divisões: pessoas colectivas civis e eclesiásticas, nacionais e estrangeiras. 60. Classificação doutrinal das pessoas colectivas de direito privado. 61. Classificação legal das pessoas colectivas: *de utilidade pública*, de *utilidade pública e particular conjuntamente* e de simples utilidade particular. Perpétuas e temporárias. 62. Corporações e instituições que não são pessoas colectivas. 63. Elementos constitutivos das pessoas colectivas para poderem existir. 64. Princípio da sua existência. 65. Capacidade das pessoas colectivas e seus limites. 66. Fim da sua existência e destino do seu património.

44. Ao entrar no estudo do primeiro dos elementos da relação jurídica — o «*sujeito de direito*» — a primeira noção que encontramos diante de nós é a noção de *personalidade*

jurídica, de *pessoa*. Já, de resto, conhecemos essa noção do estudo do direito romano e da leitura do art. 1.º do Código Civil.

Como é sabido, diz-se «personalidade» a *susceptibilidade de direitos e obrigações*, que só ao homem pertence. «Pessoa» é, portanto, o homem que gosa dessa susceptibilidade de direitos e obrigações, ou que é *capaz* dêles, isto é, justamente o «*sujeito de direito*»; donde, o podermos tomar como sinónima da expressão da «personalidade» a expressão «capacidade jurídica», como faz o Código Civil no mesmo art. 1.º. A personalidade é assim o «*caput*» dos romanos (1).

Esta capacidade ou personalidade, que hoje, diferentemente do que se passava no direito da «cidade antiga», é atribuída a todos os homens só pelo facto de serem homens, não é, porém, como já vimos, um direito em si mesma. É uma *qualidade*, uma *posição* fundamental do homem perante a «ordem jurídica», que ela expressamente reconhece. Todos os direitos dos indivíduos a pressupõem a ela. Ela não é senão a condição para êstes poderem ter direitos. É, como também já dissemos, a veste, o papel, a máscara (*«persona»*) atribuída aos homens, no teatro da vida jurídica, para êles aí poderem estar em cena (2). A «ordem jurídica», atribuindo a todos os homens esta qualidade de «*personae*», de «*cabeças*», de «actores» no «drama jurídico» da vida, não procede, porém, arbitràriamente; obedece a uma profunda exigência

(1) «Só o homem é susceptível de direitos e obrigações. Nisto consiste a sua *capacidade jurídica* ou a *sua personalidade*». A redacção do artigo é defeituosa e já tem sido criticada com razão. Com efeito, a lei, dizendo que só o homem é susceptível de direitos, parece querer apenas significar que *nenhum outro sêr senão o homem* tem essa susceptibilidade, mas não todos os homens necessàriamente. De resto, parece também deixar de fora as «pessoas colectivas». Não é contudo dêste modo que o artigo deve ser entendido, mas sim no sentido de que *todos* os homens têm personalidade e de que por *homem* se deve entender, não só o indivíduo, como as pessoas colectivas.

(2) Vid. *supra*, pág. 60, nota 1.

natural dos factos, a-fim de que os homens, para quem exclusivamente o direito existe, possam à sua sombra realizar os seus fins e interesses humanos, impostos pela natureza, por sua vez base e condição para a realização dos próprios fins e interesses da sociedade. Ela traduz dêste modo, na sua linguagem do «dever ser» jurídico, aquilo que a-final não é senão uma exigência dos factos num certo plano da vida cultural atingido pelas sociedades.

Todavia convém notar ainda que esta expressão «homem», empregada pelo art. 1.º do código, pode prestar-se a equívoco. Á primeira vista, poderia ser-se levado a crêr que por ela se deve entender apenas o indivíduo humano, ou pessoa singular, visto que só êsse é que se nos apresenta imediatamente nas condições indispensáveis para que se lhe tornem aplicáveis as considerações gerais que acabamos de fazer. Na verdade, só êle é o portador dêsses fins e interesses de que falamos; só êle é dotado duma vontade capaz de os representar. E contudo aparecem-nos também, no nosso direito positivo, bem como na doutrina, outros entes, aos quais se não adapta o conceito de pessoa singular, e a que a lei atribúi igualmente, não obstante isso, a *personalidade*, considerando-os sujeitos de direitos e obrigações e chamando-lhes «*pessoas morais*».

¿Como se explica isto?

Isto explica-se, porque os direitos, expressão sempre de interesses humanos e de vontades tendentes a realizá-los, tanto podem ter por suporte — digamos assim — um homem, indivíduo ou pessoa singular, como geralmente acontece, como podem ainda ter por suporte uma multiplicidade de pessoas. Isto é: não há apenas interesses individuais; há também interesses colectivos, que têm por substracto uma pluralidade de pessoas e por órgão uma fôrça social. Ora, quando esta segunda hipótese se verifica — e verifica-se todos os dias — isto é, quando surge um complexo de «sujeitos» que a lei trata, como se êles formassem todos, por abstracção, uma unidade de querer, com uma unidade de direcção, tendo em vista fins e interesses comuns, distin-

tos dos fins e interesses individuais das pessoas que nesse complexo entram, com meios apropriados para os satisfazer — nesse caso diz-se que tal complexo ou pluralidade de indivíduos constitui uma «*pessoa moral*» ou colectiva. Claro está que se trata aqui duma abstracção. Mas esta abstracção, criada pela lei, tem o merecimento de constituir um útil expediente, um excelente «dispositivo», que permite tutelar certos interesses colectivos que doutro modo é lícito duvidar se o podiam ser. Portanto, desde que aquelas condições se verifiquem, a lei não hesita também em atribuir a veste da «capacidade jurídica» a êsses interesses e fins humanos, supondo-os assentes num substracto que ela personifica (1).

Nestas considerações ficam, pois, definidas as noções gerais de personalidade *singular* e *colectiva*, de que iremos agora tratar em separado.

Apenas nos resta, entre as noções gerais, chamar aqui ainda a atenção para uma distinção de conceitos, que não é menos indispensável fazer também desde já a-propósito da noção de capacidade jurídica.

Acabamos de ver que a «capacidade jurídica» é o mesmo que a «personalidade», como susceptibilidade de direitos e obrigações em geral. É para esta mesma expressão assim entendida que se costuma também reservar, na linguagem técnica, a forma «*capacidade de gôso de direitos*». Há, porém,

(1) Em face do que fica exposto, compreende-se fàcilmente: por um lado, quanto é abusiva a linguagem que às vezes nos leva a falar de direitos dos animais e das coisas, ou ainda dos mortos, como — por outro lado — quanto é absurda e ilógica a representação de direitos sem sujeito, de que já acima nos ocupamos. Para que haja direitos, é preciso que exista um ente a quem êles são atribuídos e que êsse ente seja o suporte de interesses que, por sua vez, não podem deixar de ser interesses humanos. Os animais podem ser objecto de medidas de protecção jurídica, mas no interesse dos homens. As coisas podem ser a base de relações jurídicas que às vezes poderá parecer que se dão entre elas; mas não há relações jurídicas entre as coisas, senão entre os homens por causa delas. Os mortos, enfim, não têm direitos, porque a morte os despojou da personalidade jurídica.

ao lado desta noção de capacidade, uma outra, com um sentido mais especial, para a qual está consagrada a expressão «*capacidade de exercício*» de direitos. Há, portanto, assim, uma capacidade de gôso, igual a personalidade em geral, e uma capacidade de exercício de direitos.

Ora, por esta, entende-se geralmente a capacidade do «sujeito» de exercer por si, pessoal e directamente, os seus direitos. As duas capacidades, como fàcilmente se vê, podem coexistir e coincidir na pessoa, ou podem achar-se separadas. A «pessoa» pode, com efeito, por virtude de certas causas, achar-se privada da capacidade de exercer, ela, os seus direitos. É o que acontece, por exemplo, com os incapazes, como os menores, os dementes, os pródigos, etc. Êstes carecem de ter um representante que exerça por êles os seus direitos. Têm, certamente, uma capacidade de gôso, são sujeitos de direito, ou pessoas; não têm, porém, a capacidade de exercício dos seus direitos. Mais adiante, ao tratar das causas que podem excluir ou modificar esta forma especial de capacidade, voltaremos a ocupar-nos do assunto. Neste momento, porém, é altura de tratarmos da personalidade das pessoas singulares.

A) Pessoas singulares

45. É evidente que, para o homem poder ser uma «pessoa», um sêr susceptível de direitos, é necessário que exista já, no sentido de ter uma existência independente e distinta da dos outros indivíduos. Não lhe basta existir em embrião, *in spe*, muito embora a existência do embrião seja já, fisiológicamente, uma forma de vida. É-lhe necessário ter nascido. O homem só existe para o direito, como pessoa, depois de ter nascido e chama-se, naturalmente, nascer ao facto de êle se separar do ventre materno, pois é só a partir dêsse momento que o novo sêr pode ser objecto

duma protecção distinta daquela que tem por objecto a mãe. Nascer é, portanto, separar-se, destacar-se inteiramente um organismo do outro, exigindo-se que tal separação seja completa, por forma a poder dizer-se que há duas vidas tornadas orgânicamente independentes uma da outra. Ora é isto o que, em harmonia com a tradição romanista, se acha precisamente consignado na doutrina do art. 6.º do Código Civil, onde expressamente se diz que a capacidade jurídica *se adquire* pelo nascimento (1).

Se a personalidade jurídica dos indivíduos começa, pois, com o nascimento, é preciso acrescentar todavia que o nascimento também por si só não basta. É condição necessária, mas não é suficiente. Em harmonia com a tradição romanista, o direito moderno exige também que no nascimento da pessoa se dêem certos requisitos. Ora êsses requisitos são: que o homem nasça *vivo* e que tenha *figura humana* (2).

Com efeito, o nascimento não acompanhado de vida é como não se tendo dado; nenhuns efeitos jurídicos produz. Se a criança, no momento em que se separa da mãe, está morta, é como se não tivesse nascido. Basta-lhe, porém, que nesse momento tenha vivido, mesmo que fôsse só um instante, qualquer que aliás tenha sido a forma por que a vida se tiver manifestado, para que se considere nascida e para que,

(1) Art. 6.º «A capacidade jurídica adquire-se pelo *nascimento*; mas o indivíduo, logo que é procriado, fica debaixo da protecção da lei e tem-se por nascido para os efeitos declarados no presente código». Cfr. Digesto, 25, 4, 1, § 1: «*partus antequam edatur mulieris portio est vel viscerum*» e 35, 2, 9, 1: «*partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur*».

(2) É o que está consagrado na doutrina do art. 110.º do Código, hoje substituído pelo art. 13.º do Decreto n.º 2, de 25 de Dezembro de 1910: — «Só é tido por filho, para os efeitos legais, aquele de quem se prove que nasceu com *vida* e *figura humana*». Cfr. art. 1776.º, § único. É, de resto, a reprodução textual do Código Civil. — Cfr. Dig. 50, 16, 219: «*qui mortui nascuntur neque nati neque procreati videntur*»; e *ibid*, 1, 5, 14: «*non sunt liberi qui contra formam humani generis conversa more procreantur, veluti si mulier monstruosum aliquid aut prodigiosum enixa sit*».

portanto, tenha adquirido a personalidade e porventura quaisquer direitos.

Por outro lado, exige também a nossa lei, ainda hoje, a «figura humana» no recemnascido, igualmente em homenagem a uma velha tradição romana que admitia a possibilidade de «monstros» nascidos da mulher. Esta doutrina é, porém, hoje absolutamente condenável, pois não admite a ciência moderna que da mulher possam nascer sêres vivos que não tenham forma e figura humana. Os chamados «monstros» (*aliquid monstruosum aut prodigiosum*) não se admitem hoje. Podem, certamente, nascer da mulher sêres imperfeitos, aleijados e disformes, mas sempre terão figura humana ou, se a não tiverem, no que respeita à parte mais nobre do corpo, que é a cabeça, então não poderão viver e, faltando-lhes a vida, o seu nascimento será em qualquer caso irrelevante para o direito (1).

Não exige, porém, o nosso código, como terceiro requisito do nascimento, para a atribuição da personalidade, a chamada *viabilidade*, isto é, a aptidão do recemnascido a

(1) Daqui se depreende quão mal andou o nosso codificador, ao exigir no art. 110.º, em homenagem à tradição de concepções vetustas, mas inteiramente incientificas, êste requisito da *figura humana*, como requisito essencial no nascimento para dar a personalidade jurídica aos indivíduos. Esta doutrina tem, além de tudo mais, o inconveniente de poder dar origem a uma série de questões e subtilezas, como as que já se tem visto discutir a-propósito do que deve entender-se por «figura humana» em presença de sêres desgraçados e estropiados, a respeito dos quais às vezes é possível duvidar, em face dos critérios correntes, se realmente têm figura humana. E, se mal andou o autor do Código, muito mais para deplorar é que o legislador de 1910, substituindo o art. 110.º pelo art. 13.º do Decreto n.º 2, de 25 de Dezembro dêsse ano, tenha conservado a mesma doutrina, limitando-se a reproduzir textualmente o artigo do Código, que bem podera ter modernizado. Neste ponto, não deixemos de notar, por último, que os mais modernos códigos civis se têm, cultamente, afastado de tal doutrina dos «monstros», como o alemão (§ 1.º), o suíço (art. 31.º) e o brasileiro (art. 4.º), não chegando o primeiro sequer a exigir a vida como requisito do nascimento, porque certamente a julga já neste pressuposta.

permanecer na vida, fora do ventre materno, que aliás outros códigos, neste ponto mais fieis à tradição romanista do que o nosso (1), exigem, como o francês, o italiano e o espanhol.

A personalidade jurídica começa, pois, segundo a nossa lei, com o nascimento com vida e figura humana. Todavia, se lermos todo o art. 6.º, reconheceremos que, não obstante isso, o indivíduo, logo que é procriado, fica já debaixo da protecção da lei e *é tido como nascido para certos efeitos legais*. ¿Como se concilia isto com a doutrina que acabamos de expôr? Ora é preciso chamar a atenção para o facto de que esta última doutrina em nada invalida o princípio de que a personalidade começa com o nascimento e apenas exprime a consagração dum outro princípio conhecido pelo nome de *«protecção da lei aos nascituros»*.

Na verdade, o direito moderno — e nisto uma vez mais se mostra fiel discípulo do romano — não deixa também de tomar em consideração, para certos efeitos, a vida uterina ou embrionária do indivíduo já concebido, embora ainda não nascido. Certamente, proteger não quere dizer necessáriamente o mesmo que atribuir-lhe a personalidade. Tão longe não vai a ordem jurídica. Mas toma-o sob a sua protecção para certos efeitos; é o que diz a lei (2). ¿Em que consiste,

(1) Dig. I, 5, 12: «septimo mense nasci perfectum partum jam receptum est... et ideo credendum est, cum qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse». Os códigos extrangeiros, que formulam o requisito da *viabilidade*, exigem para que o indivíduo adquira a personalidade, que êle seja capaz de continuar a viver ou que tenha as condições orgânicas indispensáveis para poder vingar na vida. Assim, exige, por ex., o cód. espanhol que a criança tenha vivido pelo menos vinte e quatro horas (art. 30).

(2) Vide art. 6.º do Código Civil, na nota, a pág. 256; e cfr. Dig. I, 5, 26: «qui in utero sunt in toto paene jure civili intelliguntur in rerum natura esse» e I, 5, 7: *«qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur»*.

porém, esta protecção? Ora o efeito mais importante é o que resulta da doutrina combinada dos arts. 6, 1479, 1776, 1824, 1867 e 157 do Código Civil.

Da combinação dêstes artigos resulta, de facto, que, segundo o nosso direito actual, os nascituros, podem, não só adquirir por doação (art. 1479) (1), como por testamento (art. 1776) (2), como ainda ser contemplados com disposições fideicomissárias nos mesmos têrmos em que o podem ser os netos já nascidos do testador (art. 1867) (3). Deve, porém, advertir-se que esta *aquisição de direitos*, que nos referidos artigos lhes é atribuída, tem um alcance muito especial, cuja significação importa pôr em evidência, para compreender em que consiste a protecção dispensada pela lei aos nascituros.

Claro é que, se esta aquisição de direitos fôsse absolutamente semelhante à aquisição de direitos que se dá a favor duma pessoa já nascida e dotada de capacidade jurídica, nesse caso tais disposições não poderiam deixar de equivaler à atribuïção pura e simples da personalidade ao embrião ou nascituro, pelo menos nos casos a que aqueles artigos se referem. Dar-se-hia assim — por outros têrmos — a respeito dos nascituros, uma *subjectivação* de direitos através do seu património e, como conseqüência disso, a possibilidade duma

(1) Art. 1479: «Os *nascituros* podem adquirir por doação, contanto que sejam concebidos ao tempo da mesma doação, e nasçam com vida».

(2) Art. 1776: «Só podem adquirir por testamento as criaturas existentes, entre as quais é contado o *embrião*».

(3) Art. 1867: «São proïbidas para o futuro as substituïções fideicomissárias, excepto: 1.º, sendo feitas por pai ou mãe nos bens disponíveis em proveito dos netos, nascidos, *ou por nascer*». Note-se que êste artigo se acha hoje alterado pelo Decreto de 16 de Dezembro de 1930, sendo a seguinte a sua nova redacção: «São proïbidas as substituïções fideicomissárias em mais de um grau». É evidente, porém, que esta nova redacção não alterou a doutrina do Código Civil, senão no sentido de a alargar ainda mais na sua aplicação a quaisquer outras disposições fideicomissárias, mesmo a favor de outras pessoas que não só netos, contanto que não vão além dum só grau.

transmissão dos mesmos direitos, ou duma sucessão neles, contradizendo-se dêste modo o princípio acima posto, de que a personalidade só começa com o nascimento com vida e figura humana. Não é, portanto, neste sentido que devemos interpretar aqueles artigos.

Êstes artigos querem apenas significar que os nascituros podem ser contemplados em doações e testamentos, para o efeito duma legítima *expectativa:* a do seu nascimento. Os bens deixados aos nascituros não são logo adquiridos por êles, por virtude da doação ou do testamento, mas *ficam-lhes reservados*, na expectativa de que venham a nascer, constituíndo êste um daqueles casos de direitos de *sujeito indeterminado*, ou de patrimónios autónomos, de que já falamos (1). A aquisição de tais direitos só vem a tornar-se efectiva, no caso de o embrião vir a ser gente — um homem, uma pessoa — o que só acontece com o seu nascimento. Se, portanto, o nascituro nasce com vida e figura humana, adquire então êsses direitos, reportando-se ou retroagindo uma tal aquisição ao momento em que êles lhe foram deixados, e não só ao momento do nascimento, para todos os efeitos legais. Se não chega, porém, a nascer, ou se nasce morto, ou sem figura humana, então uma tal aquisição de direitos caduca e, sendo como se êle nunca os tivesse adquirido, também não haverá lugar a falar-se numa transmissão de tais direitos (2). Numa palavra: trata-se duma aquisição pura-

(1) Vid. *supra*, pág.

(2) Esta interpretação é, não só a imposta pela tradição romanista de tal instituto, como a que resulta mais harmónica com a nossa própria lei actual. O art. 1479 do Código Civil, acima transcrito em nota, referindo-se às doações, é o primeiro, com efeito, a subordinar o facto da aquisição dos direitos por parte do nascituro a duas condições: 1.ª — a de êles já estarem concebidos, e 2.ª — a de *nascerem com vida*. Donde se conclúi que, se não nascerem com vida, não terão adquirido coisa alguma. E o mesmo se depreende do art. 157: «se ao tempo da morte do marido, a mulher ficar grávida, fará constar dentro de vinte dias, ou logo que conheça a gravidez, o seu estado ao juiz . . . para que êste nomeie curador ao ventre, que tome

mente *eventual* de direitos, ou duma aquisição condicionada, na sua própria substância, por um facto futuro e incerto.

Nisto consiste o principal efeito (1) da chamada protecção da lei aos nascituros, formulada no art. 6.º, e que se exprime na célebre máxima tão conhecida: «*conceptus pro jam nato habetur quotiens de commodis ipsius partus quaeritur*». Tal máxima é, porém, de interpretação restrita, não devendo estender-se a outros casos além daqueles que a lei expressamente regula.

A personalidade, assim como começa com o nascimento nas condições que já vimos, assim também, muito lògicamente, termina com a morte natural, embora não haja no Código Civil uma disposição expressa que o declare. Porém, . . . «*mors omnia solvit*». Se na ordem das coisas humanas só os vivos têm direitos ou podem ser sujeitos dêles, conclusão lógica é que êles deixarão de os ter e de ser sujeitos de direito, ou pessoas, desde que abandonem a vida.

É êste mesmo o único facto que hoje pode fazer cessar a personalidade jurídica do homem, visto não existir já no nosso direito actual aquilo a que os romanos chamavam a «morte civil» ou «*capitis deminutio*», máxima e média, resultante da perda do estado de livre, ou do de cidadão. Note-se, é certo, que o nosso código ainda admitia uma *espécie* de morte civil do indivíduo (2), visto que, segundo êle — no seu

provisòriamente conta dos bens que *houverem de pertencer ao nascituro*», isto é: os bens não pertencem já ao nascituro; hão de vir a pertencer-lhe.

(1) Dizemos o principal efeito, porque há outros, embora não interessem ao direito civil. A lei penal que proíbe o abôrto, é também de protecção aos nascituros. As disposições que protegem as mulheres grávidas, na regulamentação do trabalho, são também medidas de protecção aos nascituros. Era-o, enfim, no direito romano, a disposição que proíbia a execução da pena capital decretada contra a mulher grávida, antes de o filho nascer.

(2) Dizemos *espécie* de morte civil, porque a interdição dos direitos civis, permitida pelo Código Civil no título XIV, não ia até ao ponto de suprimir a capacidade do gôso de direitos no condenado, mas apenas a do

título XIV da I Parte — êste ainda podia ser interditado dos seus direitos civis por efeito de sentença penal condenatória. Todavia, fôsse qual fôsse o verdadeiro carácter dessa interdição, que aqui nos não compete apreciar, o certo é que ela foi abolida, tendo deixado de vigorar por efeito da Reforma Penal de 1884, depois fundida no actual código penal de 1886.

A morte natural é, pois, hoje, a única causa que põe termo à personalidade (1).

46. Sabido o que é a personalidade jurídica das pessoas singulares, quando principia e quando acaba, com isto não está ainda tudo dito àcêrca da medida exacta, ou do

---

seu exercício. Tanto assim que ao interdito era dado um *curador*, um representante, como aos outros incapazes.

(1) Em todo o caso, note-se que há um facto que, não sendo a morte real e provada, pode no entanto produzir, quanto ao termo da personalidade jurídica do indivíduo, alguns dos mesmos efeitos legais que produz a primeira. É a chamada *morte presumida*. Com efeito, como veremos adiante, a-propósito do instituto jurídico da ausência, o facto da ausência se prolongar por mais de vinte anos, sem notícias, ou o facto de o ausente ter completado noventa e cinco anos de idade, levam a lei a tratá-lo como falecido, para o efeito da atribuição dos seus bens e direitos aos herdeiros, depois de terminada assim a curadoria definitiva. Chama-se a esta situação *morte presumida*. Trata-se, porém, sempre duma presunção, só para certos efeitos, que pode ser ilidida pelo regresso do ausente.

De resto, a verdadeira morte tem sempre de ser provada, para todos os outros efeitos legais, fundando-se essa prova no registo do estado civil, de que também adiante trataremos. Como, porém, muitas vezes, pode ser difícil provar, em caso de morte simultânea ou quási simultânea de vários indivíduos no mesmo desastre, qual é que morreu primeiro — e como essa prova pode ter a maior importância para o efeito dos direitos de herança — porisso determina o art. 1738.º do Código Civil que — «se o autor da herança e os seus herdeiros ou legatários pere erem no mesmo desastre, ou no mesmo dia, sem que se possa averiguar quais foram os que se finaram primeiro, reputar-se hão falecidos todos ao mesmo tempo, e não se verificará entre êles a transmissão da herança ou legado».

quanto determinado de direitos que, por êsse título, ao homem pertencem.

Se isto bastasse, a susceptibilidade de direitos e obrigações não passaria duma qualidade muito abstracta e vaga, e, como todos a têm, segundo vimos, todos os homens seriam, portanto, jurídicamente *iguais*; todos gozariam, dentro dessa fórmula quási sem conteúdo, dos mesmos direitos e obrigações. A sociedade seria uma simples colecção de «entes» jurídicos, desempenhando todos nela o mesmo papel. Ora não é assim. Certamente, a «personalidade» é igual em todos, como pura susceptibilidade *genérica* e abstracta de direitos e obrigações, mas o que não é igual em todos os homens é a *medida exacta* e mais em concreto dêsses direitos e obrigações. De facto, reportando-nos à velha imagem romana — dos homens a desempenharem no teatro da vida jurídica e social papeis diferentes, assumindo *personae* diversas — verifica-se que, nem mesmo para o direito, os homens são absolutamente iguais. Sôbre um fundo de natureza igual, correspondente a um elemento racional, há todavia circunstâncias *jurídicamente relevantes* que os tornam desigualíssimos. As mulheres não são iguais aos homens, os extrangeiros não são iguais aos cidadãos, os solteiros não o são com relação aos casados, os menores em relação aos menores, etc. Isto é: a «*medida*», o «*quanto*» exacto, dos direitos e obrigações que cada indivíduo pode ter em cada momento da sua vida social, podem variar e ser maiores ou menores, consoante variadíssimas circunstâncias que podem dar-se. E é isso que precisamente nos leva agora a falar, com linguagem técnica, no «*estado civil*» das pessoas e das causas modificadoras dêsse estado.

Ora, se todos os indivíduos são iguais entre si, no seu aspecto «personalidade», nem porisso o são — repetimos — no aspecto do seu «estado civil». ¿Que é, porém, rigorosamente, o «estado civil» dos indivíduos?

Dum modo geral, pode dizer-se que êste é aquilo, «situação» ou «posição» (*status* não quere dizer outra coisa), que

lhes modifica a capacidade em geral, fazendo atribuir-lhes um conteúdo mais determinado, e maior ou menor, com relação a essa mesma capacidade.

Ora há — pode também dizer-se — acima de tudo, duas circunstâncias que influem poderosamente sôbre a medida da capacidade civil do individuo e lha determinam, conferindo-lhe posições ou estados diferentes. É uma dessas circunstâncias a especial *relação em que êle se acha para com a sociedade politicamente organisada* (Estado, em sentido político) a que pertence. É outra a *relação em que êle se acha para com a instituïção chamada «Familia»*, dentro do mesmo Estado. Por outras palavras, recordando noções de direito romano: hoje todos os homens continuam a ter, assim como tinham na antiga Roma, os dois *status* chamados: «*status civitatis*» e «*status familiae*» (1). Simplesmente, ao passo que em Roma, outrora, êsses *status* eram um requisito essencial do *caput* ou personalidade, hoje já não acontece assim; hoje são apenas um requisito essencial para a pessoa ter uma certa *medida* de capacidade. Tais elementos deixaram, portanto, de ser o *fundamento* e o *pressuposto* da personalidade e passaram a ser, mais modestamente, apenas um *complemento* e uma *causa modificadora* dela e nada mais.

Êstes elementos, de que acabamos de falar, têm hoje, (2) mais rigorosamente, os nomes de «*nacionalidade politica*» (cidadania) e de «*estado familiar*», ou simplesmente «*estado*». São, a-final, aquilo a que já aludimos, ao falar das posições e qualidades jurídicas das pessoas, base e pressuposto

(1) Cfr. meus *Elementos de Hist. do Direito Romano*, vol. 2.º pág. 103 e seg.

(2) Os italianos chamam-lhe *cittadinanza*, como os latinos lhe chamavam *civitas* e *status civitatis*. A nossa expressão «nacionalidade» não tem a mesma significação e é ambigua, pois não corresponde rigorosamente a um conceito politico. *Cidadania* ou *citadania*, seria a expressão que conviria fixar e lançar, se nos fôsse licito criar um neologismo, para significar exclusivamente o fôro de cidade, harmónica com a indole da língua e correspondente à expressão castelhana *ciudadenia*.

da sua aquisição de muitos direitos, que só elas têm e não podem ter as outras que não possuem essas mesmas posições, ou que não desempenham êsses papéis. A «*cidadania*» e o «*estado civil*» imprimem, assim, à pessoa um carácter e um vinculo especiais, nas suas relações com a sociedade em geral, que são a condição para aquisição de muitos direitos e obrigações.

Mas não só isso: se a nacionalidade politica e o estado civil têm a significação que acabamos de ver e se distinguem assim dos conceitos de personalidade e de capacidade jurídica em geral, por outro lado, não deixa de haver também certas outras situações das pessoas, igualmente objectivas como aquelas, e que também lhes podem modificar sensivelmente, ou determinar, a sua esfera de acção jurídica de qualquer maneira. Estas outras situações distinguem-se, pois, também da *cidadania* e do *estado* e servem para fixar, dum modo mais preciso ainda, a medida e o quanto de direitos, bem como o seu modo de efectivação, que às pessoas podem pertencer. Dizendo isto, referimo-nos agora a tudo aquilo que são *condições de puro facto*, a que podem ligar-se efeitos jurídicos, como, por exemplo, a relação em que as pessoas podem achar-se com um certo lugar, e ainda a idade, o sexo, certos estados de enfermidade e certas deminuições da honorabilidade social das pessoas, como as resultantes de certas condenações penais, etc. É evidente que tôdas estas circunstâncias da vida vão também influir, por vezes sensivelmente, sôbre a capacidade dos individuos, determinando nela uma medida mais exacta, ampliando-a ou restringindo-a, e todavia não podem confundir-se, do mesmo modo, nem com os conceitos de personalidade e capacidade jurídica, por um lado, nem com os de *cidadania* e de *estado*, pelo outro lado. Êstes últimos conceitos correspondem a situações, por assim dizer, mais estáveis e permanentes; os relativos àquelas circunstâncias, porém, a situações mais acidentais e fortuitas. Os primeiros referem-se ao conceito da «*capacidade de gôso*» de direitos (razão por que mais rigorosa-

mente se lhes pode chamar «*medida da capacidade jurídica*»); os segundos referem-se mais freqüentemente ao conceito de «*capacidade de exercício*» de direitos (razão por que é preferível chamar-lhes antes factos ou *causas modificadores da capacidade*). Mas, tanto num como noutro caso, trata-se, como manifestamente se vê, de coisas e de noções que importa descriminar com o possível rigor, para chegar a fazer uma idéa do que é a vida jurídica das pessoas singulares. E assim, depois de termos tratado da «personalidade» ou capacidade jurídica em geral, trataremos agora do *status civitatis* ou «cidadania» das pessoas. A seguir trataremos do seu *status familiae* e, por último, das causas modificadoras da sua esfera de acção jurídica: o domicílio, a ausência, a idade, o sexo, a saúde, a prodigalidade, certas condenações penais e o estado de falência dos comerciantes.

47. O *status civitatis* ou «cidadania» é o primeiro dos elementos constitutivos do *estado* (em sentido lato) das pessoas, no direito moderno. Tomando-o como base para uma distinção a fazer entre elas, verificamos que todos os homens podem ser ou *cidadãos* ou *extrangeiros*. E justamente pela determinação da condição jurídica destas duas categorias de pessoas, é que começa o Código Civil, nos seus títulos II e III da Parte I.

¿Que é ser cidadão dum país? Ser cidadão dum país é pertencer como membro, súbdito ou nacional, a uma determinada sociedade política ou Estado e gozar de todos os direitos e vantagens inerentes a essa condição. Ser extrangeiro com relação a um país, é não estar nessa situação. Ora esta condição, que é bastante complexa, vai, como já dissemos, influir sôbre a esfera, tanto dos direitos políticos, como dos direitos civis da pessoa. Certamente, é sobretudo na esfera dos direitos políticos que ela tem uma acentuada importância. Não só o conceito de cidadão é já, por natureza, um conceito político, como ainda, em regra, é só aos

cidadãos dum país que são atribuidos os direitos chamados políticos e até alguns dos direitos subjectivos públicos. Só os cidadãos têm, por ex., o direito de voto (*jus sufragii*) e o de acesso às magistraturas (*jus honorum*) (1). E todavia não pode desconhecer-se que esta condição tem também uma grande importância na esfera do direito privado. ¿Qual? ¿Até que ponto?

Antes de mais nada, importa saber que o nosso direito positivo adoptou, em matéria de regulamentação da condição jurídica dos extrangeiros, o princípio civilizador da *equiparação dêstes aos nacionais*, quanto aos direitos privados e, ainda quanto aos públicos não políticos, assim como adoptou o da *não equiparação*, quanto aos políticos. É isto, com efeito, o que desde logo se infere do art. 26.º do Código Civil (2) e art. 7.º do Código Comercial (3), quanto aos

(1) O princípio que exclúi os extrangeiros dos direitos políticos não se acha formulado expressamente no nosso direito, mas resulta indirectamente de muitos preceitos, como, por ex., daquele que, inclusivamente, afasta o extrangeiro naturalizado do exercício de funções públicas durante os cinco anos seguintes à naturalização (Dec. de 2 de Dez. de 1910). De resto, outros diplomas excluem os extrangeiros de muitos dêsses direitos, como a Constituição, arts. 8.º e 39.º; o cód. eleit. de 1913, art. 1.º; o Dec. de 24 de Outubro de 1901, art. 12.º; e o de 29 de Novembro do mesmo ano, art. 2.º, etc. Todavia também tem havido aqui excepções. Por ex. a lei orgânica da administração das províncias ultramarinas, de 15 de Agosto, de 1914, reconhecia aos extrangeiros em certas condições o direito de elegerem e serem eleitos para os corpos administrativos; e o Reg. consular permite ainda hoje nomear extrangeiros para o lugar de cônsules e vice-cônsules de 2.ª classe, de chanceleres e agentes consulares. Cfr. sr. Dr. José Tavares, *Princípios fundamentais*, II, pág. 33, nota 1.

(2) Art. 26.º: «Os extrangeiros que viajam ou residem em Portugal têm os mesmos direitos e obrigações civis dos cidadãos portugueses, emquanto aos actos que hão-de produzir os seus efeitos neste reino; excepto nos casos em que a lei expressamente determina o contrário, ou se existir tratado ou convenção especial que determine e regule de outra maneira os seus direitos».

(3) Art. 7.º: «Tôda a pessoa, nacional ou extrangeira, que fôr civilmente capaz de se obrigar, poderá praticar actos de comércio em qualquer parte

direitos privados, e do art. 3.º da Constituïção de 1911 (1), quanto aos direitos públicos não políticos. E isto — note-se bem — não obstante a doutrina consagrada no art. 17.º do mesmo código civil, onde se diz que «só os cidadãos portugueses podem gozar plenamente de todos os direitos que a *lei civil* reconhece e assegura».

Êste o princípio. Vejamos agora as excepções. ¿Quais são elas?

Estas podem agrupar-se dentro de três espécies de categorias e são:

1.º as que se referem a certas *incapacidades especiais* que ferem os extrangeiros. Essas incapacidades são, por exemplo: a de não poderem os extrangeiros ser testemunhas instrumentárias, nem em testamentos (art. 1966.º, em vigôr), nem em actos entre vivos (art. 2.492.º) (2), nem ainda nos actos celebrados perante o registo civil (3); a de não poderem possuir navios em Portugal, e não poderem pescar em águas territoriais portuguesas (4), etc.

2.º as que resultam da adopção pelo direito português, em alguns casos, do chamado critério da «*reciprocidade*», levando a atender ao modo como são tratados os cidadãos

dêstes reinos e seus domínios, nos têrmos e salvas as excepções do presente código».

(1) Art. 3.º: «A Constituïção garante a portugueses e extrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos têrmos seguintes» ... e enumera em seguida as chamadas garantias individuais.

(2) O princípio que exclúi os extrangeiros de serem testemunhas em actos instrumentários, sofre restrição quanto àqueles actos dessa natureza que fôrem exarados nos consulados portugueses no extrangeiro; art. 1962.º do Código Civil, e Reg. consular, art. 246.º, § 4.º.

(3) Lei de 10 de Julho de 1912, art. 42.º.

(4) Acto de navegação, de 8 de Julho de 1863, arts. 4.º, 5.º e 6.º; e Lei de 10 de Julho de 1917. Sôbre outras incapacidades, vêr sr. Dr. José Tavares, *Os princípios fundamentais de Dir. civ.*, II, pág. 35 nota, e para um estudo completo da matéria a obra já citada do sr. Dr. M. Vilela, I, cap.

portugueses em certos países extrangeiros, para determinar a condição dos súbditos dêsses países em Portugal. Assim é que, por exemplo, em matéria de propriedade literária, é pelo art. 578.º do Código Civil, equiparado aos autores portugueses o escritor extrangeiro em cujo país o autor português fôr equiparado aos nacionais (1); bem como o mesmo princípio de reciprocidade se aplica em matéria de protecção de marcas industriais e comerciais e de desastres no trabalho (2).

3.º as que se prendem com certas condições que, por vezes, se exigem nos extrangeiros para poderem gozar de determinados direitos e que, portanto, tornam nesses casos até certo ponto condicional o princípio da sua absoluta equiparação com os nacionais (3).

Por outro lado, não devemos esquecer, finalmente, as limitações que êsse mesmo princípio sofre também, em matéria de direitos públicos não políticos, resultantes das disposições do govêrno e da lei, quanto à liberdade da entrada e saída de extrangeiros em território português, quanto à liberdade de trabalho, comércio e indústria, de reünião, de associação, de ensino, etc.

Não pode, pois, duvidar-se da importância da «*cidadania*» ainda hoje, em matéria de capacidade civil. A importância das restrições ao princípio da equiparação, a que acabamos de fazer referência — e falamos só das principais — mostram, portanto, que não deixa de ser ainda hoje inteiramente exacta a doutrina — digamos «nacionalista» — do

(1) Cfr. Dec. de 18 de Março de 1911 pelo qual Portugal aderiu à Convenção de Berne, revista na conferência de Berlim, de 1908, para a protecção das obras literárias e artísticas.

(2) Ver lei de 21 de Maio de 1896, e Dec. n.º 5.637.º, de 10 de Maio de 1919.

(3) Exemplos: as condições exigidas na lei de 9 de Maio de 1901, quanto a concessões de terras nas colónias, e as exigidas no Dec. de 13 de Dezembro de 1914, quanto a concessões de energia hidráulica também nas colónias, etc.

art. 17.º do código, quando nos diz que *só* os cidadãos portugueses podem gozar *plenamente* de todos os direitos civis. E, se acrescentarmos a isto o princípio do nosso direito internacional privado, a que também já atrás aludimos, segundo o qual o *estado* e a *capacidade civil* das pessoas, nacionais ou extrangeiras, *são sempre regidos pela lei da sua nacionalidade* (a qual os acompanha, mesmo para país extrangeiro, constituindo o seu estatuto pessoal, tão inerente a elas como a língua que falam), se tivermos presente isto, dizemos, far-se há uma idéa exacta da importância do moderno *status civitatis*, em matéria de direito privado. Não temos que nos ocupar aqui, é claro, da matéria dos direitos políticos. Por isso dizíamos há pouco que não basta ser homem e ser susceptível de direitos e obrigações, para se saber a medida e o quanto exacto dêsses direitos e obrigações que *abstractamente* nos são atribuídos; é preciso também ser cidadão dum Estado, para ter uma medida mais concreta de direitos. Veremos adiante que é preciso ainda saber também o que se é perante a sociedade familiar e que *causas modificadoras* podem actuar sôbre o estado e capacidade duma pessoa singular, para saber o que ela vale jurídicamente.

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

Antes de mais nada, notemos que há a êste respeito, como critério seguido pelas diferentes legislações modernas, três factos a que se atende, para atribuir a qualidade de nacional às pessoas singulares. Êsses três factos são: o *nascimento*, o *casamento* e a chamada *naturalização*, variando, porém, nos diferentes países, a sua regulamentação, como origem do *status civitatis*.

Quanto ao *nascimento*, diversos são também os critérios adoptados. Alguns países consideram seu nacional pelo nascimento todo o indivíduo nascido de pais nacionais ou cidadãos, qualquer que seja o lugar onde tenha nascido;

atende-se de preferência à nacionalidade do pai, para determinar a do filho, se êste é legítimo; atende-se à da mãe, se o filho é ilegítimo. Dando-se preferência, segundo êste critério, ao elemento ou vínculo da consanguinidade, chama-se geralmente a êste direito *jus sanguinis*. É o da tradição romana. Outros, em segundo lugar, consideram cidadão pelo nascimento todo o indivíduo nascido sôbre o território nacional dêsses países, qualquer que seja a nacionalidade dos pais; chama-se a êsse direito, que atende preferentemente ao vínculo, ou elemento territorial, *jus soli*. É o da tradição feudal. E ainda outros, finalmente, seguindo um critério eclético, fazem a combinação dos dois anteriores critérios num sistema *mixto*, e adoptam os dois princípios do *jus sanguinis* e do *jus soli*, embora naturalmente dêem a preferência, ora mais a um, ora mais ao outro, consoante os casos. É êste o critério da generalidade das legislações modernas.

Entre nós, é preciso notar que é neste último grupo que se integra também o sistema seguido pelo nosso Código Civil, combinando os dois critérios, mas dando preferência ao do *jus soli*.

A principal fonte do nosso actual direito a êste respeito é ainda o título II da Parte I do Código Civil com as alterações da legislação posterior (1).

Assim, é o art. 18.º do Código que estabelece as condições em que se adquire pelo nascimento a qualidade de cidadão português (2). Segundo êle, são, antes de mais nada, cidadãos portugueses:

---

(1) Vid. Dec. de 2 de Dezembro de 1910, Regulamento do recrutamento militar, de 23 de Agosto de 1911, e sobretudo o Decreto n.º 19.126, de *16 de Dezembro de 1930*. Por êste último decreto, que introduziu numerosas alterações em todo o Código Civil, foram alterados e interpretados nesta matéria os arts. 18.º, 19.º, 20.º e 21.º.

(2) Referimo-nos, claro é, ao texto actual dêste artigo, depois do Decreto de 16 de Dezembro de 1930, que por ser muito extenso, não reproduzimos aqui.

1.º os que nascem em *território português*, de pai português (1), ou só de mãe portuguesa, se forem filhos ilegítimos.

2.º os que nascem em *território português*, mesmo que de pai extrangeiro, desde que êste não resida em Portugal ao serviço da sua nação.

3.º os que nascem em *território português* de pais incógnitos ou de nacionalidade desconhecida.

Em todos êstes casos, como é obvio, é pois o nascimento no território português que faz decidir da aquisição da cidadania portuguesa, independentemente da filiação, atendendo-se assim de preferência ao *jus soli*. Apenas se faz excepção daqueles filhos de pai extrangeiro que resida em Portugal ao serviço da sua nação, e ainda daqueles que, mesmo fora dessas condições, optem pela nacionalidade de seus pais extrangeiros. Esta opção, que é admitida em homenagem ao princípio de que ninguém deve ser obrigado a ter uma certa nacionalidade, deve, porém, ser deduzida em determinadas condições: declarando êsses indivíduos por si, sendo maiores ou emancipados, ou pelos seus representantes, sendo menores, que não querem ser portugueses (2).

Por outro lado, não deixa também o código de atender, em certos casos, à consanguinidade, ou ao critério do *jus sanguinis*, para decidir da nacionalidade dos indivíduos. Assim é que o mesmo art. 18.º declara também que são ainda cidadãos portugueses.

(1) O Código, em vez de pai, dizia *país portugueses* («pai e mãe portugueses»), não prevendo assim a hipótese de os pais do filho legítimo terem diferente nacionalidade. A dúvida não se pode dar hoje, em face da nova redacção do artigo, que faz atender só à nacionalidade do pai.

(2) Esta declaração deve ser feita perante a municipalidade da respectiva residência do extrangeiro em Portugal (§ 1.º do art. 18.º). Porém, sendo a declaração feita pelo representante do menor, poderá êste, quando chegado à maioridade ou emancipado, fazer nova declaração reclamando contra a anterior (§ 2.º).

...4.º os nascidos de pai português, sendo filhos legítimos, ou só de mãe portuguesa, sendo ilegítimos, mesmo que nascidos em *território extrangeiro* (mesmo que o pai tenha sido expulso do país), mas que vierem estabelecer domicílio em Portugal, ou que declarem por si (sendo maiores), ou por seus representantes (sendo menores), que querem ser portugueses (1); e, finalmente:

5.º os nascidos em território extrangeiro de pai português que ali resida ao serviço da nação portuguesa (2).

Isto mostra-nos, portanto, como acima diziamos, que o sistema do nosso código, em matéria de cidadania atribuída pelo nascimento, presta assim homenagem aos dois referidos critérios, do *jus sanguinis* e do *jus soli*, combinando-os, embora dando maior pêso ao segundo do que ao primeiro (3).

(1) Esta declaração deve também ser feita, correspondentemente àquela a que se refere a nota anterior, perante os respectivos agentes consulares portugueses ou perante a competente autoridade extrangeira (mesmo § 1.º do art. 18.º). De resto, existe também aqui o direito de o menor, tornado maior, reclamar mais tarde, nos têrmos do mesmo § 2.º.

(2) É a disposição paralela à do n.º 2 do art. 18.º, quanto aos filhos de extrangeiros aqui nascidos emquanto os pais residiam ao serviço da sua nação.

(3) Acêrca das dúvidas que a propósito de tôdas estas disposições fundamentais podem surgir, remetemos para o *Tratado* do sr. Dr. M. Vilela, I, pág. 89, 93, 94, 95 e 97. Cfr. também sr. Dr. José Tavares, II, pág. 39 a 43.

Note-se, por último, que não prevê o nosso código, nem previu o seu reformador de 1930, o caso do nascimento a bordo de navios, ou no alto mar, ou em águas territoriais, como não previu (não se pode levar isso a mal ao legislador de 1868) o caso do nascimento a bordo de aviões ou de quaisquer aeronaves. Partiu-se do princípio, um pouco estreito, de que só se podia nascer em terra firme! Hoje, porém, que se pode nascer no seio de todos os elementos, como os deuses da Grécia, ¿qual é doutrina do nosso direito? Na hipótese do nascimento no alto mar, todos se acham de acôrdo em reconhecer que o nascimento deve considerar-se realizado no território do Estado a cuja bandeira pertence o navio, quer seja de guerra, quer mercante. Na hipótese do nascimento a bordo, mas dentro das águas territoriais dum Estado, penso que é necessário distinguir entre navios de guerra e navios mercantes. Nos navios de guerra a soberania do Estado a que

Quanto ao *casamento* — o segundo dos factos que podem fazer atribuir às pessoas o estado de cidadão dum país — é também doutrina legal, entre nós, a constante do n.º 6 do art. 18.º, onde se diz que é cidadã portuguesa «a mulher extrangeira que casa com cidadão português». A mulher extrangeira, tornada portuguesa nestas condições, conserva, de resto, esta qualidade, não só ainda mesmo no caso de ela pela lei do seu país de origem não perder a nacionalidade que tinha, como também no caso de disolução do matrimónio por morte do marido ou por divórcio, visto nenhum dêstes factos ser causa que obste à aquisição ou à conservação da nacionalidade portuguêsa (1).

Quanto à naturalização, finalmente — terceiro dos factos por que se pode adquirir a nacionalidade — diz ainda a lei, no mesmo art. 18.º (n.º 5, no texto do Código Civil, e n.º 7 no texto do Decreto de 16 de Dezembro de 1930), que de facto são também cidadãos portugueses os extrangeiros naturalizados. ¿Que se entende, porém, por naturalização?

Entende-se por naturalização, no rigoroso sentido da palavra, a concessão ou o reconhecimento *expresso* e inteiramente *gratúito* da qualidade de cidadão dum país, feito pelo Estado a um determinado cidadão extrangeiro. Não se deve, porém, entender por naturalização — embora num sentido lato e impreciso assim se entenda por vezes — a aquisição da qualidade de cidadão dum país por quaisquer outros factos diferentes dêste, tais como o casamento da mulher extrangeira ou ainda aquelas opções, a que já aludimos, e que às vezes fazem também conferir essa qualidade a certos extrangeiros.

A naturalização — note-se, de resto — é considerada entre nós, não como um direito dos extrangeiros (ninguém tem direito a ser naturalizado), mas como uma concessão graciosa, isto é, um favor, que o Estado poderá fazer a quem lh'o solicite em certas condições (1).

¿Quais são essas condições?

Segundo o art. 19.º do Código Civil, no seu novo texto dado no Decreto de 1930, só podem requerer a naturalização aquêles extrangeiros, que forem maiores, tanto pela lei portuguesa, como pela lei do seu país. Em segundo lugar, é também necessário que se trate de pessoas capazes de grangearem salários pelo seu trabalho, ou que tenham outros meios de subsistência. Em terceiro lugar, que tenham já residido pelo menos *três anos* em território português. E, finalmente — quarta e quinta condições — que estejam livres de responsabilidade penal e tenham cumprido as leis do recrutamento militar do seu país (2). Sendo dadas estas condições, *poderá*

---

pertencem não sofre interruções, mesmo dentro das águas territoriais doutro Estado. Quanto aos mercantes, êles não podem fugir à aplicação do preceito de que as *águas salgadas das costas* entram no domínio público, como as águas interiores, e de que, portanto, os indivíduos aí nascidos sob qualquer bandeira, ter-se hão por nascidos no território do respectivo Estado. Cfr. Dr. Vilela, pág. 95, *ibid.* e Dr. Tavares, pág. 42, *ibid.* Com relação ao nascimento em aeronaves, matéria não regulada também, entendemos que lhe deve ser aplicada, por analogia, a mesma doutrina.

(1) Apenas há a notar que, se a mulher extrangeira, casada com português, ou viúva, ou divorciada de português, tiver conservado simultaneamente a nacionalidade do seu país de origem, nesse caso não poderá invocar a qualidade de cidadã portuguesa, emquanto viver nesse país, em harmonia com o disposto no § 3.º do art. 18.º. Por outro lado, se dizemos que a viúvez ou o divórcio da mulher, tornada portuguesa pelo casamento, lhe não faz perder essa qualidade, dizê-mo-lo porque nenhum dêsses factos figuram no art. 22.º entre aqueles que fazem perder a qualidade de cidadão português.

(1) É o que inclusivamente se depreende da própria redacção do art. 19.º do Código Civil e, melhor ainda, da nova redacção que lhe foi dada pelo Decreto de 16 de Dezembro de 1930: «o govêrno *poderá conceder* carta de naturalização aos extrangeiros que a requisiram na Câmara Municipal da sua residência e que se encontrem nas condições seguintes...».

(2) Deve notar-se que da terceira condição estão necessàriamente dispensados os extrangeiros descendentes de sangue português que vierem domiciliar-se no país e, eventualmente, aqueles que forem casados com mulher portuguesa ou que tenham prestado, ou sejam chamados a prestar à nação algum serviço relevante que justifique a dispensa (cfr. § 2.º do art. 19.º na nova redacção de 1930).

então o govêrno conceder a naturalização mediante *carta* e esta produzirá os seus efeitos desde que tenha sido registrada dentro de seis meses no arquivo da Câmara Municipal do concelho onde o extrangeiro estabelecer o seu domicílio (1).

O extrangeiro naturalizado fica *ipso facto*, em princípio, equiparado em direitos civis e políticos ao cidadão português originário. Do art. 18.º, considerando pura e simplesmente cidadãos portugueses os extrangeiros naturalizados (n.º 7 do art.), não pode, com efeito, concluir-se outra coisa. E contudo, importa salientar que esta equiparação não é absoluta e que, pelo contrário, está sujeita a não pequenas restrições. Eis as principais:

Segundo o art. 20.º, na sua actual redacção (Decreto de 16 de Dezembro de 1930) — «o estrangeiro naturalizado não poderá exercer funções públicas de qualquer natureza, nem funções de direcção ou fiscalização em sociedades ou outras entidades dependentes do Estado, por contrato, ou por êle subsidiadas, emquanto não decorrerem *dez anos*, pelo menos, após a data da sua naturalização» (2). O extrangeiro naturalizado ficará, portanto, privado durante dez anos duma equiparação absoluta aos cidadãos originários e, nomeadamente, não terá, durante êsse período de tempo, certos direitos políticos, como o *jus honorum*. E não só isso, como também durante o mesmo tempo êle estará ainda sujeito, quanto à aquisição e posse de bens, às mesmas restrições que existirem para os extrangeiros (§ único do mesmo art. 20.º) (3). Isto equivale, assim, a dizer que, mesmo depois

(1) Art. 21.º do Código Civil, alterado pelo Decreto de 1930 apenas no que respeita ao prazo máximo de seis meses para o registro da carta de naturalização no arquivo da Câmara Municipal do Concelho.

(2) Idêntica doutrina já se achava consagrada no Decreto de 2 de Dezembro de 1910, sôbre naturalização, no seu art. 3.º, hoje revogado. O tempo aí fixado para o extrangeiro naturalizado poder exercer funções públicas, era porém de cinco anos e não de dez.

(3) Note-se que, mesmo assim, uma última restrição existe ainda,

da naturalização, não é antes de decorridos dez anos que o extrangeiro naturalizado assumirá inteiramente o *status* do cidadão de origem, podendo considerar-se, como os romanos diziam, um *civis optimo jure*.

A naturalização constitúi, ao lado do nascimento e do casamento, um importante facto, tão importante como êstes, pelo qual se adquire a qualidade de cidadão português. Porisso os seus efeitos devem persistir e ter a mesma duração que os daqueles. Em princípio, êsses efeitos deverão produzir-se durante tôda a vida do naturalizado, emquanto se não verificar qualquer facto do número daqueles que, segundo a lei, farão perder para qualquer pessoa a cidadania portuguesa (1). Assim deve ser, com efeito, se atendermos

segundo a Constituição de 1911, a esta equiparação. Segundo o art. 39.º, só pode ser presidente da República o cidadão português que nunca tiver tido outra nacionalidade.

(1) Uma outra questão relacionada com esta, é a questão de saber se devem considerar-se os efeitos da naturalização como puramente pessoais e individuais, ou como abrangendo também a família e a descendência já existente do naturalizado. A questão tem sido discutida pelos internacionalistas e é evidente que, num ponto de vista de reforma do direito existente, não hesitamos em sustentar que a naturalização deve estender-se à família e descendentes do naturalizado, em nome de vários princípios e, nomeadamente, da necessidade duma forte unidade na família, que não suporta fàcilmente uma diferença de nacionalidades entre o marido e a mulher ou entre os pais e os filhos. Simplesmente, no ponto de vista do direito positivo, não é esta a doutrina que vigora. O nosso direito tem adoptado sempre o princípio segundo o qual a naturalização, sendo uma concessão graciosa, só produz efeitos individuais, não se estendendo além da pessoa do naturalizado. Assim é que, pelo art. 22.º, §§ 1 e 2, a naturalização em país extrangeiro de português casado com portuguesa não implica para esta a perda da sua nacionalidade (salvo se ela quiser seguir a nova nacionalidade do marido e a lei dêste lh'a conceder), assim como o mesmo se dispõe àcêrca dos filhos de português que se naturalizou extrangeiro, com idêntica restrição. E a mesma doutrina é também a seguida no que respeita aos extrangeiros naturalizados em Portugal, a respeito dos quais a sua naturalização não produz efeitos nem relativamente à mulher, nem relativamente aos filhos menores já existentes. Cfr. Dr. G. Moreira, I, pág. 184, e Dr. J. Tavares, II, pág. 50.

a que a cidadania ou *status civitatis* constitúi um daqueles elementos do «estado» das pessoas que, duma maneira geral, lhes completa e define a capacidade jurídica, originando a favor delas uma verdadeira *situação jurídica subjectiva* (1). E todavia, verifica-se que também aqui outras razões de facto podem levar e infelizmente têm levado os Estados a, em certas condições, desconhecer êstes princípios, roubando aos cidadãos naturalizados uma qualidade que, numa rigorosa técnica jurídica, devia ser tão inatacável, como o seu *status familiae* ou o seu *património*. Trata-se, porém, de razões políticas actuando em momentos de extrema gravidade da vida nacional e porisso insusceptíveis de obedecer aos princípios, como as que levaram já, entre nós, a retirar arbitrâriamente a qualidade de cidadãos portugueses aos alemães e austríacos naturalizados, por ocasião da guerra europeia, em 1916 (2).

E se estas são as causas pelas quais se pode adquirir a qualidade de cidadão português, ¿quais são aquelas que a podem fazer perder?

Neste ponto, regulado no título III da Parte I do Código Civil, não foi êste essencialmente alterado por legislação posterior (3).

---

(1) Vêr a êste respeito o que escrevemos a pág. 208, nota.

(2) Decreto n.º 2.355, de 23 de Abril de 1916. Além disso, pode também o efeito da naturalização terminar em conseqüência de tratados com países estrangeiros, como acontece com a convenção de 7 de Maio de 1908, celebrada entre Portugal e os Estados Unidos. Segundo essa convenção internacional, considera-se como *renúncia* do cidadão naturalizado à sua naturalização o facto de um português naturalizado americano, ou de um americano naturalizado português, voltarem a residir nos seus respectivos países de origem sem intenção de regressarem aos seus países de naturalização.

(3) Exceptua-se do que fica dito o disposto no n.º 3.º do art. 22.º, estabelecendo a perda da qualidade de cidadão português a respeito daquele que tiver sido expulso por sentença, emquanto durarem os efeitos desta. Esta disposição foi revogada pela Reforma Penal de 1884 e pelo actual Código

As causas pelas quais se pode perder a qualidade de cidadão português, são as taxativamente indicadas no art. 22.º. Com efeito, perdem essa qualidade: — 1.º os cidadãos portugueses que se naturalizarem em país extrangeiro (1); 2.º os cidadãos portugueses que, sem prévia autorização do govêrno, aceitarem funções públicas, graça, pensão ou condecoração de qualquer govêrno extrangeiro (2); 3.º as mulheres portuguesas que casarem com cidadãos extrangeiros (3).

Cumpre, porém, notar que o nosso direito, estabelecendo as causas que fazem perder a qualidade de cidadão português, não só a nenhuma delas considerou definitiva nos seus efeitos, como ainda se mostrou particularmente tolerante nas facilidades que concedeu para a reaquisição dessa qualidade, desde que as pessoas voltem a residir em território nacional. E a tal ponto, para êste efeito, a nossa lei ligou mais uma vez importância ao vínculo territorial, ao *jus soli*, e ao regresso ao país, que chega a preceituar que todo o cidadão português, que porventura seja havido também como nacional de outro estado, não poderá jámais invocar a sua qualidade de

---

Penal, nos arts. 74.º a 77.º, que aboliram, como é sabido, a incapacidade por efeito de sentença penal condenatória. Vid. a êste respeito G. Moreira, I, pág. 182, nota 3.

(1) O cidadão português que se naturalizou em país extrangeiro, pode no entretanto recuperar fàcilmente essa perdida qualidade, desde que regresse ao país com ânimo de domiciliar-se nele e assim o declare perante a municipalidade do lugar onde fôr residir. Cfr. n.º 1 do citado art. 22.º.

(2) Aquele que perdeu a cidadania portuguesa por qualquer dêstes motivos, pode também recuperá-la e ser rehabilitado por graça especial do govêrno. Cfr. n.º 2 *ibid.*

(3) A mulher portuguesa que perdeu a qualidade de cidadã portuguesa por virtude de casamento com extrangeiro, pode também recuperar essa qualidade, desde que, tendo-se dissolvido o matrimónio por morte ou divórcio, regresse a Portugal com ânimo de domiciliar-se e assim o declare, como no caso do n.º 1 do art. 22.º. De resto, não se esqueça também que, se a mulher portuguesa que casou com extrangeiro não adquirir pela lei do país do marido a qualidade de nacional dêsse país, neste caso nem mesmo chegará a perder a cidadania portuguesa. (Cfr. n.º 4 do mesmo art. 22.º).

português, emquanto residir nesse país extrangeiro e não em Portugal (§ 3.º do art. 18.º na redacção do Decreto de 16 de Dezembro de 1930) (1).

49. Ao lado do *status civitatis* ou cidadania, como elemento informador e determinante da capacidade jurídica da pessoa, na sua medida de direitos políticos e civis, acha-se, como já também ficou dito, o *status familiae* ou a posição do indivíduo perante a sociedade familiar. Como já dissemos, o «estado» da pessoa é constituído justamente por êstes dois elementos, relativos à posição que o indivíduo ocupa, já perante a sociedade política em geral, já perante a sociedade familiar. Assim como, no primeiro ponto de vista, as pessoas podem ser ou *cidadãos* ou *extrangeiros* (e os cidadãos, originários ou naturalizados), assim, neste segundo ponto de vista, as pessoas podem ser: casadas, solteiras, viúvas ou divorciadas, pais ou filhos de família, enfim parentes. E ninguém duvidará, certamente, da importância que êsses estados ou posições assumem para a determinação do quanto exacto de capacidade das pessoas nos seus direitos e obrigações. Se o «estado familiar» não é hoje, como também vimos, um elemento que possamos considerar fundamento da personalidade, é, pelo menos, um complemento dela. Com efeito, é êste um facto que desde logo podemos observar: que dessa diferente posição que o indivíduo ocupa em face da família, dependem muitos direitos e obrigações, e até, por vezes, uma certa limitação da sua capacidade jurídica, os quais, se são sobretudo importantes com relação à mulher, não deixam também de se produzir com relação ao homem (2).

(1) «O cidadão português que porventura seja havido também como nacional doutro país, emquanto viver nesse país, não poderá invocar a qualidade de cidadão português». Já dispunha o mesmo o decreto hoje revogado de 2 de Dezembro de 1910.

(2) Não faltam exemplos. Assim, pelo facto do casamento, a pessoa

As fontes ou causas das relações de família, em função das quais se define o *status familiae* das pessoas, são, como é sabido, o *matrimónio* e a geração ou *procriação* de filhos, quer legítima (dentro do matrimónio), quer ilegítima (fora dêle).

Êstes dois factos são também a origem daquele especial vínculo natural e jurídico entre as pessoas, a que se dá o nome de *parentesco* e que pode ser de duas espécies: de *consanguinidade* e de *afinidade*. Por outras palavras: tanto pelo matrimónio, como pela procriação, se geram certas relações jurídicas entre as pessoas, prêsas entre si pelos laços do parentesco, e são os direitos e obrigações inerentes a essas relações, determinando duma maneira exacta a sua posição ou estado em frente da instituïção familiar, que precisamente constituem o seu *status familiae*.

Do matrimónio, como acto jurídico pelo qual se funda a família legal, bem como da filiação, origem primordial destas relações, não temos que nos ocupar aqui, visto o seu estudo pertencer antes ao capítulo dos «direitos de família», a tratar na parte especial. Porém, do parentesco, como fundamento das relações de família em geral, já resultantes daqueles factos, daremos aqui uma rápida noção.

Chama-se parentesco por consanguinidade a relação em

casada não pode contraír outras núpcias, emquanto as primeiras não estiverem dissolvidas. A mulher casada não pode administrar os bens do casal, nem mesmo ainda os seus bens próprios, senão achando-se separada de bens ou de pessoas e bens. O marido não pode alienar livremente os bens imobiliários do casal, mas carece para êsse efeito da outorga da mulher. As pessoas que tiverem descendentes ou ascendentes não podem dispôr por testamento duma certa porção de bens, que constitúi a *legítima*. Os parentes são por lei obrigados, salvo excepções, ao *manas* da tutela com relação a outros que sejam incapazes. O cônjuge que, por morte do outro, se achar sem meios de subsistência, terá direito a alimentos, impôsto nos bens deixados pelo falecido, etc. O estado é, pois, uma bem evidente realidade, que dá a medida de muitos direitos e obrigações, determinando a capacidade jurídica das pessoas.

que se acham entre si as pessoas que descendem umas das outras, ou que descendem dum progenitor comum. É o parentesco a que os romanos davam a designação de *cognaticio* ou de cognação (*cognatio*) e que já constituía a base exclusiva das relações familiares, em oposição à *adgnatio*, nos tempos do direito romano desenvolvido do último período. Êste parentesco tanto pode, porém, ser tomado em consideração na chamada *linha recta*, como na *transversal*. Diz-se «linha recta» a que liga entre si as pessoas que descendem directamente umas das outras, quer descendo (bisavós, avós, pais, filhos, netos) (*linha recta descendente*), quer subindo (netos, filhos, pais, avós, etc.) — *linha recta ascendente* — até ao infinito. Diz-se «linha transversal» a que liga entre si as pessoas que, embora não descendam directamente umas das outras, contudo descendem dum progenitor comum, como os irmãos, os tios e sobrinhos, e os primos entre si, até ao *sexto grao*, cujas linhas rectas ascendentes, prolongando-se, vão convergir num ponto determinado.

Para determinar o grao ou distância de parentesco existente entre duas pessoas, procede-se da seguinte forma: se se trata de pessoas que são parentes em linha recta, o grao do seu parentesco corresponde ao número de gerações ou de pessoas que as separam, excluído o progenitor (1). Se, porém, se trata de duas pessoas que são parentes em linha transversal, então para determinar o grao do seu parentesco, contam-se as gerações que separam uma das ditas pessoas do progenitor comum a ela e à outra, pelo critério exposto, subindo, e depois as que separam êsse progenitor da segunda

(1) *Tot sunt gradus quot generationes, tot sunt gradus quot personae, dempto stipite.* Assim, o filho é parente em 1.º grão do pai; o neto em 2.º grão do avô e assim sucessivamente. Considerando o pai e o filho, como as pessoas são duas, o grao do seu parentesco recíproco vem a ser, tirado o progenitor, dois menos um; considerando o avô e o neto, como as pessoas da série que as liga são três — avô, pai e neto — o seu grao de parentesco vem a ser, *dempto stipite*, três menos um, isto é, o segundo.

com relação à qual se pretende achar o parentesco da primeira, descendo pelo outro lado. Ou melhor: contam-se tantos graos, quantas as pessoas que as separam, subindo na linha da primeira até ao progenitor comum e descendo na linha da segunda, desde o progenitor até ela, excluído porém o próprio progenitor (1). Os efeitos dêste parentesco não vão, porém, além do 6.º grao (2).

Outra coisa que é preciso distinguir é o parentesco *legítimo* do chamado parentêsco *ilegítimo*, consoante a causa da filiação. Diz-se, naturalmente, legítimo o parentesco que resulta da filiação legítima, ou procriação dentro do matrimónio; ilegítimo aquele que resulta da procriação dentro de outras formas de união dos sexos, consideradas ilegítimas ou até proibidas pela lei.

(1) Assim se verificará fàcilmente, por exemplo, que os irmãos são entre si parentes em segundo grao; o tio e o sobrinho, em terceiro; os primos co-irmãos, em quarto, etc. Considerados os dois irmãos e o pai, são três as pessoas, sendo logo dois os graos que os separam; considerados o tio e o sobrinho, são quatro as pessoas da série, sendo logo três os graos; etc.

Convém notar que esta forma de computar o parentesco é a do direito civil romano e que ela é diferente da do direito canónico, inspirado neste ponto no direito germânico. Segundo essa outra forma, o parentesco entre as pessoas na linha *transversal*, conta-se, não por pessoas, mas por linhas horizontais ou parentelas. Quere dizer: não se sobe pela linha ascendente duma das pessoas até ao progenitor comum, para descer, pelo outro lado, do progenitor comum até à outra pessoa, contando *tot gradus quot personae*. Mas contam-se apenas os planos ou gerações que existem, acima delas. Exemplo: os irmãos são parentes em 1.º grao, porque acima deles há apenas uma geração, a do pai; os primos, filhos de irmãos, são parentes em 2.º grao. Quanto ao tio e sobrinho, como a sua posição é desigual nas respectivas linhas, visto não se acharem no mesmo plano, contam-se os graos em cada linha separadamente. Assim, o tio é parente do sobrinho no 1.º grao e o sobrinho direito é parente do tio no segundo.

(2) Segundo o código civil, a lei só atribuía efeitos jurídicos a êste parentesco até ao décimo grao (art. 1969.º, n.º 5.º). Hoje, porém, em face do mesmo artigo, na redacção do dec. de 16 de Dezembro de 1930, que manteve a doutrina do dec. de 31 de Outubro de 1910, êsses efeitos não vão além do *sexto grao*.

Claro é que o parentesco existente entre o pai natural e o filho ilegítimo (chamado vulgarmente filho *natural*) (1) pode também ser origem de importantes relações jurídicas (relações de família), se o filho vier a ser reconhecido como tal, ou por perfilhação expontânea do pai, ou por legitimação, ou por investigação de paternidade (2). O pátrio poder sôbre tais filhos, o direito de sucessão deles nos bens dos pais, só ou em concorrência com os filhos legítimos, o seu direito a alimentos, os direitos das mães ilegítimas a alimentos também, etc., tudo constitúi objecto de inúmeras relações jurídicas que não deixam de ser igualmente relações de família, embora não tenham a complexidade e a ampla repercussão das que se fundam no matrimónio e na procriação legítima.

E finalmente, há ainda uma outra espécie de parentesco chamado de *afinidade*, que só pode fundar-se no matrimónio, e é o parentesco que por êste se estabelece entre

(1) Entre os filhos nascidos ou concebidos fora do matrimónio, o nosso direito distingue várias categorias. Assim há a considerar os *legitimados*, os *perfilhados* e os *espúrios*, confundidos na linguagem vulgar sob a designação aliás não rigorosa de filhos naturais. Dizem-se *legitimados* os filhos de pessoas que, não estando casadas ao tempo do nascimento dêles, contraem posteriormente matrimónio entre si. Dizem-se *perfilhados* os que, nascidos fora do matrimónio, podem ser reconhecidos como filhos, ou por declaração no registo de nascimento, ou por outra declaração autêntica, ou ainda os que foram declarados tais por sentença judicial. Dizem-se *espúrios*, finalmente, os *adulterinos*, ou havidos por pessoas casadas, ao tempo da concepção, de outras que não sejam os seus cônjuges, e os *incestuosos*, ou os havidos de pessoas entre si parentes por consanguinidade ou afinidade em qualquer grau da linha recta, bem como de parentes por consanguinidade no segundo grau da linha transversal. Na nossa antiga legislação dava-se a designação de *filhos naturais* aos ilegítimos não perfilhados, mas de pessoas livres e solteiras que podiam contrair matrimónio. O código civil, porém, que se não refere a essa categoria, só fala de filhos naturais no sentido de ilegítimos perfilhados (art. 1192.º, n.º 2).

(2) Sôbre a condição jurídica das diferentes categorias de filhos vigora o dec. n.º 2, de 25 de Dezembro de 1910, com algumas alterações introduzidas pelo dec. de 16 de Dezembro de 1930.

cada um dos cônjuges e todos os parentes do outro (1). Não havendo, porém, graos na afinidade, por não haver aí gerações, deve notar-se que cada um dos cônjuges é *afim* dos parentes do outro na mesma linha e grao em que êste o fôr.

Sendo êstes os elementos que fazem definir a posição do indivíduo diante da família, ou o seu *status familiae*, ¿ como se atesta, porém, essa posição, êsse *status*? Pelo nome e pelo direito ao nome.

Tôda a pessoa deve distinguir-se de tôdas as outras jurídica e socialmente e, a marcar essa distinção, deve usar um sinal que permita individualizá-la em tôdas as suas relações sociais. Êsse sinal é o nome. A cada pessoa deve corresponder, por isso, um *nome civil*, e êste é constituído por dois elementos: pelo chamado *nome próprio*, individual, e pelo *apelido*, um ou mais, representando o nome da família a que pertence. Como, porém, esta atribuïção dum nome civil às pessoas corresponde não só a um interesse público, do Estado, mas também a um interesse privado dos próprios indivíduos, daí provém que todos têm um verdadeiro direito ao nome, como manifestação da sua personalidade, relacionado um tal direito com a sua posição familiar.

O direito ao nome não é um direito patrimonial, como uma espécie de direito de propriedade, pois o nome não tem valor patrimonial, nem corresponde a qualquer coisa de exte-

(1) Pelo direito canónico a afinidade, fundando-se na coabitação, produzia efeitos jurídicos, mesmo fora do matrimónio, nas uniões ilegítimas. Hoje, porém, êste parentesco só existe como conseqüência do matrimónio. O respectivo vínculo, originado no matrimónio, subsiste, contudo, ainda depois de dissolvido êste, entre o viúvo e os parentes do falecido.

Note-se, por último, que sôbre o parentesco por afinidade se não fundam dum modo directo quaisquer relações jurídicas de família, equivalentes àquelas que se fundam sôbre a consanguinidade; nem direitos de sucessão, nem direito a alimentos, nem o dever de tutela. A afinidade é apenas tomada em consideração como fundamento para o impedimento derimente do matrimónio entre parentes, mesmo afins, na linha recta (art. 1073.º do Código Civil e 4.º do Dec. n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910).

rior à pessoa, sôbre que ela possa exercer um poder de facto. É um daqueles direitos essencialmente pessoais, de que já falamos, ou um direito de personalidade, de que não é possível fazer uma construção dogmática semelhante à dos outros direitos. Consiste antes numa manifestação da personalidade, que a lei protege, como protege a existência, a vida, a liberdade e a honra das pessoas. É um direito inalienável, intransmissível e apenas susceptível de ser adquirido originàriamente. Uma vez adquirido, não pode ser arbitràriamente modificado.

Não se adquirem, porém, da mesma forma o nome próprio e o apelido. O primeiro adquire-se pela inscrição no *registo civil*, devendo ser indicado pelas pessoas que fazem a declaração do nascimento, naturalmente os pais no exercício do seu pátrio poder (Código do Registo Civil, art. 142.º). Se êstes não podem fazê-lo, pertencerá dar essa indicação às testemunhas do acto, assim como, se estas também o não fizerem, pertencerá ao próprio funcionário do Registo Civil. E ao mesmo funcionário pertencerá também a escolha do nome do indivíduo a registrar, se se tratar duma criança exposta (art. 149.º, *ibid.*). O segundo, o apelido de família, adquire-se pelo facto do nascimento dentro duma determinada família, se o filho é legítimo; ou pelo facto da perfilhação ou sentença, se o filho é ilegítimo e foi depois disso perfilhado. O art. 31.º do Decreto n.º 2, de 25 de Dezembro de 1910 (alterado pelo Decreto de 16 de Dezembro de 1930) reconhece, com efeito, ao perfilhado por perfilhação expontânea, ou por sentença, o direito de usar dos apelidos do pai ou mãe perfilhantes ou que foram reconhecidos judicialmente. Assim como também, se o filho é e permanece ilegítimo, é ainda ao funcionário do Registo Civil que, no mesmo acto do registo, compete, por autoridade pública, dar-lhe, além dum nome próprio, um apelido (1).

(1) O apelido ou nome de família adquire-se também pelo casamento, quanto à mulher. O art. 43.º do Decreto n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910 estabelece que a mulher adquire pelo casamento o direito de usar o nome do marido até ao divórcio, ou ainda depois da morte do marido, até passar a segundas núpcias.

O nome próprio ou de família, só pode modificar-se em determinadas condições e mediante um processo de justificação administrativa, que se acha regulado no Código de Registo Civil (art. 175).

E, se o nome constitúi um direito, ¿como se defende êle? É indiscutível que o indivíduo goza duma protecção legal do seu nome. Pode, não só fazer proïbir o uso ilegal que outros façam dele, usurpando-lho, como pode reivindicar para si o seu uso legal no caso de outros lho contestarem. Tem uma tutela administrativa e penal, e até uma protecção civil. Pode-se proceder em juízo, com efeito, não só para fazer cessar as perturbações ou ofensas praticadas contra o próprio nome, como para obstar a que outros façam um uso ilegal dele.

Isto nos leva a fazer uma idéa da importância do *status familiae*, como elemento determinante da capacidade civil. Só o estudo completo dos direitos de família, porém, nos poderá mostrar qual o quanto exacto de direitos e obrigações que, por virtude dêsse *status*, constitúi aqui a medida da capacidade das pessoas. Aqui só notaremos ainda, por último, que esta matéria não se acha regulada num lugar único e determinado do código, como aliás acontece com as disposições fundamentais relativas à cidadania ou *status civitatis*, nos títulos II a V da sua Parte I. O nosso código trata das relações de família dispersamente. Assim é que, se as matérias do poder paternal, da filiação legítima e ilegítima, da obrigação de alimentos e ainda da tutela se acham reguladas no Capítulo II do título IX da Parte I, é todavia no livro II da II Parte que, entre os contractos, se acha regulada a matéria do casamento e dos restantes direitos de família que por êsse facto se estabelecem. Como, porém, também

já foi notado, não deve esquecer-se que tôda essa importante matéria foi profundamente alterada, sobretudo pelos importantes decretos de 25 de Dezembro de 1910, de 3 de Novembro do mesmo ano e ainda pelo Decreto de 16 de Dezembro de 1930.

50. Dissemos acima que na determinação do quanto de direitos da pessoa influiam principalmente duas condições: a das relações entre a pessoa e uma determinada sociedade política e a das relações entre a pessoa e a instituïção familiar. É disso que sobretudo depende o «estado civil» das pessoas, desdobrando-se nos dois elementos: *status civitatis* e *status familiae*, como as duas posições jurídicas fundamentais que podem modificar a sua capacidade.

Com isto, porém, não está ainda tudo dito. Outros factos há ainda, além dêstes, que assumem também uma grande importância na vida jurídica do sujeito de direito ou pessoa, a que é chegado agora o momento de nos referirmos. Um dêsses factores é precisamente a relação em que a pessoa se acha, não já para com a sociedade política em geral, ou para com a família, mas para com um determinado lugar.

Certamente, essa relação entre a pessoa e um determinado lugar não é em si mesma uma causa directamente modificadora da capacidade, no mesmo sentido em que o são os factos já referidos (nacionalidade e estado civil), ou ainda aqueles a que mais adiante nos referiremos.

É todavia muito grande a importância que ela assume na vida jurídica da pessoa, pois que da sua determinação positiva ou negativa é que resulta o poderem tornar-se estáveis e regulares muitas das relações jurídicas em que a pessoa intervém, havendo muitas disposições jurídicas que não é possível aplicar sem essa relação se achar definida e precisada. A pessoa não tem mais ou menos direitos em virtude dessa relação com um determinado lugar, mas a determinação de tal relação é a condição para ela poder exercer certos

direitos, podendo inclusivamente, pela falta prolongada dêsse exercício, dar origem a certas presunções que a prejudicam, beneficiando outros. Dizendo isto, referimo-nos evidentemente aos dois importantes institutos do *domicílio* e da *ausência*, representando o primeiro uma relação *positiva* e o segundo uma relação *negativa* entre a pessoa e um determinado lugar.

Chama-se «*domicílio*», em direito, o *lugar onde o cidadão tem a sua residência permanente* (art. 41.º), a sua séde jurídica. Como diz também o art. 40.º, o exercício dos direitos e cumprimento das obrigações civis são determinados precisamente, em diversos casos previstos na lei, pelo domicílio do cidadão. Isto só por si nos mostra logo a importância do domicílio, matéria que se acha regulada no título VII da Parte I do Código, no referido art. 40.º e seguintes.

Certamente, deve notar-se que o *domicílio* não é o mesmo que a *residência*. Êste segundo conceito corresponde a uma pura situação de facto, ao passo que o primeiro corresponde a uma situação de direito. Uma pessoa pode ter várias residências e contudo pode acontecer que nenhuma destas coïncida com o seu domicílio. Êste é, portanto, o lugar onde a pessoa é por lei considerada *presente*; é, repetimos, a sua séde legal.

A residência é, porém, o lugar onde de facto a pessoa costuma permanecer, reside. E também aquele conceito se não confunde com o de nacionalidade, porque esta exprime uma relação social mais vasta e o domicílio uma relação puramente local, uma relação mais restrita com um certo lugar. O domicílio civil, único que nos interessa, pode, porém, ser de várias espécies. O art. 42.º declara que o domicílio pode ser *voluntário* ou *necessário*; voluntário é o que depende do arbítrio do cidadão; necessário o que é designado pela lei. Além disso, pode também o domicílio ser *geral* ou *especial*; geral o que se refere ao exercício em geral de todos os direitos da pessoa; especial ou particular, o que se refere sòmente à efectivação de certas relações jurídicas, exercício de certos

direitos ou cumprimento de certas obrigações. Com efeito, declara o art. 46.º que os cidadãos podem estipular domicílio particular para o cumprimento de determinados actos, que a lei não haja sujeito a domicílio certo (1).

Claro está, porém, que a forma mais importante de domicílio é a do domicílio *voluntário* e *geral*. Na grande maioria dos casos o domicílio é escolhido livremente pela vontade das pessoas. Tanto assim, que a lei transforma em critério para determinar o domicílio legal dos indivíduos o facto da sua residência permanente num determinado lugar (art 41.º). Como cada qual escolhe a sua residência permanente, assim portanto elege o seu domicílio legal (2).

Surge, porém, uma dúvida. Se o indivíduo tiver ao mesmo tempo várias residências, em que viva alternadamente, ou se não tiver mesmo residência permanente, ¿onde fixar o seu domicílio? Para a primeira hipótese, prevê o art. 43.º, dizendo que o indivíduo será tido como domiciliado na residência onde se achar, no momento em que fôr preciso determinar-lhe o domicílio, a não ser que êle tenha declarado competentemente, perante a respectiva câmara municipal, que prefere alguma delas. Para a segunda hipótese, prevê o art. 45.º, declarando que o cidadão que não tiver residência, será considerado no lugar onde casualmente se achar.

Uma outra dúvida pode ainda surgir. Suponha-se que um indivíduo pretende transferir o seu domicílio para outro

(1) Isto só poderá valer para os actos que por lei não estejam sujeitos a domicílio determinado e desde que o interessado faça constar o domicílio especial, por êle escolhido, de documento autêntico ou autenticado. Nunca lhe é, porém, permitido deixar essa escolha a arbítrio de outra pessoa. Esta escolha de domicílio especial para certos actos é, porém, tão respeitada pela lei, que esta chega inclusivamente a mandar conservar os seus efeitos, mesmo em caso de falecimento do estipulante, com relação aos seus herdeiros, se o contrário não se houver estipulado. Art. 46.º e § único.

(2) Para as pessoas colectivas, como veremos adiante, há uma disposição especial, a do art. 41.º, § único, pois estas têm o seu domicílio aí onde têm a séde da sua administração.

lugar. ¿Pode fazê-lo? Pode, pois assim o declara o art. 44.º. Simplesmente, como do próprio artigo consta, deverá êle, nesse caso, declarar isso mesmo perante as câmaras municipais donde e para onde se muda, acrescentando que tal declaração só produzirá os seus efeitos desde que o transferente tenha de facto estabelecido a sua morada no concelho que indicou (1). Ora a dúvida que pode levantar-se é esta: ¿será indispensável observar a formalidade da comunicação feita às câmaras, para que o domicílio da pessoa se julgue transferido? Cremos que não o seja, muito embora, segundo a letra do artigo, assim se deva entender; e isto porque, se o art. 41.º toma, segundo vimos, como critério para fixar o domicílio das pessoas, o *facto material* da residência permanente, claro é que basta êste facto para que o domicílio logo se fixe independentemente de quaisquer declarações. Uma interpretação diferente contraditaria, evidentemente, o princípio geral do art. 41.º e teria como conseqüência fazer considerar a pessoa como domiciliada num lugar onde aliás deixou de ter a sua residência permanente. Portanto, deve pensar-se que a declaração a que se refere o art. 44.º, § único, não é essencial na transferência do domicílio, tendo apenas a vantagem de tornar mais conhecida essa transferência.

Mas, ao lado dêste domicílio voluntário, há também, como já dissemos, o domicílio *necessário*, de que tratam os arts. 47.º e seguintes. ¿Em que casos estabelece a lei um domicílio dêstes às pessoas? Isso depende de certas condições que se podem dar nessas mesmas pessoas. Com efeito, há pessoas a respeito das quais a lei fixa um domicílio, independentemente da sua vontade, e essas são tôdas aquelas a que se referem êsses artigos. São elas, duma maneira geral,

(1) Art. 44.º. «O cidadão pode mudar, quando lhe aprouver, o seu domicílio, manifestando o facto da transferência perante as câmaras municipais dos concelhos de onde e para onde se muda. — § único. «Esta comunicação produzirá os seus efeitos, desde que o transferente tiver estabelecido a sua morada no concelho indicado por êle».

os menores, os maiores sob tutela, a mulher casada, aqueles que servem ou trabalham habitualmente e habitam em casa de outrém, os empregados públicos, os militares arregimentados, os marítimos com praça na armada e os condenados a prisão, destêrro ou degrêdo.

A respeito destas pessoas, note-se apenas que há algumas àcêrca das quais, só pela leitura dos referidos artigos, podem ainda surgir dúvidas sôbre a determinação do seu domicílio. É o que, por exemplo, se passa com o caso dos menores, se eles forem, ao mesmo tempo que menores domiciliados em casa de seus pais (art. 47.º), pessoas a quem por fôrça do arts. 51.º, 52.º ou 53.º, pertencer também outro domicílio necessário. Isto é: pode dar-se um conflito entre dois domicílios igualmente necessários. ¿Qual deve então prevalecer? ... o do art. 47.º, por exemplo, ou algum dos outros? Por outras palavras ainda: no caso de o menor não emancipado, cujo domicílio deve ser o de seus pais, ser empregado público ou arregimentado, qual o seu domicílio: ¿o dos pais (art. 47.º), ou o dos arts. 51.º e 52.º? Parece-nos melhor doutrina a que dá preferência em todos os casos à disposição geral do art. 47.º, referindo as dos arts. 51.º, 52.º e 53.º apenas ao caso dos maiores ou menores emancipados. A pessoa não pode ter dois domicílios necessários e gerais ao mesmo tempo e, sendo o pátrio poder o instituto fundamental que impôs, neste caso do art. 47.º, o critério para a determinação do domicílio de todos os menores, é a êsse princípio geral, julgamos nós, que deve atender-se para limitar o alcance do disposto nos artigos seguintes, conduzindo-nos à sua interpretação restritiva (1).

(1) De resto, a mesma interpretação é também imposta pela consideração do «*elemento sistemático*», quere dizer, atendendo, na nossa interpretação lógica de tais artigos, ao *lugar paralelo* do art. 50.º, onde se fixa o domicílio dos maiores ou menores emancipados que servem ou trabalham habitualmente em casa de outrém. Aí o legislador já não incluiu os menores não emancipados, certamente porque lhes quiz conservar de preferência o domicílio de seus pais.

O domicílio necessário, porém, cessa — diz o art. 54.º — desde que cessa o facto que o determina.

51. Estreitamente ligada com a matéria do domicílio está a matéria de *ausência*, ainda no que se refere às relações entre uma pessoa e um lugar determinado. Se o domicílio, como dissemos, não influí sôbre a capacidade civil das pessoas determinando-a no seu *quanto*, como os outros factos, de que falamos até aqui, modifica-a contudo de outra maneira. Isto é: influí no seu *modo*, e o mesmo pode dizer-se, em parte, da *ausência*. Assim como o domicílio e a residência constituem uma relação *positiva* entre a pessoa e um lugar, a ausência constitui uma relação *negativa*.

Deve, porém, notar-se, antes de mais nada, que por esta palavra se podem também entender coisas diferentes. Num primeiro sentido, vulgar e corrente, claro está que a ausência é o mesmo que a não presença duma pessoa num determinado ponto ou lugar. A pessoa que não se acha no seu domicílio, porque foi dar um passeio ou fazer uma viagem, está ausente. Não é contudo êste o sentido preciso e técnico em que a palavra aqui é tomada. O sentido que ela tem aqui, como designação dada a um instituto jurídico específico, é outro: é o de não presença da pessoa no seu domicílio, *mas sem que do ausente se saibam notícias*. É o que se vê do art. 55.º (1). Ora é neste sentido que o facto da ausência assume a maior importância para o direito, constituindo o conjunto das disposições que o regulam um *instituto jurídico* destinado a proteger o indivíduo e os seus herdeiros, quanto aos bens que o ausente pode ter deixado, e na previsão de que êle pode já não viver. Certamente, o

(1) Art. 55.º. «Se qualquer pessoa *desaparecer do lugar do seu domicílio* ou residência, *sem que dela se saiba parte*, e não houver deixado procurador ou quem legalmente administre os seus bens, e se fôr necessário provêr a êste respeito, ser-lhe há dado curador pelo juiz competente».

instituto da ausência, destina-se a proteger os interesses, já do próprio ausente, já dos seus eventuais herdeiros. O facto sobre que tal instituto assenta, a ausência, não pode porisso considerar-se um facto que directamente influa sôbre o quanto de capacidade jurídica da pessoa, modificando-o, nos mesmos têrmos em que influem a nacionalidade, o estado civil, ou ainda, a idade, o sexo, etc. Mas, como o domicílio, a ausência é um facto que influi sôbre o modo como tal capacidade pode ser exercida e, além disso, e diferentemente do domicílio, é também um facto que serve de origem a certas presunções, produtoras de efeitos jurídicos, que vão em última análise até ao ponto de fazer supôr morto o ausente e, portanto, até negar a sua personalidade (1).

Consoante os efeitos mais ou menos enérgicos que a ausência pode determinar, no sentido de acautelar os interesses do ausente e dos seus herdeiros, assim é costume distinguir, por assim dizer, três ausências. Essas três ausências são: 1.ª, a chamada *ausência presumida*; 2.ª, a chamada *ausência declarada*; e 3.ª, a chamada *morte presumida* (2).

---

(1) Sôbre a ausência, convém notar que êste instituto jurídico foi inteiramente estranho ao direito romano, onde, talvez pelo facto de haver muitos meios de provêr à administração do património do *paterfamilias* ausente, nunca se fez sentir a necessidade dêste instituto. Foi a jurisprudência da Idade-Média quem começou a construir as suas bases, aceitando, tirada dos Psalmos, a presunção de morte dos ausentes quando tivessem atingido setenta anos de idade, ou cinco depois do desaparecimento, se naquele momento já os tivessem atingido. Cfr. Bonfante, *Istituzioni*, pág. 50.

(2) Estas designações são discutíveis. Em todo o caso, a designação de *ausência presumida* tem a vantagem de significar que o próprio facto da ausência, decorrido pouco tempo depois do desaparecimento sem notícias, é antes uma *presunção* do que uma certeza; não se sabe ainda mesmo ao certo se o desaparecido está verdadeiramente «ausente», porque a própria ausência ainda não se consolidou como situação; há apenas um receio, uma preocupação. No segundo caso, decorridos quatro anos, ou dez, então a ausência é um facto, uma certeza, produzindo conseqüências mais graves. No terceiro, finalmente, decorridos vinte anos, ou atingidos os noventa e cinco de idade, o que passa a ser uma presunção é a própria morte do ausente.

No primeiro caso, dá-se o facto da ausência no sentido que já conhecemos; porém, a presunção sôbre a qual se fundam as respectivas disposições é antes a de que o ausente está vivo e de que pode regressar. Tais disposições visam, pois, predominantemente, como é natural, a acautelar os interesses do próprio ausente, a-fim de lhe conservar o património.

No segundo caso, dado ainda o mesmo facto da ausência, a presunção que serve de base às respectivas disposições, é a inversa, ou antes, começa a modificar-se, isto é, a transformar-se na de que o ausente tem tôdas as probabilidades de ter morrido. Assim, os efeitos que a essa presunção se ligam, visam já a proteger, inclusivamente, os interesses dos herdeiros presumidos, aos quais provisòriamente os bens são deferidos.

No terceiro, finalmente, a presunção de morte do ausente torna-se absoluta e então os bens que lhe pertenciam são definitivamente entregues aos herdeiros, como se houvesse a certeza da sua morte. Vejamos agora a regulamentação destas diferentes hipóteses e formas de ausência, bem como os efeitos que produzem.

α) Como já dissemos, chama-se à primeira forma de ausência *ausência presumida*. Nela não se presume ainda a morte do ausente, nem a impossibilidade do seu regresso. Pelo contrário, presumem-se a sua vida e regresso. Para que se possa, porém, declarar esta forma de ausência, é necessário que se verifiquem certas condições, que são as enumeradas no art. 55.º do Código Civil. Isto é: é necessário, primeiro que tudo, *que a pessoa tenha desaparecido do seu domicílio*; segundo, *que não haja notícias dela*; terceiro, *que não tenha deixado procurador ou quem administre os seus bens*; e quarto; *que seja realmente indispensável provêr a êsse respeito*, isto é, que haja bens que careçam de administração.

Quanto ao primeiro requisito, há apenas a notar que o desaparecimento, de que se trata no art. 55.º, não é neces-

sàriamente um desaparecimento qualquer, como, por exemplo, o que se segue a um afastamento voluntário e temporário. Deve, pelo contrário, tratar-se dum desaparecimento que faça *justificadamente* admitir a dúvida sôbre se a pessoa vive, ou que torne plausível a hipótese da sua morte. Claro que, se fôr conhecido que a pessoa existe e que, se não volta, é porque não quere, não poderá então falar-se de «desaparecimento» para êste efeito.

No que se refere ao segundo requisito, deve também notar-se que a «falta de notícias», que aqui se exige, não é uma falta de notícias depois de haver já decorrido um certo tempo, ou durante um certo tempo determinado. Basta que não haja notícias do ausente e se não saiba do seu paradeiro. O ausente pode ter desaparecido num certo dia e, se o desaparecimento se der em condições de fazer *justificadamente* duvidar da sua existência, não havendo notícias dele nem do seu paradeiro, isto é quanto basta para no próprio dia seguinte êle poder ser logo considerado ausente desta espécie de ausência.

E, finalmente, no que toca ao terceiro requisito, deve ainda ser notado que o procurador, de que no referido artigo se fala, deve ser um procurador por êle nomeado em procuração, e que a pessoa que legalmente administre os seus bens, de que também aí se fala, prevendo a sua falta, é qualquer daquelas que por lei representam outras, tais como os pais, tutores e curadores. Isto é: a ausência só se dá, juridicamente, se o ausente não deixou, nem procurador, nem qualquer dessas pessoas e se, por outro lado, deixou bens susceptíveis de se prejudicarem com a sua ausência.

Nada há, porém, a notar àcêrca do quarto requisito.

Pois bem: verificadas tôdas estas condições, a ausência produz então êste efeito jurídico: será dado ao ausente pelo juiz, como diz o art. 55.º, um «*curador provisório*». O efeito desta forma de ausência é, portanto, a chamada «*curadoria provisória*». Será nomeado ao ausente um curador; êste representá-lo há na administração do seu património e uma tal

situação, semelhante a tantas outras, durará emquanto existir esta característica forma de ausência, qualificada como *simplesmente presumida*. Os interesses que se tem em vista proteger são sòmente os interesses do próprio ausente, para que o seu património não sofra perda.

¿Como é, porém, nomeado êste curador e que pessoas podem requerer esta curadoria? ¿A quem pertence ela? Quais os poderes do curador? ¿Como termina esta situação?

A estas preguntas respondem os arts. 56.º e seguintes do Código Civil. São hábeis para requerer a mencionada curadoria o Ministério Público e todos aqueles que tenham interesse na conservação dos bens do ausente (1). Aquele que a requerer deverá sempre, porém, justificar com testemunhas a necessidade dela (2) e requerê-la há ao juiz do último domicílio do ausente (art. 55.º, § 1.º), independentemente de quaisquer outras providências conservatórias que se tornem indispensáveis noutra parte, onde o ausente tenha bens (idem, § 2.º).

Quanto às pessoas a quem a curadoria pertence, preceitua o art. 57.º que o juiz deverá dar preferência aos herdeiros presumidos do ausente, bem como, na falta dêstes, aos que maior interesse tiverem na conservação dos seus bens. Mas o art. 685.º do Código de Processo Civil completou esta disposição, mandando mais determinadamente dar preferência, dentro destas duas classes de pessoas à mais idónea, ou ao mais idóneo dos herdeiros presumidos, ou à mais idónea das outras pessoas interessadas (3).

---

(1) O Ministério Público é sempre encarregado de velar pelos interesses dos ausentes, como de pessoas a quem ele deve protecção, e será sempre ouvido em todos os actos judiciais que disserem respeito a êstes. Art. 62.º.

(2) Sôbre o processo competente para requerer a curadoria, vide artigos 685.º e seg. do Código de Processo Civil.

(3) Uma vez nomeado o curador pelo juiz, receberá êle os bens do ausente mediante inventário, devendo prestar caução pela importância dos

Também, quanto aos poderes dos curadores provisórios, nos elucida o art. 59.º. Os poderes dêstes curadores limitam-se aos actos de *mera administração*, devendo dar contas dela anualmente. Chamam-se, porém, actos de mera administração aqueles que são indispensáveis à conservação do valor das coisas que se administram, para que se não deteriorem. Poderão propôr acções conservatórias, indispensáveis para o mesmo fim, e representarão o ausente em juizo em quaisquer acções contra êle intentadas. De resto, note-se, há ainda outros actos que êstes curadores provisórios poderão também praticar, além dos de simples administração, no interesse do ausente, e que não vêm mencionados no Código Civil. Assim é que pelos arts. 657.º e 659.º do Código de Processo Civil, os curadores poderão ainda alienar, hipotecar ou obrigar quaisquer bens mobiliários ou imobiliários, nos casos aí previstos e com autorização judicial, tendo emfim direito — note-se por último — não só por êsses actos como pelos de simples administração, a cinco por cento de tôda a receita líquida que realizarem (art. 61.º).

E ¿como termina, finalmente, esta primeira espécie de curadoria, correspondente à ausência simplesmente presumida? A isto responde o art. 63.º. A curadoria termina, diz-se aí: 1.º pela volta do ausente ou pela certeza da sua existência; 2.º pela comparência de procurador bastante ou de pessoa que legalmente represente o ausente; 3.º pela certeza da sua morte; ou 4.º, pela instalação da «curadoria definitiva».

Deve apenas notar-se que o têrmo da curadoria provisória não é, em alguns dêstes casos, automática e imediata. Assim, por exemplo, no primeiro caso, não basta apresentar-se o ausente. É-lhe necessário mandar citar o curador e requerer ao juiz a entrega dos bens, podendo então ainda o primeiro negar-lhe a sua identidade (art. 678.º do Código de Processo Civil). Como também não deve esquecer-se que, no caso de haver notícia da existência do ausente e do lugar onde reside, deve o juiz mandá-lo notificar primeiro de que os bens se acham em curadoria, não cessando esta antes que o notificado tome as competentes providências, aparecendo ou enviando procurador (*ibid.*, art. 688.º).

Ora é assim evidente, em face do espírito de tôdas estas disposições, que a *curadoria provisória* — efeito jurídico da *ausência presumida* — se destina como diziamos, a acautelar exclusivamente os interesses do próprio ausente, assentando logo na presunção de que êle vive e voltará. Diferentemente se passam já, porém, as coisas com a segunda forma de ausência, de que a seguir trataremos.

b) Esta é, como vimos, a chamada *ausência declarada*. Até aqui, como acabamos de dizer, o facto da ausência já existia; porém, a presunção sôbre que se baseavam os seus efeitos, a curadoria provisória, era a de que o ausente vivia e havia de regressar, tomando-se precauções para lhe assegurar, no seu interesse, o seu próprio património. Agora, decorrido sôbre essa situação um certo espaço de tempo — *quatro anos* desde o dia em que desapareceu, sem dele haver notícias, ou desde a data das últimas notícias; ou ainda *dez anos*, se deixou procurador com procuração — a presunção da lei começa a tornar-se outra, isto é, a de que o ausente tem tôda a probabilidade de ter morrido, embora se não presuma ainda definitivamente a sua morte. Portanto, há que tomar precauções àcêrca do seu património, não já só no interesse do ausente, como no dos seus herdeiros. Com efeito, é isto mesmo que se acha estabelecido no art. 64.º

---

bens mobiliários e pela do rendimento líquido dum ano dos imobiliários. No caso de o curador nomeado não poder prestar a referida caução, então o juiz fará consignar em depósito os valores mobiliários, que poderem útilmente conservar-se, e fará vender em leilão os outros, sendo o produto da venda, como os outros capitais do ausente, empregados em valores produtivos com suficiente segurança. Art. 58.º e § único.

do Código Civil, hoje alterado pelo Decreto de 16 de Dezembro de 1930 (1).

Como se vê, o art. 64.º faz uma distinção importante, consoante o ausente tiver deixado ou não procurador bastante: se não deixou procurador, o período que deve ter decorrido, para se poder declarar a ausência, é de quatro anos; se deixou procurador, êsse período será então de dez anos, contados desde o desaparecimento, ou da data das últimas notícias (2). Ora é essa nova espécie de ausência, depois dos quatro ou dos dez anos, que recebe o nome de «*ausência declarada*». E assim como a *ausência presumida* produzia, como seu efeito, a curadoria provisória, assim também agora esta nova espécie produz, como seu efeito jurídico, uma outra forma de curadoria que se chama a «*curadoria definitiva*». Vejamos também agora rápidamente: quem a pode requerer; a quem é deferida e como; quais os poderes dêste novo curador e, emfim, como termina a curadoria definitiva.

Quanto às pessoas que a podem requerer, já vimos que a lei designa como tais os «*herdeiros presumidos do ausente*

(1) Art. 64.º. «Decorridos *quatro anos* depois do dia em que desapareceu o ausente, sem dele haver notícias, ou da data das últimas notícias que dela houve, poderão seus herdeiros presumidos ao tempo da ausência ou das últimas notícias, quer sejam legítimos, quer instituídos em testamento (*em testamento público*, dizia o código), ou, se falecidos fôrem os seus representantes, justificada a ausência com assistência do Ministério Público, requerer a entrega dos bens do mesmo ausente, excepto se tiver deixado procuração bastante; neste caso, só poderão requerer a dita entrega, passados *dez anos* desde o dia em que desaparecer o dito ausente, ou houver as últimas notícias dele».

(2) Contudo, uma outra conseqüência se pode ainda produzir, antes de decorridos aqueles prazos. Segundo o § único do art. 64.º (§ 1.º na sua nova redacção), os herdeiros poderão requerer, passados os primeiros três anos, que o procurador, no caso de o haver, preste caução, se ocorrer justo receio de insolvência; se o procurador a não prestar, serão cassados os seus poderes e instaurar-se há uma curadoria provisória, que durará até que se completem os dez anos a que se refere o art. 64.º. (Cfr. § 2.º, da nova redacção).

ao tempo da ausência ou das últimas notícias, quer sejam legítimos, quer instituídos em testamento» (1). Mais: e não só êstes, como, depois do Decreto de 1930, ainda os representantes dêstes herdeiros, se eles forem já falecidos. De modo que hoje, por herdeiros presumidos, para êste efeito, entendem-se, não só todos os legítimos e testamentários, como inclusivamente os seus representantes. E até, note-se por último, o Ministério Público, como representante da Fazenda nacional, e ainda quaisquer legatários ou outras pessoas que possam ter qualquer direito aos bens do ausente; todos eles podem requerer, nos termos do art. 64.º, a curadoria definitiva (2). A doutrina do Código civil foi, portanto, consideràvelmente alargada a êste respeito pela legislação posterior, no sentido de se aproximar daquela que já vigorava àcêrca de quem pode requerer a curadoria provisória, fixada no art. 56.º (todos os que tenham interesse na conservação dos bens do ausente), devendo notar-se também, por último, que não é preciso que todos êstes interessados requeiram em conjunto a nova curadoria, mas que é o bastante que qualquer deles a requeira, vindo logo todos a receber a sua respectiva parte nos bens, como se duma herança

(1) Como já foi dito, o texto do art. 64.º segundo o código, foi alterado pelo Decreto de 16 de Dezembro de 1930. Segundo o código, dos testamentários, só os herdeiros instituídos em testamento *público* eram competentes para requerer a curadoria definitiva, além dos legítimos. Segundo o art. 411.º do Código do Processo civil, já podiam também os herdeiros instituídos em testamento *cerrado* requerer a curadoria definitiva. Hoje, depois da alteração do referido Decreto, podem fazê-lo, todos os herdeiros instituídos em testamento sem mais distinções.

(2) Estas últimas categorias de pessoas com qualidade para requererem a curadoria definitiva foram acrescentadas à letra do código civil pelo código de processo, nos arts. 412.º e 413.º. Note-se, porém, quanto ao Ministério Público, que êste só a poderá requerer, se já anteriormente tiver decorrido a *curadoria provisória* durante os quatro anos e se não vierem a juízo requerer a curadoria definitiva os herdeiros presumidos do ausente (art. 412.º, Cód. do Proc.).

se tratasse. Ponto é, porém, que os herdeiros ou interessados que a requererem, a tratem primeiro de justificar em juízo com a assistência do Ministério Público (citado art. 64.º e art. 67.º).

Relativamente às pessoas a quem uma tal curadoria deve ser deferida, claro está que estas serão precisamente as que tiverem *melhor direito aos bens*. Não o diz o Código civil, mas di-lo o do Processo, no seu art. 407.º, § 1.º, atendendo-se para isso à sua especial posição como herdeiros perante o ausente (1). Ao passo que, para deferir a curadoria provisória, se atendia à melhor *idoneidade* dos herdeiros ou interessados (os bens eram guardados ainda, preferentemente, no interesse do ausente), agora atende-se ao melhor direito (isto é, atende-se já, preferentemente, ao interesse dêstes últimos). Vê-se que se trata assim duma entrega de bens, como se se tratasse duma sucessão por morte, embora ainda provisória. Antes dessa entrega, é preciso notar, porém, que a sentença não pode ser proferida sem que o ausente tenha sido notificado por meio de éditos de seis meses, como não pode executar-se antes que decorram mais quatro sôbre a data da sua publicação (art. 65.º).

De resto, não só do que acabamos de dizer, como também pelo modo como os bens do ausente são entregues a êstes curadores, se vê ainda constantemente o mesmo que já foi notado, isto é, que existe aqui uma presunção de morte do ausente, porém, não absoluta, sendo o carácter das medidas que se tomam, duplamente, de protecção aos interesses dêste e de protecção aos seus herdeiros. Assim se explica, por último, que os bens só possam ser entregues

(1) Por isso mesmo é que o art. 66.º diz que, se houver testamento cerrado, será êste aberto, para ser tomado na devida consideração e por êle se deferir a curadoria, assim como também pela mesma razão dispõe o art. 68.º que, se ainda depois de ela deferida, aparecer algum outro herdeiro que na ordem da sucessão deva excluir os curadores instituídos, poderá êste puxar pelos seu direitos e tirar a curadoria àqueles a quem foi dada.

aos curadores mediante *inventário* e *caução* (art. 69.º), visto êles poderem ter ainda que os restituir (1).

Quanto aos poderes dos curadores definitivos, designam-nos o art. 71.º e seguintes. São êles, duma maneira geral, *todos os direitos que pretenciam ao próprio ausente* até ao dia em que desapareceu, ou até à data das últimas notícias, pelo que toca aos bens que já se achavam no património do mesmo ausente. Relativamente, porém, àqueles bens que eventualmente sobrevierem ao ausente depois que a ausência se verificou, e cuja aquisição por parte dele se acha dependente da sua existência, êsses passarão para as mãos, não dos curadores, mas daqueles que seriam chamados a suceder neles, caso o ausente fôsse falecido (2). Ora, com relação aos bens que já eram do ausente quando começou a dar-se a ausência, os curadores definitivos parece terem, pois, desde a entrega, todos os poderes e direitos, não só de administração, como de representação e de alienação. Todavia, esta conclusão seria excessiva. O art. 71.º está redigido em termos demasiadamente amplos e tem que ser restringido na sua interpretação. Aliás teríamos de admitir que o curador defitivo é já um proprietário, quando a verdade é que está muito longe de o ser. Já vimos que a presunção de morte do ausente não é ainda absoluta e que, pelo contrário, se conta ainda com a hipótese da sua

(1) Art. 69.º «Os bens do ausente só podem ser entregues aos herdeiros e demais interessados precedendo inventário e *caução*». Se êstes a não poderem prestar, continuará a administração provisória dos bens durante o tempo em que a dita caução fôr necessária. Apenas, como limitação a êste princípio, se admite a hipótese do art. 70.º Se os herdeiros forem pobres e poderem justificar a sua falta de meios, ser-lhes há permitido requerer para lhes ser adjudicada a metade dos rendimentos que haveriam, tomando conta dos ditos bens.

(2) Note-se que, se não é isto o que se depreende da leitura do art. 72.º na redacção do código, que é defeituosa, é todavia o que se depreende claramente da nova redacção que êsse artigo recebeu e tem hoje pelo Decreto de 16 de Dezembro de 1930.

volta. Só assim, com efeito, se explicam as disposições dos arts. 73.º, 75.º, 76.º e 77.º do Código Civil, que aliás não deixam de estar um pouco em contradição com a doutrina geral do referido art. 71.º. Ora, se pelo art. 73.º se determina a parte dos rendimentos de tais bens, que os curadores farão sua na hipótese do regresso do ausente (1), pelo art. 75.º sanciona-se a obrigação que êle tem de prestar contas (2); ao passo que pelo art. 76.º se lhes poíbe alienar os bens imobiliários fora de certas condições (3), e ainda pelo 77.º se lhes prescreve que não possam igualmente transigir, sem autorização judicial, nem repudiar qualquer herança a que o ausente tivesse direito adquirido antes do seu desaparecimento ou da data das últimas notícias (4).

Donde, portanto, se conclúi mais uma vez aquilo que já sabíamos, isto é, que na *curadoria definitiva*, avolumando-se cada vez mais a presunção de morte do ausente, se vão tomando cada vez mais em conta, à medida que o tempo decorre, os interesses dos presumidos herdeiros, mas sem os considerar ainda proprietários. Sem dúvida, a protecção dos

(1) Art. 73.º. «Os curadores definitivos... farão sua, salva a disposição do artigo precedente, desde o dia da entrega dos respectivos bens, a quarta parte dos rendimentos dêstes, aparecendo o ausente ou outros herdeiros dentro de dez anos, contados desde o dia do desaparecimento...; e aparecendo dentro do prazo de dez a vinte anos, farão sua metade. Passados os vinte anos, farão seus todos os rendimentos».

(2) Art. 75.º. «Os curadores definitivos não são obrigados a dar contas da sua administração, excepto ao ausente ou aos seus herdeiros, se outros se habilitarem».

(3) Art. 76.º. «Os curadores definitivos *não podem alienar* os bens imobiliários, excepto se de outro modo se não poder solver qualquer dívida do ausente, evitar a deterioração e ruína de alguma propriedade»... etc., § único: «nestes casos precederá autorização do juízo competente e será a venda feita em hasta pública com assistência do Ministério Público».

(4) «Os ditos curadores não podem, igualmente, transigir sem autorização judicial, nem repudiar herança a que o ausente tivesse direito adquirido antes do seu desaparecimento... mas devem aceitá-la a benefício de inventário».

interesses dêstes vai predominando. Em todo o caso, seria êrro dizer que na ausência declarada já se não atende aos interesses do ausente. A verdade é que se atende aí a uns e outros interesses, embora dando-se preferência aos dos herdeiros, à proporção que se vai consolidando a presunção de morte do ausente. Só dentro desta concepção das coisas, é que poderemos compreender o espírito dos art. 71.º e seg. do Código Civil.

Finalmente, quanto ao têrmo da curadoria definitiva, elucidam-nos ainda os arts. 78.º e seguintes. Esta termina: *a*) pela volta do ausente; *b*) pela notícia da sua existência; *c*) pela certeza da sua morte; *d*) pelo lapso de vinte anos; ou, *e*) contando o ausente *noventa e cinco* anos de idade.

Se a curadoria termina pela volta do ausente, terá êste de requerer a entrega dos bens, como no caso da curadoria provisória. Se termina pela notícia da sua existência, então deverá o juiz declarar provisória a curadoria que já era definitiva, ficando os curadores à frente dos bens, mas como provisórios, até ao regresso do ausente. Se, emfim, ela termina por algum dos outros três motivos, então, como se dá a morte, ou natural, ou presumida, do ausente, ficarão os herdeiros aliviados da caução que tiverem prestado e poderão dispôr dos bens como se fôssem seus. Mas, se a curadoria termina pelo lapso dos vinte anos, êste último efeito não se produzirá ainda, sem que prèviamente o ausente seja de novo citado por éditos, nos têrmos do art. 416.º do Código de Processo Civil (1).

(1) Arts. 78.º e § único, 79.º, 80.º e 81.º. Cfr. arts. 415.º, 416.º e 417.º do Código de Processo Civil. Por último, note-se que, se o ausente regressar, passados os vinte anos, ou depois de completar os noventa e cinco de idade, ou bem assim se regressarem quaisquer herdeiros dele que sejam ascendentes ou descendentes, êstes só terão direito a rehaver os bens ainda existentes no estado em que se acharem (art. 81.º).

54. c) A chamada «*morte presumida*» é a terceira espécie de ausência, de que já atrás falamos. É o terceiro e último período que há a considerar na ausência. Desde que esta se prolongue por mais de *vinte anos*, ou desde que o ausente tenha completado os *noventa e cinco* de idade, a presunção que a lei estabelece é a da morte dêste último e então o efeito jurídico desta presunção consiste na entrega definitiva dos bens aos herdeiros. São, com efeito, êstes os dois casos em que, segundo o art. 78.º, mesmo sem haver a certeza da morte do ausente, se procede todavia como se êle tivesse morrido para efeitos jurídico-patrimoniais.

Um outro caso há contudo ainda em que a morte do ausente também se presume, mesmo fora dos dois que acabam de ser mencionados. É êste terceiro caso o de o ausente ter deixado filhos maiores ou emancipados. Então, segundo preceitua o art. 91.º, decorridos que forem, não vinte, mas apenas *dez anos*, contados desde o dia do desaparecimento do ausente, ou da data das últimas notícias, poderão os filhos, que já se achavam de posse dos bens, como curadores, aliená-los livremente sem nenhuma das peias mencionadas no art. 76.º.

Eis aqui os casos de «morte presumida» reconhecidos pelo nosso direito, justamente aqueles em que, como dissemos, a ausência, sem ser em si mesma um facto modificador da capacidade, todavia chega a servir de base a uma presunção da lei, que a inutiliza. Não deve deixar de ser notado porém, por último, que, para êste efeito se produzir, é preciso ainda atender a se anteriormente tinha existido já ou não a curadoria definitiva. Se tinha existido já esta curadoria e se, portanto, a ausência tinha já sido declarada, então, para que esta se converta em «morte presumida», é necessário observar de novo o disposto no art. 416.º do Código de Processo, procedendo-se outra vez à citação do ausente por meio de éditos de seis meses. Se não tinha havido já anteriormente curadoria definitiva, então torna-se necessário

justificar agora a ausência e prová-la, nos termos do art. 64.º, com assistência do Ministério Público.

Assim se transita, da situação de ausência declarada para a de morte presumida. — E ¿quais os efeitos que se ligam, por fim, a esta última situação? — Já foram indicados duma maneira geral. Cessa tôda a presunção de vida e possibilidade de volta do ausente. Os bens dêste, que até aí tinham sido entregues só provisòriamente aos herdeiros, agora são-lhes definitivamente entregues. Terminam as cauções e as restrições à alienabilidade dêsses bens, etc. Simplesmente, o ausente que se presume morto, mas que não há a certeza se morreu, pode por hipótese iludir ainda tôdas as presunções legais e voltar. E ¿nesse caso? Nesse caso, segundo o que dispõe o art. 80.º, êle terá ainda direito ao que restar do seu património e no estado em que o achar, ou aos bens subrrogados no lugar dos seus, ou ao dinheiro proveniente da venda deles, que ainda existir, e mais nada. Ou pode ainda dar-se uma outra hipótese: a do aparecimento, não do ausente, mas de ascendentes ou descendentes dele. Então o caso muda de figura. Segundo o § único do mesmo art. 80.º, êstes só poderão pedir o que restar do património do ausente, se o pedirem antes de decorridos *dez anos* sôbre o têrmo da curadoria definitiva; passado êsse prazo, prescreve o seu direito (1).

Nisto se resume, nas suas linhas gerais, o instituto da ausência (2). Se, como já foi notado, o domicílio e a resi-

---

(1) E ainda: se os herdeiros do ausente, que aparecerem, forem outros, que não ascendentes ou descendentes, nesse caso (art. 81.º) note-se que o seu direito será mais restrito e então só poderão exigir os bens, se ainda não tiverem decorrido os 20 anos de que fala o art. 78.º, n.º 4 — isto é — se ainda não se tiver estabelecido a presunção de morte, ou, por outras palavras, se ainda durar nesse momento a curadoria definitiva.

(2) Não podemos deixar de notar aqui que quási tôdas as disposições sôbre a ausência, de que tratamos no texto, expondo a doutrina do nosso código e mais legislação complementar, se referem ao caso típico de o ausente ser *solteiro*, *viúvo* (ou divorciado) e de *não ter filhos*. Mas não

dência constituem, portanto, uma relação *positiva* entre a pessoa e um determinado lugar, de que derivam importantes efeitos jurídicos, a ausência constitui uma relação *negativa*, de que derivam efeitos não menos importantes pela influência que a-final vem a exercer sôbre a determinação da capacidade civil das pessoas.

Resta tratar agora das outras situações, igualmente objectivas, que do mesmo modo se podem dar a respeito das pessoas singulares e que vão também influir no seu estado e capacidade, modificando a sua esfera de acção jurídica de qualquer maneira. Dizendo isto, refiro-me, é claro, mais uma vez, àqueles elementos já conhecidos, como são: o sexo, a idade, a saúde física e mental, a prodigalidade, as condenações penais e ainda a falência dos comerciantes.

55. Os factos ou situações que analisamos até aqui influem dum modo permanente e directo sôbre o estado e capacidade das pessoas, prendendo-se tais situações, como vimos, com as próprias relações em que elas se acham, já com a sociedade em geral, já com a família em especial, já com um determinado sítio ou lugar.

Há, porém, ainda outros factos ou situações particulares e relativas só a certas classes de pessoas, que influem também sôbre a sua capacidade, mas para a modificar doutro modo, duma maneira mais acidental e por vezes transitória.

---

deva esquecer-se que pode também êle ser casado e, sendo casado, ter ou não ter filhos. Como pode também dar-se a ausência simultânea dos dois cônjuges, deixando filhos. Ora estas diversas circunstâncias são de tôda a importância nesta matéria, porque a elas correspondem disposições especiais em matéria de ausência, que se acham consignadas, para a primeira hipótese, nos arts. 82.° a 89.° inclusivè; para a segunda, nos arts. 90.° a 94.°; e, finalmente para a terceira, nos arts. 95.° e 96.°.

Os princípios fundamentais são os seguintes: na hipótese de o ausente ser casado sem filhos, justificada a ausência, proceder-se há a inventário e partilha, com citação dos herdeiros do ausente, ou a separação de bens, con-

Tais factos, com efeito, ora limitam apenas parcialmente a *capacidade de gôzo* de direitos das pessoas, ora influem outras vezes apenas sôbre a sua *capacidade de exercício*, limitando-a ou excluindo-a; ora, inclusivamente, dão até origem a vantagens a favor de certas outras pessoas. E, sabendo nós já quais êsses factos são, vamos agora tratar de cada um deles em separado.

a) O primeiro deles é, como já sabemos, o *sexo*. É uma verdade evidente que, nem mesmo no mundo do direito, os homens e as mulheres são rigorosamente iguais. Certamente, esta desigualdade não tem hoje a mesma importância que teve no mundo romano, nem na Idade-Média, ou mesmo ainda posteriormente. Podemos assentar, pelo contrário, como princípio geral, que a diversidade dos sexos não importa hoje, como entre os romanos, profundas diferenças de capacidade jurídica. A mulher é hoje tão capaz de gozar e exercer pessoalmente os seus direitos, como o homem. É certo também que a mulher casada sofre, na sua capacidade de exercício de direitos, numerosas limitações; mas devemos apressar-nos a observar que tais limitações não têm por causa directamente o sexo, mas sim certas exigências da sociedade familiar, sendo antes uma conseqüência do *status familiae* da mulher. Também o homem casado sofre algumas limitações na sua capacidade, que, de resto, se devem atribuir, não ao sexo, mas ao seu *status familiae*, como, por

---

servando o cônjuge presente a administração de todo o casal durante vinte anos, desde o desaparecimento, ou até que o ausente prefaça os noventa e cinco de idade. Na hipótese de o ausente ter deixado cônjuge e filhos, proceder-se há também a inventário e partilha, ou separação de bens, mas sendo neste caso os bens que ficarem à parte do ausente subdivididos entre os filhos. Na hipótese de ausência simultânea, finalmente, tomarão os filhos, sendo *maiores*, conta dos bens de seus pais, justificada a ausência, e administra-los hão livremente, como entre si acordarem, mas sem os poderem alienar, fora do caso do art. 91.° e seu §. Se forem *menores*, proceder-se há a inventário e partilha, como se os ausentes fôssem falecidos.

exemplo, a sua incapacidade de alienar quaisquer bens imobiliários do casal sem outorga da mulher.

Portanto, assentemos no princípio geral da equiparação dos dois sexos em matéria de *capacidade civil* (1). E contudo, como também diziamos acima, há ainda algumas desigualdades. Vejamos quais.

Em primeiro lugar, o princípio da equiparação, que acabamos de afirmar, não se estende à matéria de direitos políticos, ou à capacidade jurídica de direitos públicos. Em Portugal, a mulher continua a não ter, por exemplo, o direito de voto, ou de acesso às magistraturas do Estado. Em segundo lugar, mesmo fora da esfera dos direitos políticos, convém notar que, embora hoje em dia as excepções àquele princípio da equiparação sejam raras, contudo pelo Código Civil elas eram ainda importantes. Basta notar que, segundo o código, por exemplo, as mulheres não podiam fazer parte das instituïções pupilares e quási-pupilares, não podiam ser tutoras nem pró-tutoras (excepto quando ascendentes dos menores), nem vogais do conselho de família (2); não podiam ser procuradoras em juízo (3), nem testemunhas em actos entre vivos ou *mortis-causa* (4), nem fiadoras em quaisquer obrigações contratuais *(incapacidade do Veleiano)* (5). É, porém, certo que pela nossa mais recente legislação de 1918 e 1919, de aberta inspiração feminista, tôdas estas limitações caducaram (6). Por essa legislação, a que já atrás foi feita referência, as mulheres, não só podem hoje ser nomeadas para certos cargos públicos, como o notariado, as conservatórias do

(1) Art. 7.º «A lei civil é igual para todos e não faz distinção de pessoas, *nem de sexo*, salvo nos casos que forem especialmente declarados».

(2) Art. 234.º, n.º 3.

(3) Art. 1354.º, n.º 2.

(4) Arts. 1966.º, n.º 2; 2492.º e Regul. de 14 de Setembro de 1900, art. 68.º, § 2.º.

(5) Arts. 819.º e 820.º.

(6) Vid. Decreto de 11 de Julho de 1918 e de 10 de Maio de 1918.

registo civil e predial, não só podem advogar e portanto representar outrém em juízo, como podem livremente fazer parte das instituïções pupilares e quási-pupilares, ser tutoras e membros do conselho de família, e ainda testemunhas nos actos notariais e até fiadoras. Portanto, depois do código, a equiparação dos dois sexos tem-se tornado notável. E contudo, como dizemos acima, há ainda, mesmo hoje, se bem que raras, algumas desigualdades, mesmo em matéria de direito privado. Exemplos destas: o limite mínimo de idade que se exige para o casamento e que, pelo Decreto n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910, se é de dezoito anos para os homens, é de dezaseis para as mulheres; ou ainda a desigualdade resultante do art. 1237.º do Código Civil, alterado pelo Decreto de 16 de Dezembro de 1930, segundo o qual a mulher viúva, que contrair segundas núpcias depois dos cincoenta anos, não poderá alienar por título algum, depois do segundo casamento, a propriedade de metade dos bens que tiver ao tempo em que casou, emquanto tiver filhos e descendentes que os possam haver; ou ainda o que dispõe o Código Civil (nesta parte em vigôr), nos arts. 1104.º e 1189.º, segundo os quais a mulher não pode ser administradora dos bens do casal, nem em qualquer hipótese privar o marido, por convenção ante-nupcial, dessa administração (1).

(1) É esta ainda hoje a mais grave desigualdade contra a mulher, que continua a existir na nossa legislação: a sua incapacidade para ser administradora dos bens do casal, fora dos casos de falta ou impedimento do marido, e sobretudo a que reside na *proibição*, do art. 1104.º, de se convencionar na escritura ante-nupcial que seja a mulher a administradora. É manifesto o espírito dêsses artigos, no sentido de se querer garantir a unidade da família e a qualidade de chefe dela ao homem. Em todo o caso, não deixa de ser incoërente a permanência da disposição do art. 1104.º na nossa legislação, depois das profundas reformas que experimentou e está experimentando, nem sempre para proveito dela, a família moderna. Mal se compreende, na verdade, que suprimidos os arts. 1185.º, 1186.º e 1187.º do Código Civil e substituídos pelos arts. 39.º, 40.º e 42.º do Decreto n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910, abolido o *poder marital*, abolida a *obediência* da mulher ao marido,

Vê-se pois, numa palavra que o sexo não é hoje em si mesmo, entre nós, duma maneira geral e fora do direito público, causa de desigualdades de capacidade jurídica. O princípio da equiparação jurídica dos dois sexos triúnfou, portanto, depois do Código Civil. Há ainda algumas desigualdades, mas estas têm uma significação muito diferente das antigas, não representando já uma conseqüência da antiga concepção da inferioridade intelectual da mulher. Hoje, o sexo é apenas uma «*causa ocasional*» de certas desigualdades no regime dos direitos e obrigações das pessoas, sobretudo quanto aos inerentes às relações de família ou ao *status familiae* dessas pessoas e mais nada. E de resto, não deixemos de notar a êste respeito, por último, que mesmo ainda no que toca a estas diferenças e desigualdades jurídicas entre os dois sexos, fundadas nas relações de família, a conquista por parte da mulher duma emancipação cada vez maior não tem deixado de se afirmar constantemente, desde 1910 para cá. Por exemplo, o facto de a mulher poder requerer o divórcio nos mesmos termos que o marido (1), o de poder estar em juízo sem outorga e consentimento dêle nos mesmos casos em que êle pode estar sem outorga e consentimento da mulher (2), o de a mulher autora poder publicar os séu escritos sem autorização dêle (3), e, emfim, o já referido facto de se ter tirado da lei a incómoda palavra «obediência», dévida pela mulher ao marido, e ainda a de «obrigação» para traduzir o dever imposto a ela de o

---

e abolida a *obrigação* formal daquela de acompanhar a êste, se não possa nem sequer convencionar que seja a mulher a administrar os bens do casal, quando de facto isso tantas vezes sucede já na prática e quando nada prova a incapacidade ou a inferioridade da mulher para êsse efeito. Crêmos que, ou a família há de voltar a conhecer uma disciplina jurídica mais forte, regressando a muitas das formas jurídicas passadas, ou que a disposição do art. 1104.º desaparecerá em breve.

(1) Decreto de 3 de Novembro de 1910, art. 4.º.

(2) Decreto n.º 1 de 25 de Dezembro de 1910, art. 44.º.

(3) Ibidem, art. 42.º.

acompanhar para tôda a parte, excepto para país extrangeiro (1), tudo isso é bem a prova do que dizemos: o direito civil moderno tende a desconhecer as diferenças de sexo e a abrir amplamente as portas a concepções inteiramente novas sôbre a família.

b) Mais importante, pela influência que tem sôbre a capacidade jurídica das pessoas, é a *idade*. Esta é, com efeito, ainda hoje uma importante causa modificadora da capacidade de exercício de direitos e não parece que o moderno direito civil se mostre, neste ponto, por emquanto, tão pronto a aceitar idéas novas, como acontece com o sexo.

Neste ponto de vista, sabido é que as pessoas se classificam ainda hoje nas duas importantes categorias de *menores* e *maiores* de vinte e um anos, sendo princípio geral que só êstes últimos, que já prefizeram aquela idade, é que são ple-

---

(1) Segundo o Código Civil, art. 1185.º, à mulher incumbia especialmente a obrigação de «*prestar obediência ao marido*». Segundo o Decreto n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910, art. 39.º, «a sociedade conjugal baseia-se na *liberdade* e na *igualdade*, incumbindo . . . à mulher, principalmente, o *govêrno doméstico* e uma *assistência moral* tendente a fortalecer e aperfeiçoar a unidade familiar».

O Código Civil dizia (art. 1186.º): «a mulher tem *obrigação* de acompanhar seu marido, excepto para país extrangeiro»; o referido Decreto, art. 40.º, diz com mais gentileza: «a mulher *deve adoptar* a residência do marido, excepto se êste quiser mudar-se para as colónias ou para o extrangeiro sem acôrdo dela . . .» Depois disso, pode preguntar-se se está ainda bem segura a doutrina do art. 40.º do código, a que já nos referimos, a propósito de domicílio, e que nos diz que «*a mulher casada tem por domicílio o do marido*, não se achando judicialmente separada de pessoas e bens, salva a disposição do § 2.º do art. 53.º» ¿Será, depois disto, o domicílio da mulher casada ainda um domicílio *necessário*, imposto por lei, ou um domicílio *voluntário*, escolhido por *adopção* dela? Se *adoptar* quere dizer escolher livremente, não faz sentido impôr a alguém uma escolha *livre*, dizendo-lhe que ela *deve adoptar* uma coisa. Se, porém, a lei quere dizer que a mulher deve ter o domicílio do marido, então não faz sentido dizer que há aí uma adopção, isto é, uma escolha livre!

namente susceptíveis de exercer por si os seus direitos. Segundo o art. 98.º, «*os menores são incapazes de exercer direitos e os seus actos e contratos não podem constituí-los em obrigação jurídica, salvo nos casos expressamente exceptuados na lei*» — Esta matéria vem tratada especialmente no título IX da Parte I do Código Civil e acha-se aí subordinada à epígrafe: «*Da incapacidade por menoridade e do seu suprimento*». Tratando-se de menores de vinte e um anos, que não sejam emancipados, a regra é, assim, que a sua incapacidade deverá ser suprida pelo «pátrio poder», ou poder paternal, ou, na falta dêste, pela *tutela* (art. 100). Esta regra é estabelecida, tendo-se em vista o desenvolvimento médio-normal da vida e da inteligência humana no comum dos indivíduos, pois que só a partir duma certa idade é que a pessoa do homem é, em geral, capaz daquele grão de amadurecimento necessário para saber consciente e acertadamente conduzir-se nas suas relações jurídicas.

Todavia, e por outro lado, se é esta a regra, há também numerosas excepções. Em primeiro lugar, como nem todos os actos da vida jurídica requerem a mesma capacidade, poriaso se estabelece que, muito embora subsista a regra da incapacidade geral para os menores de vinte e um anos, contudo poderão eles praticar vàlidamente, antes dessa idade, certos actos, contanto que sejam julgados capazes para eles. É o que, por exemplo, se passa com a capacidade para fazer *testamento*, de que gozam os menores de vinte e um, mas maiores de catorze anos de idade (art. 1764.º). E é também o que se passa com a capacidade para se poder ser *mandatário* (art. 1354.º) ou ainda com a capacidade para contrair *matrimónio*, que pertence aos menores de vinte e um anos, desde que tenham, os homens dezoito, e as mulheres dezaseis (Decreto n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910, art. 4.º, n.º 3).

Mas não só isso. A regra de que a capacidade de exercício de direitos só começa aos vinte e um anos, sofre também outra espécie de restrições. Podem também os menores,

em segundo lugar e em vários casos, dadas certas condições, praticar certos actos que são considerados jurìdicamente válidos, sendo eles inclusivamente julgados responsáveis pelo cumprimento das obrigações assumidas mediante êsses actos. É o que se passa, por exemplo, com o disposto no art. 299.º e no art. 1433.º, n.º 2 (1). Todavia, cumpre notar que se trata aqui, uma vez mais, como no caso anterior, de excepções à regra, ou de capacidades muito *especiais*, existindo dentro duma incapacidade *geral*, e que porisso só podem admitir-se nos casos especialmente designados na lei.

De resto, importa ainda frisar aqui devidamente, a propósito desta incapacidade dos menores, qual é o alcance preciso desta regra, segundo a qual os menores de vinte e um anos não podem exercer os seus direitos e os seus actos e contratos não podem constituí-los em obrigação. Certamente, os actos jurídicos praticados pelos menores sem a devida autorização, fora dos casos em que esta é dispensada, são *nulos*, diz a lei (citado art. 299.º). ¿Que espécie de *nulidade* é, porém, esta? ¿É absoluta ou relativa? Se é absoluta, o acto que ela fere é completamente inexistente e qualquer pessoa nisso interessada pode fazer reconhecer a sua nulidade. Se é relativa, porém, o acto já não é completamente inexistente, mas apenas *anulável*, rescindível, e então só as próprias pessoas no interesse de quem tal nulidade foi declarada, têm competência para a fazerem declarar, dentro de certo prazo fixado na lei.

---

(1) Segundo o art. 299.º, os actos praticados pelo menor sem a devida autorização, são nulos, mas o menor, a favor de quem, em geral, tal nulidade é decretada, não pode valer-se dela, nem quanto às obrigações que tiver contraído sôbre coisas de arte ou profissão em que seja perito, nem no caso de ter usado de dolo para se fazer passar por maior. Segundo o art. 1433.º, n.º 2, o menor que aceitar um depósito não pode valer-se da própria incapacidade para se subtrair à obrigação de restituir a coisa depositada, se esta se achar ainda em seu poder, ou à de repôr aquilo com que pela alienação dela se locupletou.

Ora é conveniente notar que a nulidade que fere os actos jurídicos praticados pelos menores pode ser de uma e outra natureza. Se se trata de actos que os menores não podem realizar de modo algum, nem por si, nem mediante autorização, como o testamento antes dos catorze anos, por exemplo, então é evidente que, tratando-se duma verdadeira *incapacidade de gôzo de direitos* a êsse respeito, a nulidade é *absoluta* e o acto inexistente. Se, porém, se trata de actos que os menores apenas não podem praticar sem a devida autorização, como uma venda, por exemplo, nesse caso é manifesto que, tratando-se duma mera *incapacidade de exercício*, a nulidade é puramente *relativa*. Ora esta última é que é, de facto, deve dizer-se, a regra àcêrca da maioria dos actos jurídicos praticados pelos menores todos os dias. Trata-se, em regra, de actos para os quais eles não têm uma *capacidade de exercício*, mas que poderiam praticar com a autorização dos seus representantes. Portanto, segue-se daqui que tais actos só dão origem a nulidades relativas ou a anulabilidades (1). É desta espécie a nulidade que o referido art. 299.º comina contra os actos dos menores, quando praticados sem a devida autorização. Todos os dias os menores estão, com efeito, a praticar actos jurídicos e a celebrar contratos, a fazer compras e a contratar a prestação de serviços, a ir ao cinema e a viajar nos eléctricos, valendo os seus actos tanto como os praticados pelos maiores. E se é assim, atingem-se agora bem, cremos nós, o alcance e a significação exacta do princípio consignado no art. 98.º. Só o conhecimento preciso da espécie de nulidade que fere os actos jurídicos dos menores é que nos pode, com efeito, dar esta compreensão. Trata-se, emfim, digamos numa palavra, duma meia e relativa incapacidade, que *só existe no interesse dos mesmos menores* e que, como preceitua o art. 99.º, não pode nunca servir de base para que aqueles que com eles contrataram logrem

(1) Cfr. Guilherme Moreira, vol. I, pág. 395 e 396.

válidamente impugnar os seus contratos (1). Aos que contratam com os menores é que compete o cuidado de verem o que fazem e a responsabilidade em que incorrem. Os menores, êsses, tirando os casos dos n.os 1 e 2 do art. 299.º, é que poderão fazer rescindir por nulidade os efeitos de tais actos nos têrmos do n.º 1 do art. 688 (2). Tais actos não se acham feridos com a falta dum elemento essencial para a sua validade, que é a vontade; acham-se apenas feridos com um *vício* desta; e, se êste vício não fôr arguído por eles até cinco anos desde o dia em que o incapaz chegar à maioridade ou à emancipação, a acção de rescisão que êle tem prescreverá e êsses actos convalidar-se hão e serão para o futuro inatacáveis em todos os seus efeitos.

Esta incapacidade por causa da idade termina, normalmente, com a maioridade, desde que o incapaz atinja os vinte e um anos completos. Todavia pode êle, ainda antes dêsse momento, tornar-se capaz e como que maior, se fôr emancipado por verdadeira *emancipação*, ou se o fôr pelo próprio *casamento* (3).

(1) Art. 99.º. «Os contratos celebrados ilegitimamente pelos menores não podem, todavia, ser impugnados pelos outros estipulantes, com o fundamento de incapacidade do menor».

(2) Art. 688.º. «A acção de rescisão por incapacidade prescreve contra os incapazes pelo lapso de cinco anos, os quais principiam a contar-se»: ... § 1.º «no caso de incapacidade por menoridade, desde o dia em que o incapaz chega à maioridade ou se emancipa».

(3) Art. 304.º: «O menor pode emancipar-se: 1.º pelo casamento; 2.º por concessão do pai, da mãe na falta dêste, ou do conselho de família na falta de ambos». Art. 305.º: «A emancipação habilita o menor para reger sua pessoa e bens, como se fôsse maior». A emancipação, porém, só pode dar-se, tendo o emancipando atingido os dezoito anos completos e consentindo nela, e quanto à emancipação resultante de casamento, ela só produzirá efeitos, tendo o varão dezoito anos e a mulher dezaseis completos e tendo sido o casamento competentemente autorizado, visto os nubentes serem menores. Aliás, o menor continuará a ser considerado menor emquanto à administração dos seus bens, até à maioridade. Vid. arts. 307.º, 306.º e § único. Note-se por último que, em matéria de emancipação, há no Código

Expostas aqui as noções mais gerais a respeito desta causa de incapacidade, deixaremos as disposições relativas ao modo como ela é suprida para a *Parte Especial*. Claro que os modos de suprimento da incapacidade por menoridade, o pátrio poder e a tutela, devem antes ser estudados entre os direitos de família. Se o código o não fez, foi porque, como já vimos, não teve uma noção rigorosa da instituição familiar, tendo tratado do pátrio poder na *Parte I* e do casamento e restantes relações de família na *Parte II*, a propósito dos contratos.

b) Já sabemos que um outro importante facto que exerce também uma grande influência sôbre a capacidade de exercício de direitos, é a *saúde*, ou melhor, certos estados de saúde física e sobretudo mental das pessoas. A idade tanto pode determinar incapacidades de exercício como do gôzo de certos direitos; o sexo só determina, em regra, incapacidades de gôzo (direitos políticos); a saúde determina também, em regra, incapacidades de mero exercício.

Tôda a gente sabe, com efeito, que, já desde os romanos, as pessoas que em virtude de certos estados físicos e mentais não possuem a actividade normal das suas forças e faculdades, ou que, tendo-as, não as podem manifestar, são privadas da prática de certos actos jurídicos e feridas com certas incapacidades. Compreende-se, na verdade, que, como a capacidade natural de querer, de pensar e de manifestar as nossas idéas e volições, é o pressuposto da capacidade jurídica, desde que falte aquela, não possa também existir esta. ¿Quais são, porém, êsses estados?

Segundo o nosso código, são êles a *demência*, a *surdez-mudez*, a *prodigalidade* e, emfim, todos aqueles estados indeterminados, mais acidentais e temporários, que podem determinar uma privação do uso da razão. É destas incapacidades, dos seus efeitos e suprimento, que tratam os títulos X a XIII do Código Civil. Êstes estados não determinam, porém, todos a mesma incapacidade geral, determinando alguns dêles apenas incapacidades especiais só relativas a certos direitos.

Quanto à *demência*, declara o código (art. 314.º) que: «*serão interditos do exercício dos seus direitos os mentecaptos e todos aqueles que pelo estado anormal das suas faculdades mentais se mostrarem incapazes de governarem suas pessoas e seus bens*». Ora os actos praticados pelos indivíduos nestas condições são, como também declaram os arts. 334.º e 335.º, *nulos de direito*. Temos, porém, que ver três coisas: *primeiro*, ¿quem são êstes indivíduos considerados incapazes pelo art. 314.º, sob a rúbrica (rúbrica do respectivo título) de dementes? *Segundo*, ¿em que condições é que esta incapacidade começa a produzir-se? E *terceiro*, ¿que efeitos produz e qual a espécie de nulidade que fere os actos por êles praticados?

Tocamos aqui apenas ao de leve êstes diversos pontos, para dar sòmente uma idéa geral da matéria. Em primeiro lugar, deve notar-se que as pessoas incapazes por êste título são, segundo o código, todos os dementes, dando porém à expressão «*demência*» o mais lato e menos científico sentido de que ela é susceptível. Nisso esteve o êrro do código. É que, havendo muitas espécies de doenças mentais, o legislador todavia não atendeu a êsse facto e, em vez de regular minuciosamente esta espécie de incapacidade sôbre os efeitos mais ou menos graves e diferentes dessas diversas doenças, sujeitou indiferentemente as pessoas delas atacadas ao mesmo tipo de incapacidade jurídica geral. É, contudo, evidente que, não derivando de tôdas essas enfermidades e perturbações a mesma incapacidade natural, a lei deveria antes tutelar as pessoas por elas feridas só até onde a sua

---

Civil disposições especiais para os menores expostos e abandonados; êstes podem ser emancipados aos quinze anos (art. 289.º) e ficam emancipados de direito aos dezoito (art. 291.º).

incapacidade natural o exigisse e não confundir, como confundiu, todos êstes incapazes, seguindo a tradição romanista, na mesma categoria indistinta de *mentecaptos* e de *dementes*. Êste inconveniente está, porém, hoje remediado pela acertadissima alteração que neste artigo introduziu o Decreto de 16 de Dezembro de 1930, acrescentando-lhe o seguinte parágrafo (§ 1.º da nova redacção): «*se o indivíduo, em virtude de enfermidades mentais ou fraqueza de espírito, se mostrar apenas incapaz de praticar determinados actos, poderá igualmente ser interdito, limitando-se porém a interdição àqueles actos. A extensão e os limites desta tutela serão especificados na sentença de interdição*».

Hoje há, pois, assim, mais do que uma interdição possível por demência: uma interdição *geral* e várias interdições *especiais*.

¿Em que condições, contudo, é que esta incapacidade geral, ou as incapacidades especiais, a que acabamos de nos referir, começam a produzir os seus efeitos? A êste respeito, é ainda o mesmo art. 314.º que nos informa de que, para que essas incapacidades comecem a produzir-se, é necessário que tenham sido declaradas por sentença. «Serão interditos...» diz a lei. Ora a interdição corresponde a uma declaração em juízo a que se chega por meio dum processo especial, chamado precisamente processo de *interdição por demência*, regulado no código de processo (1). De modo que, ao contrário dos menores, os dementes só podem ser feridos de incapacidade por meio duma declaração judicial que deve ser requerida por certas pessoas: qualquer parente sucessível, o cônjuge do incapaz, ou o Ministério Público (arts. 315.º e 316.º).

Os efeitos desta interdição resumem-se na nulidade que recái sôbre todos os actos e contratos do interdito, ou só daqueles de que êle fôr inibido, desde o dia em que a sentença de interdição fôr registrada e publicada (art. 334.º) (1) e na instituïção duma tutela (art. 317.º, § 6.º), sendo o interdito equiparado ao menor (2). ¿Que espécie de nulidade, porém, é esta? A questão é controversa entre os jurisconsultos.

(1) Art. 419.º e seguintes do código de processo civil.

Parece que os actos jurídicos praticados pelo demente depois de interdito — ou sejam todos em geral, ou só aqueles que pela sentença de interdição lhe forem vedados — deviam considerar-se absolutamente nulos. E o mesmo se diga dos actos por êle praticados antes de se achar interdito, de que trata o art. 335.º, se a demência, causa da interdição, já existia a êsse tempo e era notória, ou se era conhecida do outro estipulante que com êle contratou. De facto, declarando a lei, quanto aos primeiros, que tais actos serão «*nulos de direito*» (art. 334.º) e, quanto aos segundos, que êles «*podem ser anulados*» (art. 335.º), parece que, *como as pessoas privadas do uso da razão não têm uma vontade consciente*, êsses actos — repetimos — deveriam considerar-se, tanto num caso como no outro, absolutamente inexistentes, podendo qualquer pessoa interessada fazer verificar a sua inexistência (3). Esta inexistência ou nulidade absoluta fundar-se hia assim, mais do que numa incapacidade, ou vício da vontade, numa *total*

(1) Note-se que os actos e contratos celebrados pelo interdito ainda antes da sentença, também podem ser anulados, mas sob condição de se provar que a êsse tempo já existia e era notória a causa da interdição, a demência, ou que esta era conhecida do outro estipulante no acto (art. 335.º). E o mesmo se diga ainda, inclusivamente, dos actos e contratos do demente que nunca chegou a ser interditado (mesmo art., § único, na sua nova redacção no Decreto de 1930).

(2) Sem tratarmos aqui do regime desta tutela, note-se apenas que ela pertencerá, pelo art. 320.º, sucessivamente: ao outro cônjuge, se o houver; ao pai ou, na sua falta, à mãe; aos filhos maiores, preferindo normalmente o mais velho; ou à pessoa nomeada pelo Conselho de família.

(3) Art. 643.º: «Para o contrato ser *válido* devem dar-se nele as seguintes condições: 1.º Capacidade dos contraëntes; 2.º Mútuo consenso; 3.º Objecto possível».

ausência desta e portanto do «*mútuo consenso*» que é um elemento essencial dos contratos (1). Contudo, esta boa e sã doutrina não pode, infelizmente, sustentar-se, como já observou Guilherme Moreira, em face da teoria, aliás inteiramente condenável, seguida pelo nosso código àcêrca da validade dos negócios jurídicos em geral. Em face dela, a incapacidade de exercício de direitos — e é desta natureza a incapacidade dos dementes, como a dos menores — determina sempre uma nulidade relativa dos actos, quer essa incapacidade seja natural, quer legal (2). É pois também apenas no interesse do incapaz, como no caso dos menores, que a incapacidade dos dementes é declarada, sendo logo só eles, por si, já recobrada a razão, ou por meio dos seus representantes, emquanto a não recobram, a poderem reclamar contra a validade dos actos praticados, nos mesmos têrmos do art. 688.º, n.º 2 (3).

---

(1) Quem diz aqui «contrato», diz todo o acto jurídico em geral. A nossa lei, que não regula em parte alguma a matéria dos negócios e actos jurídicos em geral, regula, porém, no título I do Livro II da Parte 2.ª (arts. 641.º e seg.) a matéria dos contratos e obrigações em geral e é aí que sobretudo teremos de ir buscar as disposições e a teoria do código relativamente aos negócios jurídicos.

(2) Vêr *obr. cit.*, I, pág. 397.

(3) Os artigos do código, dos quais mais frisantemente esta interpretação resulta, são os 353.º, 687.º, 688.º e 695.º. Pelo primeiro, vê-se que, mesmo no caso de *incapacidade acidental*, os actos praticados por aqueles que se achem privados do uso da razão por qualquer causa, como delírio, embriaguês ou outra, não são absolutamente nulos ou inexistentes, sendo apenas *rescindíveis*, se o incapaz os quizer rescindir. Pelo segundo, vê-se que a regra é resultar da *incapacidade* dos contraêntes apenas uma acção de rescisão por nulidade e não uma nulidade absoluta. Pelo terceiro, vê-se que essa acção prescreve até, no caso de *incapacidade por interdição* (n.º 2), pelo lapso de cinco anos a contar do dia em que ela cessa, como no caso dos menores. E, finalmente, do último (695) vê-se que nenhum contraêntе pode prevalecer-se da nulidade resultante da incapacidade do outro, quando, se essa nulidade fôsse absoluta, qualquer pessoa interessada poderia reclamar contra ela. Portanto, há que concluir, em face da nossa lei, de *jure constituto*, que todos os contratos celebrados por pessoas incapazes serão considerados válidos, desde que por êsses incapazes, ou pelos seus representantes, não seja pedida a sua rescisão dentro dos prazos fixados pela lei. Quere dizer: não há pela nossa lei incapacidades *naturais* que possam determinar a nulidade dos actos jurídicos; há só incapacidades *legais* e mesmo estas não determinam nunca nulidades absolutas, determinam apenas nulidades relativas. Uma tal doutrina é, porém, tudo que há de mais censurável e ilógico. Cfr. Coviello, pág. 354 e Pacchioni, *Elementi*, pág. 286.

Finalmente, não deixemos de notar ainda, relativamente à incapacidade dos dementes, que também esta incapacidade tem ou pode ter o seu têrmo. Só termina, porém, pela cura do demente, averiguada judicialmente. Cessando a causa da interdição, será esta levantada por sentença, observando-se as mesmas formalidades prescritas para o seu julgamento (art. 336.º).

d) Uma outra causa de incapacidade, admitida pelo código, é a *surdez-mudez*. Esta não é um vício que exclúa a vontade, mas é uma imperfeição que tolhe a sua manifestação normal. A lei não estabelece a êste respeito o princípio duma incapacidade completa e geral, mas sim o duma incapacidade *parcial* e *especial*, consoante o grao de incapacidade natural averiguada do surdo-mudo (1).

Aqui notaremos apenas que esta incapacidade, para que os seus efeitos se produzam, deve também, como no caso dos dementes, ser declarada por sentença (art. 338.º), sendo nesta que devem fixar-se a sua extensão e limites, bem como deferir-se a respectiva tutela. Relativamente ao regime desta tutela, observar-se há, porém, em tudo que fôr aplicável, o regíme da tutela dos dementes (art. 339.º).

e) A estas causas de incapacidade, residindo num incompleto desenvolvimento da pessoa ou em certos estados anormais da saúde física ou mental, há que acrescentar agora a *prodigalidade*. Embora esta não se confunda com a demên-

---

(1) Art. 357.º: «Os surdos-mudos que não tiverem a capacidade necessária para reger seus bens, serão postos em tutela».

cia e nada tenha que ver, rigorosamente, com a saúde física ou mental das pessoas, todavia é também tida pela lei como um vício ou defeito da inteligência ou do carácter das pessoas e, como tal, do mesmo modo considerada como uma causa de incapacidade de exercício de certos direitos. Dela trata o Código Civil no seu título XII da Parte I.

Não é fácil formular um conceito seguro e, muito menos, objectivo e científico da prodigalidade. Em todo o caso, entende-se, e sempre se entendeu, já desde os romanos, por prodigalidade uma tendência *habitual* da pessoa para a prática de actos patrimoniais de administração e disposição dos seus bens, considerados ruinosos para ela e para os seus herdeiros. Não basta a prática de um ou alguns actos de má administração, ou de dissipação dos bens; é preciso que exista a sua *repetição habitual*, tornada *hábito* da pessoa, que assim se mostrará incapaz de administrar o seu património.

Esta incapacidade é decretada pelo art. 340.º (hoje alterado pelo Decreto de 16 de Dezembro de 1930) nos seguintes têrmos.

Em primeiro lugar, uma tal incapacidade só pode ser decretada a respeito dos maiores ou emancipados, isto é, daquelas pessoas que tenham realmente um património a administrar. Em segundo lugar, não basta também ser maior ou emancipado; para poder ser dada por pródiga, é preciso ainda que a pessoa seja *casada* ou que tenha *herdeiros legitimários*. Portanto, só os maiores ou emancipados que tenham património e sejam casados, ou que tenham herdeiros legitimários, é que poderão ser interditados (1). Como, porém, o

(1) O Código Civil no art. 340.º restringia mais: só admitia a interdição por prodigalidade a respeito daqueles que fôssem casados ou que tivessem herdeiros legitimários, ascendentes ou descendentes mas *legítimos*. O pai de filho perfilhado não podia ser interditado por prodigalidade. Hoje todos os herdeiros legitimários, quer legítimos, quer ilegítimos, são protegidos por esta interdição.

conceito de prodigalidade é, como já dissemos, um conceito delicado e difícil de definir objectivamente, porisso o § único do mesmo art. 340.º deixa ao «*prudente arbítrio do juiz*» (eqüidade) o avaliar em cada caso, conforme as circunstâncias, se os factos alegados são ou não suficientes para caracterizar a prodigalidade. Tudo depende aqui do juiz.

A incapacidade por prodigalidade é, assim, também uma incapacidade que necessita de ser declarada, como as por demência e surdez-mudez. Isto é: não se é também aqui *naturalmente* incapaz; é-se apenas legal e *judicialmente*, havendo também um processo especial para se chegar a essa declaração (art. 343.º) (1). De resto, também aqui, nem todos podem requerer esta interdição. Só a podem requerer os ascendentes ou descendentes (herdeiros legitimários), a mulher ou os parentes desta, e ainda o Ministério Público, se os descendentes do pródigo fôrem menores ou interditos (art. 341.º). Concedida ela, porém, o juiz privará o pródigo, ou da administração geral de todos os seus bens, ou apenas de certos actos, conservando-lhe contudo a livre disposição da sua pessoa, e nomear-lhe há um *curador provisório* que o autorizará nos actos de que estiver inibido (arts. 344.º e 349.º) (2). Os actos praticados pelo pródigo sem a devida autorização serão igualmente «nulos de pleno direito», nos mesmos têrmos que já vimos àcêrca dos outros incapazes (art. 349.º). E, finalmente, deve notar-se ainda que esta incapacidade termina também, como a anterior, pelo levantamento da interdição, feito judicialmente, podendo neste caso o próprio incapaz requerer, ao fim de *cinco anos*, para ela lhe ser levantada, ouvidos o conselho de família e o Ministério Público (art. 352.º).

(1) Art. 424.º do Código de Processo Civil.

(2) Esta curatela está sujeita, no seu regime, aos mesmos princípios por que se rege a curatela ou *curadoria provisória* dos ausentes, de que atrás falamos, com leves modificações (art. 351.º).

f) Outra ainda é a chamada *incapacidade acidental*, regulada no título XIII da I Parte do código, nos arts. 353.º e 354.º. Entende-se por incapacidade acidental tôda a que resultar de qualquer *estado transitório* que faça privar as pessoas do uso da razão, como, por exemplo, qualquer acesso de delírio, embriaguês ou outra causa semelhante, segundo a mesma lei diz. Nos têrmos dela, todos os actos e contratos celebrados pelas pessoas sob o império de tais perturbações poderão, portanto, ser rescindidos, se, dentro dos dez dias imediatos ao seu restabelecimento, essas pessoas protestarem perante o notário, na presença de duas testemunhas, e intentarem depois a competente acção de rescisão dentro dos vinte dias seguintes. Como se vê, trata-se, por conseqüência, duma outra forma de incapacidade que, mesmo sendo natural e identificando-se com a falta ou completa ausência de vontade, todavia não determina, como aliás seria lógico, uma nulidade absoluta, mas *simplesmente relativa* (anulabilidade), na infeliz teoria do nosso código àcêrca da validade dos negócios jurídicos.

g) Por último, resta-nos ainda fazer referência a duas outras causas modificadoras da capacidade jurídica das pessoas que, posto não se achem reguladas no Código Civil, todavia assumem também uma grande importância no nosso direito. São elas: a incapacidade resultante de *condenação penal* e a resultante, para os comerciantes, do seu *estado de falência*.

Quanto à primeira, já aqui foi dito oportunamente que uma incapacidade geral decretada contra os reus condenados por sentença penal, não existe hoje no nosso direito. Uma tal incapacidade, espécie de morte civil, que ainda era admitida pelo código, no seu título XIV da I Parte, foi, como também se disse já, abolida pela Nova Reforma Penal, de 1884, e pelo actual Código Penal, de 1886. Hoje o que há são apenas certos *efeitos restritivos* da capacidade das pessoas, produzidos por certas condenações penais, como os

que se acham enumerados nos arts. 76.º e 77.º do referido Código Penal. Segundo essas disposições, os reus condenados em qualquer pena maior ou correccional perdem, por exemplo, os emprêgos ou funções públicas que desempenharem à data do crime, bem como tôdas as dignidades, títulos e condecorações que tiverem, ficando além disso incapacitados para serem também eleitores ou ilegíveis para essas mesmas funções públicas. Além disso, não poderão ser tambem tutores curadores, procuradores em juízo ou membros do conselho de família. Sofrem assim estas pessoas, portanto, uma espécie de privação ou diminuição da sua honorabilidade, como os feridos com a *infâmia* no direito romano, que se repercute, evidentemente, na esfera dos seus direitos civis (1).

Quanto ao estado de falência, finalmente, convém apenas notar também aqui, para completar a matéria das causas modificadoras da capacidade, que os comerciantes falidos (2) são igualmente sujeitos, pelo Código Comercial e de Processo Comercial, a algumas restrições importantes da sua capacidade. A falência ou quebra deve ser judicialmente declarada a requerimento do falido ou dos crèdores, nos têrmos do Código Comercial; porém, logo que declarada, opera imediatamente a *interdição civil* do falido pelo que respeita aos seus bens havidos ou por haver (art. 700.º do Código Comercial). A êste são então dados igualmente,

(1) De resto, não é preciso que tenha havido condenação penal, para em vários casos as pessoas sofrerem limitações na sua capacidade jurídica. Assim é que as pessoas de *mau procedimento* são tambem excluídas da tutela e das instituïções pupilares (art. 234.º, n.º 6 do Código Civil). Outros casos em que a má conduta é tomada em conta, são também os dos arts. 2514.º, 47.º do Decreto n.º 2, de 25 de Dezembro de 1910, e 32.º do Decreto de 3 de Novembro de 1910. Cfr. Dr. José Tavares, II, pág. 83 e 84.

(2) Chama-se estado de *falência* ou de *quebra* o estado do comerciante que cessou pagamentos de suas obrigações comerciais, ou que fugiu abandonando o estabelecimento, ou ainda cujo activo foi reconhecido manifestamente insuficiente para cobrir o passivo (art. 692.º do Código Comercial).

como nos casos anteriores, certos representantes, *administrador* e *curadores fiscais*, que o ficarão representando em juizo e fora de juizo para todos os efeitos, excepto no tocante ao exercício dos seus direitos exclusivamente pessoais (*ibid.*, § 1.º).

Vasta é portanto ainda hoje a matéria das incapacidades e causas modificadoras da capacidade jurídica das pessoas singulares. Como diziamos, não basta dizer que todos os homens são dotados duma igual personalidade, como susceptibilidade de direitos e obrigações, para se supôr que, mesmo em face da lei, eles são todos iguais.

56. Para terminar a matéria do estado e capacidade das pessoas singulares, de que até aqui temos tratado, apenas nos resta dar ainda uma noção àcêrca do modo como êsse estado e capacidade hoje podem ser provados. Isso o mesmo é que tratar do «*registo civil*», ou melhor, do «*registo do estado civil*» das pessoas.

Compreende-se fàcilmente quanto interessa à ordem jurídica e à sociedade em geral o conhecimento rigoroso de todos os factos relativos ao estado das pessoas. Os próprios indivíduos são os primeiros a ter êsse interesse, para poderem fundamentar e provar fàcilmente os seus direitos. De modo que o interesse da sociedade, o dos próprios indivíduos e ainda o daqueles que com eles entram no comércio jurídico, reclamam, pode dizer-se, com igual energia, que exista um *registo do estado civil*, para que a todo o momento se saiba quem as pessoas são e o que juridicamente valem. Ora êste consiste, precisamente, num serviço público a cargo do Estado, e cometido a certas repartições, constando dum registro adequado. Êste registro consta, por sua vez, dum conjunto de *inscrições* e *anotações* lançadas em livros especiais e relativas a todos os indivíduos, membros do Estado, bem como a todos os factos essenciais que poderão determinar uma modificação profunda na sua condição jurídica. O «*registo civil*» é, pode dizer-se, o catálogo público de todos os cidadãos dum Estado, donde constam todos os elementos essenciais relativos à determinação do seu estado civil em qualquer momento.

Quanto à sua origem, é o «*registo civil*» uma instituïção relativamente moderna e de proveniência eclesiástica. Quási nulo no direito romano, foi, como é sabido, a Igreja católica quem começou a organizar, desde a Idade-Média, êste serviço público, que depois, já muito perto de nós, o Estado avocou a si. Desde muito cêdo, com efeito, que o clero católico começou a ter livros, onde se registravam os batisados, os casamentos e os entêrros que ocorriam na área da sua jurisdição espiritual. Um tal uso não era, porém, obrigatório na Idade-Média. Foi só o Concílio de Trento quem o regularizou, organizou e finalmente impôs a todos os párocos que o observassem devidamente. Êste mesmo serviço público foi mais tarde, como dizemos, aproveitado para efeitos civis pelo Estado que, não tendo um serviço próprio de registros, começou por considerar também civil, para efeitos jurídicos, o dos registros paroquiais. Mais tarde ainda, depois da Revolução dos comêços do século XIX, o Estado, indo mais longe, começou então a avocar a si êstes serviços, atribuindo-lhes já um carácter puramente civil, desde 1832. Vários diplomas do constitucionalismo determinaram que eles passassem para as mãos das autoridades civis. O Decreto de 16 de Maio de 1832 e depois os primeiros códigos administrativos de 1836 e 1842 assim o determinaram. Mas tais medidas foram sem resultado, porque tornadas dependentes de regulamentação, esta não se chegou nunca a produzir. O mesmo se passou, mais tarde, com o nosso Código Civil. Êste organizou também, na sua Parte IV (arts. 2445.º e seg.), o *registo civil*, mas as suas disposições a êste respeito nunca entraram em vigôr por falta também dos posteriores regulamentos adequados, o mesmo se passando, por último, com as idênticas disposições dos códigos administrativos de 1870 e 1878. De resto, não deve esquecer-se, a explicar tantos malogros, a decidida

oposição que contra a laïcização do *registo civil* levantou sempre a consciência católica, fazendo desta questão, nomeadamente quanto ao registro dos casamentos, uma das mais apaixonadas na história recente das relações culturais entre a Igreja católica e o «Estado moderno».

Para encurtarmos a história do *registo civil*, diremos apenas, numa palavra, que, quanto ao continente, êste serviço continuou sempre entre nós a cargo dos párocos, posto que regulado civilmente pelo Decreto de 2 de Abril de 1862 (1), e que não foi senão em 1878 que, pelo Regulamento de 28 de Novembro dêsse ano, se criou pela primeira vez, um «registo civil» *não paroquial* embora com a reserva de que seria só para os *não-católicos* (2).

Foi só, porém, com a implantação da República, em 1910, que o «*registo civil*» triunfou definitivamente, sendo emfim tirado aos párocos e cometido às autoridades civis, como *obrigatório para todos os cidadãos*, pelo Decreto de 18 de Fevereiro de 1911 *(Código de Registo Civil)*, depois modificado pela lei de 10 de Julho de 1912. E é por esta legislação que se rege ainda hoje, fundamentalmente, esta instituïção entre nós, com o fim de fixar autenticamente o estado civil das pessoas.

O «registo civil» tem por objecto, como já dissemos, a inscrição em livros para êsse fim destinados de todos os actos e factos relativos ao estado dos indivíduos. Êsses actos e

(1) Regulou, assim como o Decreto de 2 de Abril de 1859, o modo como os párocos deviam fazer o registro do estado civil no continente. Para as províncias ultramarinas regulou o mesmo assunto o Decreto de 9 de Setembro de 1863.

(2) Êste regulamento foi o resultado de se haver permitido no Código Civil o casamento civil aos não-católicos. Nele se determinavam as autoridades a quem pertencia fazer o registro e o modo como devia ser feito com relação aos nascimentos, casamentos e óbitos dos cidadãos não católicos e dos extrangeiros que o requeressem. O mesmo regulamento foi depois tornado extensivo às províncias ultramarinas, à excepção de Macau e Angola, pelo Decreto de 17 de Setembro de 1901. Cfr. Guilherme Moreira, vol. I, pág. 239 e 240.

factos são, principalmente: os *nascimentos*, os *casamentos*, os *óbitos*, os reconhecimentos de filhos ou *perfilhações*, as *legitimações*, *emancipações*, *interdições* e *naturalizações*.

A inscrição faz-se em livros onde são lançados os assentos referentes a êsses factos e êstes livros são essencialmente quatro: *a*) o *livro de registo dos nascimentos*; *b*) o do *registo dos casamentos*; *c*) o dos *óbitos*, e *d*) o dos *reconhecimentos e perfilhações*. Além disso, são também aí lançados, por meio de anotação ou averbamento a êsses mesmos assentos, todos os registros relativos aos outros actos do estado civil. Deve contudo notar-se que nem todos os actos e factos relativos ao estado civil são obrigatòriamente sujeitos ao registro nos livros mencionados. Só são obrigatórias as inscrições relativas a nascimentos, casamentos, óbitos, perfilhações e legitimações não proïbidas e que não constem de sentença, e bem assim ainda as emancipações e naturalizações. E isto tem uma notável importância, porque, quanto aos actos cujo registro é obrigatório, dessa obrigatoriedade resulta que eles só podem provar-se por êsse meio, à excepção dos nascimentos, casamentos e óbitos anteriores a 1911, que continuam a poder provar-se pelo registro paroquial.

Com estas rápidas noções ficam assim tratados todos os aspectos, nas suas grandes linhas gerais, da vida do sujeito de direito ou da relação jurídica, na sua condição imóvel, *estática*, quando êsse sujeito é constituido pelas pessoas singulares.

Vejamos agora o que se passa com as pessoas colectivas.

B) Pessoas colectivas

57. É sabido — e já acima o dissemos (1) — que o direito só existe para os homens. *Hominum causa omne jus introductum est* — diziam os romanos. Fim de todo o direito é

(1) Vêr *supra*, pág. 253 e 254.

sempre um interesse humano. Acontece, porém, que os interesses humanos nem sempre são exclusivamente individuais. Às vezes, tomam um carácter social e aparecem referidos a certas classes ou grupos mais ou menos restritos de pessoas. Se há interesses e fins humanos do indivíduo isolado, para cuja satisfação é bastante a actividade duma pessoa só, outros há, porém, para cujo conseguimento é preciso reünir actividades, agrupar indivíduos trabalhando para um fim comum e único, ou então, organizar todo um conjunto de meios materiais, ou de bens, a-fim de os colocar ao serviço dum interesse colectivo duma generalidade de pessoas, como se estas fôssem uma só. Tanto num caso como no outro há assim um *interesse social*, como fim a atingir, ou seja, um conjunto de necessidades comuns a uma pluralidade de pessoas singulares.

Ora para realizar êsse fim e tutelar êsse interesse, o que é preciso é imprimir às actividades individuais, que os hão de servir, uma unidade de acção e direcção, e aos meios a êles destinados as condições duma permanência igual ou semelhante à dêsses mesmos fins e interesses. E assim surge a necessidade de que as pessoas singulares, que se acham associadas nessa comunhão de interesses e fins, sejam tratadas *como se* constituíssem uma pessoa única, dotada duma longevidade tão grande quanto a do interesse e fim em vista, e a de que a vida dessa espécie de pessoa única seja colocada ao abrigo das mutações e contingências que ameaçam a vida dos associados. Eis uma exigência da vida social que ninguém se lembrará, por certo, de contestar — uma verdadeira «realidade» da vida social. ¿Como dar, porém, satisfação e garantia jurídica a esta exigência? ¿Como conferir protecção eficaz a êstes interesses colectivos?

Certamente, vários meios de técnica jurídica são possíveis. Um dêsses meios consiste, porém, precisamente, na construção dum *conceito* especial, duma forma de representação jurídica, a que se dá tècnicamente o nome de «*personalidade colectiva*». Em virtude dêsse conceito, cuja génese se prende

com uma tendência natural do nosso espírito para personificar as abstracções (podemos falar dum *antropomorfismo jurídico*), somos assim conduzidos a tratar precisamente, como se fôsse um indivíduo, uma pessoa, semelhante ao nosso *eu*, aquilo que de facto, realisticamente, corresponde a uma pluralidade de pessoas associadas para um fim comum, ou interessadas em comum na satisfação de certos fins. Ora a construção dêste conceito, verdadeira «*categoria*» do pensamento jurídico, corresponde assim, numa palavra, a um processo de abstracção lógica (meio técnico-jurídico) para dar satisfação a certos fins e interesses sociais de cuja realidade ninguém pode duvidar.

Com um tal conceito, na verdade, não só conseguimos atingir êste fim, como obtemos ainda uma outra vantagem: a de, por esta forma, nos não ser necessário estar a introduzir no mundo do direito, na ordem jurídica, outras normas e disposições especiais para tutelar os interesses colectivos. De facto, por esta forma, as normas e disposições — ou antes o «*dispositivo mecânico*» — com que êstes interesses virão a ser tutelados serão assim as mesmas com que já tutelamos os interesses individuais das pessoas singulares. Jogamos, neste caso, com elas, para tutelar interesses sociais, sujeitando tais e tais colectividades de pessoas e interesses à *representação* de indivíduos jurídicos, personificando tais colectividades, como se de pessoas singulares se tratasse. De modo que — para encurtarmos razões — o conceito de «pessoa colectiva», parecendo que não, é ainda uma construção do pensamento jurídico individualista, pois a «individualização», a visão das coisas «*sub specie individui*» é ainda aqui a condição duma inteligibilidade jurídica dos interesses sociais e colectivos.

Êste o conceito de «pessoa colectiva» contrapôsto ao de «pessoa singular». A êste último corresponde uma realidade concreta, física e psíquica; ao primeiro, uma abstracção impalpável, ou uma pura realidade abstracta, concebida apenas pela nossa mente. E daí o darem-se-lhe as mais variadas

designações, tais como: «pessoas ou *entes morais*», «*pessoas jurídicas*», «*pessoas fictícias*», «*pessoas colectivas*». Os romanos chamavam-lhes «*corpora*»; o nosso código chama-lhes «*pessoas morais*». Nós, porém, chamar-lhes hemos «*pessoas colectivas*», por nos parecer esta a designação mais razoável (1).

¿Que pensar, porém, do valor dêste conceito?

Não irei alongar-me em considerações para expôr aqui tudo aquilo que se tem já pensado e dito àcêrca dêste ponto, discutindo a legitimidade dum tal conceito, que é aliás dos mais discutidos na moderna ciência do direito. Apenas salientarei as principais posições e atitudes da ciência jurídica no seu modo de o encarar, dizendo qual me parece ser a melhor opinião.

Já se tem dito que o conceito de pessoa colectiva não corresponde mais que a uma pura «*ficção*». É um *flatus vocis*, uma quimera, uma espécie de papão na imaginação infantil dos juristas, embora não sirva para meter medo a ninguém, mas, pelo contrário, para tranquilizar certos interesses. Não há, diz-se, outros sêres dotados de inteligência e de vontade senão os homens individualmente considerados, as pessoas singulares ou físicas. Por conseguinte, as chamadas pessoas colectivas, morais ou jurídicas, são uma

(1) É preferível a designação de «pessoas colectivas» a tôdas as outras pelas seguintes razões. A designação de «pessoas morais» nada diz sôbre a natureza dos interesses que se tem em vista proteger e que muitas vezes são, ao contrário de morais, bem materiais. De resto, a palavra «moral» tem, como adjectivo, as mais variadas acepções. A designação de «pessoa jurídica» é ainda mais infeliz, porque, se «jurídico» quer dizer pertencente ao direito, regulado pelo direito, a verdade é que as pessoas colectivas são tão jurídicas como as singulares; ambas as personalidades, quer a singular, quer a colectiva, são criações do direito. A designação de «*fictícias*» é também inaceitável, porque, como veremos no texto, as pessoas colectivas não são uma ficção. Fica-nos, portanto, como melhor designação, a de «*pessoas colectivas*», na qual se põe bem em evidência que se trata duma personificação de interesses e fins colectivos.

pura criação da lei e, como tais, puramente fictícias, puras ficções. Esta opinião é assim contrária a tôda a tendência a generalizar êste conceito, generalização que fàcilmente conduziria, diz-se, ao seu abuso. Certamente, a lei está no seu direito de criar as ficções que quiser, mas como as normas que criam tais ficções devem considerar-se excepcionais e, portanto, de interpretação restrita, não se admite que um tal conceito possa estender-se a outros casos diferentes daqueles para os quais êle foi expressamente construído. Quanto menos ficções, melhor! Pensava dêste modo Savigny.

Outros, representando o polo opôsto desta doutrina negativista, sustentam que as pessoas colectivas não são uma ficção, são uma «*realidade*», com tanta vida e objectividade como as pessoas singulares, embora esta realidade seja diferente da das segundas. É uma orientação «realista», no sentido filosófico da palavra. Dentro desta orientação tem havido de tudo: quem diga, por exemplo, que as pessoas colectivas tem uma verdadeira realidade *física*, como a dos organismos animais! ...quem diga que a sua realidade é puramente *psíquica* (!), possuindo estas pessoas uma vontade própria que se distingue da dos seus membros,... e, finalmente, quem sustente que esta realidade *sui generis*, é puramente social e jurídica.

Não vale a pena gastar muito tempo com a análise e refutação destas doutrinas, *exceptuada a da última modalidade do realismo*. Diremos apenas que ambas, tirando esta última modalidade, são inadmissíveis. A *teoria da ficção* é inadmissível, porque, se por «ficção» entendermos, como parece entender a teoria, tudo aquilo que são criações da lei, abstrações do direito, fórmulas do pensamento jurídico abstracto, a que não correspondem realidades *sensíveis*, então teremos fatalmente que admitir que tudo no direito são ficções, inclusivé as pessoas singulares que também são uma criação da lei. Neste caso, dizer direito é o mesmo que dizer ficção, mundo de ficções; tudo acima do sensível será ficção; sê-lo hão as leis científicas, as construções lógicas, a própria

moral, emfim tudo que se não sente e palpa. É um absurdo. Com uma tal doutrina seremos impelidos para a doutrina dos direitos sem sujeito e dos patrimónios fins de si mesmos (património-fim). De resto, tem ela ainda o inconveniente de levar ao desconhecimento da real importância dos fins e interesses sociais e colectivos como distintos dos individuais. Só êstes poderiam achar uma tutela eficaz; os outros só tratando-os como ficções a poderiam achar.

A teoria da realidade é também inadmissível nas suas duas primeiras modalidades. Afirmar a existência orgânica ou psicológica das pessoas colectivas, como «sêres», é uma insensatez. Não me julgo obrigado a demonstrar que as pessoas colectivas não tem carne e ôsso, nem pulmões, nem cabeça, nem juizos e raciocínios, nem volições. E, portanto, ¿o que fica? Fica apenas a doutrina da *realidade jurídica, sui generis*, dum tal conceito jurídico e esta podemos, creio eu, admiti-la sem dificuldade.

Devemos, porém, ter presente que a espécie de «realidade» que atribuimos às pessoas colectivas é, neste caso, a mesma que atribuimos a todos os conceitos e formas do pensamento, quer *a priori*, quer *a posteriori*, desde que, neste segundo caso, elas sejam geradas segundo as suas naturais leis e tendências para traduzirem utilidades e responderem a exigências que provêm da vida e da experiência. Trata-se, portanto, duma realidade de natureza puramente lógica e abstracta e não duma realidade *sensível*. Precisamos, porém, não confundir o conceito de *sensível* com o conceito de *real*. Há muitas coisas reais que não são sensíveis. Há realidades que se nos impõe de dentro, derivadas da própria estrutura do pensamento, e outras que se nos impõe de fora, derivadas da experiência e das próprias condições da vida. Realidades da primeira espécie são tôdas as leis lógicas; da segunda todos os «dispositivos» técnicos de representação jurídica, como os conceitos de personalidade em geral, de capacidade jurídica, de direito subjectivo, etc., e ainda o de «personalidade colectiva». Quere dizer ainda: o conceito de pessoa colectiva

é, sem dúvida, uma abstracção. Mas «abstracção» não significa o mesmo que ficção. As ficções são puras representações imaginárias no vácuo, invenções da imaginação, embora revestidas de inteligibilidade, a que nada corresponde de real; e as abstracções são construções do espírito, mas fundadas sôbre realidades, ou sôbre conceitos *a priori*, ou sôbre factos apreendidos na experiência (factos sensíveis), ou ainda sôbre puras exigências activas e necessidades práticas da vida, para as interpretar em têrmos de inteligência. Uma ficção é, por exemplo, a idéa de centauro, a de pégaso; exemplos de abstracções: a idéa de causalidade, a de tal ou tal lei científica, ou ainda a de direito, a de moral, a de pátria ou a de humanidade.

Ora o conceito de pessoa colectiva está neste último caso; corresponde, não a uma ficção, mas a uma abstracção legitima lògicamente. Como tal, não é mais do que a interpretação em têrmos de lógica jurídica de certas realidades e exigências práticas da vida. Estas são os interesses sociais e colectivos dos homens agrupados em tôrno de fins comuns e aspirando a uma tutela do direito. E esta a única espécie de realidade que atribuimos às pessoas colectivas.

Uma última dúvida pode levantar-se: a de saber se esta abstracção pode ter vantagens; se é eficaz pràticamente para tutelar êsses interesses. Se, como acima dissemos, há outros meios técnicos de representação lógico-jurídica para chegar à mesma protecção dêsses interesses, ¿quem nos diz que êste seja o melhor e, portanto, o mais verdadeiro?

Ora a êste respeito notemos, por último, que a experiência aí está a demonstrar, pela grande antiguidade desta fórmula no mundo histórico do direito, já desde os romanos, a sua utilidade como superior à de tôdas as outras. A sua permanente e invariável existência em tôdas as legislações, em todos os tempos, nos está mostrando, o que ela tem de necessário, de útil e, portanto, talvez mesmo de «categorial», isto é, de lògicamente necessário no mundo dos conceitos jurídicos. É quanto nos deve bastar para a darmos logo como

justificada — que mais não seja, num ponto de vista «pragmático» — e, consequentemente, para a conservarmos.

58. Sabido o que são as «pessoas colectivas» e assegurados da legitimidade dêste conceito jurídico, vejamos agora que espécies há de pessoas colectivas, isto é, qual a divisão ou classificação delas.

As pessoas colectivas, embora o conceito fundamental se mantenha em tôdas idêntico, revestem as mais variadas formas, com regimes jurídicos em parte diferentes, e torna-se porisso possível e até necessário fazer delas várias classificações ou divisões. Há classificações puramente doutrinais, feitas pela jurisprudência, e classificações legais, adoptadas pelos legisladores. Começaremos pelas doutrinais e veremos depois quais aquelas que o nosso legislador adoptou.

Das primeiras, as duas mais importantes são, sem dúvida, as das pessoas colectivas em: pessoas colectivas de *direito público* e *privado*; e *corporações* e *fundações*.

a) A primeira divisão funda-se na natureza jurídica pública ou privada do sujeito de direito que é a própria pessoa colectiva e tem uma grande importância, porque a aplicação das normas de direito privado que lhes é feita é muito diferente, consoante pertencem a uma ou outra categoria. Quando as pessoas colectivas são de direito público, êste seu carácter faz modificar consideràvelmente o exercício dos seus próprios direitos privados. Mas, ¿onde reside o critério diferenciador que deve servir de base a uma tal distinção? ¿Será ela fácil de fazer?

Em nosso modo de ver, não é fácil — cremos mesmo impossível — definir êsse critério com segurança fora da qualidade de «interesse público», ou do ponto de vista do «*quod ad statum rei publicae spectat*», que elas podem encarnar ou deixar de encarnar directamente. Uma tal divisão não pode deixar de se fundar no mesmo critério em que

se funda a própria divisão do direito nos seus dois grandes ramos de público e privado, se quisermos que ela conserve algum sentido e se quisermos evitar um conflito entre conceitos, que aliás se torna inevitável. É evidente que, tendo nós o conceito fundamental dessa divisão do direito, nos têrmos que nos são conhecidos (1), seria ilógico e só poderia conduzir aos maiores absurdos querer classificar quaisquer formas jurídicas à luz dêsses quadros e dentro deles, começando logo por perder de vista o próprio conceito que lhes serve de fundamento. É essa a razão que explica o malogro de tantas teorias estéreis para achar o critério duma tal divisão das pessoas colectivas (2).

Assim, consideraremos, portanto, pessoas colectivas de direito público tôdas aquelas que representam ou encarnam em si, na sua finalidade, aquilo que se convencionou chamar um *interesse público*, um *fim* ou uma *função pública*, e consideraremos pessoas colectivas de direito privado tôdas aquelas que, pelo contrário, representam ou encarnam um interesse privado, digamos: um interesse «*quod ad singulorum utilitatem pertinet*» (3). As pessoas de direito público são as que

(1) Vêr *supra*, pág. 28.

(2) Vêr uma exposição de muitas dessas doutrinas, cuja crítica seria inútil estar aqui a reproduzir, na obra citada do sr. Dr. José Tavares, II, pág. 144 e seguintes. Na essência, o nosso ponto de vista conduz à aceitação do mesmo ponto de vista, ou da doutrina, de Ruggiero e do nosso ilustre colega, exposta com tanto brilho naquela obra, a pág. 151, embora, em vez de *fim* e *função* das pessoas colectivas, prefiramos falar de *interesse público* ou *privado* nelas representado.

(3) Não se diga que êste critério é inaceitável por impreciso e insuficiente, pois é difícil destrinçar na grande maioria dos casos o interesse público do interesse privado, visto que o mesmo reparo pode ser feito à própria divisão do direito em público e privado, como já vimos, a qual então deveríamos também rejeitar. É lógico que não peçamos a esta classificação um rigôr e um conteúdo mais concretos do que aqueles que nos pode dar a própria divisão do direito em que a primeira se funda. De resto, aqui também há que nos contentar apenas com o carácter público ou privado *predominante* do interesse ou do fim representando em cada pessoa colectiva, para fazermos a sua classificação.

se movem preferentemente no domínio do *direito público*, pela natureza dos interesses que representam e das particulares normas jurídicas que as tutelam; as de direito privado, ao inverso, as que se movem no domínio exclusivo do *direito privado*. Quanto, porém, a saber o que são interesses públicos e privados, como esta distinção é daquelas a que teòricamente *não poderemos jamais chegar por via científica*, teremos sempre que nos contentar, para os distinguir, com o critério fixado pelo próprio Estado que é em cada momento o único juiz dessa distinção. Quere dizer: não é a jurisprudência quem deve dizer ao legislador duma maneira dogmática quais precisamente as pessoas colectivas de direito público e quais as outras, mas é antes o legislador quem, definindo a natureza de públicos ou de privados dos diversos interesses sociais que tem a tutelar, há de fornecer à jurisprudência os elementos para a classificação material das pessoas colectivas, em correspondência com a classificação dêsses interesses. Isto equivale ainda a dizer, numa palavra, que não estamos diante duma classificação científica, mas sim duma classificação necessàriamente empírica e vacilante, senão no seu critério «lógico-formal», pelo menos no seu «conteúdo» concreto e material (1).

(1) Permita-se aqui notar, desenvolvendo um conceito filosófico do direito, que já por mais do que uma vez temos deixado aflorar à superfície das nossas considerações, que pensar o contrário daquilo que dizemos no texto a êste respeito, é o mesmo que esquecer por completo o carácter puramente *formal* de todos os conceitos e classificações jurídicas, dos quais é impossível extrair *conteúdos concretos e materiais*. Esses conceitos e classificações é que têm de ser adaptados às realidades e não estas àqueles, para chegar aos *conteúdos* jurídicos. Dos conceitos e classificações jurídicas não se consegue extrair mais do que uma «*forma*» adaptável às realidades. Justamente por desconhecerem esta verdade é que, aqui como em tantas outras questões jurídicas, se vêem tantos juristas eminentes perderem um precioso tempo à procura de critérios rigorosamente objectivos para base das classificações das formas jurídicas, como se a ciência do direito fôsse uma ciência da natureza, como a zoologia ou a botânica. Procuram classificar as pessoas colectivas em públicas e privadas, como quem procura classificar plantas ou animais, segundo as suas formas morfológicas numa escala de critérios objectivos! Absurdo!

Ora, interpretando por esta forma o valor e o alcance desta divisão das pessoas colectivas, não hesitaremos em dizer que serão, portanto, em face do nosso direito, pessoas colectivas de direito público, não só o próprio *Estado* e as *autarquias territoriais* — as províncias, as colónias, os distritos, os municípios e as freguesias — como ainda todas aquelas que desempenham uma função pública ou de interesse público, ou que participam nela, ou são como que uma emanação do próprio Estado no prosseguimento dos seus fins específicos, como êstes se entendem em cada fase do desenvolvimento cultural. É claro está que serão pessoas colectivas de direito privado tôdas as outras.

Pode preguntar-se se esta divisão terá uma grande utilidade e pode mesmo impugnar-se essa utilidade. Mas essa será outra questão. Para nós não sofre dúvida, por exemplo, que nem tôdas as pessoas colectivas de direito público têm a mesma natureza e que entre elas há que dar ainda um lugar especial às pessoas colectivas que gozam de qualquer fracção de poder público, ou do *jus imperii*, porque é sobretudo quanto a essas que a sua qualidade de pessoas direito público faz modificar o exercício dos seus próprios direitos privados. Contudo, entendemos ser inaceitável a doutrina que, tomando êsse critério do *jus imperii* como base para esta divisão, só considera pessoas de direito público as que exercem um poder público e considera de direito privado tôdas as outras, abstraíndo da qualidade dos interesses sociais que representam (1). Ora que muitas

(1) Esta doutrina, chamada do *jus imperii*, é devida ao notável jus-publicista alemão Jellineck e seguida por outros não menos notáveis civilistas italianos, como Coviello e Ferrara. Tem a vantagem de ser duma grande simplicidade e clareza, mas a desvantagem de atribuir à expressão pessoas colectivas de *direito público* um sentido mais restrito do que aquele que tem

das pessoas colectivas sem *jus imperii* não podem deixar de ser consideradas de direito público, porque é essa emfim a natureza dos interesses que representam, revela-se precisamente no facto da sua maior sujeição à ingerência do Estado que as fiscaliza e tutela, quando não lhes concede até certas fracções mínimas de poder público, ou considera serviço público os serviços de que elas se encarregam, como acontece com os chamados «estabelecimentos e institutos públicos personalizados», tais como os hospitais, as universidades, as faculdades universitárias, as misericórdias, e ainda com as companhias de caminho de ferro e de vapores, etc. (1). E êste é que é para nós o verdadeiro critério de tal distinção.

Portanto, resumindo o nosso pensamento, diremos, por último: que as pessoas colectivas podem ser de *direito público* ou *privado*, consoante a natureza pública ou privada dos interesses que representam ou da função social que se propõem; e que as primeiras se sub-distinguem ainda em «*pessoas colectivas de poder público*», exercendo o *jus imperii* (Estado e autarquias territoriais), e em «*estabelecimentos e institutos*

a expressão «*direito público*». Ora o direito público não é só o direito relativo ao império, o direito de mandar. De resto, notemos que o próprio autor da doutrina a abandonou, ao reconhecer que, ao lado dos *perfeitos* sujeitos de direito público (que têm o *jus imperii*), há outros que, embora não gozando de soberania, contudo se podem considerar também como pessoas de direito público, em virtude da íntima relação em que se acham com os fins do Estado e dos privilégios de que gozam. É quanto basta para reconhecer que a doutrina, na sua forma sensata, vem ao nosso encontro.

(1) Como escreve o sr. Dr. José Tavares: «o estado tem sôbre tôdas as pessoas colectivas um poder incontestável de fiscalização. Mas sôbre as públicas, em virtude do interesse geral que representam, essa 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 essa função (a do Estado) meramente negativa, pois o Estado se limita a impedir que pelos seus actos elas ofendam a ordem jurídica». *Ibid.*, *pág.* 157.

públicos personalizados» ..., ao mesmo tempo que as pessoas de direito privado se subdividem em pessoas de *fim interessado* e *fim desinteressado*, de que adiante trataremos em separado.

b) Uma outra classificação das pessoas colectivas é a destas, segundo o tipo da sua estrutura interna, em *corporações* e *fundações*, ou, segundo uma linguagem romana, em *universitates personarum* e *universitates rerum*. ¿Qual o critério distintivo entre umas e outras?

Disse-se durante muito tempo que as chamadas «*corporações*» se caracterizavam pelo facto de o seu substracto ser constituído por pessoas, uma pluralidade de indivíduos associados voluntàriamente em vista dum fim comum, ao passo que as «*fundações*» se caracterizariam por ser o seu substrato constituído, não por pessoas, mas por um complexo de bens, ou um património, afecto à consecução dum fim de interesse colectivo. De modo que, nas primeiras, o sujeito de direito abstracto teria por suporte concreto as pessoas associadas (*universitas personarum*); nas segundas, os bens reünidos ou acumulados (*universitas rerum*).

Êste critério, porém, na sua simplicidade, não é já hoje aceite. Hoje existe um conceito único de pessoa colectiva, como já dissemos, comum às duas espécies, e não se admite que, nas fundações, se atribua a qualidade de sujeito de direito, a personalidade jurídica, a simples coisas (1). De

(1) Note-se, a título de curiosidade histórica, que esta idéa de conferir a personalidade jurídica a simples patrimónios ou massas de bens, para garantir assim a sua afectação a certos interesses sociais, foi extranha ao direito romano, que nunca conheceu outras pessoas colectivas que não fôssem de base corporativa (*corpora, collegia*). E, se é certo que já no direito romano se faziam fundações, no sentido de os fundadores deixarem certos bens para com o seu rendimento se conseguirem fins de interesse social, todavia a disciplina jurídica dessas afectações patrimoniais era diversa da que se obtem hoje pela atribuïção da personalidade a êsses entes morais (fundações pròpriamente ditas). Essa disciplina romana consistia, neste caso, no recurso às doações e legados deixados geralmente a certas corporações já existentes,

resto, um tal critério teria ainda o defeito de ser ilógico, porque, observando bem, nota-se a-final que, tanto nas corporações existem do mesmo modo bens e coisas reünidas, como nas fundações existem também pessoas. Isto é, êstes elementos (*pessoal* e *patrimonial*), tanto aparecem simultâneamente numa espécie como na outra, a-pesar de intervirem aí de maneiras diferentes (1). Portanto, repudiando êste critério, devemos preferir-lhe êst'outro: o da função, ou da natureza particular da função, que numas e outras pessoas colectivas desempenha o «elemento pessoal», a colectividade das pessoas que nelas intervêm. E assim, atendendo a essa função, poderemos chamar «*corporações*» às pessoas colectivas dentro das quais a pluralidade das pessoas singulares é quem imprime direcção à vida do ente moral, quem fixa as normas da sua actividade, quem propõe os fins a atingir, emfim, quem determina e organiza, *de dentro para fora*, os meios para conseguir êsses fins; isto é, o «elemento pessoal» desempenha nesta espécie de pessoas colectivas uma função *activa* e *positiva*. Pelo contrário, poderemos chamar «*fundações*» àquelas pessoas colectivas onde tudo se passa ao invés do que acabamos de dizer (2); isto é, dentro das

procurando garantir-se a sua aplicação ao fim almejado, por meio da aposição de cláusulas modais, ou *sub modo*, nas doações, ou por meio de substituições, no caso de legados. De modo que a tradição romana pode considerar-se hostil à idéa das fundações, como atribuïção da personalidade jurídica a patrimónios. Cfr. meus *Elementos de História do Direito romano*, II, pág. 202 e seg. É sem dúvida no direito canónico que a idéa moderna de fundação se desenvolve, como uma modalidade das idéas de *instituïção* e *instituto*.

(1) Cfr. Coviello, *Man.*, pág. 198.

(2) Note-se que também, às vezes, as fundações aparecem designadas pela palavra *instituïção*, havendo em muitos autores a tendência para substituir esta àquela. Tratando-se, porém, duma palavra dum sentido delicadíssimo, sôbre a qual se arquitectam modernamente teorias dum tão vasto alcance jurídico e social, parece-me melhor conservar o têrmo *fundação*, embora possamos ver nas «fundações», como nos «estabelecimentos e institutos públicos» e nas próprias «corporações», modalidades ou subdivisões conceituais da idéa generalíssima de instituïção. Cfr. Dr. José Tavares, *obr. cit.*, II, pág. 140.

quais a pluralidade de indivíduos desempenha uma função *passiva* e *negativa*; por outras palavras: onde êsses indivíduos se limitam antes a gozar as vantagens para cuja realização os meios existem, como seus destinatários e contemplados. Nestas, por fim, a organização dêsses meios, a sua administração, as condições em que êles podem ser utilizados, tudo isso se acha prèviamente determinado por uma vontade alheia a dessas pessoas e que uma vez se manifestou, que lhes preexiste no acto de fundação, que actua de *fora para dentro*, isto é, a vontade imutável do fundador, que lhes dita a lei. Porisso também é que já se tem dito, numa representação até certo ponto verdadeira, que, nas fundações, a vontade lhes é *transcendente*, emquanto que nas corporações ela lhes é *imanente*. Todavia, repetimos, em ambas existem reünidas pessoas e coisas e sôbre ambas paira a mesma idéa de personificação que leva a vêr nelas sujeitos de direito. Assim se distinguem as corporações das fundações (1).

(1) Esta parece-me ser a interpretação mais correcta daquilo que se passa com a estrutura das fundações, aderindo nós inteiramente à opinião de Coviello neste ponto, o qual vê o *elemento pessoal* representado, neste tipo de pessoas colectivas, pela *colectividade indefinida dos beneficiários*. Outros civilistas, porém, como Ferrara, Ruggiero e o sr. Dr. José Tavares, acham esta interpretação doutrinária equívoca e imperfeita. Na opinião do último, o verdadeiro substrato subjectivo da personalidade parece residir, nesta espécie de pessoas colectivas, «*na vontade dos fundadores transmitida à vontade colectiva, objectivada na lei e interpretada pelos administradores da fundação*» (*obr. cit.*, pág. 139). Parece-nos, porém, demasiado o número de abstracções que se acumulam na base duma tal doutrina: vontade dos fundadores, vontade colectiva, vontade objectivada na lei, vontade dos administradores! Supomos não serem necessárias tantas abstracções para fazer uma construção lógico-jurídica perfeitamente aceitável. Claro que, quando na doutrina de Coviello se diz que os *beneficiários* da fundação representam o «elemento pessoal» da pessoa colectiva, isto não equivale a ver nesse elemento *ipso*

59. Uma outra classificação é a das pessoas colectivas em *civis* e *eclesiásticas*, conforme o seu fim é extranho à religião, ou, pelo contrário, se prende com o culto de qualquer igreja ou confissão religiosa.

c) Assim são ainda hoje pessoas eclesiásticas a Igreja católica e as igrejas ou paróquias, como associações religiosas constituídas sob a direcção dum pastor, possuindo um ou mais edifícios destinados ao culto, e ainda as corporações encarregadas do culto católico, denominadas *cultuais* e constituídas ao abrigo da «lei da separação», de 20 de Abril de 1911. Com efeito, tôdas estas instituïções têm capacidade civil, podem receber por doação ao abrigo do art. 1781.º, § 1.º, do Código Civil, o qual, embora revogado pela referida lei da separação, foi de novo pôsto em vigôr pela lei de 22 de Fevereiro de 1918, que nesta parte alterou a de 1911.

---

facto o substrato da personalidade, pois já sabemos que em tais pessoas morais a vontade não vem de dentro, mas de fora delas; é a vontade do fundador objectivada na fundação. Mas, como julgamos igualmente absurdo, por um lado, dar como *substracto* da pessoa colectiva, suporte da personalidade, a vontade do fundador, que muitas vezes é *morto*, e pelo outro lado dar como substracto do ente a vontade dos beneficiários, *que a não têm*, parece-me melhor abstrair neste caso da existência duma vontade como *suporte* da personalidade e atribuir a esta como substracto um simples *interesse*, que é precisamente o dêsses beneficiários. Será esta a única abstracção, neste caso: vêr num simples interesse social duma certa classe de pessoas, e não na vontade dessas pessoas (como nas corporações), nem na vontade dum morto, nem num património, o substracto e o suporte dessa personificação. Com isto não negamos que a vontade do fundador desempenhe um importante papel na vida da fundação. Desempenha, mas não o de ser suporte ou substrato de coisa nenhuma. O papel que desempenha é o de ter definido êsse interesse e ter fixado definitivamente a lei pela qual a vontade real dos administradores da fundação se há de reger. Outra vontade não há, porém, nestas pessoas colectivas, senão a dêstes administradores, mas subordinada à lei ditada pelo fundador e às exigências do *interesse personificado*.

d) E outra, finalmente, é a divisão das pessoas colectivas, como as singulares, em *nacionais* e *extrangeiras*, classificação esta que dá origem às maiores dificuldades, ao agrupá-las numa ou outra destas categorias, especialmente pelo que toca às pessoas colectivas de direito privado (1).

Eis aqui as mais importantes divisões das pessoas colectivas em geral, feitas pela doutrina. Resumindo, teremos portanto que elas costumam classificar-se, no ponto de vista do ramo de direito no qual encontram o seu fundamento, no ponto de vista da sua estrutura, no da índole civil ou espiritual dos seus fins e no da sua nacionalidade. No primeiro ponto de vista, há que distinguir as pessoas colectivas de direito público (pessoas dotadas de soberania e institutos personalizados) das pessoas colectivas de direito privado; no segundo, há que distinguir as corporações das fundações; no terceiro, as civis das eclesiásticas; e finalmente, no quarto, as nacionais das extrangeiras.

60. Mas não só isto. As divisões que acabamos de pôr em destaque, referem-se a tôdas as pessoas colectivas em geral. Há, porém, também uma divisão doutrinal das pessoas colectivas de direito privado, em particular, e a ela queremos ainda fazer referência.

Segundo essa divisão, esta espécie particular de pessoas colectivas desdobra-se ainda em duas importantes categorias,

---

(1) A questão não apresenta dificuldade quanto às pessoas colectivas de direito público, que fazem parte da própria organização do Estado; oferece já algumas dúvidas relativamente aos estabelecimentos e institutos públicos, quando fundados por um Estado em território doutro Estado, e torna-se dificílima de resolver no que respeita à nacionalidade das pessoas colectivas de direito privado e, especialmente, às sociedades. Vêr a êste respeito, Dr. José Tavares, *Sociedades e empresas comerciais*, pág. 443 e seg., *Princip.* II, pág. 159 e seg. e Dr. M. Vilela, *Trat.* I, pág. 224 e seg.

consoante também a índole dos seus fins: a das pessoas colectivas de chamado *fim desinteressado* e a das de *fim interessado*. Para esta distinção atende-se, como dizemos, ao carácter dos fins, mas não só isso; atende-se também à amplidão dêsses fins. É assim que se consideram de *fim desinteressado* as pessoas colectivas que prosseguem fins morais e humanitários com relação a todos os homens em geral, e não apenas com relação a uma classe restrita de pessoas. Estão neste caso as instituïções de beneficência, as de instrução e as da propaganda da fé, por exemplo. E consideram-se de *fim interessado* aquelas que prosseguem fins que, embora imateriais, interessam todavia um número mais restrito de indivíduos. Mas estas, finalmente, podem ser ainda: ou de *fim ideal* (as associações de recreio, como um club, por exemplo; de cultura física; ou as científicas e literárias, como as academias); ou de *fim económico* (como as associações ditas de classe, as de socorros mútuos, os sindicatos, etc.); ou ainda de *fim lucrativo*, como as que se propõem realizar lucros positivos no interesse dos seus associados e é o caso das chamadas *sociedades civis e comerciais*. Às primeiras, de fim ideal ou mesmo económico, dá-se mais freqüentemente o nome de *associações;* às últimas dá-se mais freqüentemente o nome de *sociedades* pròpriamente ditas.

61. Vejamos agora as classificações legais das pessoas colectivas. ¿Haverá alguma classificação *legal* adoptada, pelo nosso direito?

Deve dizer-se, antes de mais nada, que uma classificação consistente e rigorosa, não só expressamente formulada como desenvolvida e utilizada na arrumação das disposições do código relativas a esta matéria, não há, a-fora a das pessoas em perpétuas e temporárias. O nosso código no seu título VI da Parte I — e o mesmo se diga da legislação posterior — deixa muito a desejar a êste respeito. Não só não adopta uma terminologia precisa àcêrca das pessoas colectivas, a que ora chama «morais», ora corporações em geral, instituïções e fundações, como também, em parte como conseqüência dessa imprecisão de terminologia e de conceitos, não nos dá delas sequer uma classificação clara e de que faça uma aplicação útil. Isto faz que esta matéria, que já de si é tão difícil no estudo da jurisprudência moderna, quando baixamos ao estudo do nosso direito positivo, se torne dificílima. Pode dizer-se que debalde procuraremos no nosso código uma valorização ou distinção nítida entre os conceitos que acabamos de descriminar teòricamente, entre pessoas colectivas de direito público e direito privado, entre corporações e fundações, entre pessoas civis e eclesiásticas, nacionais e extrangeiras, embora aqui e além, mais ou menos confusamente, se nos fale de tudo isso, sem qualquer espírito de organização ou de sistema. De resto, deve ainda notar-se que nenhum preceito expresso se encontra também nele, que confira sequer a personalidade jurídica às associações de interesse exclusivamente particular, como são as sociedades civis. E todavia, se lêrmos o art. 32.º do Código Civil (1), logo aí veremos que a idéa duma classificação ou divisão das pessoas colectivas, chamadas «morais», se acha em germen, embora tìmidamente feita, na base das suas disposições.

Ora a classificação *legal* que aí achamos é esta: as «pessoas morais» podem ser: — ou 1.º) *associações ou corporações de utilidade pública;* ou 2.º) *associações ou corporações de utilidade pública e particular conjuntamente.* E se juntarmos a isto a doutrina, aliás controversa, de que as sociedades de interesse particular e civis, pelo menos as constituídas na forma da lei comercial, também gozam de personalidade,

(1) Art. 32.º «Dizem-se pessoas morais as associações ou corporações *temporárias*, ou *perpétuas*, fundadas com algum fim ou por algum motivo de *utilidade pública*, ou de *utilidade pública e particular conjuntamente*, que nas suas relações civis representam uma individualidade jurídica». Note-se de passagem a tendência a identificar, sob a influência romanista, os conceitos de pessoa colectiva com os de corporação e associação.

teremos, como quadro definitivo duma classificação legal, em face dos arts. 32.º, 37.º, 382.º e 1240.º, que as pessoas colectivas poderão ser, portanto, no nosso direito: 1.º associações ou corporações de *utilidade pública*; 2.º associações ou corporações de *utilidade pública e particular conjuntamente*, e 3.º associações ou corporações de *utilidade simplesmente particular*.

É, porém, difícil determinar duma maneira precisa o alcance desta disposição legal. ¿Quais são a-final as pessoas colectivas de *utilidade pública*? Quanto a nós, cremos que nessa categoria entram, sem dúvida, as chamadas pessoas colectivas de direito público, no sentido que atrás fixamos, e, portanto, o Estado, Igreja, as câmaras municipais e as juntas de paróquia (di-lo expressamente o art. 37.º). E quem diz estas, diz também os distritos (lei de 7 Agosto de 1913) e as colónias (lei de 15 de Agosto de 1914). Mas não só isso. A essas não podemos deixar de juntar também, como pessoas de utilidade pública, os estabelecimentos e institutos públicos *personalizados*, de beneficência, piedade e instrução, como as misericórdias, os Monte-pios, as Universidades (mesmo art. 37.º) (1) e ainda até tôdas

(1) Art. 37.º. «O Estado, a igreja, as câmaras municipais, as juntas de paróquia e quaisquer fundações ou estabelecimentos de beneficência, piedade ou instrução pública, são havidos, emquanto ao exercício dos direitos civis respectivos, por pessoas morais, salvo na parte em que a lei ordenar o contrário». Este artigo foi alterado pelo Decreto de 16 de Dezembro de 1930, sendo esta a sua actual redacção: «O Estado, *as colónias, as províncias, os concelhos, as freguesias e quaisquer corporações administrativas e fundações ou estabelecimentos de beneficência* e bem assim as *associações ou instituïções das igrejas*, são havidos»... etc., como no texto do código.

Ocorre aqui notar duas coisas: a *primeira* é que, tanto em face do texto antigo como do actual dêste artigo, nem todos os entes a que êle se refere, excepto o Estado e as autarquias locais, são sem mais nem menos pessoas morais ou colectivas, pois que os estabelecimentos aí referidos, se forem fundados pelo Estado, só serão pessoas, se forem *personalizados* por lei expressa (os liceus não são pessoas colectivas); ao passo que, se forem fundados por particulares, só serão pessoas, se forem devidamente autorizados, nos casos em que essa autorização é exigida. A *segunda* coisa a notar é

aquelas que, mesmo não sendo de beneficência, piedade ou instrução, contudo se destinam ao exercício dum *serviço público* e se acham pela lei *personalizadas*, como por exemplo, as Companhias de Caminhos de Ferro (1). Estas serão, pois, as pessoas colectivas que devemos considerar de utilidade pública, embora o código as não classifique como tais expressamente, entre elas figurando assim, como logo se vê, não só as chamadas pròpriamente pessoas de poder público, como ainda aquelas de tipo intermédio, de que também falamos, e são os estabelecimentos e institutos públicos personalizados. Isto é: são a-final tôdas as pessoas colectivas a que nós chamamos de direito público.

E ¿quais serão, em segundo lugar, as pessoas colectivas de utilidade pública e particular conjuntamente?

Quanto a estas, na falta também duma enumeração legal, julgamos que elas sejam, precisamente, as pessoas colectivas de direito privado, de que também já falamos, mas que se

esta: é que a alteração do Decreto de 16 de Dezembro, vindo restringir consideràvelmente o âmbito duma parte do texto primitivo (pois só fala em estabelecimentos de beneficência e já não fala em piedade nem em instrução) vem aumentar as dúvidas e incertezas sôbre o que deve entender-se por pessoas morais. Não só as Universidades deixam assim de parecer incluídas nessa categoria, a julgar só pelo art. 37.º, como, por outro lado, falece em clareza, na parte nova que a alteração acrescentou ao texto do código: a expressão «*associações ou instituïções das igrejas*». A nós parece-nos, porém, que tôdas essas dúvidas se removerão, desde que mantenhamos firme o princípio de que, a-fora o Estado e as autarquias locais, todos os outros entes morais de que fala o art. 37.º, quer pela antiga, quer pela nova redacção, *só serão pessoas colectivas, se forem expressamente personalizados*, ou por lei expressa, ou por autorização do govêrno. Por último, note-se que o art. 37.º não nos diz quais são as pessoas colectivas de utilidade pública; diz-se só quem são duma maneira geral as pessoas morais ou colectivas. Diz-nos que há pessoas colectivas de utilidade pública e outras de utilidade pública e particular conjuntamente, mas não nos diz depois quais são umas e outras, não se percebendo a-final para que serve a classificação que adoptou.

(1) Vid. Dr Tavares, *Princ.* II, pág. 168.

não proponham fins exclusivamente lucrativos, ou sejam, tôdas as associações e corporações de *fim desinteressado*, ou mesmo de *fim interessado*, mas ideal ou simplesmente económico, apenas excluídas as sociedades. Assim é que deverão considerar-se como incluídas nesta categoria de pessoas de *utilidade pública e particular conjuntamente* segundo a nossa lei, tôdas as associações científicas, literárias, desportivas, recreativas e religiosas, bem como as associações de socorros mútuos, as associações de classe e os sindicatos. E assim também é que elas tem sido consideradas — como observa o sr. Dr. José Tavares — pelas diferentes leis que, posteriormente ao código, têm regulado especialmente certos tipos delas, como as que regularam as associações de classe, as de socorros mútuos, os sindicatos agrícolas, etc. (1).

Finalmente, serão associações de interesse exclusivamente particular aquelas a que se refere o art. 39.º do Código Civil, determinando que elas serão regidas pelas regras do contrato de sociedade, isto é, as sociedades (2). ¿Mas serão estas verdadeiramente «pessoas colectivas», com o direito a figurarem numa classificação *legal* das pessoas morais segundo o código? Esta é uma questão diferente, que tem sido já muito debatida. Todavia a nós parece-nos que, pelo menos na sua maioria, elas são também dotadas de personalidade. Notemos, antes de mais nada, uma coisa: há sociedades *civis* e sociedades *comerciais*. As primeiras são as que se acham reguladas no Código Civil, nos arts. 1240.º e seguintes (3), as

(1) Dr. José Tavares, *Princípios fundamentais*, II, pág. 170. Note-se que o único alcance prático da distinção entre pessoas de utilidade pública e pública e particular conjuntamente, reside na disposição do art. 1872.º, pelo qual a proibição das substituições fideicomissárias não abrange as prestações a favor das primeiras.

(2) Art. 39.º «As associações de interesse particular são regidas pelas regras do contrato de sociedade».

(3) São os seguintes os seus tipos: 1) *sociedade universal*, ou aquela em que todos ou parte dos sócios entram com todos os bens móveis e imó-

segundas as que se acham reguladas no Código Comercial, nos arts. 104.º e seguintes, e na lei de 11 de Agosto de 1901 (1).

Que as segundas, as comerciais, sejam pessoas colectivas, é doutrina geralmente aceite, embora também não pacífica, desde que o Código Comercial declara que elas constituem uma «*individualidade jurídica diferente dos associados*» (art. 108.º) (2). Quanto às primeiras, porém — as

veis, presentes e futuros; ou só com os móveis, frutos e rendimentos dos imóveis presentes e todos os bens futuros (art. 1243.º); 2) *sociedade particular*, ou a que é limitada a certos e determinados bens, aos frutos e rendimentos dêstes, ou a certa e determinada indústria (art. 1249.º); 3) *sociedade familiar*, ou a que pode dar-se entre irmãos ou entre pais e filhos maiores (art. 1281.º); 4) *sociedade de parceria rural*, ou a que tem por objecto a cultura de prédios rústicos ou a criação de animais, abrangendo as duas espécies de parceria, ou *agrícola* ou *pecuária* (arts. 1298.º, 1299.º e 1304).

(1) São também os seguintes os seus tipos fundamentais: 1) *sociedade em nome colectivo*, caracterizada pela responsabilidade solidária e ilimitada de todos os sócios (art. 105.º, § 1.º do Código Comercial); 2) *sociedade anónima*, ou aquela que é caracterizada pelo facto de os associados terem a sua responsabilidade limitada ao valor das acções com que subscrevem para o capital social (art. 105.º, § 2.º); 3) *sociedade em comandita*, em que um ou mais dos associados respondem ilimitadamente, como nas em nome colectivo, e outro ou outros respondem limitadamente, como nas anónimas (art. 105.º, § 3.º); podem ser em *comandita simples*, se o capital social é constituído por partes ou quotas nominativas não representadas por um título especial, ou em *comandita por acções*, se o capital é representado por acções, como nas do segundo tipo; e 4), finalmente, *sociedade por quotas*, ou aquela em que a responsabilidade dos sócios é limitada, não apenas à parte com que cada um entra, mas a todo o capital social, sendo também uma sociedade de responsabilidade limitada (lei de 11 de Abril de 1901).

(2) Contra a atribuïção da personalidade colectiva a tôdas as sociedades, mesmo comerciais, vêr Guilherme Moreira nas *Inst.*, I, pág. 294 e seg. e *Rev. da Leg. e Jur.*, n.ºs 40, 41 e 42. Segundo o eminente civilista, as diversas formas que podem revestir essas sociedades exigem regimes jurídicos também diversos. Assim é que, segundo ele, se nas *sociedades anónimas* se dão os requisitos para a existência duma pessoa colectiva (como o facto das alterações que se podem dar nas pessoas singulares que as constituem, sem influência sôbre a vida da sociedade, e o facto de existir nelas um patri-

civis — a questão é mais discutível. Contudo, nós opinamos também por que o sejam. Com efeito, preceituando o art. 106.º do mesmo código que as sociedades civis, quando constituídas sob qualquer das formas nele estabelecidas, ficarão sujeitas às mesmas disposições que vigoram para as comerciais (excepto no que se refere à falência e à jurisdição), parece-nos também óbvio que, pelo menos essas, tirante os casos em que a sua estrutura por completo repugne à personifica-

mónio diferente do património de cada um dos sócios, só responsáveis pelo valor com que subscreveram para o capital social), contudo o mesmo se não dá nas chamadas *sociedades em nome colectivo*. Nestas os sócios são sempre os mesmos, pessoas certas e invariáveis; a sociedade dissolve-se por morte de qualquer deles, ou até por vontade de um só, e o património social nada mais representa, enfim, do que uma quota parte do património dos sócios, no interesse dos quais reverte o resultado das operações da sociedade, ficando êles ilimitadamente responsáveis pelos seus próprios bens por tôdas as dívidas da sociedade. É certo que o Código Comercial confere *individualidade jurídica* às sociedades comerciais, mas essa disposição outra coisa não significa, segundo Guilherme Moreira, senão que o legislador quis que o património comum dos sócios se separasse do património individual de cada um deles, para constituir uma *propriedade colectiva* gozando duma certa autonomia. Essa *individualidade jurídica* só existe, de resto, com relação a terceiros, significando isto, portanto, que nas relações dos sócios entre si e nas deles com o património social não existe necessàriamente um sujeito de direito diferente dos associados. Segundo o ilustre civilista, não são pessoas colectivas as sociedades em nome colectivo, em comandita simples e por quotas; são-no apenas as sociedades anónimas. Para a crítica desta opinião, que aqui julgamos dever referir por ser a do maior civilista português dos últimos tempos, vêr especialmente o livro do sr. Dr. José Tavares, *Sociedades e emprêsas comerciais*, pág. 157 e seg. Concordamos, como se depreende do texto, com a doutrina dêste último ilustre professor e diremos aqui apenas que o argumento fundado na especial interpretação que Guilherme Moreira extrái da expressão «*individualidade jurídica*» do art. 108.º do Código Comercial, ou nada prova, ou então *prova de mais*, obrigando-nos a concluir que nenhuma sociedade, nem mesmo as sociedades anónimas, poderiam ser nesse caso pessoas colectivas. Perante uma tal conclusão extrema, porém, brigando com tôdas as realidades e tendências do direito moderno, não hesitamos em atribuir a personalidade a tôdas as sociedades comerciais, com base no art. 108.º do Código Comercial.

ção jurídica, não poderão deixar de considerar-se pessoas colectivas (1). E assim teremos determinado o alcance e o conteúdo dos diversos termos da classificação *legal* destas pessoas — as colectivas em geral — que se acha na base do título VI da Parte I do Código Civil.

(1) Art. 106.º «As sociedades civis poderão constituir-se sob qualquer das formas estabelecidas no artigo antecedente, mas ficarão nesse caso sujeitas às disposições dêste código, excepto às que disserem respeito à falência e à jurisdição».

Mas, ¿que dizer das sociedades civis que não fôrem constituídas nas formas estabelecidas no Código Comercial? Como dizemos no texto, opinamos por que também estas sejam dotadas de personalidade. Sem entrarmos aqui em desenvolvimentos, diremos apenas que, embora o Código Civil não contenha uma disposição expressa, correspondente à do art. 108.º do Código Comercial, atribuindo às sociedades civis a tal «*individualidade jurídica*» de que fala êste, contudo deve notar-se que, não só também nele não há qualquer disposição que expressamente o exclua, como, por outro lado, que também o mesmo código nos não diz que essa «*individualidade jurídica*» seja apenas atributo das comerciais. Portanto, na falta de disposições expressas e claras, a solução do problema tem de ser procurada por outro caminho e noutros termos. E êstes não podem ser senão os que resultam do estudo das *consequências jurídicas* e *garantias gerais* das sociedades, segundo o regime da própria lei civil. Ora, fazendo êsse estudo, reconheceremos sem demora que numerosas são as disposições em que o legislador viu, êle mesmo, na *sociedade* uma entidade distinta dos *sócios*, como sujeito activo e passivo de obrigações, com uma representação especial em juízo, com créditos e débitos próprios perante terceiros, etc. Basta atender ao que dispõem muitos artigos do Código Civil, como, por exemplo, os arts. 1245.º, 1246.º, 1247.º, 1251.º, 1255.º, 1257.º, etc., para, com efeito, concluirmos que todo êsse regime dificilmente poderá ser compreendido fora dos quadros da personalidade jurídica colectiva. E, portanto, não hesitamos em dizer com o sr. Dr. José Tavares que, se o Código Civil explicitamente trata a sociedade como uma entidade capaz de direitos e obrigações, atribuindo-lhe de facto as consequências e reconhecendo-lhe as garantias mais características duma personalidade jurídica, ¿com que lógica do direito se poderá logo contestar-lhe a natureza de pessoa jurídica idêntica ou, pelo menos, análoga à das sociedades comerciais? Vid. Dr. José Tavares, *ob. cit.*, pág. 191 e seg. Note-se, contudo, que entre as sociedades civis não podem constituir pessoas colectivas, em caso algum, as sociedades de parceria agrícola, porisso mesmo que neste caso o seu regime jurídico exclui a personalidade.

Simplesmente — seja-nos lícito observar ainda — uma tal classificação, como a do nosso código, vem a-final a coïncidir com a própria classificação das pessoas colectivas em pessoas de direito público e privado, ou vem a dar na mesma, segundo os termos que atrás vimos. As chamadas na nossa lei «*pessoas de utilidade pública*» não são a-final outra coisa senão as pessoas colectivas de direito público, visto que dizer «utilidade pública», ou dizer interesse, ou fim e função públicos, vem tudo a dar na mesma. É certo que o segundo têrmo da classificação: «*pessoas de utilidade pública e particular conjuntamente*» já não tem o mesmo vigor e que não é fácil fazê-lo, por sua vez, coïncidir com a categoria: *pessoas de direito privado*. Mas isso explica-se justamente, em nosso modo de vêr, talvez pela hesitação que o legislador teve em atribuir a personalidade jurídica às sociedades. Isso tê-lo hia levado, afastadas estas para a categoria das associações de mero interesse particular do art. 39.º, a ficar-se assim perante uma segunda categoria um tanto híbrida, embora dentro dela caibam ainda, pelo menos, as pessoas de direito privado de fim interessado, mas não lucrativo, e de fim desinteressado, de que falamos. Estas são, portanto, as pessoas colectivas que poderemos considerar de utilidade pública e particular conjuntamente. Todavia o código em parte alguma aproveita ou desenvolve nas suas disposições os termos desta classificação, razão que nos levou por isso a chamar-lhe tímida e pouco consistente.

Finalmente, é uma outra divisão legal das pessoas colectivas, também adoptada pelo Código Civil, a divisão destas em pessoas colectivas *perpétuas* e *temporárias*, de que também fala o mesmo art. 32.º e que desenvolve o art. 35.º. Pode dizer-se que é esta a única divisão das pessoas colectivas, adoptada no código, que nele se utiliza, para decretar disposições diferentes relativas a umas e outras, quanto à sua faculdade de poderem adquirir bens.

As primeiras são as constituídas por *tempo ilimitado*, ou as que, embora constituídas por tempo limitado, *não tenham*

por objecto interesses materiais (art. 35.º § 2.º, n.ºs 1 e 2 (1). As segundas são tôdas as outras. E é curioso que o código, ao falar aqui em pessoas colectivas, tem apenas em vista as associações e corporações (2). ¿Qual é, porém, o alcance legal desta distinção? Êsse alcance reside no seguinte: é que só as pessoas colectivas *perpétuas* de utilidade pública sofrem uma considerável restrição na sua capacidade patrimonial, quanto à sua faculdade de poderem adquirir bens imobiliários por título oneroso (mesmo art. 35.º e § 1.º). Devem contudo entender-se aqui por «*interesses materiais*», para singularizar as pessoas perpétuas, os interesses económicos; de modo que tôdas as pessoas colectivas que se proponham fins

(1) Êste artigo do Código Civil foi alterado pelo Decreto de 16 de Dezembro de 1930. O código proïbia a estas pessoas a aquisição a *título oneroso* de quaisquer bens imobiliários, excepto sendo fundos consolidados, e permitia-lhes a aquisição deles a *título gratuito*, contanto que dentro dum ano os convertessem em fundos consolidados, sob pena de os perderem para a Fazenda, tudo isto salvas as disposições de leis especiais. De resto, também se exceptuava destas disposições a aquisição por título gratuito de bens imóveis que fôssem indispensáveis para o desempenho dos seus deveres. Hoje, as pessoas colectivas (associações e corporações) têm mais liberdade nesta matéria. Subsiste a proïbição de aquisição de imobiliários a *título oneroso*, exceptuados aqueles que fôrem indispensáveis para o desempenho dos seus deveres, e ampliou-se a faculdade de aquisição dêstes bens por *título gratuito*, que já não têm que ser convertidos em fundos consolidados dentro dum ano, mas pelos quais, à excepção dos indispensáveis para os seus deveres, as pessoas colectivas ficam sujeitas ao impôsto de transmissão ou sucessão por cada período de trinta anos. Note-se, por último, que a primeira parte do art. 35.º, no texto do código, estava já revogada pela lei de 12 de Outubro de 1871, suscitando a observância do n.º 1 do § 2.º do art. 10.º da lei de 22 de Junho de 1866, pela qual certas pessoas morais perpétuas podiam já adquirir por *título oneroso*, inclusivamente, os imobiliários indispensáveis para as suas funções mediante autorização do govêrno. Cfr. Guilherme Moreira, I, *pág.* 317, e *infra*, § 65.

(2) Note-se, porém, que o § único do art. 36.º, na nova redacção do Decreto de 1930, referindo-se a quaisquer cláusulas relativas ao destino a dar aos bens destas pessoas morais perpétuas, em caso de extinção, fala já em «fundadores».

de utilidade pública, ou fins desinteressados, ou ainda interessados mas ideais, serão perpétuas e achar-se hão assim abrangidas pela restrição do art. 35.º na sua nova redacção (1).

Nenhuma destas restrições se entende, porém, àcêrca das pessoas colectivas não perpétuas, mas temporárias, tendo por

(1) Cfr. Guilherme Moreira, I, pág. 302. Êste conceito àcêrca dos chamados «interesses materiais», de que trata o art. 35.º, é outro conceito que não alcança na sistemática do código suficiente vigor, para se poder saber quais são, por êste lado, as pessoas morais perpétuas. Já vimos acima que as pessoas colectivas de direito privado podiam ser, na classificação corrente, de *fim desinteressado* ou humanitário, e de *fim interessado*, e estas últimas: de *fim ideal*, de *fim económico* e de *fim lucrativo*. Afastadas as últimas, de fim lucrativo, cujo conceito coïncide com o das sociedades, vê-se assim que há ainda outras que também são de fim económico, como as associações de classe, os sindicatos, as associações de socorros mútuos. E estas ¿serão elas, qualquer que seja o tempo por que se constituem, pessoas morais perpétuas, ou serão temporárias, tendo em vista apenas a natureza dos interesses que formam o seu objecto? Ora a verdade é que elas têm sido sempre consideradas *perpétuas* na nossa legislação, a-pesar da natureza material dos interesses que formam o seu objecto, e tanto assim que sempre têm sido sujeitas às mesmas restrições relativas à faculdade de adquirirem bens imobiliários, que vigoram para as que têm por objecto interesses não materiais. As associações de socorros mútuos e as de classe já só podiam possuir, com autorização do govêrno, os prédios urbanos indispensáveis para os seus escritórios, administração e dependências (decretos de 9 de Maio de 1891 e de 2 de Outubro de 1896). Os sindicatos agrícolas já não podiam possuir outros imobiliários além dos que fôssem indispensáveis às suas reuniões, tais como: museus, bibliotecas, etc. (Decreto de 5 de Julho de 1894). Donde parece depreender-se que não é tanto, ou não é só, a natureza económica ou não económica dos interesses que são objecto das pessoas morais, que faz decidir da sua qualidade jurídica de perpétuas ou temporárias (pois por êste lado só são temporárias as sociedades), mas sim também a natureza de utilidade pública ou de pública e particular conjuntamente que elas possam ter. Mas êste conceito, conquanto diverso, é tão vago e impreciso como o anterior; se o formos a aplicar, chegaremos ao mesmo resultado: isto é, que só são verdadeiramente *temporárias* as associações de interesse exclusivamente particular, ou seja, as pessoas colectivas de fim lucrativo, ou seja ainda, as sociedades. Tudo isto nos mostra, como diziamos, à barafunda, a imprecisão de conceitos e de terminologia da nossa legislação a respeito de pessoas colectivas, legislação que carece de ser inteira e profundamente reformada.

objecto interesses materiais ou económicos, como são as sociedades, que podem adquirir a título oneroso quaisquer bens imóveis, sem necessidade de autorização governativa. E isto compreende-se, porque neste caso não existe o perigo da amortização ou «*mão morta*», visto as sociedades adquirirem os bens para os revenderem ou exercerem com êles a sua indústria (1).

62. Sabido o que são as pessoas colectivas e quais as principais classificações doutrinais e legais (2) destas formas jurídicas, é ainda conveniente, para reforçar aquele conceito,

(1) Vide Dr. José Tavares, *Sociedades e emprêsas comerciais*, pág. 167.

(2) Entre as divisões ou classificações *legais*, acabamos de nos referir no texto apenas àquelas que, embora pouco conscientes, todavia nele figurem, como são: a das pessoas colectivas em pessoas de *utilidade pública, pública e particular conjuntamente* e *associações de utilidade particular* e, em segundo lugar, à das pessoas morais em *perpétuas* e *temporárias*. Todavia, note-se ainda que as outras classificações doutrinais, de que falamos no § 58, pôsto que não admitidas expressamente, *ex professo*, pelo código, também nele se acham pressupostas e a cada passo isso nele se deixa observar. E antes de mais nada, a divisão entre *corporações* e *fundações*. Quanto a esta, é também manifesta a falta de princípios definidos e de conceitos vigorosos do código, que logo no art. 32.º, definindo as pessoas morais, só fala em corporações e associações, como se não admitisse as fundações, o que bem se explica pela imprecisão que êste último conceito já tinha no direito romano e na tradição romanista. E todavia, que as admite, não sofre dúvida, pois que logo no art. 37.º nos fala das fundações e estabelecimentos personalizados, bem como o mesmo acontece noutros artigos — como por exemplo, os artigos 1872.º e 1902.º, admitindo que elas possam também ser de utilidade pública ou de utilidade pública e particular conjuntamente.

Quanto à divisão das pessoas colectivas em *civis* e *eclesiásticas*, o mesmo se diga: ela acha-se pressuposta a cada passo, embora se não formule também expressamente. Assim é que o art. 1781.º nos fala expressamente de *corporações de instituição eclesiástica*, para as sujeitar a um regime especial, quanto à sua capacidade de suceder por testamento; elas só podem suceder até ao valor do têrço da têrça do testador. E entendiam-se por

distingui-lo também de certas outras, também corporações e instituições, que, embora parecendo-se muito com aquelas, todavia, não chegam a ser pessoas colectivas.

Há, com efeito, certos *entes morais* — chamemos-lhes assim — e certos *aglomerados de relações jurídicas* que fazem lembrar bastante as pessoas colectivas em muitos aspectos e contudo não são pessoas colectivas. Falta-lhes para isso alguma coisa. Ou lhes falta algum elemento dos indispensáveis para que o sejam, ou, mesmo não lhes faltando elemento algum, todavia a lei não quere que o sejam, pois lhes nega expressamente essa qualidade.

Entre as formas jurídicas que não são pessoas colectivas por lhes faltar um elemento indispensável para o poderem

---

corporações eclesiásticas tôdas as que tinham por objecto o culto espiritual das almas, ou da religião, como as igrejas, colegiadas, cabidos, seminários, irmandades, confrarias e quaisquer congregações religiosas. Depois da expulsão das congregações religiosas, por Decreto de 10 de Outubro de 1910, e da lei da separação de 20 de Abril de 1911, que expropriou a Igreja de todos os seus bens e instituiu as *cultuais*, mas sujeitando-as a um regime fortemente restritivo da sua capacidade de adquirir bens e integrando-as no direito comum, pode parecer, porém, que já não há hoje lugar à distinção de pessoas colectivas em *civis* e *eclesiásticas*. Todavia ela tem lugar, porque, como nota o sr. Dr. José Tavares, o regime de separação não significa o desconhecimento legal da Igreja e das suas instituições; e como a lei regula as corporações religiosas destinadas ao culto, estas são evidentemente corporações eclesiásticas. E a distinção continúa a ter alcance legal, porque hoje, depois do Decreto de 22 de Fevereiro de 1918, o art. 1781.º do Código Civil, § único, está de novo em vigôr. Vid. *supra*, pág. 346 e Cfr. Dr. José Tavares, *ibid.*, pág. 154 e seg.

Finalmente, quanto à distinção entre pessoas colectivas nacionais e extrangeiras, também esta divisão não existe no Código Civil, referindo-se apenas à nacionalidade das sociedades o Código Comercial nos arts. 109.º e seg. Mas é evidente que, pôsto o art. 26.º do Código Civil não inclua entre os extrangeiros as pessoas colectivas, contudo o princípio formulado no seu art. 27.º e no art. 12.º do Código Comercial, mandando regular o estado e capacidade dos extrangeiros pela lei do seu país, é aplicável às pessoas colectivas, o que faz também impôr esta divisão no nosso direito positivo. Vide Dr. José Tavares, *ibid.*, pág. 159 e seg.

ser — o *elemento pessoal*, ou pluralidade de pessoas — devem enumerar-se certos patrimónios ou massas de bens, que todavia a lei trata como se constituíssem uma unidade de fins económicos e jurídicos (universalidades), sujeitando-os a um regime especial de protecção. É isto o que se passa, por exemplo, com o chamado «*estabelecimento comercial*» e ainda com a «*herança jacente*», que já conhecemos do direito romano, ou com a «*massa falida*» no património dos comerciantes falidos. Chama-se «estabelecimento comercial» uma emprêsa ou a reünião de vários elementos da produção (bens e serviços) organizados em vista dessa mesma produção, isto é, organizados para o exercício do comércio e constituindo uma «universalidade de facto» (1). Chama-se «herança jacente» a herança deixada por alguém de quem se ignora o herdeiro, que ainda não veio tomar conta dela (2). E chama-se «massa falida» o património do comerciante falido, depois de declarada a quebra ou falência.

Sustentou-se durante muito tempo, emquanto reinou a falsa idéa de que nas «fundações» o substracto do sujeito de direito residia no complexo de bens nelas reünidos, que êstes patrimónios constituíam também verdadeiras pessoas colectivas do tipo das *universitates rerum* ou fundações. Hoje, porém, essa idéa está posta de parte, visto que todos os patrimónios, como complexos de relações jurídicas, não podem deixar de pressupôr sempre um sujeito e visto que êste é fácil de encontrar em qualquer dos casos acima refe-

---

(1) Cfr. A. Rocco, *Principios de Direito Comercial*, pág. 264 e seg.

(2) No direito romano, dizia-se jacente a herança durante o tempo que decorria entre o momento da delação do título de herdeiro e a aceitação dela pelo herdeiro. Neste sentido deve notar-se que não existe hoje, no moderno direito português, herança jacente, porque a transmissão do domínio e posse da herança para os herdeiros dá-se logo desde o momento da morte do autor dela (art. 2011.º do Código Civil). É porém possível a herança jacente, quando se trate de herança deixada aos nascituros e às pessoas ainda inexistentes, de que fala o art. 1777.º.

ridos. É, com efeito, evidente que, no caso do «estabelecimento comercial», como êste não é senão o património do comerciante, destinado aos seus fins comerciais, o sujeito dêsse património está na própria pessoa do comerciante; assim como, no caso da «herança jacente», está já no herdeiro, embora êste possa achar-se de momento indeterminado; assim como, finalmente, no caso da «massa falida», êle está na pessoa do próprio comerciante falido, pôsto êle se ache impedido de o administrar.

Por outro lado, não deixemos também de ponderar que entre as formas jurídicas que não são pessoas colectivas por lhes faltar um elemento indispensável, pode do mesmo modo êsse elemento, que lhes falta, ser, não o *elemento pessoal*, de que falavamos acima, mas o *elemento patrimonial*, isto é, um património autónomo, afecto aos fins que nelas se têm em vista. É o que, por exemplo, se passa com os parlamentos, câmaras de deputados ou de senadores, com os organismos corporativos, os corpos colegiais, os tribunais colectivos, os conselhos técnicos das administrações, etc. Claro que em alguns dêstes casos podem existir também bens destinados à realização de certos fins. É porém evidente que, quando isso aconteça, tais bens pertencerão a-final, não a êsses organismos, mas ao Estado, ou às circunscrições administrativas e autarquias, de que aquelas entidades não são mais do que órgãos (1).

E, finalmente, não esquecer também que, se há formas jurídicas que não chegam a ser pessoas colectivas pela falta dum elemento essencial, outras há que, como também acima se dizia, só o não são porque a lei as não considera tais ou proíbe mesmo considerá-las assim. Exemplos dêste último caso podem vêr-se na «família», na «compropriedade», na

(1) Exceptuam-se, por vezes, certos institutos que aliás fazem parte da vida do Estado, como acontece com as Universidades, quando por lei especial lhe foi conferida a personalidade.

«associação em conta de participação» do Código Comercial, na «Igreja católica» universal, e ainda nas congregações religiosas de carácter monástico ou conventual (1).

63. Pôsto tudo isto, e sabido já o que são as pessoas colectivas, quais as suas mais importantes modalidades e quais as formas jurídicas que, embora parecendo-se com elas, contudo não chegam a ser pessoas colectivas, é fácil agora determinar quais são os *elementos constitutivos* das pessoas colectivas, indispensáveis para a sua existência legal. A seguir, estudaremos como elas se constituem, qual a sua capacidade jurídica e, finalmente, como morrem, ou se extinguem, e qual o destino do seu património depois de extintas. Como complemento, trataremos também da condição das associações e fundações que não têm personalidade. Todos êstes pontos serão, porém, tratados, como os anteriores, muito esquemàticamente, e apenas com a preocupação de fornecer um quadro para o estudo desenvolvido de tão importante matéria.

(1) Quanto à família, não pode negar-se que existe aí uma pluralidade de pessoas e de bens afectos à realização de fins e sujeitos por virtude disso a um regime especial de administração e protecção. E todavia a lei não considera a família pessoa colectiva. Não há nela por lei um património independente, que se distinga do património individual dos cônjuges. O mesmo se diga da compropriedade, a respeito da qual a lei não admite a existência dum sujeito de direitos distinto dos comproprietários. O mesmo se diga da chamada «conta em participação», mediante a qual um comerciante interessa nos seus ganhos e perdas outras pessoas, porque o Código Comercial expressamente lhe não reconhece individualidade jurídica. E quanto à Igreja e às congregações religiosas, é sabido que estas também não são pessoas colectivas, embora lhes não faltem os elementos para o poderem ser, porque pelo Decreto de 20 de Abril de 1911 e pelos de 22 de Fevereiro e 8 de Julho de 1918 só são pessoas morais a Santa Sé e as associações religiosas constituídas em conformidade com as leis portuguesas. Cfr. Dr. José Tavares, *ibid.*, pág. 178 e seg.

Sôbre os *elementos constitutivos* da pessoa colectiva há também várias doutrinas, variando entre si quanto ao número e exacta determinação dêsses elementos. Abstraindo de as expôr, limitar-nos hemos, porém, a reduzir êsses elementos aos seguintes, expondo aqui apenas doutrina que nos parece mais defensável.

O conceito de pessoa colectiva exige necessàriamente, depois do que fica dito: 1.º) a existência duma *pluralidade de pessoas*, consideradas pela lei, por abstracção, como uma pessoa só, um sujeito de direito. Quer se trate duma associação ou *corporação*, quer se trate duma *fundação*, essa pluralidade de pessoas não pode deixar de existir, embora as condições da sua existência sejam diversas em ambos os casos e essa pluralidade exerça nelas, como vimos, uma função muito diferente. Nas corporações é ela constituída por todos os associados; nas fundações, por todos os beneficiários, quer actuais, quer futuros; 2.º) a existência duma *massa de bens*, ou um *património*, afecto à realização dum fim, sem o qual êste seria inatingível, devendo êsses bens distinguir-se dos bens individuais dos associados, dos beneficiários ou dos administradores. Não se exige, porém, que os bens se achem actualmente já realizados no momento em que surge a pessoa moral; basta que se achem determinados os meios pelos quais êles se conseguirão, como, por exemplo, o pagamento duma contribuïção mensal ou anual dos associados nas corporações; 3.º) a existência bem determinada dum *fim*, dum *objectivo*, ou seja êsse fim determinado pela vontade dos próprios associados, como nas corporações, ou pela do instituïdor ou fundador, como nas fundações. Isto porque, para que exista um direito, não basta, como é sabido, que exista um sujeito a quem êle pertence, mas é necessário ainda que exista um *interesse* de alguém, a que se quere proteger, e que é o fim do direito. Pode ser êsse interesse um fim económico, moral, religioso, científico, cultural, seja o que fôr; mas é necessário que exista um interesse *determinado* e *lícito*. Pode também o interesse não ser perpétuo, mas temporário, não ser

público, mas privado; tudo isso é indiferente, uma vez que êle seja *colectivo*, isto é, comum a uma pluralidade de pessoas; 4.º) a existência duma *organização* tal que permita a essa pluralidade de pessoas, nas corporações, ou aos administradores nas fundações, funcionar como se fôssem uma só pessoa, reduzindo a pluralidade a uma unidade de querer e agir, mediante a existência duma lei interna (*estatuto*) e a de certos orgãos indispensáveis a êsse funcionamento (*representantes*). Ora isto deixa pressupôr assim, evidentemente, a vontade dos associados, ou do fundador, de conferirem ao ente moral, que chamam à vida, a natureza dum sujeito de direito; 5.º) e finalmente a existência dum último elemento que se chama o «*reconhecimento*» da pessoa colectiva por parte do Estado.

Embora se tenha discutido sempre, desde o direito romano, se êste reconhecimento deve considerar-se elemento *indispensável* para a constituïção da pessoa colectiva, é certo que é hoje princípio assente no direito moderno a necessidade dum tal reconhecimento. Todavia é conveniente chamar a atenção para o alcance dêste elemento. Dizer que o reconhecimento do Estado é um elemento essencial para a constituïção da pessoa colectiva, não é o mesmo que dizer que seja o Estado quem, *em todos os casos*, reconhecendo-a, a cria *ex nihilo* ou *ex novo*. O Estado, note-se bem, não cria em todos os casos o ente. Reconhece muitas vezes o ente já pronto a existir, num estado de facto anterior à lei. Reconhece apenas como produtiva de efeitos jurídicos uma abstracção legítima, que já se impôs anteriormente na ordem dos factos. Tudo se passa aqui como nos outros casos em que uma relação da vida social com as suas exigências objectivas é convertida em jurídica pelo reconhecimento da ordem jurídica (1).

(1) Vêr Coviello, pág. 204. Também esta doutrina não é pacífica. A respeito de pessoas colectivas, poucas doutrinas são pacíficas, se alguma o é. Sôbre o carácter ou o valor intrínseco dêste reconhecimento do Estado,

Mas, seja como fôr, teòricamente, o certo é que da necessidade do reconhecimento do Estado não podemos duvidar em face do nosso direito positivo. Entre nós refere-se expres-

como elemento constitutivo essencial das pessoas morais, há uma infinidade de opiniões. Há quem diga, com efeito, que o Estado, reconhecendo o ente, o cria *ex novo*; por exemplo os partidários da *teoria da ficção*, já atrás criticada, e Ferrara. Há quem lhe chame (ao reconhecimento) simplesmente *declarativo*, sustentando que a intervenção do Estado se limita a verificar uma situação preexistente (por exemplo Coviello, seguido pela nossa modesta pessoa). E há ainda quem lhe chame (ao mesmo reconhecimento) simplesmente *confirmativo*, opinando que a pessoa colectiva não é alguma coisa que exista já, sem mais nada, como uma realidade natural que o Estado se limita a «declarar», legalizar; para que ela exista, é preciso mais, é preciso que o Estado a «confirme»; só depois da combinação dos dois elementos (constituição dos elementos de facto e confirmação) é que a pessoa existe.

Não queremos entrar na crítica pormenorizada da primeira e da terceira doutrina. Diremos singelamente que a primeira é absolutamente de rejeitar, como doutrina geral, porque é totalmente refractária às realidades. Se é evidente que há certas pessoas colectivas que saem inteiras dum acto de criação do Estado, que dele recebam a própria instituïção, como muitas autarquias locais e institutos personalizados (uma universidade técnica, por exemplo), não é menos certo que outras vezes não é o Estado quem as cria, mas simplesmente se limita a dar-lhes o seu *placet*, autorizando-as, como acontece com tôdas as pessoas colectivas de puro direito privado, quer sejam de utilidade pública e particular conjuntamente, quer só de utilidade particular. Neste caso, o Estado investe-as, se quisermos, na sua qualidade de «individualidades jurídicas», que já lhes estava prometida pela lei, mas não as institúi. Um sindicato agrícola, uma associação de socorros mútuos, uma sociedade civil ou comercial, que se instituam por iniciativa particular, não são criados pelo Estado, pôsto a sua individualidade jurídica só comece a funcionar depois de reconhecidos pelo Estado êsses entes morais. Quanto à terceira doutrina, far-lhe hemos esta crítica. Assenta num equívoco. Devidamente interpretada, quere dizer o mesmo que nós dizemos no texto. Ninguém pretende que a pessoa colectiva tenha *existência legal* antes do reconhecimento; o que se pretende é que estão já reünidos, antes do reconhecimento pelo Estado, todos os elementos de facto indispensáveis para o ente funcionar como pessoa ou sujeito de direitos. Ele existe já, naturalmente, e está pronto a existir legalmente; venha o reconhecimento e teremos a «individualidade jurídica» a funcionar. Ora isto é justamente o mesmo que dizer que aquilo que o Estado faz, na grande maioria dos casos, é apenas reconhecer como produtiva de efeitos jurídicos uma abstracção legítima que já antes se impunha na ordem dos factos, como diz Coviello e nós com êle repetimos.

Portanto, teremos assim, como muito bem diz o sr. Dr. José Tavares, que, quando muito, nenhuma das doutrinas é absolutamente aplicável a tôdas as espécies de pessoas colectivas. Não o é às pessoas colectivas realmente criadas pelo Estado. Mas, tirando estas, é indiscutivelmente a doutrina que propomos no texto aquela que dá conta da grande generalidade das pessoas colectivas.

samente a êle o art. 33.º do Código Civil (1). E o mesmo pode inferir-se dos arts. 106.º, 107.º e 108.º do Código Comercial, ao exigir-se aí que as sociedades comerciais, para poderem ser pessoas colectivas, devem constituir-se em harmonia com os preceitos e os tipos no mesmo código indicados.

O reconhecimento do Estado, com o alcance que acabamos de vêr é sempre exigido. Porém, verifica-se que êle não reveste em todos os casos a mesma forma. Ora êle é um reconhecimento *especial*, dado para cada caso, reconhecendo o Estado a cada nova pessoa colectiva, que é criada, a *individualidade jurídica*, desde que existam os outros elementos, e chama-se então a essa forma de reconhecimento *«regime de concessão»* ou de *autorização prévia* e expressa; é um regime que está manifestamente contido no art. 33.º (2). Ora, outras vezes, se trata dum reconhecimento *geral*, feito prèviamente àcêrca de tôdas as pessoas colectivas que se constituam na forma da lei, segundo certos preceitos e tipos definidos, adquirindo elas então a sua *«individualidade jurídica»* como que automàticamente e *ipso jure*; e é

(1) Art. 33.º «Nenhuma associação ou corporação pode representar esta *individualidade* jurídica, *não se achando legalmente autorizada*». Cfr. Cód. Penal, art. 282.º e lei de 14 de Fevereiro de 1907. Vêr adiante a interpretação que deve dar-se a esta lei de 1907 no tocante ao alcance do reconhecimento legal para as corporações.

(2) Dizemos: é um regime — porque queremos significar desde já que não é êste o único que se acha contido no art. 33.º; tudo que sejam formas de autorização legal produz o mesmo resultado. Cfr. *supra* o que dissemos em nota àcêrca das corporações.

o regime das sociedades comerciais e, como vimos, o das sociedades civis que se constituam sob essa forma, a que se pode dar o nome de *regulamentação legal*. Apenas uma pessoa colectiva existe que não está sujeita, na ordem jurídica interna, a qualquer destas espécies de reconhecimento. É o próprio Estado. Mas deve notar-se que ainda mesmo êste está sujeito também a um reconhecimento na ordem jurídica internacional, pois todo o Estado, de facto, se acha dependente, nas suas relações externas, do reconhecimento por parte dos outros Estados na ordem pública internacional.

Nisto se resumem os elementos constitutivos essenciais para a existência duma pessoa colectiva, correspondendo aos elementos: nascimento, vida, forma e figura humana, que se exigem para as pessoas singulares, de que tratamos. Nem todos êsses elementos se acham fixados na lei, é certo, e êles são antes, na sua generalidade, uma construção da doutrina, desenvolvendo os pressupostos lógicos do próprio conceito de personalidade colectiva. Em todo o caso, não deixemos de notar, por último, que a doutrina que acabamos de expôr não é na sua sistematização seguida por todos os civilistas (1).

(1) Ver uma exposição das doutrinas de Ferrara, Ruggiero e Coviello a êste respeito, na obra do sr. Dr. José Tavares, II, pág. 126. Tôdas poderão ser sustentadas ou rejeitadas, segundo o ponto de vista que se adopte, ou as exigências lógicas de que se parta, no sentido de levar mais ou menos longe a dissecação, a análise lógica, do conceito de pessoa colectiva, para lhe achar os elementos fundamentais. A que adoptamos é, com pouca diferença, a de Coviello, tendo o cuidado de substituir o elemento a que ele chama o *animus personificandi*, a intenção de constituir o ente colectivo, pelo elemento, que nos parece decisivo, duma *organização* adequada, que permita a formação, a «precipitação», da vontade colectiva, como vontade dum só indivíduo abstracto. Crêmos, de resto, que na dotação da pessoa moral com êste elemento já vai incluído o *animus personificandi*.

64. ¿Como se constituem, porém, as pessoas colectivas? ¿Como se dá princípio à sua existência? Esta questão, bem como a da sua capacidade e a da sua extinção, serão os últimos aspectos do estudo das pessoas colectivas, de que nos resta ainda tratar.

Acabamos de vêr quais são os elementos constitutivos das pessoas morais, que reduzimos a cinco, e qual o alcance que entre êles tinha o do reconhecimento pelo Estado. Vimos também que o valôr dêsse elemento não era absolutamente o mesmo em tôdas as diferentes espécies de pessoas colectivas. A questão fica assim simplificada, agora, depois destas distinções fundamentais.

A primeira distinção que há a fazer é, portanto, a distinção entre *pessoas colectivas criadas pelo Estado* e pessoas colectivas *criadas pelos particulares*. É claro que as primeiras, como as corporações e institutos públicos criados pelo Estado com personalidade (quer exerçam, quer não o poder público) se constituem por lei e são reguladas por lei. Aí se estabelecem, portanto, a sua regulamentação, as condições do seu funcionamento e tudo que respeita à sua vida interna. Neste caso, como é evidente, o acto do poder público que as cria é de natureza *constitutiva* e orgânica. Elas principiarão a existir quando a lei o determinar e terão tôda a sua vida dependente da mesma lei e da vontade do Estado. Quanto às segundas, porém, já o caso muda de figura e a primeira coisa que há a notar, duma maneira geral, a respeito de tôdas, é sem dúvida que elas começarão a existir, muito lògicamente, quando os *elementos de facto*, que vimos, vierem a encontrar-se com o *elemento legal* do reconhecimento feito pelo Estado, o qual, ou pode já preexistir (1), ou, como

(1) É o que acontece, em regra, pelo menos, com as sociedades comerciais, reguladas no Código Comercial, e ainda com as corporações encarregadas do culto, que não precisam, nos termos do Dec. de 22 de Fevereiro de 1918, de qualquer autorização prévia para se constituirem legalmente. Desde que

também freqüentemente acontece, pode vir depois juntar-se àqueles.

Mas, se isto é assim dum modo geral, o que tem agora mais interesse para nós é precisamente vêr como aqueles elementos de facto se hão de reünir nas pessoas colectivas criadas pelos particulares, para a pessoa existir, ou antes, para a pessoa poder ser reconhecida pelo Estado e começar a ter *existência legal*. Para isto, porém, é necessário fazer prèviamente uma segunda distinção: a distinção já conhecida entre *corporações* e *fundações*. Como já vimos, pôsto em ambas as modalidades os elementos essenciais sejam os mesmos, contudo há entre elas profundas diferenças na sua estrutura, no modo como funcionam e também na maneira como se constituem.

I. Comecemos pelas corporações. ¿Como se hão de reünir os elementos de facto para estas se constituirem?

Para poder dar origem a uma corporação personalizada, é preciso, antes de mais nada, que se estabeleça um acôrdo entre duas ou mais vontades de pessoas que tenham resolvido pôr em comum a sua actividade para o conseguimento de certo fim. Isso é o que se chama o «*acto constitutivo*» da corporação — o acôrdo, pelo qual se cria a união entre os associados (1). Em segundo lugar, é ainda necessário que se

---

tais corporações se constituam de facto, em obediência aos preceitos legais contidos nas leis especiais que lhes prometem a individualidade jurídica, verificou-se o encontro entre os *elementos de facto* e o *elemento legal*; existem.

(1) Êste *acto constitutivo* pode ainda revestir duas formas. Ou a constituïção é *simultânea*; todos os membros fundadores, constituindo uma comissão organizadora e preparatória, procedem ao mesmo momento à criação do ente jurídico, dirigindo convites, propondo adesões, celebrando contratos até que a corporação venha a constituir-se. Ou a constituïção é *sucessiva*, como se dá na fundação das sociedades anónimas (art. 162.º e seg. do Código Comercial), e então a sua formação é mais lenta, por subscrição pública, preparando-se e desenvolvendo-se através duma série de actos tendentes a

defina também uma lei que «*organize*» a corporação, estabelecendo as regras de conduta a que têm de obedecer os seus membros, o sistema de administração do seu património, bem como os órgãos do seu govêrno interno e os seus poderes. Isso é o que se chama o «*estatuto*» da corporação. Êste pressupõe já o acto constitutivo.

Mas os dois, *acto constitutivo* e *estatuto*, devem distinguir-se, embora muitas vezes, dada a sua íntima conexão, venham a achar-se materialmente unidos no mesmo processo. Se é certo, porém, que isso algumas vezes sucede, outras — e é a generalidade dos casos — os dois momentos distinguem-se nitidamente, vindo o *estatuto* juntar-se ao *acto constitutivo* para dar origem à corporação personificada. Uma questão, contudo, surge aqui, que é vivamente debatida.

¿Qual a *natureza jurídica* dêste acto constitutivo?

Que ele seja um «acto jurídico», ninguém põe em dúvida, como ninguém põe em dúvida que, como tal, ele deva satisfazer aos requisitos de todos os actos jurídicos em geral: *capacidade das partes, mútuo consenso* e *objecto possível*. Mas a questão torna-se particularmente debatida, quando se trata de qualificar êsse acto. Não sofre também dúvida que êste acto não é como qualquer outro; por virtude dele produzem-se relações jurídicas que vão muito além das relações entre as pessoas que o celebram, chamando à vida um novo ente jurídico, e isto é já o bastante para lhe conferir uma natureza especial. ¿Será êste acto um vulgar contrato? ¿Será, como os contratos, um acto jurídico *bilateral*, embora diferente de todos êles? ¿Será, pelo contrário, um acto *unilateral* inteira-

---

recolher adesões. Os promotores emitem documentos que os aderentes subscrevem, comprometendo-se e assumindo obrigações. Logo que houver um número suficiente de subscritores, celebra-se com êles a primeira assembleia geral e fixa-se o acto constitutivo. O *acto constitutivo* pode ser levado a efeito de qualquer maneira, excepto nos casos especiais em que a lei designa uma, como acontece com as sociedades comerciais. Cfr. Dr. José Tavares, *loc. cit.*, pág. 183.

mente diferente dos contratos? (1). Ou, ¿será, emfim, um acto inteiramente *sui generis*, nem unilateral nem bilateral, a que já se tem chamado um *acto de criação?*

Tudo isto se tem já sustentado, abrindo-se aí um campo admirávelmente favorável para o pulular de teorias abstractas e por vezes muito subtís (2).

Quanto a nós, diremos apenas que nos parece mais correcta *forma de representação* destas realidades jurídicas, na sua configuração geral, aquela que nos leva a ver no acto constitutivo das corporações, não um contracto, nem mesmo um acto jurídico bilateral, mas um *acto unilateral*, para o qual existem hoje a categoria e a designação especiais, criadas numa técnica alemã muito moderna, de «*acto colectivo*» *(Gesamtakt)*. Tais actos caracterizam-se também por neles haver duas ou mais declarações de vontade e um acôrdo entre elas, como nos bilaterais, mas sem que tais vontades convirjam ou se encontrem num ponto determinado de coïncidência, antes manifestando-se *paralelas* e dirigidas tôdas no mesmo sentido, ao encontro do mesmo fim; não há confluência, encontro para a realização de fins opostos; há afinidade de fins, colaboração para os atingir, concurso (3). Ora o especial acôrdo a que, por via de regra, se chega no acto

(1) Como não nos ocupamos ainda da teoria dos factos jurídicos, note-se aqui que se entende por *acto jurídico bilateral* o acto jurídico cuja existência exige a manifestação de duas vontades produzindo-se em sentido inverso e encontrando-se num ponto, que se chama o acôrdo. Todos os contratos são, como logo se vê, actos jurídicos bilaterais. E chama-se *acto jurídico unilateral* aquele que, pelo contrário, exige para a sua existência a manifestação duma só vontade produzindo-se rectilineamente, ao abrigo da lei, sem dependência do seu encontro com outra. Exemplo típico dêstes actos pode vêr-se no testamento.

(2) Ver Dr. José Tavares, *ibid.*, pág. 183.

(3) Neste sentido, por ex. Windscheid, Dernburg, Laband, Coviello, Ferrara, Duguit; entre nós Guilherme Moreira e o sr. Dr. Fézas Vital. Contra: Dr. José Tavares; vid. *Princípios*, I, pág. 428 e *Sociedades e emprêsas comerciais*, pág. 44.

constitutivo refere-se sòmente à determinação da existência e do fim da associação, direitos e obrigações dos seus membros em face uns dos outros e da futura pessoa colectiva; e, se é certo, que na determinação dêstes direitos e obrigações recíprocas há ou pode haver também alguma coisa de natureza contratual, é indiscutível, porém, que é pela determinação da existência e do fim da associação que sobretudo êste acto se caracteriza e aí não há *conteúdos* diversos de vontade entre os colaborantes na criação do novo ente jurídico (1). Isto pelo que diz respeito ao *acto constitutivo* e sua natureza jurídica.

Pelo que respeita ao *estatuto*, é êste, como já vimos, a *organização constitucional* da associação, o conjunto de regras reguladoras da sua estrutura e do seu funcionamento. É aí que, em regra, se determinam o nome, o fim e a sède da pessoa colectiva, os seus meios financeiros, os seus órgãos com a sua função e competência, os direitos e obrigações dos membros para com a corporação, as condições em

(1) Convém igualmente notar, de resto, que o facto de poderem existir *conteúdos* diversos de vontade, não implica necessàriamente a idéa de contrato no acôrdo que se produz no acto constitutivo. A moderna técnica germânica criou também, ao lado do conceito de *acto colectivo*, ou *Gesamtakt*, o conceito de *acto de união*, ou *Vereinbarung*, aceite do mesmo modo por muitos juristas não só alemães, como franceses e italianos. Ora por êste último entende-se precisamente o acôrdo fundado numa união de vontades de *conteúdo diverso mas tendendo para o mesmo fim*, ao inverso do que se passa com os contratos, em que há também um acôrdo, claro está, uma união no mesmo sentido, mas acôrdo e união produzidos entre vontades com conteúdos diversos e buscando *fins diferentes*. Exemplo: o comprador contrata com o vendedor para *comprar*, adquirir a coisa; o vendedor, com o comprador para *vender*, adquirir dinheiro; ora os fins que ambos se propõem são *diferentes*; comprar e vender não são a mesma coisa. Portanto, mesmo aquilo que possa existir de aparência contratual na origem de certos direitos e obrigações recíprocas dos sócios, determinados no *acto constitutivo* da corporação, poderá ser considerado, quando os *fins* sejam idênticos como produto duma *Vereinbarung* e não pròpriamente dum contrato.

que se pode modificar o próprio estatuto e ainda o destino do património, em caso de extinção da pessoa colectiva. Assim se constitúi e começa a existir uma corporação, como uma «individualidade» de facto, distinta dos seus membros.

À verificação dos elementos que analisamos não há senão que juntar depois disto o *reconhecimento legal* para a dita individualidade se converter numa «individualidade jurídica» e êste, como também já dissemos, ou se obtém automàticamente pelo desenrolar do processo de constituïção daqueles, em harmonia com a própria lei especial, que já promete a personificação jurídica ao ente moral, ou se obtém, conforme o preceituado no art. 33.º, mediante autorização, *uma de cujas formas* pode ser a aprovação dos estatutos pela autoridade administrativa (1).

(1) É neste momento que cumpre notar duma maneira mais especial qual o verdadeiro alcance do elemento «*reconhecimento legal*» para a constituïção das pessoas colectivas de natureza corporativa, ou corporações, interpretando o sentido da lei de 14 de Fevereiro de 1907, a que já nos referimos na nota 1 de pág. 367. A questão que se levanta é esta. Já sabemos que o art. 33.º do Código Civil exige a *autorização legal* para que qualquer associação ou corporação possa representar uma «*individualidade jurídica*». Desta disposição exceptuam-se, claro está, as pessoas colectivas criadas pelo próprio Estado e as sociedades sujeitas ao regime da regulamentação legal prévia. Logo: para tôdas as outras, só depois da autorização legal é que nasce a «*individualidade jurídica*». De resto, o código administrativo de 1896 cometia aos governadores civis a aprovação dos estatutos e regulamentos das associações e institutos; só depois dessa aprovação é que as pessoas colectivas se achavam legalmente constituídas e, portanto, podiam assumir «individualidade jurídica» (art. 252.º, n.º 8).

Porém, pela lei de 14 de Fevereiro de 1907, esta doutrina foi modificada, estabelecendo-se que todos os cidadãos podem constituir-se em associação, *sem dependência de licença ou aprovação dos seus estatutos* pela autoridade pública, quando ela não fôr exigida por lei (?), *uma vez que prèviamente participem ao governador civil a sêde, o fim e o regime interno da associação.* E assim se revogou o código administrativo de 1896 e ainda o art. 282.º do Código Penal, excepto com relação àquelas pessoas colectivas que, sendo

II. Vejamos agora como se constituem as *fundações*. No que toca a estas, basta para elas se constituirem, na ordem dos factos, um acto de destinação dum património a um determinado fim de interesse social, feito com o intúito de dar origem a um ente personalizado. É a isto que se dá o nome de *acto de fundação*, — correspondendo evidentemente ao acto constitutivo para as corporações. Desde que êle exista, pode dizer-se que existe o mais importante *elemento de facto* necessário para o ente jurídico nascer, visto que as pessoas a quem o património virá a aproveitar existem também já como membros, ou da própria sociedade em geral, ou só duma certa classe, não tendo qualquer função activa ou positiva a desempenhar, como já vimos. Apenas o que se exige é que a pessoa que pratica o acto de fundação, tenha igualmente capacidade para o praticar, podendo dispôr dos seus bens a título gra-

reguladas por lei especial, continuam a carecer de autorização ou de aprovação dos seus estatutos pelo governador civil.

Pois bem: em face desta nova legislação duas opiniões se tornaram possíveis àcêrca do alcance que deve dar-se ao elemento «*reconhecimento legal*», como condição para nascer a «*individualidade jurídica*», ou personalidade das associações. Segundo uma delas (G. Moreira, I, pág. 305 e *Rev. de Leg. e Jur.*, XLI e LV, pág. 215), esta lei regulou de novo a *constituïção legal* das associações, dispensando-as das formalidades do código administrativo de 1896, mas deixou ficar de pé a doutrina do art. 33.º do Código Civil, exigindo a autorização como condição para a sua *personificação*. São coisas distintas: a constituïção legal e a personificação. De modo que, para adquirirem a *individualidade jurídica*, continuam as associações a carecer da autorização e aprovação dos estatutos — Segundo a outra (Dr. José Tavares, II, pág. 173), a alteração da lei de 1907 vai mais longe: o art. 33.º do Código Civil, *pelo menos na interpretação que até aqui lhe era dada*, está também atingido; isto é, se dele devemos depreender que se exige a autorização legal explícita, como condição para a personificação, como agora uma tal autorização legal explícita está dispensada pela lei de 1907 (excepto em casos especiais), segue-se que a personificação — a «*individualidade jurídica*» — nasce para as associações independentemente de qualquer reconhecimento ou aprovação de estatutos; isto é, a personalidade para estas pessoas colectivas derivará, não de *concessão* expressa ou favor do Estado, mas da própria consti-

túito ou oneroso, quer *mortis causa*, quer *inter vivos*. O acto deve ainda conter a clara indicação dum *fim* lícito e duradoiro e da intenção do fundador de criar um ente jurídico autónomo. Deve também indicar quais os bens que vão ser afectos ao fim e as regras da administração que vão ser adoptadas para o govêrno da nova pessoa colectiva, equivalente ao estatuto das corporações (1). Isto pelo que diz respeito aos *elementos de facto*. E ¿pelo que respeita ao *elemento legal*?

No que se refere ao elemento legal, não nos surpreenderá que neste caso também, como no das corporações, êle

---

tuição dêstes entes em harmonia com os preceitos legais. Isto é, ainda: a forma que, portanto, existe entre nós, hoje, do *reconhecimento legal* é, como *regra geral*, mais a da *regulamentação prévia* do que a da *concessão*.

Não nos parece aceitável a primeira doutrina; parece-nos melhor a segunda. O art. 33.º não pode, com efeito, interpretar-se no sentido de em todos os casos a «*individualidade jurídica*» só nascer duma certa e determinada forma de autorização legal, como a da aprovação dos estatutos pelo governador civil. O artigo só diz que nenhuma associação será dotada de personalidade antes de estar *autorizada legalmente*. Essa autorização legal, porém, pode revestir várias formas e, se umas vezes consiste na *aprovação dos estatutos* pelo governador civil, outras consiste na *regulamentação prévia* (como no caso das sociedades), e outras ainda na simples *notificação*, feita a êste último funcionário, da sède, fim e regime interno da associação, sem dependência de mais formalidades. Ora, quando a lei se contenta com esta simples notificação e garante um regime de grande liberdade, como a lei de 1907, é evidente que a associação está autorizada legalmente, desde que cumpra aquela formalidade, e, se está autorizada, *ipso facto* está porisso dotada de «*individualidade jurídica*» e é pessoa, pelo disposto no mesmo art. 33.º, que continúa assim em vigôr, quando devidamente interpretado. Concordamos neste ponto inteiramente com o sr. Dr. Tavares in *loc. cit.*, pág. 173.

(1) De notar é, todavia, que o *acto de fundação* pode não conter as regras de administração sem isso envolver a sua ineficácia. Se o acto não contiver o estatuto completo da fundação, pode êste ser elaborado posteriormente pelo fundador, ou pelos administradores da fundação, se isso lhes tiver sido cometido, ou pela autoridade pública que promover ou fizer o reconhecimento legal do ente, em harmonia com o estatuto dos institutos ou fundações congéneres.

seja o elemento decisivo para marcar o princípio da existência do ente jurídico, em harmonia com as idéas gerais já expostas. Até êsse momento, a pessoa colectiva está, de facto, pronta para existir; mas *legalmente* e rigorosamente ainda não existe; só existe como «individualidade jurídica» desde o reconhecimento.

Recordemo-nos do que foi dito atrás àcerca do alcance e valor dêste reconhecimento no que se refere às corporações, e acrescentemos aqui apenas que, neste caso das fundações, só há a mais, de especial, que um tal reconhecimento tem sempre necessàriamente que revestir a forma da «*concessão*» ou autorização prévia expressa, não havendo lugar para a da «*regulamentação legal*» (1). Com efeito, carecem de aprovação dos seus estatutos pelo governador civil tôdas as fundações, nos termos do art. 252.º, n.º 8, do código administrativo de 1896 e da cláusula 1.ª do art. 5.º do Decreto de 25 de Maio de 1910 (2). Aqui o caso é diferente do relativo às corporações, cujos regime e forma de autorização foram modificados pela lei de 14 de Agosto de 1907.

E, ¿qual a natureza jurídica do *acto de fundação*? É esta uma questão paralela à que vimos anteriormente, àcêrca da natureza jurídica do *acto constitutivo* das corporações, à qual devemos também consagrar algumas palavras.

Já ficou dito que êste acto de fundação se resolve, em última análise, num *acto jurídico pelo qual se afecta um certo património à realização dum certo fim, com a intenção de*

---

(1) Ver *supra* pag.

(2) Não fez o legislador distinção entre corporações e fundações, quanto às condições de que fica dependente a atribuïção da «*individualidade jurídica*» ou personalidade. Mas porisso mesmo que o código de 1896 não foi, quanto às segundas, alterado pela lei de 1907, porisso deve considerar-se em vigor quanto a elas e elas devem considerar-se sujeitas à aprovação dos seus estatutos, isto é, do *acto de fundação*, pelo governador civil do distrito. Cfr. Dr. Tavares, *ibid.* pág. 195.

constituir um ente jurídico autónomo. Não se trata, porém, de um acto de simples disposição pelo qual se deixam certos bens a uma pessoa singular ou colectiva já existente, com a obrigação de esta aplicar o património ao fim que se tem em vista mediante quaisquer cláusulas *modais* ou «*sub modo*». Neste segundo sentido se entendiam as fundações no direito romano. Mas não é disso que aqui se trata. Nesse sentido, claro está que o acto de fundação não passa a-final duma doação ou dum legado «modais», tendo a natureza jurídica dêstes; pode chamar-se-lhes também fundações, deixas *(piae operae)*, mas num sentido impreciso, genérico e não técnico.

Do que se trata aqui é, pelo contrário, da fundação no sentido técnico, moderno, de *fundação directa*, quere dizer, dirigida directamente pela vontade do fundador ao fim de criar uma pessoa colectiva e de deixar a esta desde logo o património de que dispõe, *sem outros intermediários.* Ora actos dêstes hão-de ter uma determinada natureza jurídica; ¿qual?

Surgem de novo a êste respeito as teorias (1) que, como de costume, nos absteremos aqui de expôr e criticar longamente. O essencial é fixar dois ou três princípios seguros e ver se com êles conseguimos explicar e integrar as realidades do nosso direito positivo.

Que o *acto de fundação* seja um negócio jurídico *unilateral*, parece-nos indisputável, mesmo a-pesar do silêncio da

(1) Ver essas teorias *in* Dr. Tavares, pág. 187. Há quem lhe chame um *acto social de criação*, constitutivo da personalidade colectiva (Gierke); há quem lhe chame uma declaração unilateral de vontade dando origem ao ente jurídico (Kohler); e há quem diga que se não trata dum acto ou negócio jurídico privado, mas duma categoria à-parte, chamando-lhe *acto de autonomia* pelo qual o indivíduo cria, como ente social que é, um sujeito de direito (Karlowa). E claro que há ainda a opinião daqueles que, no terreno da tradição romanista, sem poderem atingir o verdadeiro conceito da fundação autónoma, lhe chamam apenas uma doação, uma liberalidade, ou contida numa escritura pública (doação), ou num testamento (legado).

lei a tal respeito; e que se trata dum negócio jurídico autónomo e *sui-generis*, parece-nos também evidente. Quer o acto de fundação revista a forma de acto *entre vivos*, quer a de acto *mortis causa* (e ambas são possíveis), o certo é que o seu conteúdo não se esgota, nem pode achar expressão que convenientemente o traduza dentro de qualquer outra categoria ou espécie de acto jurídico. Pelo acto de fundação, um fundador funda, isto é, cria verdadeiramente, sem a colaboração doutra vontade, um novo ente ou sujeito de direitos e, por êste lado, cabe-lhe bem a designação de acto criador, acto de criação. Ora é evidente que êste acto não é um testamento, não é um legado, não é uma doação, não é qualquer contracto. O testamento é uma disposição *mortis causa*, mas pressupõe um herdeiro já existente e mais ou menos determinado, a quem os bens são deixados; ora, se a fundação pode conter-se num testamento, todavia não equivale a uma instituïção de herdeiro, visto não haver aí herdeiro algum (a pessoa colectiva não existe ainda) no momento em que a fundação é feita (1). E o mesmo pode dizer-se dos legados.

A doação é também um contrato cuja validade depende do encontro de duas vontades, a do doador e a do donatário e aceitante; o fundador poderia ser o doador, mas ¿onde o donatário?; a pessoa colectiva ainda não existe e não pode aceitar; é impossível doar a pessoas inexistentes (2). E o

(1) A resposta a esta objecção, que consiste em dizer que o ente pode instituir-se herdeiro, a-pesar de não ter ainda uma existência completa, pois deve considerar-se já dotado duma personalidade *embrionária* e aplicar-se-lhe a regra: *conceptus pro jam nato habetur* (!), deve considerar-se uma interessante demonstração de quanto pode o delírio da imaginação jurídica no campo das teorias abstractas.

(2) Há quem veja nas fundações disposições, quer *mortis causa*, quer *inter-vivos*, a favor da *sociedade em geral* representada pela personalidade do Estado; de modo que, mesmo dentro do sistema clássico da capacidade de adquirir restrita às pessoas existentes, a fundação assume sempre o carácter de uma atribuição de direitos feita a alguém determinado e existente. Ver Dr. Tavares, *Sucessões*, n.º 49 e *Princip.* II, pág. 191.

mesmo se diga, emfim, de todos os contratos. Logo, não há dúvida de que o *acto de fundação* não pode confundir-se com nenhum dêsses actos jurídicos e não pode deixar de ser considerado um acto autónomo e *sui generis*, produto duma vontade manifestando-se em harmonia com a lei e dando origem à criação dum ente jurídico, que logo aparece dotado ao mesmo tempo com um património afecto à realização de certos fins.

A fundação, escreve Ferrara (1), não é vocação de herdeiro, nem legado (nem doação ou contrato, acrescentaremos nós) e por isso não é governada pelos princípios sucessórios (nem pelos dos contratos), mas é um *negócio autónomo* de instituïção duma obra ou de destinação dum património. Se também toma a *veste testamentária*, se também pode conter-se num testamento, não é porém uma instituïção de herdeiro. Não há que dar importância às expressões do testador, mas sim ao sentido e ao fim da sua disposição.

Nestas palavras se exprime, na opinião de Ferrara, à qual plenamente aderimos, a natureza jurídica especial do *acto de fundação*. Êste é, portanto teòricamente, um acto jurídico *unilateral, autónomo, criador, sui generis*, embora a sua efectivação ou meio de realização técnico-jurídico possa revestir a forma de instituïção de herdeiro, de legado ou de acto *inter-vivos*, mesmo pelo que toca às verdadeiras fundações directas ou fundações autónomas (2).

---

(1) Vide *Trattato*, pág. 645 e Dr. Tavares, *ibidem*, pág. 192.

(2) Sendo esta, na melhor doutrina, a natureza jurídica muito especial do *acto de fundação*, pode levantar-se a questão de saber se no nosso direito há disposições que permitam instituir uma fundação com aquelas caracteres, isto é, uma fundação *autónoma* e *directa*; isto é, ainda, se um tal acto jurídico é reconhecido e eficaz entre nós, segundo a lei. Esta, porém, é uma outra questão, que já tem sido debatida, não só em face do nosso direito, como dos outros.

O direito francês ainda há pouco desconhecia a figura jurídica da fundação autónoma, admitindo apenas a fundação *indirecta* ou *fiduciária*, na

85. Vejamos agora qual é a capacidade das pessoas colectivas.

Já dissemos que a pessoa colectiva começa a existir como « *individualidade jurídica* », como sujeito de direito, quando com os *elementos de facto* vem a coïncidir o *elemento legal* do reconhecimento pelo Estado, quer êste reconhecimento deva ser expresso e individual, quer possa ser prévio, geral, dado de antemão a tôdas as instituïções que se constituirem ao abrigo dum certo tipo fixado em leis especiais. Nesse momento começa, portanto, a existir a capacidade das pessoas colectivas. ¿ Que capacidade é, porém, esta? Não é uma qualquer capacidade, igual para tôdas, nem, muito menos, igual à capacidade de que desfrutam as pessoas sin-

---

forma duma dotação ou legado deixado a uma pessoa singular ou colectiva já existente, para a realização de certo fim. O mesmo se diga do direito italiano, até à lei de 17 de Julho de 1890, e de muitos outros direitos, emfim, cuja hesitação neste ponto traduz a própria tradição romana e romanista. Foi, pode dizer-se, a escola alemã quem criou a doutrina definida no texto, levando a ver no acto de fundação um acto autónomo, destinado à criação dum instituto sujeito de direito. (Cfr. Dr. Tavares, II, pág. 186, e Coviello, *Trott.*, pág. 215).

Entre nós, devemos dizer que não há, infelizmente, disposições legais que de um modo claro permitam resolver esta dúvida. Não se dignou ainda o nosso legislador adoptar uma doutrina inequívoca a êste respeito; nem ainda o decreto sôbre Assistência pública, de 25 de Maio de 1911, que aliás regulou no art. 5.º o modo de tornar efectiva qualquer obra de assistência devida à iniciativa privada. E então?... Então, tem-se sustentado que as fundações autónomas e directas podem instituir-se, tanto por acto *entre-vivos*, como *mortis causa*. Invoca-se, para as instituídas *mortis causa*, o art. 1902.º do Código Civil, e para as outras invocam-se, não preceitos legais determinados, mas princípios gerais, chamando-se ao *acto de fundação*, ou um *acto unilateral* em que se manifesta a pretensão de criar uma pessoa colectiva (G. Moreira, I, pág. 307, nota, *in fine*), ou um acto contratual, um contrato, celebrado entre o fundador e o Estado como representante da sociedade em geral (Dr. Tavares, *Princ.* I, págs. 419, 420 e II, pág. 188). É portanto ainda a jurisprudência quem trata de resolver a questão acima

gulares. Isto é evidente. Trata-se, pelo contrário, duma capacidade muito especial, muito restrita e, de resto, nem sempre a mesma em tôdas as pessoas colectivas. Antes de mais nada, trata-se sobretudo duma capacidade *jurídico-patrimonial*, no campo daquilo a que os romanos chamavam o *commercium*, o *jus commercii*.

Será dispensável dizer porque é que as pessoas colectivas não têm o *conubium*; não podem casar, ter filhos, ter direitos de família, etc. Dizendo isto, colocamo-nos, é claro, no campo do direito privado e, dentro dêste, no da esfera das relações jurídicas patrimoniais, única que nos interessa, sem com isto querermos negar que as pessoas colectivas tenham também uma capacidade de

---

referida, e assim, ou com uma construção ou com outra, se vai vivendo e os tribunais vão sancionando a existência das fundações autónomas no nosso direito positivo, como no direito francês ainda há pouco, e bem assim no italiano, recorrendo a expedientes de construção jurídica e de interpretação de leis e princípios gerais, que permitam suprir a falta de disposições claras, ora tratando-as como instituïções de herdeiro, ora como legados, ora como doações. Deve, porém, notar-se, por último, que o art. 1902.º não resolve a questão, quanto às fundações *mortis causa*, pois se limita a mandar empregar o produto de certa parte da herança em alguma fundação, podendo bem entender-se que se refere às fundações já existentes (Dr. Tavares, *ibid.* pág. 189, nota 2); e ainda que o recurso à construção contratualista, defendida pelo sr. Dr. Tavares relativamente às fundações estabelecidas *inter vivos*, tem o inconveniente de nos conduzir necessàriamente a ter de rejeitar a natureza específica, criadora, *sui generis*, do *acto de fundação*, vendo nele um banal contrato. Mas, se é um contrato, ¿que espécie de contrato é? Uma doação a favor da sociedade? Parece-me isso levar longe de mais o quadro lógico da *personificação!* E, ¿se se trata duma fundação *humanitária*, em benefício da *humanidade*, personificaremos esta também e faremos porventura do Estado português *só* o representante dela? E, se nas doações, como se sabe, a aceitação do donatário é de exigir, como é, ¿diremos que o reconhecimento do Estado, pela aprovação dos Estatutos, tem jurìdicamente a natureza duma aceitação, pela qual se estabelece o mútuo acôrdo? Tudo dificuldades, que não desaparecerão antes de se definir claramente a natureza jurídica do acto de fundação.

direitos públicos (1) e, além dêstes, de direitos pessoais (2).

Pois bem: ¿de que direitos privados patrimoniais, em geral, é então susceptível uma pessoa colectiva?

A resposta a esta pregunta não pode deixar de ser, também duma maneira geral, esta: — as pessoas colectivas têm uma capacidade duplamente limitada; os limites da sua capacidade de direitos privados são, porém, determinados ou pela *própria natureza da pessoa*, como ente colectivo, ou ainda pelo seu *fim* (3), o fim da sua instituïção. Ou, por outras palavras:

---

(1) Claro é que dizendo isto, nos fizamos desde logo no campo do direito privado. Mas não deixe de notar-se que as pessoas colectivas têm também capacidade na esfera do *direito público*. A opinião tradicional, segundo a qual o conceito de personalidade colectiva apenas pertence ao domínio do direito privado, é absolutamente falsa. Dela resulta a distinção arbitrária e errónea entre as duas pseudo-personalidades do Estado, a *política* e a *jurídica*. Deve antes pensar-se, e é doutrina hoje dominante, que a personalidade das pessoas colectivas é, como a das pessoas singulares, uma só: a sua capacidade de direitos públicos e a de direitos privados são apenas duas faces ou lados da mesma personalidade. Assim, o Estado é uma *única* pessoa colectiva, quer faça leis, quer celebre contratos, quer seja sujeito de soberania, quer dum património.

(2) Queremos-nos referir aos chamados direitos de personalidade, alguns dos quais pertencem, evidentemente, às pessoas colectivas, como os direitos à honra e ao nome, e até, entendidos de certo modo, os direitos à existência, à vida e à liberdade!

(3) Dizendo isto, ao definir, dum modo geral, a capacidade jurídico-patrimonial das pessoas colectivas e os limites desta, surge uma questão importante que devemos agora colocar em todo o relêvo: é a questão chamada da «*especialidade do fim*». Esta questão consiste no seguinte.

¿Tem a pessoa colectiva uma *capacidade geral e comum*, correspondente à capacidade das pessoas singulares, apenas limitada pela sua *própria natureza de ente colectivo* e pela lei? Ou, ¿tem a pessoa colectiva, desde o princípio da sua existência, uma capacidade sòmente especial e particular, *especializada*, isto é, só relativa àqueles actos *que entram na esfera do fim e interesse especiais para que foi constituída?* Por outras palavras: ¿será a sua capacidade geral e comum a regra, e serão as limitações a esta uma excepção; ou, pelo contrário, será a incapacidade a regra e serão as capacidades que lhe são atribuídas para isto ou aquilo, a excepção? No primeiro caso, se respondermos

podemos também dizer que elas têm uma capacidade jurídica *geral* e *comum* para os actos relativos aos interesses legítimos do seu instituto, porém, com excepção precisamente daqueles direitos que, por natureza das coisas, pressupõem a existência dum individuo físico ou pessoa singular (1).

---

afirmativamente à primeira pergunta, teremos adoptado a teoria da «*capacidade geral e comum*»; no segundo caso, se dissermos que *sim* à segunda pregunta, teremos adoptado a teoria da «*especialidade do fim*». Neste caso, uma pessoa colectiva constituída para fins lucrativos não poderá praticar válidamente actos de beneficência; uma associação científica ou literária não poderá praticar actos com fim de lucro, etc. ¿Qual destas doutrinas é a verdadeira? Claro que nenhuma é em si mesma verdadeira ou falsa. Quando dizemos aqui «verdadeira», queremos significar *legal*, admitida pela nossa lei. Em teoria, a questão é indefinidamente discutível. Na prática, porém, crêmos que o não seja, em face dos têrmos expressos de art. 34.º. («As associações e corporações, que gozam de individualidade jurídica, podem exercer todos os direitos civis, *relativos aos interesses legítimos do seu instituto*»). Ora não nos parece admissível outra interpretação dêste artigo senão esta: as pessoas colectivas só poderão exercer êsses direitos e não outros. Todavia não se julgue a questão inteiramente resolvida, porque, mesmo dada esta solução, ocorre discutir depois e pode discutir-se também indefinidamente o que são «*interesses legítimos do seu instituto*». Segundo crêmos, o princípio da «*especialidade do fim*» das pessoas colectivas acha-se consagrado pelo nosso direito, no art. 34.º do Código Civil. Crêmos que elas só poderão praticar os actos jurídicos que entrem realmente na esfera do fim especial para que foram constituídas. É a doutrina de Ferrara (*Tratt.*, pág. 665). Todos os actos jurídicos por elas praticados com fim diverso ou insusceptível de se subordinar à finalidade do seu instituto, serão absolutamente nulos. E posta a questão nestes têrmos, o ponto de saber agora se a espécie de capacidade que pertence às pessoas colectivas deve antes classificar-se como *geral* e *comum*, ou, pelo contrário, como *especial* e *excepcional*, é talvez uma questão de palavras. Com efeito, tanto pode dizer-se que as pessoas colectivas têm uma capacidade geral e comum, mas sòmente para praticar todos os actos jurídicos que fôrem relativos aos interesses do seu instituto e só êsses, como pode dizer-se que a sua capacidade é só excepcional e especial, por não se estender aos actos que saiam para fora da esfera do fim e dos interesses do seu instituto.

(1) Assim é que, mesmo fora dos direitos de família, há certos direitos patrimoniais e reais de que a pessoa colectiva, por natureza das coisas, não pode gozar; é o que se passa com o uso e a habitação, dado o seu caracter

Isto pelo que toca à chamada *capacidade de gôzo* de direitos.

Quanto à chamada *capacidade de exercício*, deve igualmente dizer-se que, sendo, como vimos, a pessoa colectiva uma abstracção, ela não a poderá nunca ter. Só pode ter esta espécie de capacidade um organismo físico dotado duma vontade e a pessoa colectiva não é, por natureza, um organismo físico dotado duma vontade. Portanto, é necessário para êste efeito que exista sempre alguém a agir no seu nome e interesse, alguém que *represente* a pessoa colectiva (1). Ou ainda: esta terá uma capacidade de gôzo, mas não uma capacidade de exercício de direitos; quem exercerá os direitos que lhe pertencem, serão os seus representantes, como os representantes — tutores ou curadores — das pessoas singulares exercem os destas, quando elas não têm vontade própria (2).

---

essencialmente pessoal e individual. E o mesmo já se tem pensado àcêrca do usufruto. Todavia, em contrário, vid. Dr. Tavares, II, pág. 207, nota. Entre nós, o usufruto a favor de pessoas colectivas é expressamente reconhecido por lei, estabelecendo-se que, quando constituído em favor de «pessoas perpétuas», não pode ir além de trinta anos (art. 1834.º).

(1) Note-se que não falta também quem negue esta doutrina. Há quem não hesite em atribuir à pessoa colectiva uma autêntica capacidade de exercício de direitos, como sonetem com os partidários da *teoria da realidade*. Para êsses, os representantes da pessoa colectiva não são verdadeiramente representantes, no mesmo sentido em que o são os das pessoas singulares; são antes *órgãos*, como parte integrante dum organismo, como o cérebro, a bôca ou as mãos no organismo duma pessoa física! Já atrás criticamos esta doutrina, vendo nela um monstruoso exagêro duma tendência realista nos domínios da conceptologia jurídica. Porisso não insistiremos neste ponto. Segundo nós, a pessoa colectiva tem uma capacidade limitada de gôzo de direitos, mas não pode falar-se sem grosseiro antropomorfismo numa capacidade de exercício de direitos a respeito dela.

(2) Em todo o caso, convém notar que esta aproximação entre os representantes das pessoas colectivas e os tutores e curadores das pessoas singulares não passa dum *símile*. Se é certo que os tutores e curadores são representantes, não se segue daí que todos os representantes sejam tutores e curadores. Êstes últimos existem só emquanto dura a causa da incapacidade

Porém, quanto à *capacidade de gôzo*, convém ainda expressamente acentuar que o princípio geral que acima deixamos exposto sofre também algumas restrições. Quere dizer: o princípio geral da capacidade jurídica das pessoas colectivas, (apenas limitada esta capacidade pela própria natureza das coisas e pelo fim do seu instituto), sofre ainda uma outra espécie de limitações. Estas são as decretadas pela lei, tomando em consideração, já o interesse social, já o interesse das próprias pessoas colectivas. A ingerência e fiscalização, ou mesmo, em certos casos, a tutela do Estado sôbre elas, são a garantia desta segunda espécie de limitações. Assim, toda a gente sabe, por exemplo, que à capacidade de adquirir bens imobiliários por parte das pessoas colectivas, são e foram sempre impostos limites pelo Estado. ¿Porquê isto? Porque, sendo êsses bens aplicados à realização de fins sociais e colectivos que são, como se sabe, duma longa duração e, em regra, duma extraordinária imobilidade, fàcilmente se compreende que tais bens venham também a achar-se, por vezes, indefinidamente imobilizados, tornados de difícil alienação, e portanto como que retirados do comércio com possível prejuízo da economia social. Ora é a êsses bens que sempre se usou chamar bens de *mão morta*, tendo sido sempre preocupação dos Estados evitar que êles se acumulassem em grande quantidade nas mãos dos entes morais, sobretudo das pessoas eclesiásticas (*leis de desamortização*), proibindo-se-lhes por lei a sua aquisição a título *gratuito* ou *oneroso*, no interesse social. Com efeito, não podem entre nós as associações e corporações *perpétuas*, que forem de utilidade pública, adquirir *por título oneroso* bens imobiliários, excepto os que forem indispensáveis para o desempenho dos deveres da sua instituïção, assim como, podendo elas aliás adquirir bens de tal natureza a *título gratuito*, ficarão todavia sujeitas quanto a êstes ao

da pessoa; os representantes das pessoas colectivas duram emquanto elas existirem.

imposto de transmissão ou sucessão por cada período de trinta anos que de novo fôr decorrendo. Esta última disposição tributária não se aplicará contudo aos bens adquiridos a título gratuito que forem igualmente indispensáveis ao desempenho dos deveres do seu instituto (1).

Donde se depreende que há, portanto, relativamente às pessoas colectivas perpétuas de utilidade pública (2), uma

(1) Art. 35.º do Código Civil na nova redacção do Decreto de 16 de Dezembro de 1930. «As associações e corporações perpétuas de *utilidade pública* poderão adquirir bens imobiliários a título gratuito; mas ficarão sujeitas ao impôsto de transmissão ou sucessão por cada período de trinta anos». § 1.º: «o que fica disposto na segunda parte dêste artigo não abrange os imóveis que forem indispensáveis para o desempenho dos deveres das associações e corporações, *os quais podem também ser adquiridos a título oneroso*». Deve notar-se que esta última doutrina relativa aos adquiridos a título oneroso, pôsto que não se achasse no texto do art. 35.º do código, contudo tinha já sido introduzida pelas leis de 12 de Outubro de 1871 e 21 de Junho de 1889. Cfr. Dr. José Tavares, *ibid.*, pág. 213.

(2) Como já vimos acima, dizem-se perpétuas não só as associações e corporações fundadas por tempo ilimitado, como ainda as que, embora de tempo limitado, não tenham por objecto interesses materiais. Cfr. art. 35.º, § 2.º, n.os 1 e 2. De resto, chamamos a atenção para o facto de estas disposições parecerem aplicar-se apenas às pessôas colectivas de *utilidade pública*, o que, manifestamente, deveria fazer excluir da sua aplicação, à primeira vista, as que fôrem de *utilidade pública e particular conjuntamente*. E realmente, assim seria, se a distinção ou divisão das pessoas colectivas naquelas duas categorias tivesse um real e profundo significado. Como, porém, já notamos no texto oportunamente (*vid. supra*, pág. 348), uma tal divisão tem pouco rigôr e importância. Já vimos que a nossa legislação tem sempre considerado *perpétuas*, para o efeito de lhes proibir a aquisição a título oneroso de bens imobiliários, inclusivamente as próprias pessoas colectivas que não são apenas de utilidade pública, mas de utilidade pública e particular conjuntamente, como as associações de socorros mútuos e as de classe, que só podem adquirir e possuir com autorização do govêrno os prédios urbanos indispensáveis para os seus escritórios, administração e dependências (Decreto de 9 de Maio de 1891 e 2 de Outubro de 1896). Cfr. pág. 358 nota. Donde há que concluir que as «*associações e corporações perpétuas de utilidade pública*», a que se refere o art. 35.º, na sua nova redacção, não são apenas as pessoas colectivas constituídas por tempo ilimitado, nem só as que

notável diferença de regime no tocante à sua capacidade de adquirir bens imobiliários, consoante a aquisição dêstes fôr por título *oneroso* ou *gratuito*. Se a aquisição fôr por título oneroso, o princípio é o da sua *incapacidade*, só se admitindo tal aquisição mediante autorização do govêrno e só a respeito dos bens que fôrem julgados indispensáveis a essas pessoas, tais como distritos, municípios, freguesias, misericórdias, hospitais, irmandades, confrarias, recolhimentos, ou outros estabelecimentos pios ou de beneficência (1). Se a aquisição, porém, fôr a título gratuito, o princípio é o da *capacidade* das pessoas colectivas, independentemente de autorização do govêrno e apenas com a sujeição fiscal ao impôsto de transmissão ou sucessão, nos têrmos do art. 35.º, na sua nova redacção segundo o Decreto de 16 de Dezembro de 1930 (2). Neste caso não há necessidade

tem por objecto interesses não materiais, nem só as de utilidade pública; não tôdas, quer sejam de utilidade pública, quer de pública e particular conjuntamente. A tôdas se aplicam as referidas limitações relativas à sua capacidade de adquirir imobiliários a título oneroso, como se tôdas fôssem perpétuas e de utilidade pública simplesmente. Só as associações e corporações de utilidade exclusivamente particular, isto é, as sociedades, ficam fora da disposição do art. 35.º.

(1) Lei de 22 de Junho de 1866, art. 10.º e de 12 de Outubro de 1871, art. 1.º. Exceptuam-se dessa proïbição as associações e institutos mèramente científicos ou literários, que poderão adquirir por título gratuito ou oneroso, independentemente de autorização do govêrno, quaisquer bens imóveis indispensáveis ou necessários para a consecução dos seus fins científicos, como edifícios com carácter de monumentos históricos, ruínas, inscrições, dôlmens e terrenos próprios para estudos experimentais e explorações arqueológicas, ou de qualquer outra natureza ùnicamente científica ou literária, ficando assim alteradas as disposições do art. 35.º e § 1.º do Código Civil. Cfr. lei de 21 de Junho de 1889.

(2) Porisso podem as pessoas colectivas, mesmo perpétuas e de utilidade pública, aceitar livremente heranças ou legados, independentemente de autorização do govêrno, como se depreende do art. 1781.º, apenas com excepção das corporações de instituïção eclesiástica, que só poderão suceder até ao valor do têrço da têrça do testador. Ver sôbre a questão de saber se elas podem aceitar pura e simplesmente, ou só a benefício de inventário, Dr. Tavares *in Sucessões*, n.º 49.

de qualquer autorização do govêrno, pois a licença governativa exigida antes do Código Civil — como escreve o sr. Dr. Tavares — deixou evidentemente de ser necessária, em face dos arts. 32.º a 35.º e 1781.º do mesmo código, que já não impõem semelhante restrição à capacidade patrimonial das pessoas morais.

Eis o princípio fundamental e mais importante relativamente às limitações que sofre a capacidade jurídico-patrimonial das pessoas colectivas, em geral, por razões de interesse público. A estas considerações apenas há que juntar, por último, o princípio também geral que vigora a respeito das pessoas colectivas de instituïção eclesiástica. A respeito destas é, como já dissemos, ainda mais severo o princípio que cerceia a sua capacidade de aquisição jurídico-patrimonial em virtude do perigo de *mão-morta* ou de amortização. Tôda a nossa legislação histórica sôbre esta matéria, desde D. Afonso II, reflete bem visivelmente a acção dêsse princípio, que fez sempre ver com maus olhos por parte do Estado, como representante da economia nacional, as moderadas aquisições de bens de raiz por parte da Igreja e das suas instituïções.

Segundo o Código Civil, como já atrás foi dito, as corporações de instituïção eclesiástica, além das limitações à sua capacidade de adquirirem bens imobiliários por título oneroso ou gratuito, comum a tôdas as pessoas morais, conforme o art. 35.º, sofriam ainda da especial incapacidade do art. 1781.º, § único, pelo qual só podiam suceder por testamento, ou a título de herdeiras ou de legatárias, até ao valor do têrço da têrça do testador. A essa restrição viviam, com efeito, condenadas tôdas as pessoas morais de instituïção eclesiástica, que tivessem por fim o culto espiritual das almas ou da religião, ou melhor, que não tivessem por fim objectos mèramente civis, como as igrejas, os cabidos, colegiadas, seminários, irmandades, confrarias e, em geral, tôdas as congregações religiosas. E mais longe foi depois disso o decreto-lei de 20 de Abril de 1911 (lei da separação) quando, ao

suprimir violentamente todas as instituïções eclesiásticas pelo confisco do seu património, deixou todavia ficar as chamadas *cultuais*, criadas por ele, encarregadas do culto público nas freguesias, com a capacidade jurídica das pessoas colectivas de direito comum, mas proïbindo-lhes absolutamente receber por doação ou testamento quaisquer bens ou valores.

Hoje não está já, porém, em vigôr esta segunda doutrina tão severamente proïbitiva da capacidade de adquirir das associações de carácter religioso, como era a da lei de 1911.

O § único do art. 1781.º do Código Civil voltou, pelo contrário, a estar em vigôr, desde que o Decreto de 22 de Fevereiro de 1918 revogou a lei de 1911 na parte que negava tôda a capacidade patrimonial de aquisição das corporações cultuais (1). De modo que pode dizer-se, em suma, que as pessoas colectivas de instituïção eclesiástica, como a Santa Sé, as freguesias ou paróquias, como associações religiosas constituídas em harmonia com o actual direito eclesiástico português (Decretos de 1911 e 1918), e ainda as *cultuais* (mas exceptuadas, é claro, as congregações religiosas dissolvidas), têm capacidade jurídica patrimonial. Embora se achem sujeitas ao direito comum do art. 35.º, pelo que respeita à aquisição de bens a título oneroso, sofrem a mais a restrição do art. 1781.º, § único, no que toca à sua capacidade testamentária passiva, como herdeiras ou legatárias. Isto pelo que toca à capacidade de gôzo das pessoas colectivas em geral (2).

(1) Cfr. *supra*, pág. 346 e Dr. Tavares, pág. 157 e 215.

(2) Dissemos acima que o princípio da capacidade geral e comum das pessoas colectivas dentro do princípio da *especialidade do seu fim*, sofria apenas as restrições provenientes, já da natureza das coisas, já da natureza dêsse seu fim, já das exigências do interesse social, já ainda do interesse da própria pessoa colectiva. Das restrições desta última natureza, porém, não falamos. É muito difícil no nosso direito fazer uma indicação por via geral destas últimas restrições. Elas variam de tipo para tipo e quási de caso para caso, consoante as espécies de entes morais que se consideram, desde as pessoas de utilidade pública e direito público até às sociedades. Essas restrições são tão numerosas e várias, como as formas que revestem a tutela e a fiscalização do Estado que nelas intervêm.

Quanto à capacidade de exercício, vimos já atrás que as pessoas colectivas não a têm, nem podem ter, sendo o exercício dos seus direitos cometido aos seus representantes, que não podem de modo algum considerar-se «órgãos» dum organismo que não existe. Todavia ainda a êste respeito, uma última questão queremos também tocar neste parágrafo. Esta. Se a pessoa colectiva não tem capacidade de exercício e carece, portanto, de representantes, ¿qual então a sua responsabilidade pelos actos dêsses representantes? ¿Será ela também responsável pelos actos ilícitos dêstes últimos?

Claro que, no rigôr da lógica, a pessoa colectiva não pode ser responsável pelos actos ou factos culposos dos seus representantes. Sendo ela uma abstracção, as abstracções não podem ser susceptíveis de *culpa* ou imputabilidade. Simplesmente, a culpa não é o único fundamento da responsabilidade. Há, pelo contrário, responsabilidades que se fundam em outros princípios de justiça, como êste: é justo que quem tira proveitos do exercício da actividade duma outra pessoa, sofra também as conseqüências más dessa actividade. Ora, assim como as pessoas colectivas não poderiam viver, realizar os seus fins, obter as vantagens que se propõem, se não tivessem representantes que por elas ajam, assim também é justo que elas sofram os inconvenientes e riscos que de tal actividade resultam e que, portanto, sejam responsáveis pelos actos dêsses seus representantes. Eis uma doutrina geral, ou um princípio, perfeitamente admissível teòricamente. ¿Qual, porém, a doutrina do nosso direito neste ponto?

É manifesto que as pessoas colectivas são, em face do nosso direito, responsáveis pelos actos dos seus representantes, embora, dizendo isto, nos refiramos, antes de mais nada, só aos actos (actos ou omissões)-que envolvem responsabilidade civil de natureza *contratual*, isto é, proveniente

dos contratos como fonte de obrigações, sem porém nos referirmos à responsabilidade *extra-contratual*, ou *civil*, ou *civil conexa com a criminal*, ou puramente *criminal* (1). Esta última, já o dissemos, não é sequer mesmo concebível; as pessoas colectivas não podem ir para a cadeia.

Quanto à primeira espécie de responsabilidade (a civil e contratual), não deixa de ser evidente, com efeito, que o nosso direito positivo a reconhece, nos mesmos têrmos em que reconhece a responsabilidade dos mandantes pelos actos dos mandatários, ou dos representados em geral pelos actos dos seus representantes, em harmonia com o que dispõem os arts. 1345.º e 1350.º do Código Civil (2).

¿Será, porém, essa responsabilidade limitada apenas aos actos praticados pelos representantes dentro dos limites dos seus poderes? Ou ¿irá ela, inclusivamente, até ao ponto de vincular a pessoa colectiva ainda para além dêsses poderes, no caso de os ditos representantes os terem excedido? A

(1) Acêrca do conceito jurídico de responsabilidade, convém ter presente que êste significa a obrigação em que alguém pode incorrer para com outrém de o indemnizar, se o lesou, por todos os prejuízos que lhe causa (art. 2361.º). Se essa obrigação é inerente ao não cumprimento das obrigações contratuais, diz-se a respectiva responsabilidade *contratual* e esta é manifestamente *civil*. Se a obrigação de indemnizar se funda em quaisquer actos ou factos estranhos aos contratos, mas que violam ou ofendem os direitos de outrém, chamados *factos ilícitos*, a respectiva responsabilidade diz-se *extra-contratual* e pode ainda ser, ou mèramente *civil* (obrigando a uma indemnização), ou mèramente *criminal* (obrigando a uma pena decretada na lei, como reparação do dano causado à sociedade), ou *civil* e *criminal* ao mesmo tempo (obrigando à indemnização e à pena). Vide arts. 2363.º e 2364.º. A responsabilidade criminal é sempre acompanhada da civil; esta, porém, nem sempre o é por aquela, apesar da defeituosa redacção do art. 2365.º.

(2) Art. 1350.º: «o constituinte é responsável para com qualquer pessoa, nos têrmos do art. 1345.º, pelo que o mandatário tiver feito, como tal, em relação a essa pessoa»...; art. 1375.º: «o constituinte não pode excusar-se de cumprir tôdas as obrigações que o mandatário houver contraído em seu nome dentro dos limites do mandato».

êste respeito providenceia, relativamente ao mandato, o art. 1351.º, declarando que os actos que o mandatário praticar em nome do constituinte, mas fora dos limites expressos do mandato, são nulos em relação ao mesmo constituinte, se êste os não ratificar expressa ou tàcitamente. Parece assim que a pessoa colectiva não será responsável por êstes actos praticados pelos seus representantes. Deve, todavia, notar-se que estas disposições dizem apenas respeito às obrigações e à responsabilidade mèramente contratual proveniente do seu não cumprimento, de que resulta a lesão dum interesse privado, e assim é evidente que, tratando-se de tais actos, a responsabilidade da pessoa colectiva não está em causa, sempre que o representante tenha excedido os limites dos seus poderes. Não se aplicam elas, porém, aos *factos ilícitos* dos ditos representantes de que resulte uma responsabilidade meramente civil, ou civil conexa com uma responsabilidade criminal, mas *extra-contratual*, no desempenho dos serviços ou comissões de que se acham encarregados. E isto porque, relativamente à responsabilidade extra-contratual por factos *ilícitos*, a disposição que é aplicável ao caso, é a do art. 2380.º, donde claramente ressalta o princípio de que o representante obriga o representado, em responsabilidade civil, mesmo pelos actos dessa natureza que pratique excedendo as ordens e instruções recebidas (1).

Donde se conclui, portanto, como regra geral, que as pessoas colectivas são, como quaisquer mandantes em face dos seus mandatários, responsáveis em *responsabilidade civil contratual* por todos os actos jurídicos praticados pelos seus representantes dentro dos limites dos seus poderes, ficando

(1) Art. 2380.º: «Pelos prejuízos causados por criados de servir, ou por quaisquer pessoas encarregadas de certos serviços ou comissões, no desempenho dos ditos serviços ou comissões responderão os ditos criados ou pessoas solidàriamente com seus amos ou comitentes, salvo o regresso dêstes contra aqueles, quando houverem excedido as ordens e instruções recebidas».

logo por êles obrigadas (art. 1350.º); não, porém, pelos actos dêsses representantes, quando excedam êsses limites (art. 1351.º). E ainda: que as pessoas colectivas são, como quaisquer amos ou comitentes em face de terceiros, responsáveis em *responsabilidade extra-contratual civil, ou civil conexa com a criminal*, por todos os actos ilícitos praticados pelos seus representantes no desempenho da sua missão, ainda quando êstes houverem excedido as ordens e instruções recebidas (art. 2380.º) (1).

66. Finalmente, há que considerar também na vida das pessoas colectivas o seu têrmo. Como as pessoas singulares, assim também as colectivas acabam, morrem. Mesmo quando se dizem perpétuas, isto acontece, porque aquilo que se chama aqui perpétuo não é a própria pessoa colectiva, mas a natureza especial do fim ou interesse que com elas se tem em vista.

São três as ordens de factos que podem fazer extinguir as pessoas morais: ou a *extinção natural*, ou a *supressão legal* ou a sua *reforma*.

Diz-se, com efeito, que a pessoa colectiva se extingue naturalmente, quando todos os diferentes *elementos constitutivos de facto* deixam de existir. Claro que a hipótese de desaparecerem ao mesmo tempo todos êstes elementos é extremamente rara. As mais das vezes, o que acontece é desaparecer um ou outro só dêsses elementos. E, nesse caso, ¿o que se passa? ¿Extingue-se o ente colectivo?; ¿não se extingue? A questão não pode pôr-se duma maneira simples e única para tôdas as pessoas colectivas ao mesmo tempo. Por exemplo: ¿se desaparece o *elemento pessoal*?

Suponhamos que numa associação ou corporação desapareciam de repente todos os seus membros, vítimas duma

(1) Cfr. Guilherme Moreira, I, pág. 609.

catástrofe, um cataclismo, por exemplo. Claro está que neste caso deixaria de existir um *elemento constitutivo* essencial para a existência da pessoa e, portanto, esta deve lògicamente considerar-se morta (1). E todavia, mesmo nesta hipótese, há que distinguir, porquanto pessoas morais há, como as de direito público com o *jus imperii*, em que, existindo de mistura com os outros elementos da associação certos elementos *institucionais* e permanentes, o ente permanece na vida, mesmo que tenham morrido todos os seus membros individuais. Um concelho, ou uma freguesia, não se extinguirão como pessoas morais, mesmo quando um cataclismo possa ter levado desta para melhor todos os munícipes ou todos os fregueses. Não sucede, porém, já o mesmo com as pessoas colectivas de direito privado.

Quanto às fundações, deve notar-se que também elas não se extinguem, salvo casos excepcionais, pelo desaparecimento do «*elemento pessoal*». Já sabemos que êste elemento é constituído, neste caso, pelo conjunto dos *beneficiários*. Ora êstes, normalmente, não poderão desaparecer todos. Tirando a hipótese duma fundação instituída no interesse dum número relativamente restrito de pessoas, como, por exemplo, dos muti-

(1) Claro que não é preciso supôr um caso tão tétrico, como o do cataclismo de que falamos no texto, para que se possa falar no desaparecimento do elemento pessoal. Êste elemento pode também desaparecer, sem morrer ninguém, pela saída de todos os membros da corporação, ou ainda pela dissolução do vínculo corporativo, deliberada pela forma estabelecida nos estatutos ou na lei, ou por simples maioria absoluta, ou por uma maioria mais acentuada, ou exigindo-se uma certa representação do capital social. Assim é que as sociedades, por exemplo, se dissolvem por acôrdo dos sócios (art. 120.º, n.º 6, do Código Comercial). Pode falar-se dum suicídio do ente moral! Porém, estas normas sôbre a extinção natural das pessoas colectivas por supressão do elemento pessoal, em regra só vigoram a respeito das corporações e associações de carácter privado. Quanto às de direito público, ou não é possível a hipótese da extinção de todos os membros, ou a vontade dos seus membros não é bastante para dissolver o vínculo corporativo, dependendo tal dissolução apenas da autoridade do Estado. Dr. Tavares, pág. 229.

lados duma certa guerra, emquanto houver a possibilidade de existirem pessoas nessas condições para poderem gozar das vantagens da fundação, esta continuará a existir como pessoa moral. Faltando, porém, essa possibilidade, tanto poderá dizer-se que a fundação se extingue por desaparecimento do elemento pessoal, como por extinção do próprio fim em vista.

Diversamente se passam já as coisas, se o *elemento constitutivo* que vier a desaparecer fôr, não já o elemento pessoal, mas o próprio *fim* em vista. Se cessa o fim, ou se êste se torna impossível de qualquer maneira, então o desaparecimento dêste elemento terá como conseqüência fatal a extinção da pessoa colectiva, quer se trate de corporações, quer de fundações. E o fim pode cessar, já porque foi definitivamente atingido e realizado, já porque se tornou entretanto impossível materialmente, ou ilícito.

Outro *elemento constitutivo* da pessoa colectiva é, como também vimos, a existência dum *património*. E, se êste desaparecer, ¿qual o destino da pessoa? Deve igualmente notar-se a êste propósito que o simples facto de desaparecerem os bens *actuais* que formam êsse património, não é também, em geral, por si só razão bastante para o desaparecimento ou extinção do ente moral. Isto porque, para a existência dêste, neste seu aspecto patrimonial, basta também, como vimos, a *possibilidade* potencial de êle ter um património, não sendo indispensável que êste património se ache realizado. A única coisa que deve aqui notar-se é que, quanto às corporações e associações, o desaparecimento ou diminuição do património poderá em alguns casos, por expressa determinação da lei, ter como conseqüência a extinção da pessoa colectiva, como acontece com as sociedades comerciais (1). Mas isto são excepções relativas só às corporações. Quanto às fundações, sendo estas, pelo contrário, caracterizadas, como sabemos, pela destinação dum certo e determinado património à realização de certos fins, neste caso quere-nos antes parecer que então a extinção do património opera com efeito, *ipso facto*, a extinção do ente moral.

(1) Art. 12.º do Código Comercial, n.os 4 e 5.

Vejamos agora a segunda ordem de factos que podem produzir a morte das pessoas colectivas: a *supressão legal*. Com efeito, não há só, como também sabemos já, os *elementos constitutivos de facto*; há também o *elemento constitutivo de direito* para a existência da pessoa colectiva, que se chama o reconhecimento pelo Estado. Assim, se o Estado retira à pessoa colectiva o seu reconhecimento legal, ¿que acontecerá? ¿Morre a pessoa? ¿Não morre a pessoa? Ora aqui também é preciso proceder com grande cautela nas conclusões a formular. A supressão da pessoa colectiva por obra do poder público é uma espécie de morte violenta, semelhante a uma condenação à morte. Mas sabe-se que ninguém pode, nem o próprio Estado, dar sem mais nem para quê, arbitràriamente, morte violenta a um determinado sujeito de direito. Certamente, pode o Estado suprimir muitas vezes as pessoas colectivas, mas o que não pode é proceder nessa supressão arbitràriamente. As pessoas colectivas, para quem não foram ainda invocados até hoje direitos «originários» e naturais tão vigorosos como os das pessoas singulares (!), têm contudo também um direito à existência, desde que se achem constituídas em harmonia com a lei. Sendo assim, só a lei ou os órgãos do Estado, procedendo em harmonia com ela, é que podem retirar-lhes a personalidade. Pode, logo, evidentemente, o poder legislativo, que é o dono da lei, extinguir as pessoas colectivas que quiser (1). Mas não podem os

(1) Exemplo: o que se passou com a supressão de tôdas as associações e congregações religiosas, em 1910. Claro que, dizendo no texto que a lei pode fazer tudo que quiser e suprimir, a seu talante, tôdas as pessoas morais, me coloco num ponto de vista *formal*, por ser a lei, formalmente, a única fonte de direito. Não abordo, porém, a questão de saber se a lei, ou o Estado no seu aspecto de poder legislativo, podem fazer tudo que

órgãos administrativos do Estado, nem o poder executivo, não obstante serem êles quem em muitos casos têm competência para as autorizar e reconhecer, suprimi-las por isso pura e simplesmente. E isto porque, se é certo que autorizando-as e legalizando-as com o seu reconhecimento, no momento da sua criação, o govêrno não faz mais do que obedecer à lei, suprimindo-as arbitràriamente procederia contra a lei, violando o direito. Donde resulta que pode e deve o poder judicial recusar-se a reconhecer efeitos a qualquer acto violento e ilegal com o qual o govêrno ou os seus órgãos possam decretar a supressão violenta de qualquer pessoa colectiva. Sem dúvida, seria ridículo invocar aqui um direito «originário», como o direito à vida, à existência, reconhecido às pessoas singulares, como pressupôsto da aquisição de direitos. Mas pode invocar-se o princípio da legalidade, que declara invioláveis todos os direitos pessoais ou patrimoniais, sejam de quem fôrem, quer tenham por suporte indivíduos físicos, quer entes morais.

E, finalmente, pode também a pessoa colectiva finar-se, como atrás dizemos, em virtude da sua *reforma*. ¿Que se entende, porém, aqui por reforma? Entende-se aqui por reforma, neste caso, não qualquer reforma, no sentido de alteração acidental no estatuto, ou lei orgânica, da pessoa colectiva, mas no sentido de modificação do seu *fim*, de transformação dêste fim, ou de dissolução e incorporação da pessoa numa outra com fim diverso. Com efeito, não só por supressão pura e simples, mas ainda por transformação noutra, ou por fusão com outra, pode uma pessoa colectiva extinguir-se. Dá-se a *transformação* do fim, quando o ente aparece destinado ao serviço dum outro fim completamente diferente do que tinha até aí, de modo que a personalidade

quiserem, sem limites de ordem moral e jurídica impostos à sua actividade; se podem legislar o que lhes der na cabeça. Essa questão da subordinação do Estado ao direito e à ordem moral não tem aqui que ser examinada.

até então caracterizada por um determinado fim, é substituída por uma personalidade caracterizada por um fim diverso. Dá-se a *fusão*, quando uma pessoa colectiva que deixou de ter uma vida própria e autónoma, se integra a partir de certo momento numa outra, perdendo a sua personalidade.

Ora é preciso notar a êste respeito que, tirando as pessoas colectivas de direito público, o Estado não tem em regra intervenção na reforma das outras, entendida neste sentido, fora dos casos em que uma tal reforma equivale à revogação do reconhecimento e, portanto, à supressão, de que já tratamos. Por outras palavras: para a reforma das pessoas colectivas de direito privado, decisiva é só a vontade dos associados ou do fundador, recaíndo-se assim, quanto a êste modo de extinção, na categoria da extinção natural por falta dum *elemento constitutivo* de facto, que é precisamente o *fim* até aí existente que os vários associados se tinham proposto atingir, ou a que visava a administração do património destinado por um fundador. Isto é, em tal caso dar-se há a-final a morte da pessoa colectiva por vontade dessa entidade e nascerá uma outra, cuja legitimidade se achará sujeita aos mesmos trâmites que já conhecemos.

Eis como se extinguem as pessoas colectivas. Com isto, porém, não está ainda tudo dito. Extinguindo-se, a pessoa colectiva dá lugar ainda a um importante problema que muito interessa a ordem jurídica. ¿Qual o destino do seu património? Sabido é que os bens e direitos, constitutivos do património dum sujeito de direito, não se extinguem pelo facto da morte dêsse sujeito; com êle só se extinguem os direitos pessoais. Isto acontece também com as pessoas singulares, cuja morte, fazendo impôr um certo destino ao complexo objectivado das suas relações jurídico-patrimoniais, leva precisamente a falar em «sucessão hereditária». Ora há também — ¿porque não dizer assim? — uma espécie sucessão hereditária das pessoas colectivas. ¿Qual?

Certamente, há de ser a lei quem o determina.

A lei diz, porém, segundo o Código Civil, no seu art. 36.º,

que, se alguma das *corporações ou associações perpétuas de utilidade pública* por qualquer motivo se extinguir, os seus bens serão encorporados na Fazenda Nacional, quando lei especial lhes não tenha dado outra aplicação, ou quando alguns dêsses bens não devam ter por vontade de bemfeitor ou fundador, outro destino (1). Donde, metòdicamente, há que depreender o seguinte. *Primeiro:* que, ou se trata de «*associações e corporações perpétuas de utilidade pública*», como hoje se diz no texto actual do art. 35.º, ou não se trata; isto é, ou se trata de quaisquer outras. Sabemos já que estas outras não podem ser senão as não perpétuas, as de utilidade pública e particular conjuntamente e as de mero interesse e utilidade particulares. *Segundo:* que, se se trata de «*associações e corporações perpétuas de utilidade pública*», os seus bens serão, em caso de extinção, ou dados ao destino que lei especial, se a houver, indicar; ou, caso contrário, encorporados na Fazenda Nacional, devendo contudo ter-se em consideração, como já vimos, que, se tiver havido deixas feitas por fundadores ou bemfeitores da pessoa colectiva, que tenham disposto àcêrca do destino ulterior dêsses bens para o caso de extinção desta, deverão também respeitar-se tais cláusulas. Esta a doutrina geral, segundo a nossa lei. Mas devemos apressar-nos a completá-la dizendo também, quanto às pessoas colectivas de *utilidade mèramente particular* (2), que a elas

(1) Vide alteração do Decreto de 16 de Dezembro de 1930, no § único do mesmo art. 36.º.

(2) Entendemos que as corporações e associações de *utilidade pública e particular conjuntamente* não se acham incluídas na disposição dos arts. 35.º e 36.º, para o efeito do destino a dar ao seu património, em caso de extinção. Se é certo que a lei as têm equiparado às de utilidade pública quanto ao regime da sua incapacidade para adquirir bens imobiliários (Vid. *supra*, pág. 358, nota), quanto ao destino do seu património, porém, cremos que se acham sujeitas a princípios semelhantes aos que vigoram para as sociedades. A prova disto está no que se passa com as associações de classe e com as associações de socorros mútuos, a respeito de cujos bens, em caso de extinção, providenciam as leis de 9 de Maio de 1891 (art. 13.º) e de 2 de

se aplicam ainda as regras do contrato de sociedade (art. 39.º) e que, portanto, os seus bens terão, em caso de extinção, o destino que pelos próprios interessados lhes fôr dado, procedendo-se à sua liquidação e partilha nos têrmos dos códigos civil e comercial (1).

E ainda isto não é tudo. A doutrina do código nos têr-

Outubro de 1896 (art. 27.º). Claro é que tais associações não são de *utilidade pública*, nem são necessàriamente *perpétuas*, não se lhes podendo aplicar a doutrina do art. 36.º do Código, quanto ao destino do seu património em caso de extinção. Mas, por outro lado, também não são «sociedades» do tipo das civis ou comerciais, a que se apliquem os preceitos dos dois respectivos códigos para o caso de dissolução. São antes associações e corporações de *utilidade pública e particular conjuntamente*, tendo por objecto interesses materiais. Ora nós vemos que as referidas leis tratam o seu património, quanto ao destino que lhe dão, quando se extinguem, duma maneira especial, que se aproxima mais da liquidação do património das sociedades do que da liquidação do património das pessoas morais perpétuas e de utilidade pública. Tratam-no desta maneira: por exemplo, quanto às associações de classe, no caso de dissolução, proceder-se há à liquidação dos haveres da sociedade e, pagas as dívidas, proceder-se há à partilha do resto dos valores, conforme os estatutos, ou, quando êstes nada disserem, serão os bens distribuídos pelas associações de socorros mútuos do respectivo distrito, na proporção do número de sócios que cada uma tiver tido no último dia do ano anterior. Quanto às associações de socorros mútuos, dispõe o Decreto de 1896 que, pagas as dívidas, se procederá à partilha dos bens, também consoante os estatutos: se, porém, êstes nada dispuserem, serão reembolsados os sócios efectivos, existentes à data da dissolução, das quantias por êles desembolsadas a favor da sociedade e respectivos juros de cinco por cento; o resto será distribuído pelos indivíduos pensionados pela associação na proporção das suas pensões, se os houver; ou, se os não houver, será distribuído pelas outras associações de socorros mútuos do distrito, na proporção do número de sócios que cada uma tiver no último dia do ano anterior, como no primeiro caso.

É quanto basta, crêmos nós, para devermos reservar, portanto, um lugar especial às corporações e associações de interesse e utilidade pública e particular conjuntamente, diferente do das sociedades pròpriamente ditas e das pessoas morais de utilidade pública e perpétuas, de que trata o art. 36.º, quanto ao destino do seu património, ao fazermos uma classificação das pessoas colectivas neste último ponto de vista. Cfr. Guilherme Moreira, I, pág. 325.

(1) Código Civil, arts. 1248.º e 1280.º e Código Comercial, art. 130.º.

mos que acabam de ser expostos, foi também já posteriormente completada, ou modificada, no tocante a uma certa outra categoria de pessoas morais também de utilidade pública, pela lei de 11 de Setembro de 1915, que remete para a lei de Assistência pública, de 25 de Maio de 1911. Ora, segundo estas leis, os bens das irmandades, confrarias, ou outras associações de assistência, beneficência ou piedade (instituïções de piedade) que se extinguirem, passarão às respectivas comissões distritais de Assistência pública, ou seja, à Comissão Central de Lisboa e às distritais dos outros distritos, devendo em todo o caso os rendimentos dêsses bens ser dispendidos em serviços idênticos, nas freguesias onde existiram as corporações que se extinguiram e com a intervenção da junta de paróquia respectiva.

E assim teremos, finalmente, como uma última classificação das pessoas colectivas a considerar, no ponto de vista do destino dos seus bens, em caso de extinção, a seguinte:

a) corporações e associações perpétuas de utilidade pública. Os seus bens, ou recebem o destino que leis especiais lhes derem, ou são encorporados na Fazenda Nacional; ou ainda, quanto aos que lhes foram deixados com certas cláusulas, têm êstes o destino que nelas lhes fôr fixado (arts. 35.º e 36.º do Código Civil e do Decreto de 16 de Dezembro de 1930);

b) corporações ou associações de beneficência e piedade perpétuas ou temporárias. Os seus bens serão entregues à respectiva Comissão Distrital de Assistência e, portanto, ainda ao Estado (referidos decretos de 25 de Maio de 1911 e 11 de Setembro de 1915) (1);

(1) Não deixe de notar-se que o destino dos bens das pessoas colectivas a que se referem os referidos decretos, não é mais do que um caso especial de aplicação do princípio geral do art. 36.º, pois, em última análise, a Assistência Pública é ainda o próprio Estado. Os seus bens vão pois também para o Estado, quer estas pessoas colectivas sejam perpétuas, quer mesmo temporárias.

c) corporações e associações de utilidade pública e particular conjuntamente, como associações de classe e de socorros mútuos; os seus bens são distribuidos segundo critérios especiais, mas dando-se sempre preferência ao que dispuserem os estatutos e, portanto, à vontade dos sócios (1); e, finalmente;

d) corporações e associações de mero interesse particular, como as sociedades civis e comerciais. Os seus bens terão, em caso de extinção, o destino que lhes fôr marcado pela vontade dos associados — e é o caso das sociedades (art. 39.º do Código Civil e 130.º do Código Comercial) — ou, na sua falta, reverterão aos seus herdeiros.

Tem-se discutido qual o título e a natureza do direito que nos casos das alíneas *a)* e *b)* fazem reverter para o Estado os bens das extintas pessoas colectivas, havendo quem sustente que êsse direito é um direito de *ocupação* e quem sustente que êle é um direito de *sucessão.* A questão é bisantina e, como tal, susceptível de receber as soluções mais imprevistas. Claro é que pode falar-se de «*ocupação*» pelo Estado; mas, se de ocupação se trata, como então se tratará de coisas e bens que a ninguém pertencem *(res nullius),* deve lògicamente admitir-se que nesse caso não só o Estado, como ainda qualquer particular, se poderão apropriar delas, fazendo-as suas. Como igualmente pode falar-se de «*sucessão*»; todavia notemos também que, se de verdadeira sucessão se trata e se esta é da mesma natureza que a sucessão hereditária das pessoas singulares, então há que reconhecer também, lògicamente, que esta deveria ser de duas espécies: ou testamentária ou legítima; ora como, afastada a primeira por natureza das coisas, não há aqui parentes sucessíveis, nem cônjuges das pessoas colectivas, o Estado será a-final, necessàriamente, o seu único «*herdeiro legítimo*». Qualquer destas soluções lógicas morre, porém,

(1) Vid. nota 2 de pág. 400 e 401.

pelo que tem de fantasioso e de muito forçado perante os verdadeiros princípios de interesse e ordem pública por que se rege todo êste instituto, e porisso é indiscutivelmente preferivel e mais sensato falar neste caso dum simples *direito de devolução* (1) a favor do Estado que, como diz o sr. Dr. José Tavares, a lei ou o direito objectivo expressamente declara e que acha a sua justificação no próprio fim público das pessoas colectivas de cujos bens se trata. Esta nos parece também ser a boa doutrina. Tais disposições, como a do art. 36.º do código e a dos arts. 38.º e 52.º do Decreto de 25 de Maio de 1911, são evidentemente de interesse e ordem pública. A vontade das partes não as pode alterar e apenas, como limitação a esta doutrina, se admite hoje, como já notamos, que sejam plenamente válidas as cláusulas com que os fundadores ou bemfeitores de qualquer pessoa moral estipulem, no acto das suas liberalidades, o destino a dar aos bens, no caso de extinção das pessoas morais contempladas (2). Assim, haverá sempre que atender, na hipótese de extinção, a quaisquer bens que por quaisquer bemfeitores ou fundadores tenham

(1) Cfr. Dr. José Tavares, pág. 235 e seg.

(2) Já anteriormente se discutia a possibilidade ou validade de quaisquer cláusulas acrescentadas pelos doadores ou bemfeitores às deixas ou doações com que fôssem contempladas as pessoas colectivas e em que se prescrevesse por parte dos bemfeitores o destino a dar aos bens, em caso de extinção das referidas pessoas, quer se tratasse de pessoas colectivas de direito privado, quer de direito público. Guilherme Moreira sustentava (*obr. cit.*, I, pág. 326) a validade de tais cláusulas, tanto num caso como no outro. O sr Dr. José Tavares parece, porém, negá-la, considerando tais cláusulas, que determinem o destino a dar aos bens, em caso de extinção, pelo menos das pessoas morais, como nulas, por contrárias a um preceito legal de interesse e ordem pública (*obr. cit.*, II, pág. 238). Deve notar-se que esta questão está hoje resolvida legalmente, no sentido da primeira solução, depois da reforma do art. 36.º do Código Civil pelo Decreto de 16 de Dezembro de 1930. No § único que foi acrescentado a êsse artigo, lê-se: «são válidas, porém, as cláusulas em que os fundadores ou bemfeitores de qualquer pessoa moral estipulem o destino a dar aos bens no caso de extinção».

sido deixados à pessoa moral, qualquer que ela seja, com a cláusula que lhes atribua um certo destino, para, extinta ela, ser dado a êsses bens tal destino, independentemente do destino que por lei deverão ter os outros elementos do seu património. Nisto se resume a doutrina do nosso direito positivo, nos seus princípios mais gerais, relativamente ao destino do património das pessoas colectivas, depois da sua extinção (1).

(1) Tratando do destino do património das pessoas colectivas, depois de extintas, ocupamo-nos no texto só das *corporações e associações*. ¿Que dizer, porém, das fundações? Extinta uma fundação, para onde irá o seu património? O art. 36.º, como é bem evidente, não nos fala senão de corporações e associações e nunca, por meio duma interpretação gramatical estrita, aí poderíamos incluir as fundações. E o mesmo se diga da lei de 11 de Setembro de 1915 sôbre assistência pública e da de 25 de Maio de 1911, onde se fala, quando muito, em «*instituições de piedade*».

Todavia, parece-nos que, na falta de disposições expressas, os princípios da extensão analógica, senão mesmo os da interpretação extensiva, nos permitem aplicar a doutrina do art. 36.º e da restante legislação às fundações, suprindo não já só as omissões, como as confusões deploráveis do legislador nesta matéria.

Assim é que pensamos que, se nada se tiver estipulado no *acto de fundação* com respeito ao destino dos bens em caso de extinção, há que recorrer aos princípios gerais relativos à matéria de corporações e associações. Primeiro que tudo, haverá que atender ao que se acha estabelecido no *acto de fundação*, na previsão desta hipótese. Caso aí nada se preveja, então, como não é possível para as fundações a sua extinção voluntária, nem, conseqüentemente, uma ulterior manifestação de vontade dos beneficiários quanto ao destino do seu património (a vontade do seu *elemento pessoal*, como vimos, não desempenha aí uma função activa), há que reconhecer que só o Estado pode ter título bastante para adquirir o seu património, a não ser que lei especial o atribua a qualquer outra entidade; isto é, o Estado é aqui, e não pode deixar de ser, uma espécie de *herdeiro* único. Logo os bens da fundação serão também, como os das corporações e associações perpétuas de utilidade pública, encorporados na Fazenda nacional, sem possibilidade sequer de se afastar dêste caso a aplicação do art. 36.º, embora êste nos não fale nas fundações. Contudo, entendemos também que, tratando-se de fundações de utilidade pública, com o mesmo carácter das corporações a que se referem as leis de 1911 e 1915 (irmandades, confrarias, ou outras associações de assistên-

Tratamos até aqui da personalidade jurídica no seu duplo aspecto da personalidade singular e da personalidade colectiva e referimo-nos, quanto a esta última, nomeadamente, a todos os mais importantes problemas que se levantam, já no seu estudo teórico, já na sua regulamentação legal. Tudo foram, porém, de quanto delineamos até aqui, apenas traços gerais, princípios fundamentais e quadros assás flexíveis e amplos no estudo até agora feito e necessàriamente muito incompleto sôbre esta matéria, sem dúvida, uma das mais difíceis e intrincadas do direito civil moderno. Para o terminarmos, apenas nos resta ainda dizer duas palavras sôbre o regime jurídico daquelas corporações e associações que, embora parecendo-se com as pessoas colectivas — pessoas morais e sociedades — a ponto de ser possível muitas vezes confundi-las com elas, todavia não são dotadas de personalidade autónoma. ¿Que regime é êsse?

Antes de o indicar, é preciso saber primeiro que corporações e associações são estas. São, evidentemente tôdas aquelas a que, como já foi notado, ou falta qualquer dos elementos constitutivos indispensáveis para serem dotadas de «*individualidade jurídica*», ou, não lhes faltando nenhum dêsses elementos, todavia o não são, porque a lei expressamente não quere que o sejam, ou porque ainda não foram personalizadas. Citamos já alguns dêsses agregados ou pluralidades de pessoas, ou mesmo de bens, que não chegam a ser pessoas colectivas (1).

---

cia, beneficência ou piedade — *instituições de piedade*), a mesma razão deve fazer abranger nas disposições destas leis, relativamente ao destino dos bens, em caso de extinção, os bens dessas fundações, que assim passarão às respectivas comissões distritais de assistência. Cfr. Guilherme Moreira, I, pág. 324.

(1) *Supra*, pág. 360 e 361. É conveniente notar que estas associações, de que aqui tratamos, não se deixem confundir nem identificar com as *sociedades*, de que já falamos acima, a-pesar de não faltarem escritores que as têm querido identificar, como Cosak, Plank, Crome, e Hölder, chamando-lhes sociedades modificadas, *irregulares*, ou sociedades de estrutura corporativa. Tal tentativa representa, porém, mais um esforço no sentido de extender às

Sabido é que tôdas as associações e corporações são, desde que se não proponham fins reprovados pela lei, permitidas e lícitas. O direito de associação é um dos direitos «originários» que, segundo o código, resultam da própria natureza do homem (art. 359.º, n.º 4). Simplesmente, o direito civil não regula expressamente a vida ou o regime jurídico de tais associações. Não se achando reconhecidas legalmente como pessoas jurídicas, não são sujeitos de direito *a se*, independentemente dos indivíduos que as constituem; são apenas agregados de relações jurídicas, redutíveis aos sujeitos ou pessoas singulares em que se decompõem; ou são complexos de relações entre várias pessoas que se acham entre si associadas pelas mais variadas formas e para os mais variados fins, e mais nada. Podia à primeira vista pensar-se que tais associações e corporações fôssem a-final o mesmo que as «sociedades» civis ou comerciais de que já tratamos. É, porém, manifesto que tal não acontece, pois as «sociedades», que não hesitamos em considerar também pessoas colectivas, são apenas as que assumem os tipos defenidos nos códigos civil e comercial, e essas outras associações

---

associações não reconhecidas o regime jurídico das verdadeiras sociedades de fim lucrativo, do que uma convicção científica sôbre a identidade substancial das duas formas jurídicas. Na verdade, a inferior posição destas associações não reconhecidas, relativamente às pessoas morais, é a mesma que elas ocupam relativamente às sociedades personalizadas na sua qualidade também de pessoas colectivas. Assim, essa posição não pode deixar de ser, como escreve Ferrara, muito mais *precária* e *frágil*, perante a ordem jurídica, do que a das pessoas colectivas e, portanto, do que a das sociedades pròpriamente ditas. São demasiado sensíveis as diferenças que se notam entre elas, para que as possamos identificar. Baste-nos aqui salientar as seguintes: as sociedades assentam numa relação de índole fiduciária entre pessoas *determinadas*, constituindo-se *intuitu personae*, de modo que a morte ou a saída de qualquer sócio as faz extinguir, ao passo que as associações se fundam na mutabilidade e fungibilidade dos associados que entram e saem, sem influência de maior sôbre a vida do ente moral. Além disso, as sociedades obedecem a tipos fixos determinados *a priori* pela lei e propõem-se necessàriamente fins lucrativos; e as associações não são mais que formas

podem existir e existem absolutamente fora dêsses tipos e quadros. As «sociedades» têm exclusivamente fins *lucrativos* e abrangem (as civis sempre) pessoas determinadas, ao passo que as associações, das quais agora tratamos, podem ter em vista fins de outra natureza (morais, científicos, religiosos, de utilidade privada ou pública) e compreender um número limitado, ou ilimitado, e sempre variável de pessoas (1). Por exemplo, um determinado partido ou liga política, uma academia científica ou literária, uma filarmónica, uma congregação religiosa, podem constituir associações de indivíduos que, tendo-se associado livremente para fins de interesse comum e podendo possuir bens próprios, todavia não são (podem não ser) nem pessoas morais, nem sociedades. São simples associações não personalizadas. Pois bem: é a respeito destas relações jurídicas que pode preguntar-se: ¿qual o seu regime? Ora, como a lei o não define expressamente, porisso é que, antes de mais nada, é preciso recorrer, para o definir, aos princípios gerais de direito e especialmente aos que regulam a matéria dos contratos, só se lhe podendo aplicar em certos casos, por analogia, os princípios relativos às sociedades.

Primeiro que tudo: ¿poderão essas associações não per-

variadíssimas de associação entre os homens, assentando no princípio fundamental da liberdade das convenções e da autonomia da vontade das partes, resultando duma espécie de contrato *inominado* de associação, sujeito aos princípios gerais da matéria de obrigações. Não se trata, portanto, de pessoas morais nem de sociedades; trata-se da maior parte daquelas formas jurídicas especiais que se parecem, por vezes, muito com as pessoas colectivas, mas a que falta qualquer elemento para o poderem ser, ou que a lei não permite que sejam (muitas vezes poderiam fàcilmente sê-lo ou estarão até nas vésperas de o ser). Trata-se, emfim, dos mais variados tipos de associações livres entre os homens, que não chegam porém a revestir a forma jurídica da personalidade colectiva. Cfr. Ferrara, *Trattato*, I, pág. 711 e 712.

(1) Art. 1240.º: «é lícito a todos os que podem dispôr de seus bens e indústria associar-se com outrém, pondo em comum todos os seus bens ou parte deles, a sua indústria simplesmente, ou os seus bens e indústria conjuntamente, com o intúito de repartirem entre si os proveitos ou perdas que possam resultar dessa comunhão. É o que se chama sociedade».

sonalizadas ter também um património próprio? É evidente que sim. Se o indivíduo isolado pode possuir bens e utilizá-los para os seus fins pessoais, nada impede que os possa possuir também em comum com outros, utilizando-os para fins de interesse social. Tanto podem possuir bens as pessoas isoladamente, como conjuntamente numa associação de interesses, de vontades e actividades. Nesta segunda hipótese, porém, tanto podem êsses bens pertencer, ou ser atribuídos pela lei, a um sujeito de direito à-parte, distinto dos associados (pessoa colectiva), como aos próprios associados em comum, no caso de êles não chegarem a constituir uma unidade legal (simples associações). Se os bens pertencem a um sujeito de direito abstrato, temos a personalidade colectiva, com o regime já conhecido; se não pertencem, temos antes uma «*comunhão*» de bens, pertencentes aos diversos comunistas, como sujeitos de direito independentes. Simplesmente, uma tal comunhão pode ser regulada ainda de diversas maneiras e pode afastar-se mais ou menos do sistema normal da comunhão ou compropriedade de tipo romano do Código Civil, consoante, já a própria natureza especial da associação, já as determinações da livre vontade das partes (1). Isto é: posto no caso duma associação não

(1) A compropriedade ou comunhão *(condominium)* acha-se regulada no título III da Parte 3.ª do Código Civil, nos arts. 2176.º e seg. É a compropriedade das quotas partes ideais *pro indiviso* de tipo romano. Os comproprietários não podem dispôr *especificadamente* de qualquer parte do objecto comum, só podendo dispôr da sua quota parte *ideal* com as limitações da lei. O uso e administração da coisa comum far-se hão segundo os princípios que vigoram para as sociedades. Nenhum comproprietário é obrigado a permanecer na indivisão, podendo sempre pedir a partilha, excepto no caso de casamento, de *sociedade*, ou de indivisibilidade da coisa. Finalmente, não podem renunciar ao direito de pedir a divisão, podendo apenas convencionar que a coisa se conserve indivisa por certo tempo, não além de cinco anos. Ora, sendo êstes os traços capitais da compropriedade, vê-se que por meio dum contrato, como o de sociedade, podem contudo os associados obrigar-se voluntàriamente a permanecer na indivisão ou comunhão, afastando assim a aplicação do princípio da transitoriedade dêsse estado patrimonial.

personalizada não existir um sujeito de direito distinto dos associados, podem contudo êstes vir a achar-se numa situação da qual, práticamente, resultarão, por vezes, muitos dos mesmos efeitos que resultam da personalidade colectiva, quanto ao regime jurídico do seu património (1).

E isto mesmo que se diz do regime jurídico do património, pode também dizer-se pelo que respeita às relações entre a associação não personalizada e terceiros. Já sabemos que nas pessoas colectivas a individualidade jurídica que elas representam faz com que os seus membros, tomados isoladamente, não sejam considerados nem crédores, nem devedores, nos créditos e nas dívidas da pessoa colectiva; uma coisa é o ente moral, outra coisa são os seus membros. Ora nas associações desprovidas de personalidade não sucede o mesmo; aí os créditos e débitos da associação não são senão créditos e débitos dos associados, que ficarão portanto responsáveis com todo o seu património pela sua quota parte respectiva nas dívidas comuns. Deve contudo notar-se que, se isto é assim teòricamente, não deixa, porém, de poder convencionar-se por acôrdo das partes, no acto gerador da

(1) Sem dúvida, fracas serão a autonomia e a persistência dêsse património na sua subordinação ao fim da associação, se pensarmos que pela saída ou morte de cada um dos associados as suas quotas serão gradualmente retiradas dêsse fim e perdidas para a associação. Mas a êsse inconveniente pode fazer face a convenção entre as partes, segundo a qual se estabelece entre elas, mediante um pacto, o direito de acrescer de uns sócios com relação às quotas dos outros que fôrem saíndo ou morrendo. Pode preguntar-se se será válido um tal pacto. Mas nós cremos que, assim como no direito italiano, assim no nosso tal pacto é absolutamente válido, visto êle não infringir nenhuma lei de interesse e ordem pública. Como Coviello, diremos que tal pacto não importa uma renúncia definitiva ao direito de pedir a divisão e partilha, única coisa que a lei proïbe. Importa, sim, uma renúncia ao direito de propriedade à sua quota por parte do sócio. De resto, também tal renúncia não é proïbida, nem envolve pacto sucessório, mas simplesmente uma condição resolutiva do direito de compropriedade relativamente àquele sócio a respeito do qual se verificam ou a saída ou a morte. Cfr. Coviello, *Man.* pág. 236.

associação, ou por acôrdo entre o seu representante e terceiros no acto de contratarem, que cada associado só se responsabilizará até ao limite da quota com que entrou para a constituïção do património comum, obtendo-se dêste modo um resultado *pràticamente* semelhante ao que se obtém com a personalidade jurídica (1).

(1) Em todo o caso, parece-nos excessiva a doutrina que sustenta ser bastante, só por si, uma tal convenção havida entre os associados, no estatuto ou acto constitutivo da associação, para os isentar perante terceiros duma responsabilidade pelos débitos desta ainda para além da quota com que concorreram para o património comum. A doutrina de Gierke, sustentando que essa limitação da responsabilidade dos associados até ao limite do património social se deve considerar sempre fundada numa espécie de presunção geral, é manifestamente um exagêro insustentável perante o nosso direito. Se assim fôsse, a associação achar-se-hia dotada de personalidade jurídica, como as sociedades, desaparecendo tôda a distinção entre elas. Ora só as sociedades é que têm *ipso jure* um património até certo ponto distinto do património dos sócios, segundo os arts. 1272.º e 1274.º do Código Civil. De resto, se as convenções havidas entre os membros da associação os podem vincular, os efeitos de tal vinculação só podem dar-se com relação a êles, nas suas relações entre si, mas não vincular os terceiros que com a associação contratarem. Donde há que concluir, em nossa opinião, que, quanto à limitação da responsabilidade dos associados até ao limite da sua quota no património comum, essa limitação só se achará garantida quando ela se tiver convencionado, no momento do contrato, com quaisquer terceiros, quer essa convenção seja expressa, quer seja tácita, mas em todo o caso só quando ela concreta e positivamente ressalte de circunstâncias ou de factos reveladores de que o crédor aceitou contentar-se só com o património social como garantia do seu crédito.

Não deixemos de notar, porém, por último, que um ponto existe a respeito do qual não vemos maneira de as associações não personalizadas adquirirem a sólida posição das pessoas colectivas: êste é o relativo ao direito dos crédores particulares dos associados de se satisfazerem sôbre as quotas sociais ou sôbre a parte social do devedor, atacando directamente o património da associação. Perante um ataque por êste lado, não há autonomia do património desta última que resista, como resiste o das pessoas colectivas e, mesmo assim, nem de todas, como as sociedades. Basta atentar em que o património das sociedades civis, apesar de elas constituirem uma individualidade jurídica para com terceiros e, portanto, terem, segundo cremos, personalidade, pode contudo ser penhorado e executido pelos crédores particulares

E ¿poderá ainda dizer-se o mesmo também a respeito do exercício dos direitos da associação não personalizada? ¿Poderá dizer-se o mesmo a respeito dos efeitos dos actos jurídicos praticados pelos seus representantes? — E ainda, quanto aos efeitos da dissolução e conseqüente destino do património, ¿serão também práticamente idênticos o regime das associações não personalizadas e o das associações personalizadas?

Apenas ainda algumas palavras a êste respeito.

Quanto ao primeiro ponto, nenhuma dúvida, segundo cremos, se levanta de que a associação não personalizada pode contratar, estar em juízo e exercer todos os direitos dos associados por intermédio de representantes, seus chefes ou administradores, como as pessoas colectivas (1); e isto,

dos sócios, determinando a extinção da sociedade (art. 1274.° e § único). E o mesmo se diga das comerciais, com excepção das anónimas. Ora, se isto se passa com as sociedades, que, segundo opinamos, têm personalidade jurídica, ¿que diremos das associações não personalizadas? Como é sabido, foi esta uma das razões que levou Guilherme Moreira a recusar às sociedades em geral, incluindo as comerciais (com excepção das anónimas), a personalidade jurídica e a preferir falar a respeito delas em *autonomia* de património. Pois bem: nas associações não personalizadas, nem essa autonomia existe.

(1) É muito debatida a questão de saber se as associações não personalizadas podem receber por doação ou testamento, como o podem dentro dos limites da lei as pessoas colectivas. Em nosso modo de ver, tudo depende do modo como as doações ou liberalidades testamentárias forem feitas. Claro é que, se elas forem feitas com a intenção de beneficiar o ente moral na sua realidade abstracta, abrangendo os membros actuais e futuros, essas liberalidades serão nulas por falta de sujeito a quem possam destinar-se; ninguém pode doar ou testar a favor de pessoas inexistentes e indeterminadas. Porém, se as ditas liberalidades forem feitas a pessoas determinadas, embora associadas, existentes e certas, então elas serão válidas, porque nesse caso se destinam a sujeitos de direito reais, resolvendo-se num benefício feito individualmente a essas pessoas. Aqui a dúvida residirá, as mais das vezes, na falta de clareza das palavras empregadas pelo doador ou testador, para se saber se a doação ou testamento serão ou não válidos, consoante se poder fixar, ou não, que êles quizeram contemplar, ou os indivíduos que concretamente constituem a associação, ou a própria associação considerada como ente

claro está, não em virtude de ser a associação um sujeito de direito autônomo — já sabemos que o não é — mas em virtude das disposições de direito comum em matéria de mandato e representação. Mal se compreenderia, com efeito, que, podendo o indivíduo isolado fazer-se representar no exercício dos seus direitos, muitos indivíduos associados o não podessem fazer por intermédio dos mesmos representantes. De modo que também, neste aspecto, pequena diferença haverá, muitas vezes, entre uma pessoa colectiva e uma associação não personalizada. Quanto ao segundo ponto — dissolução e conseqüente destino do património — deve notar-se, por fim, que a diferença entre as duas formas jurídicas reside apenas no seguinte: isto é, em que, ao passo que as pessoas colectivas podem extinguir-se, como já vimos, por simples *extinção natural*, por *supressão* ou por *reforma*, as associações não personalizadas, estas, não o podem ser por supressão. Isto é: uma pessoa colectivada suprimida pelo Estado, depois de êste lhe retirar a individualidade jurídica, pode ainda continuar a existir como simples associação. E ainda, note-se: extinta a pessoa colectiva, os seus bens

moral. De resto, note-se que, mesmo no segundo caso, não deve concluir-se imediatamente a nulidade da disposição, sem mais nem para quê, mas deve primeiro ver-se cuidadosamente se a intenção do autor da liberalidade foi a de contemplar uma associação, mesmo como tal, que êle julgava poder vir a ser uma pessoa colectiva. Neste caso ainda, e se realmente a associação poder vir a obter o reconhecimento indispensável para se considerar personalizada, é óbvio que a disposição deverá ter-se como válida, embora sujeita a uma condição suspensiva: a de a associação se personalizar. Só no caso de ela o não poder conseguir, é que a disposição será nula. Cfr. Coviello, pág. 238.

Uma outra questão — igualmente muito debatida e a que queremos fazer, por último, uma leve referência — é também a de saber se serão válidas as deixas e liberalidades feitas às associações não personalizadas por *interposta pessoa*, que recebe o encargo de fazer redundar em benefício delas os bens recebidos. A questão oferece especial interesse àcêrca dos bens deixados a corporações ou congregações religiosas proibidas.

Tem-se sustentado, geralmente, que tais deixas são absolutamente nulas, com base nos arts. 1481.° e 1783.° do Código civil, que proíbem às pessoas

serão, como já vimos, ou devolvidos ao Estado, ou entregues ao destino que lei especial determinar, ou divididos e partilhados entre os seus membros, dando-se aí uma espécie de sucessão legítima *translativa* de domínio (1); emquanto que, no caso de extinção das simples associações, os seus bens serão divididos e adjudicados pura e simplesmente entre os associados, como na liquidação duma comproprie-dade ou na divisão duma coisa comum, regulando-se aí apenas, graciosamente, um domínio já preexistente dos próprios associados sôbre os bens e sendo, portanto, o título dessa devolução para êles não *translativo*, mas sòmente *declarativo* duma propriedade que já existia.

Nisto se resumem as principais diferenças entre as associações não autónomas e as pessoas colectivas no seu regime jurídico, tornando-se assim evidente, à primeira vista, que essas diferenças não são, pràticamente, tão importantes, que permitam ver desde logo a vantagem desta última forma jurídica. Precisamente, com fundamento no pequeno alcance de tais diferenças é que já se tem sustentado, por parte de muitos jurisconsultos, ser o conceito de pessoa colectiva a-final

inábeis para receber por doação ou testamento, receberem quaisquer bens, mesmo por interposta pessoa, vendo-se aí uma *fraus legis*. Seguimos, porém, a opinião contrária, defendida também por Coviello e perfeitamente compatível com o nosso direito, segundo a qual o princípio contido naqueles artigos nem sempre tem aplicação. Para que êle seja aplicável, é preciso que o testador ou doador tenha realmente querido contemplar uma *pessoa inábil* por intermédio doutra; só então poderá falar-se de fraude à lei. Mas, se o doador ou testador tiverem querido contemplar uma associação, não como associação, mas como um reduzido número de pessoas reais e hábeis para receber, então é manifesto que não há fraude à lei e que a liberalidade pode ser válida. Não assim, porém, se o autor da liberalidade teve em vista deixar os bens a uma associação de contornos tão vastos e indeterminados, que a liberalidade não pode deixar de equivaler a uma liberalidade feita para um fim ou interesse em geral, independentemente de quaisquer pessoas concretas e determinadas, como uma deixa à Igreja católica ou a uma ordem religiosa. Cfr. Coviello, *ibid.*

(1) *Supra*, pág. 399.

um conceito inútil ou, pelo menos, perfeitamente dispensável, pràticamente, visto as mesmas vantagens que êle proporciona, se poderem obter, com menos artifício de técnica jurídica, pela simples associação, mediante um complexo de *cláusulas contratuais*, as quais permitirão, tão bem como no caso da personificação, a defesa dos legítimos interesses sociais e colectivos. Não terminemos, porém, estas nossas considerações sôbre as pessoas colectivas, pondo fim a êste capítulo, sem notar ainda o que existe de exagerado nesta última opinião que nega, por assim dizer, todo o valor e tôda a utilidade de tal conceito. Trata-se, manifestamente, dum exagero. Certamente, tanto nas associações não reconhecidas, como nas pessoas colectivas, existe uma *estrutura corporativa*, uma *organização de fôrças individuais* tendentes a conseguir a realização de fins colectivos autónomos, que ultrapassam as fôrças dos associados considerados individualmente: fins que excedem, sem dúvida, os fins dos indivíduos.

É, porém, indubitável que tais fins colectivos e autónomos só podem conseguir uma meia-eficácia dentro da forma associativa simples. Só a forma jurídica da personalidade colectiva, pelo contrário, é que poderá garantir-lhes uma realização perfeita e adequada. A simples associação, como complexo de cláusulas contratuais, tem uma plena eficácia *para dentro* — digamos assim — isto é, nas relações internas entre os sócios, mas não *para fora*, isto é, nas relações externas entre os sócios e terceiros.

A associação resolve-se sempre numa *pluralidade* de indivíduos; a pessoa moral é uma verdadeira *unidade*. O património, na primeira, pertence aos sócios em compropriedade; na segunda, a um *ente ideal*, achando-se separado do património dos sócios. No primeiro caso, êle não constitui exclusivamente uma garantia dos crédores da associação; no segundo caso, constitui essa garantia. As associações, carecendo de personalidade, estão privadas de receber como tais doações ou legados, ou, se êstes lhes podem ser feitos por meio de expedientes e formas indirectas, êstes expedientes

são muitas vezes precários ou ineficazes; acham-se quási sempre ameaçados de nulidade, quando se não prove que com êles se quiz exclusivamente contemplar as pessoas dos sócios e mais nada; etc., etc. E o mesmo se diga, finalmente, dos contratos e obrigações contratuais, que só podem vincular os sócios individualmente, ficando êstes apenas crèdores ou devedores com uma responsabilidade que, a não ser combinações especiais, se extende sempre para além da sua parte no património social. Não há aqui aquela separação nítida de responsabilidades entre a associação e os associados, que é característica das pessoas colectivas, e que só artificialmente pode também procurar-se mediante o recurso a certas cláusulas de irresponsabilidade, mas cuja validade e eficácia são do mesmo modo, muitas vezes, duvidosas e precárias. Numa palavra: importa salientar, em conclusão, que a vida das associações não personalizadas è sempre uma vida incerta e sujeita a muitos perigos que ameaçam a consecução do fim que se propõem. Essa vida assenta sòmente na confiança e na boa vontade das partes contratantes, assim como nas de terceiros. Mas não é menos verdade que sempre circunstâncias fortuitas, como escreve Ferrara, podem sobrevir, que as destruirão fàcilmente, iludindo a espectativa dos associados ao entrarem para elas (1).

E, se isto se dá com as associações não personalizadas, em confronto com as personalizadas, ¿ que dizer então das instituïções ou fundações que não são sujeitos de direito, quando confrontadas com as fundações autónomas?

Aqui é mais evidente ainda a desvantagem das primeiras. Já vimos que as fundações não autónomas não passavam de deixas feitas aos herdeiros ou a terceiros com o encargo de manterem a aplicação dos bens ou rendimentos a certos fins mediante cláusulas *modais* ou *fiduciárias* (2). Estas cláusulas, porém, nunca podem garantir a inalienabilidade dos bens, limitando-se a impôr apenas aos com elas onerados obrigações pessoais cuja violação é sempre possível. Ou então trata-se de emprêsas puramente organizadas dentro do património duma pessoa, como sua propriedade, podendo esta modificá-las ou suprimi-las à sua vontade, sem que outras obrigações lhe fiquem impendendo, além daquelas que, como *dominus*, assumiu contratualmente. Tanto num caso como no outro, porém, serão bem precárias estas fundações, cujos fins estão assim bem longe de adquirir a eficácia social das verdadeiras fundações autónomas (1). Ora, ainda quando se negue a vantagem da personalidade colectiva com relação às corporações, julgando-se essa forma jurídica perfeitamente substituível pela da simples associação, contudo do que ninguém por certo duvidará é, pelo menos, da vantagem dessa idéa ou forma jurídica, quando aplicada às fundações, como *dispositivo técnico* para conseguir a afectação perpétua dum património à realização dum fim de interesse social e colectivo.

Estas considerações bastarão, cremos bem, para pôr mais uma vez em tôda a evidência a utilidade dêste conceito da «*personalidade colectiva*», aliás tão discutido, nos actuais domínios do direito privado. E, estudado assim, o «*sujeito de direito*», é tempo de passarmos agora ao estudo dos outros elementos da «relação jurídica», encetando imediatamente a importante matéria do «*objecto*» dela.

(1) *Trattato*, I, pág. 726.
(2) Ver *supra*, pág. 380, nota 2.

(1) Cfr. Ferrara, I, pág. 728 e Coviello, pág. 245

ÍNDICE

INTRODUÇÃO . . . . . pág. 5 a 10

CAPÍTULO I

O conceito de direito. ¿Que é o direito?

A) O Direito objectivo

1. Normas de conduta; noção geral. 2. As normas jurídicas e seus caracteres; o *direito objectivo*. 3. O direito e a moral. 4. Direito positivo e direito natural. 5. A justiça e a equidade. 6. Classificação das normas jurídicas. 7. A ciência do direito; os princípios ou dogmas jurídicos; disposições jurídicas; institutos jurídicos; a *Ordem jurídica* . . . . . pág. 10 a 45

B) O Direito subjectivo

8. Conceito e natureza do direito subjectivo. 9. O direito subjectivo e as qualidades ou posições jurídicas da pessoa. 10. As faculdades jurídicas e os *direitos potestativos*. 11. Classificações dos direitos subjectivos: *a*) direitos subjectivos *públicos* e *privados*; *b*) direitos *absolutos* e *relativos*; *c*) direitos *pessoais* e *patrimoniais*; *d*) direitos de personalidade e direitos sôbre coisas imateriais; *e*) direitos *transmissíveis* e *intransmissíveis*. 12. A classificação legal dos direitos do código civil. 13. Conceito de património . . pág. 45 a 71

CAPÍTULO II

As Fontes de Direito. ¿Como nasce o Direito?

14. Noções gerais. 15 A) — A *Lei;* seu conceito; lei em sentido material e em sentido formal. Diplomas legislativos: a lei pròpriamente dita e outros diplomas. 16. Formação da lei; sua promulgação e publicação. 17. Entrada em vigor da lei; ignorância da lei e êrro de direito. 18. Termo de vigência da lei. 19 B) — O *Costume;* seu conceito; os elementos ou requisitos do costume e fundamento da sua obrigatoriedade. 20. Prova do costume; costume e usos. 21 C) — A *Doutrina* e a *Jurisprudência;* seu valor actual como fontes. 22. O código civil português; fontes anteriores. 23. Noção histórica da sua elaboração. 24. Fontes do código civil. 25. Plano sistemático do código civil e sua crítica. 26. Idéa geral do movimento legislativo posterior que alterou o código, especialmente desde 1910. . . . pág. 71 a 134

CAPÍTULO III

Da aplicação e esfera de acção de direito

27. Noções gerais. 28. i) Verificação da existência e validade das leis ou normas. A constitucionalidade *formal* e a constitucionalidade substancial das leis. O art. 63.º da constituição de 1911 . pág. 135 a 142
29. ii) A interpretação das leis: conceito e objecto da interpretação; o sentido da lei *(mens legis).* 30. Espécies de interpretação: *autêntica* e *doutrinal.* 31. Os elementos da interpretação doutrinal: o *gramatical* e o *lógico: a)* elemento *racional; b)* elemento *sistemático; c)* elemento *histórico.* 33. Os *trabalhos preparatórios.* 34. Resultados da interpretação das leis: *a)* interpretação *declarativa* (lata e estrita); *b)* interpretação *extensiva; c)* interpretação *restritiva.* 35. Interpretação *enunciativa;* argumento *a contrario sensu;* interpretação *revogatória* . . . . . pág. 142 a 166
36. iii). A integração das lacunas da lei; conceito. 37. A «*analogia*» e os «*princípios de direito natural*» do art. 16.º do código civil. 38. Métodos modernos de interpretação e integração das lacunas da lei: *método do direito livre; método positivo* e *método histórico-evolutivo;* sua crítica . . . . . pág. 166 a 185

39. iv) Limites da aplicação do direito no tempo. A *não-retroactividade* das leis. 40. Teorias que procuram resolver êste problema e sua crítica. 41. Teoria preferida . . . . . pág. 185 a 212
42. v) Limites da aplicação do direito no espaço. Conceito de direito internacional privado . . . . . pág. 212 a 227

CAPÍTULO IV

Da Relação jurídica e seus elementos

43. Noções gerais; conceito de relação jurídica e dos seus elementos. 44. *(a)* Classificação das relações jurídicas debaixo dum critério objectivo: a personalidade; os direitos de família; os direitos reais; as obrigações e as sucessões . . . . . pág. 229 a 250

DIVISÃO I

O SUJEITO DE DIREITO

44. *(b)* A personalidade jurídica; o conceito de pessoa. Pessoas singulares e colectivas. Capacidade de gôzo e de exercício de direitos . . . . . pág. 251 a 255
A) Pessoas singulares. 45. Começo e termo da personalidade. O nascimento e seus requisitos. Protecção da lei aos nascituros. 46. Estado e capacidade civil das pessoas e sua modificação consoante a nacionalidade e a posição dentro da família *(status civitatis* e *status familiae).* 47. *Status civitatis;* condição jurídica dos cidadãos e dos estrangeiros. 48. Como se adquire e como se perde a qualidade de cidadão. 49. *Status familiae;* a posição do indivíduo na família; o parentesco por consanguinidade e afinidade. 50. Relação entre a pessoa e um lugar determinado; o *domicílio* (geral e especial, voluntário e legal); como se determina. 51. A *ausência;* conceito e espécies. Noções gerais. 52. A *ausência presumida* e seus efeitos: a *curadoria provisória.* 53. A *ausência declarada* e seus efeitos: a *curadoria definitiva.* 54. A *presunção de morte* e seus efeitos: 55. Factos e condições que influem na capacidade jurídica de pessoa: o sexo, a idade, a saúde física e mental; a prodigalidade; as conde-

nações penais; a falência. 56. O registo do estado civil; noções gerais . . . . . pág. 255 a 331

B) 57. Conceito de personalidade colectiva e sua justificação. 58. Divisões *doutrinais* das pessoas colectivas: *a*) pessoas colectivas de direito público e privado; *b*) corporações e fundações. 59. Outras divisões: pessoas colectivas civis e eclesiásticas; nacionais e extrangeiras. 60. Classificação doutrinal das pessoas colectivas de direito privado. 61. Classificação *legal* das pessoas colectivas, segundo o nosso código: de *utilidade pública*; de *utilidade pública e particular conjuntamente*; e de *utilidade particular*. *Perpétuas* e *temporárias*. 62. Corporações e instituïções que não são pessoas colectivas. 63. Elementos constitutivos das pessoas colectivas para poderem existir. 64. Princípio da sua existência. 65. Capacidade das pessoas colectivas e seus limites. 66. Fim da sua existência e destino do seu património. Condição das associações não personalizadas . . . . . pág. 331 a 417

ERRATAS

Págs.	Linha	Onde se lê	Leia-se
44	3	naturesa	natureza
59	12-13	existente êle e o devedor	existente entre êle e o devedor
96	9	condiziria	conduziria
125	17-18	apercebermo-nos	aperrebor-nos
186	24	no poderia praticar	não poderia praticar
195	18	por si só, situações jurídicas	por si só, apenas situações jurídicas
211	16	como êle se manifesta art. 8.º	como êle se manifesta no art. 8.º
242	6	e se pretenda	e se protenda
263	23	os menores em relação aos menores	os menores em relação aos maiores
359	da nota 2	todavia nele	todavia no código