

TEORIA GERAL DO DIREITO CIVIL

Aula teórica de 10 Outubro 2006:

Prof. Maria do Rosário Ramalho

Assistente: Dr. Carlos Soares, e falta outro assistente.

Vamos seguir o Tratado do Prof. Menezes Cordeiro, em quatro extensos volumes.

Vamos seguir a ordem do programa, que será indicado quando estiver disponível.

Obrigatório Código Civil.

Devemos ler ainda Oliveira Ascensão, e ainda Pais de Vasconcelos.

Recomenda-se ainda "Teoria Geral da Relação Jurídica" do Prof. Manuel de Andrade, o Prof. João de Castro Mendes e o Prof. Mota Pinto.

Quanto à avaliação:

Presença obrigatória – excelente memória fotográfica.

Vamos fazer 4 testes, um deles já antes do Natal.

Aula teórica de 12 Outubro 2006:

A primeira parte do nosso programa é uma parte de introdução ao Direito Civil, e à sua teoria geral. Nesta parte introdutória delimitaremos o âmbito do nosso estudo – o Direito Civil e dentro deste a Teoria Geral –, depois referiremos a evolução histórica, posicionar o Direito civil na ordem jurídica e do ponto de vista científico. Isto ocupar-nos-á por duas ou três aulas.

Procederemos hoje à delimitação do objecto da nossa disciplina. Esta é a primeira operação que se faz ao chegar a uma nova disciplina – tentarmos saber do que é que ela se ocupa. Poderemos decompor o título da própria disciplina. O que é o Direito Civil, no âmbito mais genérico da ordem jurídica? E dentro deste, o que é a sua teoria geral?

Hoje falaremos do que é, afinal, o Direito Civil. Em Introdução, dividimos a ordem jurídica, e designadamente da sua divisão principal entre direito público e direito privado. Falar em direito privado é falar em direito civil, que é o chamado direito privado comum. Se olharmos para a ordem jurídica no seu todo, o que vemos é que ela corresponde a um sistema, um conjunto de comandos normativos que é ordenado segundo parâmetros lógicos. Esses parâmetros permitem que ele seja compreensível do exterior como um todo – o sistema jurídico. Toda a ordenação da ordem jurídica é feita com base nesse conceito de sistema. Mas o sistema compõe-se em várias áreas ou subsistemas. É possível reconhecer centros de interesse diferentes, que permitem aglutinar comandos normativos diferenciados. Diz-se então que o sistema jurídico é composto por uma pluralidade de sub-sistemas, ou áreas jurídicas, ou ramos do Direito. A primeira grande divisão que aparece no seio do sistema jurídico, e que remonta a Justiniano e Ulpiano, é a divisão entre direito público e direito privado. Para chegarmos ao conceito de direito civil, temos que começar por esta divisão. No tratado do Prof. Menezes Cordeiro, encontramos uma pluralidade de critérios para a divisão entre Direito público e Direito privado. Leremos melhor no manual. Os critérios mais tradicionais são três:

1. O critério do interesse;
2. O critério da qualidade dos sujeitos;
3. O critério da posição jurídica dos sujeitos.

Critério do interesse – critério muito tradicional, que faz apelo para distinguir entre público e privado, àquilo que corresponde à motivação essencial das normas jurídicas. Se prosseguem interesses públicos, então são de Direito público. Falamos aqui de interesses gerais, comuns a uma certa comunidade. Se, pelo contrário, à norma jurídica subjaz um interesse particular, então a norma é uma norma de Direito privado. Este é um critério tradicional, que já se encontra em professores como Guilherme Moreira ou Cabral de Moncada. Mas este critério é falível. Há normas do Direito privado mas que prosseguem interesses públicos muito evidentes – família, penal, etc. Não podem por isso ser afastadas pelos particulares, que

não podem alterar critérios de casamento ou de filiação, etc. Todavia, o direito da família é de facto privado, e não público. Se à luz deste critério são normas de direito privado, prosseguem interesses públicos.

Mas também há áreas no direito público, que tradicionalmente se integram no Direito público, em que também são muito relevantes os interesses dos particulares – por exemplo, os direitos fundamentais, na sua possibilidade de invocação pelos particulares. Embora aqui estejamos no domínio do Direito Constitucional, a questão que se coloca é de saber se o Sr. A pode valer-se desse interesse no seu conflito face ao Sr. B. Do direito administrativo são também as questões dos direitos e garantias dos particulares face à Administração, que naturalmente prosseguem interesses dos particulares. Em suma, é hoje difícil, apenas pelo recurso ao critério do interesse, arrumar o universo jurídico em público e privado. Há zonas de intersecção cada vez maiores entre o público e o privado, o que acresce então ao crescente desuso do critério do interesse.

Critério da qualidade dos sujeitos – Tradicionalmente, dizia-se que uma situação jurídica pertencerá ao âmbito público ou privado consoante os entes que sejam titulares dessa situação jurídica sejam públicos ou privados. Se numa dada situação o titular for o Estado ou outra pessoa colectiva pública, a norma que o regula será uma norma de direito público. Se por outro lado os sujeitos forem A. E B., estamos perante Direito privado. Mas há vezes em que o Estado intervém em situações jurídicas enquanto privado, não perdendo a qualidade de entes públicos. Por exemplo, quando o Estado compra ou vende imóveis, quando celebra contratos individuais com trabalhadores, etc. Ou seja, assim este critério não se mostra satisfatório.

O terceiro critério atende não à natureza jurídica dos sujeitos ou à sua qualidade, mas ao modo como actuam. Assim, diz-se que estamos no âmbito do direito público quando um ente público intervém no âmbito dos seus poderes de autoridade – jus imperii. Estamos no âmbito do direito privado quando não se exercita o jus imperii. Este critério é o mais comum, que foi sufragado pela maioria da doutrina portuguesa. A distinção entre Direito público e Direito privado decorre da conjugação deste último critério – a actuação dos sujeitos com ou sem jus imperii – com o critério do interesse, considerando apenas o critério do interesse apenas como critério de preponderância. Se considerarmos que o critério do interesse não é de aplicar a cada norma individualmente considerada, mas a um conjunto normativo relevante, podemos facilmente concluir que no direito da família as normas são eminentemente privadas, apesar de algumas prosseguirem fins públicos, por exemplo. Ou seja, atentaremos então ao interesse predominante para saber se uma área é pública ou privada, e não norma a norma, ou caso a caso, e sempre conjugando também isto tudo com a da posição dos sujeitos, numa hierarquia de critérios. Ou seja, o critério de interesse não é dominante.

Chama-se ainda a atenção a duas ideias-chave a que o Prof. Menezes Cordeiro apela. Essas ideias são, no caso do Direito privado, as ideias de igualdade e liberdade, e no caso do Direito público autoridade e competência.

O Direito privado é dominado pela ideia de igualdade, no sentido em que os entes privados estão numa posição de paridade. Pelo contrário, o Direito público é dominado pela ideia de autoridade, porque por princípio o Estado – enquanto age com jus imperii – está numa posição de autoridade.

Por outro lado, o Direito privado é dominado pela ideia de liberdade – que se evidencia por os sujeitos privados poderem tomar todas as actuações que não sejam proibidas por lei, ou seja, podem fazer o que entenderem nos limites da lei. Já no Direito público evidencia-se a competência – os entes públicos só podem fazer as coisas para as quais tenham competência, sendo que a competência lhes é conferida por lei. Apesar de haver alguma margem de discricionariedade, a sua margem de actuação está delimitada positivamente, ao passo que nos privados o limite é negativo – só se estabelece o que não podem fazer.

Continua, ainda hoje, a ser útil distinguir entre Direito privado e Direito público. Historicamente, o

Direito privado é mais antigo – primeiro surgem as relações entre as pessoas, e só depois surge o Estado. O Direito privado é a fonte de todo o Direito, nomeadamente o Direito Civil. Isso também explica que o modo de construção das regras seja diferente. O Direito Civil começou por ser um direito tópico, enquanto o Direito Público é um direito por base racionalista. Esta distinção entre Direito público e privado tem ainda a virtuosidade de nos ajudar a identificar os ramos jurídicos, ajudando também a identificar os problemas, e a fonte onde ir procurar normas. As ideias-chave de que falámos há pouco são ainda úteis quanto à interpretação das normas, em termos do que será prioritário para perceber a aplicabilidade de uma norma.

Com tudo isto dito, não haverá dúvidas de que o Direito civil, enquanto direito entre os cidadãos, é direito privado. Trata-se do conjunto de normas que regula as relações entre os privados na prossecução dos seus interesses próprios. Isto justifica a história milenar doo Direito civil, e que o nosso direito civil seja ainda hoje um direito romano, ainda que mesclado com outras realidades.

Feita esta distinção, posicionemos melhor o Direito civil, e quais são as outras áreas do direito privado.

O Direito Civil é habitualmente reconhecido como direito privado comum. Porque se distingue entre o direito privado comum (direito civil) ou entre direitos privados especiais? Porque o direito privado comum é o que atende às situações jurídicas dos particulares enquanto cidadãos comuns. Por outro lado, os direitos privados especiais atendem à actuação, e à qualificação, dos cidadãos não enquanto c6omuns. Exemplos disto são o Direito Comercial e o Direito do Trabalho. O Direito Comercial, por exemplo, atende às situações dos cidadãos não enquanto tais, mas enquanto comerciantes. Isto justifica que haja para eles um subsistema que se distingue do direito civil. Raciocínio idêntico se aplica no caso do Direito do Trabalho.

Uma terceira área, de desenvolvimento mais recente, é a dos Direitos de autor, que é reconhecida como área autonomizada.

Quando falamos em direitos privados especiais, temos que ter em atenção que o grau de autonomia reconhecido a estas áreas em relação ao tronco comum – o Direito civil – é diferenciado. No Direito Comercial, ele tem apenas autonomia sistemática. Ele tem autonomia para se organizar num sistema à parte, mas obedece aos princípios do Direito civil. Noutras áreas há autonomia dogmática, porque os princípios são ou podem ser diferentes do Direito civil.

É bom reter que o Direito Civil, enquanto origem de todos os Direitos, é fonte de princípios e de quadros dogmáticos, ou quadros de referência, para outros direitos.

É bom retermos ainda que o Direito civil, face aos outros direitos privados especiais, é tronco comum, e é por isso subsidiário das outras áreas. Ou seja, não há corte, mas pode haver complementaridade – do especial pode-se subir ao tronco.

Não sendo importante, importa ainda reter que houve em tempos uma distinção entre Direito público, privado e social. No caso do Direito Social, as normas prosseguiam interesses colectivos. Esta distinção não é muito útil. Correspondeu a uma face da História – anos, 30, 40, 50... – mas hoje não faz sentido, porque muitos interesses colectivos foram abrangidos pelos interesses privados. Uma outra divisão é a que distingue Direito comum e direitos institucionais – para Oliveira Ascensão, o direito da família, ou das sucessões, orienta-se com uma instituição como centro. Mas uma instituição pode ser vista como um conceito sociológico, o que não abona muito à credibilidade desta tese.

O Direito civil é então a parte comum de todo o Direito privado.

Chegados aqui, há que distinguir entre o Direito Civil e a Teoria Geral do Direito Civil. Teoria geral, só por si, aponta para a distinção entre o Direito Civil por si e a sua parte geral, que pode ser feita desde logo a partir do Código Civil. Atentemos na divisão em Livros do Código Civil. Vamo-nos ocupar aqui da parte geral. Outros livros serão desenvolvidos noutras cadeiras do curso. Primeira questão: porquê uma parte geral? Sem prejuízo de um aprofundamento que faremos mais à frente, retenhamos que o nosso Código Civil é de inspiração racionalista, inspirado no Código Civil Alemão – o chamado BGB – e foi aí que fomos buscar esta divisão. A ideia em estabelecer uma parte geral surge, me primeiro lugar, para que se possam definir princípios, normas, conceitos (como o de relação jurídica), que podem depois ser aplicados às partes especiais (reais, obrigações, familiares, etc.). Esta é a razão pela qual está lá a parte geral. Substituiremos o conceito de relação por situação jurídica. Na parte geral, o conceito de relação jurídica está presente na parte geral, sendo depois decompostos nos seus diversos elementos. Em primeiro lugar, aparece a matéria das pessoas (a segunda parte do nosso estudo) – quem são os sujeitos de uma relação jurídica. Depois, ocupa-se das coisas. E depois ocupa-se da dinâmica como se formam as situações jurídicas – o negócio jurídico. Temos então uma teoria geral das pessoas, uma teoria geral dos bens ou coisas, e uma teoria geral do facto ou negócio jurídico. A parte geral tem ainda um outro ponto, o da tutela dos direitos – o exercício ou tutela jurídicos. Será a nossa quarta parte.

A parte geral ocupa-se ainda de duas outras coisas: uma delas é a dos direitos de personalidade (art.ºs 70ºs e ss. Do CC). Não são direitos fundamentais, note-se. Vamos tratar destas matérias aqui. Ocupa-se ainda a parte geral da lei aplicável a situações que envolvam sujeitos de vários regimes jurídicos, que será tratada em Direito Internacional Privado.

Aula teórica de 17 Outubro 2006:

Hoje falaremos da evolução histórica do Direito civil. O que foi a história ensina-nos o que é hoje a realidade, o que nos ajuda a compreender melhor o sistema de Direito civil hoje.

O primeiro aspecto a realçar é o da origem milenar do Direito civil. O Direito civil é a ordem jurídica mais antiga, porque a sociedade em primeiro lugar quis saber dos assuntos particulares de cada um como é óbvio. Não é por isso de estranhar que o Direito civil seja a área jurídica, ou uma das que surgiu primeiro. O moderno direito civil tem a sua génese no direito romano, que por seu turno ainda entronca em direitos mais antigos. O antecedente romanista do Direito civil actual é o jus civili romano. Hoje, pode dizer-se que o Direito civil é Direito romano actual. Quais são as características do Direito romano que são importantes para explicar a evolução e o caminho feito até ao Direito civil moderno? Em primeiro lugar, trata-se de um direito de base tópica, ou seja, um direito assente sobretudo nos problemas – parte dos problemas para as soluções, e encontra essas soluções por recurso a critérios pré-definidos. O pensamento tópico opõe-se a pensamento sistemático. É um pensamento de resolução do caso concreto, ou seja, da base para o topo, e não um pensamento sistemático (do topo para a base). Em segundo lugar, é um direito cuja base essencial são as acções (as actiones). O papel primordial no sistema jurídico é desempenhado pelos juízes, os pretores. O essencial do Direito é criado pelos pretores, cujas decisões servem de base para outros pretores. É um direito eminentemente jurisprudencial. Em terceiro lugar, é um Direito que já é objecto de alguma compilação. As regras do Direito romano estão escritas, e por vezes até juntas, em compilações. As mais importantes compilações do jus civile são o Corpus Juris Civili e as Digesta. Todavia, são meros repositórios de normas, sem preocupação de sistematização. Sumarizando: direito de base típico, de base pretorial e compilado. É este jus civili que vai influenciar a civilização ocidental.

À medida que a história foi avançado, surgiram novos valores, que foram permeando na sua interpretação o Corpus Juris Civili e as Digesta. A estes fenómenos chamam-se recepções de direito romano. Ao passar pela mão dos canonistas, dos comentadores, dos glosadores, apesar de manter o traço original das normas originais, influenciam-nos com traços dos valores da Idade média. Há um filtro, filtro esse que é dado pelos glosadores e comentadores na sua interpretação do Direito romano. Isto vai manter-se até ao século XIII e XIV.

A partir de certa altura, a situação mudou um pouco. Na Idade Moderna, inspirada pelas ideias humanistas, passou a olhar-se para o homem sem ser apenas como uma projecção ou criação do Divino, e sim como um ser humano em si mesmo, com o valor do homem em si mesmo considerado. Estas ideias, que foram desenvolvidas pela chamada jurisprudência elegante, tiveram também uma projecção no Direito civil. Para o que nos interessa, o que estas ideias fizeram foi tentar redescobrir o Direito romano na sua definição original. Elas partem do reconhecimento de que o Direito romano, glosado e comentado, tinha perdido a sua pureza. Tentam por isso redescobrir os textos clássicos. Quando fizeram essa tentativa de redescoberta, depararam-se com a tal base absolutamente tópica. As glosas e os comentários tinham apesar de tudo introduzido uma certa unificação, unificação que não se encontravam nos textos de Direito romano. Os humanistas tentam por isso não só voltar à pureza dos textos clássicos, mas também unificar as normas. É este primeiro esforço de unificação, de sistematização, a que se chama na doutrina da teoria evolutiva dos sistemas jurídicos, a primeira sistemática – a primeira de três que vamos encontrar na história do Direito civil. Evidencia-se na tentativa de aglutinar as normas de acordo com critérios lógicos. Ainda assim, é uma sistemática a que os autores chamam periférica, por ser uma sistemática sem grande condição geral. A partir do século XVII, evolui-se com alguma rapidez para o que hoje conhecemos como o racionalismo. Sob a influência de autores fundamentais, como Descartes, o sistema jurídico foi pensado a partir de cinco ou seis conceitos fundamentais, numa base racionalista. Este sistema racionalista já não corresponde a um conjunto de agrupamentos sistemáticos mas sem relação entre si, corresponde si a um sistema de pensamento do topo da pirâmide para a base, e em cascata. O sistematizar jurídico teve grande reflexo em Hobbes. Hobbes procurou a tal visão de conjunto do Direito, propôs a organização das normas jurídicas assentes em meia dúzia de princípios-chave e a partir deles faz decorrer de cada um as normas, sistematicamente do vértice para a base, com progressiva concretização. É nesta sistemática puramente racionalista que assentam os primeiros códigos civis, nomeadamente o Código Civil francês. As ideias-chave do código napoleónico são as ideias de pessoa, de bem e de negócio.

Este tipo de sistemática foi chamado de racionalista por se basear no topo e, a partir do topo, deduzir logicamente os outros conceitos. É a segunda sistemática. Se a sistemática periférica é extremamente concreta, esta é no entanto muito abstracta. Por isso, a partir do século XIX, na Alemanha, pela mão de Savigny (o pai do Direito civil actual), procura-se fazer uma síntese entre a sistemática periférica e a sistemática racionalista, de base cartesiana. Daí nasce a terceira sistemática, a sistemática integrativa. O que procurou foi encontrar o melhor das duas sistemáticas. Por um lado, faz falta a tal organização lógica. Savigny continua a apostar em conceitos fundamentais, na aglutinação, mas pensando que a sistemática racionalista é extremamente abstracta ele fez um apelo ao que chamou o espírito do povo, ou seja, deve o sistema jurídico, na construção das suas normas, não perder de vista a realidade, o povo, a que se destinam. Esse conceito é dado sobretudo pelas tradições românicas, a tal base tópica – da base para o topo. Savigny estudou os textos romanos nesta perspectiva: retirar deles os valores fundamentais, ao mesmo tempo sem perder de vista os critérios lógicos da sua organização. Ficou Savigny e toda a corrente que o seguiu conhecida como pandectista, e veio a influenciar tudo o que se fez desde então, mormente o Código Civil alemão e, por aí, o nosso código civil

Sumarizando:

1. O Direito romano tem base tópica;
2. Evolui-se da tópica para o pensamento sistemático, evolução estudada na teoria evolutiva dos sistemas;
 - 2.1. Primeiro, aglutinação na sistemática periférica – agrupamento de problemas pelas famílias a que pertencem. É um sistema externo, diz-nos Kanaris. A esta fase correspondem as nossas ordenações, por exemplo.
 - 2.2. Segue-se a segunda sistemática, de base racionalista – Código Civil de Napoleão;
 - 2.3. Numa segunda fase, continua a apostar-se na sistematização de base lógica, mas sem perder a ligação tópica – a sistemática integrada. É integrada o termo correcto.

A partir do século XVI começa também a surgir a ciência jurídica civil.

Esta evolução traduz-se sobretudo na codificação do Direito civil. O Direito civil é um ramo do Direito codificado. Esta evolução justifica porque é que, apesar da sua base românica, só muito mais tarde surge a codificação. O produto mais acabado da terceira sistemática é o BGB, o Código Civil alemão, o livro de leis do burgo.

Podemos agora estabelecer uma distinção importante. Há que distinguir entre compilação e codificação. A compilação é uma junção de normas sem critérios lógicos. A codificação é bem mais exigente do ponto de vista jurídico. A codificação reconduz-se a uma clarificação de normas, que obedece não só à compilação mas também a uma reflexão prévia sobre princípios gerais. A codificação passa por conceitos aglutinadores, deduções lógicas, etc. Por outro lado, normalmente a codificação não é inovadora. Como pressupõe um trabalho prévio de reflexão, ela pressupõe um esforço já feito de reflexão, de trabalho sobre conceitos e normas já estabelecidos. Os expoentes máximos da codificação civilista são o Código de Napoleão, no início do século XIX, e o BGB no fim do século XIX. O Código de Napoleão foi o primeiro diploma a unificar as fontes dispersas do direito civil francês, que era ao mesmo tempo ainda direito romano, com o direito consuetudinário, direito canónico, etc. Reduziu também a escrito a multiplicidade de práticas que então existiam. O Código civil francês inspira-se nos ideais da revolução francesa, e é a partir dos seus conceitos chave que trata as diversas relações no âmbito do direito civil.

Em primeiro lugar, trata das pessoas, da sua igualdade -personalidade, incapacidade, relações familiares, etc. Na segunda área, ele tem a ver com a propriedade e os bens – os direitos das pessoas sobre os bens. Uma terceira área tem a ver com as convenções, o que hoje chamamos negócios jurídicos ou contratos. Isto tem a ver com a actuação jurídica das pessoas. Estabelece-se o princípio de que os contratos valem entre as partes como se fossem lei, e exercita-se aqui ao máximo o princípio da liberdade. Até hoje estes são pilares do Direito civil. Ainda nestas partes das convenções ou dos contratos, disciplina-se um instituto fundamental do Direito civil – a responsabilidade civil.

Já o BGB, no final do século XIX, é como dissemos o produto da tal sistemática integrada. O BGB é um diploma mais elaborado do ponto de vista técnico do que o Código napoleónico, mas pelo meio há cem anos de diferença – ele é terminado em 1896. Entra em vigor em 1900. O BGB parte de dois pontos fundamentais: em primeiro lugar preocupa-se o BGB em elaborar um conceito técnico-jurídico, de base racionalista, que seja um conceito basilar para todo o código – o conceito de relação jurídica. Na estruturação, o BGB tem uma parte geral, e tem depois várias partes especiais que pretendem decompor o conceito de relação jurídica: as relações jurídicas obrigacionais (contratos), as que tratam da propriedade, as relações jurídicas familiares (casamento, parentesco) e as relações jurídicas sucessórias (sucessão). Esta é uma organização de grande apuro técnico, onde se irão decompor as relações oriundas da parte geral. Esta diferença face ao Código napoleónico justifica que haja hoje duas grandes famílias de Direito civil: napoleónicas e germânicas. Portugal é germânico.

Esta classificação germânica é muitas vezes criticada, por várias razões:

1. Diz-se que as várias partes do Código não correspondem a um critério unitário – em cada parte se lida com uma determinada coisa. Mas a esta crítica deve contrapor-se que é uma classificação de grande utilidade – permite regular tudo de uma forma lógica. Isto ajuda a que resistam muito em termos de tempo.
2. Diz-se que a parte geral do BGB é muito mais teórica. É verdade – o conceito de que parte é fabricado, não tem significado cultural por si só para o comum cidadão. O que a técnica do BGB faz é relativizar a realidade social da pessoa só operativo para a realidade jurídica.
3. O conceito de relação jurídica não é tão abrangente assim.

Desenvolveremos esta crítica na próxima aula.

Aula teórica de 19 Outubro 2006:

Vamos hoje falar da evolução histórica do Direito civil português.

Na aula passada, falámos sobre a evolução histórica do Direito civil em geral, pelo que agora é tempo de o adaptarmos ao Direito civil português.

A primeira referência a fazer é que a base do Direito civil português é o *jus civile romano*, mas com as influências dadas pelos canonistas nas recepções. É destas recepções que nascem as primeiras compilações de normas de Direito civil português – as Ordenações (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas). Aplicando aqui o critério de diferenciação entre compilações e codificações, verificamos que as ordenações são compilações – um conjunto de normas agrupadas, sem princípios ordenadores lógicos de aglutinação, e sem critérios técnico-jurídicos. Por outro lado, do ponto de vista do conteúdo, não são apenas um repositório de direito civil – incluem normas penais, processuais e até de Direito público. Por outro lado, nesta época havia outro problema: apesar de as ordenações conterem uma grande parte das normas, evidenciando já algum esforço (ainda que incipiente) de sistematização, há uma proliferação de fontes a par das ordenações. Essas outras fontes não têm coordenação entre elas, e muitas vezes datam de períodos históricos diferentes. É por isso que, no século XVIII, surgiu uma lei fundamental lei fundamental na ordenação das fontes – a lei da boa razão. Esta lei veio dizer que as normas escritas prevaleciam sobre as outras fontes. Além disso, veio dizer que as regras se deviam interpretar pelo critério da boa razão, o que permite uma interpretação actualista.

Mas a par com as ordenações, vigoravam diversos diplomas avulsos: as leis extravagantes; o direito romano comum; o direito canónico nalgumas matérias; o costume internacional. Isto é o que se passa até ao século XIX. No Século XIX surgem os primeiros grandes compêndios de Direito civil, e já se nota alguma influência em muitos autores da tradição civilista francesa, ou seja, do Código de Napoleão – Pascoal de Melo, Coelho da Rocha, Correia Telles, etc. É na sequência desta influência que surge o Código de Seabra. A codificação surge, no Século XIX, devido à maturação já existente em Portugal. Temos essencialmente aqui a reter dois códigos: o Código de Seabra, baseado no Código Napoleónico, e o nosso Código Civil actual, baseado nos autores germânicos do virar de século.

Vejamos agora o esqueleto do Código de Seabra, para vermos como foi influenciado pelo Código Napoleónico.

O Código de Seabra tem uma sistemática assente em quatro partes. Cada parte é dividida em livros. A primeira parte chama-se Capacidade Civil; a segunda parte trata da aquisição dos direitos; a terceira da propriedade; a quarta da ofensa dos direitos e da sua reparação.

A segunda parte divide-se em três livros. Sob esta designação, da Aquisição dos Direitos, os três livros tratam do conjunto das matérias civis, fora a propriedade que tem outra parte à parte – a terceira parte. O primeiro livro da Parte II refere-se aos direitos originários, como tal referenciando-se os que decorrem da natureza do Homem. São aqui tratadas outras matérias, como o direito de associação, a posse, o trabalho, etc. O segundo livro é dos Direitos de Aquisição Voluntária, que têm a ver com a matéria contratual – negócios jurídicos que as pessoas celebram porque querem. Mas também aqui se inclui o casamento, o que se justifica pela dessacralização do casamento. Por fim, o terceiro livro da Parte II trata dos direitos que se adquirem por facto praticado por outra pessoa ou por disposição da lei. Não são direitos adquiridos voluntariamente, nem decorrentes da própria natureza humana. Fala-se aqui da sucessão, etc.

Na parte III trata-se da propriedade, dos direitos inerentes à propriedade – um bem muito caro ao pensamento liberal. Por fim, temos uma parte IV, relativa à ofensa dos direitos e à sua reparação. Temos aqui essencialmente responsabilidade civil, e ainda a questão da prova, e os modos de restituição dos direitos lesados.

Temos aqui patente uma grande sistematização, um grande valor dado à pessoa, e um código de pendor liberal, que transporta o individualismo associado aos ideais liberais da época, um pouco como o Código

de Napoleão.

Este código esteve em vigor durante 100 anos.

Depois do Código de Seabra, há que ter em conta o Código Civil de 1966. A influência deste Código Civil é completamente diferente, sobretudo do ponto de vista da técnica. Os grandes valores são idênticos, diferindo a técnica. Como o Código de Napoleão influenciou o Código de Seabra, o BGB influenciou o nosso Código Civil actual. Os nossos civilistas tinham uma grande influência germânica, o que está patente no Código Civil de 1966. Destacam-se Pires de Lima, Galvão Teles, etc., que fizeram parte ou que auxiliaram comissões preparatórias, comissões essas que fizeram vários anteprojectos das diversas partes. Na base deste código, estão algumas críticas feitas ao Código de Seabra. Em primeiro lugar, a dogmática jus civilistas evoluiu muito, sob a influência da pandectística germânica, em 100 anos, pelo que faria sentido aproveitar esta evolução. Por outro lado, o Código de Seabra, ao longo dos vários anos de aplicação, foi revelando ter várias lacunas, pelo que havia que as colmatar. Essas lacunas justificaram um alto número de leis avulsas, que se justificava integrar num único código.

O nosso Código Civil tem um grande mérito no capítulo da técnica jurídica. Com a parte geral resolve-se uma série de problemas que não são objecto de tratamento nas partes específicas, e as matérias são facilmente encontráveis. Sujeita-se às mesmas críticas do BGB, que elaborámos na aula anterior – parte geral demasiado teórica, critérios não uniformes de arrumação das matérias, etc. etc. Por outro lado, diz a doutrina que é um Código com muitas definições. O Código também tem provado muito bem – é de 1966 e ainda está em vigor –, mas já teve algumas alterações. Destas alterações a mais importante foi a que sucedeu ao 25 de Abril, porque o Código tinha sido pensado à luz de um ideário corporativo. Esta reforma pós-25 de Abril ficou conhecida pela reforma de 1977, e adequou o Código Civil à nova ordem funcional nalgumas matérias delicadas – igualdade, maioridade ou direito da família, por exemplo. Alterou-se a idade da maioridade, dos 21 para só 18 anos, alterou-se o regime da emancipação; desapareceu a figura do chefe de família; desapareceram as incapacidades da mulher casada; também por força do princípio da igualdade desapareceu o conceito dos filhos ilegítimos; foi também consagrado o divórcio; foram ainda alterados alguns regimes em matéria de direito das sucessões. Houve ainda outras alterações ao Código depois da adesão de Portugal à Europa, sobretudo em normas com incidência financeira.

Apesar da estabilidade, há algumas matérias que são excepcionalmente delicadas, e que foram já alteradas várias vezes ou foram mesmo subtraídas ao Código para serem postas como diplomas autónomos. Por exemplo, o contrato promessa foi objecto de muitas alterações. Nota: há artigos do Código Civil referentes a contratos que temos de saber de cor – o art.º 410º, por exemplo. Outro assunto delicado é o arrendamento. O regime do arrendamento constava originariamente do Código Civil. Ora o regime do arrendamento acabaram por sair do Código e são hoje tratados em legislação especial. Sobre arrendamento, como contrato do tipo da locação, art.º 1022º do CC. Outra matéria delicada é a da co-propriedade, ou da propriedade horizontal, que tem sido alterada e complementada por diplomas próprios. São ainda alteradas diversas áreas do Direito da família (filiação, união de facto, casamento e divórcio, adopção...). Recorrentemente se fala na reforma do Código Civil, mas até agora ainda não houve nada.

Apesar de ser um repositório importante, ao lado do Código Civil há ainda diversa legislação avulsa. Ela existe no caso do arrendamento urbano, que tem um regime especial; do arrendamento rural; e há ainda outro diploma importante, a Lei das Cláusulas Contratuais Gerais. As cláusulas contratuais gerais têm a ver com uma forma de contratação em massa, em que o contrato é apresentado por uma das partes à outra já todo feito, e a outra parte que pode vir a assinar sem ter a possibilidade de modificar as cláusulas. Vamos estudar aqui esta lei.

Temos ainda que contar com a legislação complementar do Código Civil – diplomas necessários para aplicação das normas civis. Por exemplo, o Código de Processo Civil, que também foi há pouco tempo profundamente alterado; o Código do Registo Civil; o Código de Registo Predial; O Código do Notariado; e mais dois ou três diplomas.

Por fim, relevam também como fontes importantes do Direito Civil a Constituição e o Direito europeu em matéria civil, que já não é tão pouco como isso.

Ficou assim apresentado o nosso Direito civil, do ponto de vista das fontes. Isto será aperfeiçoado nas aulas práticas.

Apresentado que está o Código Civil, situemos a Teoria Geral. Peguemos no Código Civil, pois. Falaremos na parte geral. Cuidado, que na parte geral do Código não está só matéria relativa a teoria geral. Em primeiro lugar, estão normas relativas à interpretação e aplicação das leis. Estão também as normas de Direito Internacional Privado, que é a área jurídica que estabelece qual é o direito aplicável numa situação em que pode ser aplicado mais do que um ordenamento jurídico. Sai fora da teoria geral também a matéria de direitos de personalidade (Art.º 70º e ss. Do CC). Nós vamos, no entanto, dá-los aqui, para evitar ficarmos sem eles. Interessar-nos-á a matéria dos Art.ºs 66º e ss. O Código vai, a partir daqui, decompor o conceito de relação jurídica em vários elementos, apresentando a propósito de cada elemento o conjunto de diversas matérias. A relação jurídica envolve, em primeiro lugar, sujeitos. A propósito estudaremos as pessoas jurídicas – primeiro as pessoas singulares (Art.º 66º e ss.), as capacidades, incapacidades, etc. Estudaremos depois as pessoas colectivas (Art.ºs 157º e ss.). Este é o elemento subjectivo do conceito de relação jurídica. Depois temos os bens – sobre que é que incide o conceito de relação jurídica. Por isso depois o Código fala do que se pode fazer com as coisas (Art.º 202º e ss.). A seguir, o Código, ainda segundo a técnica da relação jurídica, apresenta-nos o facto jurídico – como surge um vínculo, etc. (Art.º 217º e ss.). A nossa parte principal vai ser a teoria do negócio jurídico. Por fim, o Código preocupa-se com a protecção dispensada à relação jurídica pelo ordenamento jurídico, o chamado elemento de garantia da relação jurídica – começa no Art.º 296º –, que nos diz como se exercem as relações, os direitos, etc. Ou seja: na próxima aula começaremos a apresentar os conceitos técnicos importantes para compreender a matéria civil (situações jurídicas, por exemplo). Assim iniciaremos a dogmática jurídica. Depois falaremos nos institutos civis mais importantes, seguido pela teoria das pessoas, factos, bens, e garantia, protecção e exercício dos direitos. Parte Geral: Vol. I; Pessoas: Vol. III; Depois Vol. I, Vol. II e Vol. IV.

Aula teórica de 24 Outubro 2006:

As aulas práticas passam a ser a partir de amanhã todas no Anf. 4.

Ainda sobre as aulas práticas, está criado o blog, que fica em www.teoriageraldireitocivil.blogspot.com.

A aula é, portanto, hoje dada pelo Mestre Carlos Soares.

Agora a matéria.

Falemos sobre as situações jurídicas.

O ponto de partida: o que analisamos em teoria geral do Direito civil? Sobre que é que incide a nossa análise? Quando estudamos TGDC, estudamos o quê? Uma resposta impor-se-ia quase como óbvia: estudam-se as leis. Mas de facto não é uma resposta correcta a esta questão. O simples conhecimento das leis não permite a resolução de questões jurídicas. Então, será antes por casos práticos? Esse tipo de análise seria meramente empírica. Qual é então o objecto da análise da teoria geral do Direito civil? São as situações jurídicas. É isso que iremos estudar e analisar. Então mas o que são as situações jurídicas?

Uma situação jurídica é, como é óbvio, uma situação humana. Mas refere-se a pessoas sim, mas a pessoas em sociedade. Todavia, nem todas as situações referentes à vida em sociedade se podem considerar situações jurídicas. Só aquelas situações que são valoradas pelo Direito, aquelas situações às quais o Direito confere relevância para os fins próprios do Direito. Só essas poderão ser consideradas situações jurídicas.

Temos então uma situação jurídica – uma situação humana valorada pelo Direito. Mas será que o Direito se cria através de uma mera intuição psicológica? Isto é: perante uma situação da vida, valorada pelo

Direito, o Direito constituir-se-á através de uma mera intuição psicológica, algo de interior a cada indivíduo? Será que a decisão dessa situação se obtém através da intuição de cada indivíduo que nela está envolvido? Não. A situação jurídica postula uma intersubjectividade (não se resume ao interior de um indivíduo) e participa do universo da cultura. Como tal, não podemos reduzir o direito a uma mera convicção individual de base psicológica.

Este problema, que temos aqui, reclama uma solução. Não se basta com a mera enunciação de que há um problema. É um problema da vida prática, intersubjectivo e valorado pelo Direito, e pelo seu pendor prático, sem que ser decidido. A esta solução do problema podemos nós chamar uma decisão. A decisão desse problema consiste num acto de realização do Direito, num acto de criação de Direito. Então, a decisão de uma situação jurídica é um acto de criação de Direito. É esta a nossa perspectiva – estudar o Direito no momento em que ele se concretiza, em que ele se constitui, em que ele soluciona problemas jurídicos.

Como se decide então um problema jurídico? Há três passos metodológicos que enunciaremos de seguida. Antes de mais, há que encontrar uma fonte para a decisão. Qual é ela? Actualmente, e na generalidade dos casos, a fonte é a lei. Mas a lei, por si só, em muitos casos nada quer dizer. Para ela ter um sentido, há que interpretar a lei – tarefa essencial, esta da interpretação da norma. Mas ainda aqui, ao identificarmos a fonte e ao interpretarmos a fonte, ainda não temos a tal decisão do problema jurídico. Falta-nos algo. Esse algo é vulgarmente chamado a aplicação da norma ao caso, à situação da vida. É neste esforço de aplicação, que alguns chamam concretização da norma, que finalmente se fecha este circuito, ou este percurso metodológico. Com isso, permite-nos chegarmos a esse momento magno da criação do Direito que é a decisão jurídica. Ao fazermos tudo isto, estamos a constituir o Direito. O Direito cria-se na decisão, ou na solução, do caso.

Ficou assim dada uma noção aproximada do que é uma situação jurídica, e da sua relevância para o Direito, e de como o Direito lhe dá uma solução. Vamos agora ver as modalidades de situações jurídicas.

Há múltiplas classificações de situações jurídicas. Algumas são recorrentes, de uso permanente; outras nem tanto. Mas interessa analisar estas modalidades para ficarmos mais familiarizados com as situações jurídicas, para que possamos com mais confiança e segurança abordarmos as situações para a sua decisão.

Uma primeira modalidade distingue as situações jurídicas simples das situações jurídicas complexas. Por exemplo: ser senhorio, ou estar casado. Ambas são situações jurídicas. Serão elas simples ou complexas? Qualquer uma delas pode ser decomposta em outras situações jurídicas mais simples, que têm autonomia em relação à inicial. Se pensarmos na situação da pessoa casada, é uma situação jurídica que pode ser decomposta de forma a identificarmos outras situações jurídicas mais simples, por exemplo, os direitos e os deveres conjugais dos membros do casal. São estes exemplos de situações jurídicas complexas, portanto – admitem a sua decomposição em situações mais simples. Imaginemos agora outra situação jurídica. Imaginemos que A. Pode exigir a B. 100 euros. Por outras palavras, A. Tem direito a haver ou a exigir de B. 100 euros. É uma situação jurídica. Será ela simples ou complexa? Na sua crueza, tal como ela nos foi enunciada, nada lhe pode ser retirado, sob pena de se tornar ininteligível. É pois uma situação jurídica simples.

Vejamos agora as situações jurídicas unisubjectivas e plurisubjectivas. Suponhamos que António tem um dever de executar uma obra. Trata-se de uma situação jurídica. Esta situação é uma situação unisubjectivas – este dever é o dever de um sujeito. Mas suponhamos antes que A. E B. Celebraram um contrato de empreitada, um contrato no qual alguém se obriga a realizar uma obra para outrem mediante o pagamento de um preço. Um contrato de empreitada pressupõe necessariamente dois sujeitos – um é o empreiteiro, que tem o dever de executar a obra, e o outro é o dono da obra, que tem o direito de ver a sua obra executada, mas o dever de a pagar. Esta situação jurídica é já uma situação jurídica pluri-subjectiva.

Há um tipo de situações jurídicas pluri-subjectivas, que são aquelas em que há complexidade subjectiva. Suponhamos um prédio rústico. Tipicamente este prédio pertence a uma pessoa. É uma situação jurídica em regra uni-subjectiva. Acontece que em situações como esta haver por vezes a presença de vários sujeitos – suponhamos que a casa pertence a A., B. E C. Em co-propriedade. Suponhamos ainda outro exemplo: a obrigação de pagamento de um preço num contrato de compra e venda. Tipicamente, é uma pessoa que tem o dever de pagar o preço. Quem vende, e tem direito a receber o preço, é o vendedor. Mas também no campo de Direito das Obrigações, pode aparecer a figura da complexidade subjectiva, isto é, situações em que tipicamente são situações unisubjectivas, mas que em certos casos surgem vários sujeitos.

Outra situação distingue as situações absolutas e relativas. Suponhamos que A. e B. Celebraram um contrato, devendo A. A B. Mil euros. O que é que temos aqui? Temos duas situações jurídicas distintas. Por um lado, temos o dever de A. A pagar o preço. Mas ao seu lado, contraposta a ela, há outra situação jurídica, inversa – B. Tem direito a haver o pagamento desses mil euros. Quando existam situações como estas, que se contrapõe, de sinal contrário, estamos em presença de uma relação entre duas pessoas, de uma relação jurídica. Dizemos portanto que estas situações jurídicas são relativas – porque pressupõe uma relação entre duas pessoas. Mas pensemos noutro exemplo: alguém é dono de um imóvel. Esta situação jurídica de ser dono, será ela uma situação relativa ou absoluta? Não é relativa – ser dono não postula a existência de uma relação de sentido inverso – não há o ser dono e o ser possuído. Isto é uma situação jurídica absoluta. Isto é bastante relevante. Um dos aspectos dessa relevância é que às situações jurídicas foi dada tanta importância que, durante algum tempo, se entendia o estudo da Teoria Geral do Direito Civil era o estudo das situações relativas (vide o nome do manual do Prof. Manuel de Andrade). O Prof. Menezes Cordeiro critica essa hiper valorização da relação jurídica.

Outro aspecto distingue as situações jurídicas patrimoniais das não-patrimoniais. A ideia de patrimonialidade é evidente – está associada a um conteúdo económico, a uma avaliação em dinheiro. Inversamente, a não-patrimonialidade está associada a algo sem conteúdo económico, sem equivalência monetária. Só que por vezes baralham-se esses conceitos. Quando se diz que "não se dá o divórcio", parece que se poderia estar a falar de situações patrimoniais, mas não é bem o caso. Esta fronteira foi objecto de uma grande discussão em Direito das Obrigações, a propósito da indemnização por danos morais. Para tentar superar estas dificuldades, o Prof. Menezes Cordeiro propõe que seja patrimonial a situação que o Direito admite que seja trocada por dinheiro. Se o Direito não admite essa troca, então a situação é não-patrimonial. Por exemplo, o exercício do poder paternal.

Outra distinção é entre situações jurídicas activas e passivas. Activas são as situações jurídicas em que o sujeito tem o poder de determinar, pela sua vontade, os efeitos. A situação será activa se o sujeito dessa situação, pela sua vontade, puder dispor dos efeitos. O sujeito de uma situação activa age ao abrigo de certas normas, que contêm permissões ou então que lhe conferem poder. E quanto às situações passivas? Os efeitos dessas situações são colocados na pendência de uma pessoa que não o seu sujeito. Então reportam-se a normas que ou proíbem algo ou impõem algo. O caso protótipo desta distinção é o crédito – o credor está numa situação activa, ao passo que o devedor está numa situação passiva (alguns dos seus efeitos não são por ele determináveis). Então e quanto ao contrato, será ele uma situação activa ou passiva? Em regra, do contrato resulta para as partes tanto situações activas como passivas. Exemplos: o comprador tem situações activas e passivas – activa porque poderá vender, mas subjectiva porque terá que dispor do bem se lhe for pago. Distingamos por fim entre situações analíticas e situações compreensivas. Temos situações que são compreensivas. Pensemos no casamento. O casamento é uma situação jurídica que resulta da história e da cultura. Teve o seu momento inicial, teve a sua evolução, e a ele estão associados uma série de aspectos que se foram construindo por esse devir histórico milenar. O mesmo se pode dizer do direito de propriedade. Dizemos então que são estas situações compreensivas – são formadas na história e abrangem múltiplos elementos, coligados às vezes de formas que não obedecem a

qualquer lógica. Por vezes, nestas situações há aspectos incoerentes. Por outro lado, temos as situações analíticas – que se obtém por via inversa, ou seja, a partir da realidade jurídica, elas são reduzidas, através da análise, aos seus elementos mais simples. Na prática, esta criação de situações analíticas faz-se através de um raciocínio fortemente assente na lógica. Por exemplo, o dever de cooperação entre os cônjuges é já uma situação analítica.

Concretizemos agora as várias situações jurídicas. A situação jurídica prototípica é o direito subjectivo. Trata-se de um conceito riquíssimo, de um debate secular e interessante, do qual apenas nos interessa retirar alguns aspectos essenciais.

Quando se fala em direitos, quem não é jurista associa-o aos tribunais. Mas por cada situação jurídica que chega aos tribunais, há milhões que não chegam. Foi com o advento dos tribunais que começou a fazer sentido a figura do direito subjectivo. No Direito romano, não se reconhecia aos cidadãos direitos subjectivos. Eles tinham antes acções, isto é, tinham a possibilidade de, verificadas certas situações, obterem do magistrado uma ordem. O cidadão tinha pois uma acção. Mas da evolução que houve, e a partir da Idade Média, esta posição vantajosa foi-se tornando mais abstracta, e daí surgiu o conceito do Direito subjectivo, o direito do sujeito. Esta evolução tem fortes consequências ideológicas e políticas, porque se está a pôr um travão ao poder do Estado ou da lei, quando se reconhecem direitos aos cidadãos.

Com a evolução da história, surge-nos Savigny, que define o direito subjectivo como um poder da vontade. A vontade humana é que cria Direito, e então o Direito subjectivo vem a ser o reconhecimento de uma actuação livre que não depende da vontade de terceiros. Todo o sistema de Savigny assenta na vontade humana, por isso se referindo a ele o dogma da vontade – todo o Direito se funda na vontade humana. Mas depois o Direito subjectivo veio a ser reduzido à defesa, ou tutela, que o Direito objectivo confere à vontade.

Aula teórica de 26 Outubro 2006:

O direito subjectivo é o conceito de situação jurídica por excelência, que recorta aquilo que corresponde ao essencial das situações de vantagem face ao Direito. Em primeiro lugar, falar de direito subjectivo exige um certo grau de abstracção, que só é possível num direito civil com uma certa maturidade. O Direito Civil romano apenas falava em pretensões, que eram levadas perante o pretor romano. O Direito romano baseava-se em acções, não tinha ainda o grau de maturidade suficiente para falar em situações activas ou passivas. O conceito de direito subjectivo só surge tarde na concepção do Direito Civil, por pressupor um aperfeiçoamento dogmático. Este conceito ocupa a doutrina civilista há 200 anos, procurando delimitá-lo. Trata-se de um conceito que não é só técnico. É evidente que nos interessa a visão técnica, de como funciona o Direito civil, pois é isso que o faz funcionar. Mas o direito subjectivo tem um significado cultural, axiológico, muito relevante. Ele significa o espaço de liberdade de cada um, e afirmar o espaço de liberdade de cada um é algo muito importante nas nossas sociedades.

Como é que é feito o debate, em traços largos, pela doutrina, desta realidade do direito subjectivo? E em que é que chegámos até hoje?

Distinguem-se várias fases neste debate doutrinal sobre direito subjectivo: uma fase de descoberta e afirmação deste conceito – sobretudo no final do Século XVIII mas principalmente no século XIX (Savigny); segue-se uma fase de maior cepticismo sobre a utilidade do direito subjectivo – imperam as teorias que negam o direito subjectivo, ou a sua utilidade (as teorias negativistas); dos anos 50 do século XX, ou seja, do Pós-II Guerra Mundial, e que é a fase onde estamos agora – a da chamada pela doutrina como escola jurídico-formal.

A primeira construção teórica do direito subjectivo deve-se a Savigny, o pai da pandectística. Savigny é um liberal, e define o direito subjectivo de acordo com as convicções liberais – individualistas, assentes na

propriedade, na liberdade. Savigny tem então uma definição lapidar de direito subjectivo: ele é o poder da vontade. O direito é um poder, significa a liberdade e a faculdade de praticar certos factos, e é um poder assente na vontade do seu titular. Por força do direito subjectivo de propriedade, por exemplo, o proprietário (que tem vontade, apetência para ter algo) pode arrendar, ou dispor desse algo. É uma concepção voluntarista e subjectivista, esta de Savigny. Assenta na ideia de que toda a ordem jurídica assenta nas pessoas e com base nas pessoas. A concepção de Savigny é, a partir de certa altura, objecto de certo tempero. Um outro autor alemão dirá que é um poder, sim, mas esse poder tem que ser concedido pela ordem jurídica. Esta tese de Savigny faz realçar o conceito nuclear do direito subjectivo – o elemento volitivo, ou seja, a vontade. Tem ainda o mérito de chamar a atenção para os elementos centrais – não tapa o sol com a peneira. Alguém tem esse poder porque quer ter.

Mas esta concepção genérica tem alguns óbices de carácter técnico, e ainda um outro de carácter cultural. Esta concepção não explica todos os direitos subjectivos. Eles são muito diversos, e às vezes as pessoas têm direitos subjectivos independentemente da sua vontade – ou porque o Direito não reconhece a sua vontade como relevante ou porque as pessoas nem sabem que têm esse direito subjectivo. Veja-se o caso, a respeito da vontade, do Art.º 1222º e 123º – o Direito não dá relevância à sua vontade.

A outra crítica feita à convicção de Savigny tem a ver com o excesso de subjectivismo. Fazer depender o direito subjectivo da concepção de vontade potencia algum caos. Ora a vontade para ser juridicamente relevante tem que ser limitada por conceitos de justiça, ou seja, tem que estar dentro do que a ordem jurídica considera aceitável – nós não podemos ter determinados direitos só porque queremos.

Surge a partir daí uma outra concepção, completamente diferente. É de Yerin, e opõe ao conceito de Savigny uma concepção objectivista de direito subjectivo. Diz ele que o direito subjectivo é um interesse juridicamente protegido. A base desta concepção é a ideia de interesse, e não a ideia de poder. O interesse faz apelo àquilo que a pessoa visa alcançar. Ou seja, não basta ter o poder, é preciso que esse poder prossiga ou conduza a um interesse. E a um interesse juridicamente relevante. Ou seja, esse interesse tem que estar protegido pela ordem jurídica. Esta concepção é mais estrita. Não assenta na vontade, não é subjectiva, mas é exterior, atenta naquilo que a ordem jurídica protege. Este conceito de interesse tem ainda o seu antecedente nas acciones, do Direito Romano. Ou seja, o Direito não se ocupa das vontades, mas do que é admissível na ordem jurídica.

Dizem as críticas a esta concepção ser ela uma concepção excessivamente técnica, que não valoriza a sua carga axiológica mas faz dele apenas um instrumento técnico. É até algo perigoso do ponto de vista axiológico, porque pode ser limitado. Tem ainda outros óbices de cariz técnico – tal como a convicção de Savigny esta também é inadequada a determinados direitos subjectivos, como aqueles em que eu perdi a vontade. Por outro lado, há direitos subjectivos que prosseguem interesses não directamente protegidos, mas protegidos reflexamente, ou seja, de forma indirecta. É por isso que as críticas a Yerin (ou lá como se escreva) levaram a uma espécie de concepção de síntese. Esta concepção foi sustentada por um outro alemão, Regelsberger (ver no manual) =, que tenta sintetizar as concepções de Savigny e de Yerin. E diz ele que o direito subjectivo urge quando a ordem jurídica faculta a uma pessoa a realização de um fim e reconheça e proteja esse fim. Ou seja, por um lado na primeira parte defende o interesse e a sua prossecução, e na segunda parte atribui a essa pessoa um poder. De uma forma ou de outra, as duas críticas feitas a Savigny e Yerin aplicam-se aqui. Esta concepção influenciou a doutrina civilista, mormente a portuguesa – Paulo Cunha, Castro Mendes. A partir dos anos 20, 30, do século XX, começou a haver algum cepticismo sobre o conceito de direito subjectivo, tendo surgido as teorias..... E neo-empíricas. Alguns autores consideram o direito subjectivo como uma categoria a abater, sem utilidade. É que pensá-lo como um poder, significa que esse sujeito tenha uma supremacia sobre outro sujeito. Portanto, este conceito não serviria no século XX. Léon Biggy (será?), que perfilhou esta escola, diz que há que limitar o conceito do direito subjectivo, reduzi-lo apenas a uma situação de vantagem. Isto retira-lhe toda a valoração cultural, reduz o conceito a um mero conceito técnico. São as teorias negativistas.

Outros autores têm uma visão bastante diferente. Consideram que o elemento essencial do direito subjectivo é a ordem jurídica proteger uma dada situação. Surge um direito subjectivo quando a ordem jurídica confere a alguém uma situação de vantagem. Trata-se de deslocar o essencial do direito subjectivo para a tutela, para a protecção – daí o nome de teorias protecționistas. Estas teorias, contudo, assentam na patologia do conceito – quando não se respeita o direito subjectivo é que é necessário protegê-lo, o que não é a melhor forma de ver as coisas.

Finalmente, temos a concepção de Larens, uma concepção derrotista. Larens diz que as concepções de direito subjectivo são tão diversas que nem vale a pena defini-lo. A única coisa que podemos fazer é classificar essas situações, não defini-las. Daí o nome de teorias neo-empíricas – classifica sem definir, sem teorizar. Estas teorias deitam por terra os mais de 100 anos já havidos sobre o conceito de direito subjectivo.

É assim que, depois da II Guerra Mundial, surge a escola juridico-formal. Por um lado, acentua o pendor técnico-jurídico do conceito de direito subjectivo, mas sem negar a sua essência cultural. Este é o ponto essencial. Temos que pensar que o direito subjectivo tem uma razão de ser cultural, muito importante. Há que ver toda esta evolução à luz da própria evolução geral da história.

Quais são os pontos de partida desta caracterização da escola juridico-formal?

Por um lado, a questão da esfera individual. Por outro lado, a necessidade de legitimar os interesses protegidos – a legitimidade, em suma. Ou seja, não só é importante o arbítrio, mas também o seu controlo pela ordem jurídica. Por isso, a concepção da escola juridico-formal nos diz que o direito subjectivo é uma permissão, ou uma situação de vantagem, conferida pelas normas. Outra definição aponta para o direito subjectivo ser um poder conferido pela norma. E só por normas permissivas. A norma é que configura as situações que são justas. No Tratado do Prof. Menezes Cordeiro há vários autores.

Em Portugal, e na nossa escola especificamente, tem havido vários desenvolvimentos neste âmbito. O primeiro foi feito pelo Prof. Gomes da Silva – "O dever de prestar e o dever de indemnizar", de leitura obrigatória para os juristas. Diz ele que o direito subjectivo é a afectação jurídica de um bem à realização de um ou mais fins de uma pessoa individualmente considerada. Esta concepção é muito boa para a sua época, mas é criticada por algumas razões: nem todas as afectações de bens geram direitos subjectivos – algumas geram deveres. Por outro lado, a ideia de liberdade, muito cara ao direito subjectivo, está muito dissimulada. Temos ainda a concepção do Prof. Ascensão – que nos diz que o direito subjectivo é uma posição de vantagem que resulta da afectação de meios jurídicos para que a pessoa prossiga os seus fins. Esta concepção é também um pouco excessiva – nem todos os meios jurídicos atribuídos às pessoas para prosseguirem os seus fins lhes dão efectivamente vantagens. Chegamos por fim à concepção do Prof. Menezes Cordeiro, que diz que o direito subjectivo é uma permissão normativa específica de aproveitamento de um bem. Diz o Prof. Menezes Cordeiro que dentro das situações jurídicas o direito subjectivo é uma situação compreensiva.

Decomponhamos estes termos.

É uma permissão normativa – a norma é que atribui o direito. Isto quer dizer que na base do direito subjectivo não está qualquer tipo de norma, tem que ser uma norma permissiva. Por outro lado, o direito subjectivo não é qualquer poder – é só aquele que é dado pela norma que permite.

Além disso, é uma permissão normativa específica – o direito subjectivo não confere um espaço de autonomia genérico, mas é específico para aquela pessoa, ou seja, só permite a alguém concretamente actuar.

E a que é que se destina esta permissão normativa específica? Destina-se a aproveitar os bens (em sentido amplo). Este elemento destaca a utilidade – o direito subjectivo é útil a alguém.

Esta definição tem um grande apuro técnico, mas tem também o elemento da vontade – "para o aproveitamento de um bem".

Aula teórica de 31 Outubro 2006:

Vamos hoje terminar a matéria relativa ao direito subjectivo, e terminar um pouco as outras modalidades de situações jurídicas, activas e passivas.

A última aula encerrou com a noção de direito subjectivo adoptada, que é a do Prof. Menezes Cordeiro, que qualifica o direito subjectivo como uma permissão normativa específica de aproveitamento de um bem. Esta definição é bastante ampla, pelo que faz sentido proceder a uma classificação dos direitos subjectivos.

A classificação mais tradicional permite distinguir entre direitos subjectivos em sentido estrito e...; direitos subjectivos patrimoniais ou não patrimoniais; direitos subjectivos de crédito, reais, familiares.

O primeiro critério é um critério estrutural. É com base nele que distinguimos entre direitos subjectivos comuns ou potestativos. O segundo permite distinguir entre direitos patrimoniais e não patrimoniais. O terceiro é um critério de regime – créditos reais, familiares ou sucessórios, consoante sejam disciplinados no livro respectivo do Código Civil. Porque os critérios são distintos, estas classificações podem-se cruzar – um direito subjectivo de crédito será por exemplo patrimonial.

A primeira classificação, a mais difícil de entender, é a que distingue entre direitos subjectivos em sentido estrito ou comuns e sentido potestativos. Alguns civilistas encontram a figura qualificada não como uma figura em sentido estrito mas como uma figura afim, próxima. Este critério de distinção é estrutural – assenta na estrutura do direito em causa, e nos efeitos que ele produz. Assim, o direito subjectivo em sentido estrito é o que melhor corresponde à definição que fixámos no final da aula anterior. O direito de propriedade permite-me usufruir de um dado bem. É uma situação que classificamos como compreensiva – compreende vários direitos menores. É pois uma situação jurídica compreensiva ou complexa.

Como vimos, o direito subjectivo em sentido estrito decorre de uma permissão normativa em sentido próprio.

A doutrina costuma definir o direito potestativo como aquele poder que alguém tem para alterar uma situação jurídica. Na base do direito potestativo não está uma norma permissiva em sentido próprio, mas uma norma que me confere dado poder. Por se conceber como um poder é que a doutrina civilista tradicional às vezes se referia a este direito como m poder... será? Para nós, é uma modalidade de direito subjectivo porque temos um conceito de bem amplo – não são só direitos subjectivos os que permitem a alguém fazer algo, mas também as normas que lhe dão o poder de exercer ou fazer determinado direito. Exemplo: A. propõe a B. determinado negócio. Quando B. diz que aceita o negócio, ele está a exercer um direito potestativo. Através dessa sua declaração ele está a modificar a sua esfera jurídica, mas também a de outro – ele passa a ter a propriedade, e o outro passa a não a ter (por exemplo). É potestativo porque há uma liberdade de aceitar ou não – aproveita uma permissão concedida por uma norma para alterar a esfera jurídica

Procedamos aqui novamente a uma classificação do direito potestativo. Em primeiro lugar, distingamos entre direitos potestativos com destinatários ou sem destinatários. Todos os direitos potestativos

provocam uma alteração na ordem jurídica. Se a alteração ocorre só na esfera jurídica do seu titular, o direito potestativo basta-se a si mesmo. Mas se produz efeitos não só na esfera jurídica própria mas também na de outrem, então é um direito potestativo com destinatário.

A segunda classificação divide entre direitos potestativos de exercício necessariamente judicial. Outros (a maioria) são de exercício extrajudicial. Como decorre deste critério, o direito potestativo de exercício necessariamente judicial é aquele que, para produzir efeitos, exige uma intervenção do Tribunal. Os outros bastam-se com uma manifestação de vontade.

Temos outra classificação que tem a ver com os efeitos que os direitos potestativos causam nas esferas (ou ordens) jurídicas. Ora essa alteração que o direito potestativo produz pode ser de vários tipos – podendo ele ser constitutivo se cria uma situação jurídica nova; modificativo, se altera o conteúdo de uma situação jurídica já existente; extintivo, se o seu efeito é o de fazer cessar, destruir, uma situação jurídica. O direito de aceitar uma proposta negocial é um direito potestativo constitutivo. Quando alguém muda o valor de uma renda, por exemplo, está a exercer um direito potestativo modificativo; quando se acaba um contrato de arrendamento, é um direito potestativo extintivo.

Quanto a outra classificação, depois desta distinção entre direitos subjectivos em sentido estrito ou os outros, esta agora distingue entre direitos subjectivos patrimoniais ou não-patrimoniais. Trata-se aqui de atender ao objecto sobre o qual incide o direito. O direito subjectivo é patrimonial quando incide sobre um bem com valor económico. Atenção que os bens com valor económico não são só bens materiais. Podem ser bens materiais mas podem também ser bens imateriais – com valor económico mas sem representação física. Por exemplo, uma obra intelectual, uma realidade jurídica, uma prestação ou conduta de alguém. Os direitos subjectivos não-patrimoniais são os que incidem sobre bens não avaliáveis em dinheiro (direitos de personalidade, ou direitos familiares, por exemplo). Não quer isto dizer que da violação de direitos não patrimoniais não possam advir sanções patrimoniais.

A terceira classificação, a mais fácil, é a que distingue entre direitos subjectivos de crédito, reais, familiares ou sucessórios. Os direitos de crédito são os que seguem as regras do Código relativas às obrigações, e aí por diante. Chama-se a atenção para que alguns direitos não estão onde deviam estar – para o ano estudaremos em Direito das Obrigações os direitos reais de garantia, que estão nas obrigações.

Para além desta classificação há ainda os direitos das pessoas, que estão na parte Geral do nosso código.

Resumamos:

O direito subjectivo é a situação jurídica activa por excelência; é o que evidencia a posição de vantagem de uma pessoa, que lhe é dada por uma norma jurídica permissiva para aproveitar um bem (em sentido amplo). O direito potestativo é uma modalidade do direito subjectivo, daí a distinção entre direito subjectivo em sentido amplo (que inclui o direito potestativo) ou em sentido estrito.

Há outro tipo de situações jurídicas activas, porque o seu conteúdo essencial é uma vantagem. Nas outras situações jurídicas activas que não o direito subjectivo, o aspecto da vantagem não é tão evidente, o que pode levantar dificuldades na classificação. Se os aspectos mais importantes de uma situação jurídica forem os activos, ela é activa.

A doutrina costuma isolar cinco categorias de situações jurídicas activas, que não direitos subjectivos:

1. Os poderes – A noção mais acabada de poder é a do Prof. Gomes da Silva. Diz-nos ele que o poder é a disponibilidade de um bem para atingir um fim. O que é que isto quer dizer? Um poder é aquilo que permite a alguém chegar a um objectivo. Se relacionarmos a categoria do poder com a categoria do direito subjectivo, como distinguir? Não é fácil nem óbvio.

1.1. O direito subjectivo é um conceito compreensivo (implica vários poderes). O poder, pelo contrário, é

um conceito analítico (só tem um significado, não é uma situação ampla). É uma situação simples.

1.2. O direito subjectivo é uma categoria ampla e com uma carga axiológica, valorativa; poder não, é uma categoria técnica;

Alguns autores, incluindo o Prof. Menezes Cordeiro, distinguem entre poderes e faculdade. Dizem eles que o poder é analítico, a faculdade é um conjunto de poderes. A Prof^a Rosário Ramalho não concorda com esta distinção, e segue antes o Prof. Oliveira Ascensão que usa indiscriminadamente poder e faculdade.

1.3. Os poderes também se podem qualificar de acordo com vários critérios

1.3.1. Poderes materiais – os meios são essencialmente materiais (fazer qualquer coisa);

1.3.2 Poder jurídico – o que se exerce através de uma actuação no mundo do Direito:

Isto pode estar misturado – um representante não tem só o direito a celebrar os negócios, por exemplo (poder jurídico) mas também poderes materiais (ir lá buscar coisas). Mas é eminentemente, por exemplo neste caso, um poder jurídico.

1.4. De acordo com os efeitos que produzem, se pode falar em: 1.4.1.

1.4.2. Poderes constitutivos – do seu exercício resulta a constituição de uma situação jurídica;

1.4.3. Poderes modificativos;

1.4.3. Poderes extintivos.

1.5. Também se fala de poderes integrados em situações mais amplas – integrados ou autónomos.

1.6. Distingue-se por fim entre poderes de gozo, de crédito, de garantia ou potestativos;

1.6.1. Poder de gozo – o que tem a ver com a relação de alguém com um bem;

1.6.2. Poder de crédito – exigir de alguém uma conduta;

1.6.3. Poder de garantia – desencadeia mecanismos de responsabilidade;

1.6.4. Poder potestativo.

Outra situação são os poderes funcionais, e os poderes deveres. Os poderes funcionais e os poderes deveres caracterizam-se por serem poderes de exercício obrigatório. Sendo as situações de vantagem situações de arbítrio, como podem eles ser obrigatórios? É o caso quando ao titular de um poder não lhe pode ser retirado (poder dever), não se lhe pode tirar o dever. No caso dos poderes funcionais, eles também são de exercício obrigatório – em virtude da função, eles não podem deixar de agir. Então e são situações activas ou passivas? São ainda assim situações activas, porque são situações de vantagem – no caso do poder paternal, e em regra, os pais querem exercer o poder paternal, e não se podem furtar aos seus deveres.

Também se diz por isso que alguns destes poderes são poderes de conteúdo altruísta. Porquê? Porque o seu objectivo é defender os destinatários do poder, e não o do titular do poder. A maioria dos poderes são poderes egoístas, no sentido de que prosseguem os interesses do próprio titular.

3. Protecções indirectas ou reflexas.

3.1. Esta situação jurídica activa caracteriza-se pelo facto de tutelar interesses de alguém impondo deveres a outrem. Mas esse alguém que é protegido não tem o direito subjectivo. Ele beneficia reflexamente do facto de a outra pessoa cumprir um dever. Na base desta situação activa está não o interesse particular mas o interesse geral.

4. EXPECTATIVA JURÍDICA

A expectativa jurídica está a meio caminho entre a esperança e o direito subjectivo. A esperança não releva juridicamente. O direito subjectivo claro que releva. Quando faz sentido falar numa expectativa jurídica? Quando um direito subjectivo passa por um processo de formação lento até se constituir. Vejamos o caso de um contrato:

António quer contratar com Bento – esperança;

Bento convence António que vai contratar – expectativa, mas ainda não direito subjectivo;

Bento pede um empréstimo para pagar o que vai comprar a António. António no último minuto contrata com outro. Este processo lento pode merecer alguma tutela no caso da posição do Bento, cuja expectativa foi criada por António e defraudada injustamente. É uma situação que está a meio caminho entre a simples esperança material e o direito subjectivo pode ser tutelada pela lei.

5. Última situação activa: as excepções.

AS excepções são aquela modalidade da situação jurídica que permite ao respectivo titular não cumprir o dever, ou adiar o cumprimento de um dever que lhe assiste. Estamos aqui a falar de deveres, porque é que qualificamos isto como activo? Ora, uma vez mais, o elemento aqui determinante é um elemento de vantagem – a excepção, que permite não cumprir um dever, confere uma situação jurídica activa. Podem ser excepções peremptórias (se isentam do seu cumprimento para sempre), ou dilatórias (se permite que o cumprimento do dever seja adiado).

Aula teórica de 2 Novembro 2006:

Hoje vamos falar das situações jurídicas passivas, ou seja, as que colocam o sujeito seu titular numa posição de ficar dependente de um terceiro quanto à produção dos seus efeitos, ou seja, alguém fica dependente da acção de terceiros para que os efeitos se produzam. O sujeito titular de uma situação passiva está sujeito a normas que proíbem certos comportamentos, ou a normas que impõem certos comportamentos. Exemplo: alguém que celebrou um contrato está sujeito a uma norma que lhe impõe um certo comportamento (Art.º 406º do Código Civil, que lhe impõe o dever de cumprir um contrato). Mas também está numa situação passiva quem está sujeito a certas proibições.

Entre as várias modalidades de situações jurídicas passivas avultam as obrigações e os deveres. Vulgarmente tratados como sinónimos, são no entanto alvo de uma distinção pelo Prof. Menezes Cordeiro. Para este professor, a obrigação é uma figura compreensiva, ao passo que o dever é uma situação analítica. Há uma definição legal de obrigação, que consta do Art.º 397º do Código Civil. A obrigação "é o vínculo jurídico pelo qual uma pessoa fica adstrita perante outra à realização de uma certa prestação". Mas há, na doutrina, quem atribua outro significado à obrigação. Na definição legal que consta do Art.º 397º, claramente a obrigação é uma situação jurídica passiva. Mas há autores que atribuem a essa expressão, "obrigação", um outro sentido, mais amplo, que abrange quer o lado passivo quer o lado activo, ou seja, quer a situação do credor quer a situação do devedor. O Prof. Menezes Cordeiro critica o uso da expressão "obrigação" com este sentido mais amplo, e como tal devemos cingir a noção de obrigação à situação jurídica passiva.

A obrigação é susceptível de uma análise, de uma decomposição. Ao fazer essa análise, podemos detectar a presença de múltiplas realidades jurídicas que estão cobertas por esta figura da obrigação. Algumas dessas situações incluídas são activas, e não passivas. Para traduzir esta complexidade estrutural da obrigação, alguns autores usam a expressão relação obrigacional complexa. Esta expressão, pelo conteúdo da palavra "relação"; não é cara ao Prof. Menezes Cordeiro.

Antes de mais, como realidade jurídica compreendida na obrigação, temos o dever principal, ou seja, o dever de efectuar a prestação principal. Na compra e venda, por exemplo, quais são os deveres principais?

Para o comprador é o de pagar o preço, e para o vendedor o de entregar a coisa.

Como segunda figura temos as prestações secundárias. Para além dos deveres de prestação principal, temos estes de prestação secundária. As prestações secundárias resultam de um acordo entre as partes, mas distinguem-se das principais porque servem apenas para complementar as prestações principais. Por exemplo, num contrato de prestação de serviços: quem presta o serviço obriga-se a prestar o serviço (dever principal), mas imaginemos que quem beneficia com o serviço ficou obrigado a facultar ao prestador um computador (prestação secundária).

Temos ainda os deveres acessórios, que resultam do Direito objectivo e em particular do princípio da boa fé. Não são convencionados entre as partes. Por exemplo, uma pessoa obriga-se a entregar todos os dias um jornal na casa de uma certa pessoa. Imaginemos que um dia chove, o que estragaria o jornal. Quem entrega diz que deixou o jornal à porta de casa, e com a chuva ele danificou-se. Ele entende que a sua obrigação terminou ali, mas não terminou, porque a partir do princípio da boa fé, ele deveria deixar o jornal ao abrigo da chuva – ou pelo menos tentá-lo.

Como quarta figura temos a sujeição. O devedor pode estar sujeito a que a sua esfera jurídica seja alterada unilateralmente pela parte contrária. Um caso típico da sujeição é a interpelação para cumprimento – à luz da lei, o credor pode interpelar o devedor a cumprir. Do lado passivo existe o dever de sujeição (???). Direito potestativo.

Existe ainda a figura de certos poderes. Imaginemos que num contrato se prevê que o devedor tem um certo prazo para cumprir, mas ele poderá escolher o momento para começar a execução do contrato. Temos aqui um contrato; há uma situação jurídica passiva, neste caso da pessoa que tem um certo prazo para o fazer, mas dentro desta obrigação há um poder, o poder neste caso de escolher o momento em que começará a fazê-lo.

Ainda dentro da obrigação, temos a figura das excepções. Como exemplo podemos figurar a excepção de não cumprimento do contrato (Art.º 428º do Código Civil), que permite que o devedor, preenchidos certos requisitos, recuse realizar a prestação enquanto a parte contrária não realizar a sua própria prestação.

Decompondo a obrigação, podemos analiticamente detectar um número de situações, em regra passivas mas também algumas activas, sendo que esse conjunto de situações jurídicas compreendidas na obrigação são uma unidade em si mesma.

Falemos agora do dever enquanto situação analítica. O que é que significa ter um dever? Significa que se está juridicamente adstrito, vinculado, a realizar ou não realizar um certo facto.

As obrigações e os deveres são susceptíveis de numerosíssimas classificações, que no essencial são o objecto do estudo do Direito das obrigações. Há todavia uma classificação que devemos ter presente, e que nos vai acompanhar ao longo de todo o curso. Ela é a que classifica as obrigações ou os deveres consoante o tipo de conduta que é imposto. São elas as obrigações de dare (aquelas em que o devedor está vinculado a entregar uma certa coisa), e as obrigações de facere (o devedor está obrigado a fazer algo). Dentro destas, distinguimos ainda entre as obrigações de facto positivo, as de facto negativo e as de pati, ou obrigações de suportação. O que significa cada uma destas figuras? A obrigação de facto positivo vincula o devedor a desenvolver uma actividade (por exemplo, num contrato de trabalho o trabalhador fica vinculado a desenvolver uma certa actividade - obrigação de facto positivo). Obrigação de facto negativo é aquela em que o devedor está vinculado a abster-se de um certo comportamento, comportamento que em circunstâncias normais poderia ter, mas que por estar vinculado por uma obrigação de facto negativo ou non-facere, está vinculado a não fazer. Temos por fim as obrigações de pati. Nas obrigações de pati, o devedor está adstrito a sofrer uma actividade na sua esfera jurídica, que de

outro modo não poderia ter lugar. Imaginemos que alguém se obriga por contrato a servir de parceiro de um boxeur para treino. Temos aqui um exemplo bastante forte de uma obrigação de pati. Mas são pensáveis outros exemplos. Se alguém se obriga por contrato a que, pelo seu terreno e sem decorrer da lei, certos veículos ou pessoas possam passar. Isto é uma obrigação de pati.

Vejamos agora outra situação jurídica – as sujeições. As sujeições são situações jurídicas passivas correspondentes aos direitos potestativos – alguém fica sujeito a ver a sua esfera jurídica alterada unilateralmente por outrem, outrem esse que é titular de um direito potestativo. Por exemplo, no direito ao divórcio, a situação jurídica passiva correspondente ao direito ao divórcio é a de sujeição a que o outro cônjuge possa pedir ou mesmo obter o divórcio. Quem está numa situação de sujeição nada pode fazer, nem sequer violar o direito potestativo. Há um autor italiano que diz até que a sujeição é um estado de ineficácia do querer – é irrelevante a vontade de quem está numa situação de sujeição. Interessa ter presente, todavia, que entre o direito potestativo e a sujeição não existe uma relação jurídica. Há uma correspondência, é certo, mas a sujeição não é uma situação de teor inverso, ou de sinal contrário, ao direito potestativo.

Outra situação jurídica passiva é o ónus, ou encargo. O Prof. Menezes Cordeiro afasta-se, neste aspecto, da definição tradicional. O ónus é encarado tradicionalmente como não tendo um dever, mas para beneficiar de certas vantagens terá que adoptar um certo comportamento. O Prof. Menezes Cordeiro critica este entendimento, e reserva a figura do ónus para o direito processual. Este ilustre professor propõe, como designação para esta figura, as expressões de ónus material ou encargo. Ónus material ou encargo, para o Prof. Menezes Cordeiro, é um dever, que todavia tem um regime particular que o faz distinguir das obrigações e deveres de que já falámos. Essa particularidade reside no facto de se tratar de um dever que proporciona vantagens a outras pessoas, mas essas outras pessoas não podem exigir o seu cumprimento. Vejamos melhor com exemplos, retirados dos Art.ºs 916º e 1220º do Código Civil. Segundo estes artigos, o comprador de um bem defeituoso, ou o dono da obra que evidencie defeitos, tem que denunciar ao vendedor ou ao empreiteiro esses defeitos. Mas para que essa possível denúncia de defeitos não se prolongue no tempo, a lei prevê prazos curtos para essa denúncia. Se não o fizerem no prazo previsto na lei, os seus direitos – nomeadamente de eliminação de defeitos, ou de indemnização – caducam. Mas o devedor não tem direito a exigir o cumprimento desses deveres de denúncia.

Definamos pois a estrutura do ónus material ou encargo.

1. Há um dever;
2. Esse dever proporciona a contraparte – permite ao vendedor ou ao empreiteiro remendar os defeitos ou as obras;
3. Mas essa parte contrária não pode exigir o cumprimento desse dever.

Este último aspecto referido significa que a denúncia é um ónus material ou encargo – trata-se de um dever, que proporciona vantagens a outras pessoas, mas as pessoas que têm essas vantagens não podem exigir ao devedor o cumprimento desse dever.

Os ónus ou encargos são situações absolutas – também não estão numa situação de relação jurídica com outras figuras.

Abordamos agora os deveres genéricos, também eles situações jurídicas passivas e absolutas. Quando surgem os deveres genéricos?

1. Quando o Direito atribui a um sujeito certas posições activas, com isso, excluindo do âmbito beneficiado, todas as demais pessoas. Exemplos: direito de propriedade – quando a propriedade é de alguém, exclui todas as outras pessoas (as que não estão beneficiadas por esse direito) dos seus benefícios. As outras pessoas têm o dever genérico de respeitar esse direito de propriedade.
2. Quando o Direito proíbe ou impõe um certo comportamento, sem que se gerem direitos. Exemplos: as

leis de vacinação – o Direito impõe deveres, mas não são atribuídos direitos directamente ligados – ninguém pode exigir ao Tribunal que eu me vacine. Cada cidadão tem um dever, mas não há o correspondente direito. Outro caso é o da proibição de fumar. Em certas situações, o Direito objectivo proíbe que se fume. Gera-se aqui um dever genérico, mas não se cria aqui um correspondente direito – nenhum outro cidadão pode exigir o cumprimento desse dever. Isto apesar de poder haver lugar a sanções.

Este dever genérico, se for violado, pode dar assim direito a uma indemnização, exigível nos termos gerais do Art.º 483º.

Temos ainda os deveres funcionais. São eles situações passivas geradas para o sujeito que ocupe determinada função. É o caso de alguém que é gestor de uma empresa, que só por esse facto fica adstrito ao cumprimento de certos deveres, que podem por sua vez ser exigidos pelos correspondentes direitos (?).

Vamos agora estabelecer rapidamente uma relação entre as situações jurídicas activas e as situações jurídicas passivas.

Pensemos num contrato sinalagmático, como o de compra e venda. Neste contrato geram-se situações jurídicas activas e passivas para cada um dos contraentes. Se o comprador tem a situação jurídica activa de exigir o bem, o vendedor está na situação jurídica passiva de o vender. O comprador tem o dever de pagar o preço, mas o vendedor tem o direito de receber esse preço. Aqui temos uma relação jurídica. Mas nem sempre é assim (?).

Como se relacionam então as situações jurídicas activas e passivas? Quando estamos perante um direito subjectivo comum, a situação passiva correspondente é a da obrigação ou dever. Quanto ao direito potestativo, a parte contrária (ou seja, a do lado passivo) estará sob uma sujeição – sem que exista todavia uma relação jurídica.

No âmbito das situações activas temos os poderes e as faculdades, mas não podemos aqui estabelecer uma correspondência taxativa. Por vezes haverá de facto relação jurídica, em que os poderes e as faculdades supõem uma situação jurídica passiva de sinal contrário (mas isto tem que ser visto caso a caso). Temos ainda as expectativas, em que não se consegue em regra detectar uma situação jurídica passiva de sinal contrário.

No âmbito das situações passivas temos os deveres funcionais, que também têm que ser vistos caso a caso, e temos ainda as excepções, que pode haver de facto uma situação passiva de sinal contrário mas que tem que ser visto no caso concreto.

Do lado passivo, além da obrigação, do dever e da sujeição (de que já falámos), temos ainda o ónus material ou encargo, temos ainda o dever genérico, e os deveres funcionais, relativamente aos quais pode haver um correspondente direito, e assim haver uma selecção jurídica, mas isso tem que ser visto caso a caso.

Aula teórica de 7 Novembro 2006:

Hoje vamos começar a matéria que corresponde à parte II, a matéria respeitante aos institutos jurídicos, penso eu.

O reconhecer um instituto jurídico, e designadamente um instituto civil, é importante enquanto instrumento de operacionalização designadamente na teoria geral do Direito Civil. As áreas jurídicas situam-se em duas grandes áreas: normas e princípios. As normas têm, como já sabemos, uma divisão interna, entre previsão e estatuição, no sentido em que definem a situação da vida à qual se aplicam (previsão) e o comportamento a adoptar para essa situação (estatuição). As normas destinam-se por isso a

regular uma situação relativamente concreta – são gerais e abstractas, mas a situação da vida a que se destinam é uma situação concreta. Os princípios, pelo contrário, são preposições jurídicas dotadas de maior abstracção do que as normas. Definem grandes orientações do sistema jurídico, ou grandes orientações de um ramo do Direito. Entre as normas e os princípios a doutrina, e designadamente a doutrina civilista, tem desenvolvido um conceito intermédio, o conceito de instituto.

O conceito de instituto tem um carácter cultural e compreensivo, sendo mais abstracto que uma norma, mas não é apenas uma regra orientadora e geral, tão abstracta quanto um princípio, estando pois a meio caminho entre a norma e o princípio. Ele é reconhecido com referência a um conjunto de normas que têm a características de se debruçar sobre um conjunto de normas que incidem sobre um mesmo assunto, ou sobre assuntos concatenados.

Há várias ideias para concretizar melhor o que pode ser um instituto jurídico:

1. Estar a meio caminho, como já vimos, entre norma e princípio;
2. O instituto jurídico exige um certo grau de aperfeiçoamento científico da realidade a que se reporta – quando falamos no instituto da propriedade, estamos a falar de um conjunto de direitos, de deveres, de imposições, que se referem à propriedade; ou seja, a ideia de propriedade compreende mais do que as normas do Código sobre propriedade.
3. Evidencia-se também a carga cultural – a propriedade é um conceito que invoca que alguém tem um bem, e o significado que isso tem na sociedade;
4. Evidencia ainda os aspectos fundamentais da regulação jurídica de uma certa categoria de situações – é um conceito retirado da realidade, operacional, não meramente abstracto.

Ao longo da vida prática vamos reconhecer facilmente os institutos jurídicos civis. São eles:

1. A personalidade – com a tutela da personalidade ligada a este;
2. Autonomia privada;
3. A boa fé;
4. A propriedade – associada à propriedade, as operações relativas à sua transmissão;
5. A imputação dos danos – que podemos falar como responsabilidade civil.

Mesmo sem as descrevermos, é fácil perceber que o Direito Civil tem como sua primeira ideia de força a pessoa, a possibilidade de circulação de bens, de fazer contratos (a autonomia privada), a boa fé (a definição para o comportamento correcto das pessoas), a propriedade e a responsabilidade pelo que se faz (a imputação dos danos).

Nas próximas aulas vamos desenvolver estas figuras como institutos civis. Em Direitos Reais, das Obrigações, entre outras, vamos falar melhor destes institutos.

Vamos começar pelo instituto jurídico civil da personalidade. No Tratado do Prof. Menezes Cordeiro, esta matéria é apresentada no Volume I, mas também desenvolvida no Volume III.

O primeiro aspecto a ter em consideração é porque é que falamos, ou o que é que reconhecemos como personalidade e porque não a pessoa?

O Direito Civil é o direito das pessoas enquanto tais. Ora a pessoa não pode ser reduzida a instituto jurídico – é algo que existe antes do Direito, é uma realidade pré-jurídica. O Prof. Ascensão chama à pessoa "um dado pré-legal". Não se trata por isso de um instituto jurídico. Mas à pessoa também se pode assacar um sentido jurídico – podemos falar em pessoa jurídica. Mas chama-se a atenção que o conceito de pessoa jurídica não coincide necessariamente com o conceito ontológico de pessoa. Pessoa em sentido jurídico é também o ser humano, como em sentido ontológico, mas também pode ser uma organização, a que o direito chama uma pessoa colectiva. A pessoa, em sentido biológico, é toda ela pessoa jurídica. Ora

nem sempre foi assim. Nas sociedades antigas, como em Roma ou na Grécia, havia pessoas ontológicas que não eram pessoas jurídicas – para o Direito, os escravos não eram pessoas, eram coisas, transaccionáveis. Mas hoje em dia toda a pessoa em sentido ontológico é pessoa jurídica. No Código de Seabra distinguia-se entre pessoa física e pessoa jurídica – porque só as pessoas colectivas são que eram jurídicas, ou seja, é que eram criação do Direito.

O que é um instituto civil é tutelar as pessoas em sentido antropológico, ontológico ou biológico. Isto significa que o primeiro eixo fundamental no Direito civil é o da preservação da personalidade, da qualidade de pessoa em sentido biológico, e dos direitos inerentes a esta qualidade os chamados direitos de personalidade. Eles estão regulados no Código Civil, nos Art.ºs 70º e ss.

O conjunto destes direitos de personalidade é o primeiro grande instituto do Direito Civil.

Os direitos de personalidade são normalmente definidos como os direitos inerentes à esfera pessoal de cada um – aquilo que tem a ver com a identidade de cada um. Facilmente reconhecemos alguns direitos como direitos de personalidade – direito à vida, integridade física, honra, reserva da intimidade da vida privada, imagem, privacidade da correspondência, etc.

Mas alguns dos direitos que referimos acima não estão no Art.ºs 70º e ss. Do Código Civil, e já vamos daí retirar as devidas ilações.

Estes direitos de personalidade são situações jurídicas, e naturalmente situações jurídicas activas. São também não-patrimoniais – são atinentes a bens de personalidade. Isso não quer dizer que a sua violação não possa dar lugar a uma compensação monetária, mas essa compensação não corresponde ao seu valor monetário. Esses direitos podem ter um elemento familiar. Estes são também direitos originários da pessoa – que têm a ver com o ser pessoa. O Código Seabra chamava-lhe direitos originais. São ainda direitos subjectivos – atenção, que o conceito de bem é um conceito amplo. Foi este conjunto de direitos de personalidade que deram origem a um ramo autónomo, o dos direitos de personalidade. Esta área jurídica, dotada de autonomia, chamada Direito da Personalidade (referimo-nos aqui a direitos objectivos), hoje é reconhecida a autonomia da área de Direito da Personalidade, mas como não é estudada noutras cadeiras do Curso estudamo-la aqui.

Podemos tentar caracterizar os direitos de personalidade com três ou quatro pontos essenciais:

1. São direitos privados – são direitos que assistem a um sujeito privado enquanto tal (estão ligados à qualidade de pessoa humana).
2. São direitos gerais – assistem a todas as pessoas, independentemente da raça, sexo, nacionalidade, credo, etc.
3. São direitos absolutos – por oposição a direitos relativos. Isto quer dizer que se impõe só por si, não precisam de uma posição jurídica de sinal contrário;
4. São direitos não-patrimoniais – os valores que aqui estão em causa não são avaliáveis em dinheiro, o que não impede que não haja uma compensação monetária pela violação dos direitos, mas não é uma compensação reconstitutiva;
5. São direitos inatos – são co-essenciais à pessoa humana;
6. São direitos perpétuos – mantêm-se até à morte dos seus titulares. Tudo isto está no Art.º 71º do Código Civil. Mesmo quando a pessoa morre, o que fica em causa é o direito de quem vive à memória.
7. São direitos intransmissíveis – ninguém pode transmitir os seus direitos de personalidade;
8. São direitos indisponíveis por princípio – em princípio não são limitáveis. É possível que o próprio titular dos direitos aceite a imposição de restrições aos seus próprios direitos, mas as restrições impostas são limitadas e têm um regime de particular tutela. Sobre esta matéria dispõe o Art.º 81º do Código Civil;

A categoria dos direitos de personalidade, para os civilistas, é uma categoria presente desde o Código de Napoleão. Já as Constituições, repositórios de normas posteriores ao Código Civil, têm normalmente um repositório de normas a que chamam direitos fundamentais. Ora dentro destes direitos fundamentais estão os direitos, liberdades e garantias, e se virmos na constituição vemos que alguns destes direitos têm uma área de sobreposição relativamente ampla com os direitos de personalidade que aqui estão no Código Civil. É preciso pois distinguir as duas categorias. Tradicionalmente não havia grande dificuldade em distinguir direitos de personalidade de direitos fundamentais – o que está em causa nos direitos fundamentais é assegurar que o Estado não restrinja o indivíduo em matérias-chave, e são por isso proposições de salvaguarda dos cidadãos perante o Estado. Contudo, estes direitos fundamentais têm um regime de tutela muito forte, que aumenta a possibilidade de sobreposição (Art.º 18º da CRP), que tem duas regras muito importantes: os direitos fundamentais vinculam de forma imediata e directa as entidades públicas e privadas; as restrições aos direitos fundamentais devem ser reduzidas ao mínimo e o seu núcleo essencial tem que se manter intocado). Se pensarmos nos direitos fundamentais como proposições de salvaguarda, o que acontece se o Estado desrespeitar os direitos fundamentais é que surge aqui uma questão de inconstitucionalidade, por acção ou por omissão. Coisa bem diferente pode decorrer do facto de se violar a primeira regra – a questão de saber se os direitos fundamentais serem proposições dos direitos dos cidadãos contra o Estado também podem ser invocadas pelos cidadãos uns contra os outros. É a chamada eficácia civil dos direitos fundamentais, ou eficácia horizontal.

Se verificarmos também a tal sobreposição, coloca-se o problema de saber se os direitos fundamentais não absorvem os direitos de personalidade.

Os constitucionalistas tendem a admitir esta ideia da eficácia civil. Mas o Prof. Gomes Canotilho admite sem grandes dificuldades, outros constitucionalistas menos radicais, como o Prof. Jorge de Miranda, só admitem a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas quando elas tenham elemento de poder semelhante a uma relação de direito público. Para os civilistas, em princípio os direitos fundamentais têm o seu reduto na Constituição, e para que se possa invocar um direito fundamental no âmbito de uma relação de direito privado é preciso que esta aplicação seja mediada por princípios gerais do próprio Direito Civil. Só se, recorrendo a princípios gerais do Direito Civil (boa fé, abuso de direito, etc.), se concluir que faz sentido que um particular imponha a outro um seu direito fundamental é que se admite tal imposição. Para este efeito é necessário ponderar outros valores civis em jogo. São essencialmente dois: que seja exigível ao particular uma conduta de respeito pelo direito fundamental; é preciso que a invocação do Direito Fundamental seja feita de acordo com critérios de adequação funcional. Exemplos: não há direito fundamental mais relevante que o direito à vida. No entanto, se alguém estiver a morrer de fome, isso não o legitima para impor a outra pessoa que o contrate e que lhe pague, para ele poder comprar comida. Outro exemplo: é proibido matar, mas quem mata na guerra não é homicida. A intenção funcional no exercício daquele acto desvaloriza, ou não permite, criminalizar. Há pois que distinguir, dentro das situações jurídicas privadas, as que têm um elemento de poder, e que podem pois ser assimiladas às relações pública, das outras. Dentro das outras, só se admite a eficácia dos direitos fundamentais se mediatizadas por princípios gerais do Direito Civil, designadamente a boa fé.

Aula teórica de 9 Novembro 2006:

Vamos prosseguir a matéria dos direitos de personalidade, e vamos agora falar nas características dos direitos de personalidade.

Como é que se distinguem os direitos de personalidade em relação a outros tipos de direitos? Quais são as suas características que os distinguem de outros tipos de direitos? Estas características de que vamos falar são todas elas problemáticas – levantam alguns problemas de noção e até de natureza.

Em primeiro lugar, é relativamente dizer-se que os direitos de personalidade são direitos absolutos. A sua

primeira característica seria pois a absolutidade. Mas será isto mesmo assim? O que é que isto quer dizer? Há uma primeira hipótese de qualificação – são absolutos porque são oponíveis erga omnes – que literalmente significa contra todos, ou seja, oponíveis a todos. Consequentemente, não seriam direitos inter partes. Com este significado, caberia dizer que o titular do direito de personalidade poderia exigir o seu acatamento a qualquer pessoa. Mas será que isto se verifica quanto aos direitos de personalidade? Quanto a certos direitos, parece que não. Há certos direitos em que se postula uma relação sujeito a sujeito – em primeira linha são configurados como um direito de um sujeito sobre um outro sujeito. É o caso das cartas confidenciais, em que o que se pressupõe é uma relação inter partes, ao menos em primeira linha. Isto impede-nos de dizer que os direitos de personalidade são absolutos. Tentemos então outra linha: serão eles direitos absolutos por não pressuporem relações jurídicas? Mas parece que de facto por aqui também não vamos, porque há direitos de personalidade que são relativos – uma vez mais, é o caso da confidencialidade. Tentemos por isso uma terceira via. Os direitos de personalidade são absolutos por deverem ser respeitados por todos. Isto sim, é verdade. O direito de personalidade exige que todos o respeitem, e se o não fizerem o lesante incorrerá na obrigação de indemnizar. Sendo assim, nos termos do Art.º 483 do CC, a lei confere aos direitos de personalidade a chamada tutela aquiliana – quem os vir desrespeitados pode pedir responsabilidades a quem lesou.

Outra característica dos direitos de personalidade é a sua não-patrimonialidade – não são permutáveis, nem avaliáveis em dinheiro. Ora um dos direitos de personalidade é o direito à imagem, e o titular desse direito pode colocar esse direito à imagem no mercado, pode exigir um preço pela sua exposição. Temos aqui um direito de personalidade mas temos também patrimonialidade, avaliação em dinheiro. Logo, esta característica, como sendo algo de essencial aos direitos de personalidade, não pode ser afirmada, pelo menos com esta vigência. Todavia, os direitos de personalidade admitem uma classificação no que respeita à sua não-patrimonialidade.

Essa classificação permite distingui-lo em três tipos:

1. Não patrimonialidade em sentido forte – o Direito não admite que sejam de forma alguma permutados em dinheiro (o exemplo do direito à vida);
2. Não patrimonialidade em sentido fraco – dentro de certas regras, o Direito permite trocá-los por dinheiro (é o exemplo do direito à integridade física, que permite dentro de certas regras que se troque por dinheiro - o caso do boxe, por exemplo);
3. Direitos de personalidade com natureza patrimonial – A lei, ou o Direito objectivo, admite que possam livremente trocados por dinheiro (é o caso do direito à imagem).

Vejam agora outra eventual característica, a da dupla inerência, tradicionalmente atribuída aos direitos de personalidade. Esta dupla inerência significaria que os direitos de personalidade respeitam a uma certa pessoa, e apenas a uma só pessoa, e não a uma pessoa diversa. Esta ideia tem que ser analisada com mais atenção para podermos chegar a esta conclusão.

Num certo sentido, é indubitável que há uma intransmissibilidade dos direitos de personalidade. O que acontece é que está a admitir aí uma limitação, mas é correcto afirmar-se que os direitos de personalidade são intransmissíveis. Nasceram numa certa esfera jurídica, e aí permanecem até que se extinguam, o que acontece eventualmente com a morte ou, em relação a alguns direitos, por extinção do seu objecto. Há aqui pois a inerência de certos direitos a uma certa pessoa, que implica a sua intransmissibilidade.

Por outro lado, estes direitos inerem ao seu objecto. Eles têm um certo objecto – a personalidade. Não é possível alterar os bens de personalidade sobre os quais incidem os direitos. Neste duplo sentido que se referiu, podemos dizer que há uma dupla inerência nos direitos de personalidade uma ligação entre o direito de personalidade e o sujeito, e entre o direito de personalidade e o seu objecto.

Outra característica possível destes direitos é a da prevalência dos direitos de personalidade.

Temos dois problemas a este respeito:

1. Imagine-se que há uma colisão de um direito de personalidade com um direito de outro tipo – um direito de crédito, ou um direito real, por exemplo. Prevalecerão os direitos de personalidade? A tendência seria dizermos que sim. Mas será mesmo assim? Imagine-se que alguém pede esmola a outrém. Dessa esmola pode depender até o direito à vida, de quem pede. Por outro lado, temos o direito de propriedade da pessoa a quem é pedida a esmola. Se se sustentasse que o direito de personalidade prevalece sobre os outros direitos, poderíamos concluir que a pessoa a quem é pedida esmola teria o dever jurídico de a dar. Como tal, não podemos afirmar que o direito de personalidade prevalece sempre sobre todos os outros direitos. Não é possível pois falarmos assim.
2. Quando dois direitos de personalidade concorram entre si, qual deles vai prevalecer? Haverá hierarquia entre eles. Ou, por outro lado, como acontece nos direitos reais, prevalece o mais antigo? Como é que isto se resolve?

Não há em nenhum Código nenhuma regra jurídica que diga que o direito de personalidade prevalece sobre outro qualquer tipo de direitos. Não obstante, e indubitável que há certos direitos de personalidade que prevalecem sobre quaisquer outros. É o caso sem dúvida do direito à vida. Há certos direitos pois, em que a lei, não admitindo a sua anulação, determina a nulidade de todos os contratos que superem essas limitações. Temos aqui um forte indício de que a lei os faz prevalecer sobre outros direitos. Ainda assim, apesar de podermos em certos casos estabelecer regras de prevalência, não temos um critério uniforme que resolva todos os casos concretos. Por isso, em caso de conflito, temos de analisar caso a caso, de acordo com os critérios normativos que a lei nos possa fornecer, qual deles deve prevalecer. Em resumo, a prevalência não é pois uma característica dos direitos de personalidade. Caso a caso podem-se formular juízos de prevalência, mas não podemos dizer se mais que estes direitos de personalidade prevalecem sobre direitos de outro tipo.

Está assim encerrado o ponto das características, e passamos agora às modalidades e ao regime geral dos direitos de personalidade.

Há uma classificação que distingue os direitos de personalidade em direitos necessários e eventuais. Os direitos necessários são os que existem sempre que haja uma pessoa humana – uma pessoa, só por ser pessoa, tem certos direitos de personalidade, como o direito à vida. Mas há também direitos de personalidade que são eventuais – a sua existência depende da verificação de certos pressupostos. É o caso do direito à confidencialidade da correspondência – tem que ter havido carta.

Outra classificação tem em conta os bens a que se reportam os direitos de personalidade. Os direitos de personalidade reportam-se a certos objectos. Há direitos de personalidade que integram o círculo biológico, outros direitos de personalidade integram o círculo moral e outros ainda o círculo social. No círculo biológico temos direitos como o direito à vida, ou à integridade física; no círculo moral temos direitos como o direito à integridade moral, ao bom-nome ou à reputação. Já no círculo social temos o direito à intimidade da vida privada, ao nome, e o direito à imagem.

Uma outra classificação distingue os direitos limitáveis dos direitos não-limitáveis. Há direitos de personalidade que não podem ser restringidos, ou reprimidos. Qualquer limitação implicaria a sua nulidade (da limitação). Noutros, essa limitação é operável. Limitáveis é o caso do direito à imagem, não-limitáveis é o direito à vida.

Outra classificação é a que distingue os direitos de personalidade entre patrimoniais e não-patrimoniais. Os direitos patrimoniais podem facultar certa vantagem ao seu titular; os não patrimoniais não o podem fazer.

Há ainda a distinguir entre direitos nominados (os que têm um nome dado pelo Direito) e os direitos

inominados (aos quais a lei não dá nome).

Podemos ainda classificar os direitos como típicos (os que têm uma regulação prevista na lei), ao passo que há também direitos atípicos (a lei não estabelece regime). Não tem que haver coincidência entre esta classificação e a anterior – por exemplo, uma lei pode dar nome a um direito mas sem o sujeitar a certo regime.

Vamos agora tratar de uma questão igualmente com grande relevância. É uma questão que neste momento está pacificada, mas que ainda assim carece de alguma reflexão na doutrina. Assistirão os direitos de personalidade apenas às pessoas singulares, ou também assistirão eles às pessoas colectivas?

Quando alguém, por hipótese, põe em causa o bom-nome de uma sociedade, esta sociedade pode defender-se enquanto tal, pedindo por exemplo indemnizações a favor da sociedade, ou não, e só as pessoas que integram a sociedade é que foram lesadas e só elas poderão pedir indemnizações e outras formas de tutela do Direito?

Neste momento, também às pessoas colectivas se reconhecem direitos de personalidade. Esta afirmação carece de ser explicitada. Uma pessoa colectiva não tem, certamente, direito à vida, à integridade física, ou a outros direitos eminentemente pessoais. Todavia, apesar de não assistirem às pessoas colectivas todos os direitos de personalidade que são reconhecidos às pessoas humanas, outros lhe são reconhecidos – direito ao bom-nome, à reputação, etc. Penso que esteja no Art.º 484º. Mas mesmo quando falamos de direitos reconhecidos às pessoas colectivas, estamos a falar de direitos reconhecidos, ainda que mediatamente, às pessoas humanas. Mas é claro que uma pessoa colectiva pode ser lesada quanto a certos direitos de personalidade, e pode exigir indemnizações ou recorrer até à forma penal.

Aula teórica de 14 Novembro 2006:

Hoje vamos falar ainda dos direitos de personalidade, e do direito à vida para já.

O direito à vida visa a preservação biológica do ser humano. Mas só mesmo quando está em causa a sobrevivência é que pode estar em causa o direito à vida, caso contrário haverá apenas direito à integridade física.

O direito à vida não admite limitação ou compressão, nomeadamente por vontade do seu próprio titular.

Porque é que o direito à vida é tutelado? Há uma doutrina secular sobre isto. Primeiramente, o titular do direito à vida não tem a sua livre disponibilidade. Por outro lado, a perda da vida de uma pessoa é um acto anti-social – é uma perda para a sociedade humana. Se o Direito o admitisse, seria ir contra ele, pois ele regula a sociedade. Por outro lado, há ainda um factor cultura, que é a nossa herança cristã.

Portugal foi um dos primeiros países a abolir a pena de morte, e hoje temos o Art.º 24º da CRP.

Há ainda um argumento técnico-jurídico que sustenta o direito à vida. Esse argumento é o seguinte: perante conflitos humanos, o direito tenta estabelecer uma prevalência, segundo certos critérios, de algum dos interesses em causa. Esse objectivo do Direito depende da própria existência desses direitos. Infligir a morte a alguém significa desaparecer toda a tutela e todo o pensamento ligado ao Direito. Como tal, do ponto de vista técnico-jurídico, a admissão de que alguém mate outrem é incompatível com o direito civil.

Logo à partida, podem surgir conflitos de várias vidas. Um médico pode ter que optar por quem administrar um número limitado de medicamentos. Ora a vida humana não é mensurável, e por isso não é estabelecível sequer um critério de número. Mas há aspectos que podem ser tidos em conta, e que são critérios que podem advir da deontologia médica no caso da medicina, que podem justificar que seja dada

prevalência a uma vida sobre a outra. Um médico pode optar legitimamente por auxiliar a pessoa cuja vida é mais viável, por exemplo. Por outro lado também, o Direito à vida pode ceder perante a legítima defesa. Ainda a respeito do direito à vida, interessa ver questões como o suicídio – como é que o Direito civil encara o suicídio – e ainda situações que possam pôr em jogo a vida de outros.

Em relação ao suicídio, sabemos que o direito à vida é indisponível, nem mesmo pelo próprio. Por isso um contrato que preveja que alguém seja privado da sua própria vida é nulo. Se a vida for retirada por um terceiro, mesmo com consentimento, há violação do direito à vida – o consentimento do próprio é nulo. O auxílio ao suicídio é, por isso mesmo, e em si mesmo, um acto nulo em si. Quanto ao suicídio em si, é também um acto ilícito. Não temos uma proibição do suicídio, que de resto seria inútil, mas a partir de certos dados do sistema podemos concluir que o suicídio é um acto ilícito. O Direito à vida é, pois, um direito indisponível. Mas ficcionemos que alguém se suicida e causa prejuízos a terceiros com esse acto. Há aqui responsabilidade civil, nos termos gerais do Direito civil, por estar a cometer um acto ilícito. É claro que podem acontecer que haja comportamentos de alguém, dos quais resulte a sua morte, mas que não sejam ilícitas porque nem se possam considerar suicídio. Alguém pode querer, por exemplo, salvaguardar outros bens jurídicos, ainda que isso lhe cause a morte. Mas sem intenção e morrer! Aqui temos actos lícitos, porque não visavam dispor do direito à vida.

Quanto aos duelos, ou a contratos do tipo "quanto aguentamos em contra-mão", são estes contratos que os estabelecem actos ilícitos. Porquê? Porque visavam dispor do direito à vida, e por isso são ilícitos

Atendendo a este regime de indisponibilidade, o que há a dizer sobre os actos que ponham em causa o direito à vida? São actos nulos.

Estando em causa um direito de personalidade, temos aqui que saber qual a tutela dos direitos de personalidade. Está tudo no Art.º 70º. Quem causa danos a outros direitos de personalidade, essa tutela indemnizatória do Art.º 70º n.º 1, a lei prevê outro tipo de tutela (Art.º 70º n.º 2 do CC) que dá a quem esteja a ser ameaçado a possibilidade de requerer ao Tribunal as providências adequadas para fazer cessar essa ameaça.

Vamos abordar agora a questão da eutanásia. O que é , antes de mais, a eutanásia? Consiste num encurtamento da vida de pessoas que estejam em estado terminal e em sofrimento. Ora segundo alguma da melhor doutrina de hoje, a eutanásia é um acto ilícito. Já que falamos de eutanásia, interessa fazer algumas distinções. É que nem todas as acções ou omissões destinadas a encurtar a vida de outrem se destinam a...

Eutanásia activa directa – o agente actua directamente para encurtar a vida; eutanásia activa indirecta – o agente ministra ao paciente substâncias para aliviar a dor (é esta a sua intenção), mas que lhe provocam o encurtamento de vida. Será isto também ilícito? Não. Se ele não queria abreviar a vida, se era esse o seu objectivo, não é ilícito. Se, por outro lado, o médico tivesse intenção de encurtar mesmo a vida, então já não será lícito.

Há ainda outro comportamento, neste caso por omissão do médico, que é a de o médico fazer cessar certas medidas artificiais de prolongamento da vida. Isto também não é lícito. Mas se estiver a sofrer, penso eu, poderá ser considerado um acto lícito. Não percebi.

A morte é ainda algo de irreversível. Se houver algum erro, ele não pode ser corrigido. É esta também uma das justificações para não haver pena de morte. Também na eutanásia, se houver um erro, não se poderá voltar atrás.

Ora numa situação em que a eutanásia possa surgir como opção, surge na prática um conflito entre a vida e a morte. Isto é mais um argumento para a ilicitude da eutanásia.

Justificada a posição da recusa ou da ilicitude da eutanásia, há que fazer notar que o terminar da assistência clínica a um doente terminal não é por si só eutanásia.

Falaremos agora do direito à integridade física.

O direito à integridade física tutela o ser biológico e as suas funções biológicas enquanto não ponham em causa a sua existência. O direito à integridade física é violado através de agressões directa, mas também, e com crescente importância, relevam situações que, não sendo agressões directas, revestem um carácter que ponha em causa o direito à integridade física (ruídos, emissões, cheiros, descanso, etc.). Como é que se tutela? Em termos gerais é através da indemnização. Surge aqui uma vez mais o problema da responsabilidade civil, aqui por violação do direito à integridade física. Os Tribunais são a todo o momento chamados a falar e a atribuir indemnizações caso se desrespeitem o direito à vida ou à integridade física. Mas a verdade é que os tribunais têm muita relutância em atribuir indemnizações muito elevadas para o próprio sofrimento, ou o direito à vida.

Ora a responsabilidade civil é hoje em dia atribuível a seguradoras, por via dos seguros. Ora aumentar as indemnizações, como vimos acima que seria desejável, aumentaria também o preço dos seguros, preços para todos.

E o que é que é indemnizável quando alguém perde a vida? Em primeiro lugar, os danos patrimoniais ou não-patrimoniais sofridos por certas pessoas próximas do falecido. É ainda indemnizável o sofrimento do falecido. Então e a vida, será esse um direito indemnizável? Apesar de Autores como Oliveira Ascensão ou Antunes Varela dizerem que não, a doutrina e a jurisprudência têm sido consensuais a dizer que sim.

2). É a que falámos voltando às formas de tutela, temos a tutela das providências adequadas à circunstância (Art.º 70º n.º 2 do CC).

Falamos agora do direito à integridade moral, ao bom-nome e à reputação. O bem jurídico tutelado por este direito é o da honra – que decorre do Art.º 70º n.º 1 do CC, mas também do Art.º 484º do mesmo Código. (...).

Quando haja colisão entre direito ao bom-nome e etc., há dois critérios:

1. Absoluta verdade – tudo o que não seja verdadeiro é ilícito.
2. Na divulgação de algo, temos ainda que atentar no seu valores.

Aula teórica de 16 Novembro 2006:

Vamos hoje terminar a matéria relativa aos direitos de personalidade. Já falámos em alguns direitos de personalidade em especial, evidentemente os mais relevantes – direito à vida, direito à integridade física, direito ao nome e à honra, e o direito à inviolabilidade de correspondência.

Hoje vamos falar do direito à imagem e do direito à reserva da intimidade da vida privada, destacando ainda dois ou três aspectos do carácter geral sobre a temática dos direitos de personalidade.

Quanto ao direito à imagem, começaremos por chamar a atenção para o Art.º 79º do Código Civil. Como decorre da epígrafe e da letra do n.º 1 deste artigo, o que está essencialmente em causa no direito à imagem é o retrato da pessoa e a sua reprodução – retrato em sentido amplo. O Código Civil é de uma altura em que havia muitos retratos, embora hoje haja retratos, imagens, captadas pelas mais variadas e tecnológicas vias.

À ideia de retrato tende hoje a associar-se o logótipo de uma pessoa colectiva, aquela que é no fundo a imagem, a marca da pessoa colectiva. No Direito Comercial também se tutela a marca. O que nós temos aqui no Código Civil o que temos aqui é a tutela do direito à imagem das pessoas singulares.

Quais são as regras da tutela deste direito à imagem? Temos um princípio geral no nº 1, uma restrição no nº 2 e uma excepção à restrição no nº 3. O princípio geral é o de que a difusão ou reprodução pública da imagem carece do consentimento da pessoa que seja retratada. Esta é a regra da primeira parte do nº 1. Deve-se interpretar isto restritivamente, porque esse consentimento pode ser dado em termos condicionados. A regra deve ser utilizada nos limites do consentimento do titular

Na parte final do nº 1 do Art.º 79º aparece a possibilidade de ser utilizada a imagem de uma pessoa falecida. Como é que se operacionaliza aqui a exigência do consentimento? Atribuem-se às pessoas mencionadas no nº 2 do Art.º 71º – o cônjuge sobrevivente, descendente ou ascendente, etc. É a tutela post mortem – o que se tutela é a memória do falecido, e o interesse que essa memória tem para os que sobrevivem. O direito a memória é também um direito de personalidade em si mesmo

A excepção desta regra encontra-se no nº 2 deste artigo. Com que critérios é que se pode dispensar o consentimento? Notoriedade, cargo, exigência de polícia ou justiça, finalidades científicas ou culturais, ou quando haja sido captada em lugares ou eventos públicos, grosso modo. Aqui temos um tempero entre o que é a imagem de cada um, e o contexto ou interesse público dessa imagem. Evidentemente que uma figura pública, por ser pública e notória, tem um âmbito ligeiramente diferente de aplicação do direito à imagem. Note-se que cada pessoa tem direito à sua imagem, e é ainda necessário que a divulgação...

O nº 3 vem dizer que o retrato não pode porém ser reproduzido, exposto ou lançado no comércio, se daí resultar prejuízo para a honra, etc. Aqui temos a aplicação do que os teóricos chamam a teoria das esferas: a esfera pública, a esfera individual mas ainda assim social, a esfera privada dos indivíduos e por fim a esfera íntima de cada um. Se eu for na rua e for captado por um vídeo de segurança, as finalidades de segurança daquela imagem permitem que ela seja visualizada por polícias. Coisa diferente é saber se a pessoa pode ser filmada numa festa – apesar de ser social, é um grupo restrito. Aqui já temos a esfera individual, mas ao mesmo tempo social, da pessoa – a mostra dessa imagem demonstra que a pessoa quis pelo menos ir ali. Temos depois a esfera privada – quando se está em casa – ou íntima – quando se está em cenas íntimas. Esta teoria alemã das esferas permite-nos dizer que há menos restrições ao direito à imagem nas esferas de cariz público. É consoante essas esferas que se definem as diferentes restrições. Isto é uma projecção do direito à dignidade. É por isso da máxima importância fazer uma interpretação o mais restritiva possível da excepção do nº 2, e bastante amplas quanto às restrições do nº 3. O critério que parece importante de reter quanto à interpretação restritiva do nº 2 é um princípio de adequação – as pessoas podem ser retratadas e a sua imagem divulgada nos termos do nº 2 mas dentro de um princípio de adequação.

Muitas vezes, a tutela do direito ao nome está associada ao direito à imagem. O Prof. Menezes Cordeiro propõe também que se associe ao direito à imagem o direito à palavra.

O direito ao nome está presente nos Art.ºs 72º a 74º do Código Civil. O direito ao nome decorre obviamente da individualidade de cada um, tal qual como a imagem – a pessoa é aquilo que aparenta e o nome que tem. É um direito tradicionalmente popular. A tutela do direito ao nome no Código Civil tem uma dimensão positiva e uma dimensão negativa – Art.º 72º nº 1. A dimensão positiva tem a ver com o uso do nome – a pessoa tem direito a usar o nome, seja de forma completa ou de forma abreviada. Tem ainda o direito a impedir que outros utilizem ilicitamente o seu nome. Esta tutela tem um limite, que tem a ver com o uso adequado do nome, nomeadamente em termos profissionais. Uma questão que se coloca é a questão do Art.º 72º nº 2, a necessidade de usar o nome de forma a não prejudicar quem tenha

profissionalmente um nome idêntico. Uma outra questão interessante relativamente ao nome é que esta tutela abrange os pseudónimos e os títulos nobiliárquicos (há um acórdão famoso sobre o Capitão Roby). O Capitão Roby processou a cadeia televisiva (SIC), e o Tribunal entendeu que havia uma tutela de um direito de personalidade pelo uso da expressão Capitão Roby.

O direito ao nome é um direito de personalidade em sentido próprio, mas tem também um grande interesse no campo profissional e no campo comercial.

Como é que é actuada esta tutela? A lei prevê a possibilidade de ser instaurada uma acção para defesa do nome, chamada defesa do bom-nome (embora o bom nome seja mais associado à honra), sendo esta defesa do nome para evitar que outros usem o nosso nome. A lei confere legitimidade para instaurar a acção ao detentor do nome, mas também a outras pessoas.

Quanto ao direito à inviolabilidade da correspondência, rege sobre esta matéria o Art.º 75º a 78º do Código Civil. Todos temos direito a que as nossas cartas não sejam públicas. Mas há que distinguir entre dois tipos de missivas: as missivas confidenciais e as missivas não-confidenciais. Uma coisa são as cartas de amor do Fernando Pessoa, ou de outra pessoa, e outra coisa são os relatórios que se fazem, aqui ou num emprego. Faz sentido tutelar as missivas confidenciais, não faz sentido tutelar as segundas. O Código refere-se às cartas missivas confidenciais, nos Art.ºs 75º a 77º, e só no Art.º 78º se refere às cartas missivas não confidenciais. Esta designação "cartas/missivas" tem que ser interpretada com amplitude para abranger outros meios de comunicação que não apenas a comunicação postal – a comunicação pela Internet, por exemplo.

Como é que se distinguem as missivas confidenciais ou não confidenciais? Temos que aplicar aqui um critério substancialista. Não é confidencial só a missiva que o autor assinala como confidencial, mas tem antes que se atender ao seu conteúdo. São confidenciais obviamente escritos familiares, amorosos, mas também cartas profissionais que envolvam segredo ou sigilo profissional.

Qual então a tutela dada às cartas missivas confidenciais?

1ª Regra – o destinatário tem o dever de guardar reserva sobre o seu conteúdo, e não deve aproveitar os elementos de informação que decorram dessa carta;

2ª Regra – se o destinatário já tiver falecido, o autor da missiva pode promover a restituição da própria missiva (Art.º 75º n.º 2). Assim como pode ser ordenada a destruição da missiva confidencial;

3ª Regra – Só se pode publicar uma carta confidencial apenas com o consentimento do seu autor ou com o suprimento judicial desse consentimento. Se, todavia, as cartas não tiverem objectivos de interesse público, mas sim forem de interesse histórico e afins, não há lugar a este suprimento judicial.

Se a missiva não for confidencial, a tutela é menor. A lei determina, no Art.º 78º do Código Civil, apenas que a utilização que o destinatário dela faça não seja contrária às expectativas do autor da própria carta. Temos aqui de novo um princípio de adequação funcional – os direitos devem ser exercidos de acordo com a função para que foram instituídos, e não abusivamente.

Noutras áreas jurídicas é conferida uma tutela especial às cartas missivas. É o caso do Código do Trabalho.

Por fim, o direito à reserva da intimidade da vida privada. O direito à reserva da intimidade da vida privada é, a seguir aos direitos à vida e à integridade física, um direito de personalidade por excelência. Este direito é referido no Código Civil no seu Art.º 80º, aparentemente sem grande destaque. Mas não nos devemos deixar enganar pela descrição do Código. O Código é discreto nesta matéria, mas isso não ilude de a importância do direito à intimidade da vida privada. Na realidade, ele revela-nos um princípio geral desta matéria dos direitos de personalidade. O que está em questão na tutela destes direitos de

personalidade é em regra a questão da intimidade da vida das pessoas. O princípio geral nesta matéria é o que vem enunciado no Art.º 80º nº 1 do Código Civil. Qualquer um de nós que tenha a possibilidade de revelar algo sobre a vida privada de outra pessoa não o deve fazer. Aplicamos aqui uma vez mais a teoria das esferas – não está em questão um facto público ou notório, nem um facto social da vida de todos nós. Estamos a tratar com aspectos relativos à vida familiar e aspectos da vida íntima, individuais, de cada um.

A lei diz-nos a extensão da reserva (Art.º 80º ou 81º nº 2), que é definida pela natureza do caso e... Nos antípodas deste direito está o direito à informação. Uma termina onde a outra começa. No Estado "olheiro" que temos, tende a sobrevalorizar-se o direito à informação sobre o direito à intimidade da vida privada. O que podemos dizer por via desta norma cautelar do nº 2 do Art.º 80º é que só a natureza concreta do caso e das pessoas é que certo aspecto da vida privada deve ser considerada mais relevante que o direito à informação. Todavia, o princípio prevalente deverá ser, na opinião da Sr.ª Profª Rosário Ramalho, o direito à reserva da intimidade da vida privada. Esta situação é uma situação típica de colisão de direitos (Art.º 335º) – deve prevalecer o que seja superior, ou devem ceder equitativamente.

É claro que, como vimos pelo regime geral dos direitos de personalidade, estes direitos não são absolutos no sentido em que o seu titular pode limitar o direito de personalidade. Nós temos situações de limitação voluntária dos direitos de personalidade muito frequentes nas nossas sociedades (os Big Brothers desta vida, por exemplo). Sendo possível esta limitação, a lei é também clara, ao impor-lhe um regime de tutela reforçada, admitindo a retratação de vontade unilateral do titular da própria limitação que se tenha imposto – o titular pode unilateralmente revogar o consentimento, em prejuízo de poder indemnizar, e repor o direito de personalidade na plenitude da sua concepção – é o que decorre do Art.º 81º.

Dois ou três pontos ainda sobre direitos de personalidade:

Em primeiro lugar, acentuemos que o direito de personalidade pode ter, para além da dimensão pessoal que já vimos, uma dimensão familiar. É o caso do direito à reserva da intimidade da vida privada, do nome ou da violação da correspondência – quando alguém revela factos da sua vida íntima, está a revelar elementos da vida íntima de outras pessoas.

Em segundo lugar, um corolário dos direitos de personalidade é que a responsabilidade civil é hoje limitada à esfera patrimonial. Nas sociedades antigas, o devedor que não cumpria era entregue ao devedor. Hoje não é assim, como sabemos. Depois do cárcere privado de Roma, como vimos, segue-se o cárcere público. Hoje só o património responde pelas dívidas, excepto se essas dívidas forem crime.

Terceiro e último ponto, que decorre dos direitos de personalidade, é admitir que os danos morais, ou seja, os danos decorrentes de violações de direitos de personalidade, podem dar lugar a uma indemnização, ou sejam, são ressarcíveis patrimonialmente. O direito à indemnização não decorre só de situações patrimoniais, mas pode decorrer de violações de direitos de personalidade. Simplesmente a nossa lei, e sobretudo a jurisprudência na interpretação da lei, tende a reconhecer que os danos não patrimoniais só são indemnizáveis se forem graves, e a jurisprudência da interpretação do Art.º 496º do Código Civil tem alguma dificuldade em estabelecer as indemnizações, porque não têm o efeito de reproduzir a situação mas antes de a compensar pela perda. Ainda a propósito dos direitos não-patrimoniais e da responsabilização, a lei não é clara quanto à indemnização no caso do direito por morte – de quem será, afinal, o direito? Do falecido ou dos que lhe sucedem?

Aula teórica de 21 Novembro 2006:

Vamos hoje continuar a matéria relativa aos institutos, falando num instituto de grande importância para o Direito Civil, que é o instituto da boa fé. É um instituto de valia jurídica geral – o recurso do apelo à ideia de boa fé é feito em todos os quadrantes de Direito. Foi nesta Faculdade que se fez a maior dissertação sobre esta matéria, a dissertação de doutoramento do Prof. Menezes Cordeiro – "Da boa fé no Direito

Civil". Nesta dissertação, o Prof. Menezes Cordeiro fez uma apreciação profunda do instituto e do seu relevo, de onde decorre que no nosso Código Civil há pelo menos 70 artigos que fazem apelo à boa fé.

A origem deste instituto é romana. No Direito Romano falava-se em fides – fides é o antecedente histórico da boa fé. Ainda não se falava em buona fides, mas sim só em fides – estar convencido de alguma coisa. No Direito Romano, o instituto da fides servia justamente para enquadrar situações novas em matéria processual – quando algo não podia ser resolvido por leis já existentes, a solução poderia ser obtida com recurso à fides, o pretor podia deferir tendo em atenção a justiça do caso, a sua convicção sobre o caso, nas situações em que não estava normativamente previsto.

Desde o princípio que a boa fé teve uma dupla faceta, que até hoje apresenta: uma faceta subjectiva (convencimento do sujeito sobre determinada realidade, ou ignorância de determinados factos), e um prisma mais objectivo.

Ao longo da história, a ideia de boa fé começou por se desenvolver um sentido mais subjectivo. Neste sentido, desenvolveu-se na Idade Média, na Idade Moderna, e aparece já no Código Napoleão, no nosso Código de Seabra. A certa altura, apareceu neste desenvolvimento a ideia de lealdade, de um comportamento de acordo com as expectativas da outra parte. Esta ideia de lealdade foi sobretudo desenvolvida pela pandectística, com base no conceito de lealdade e de um comportamento leal. Esta evolução (primeiro a ideia de lealdade, depois a ideia de comportamento leal), e ao mesmo tempo a ideia do estado de convencimento do sujeito sobre determinados factos, sedimentou o instituto da boa fé com os dois sentidos que referimos. Em conclusão, boa fé em sentido subjectivo é o estado de convencimento do sujeito sobre determinada situação, ou de ignorância de certos factos, que o Direito protege. No sentido de objectivo, projecta-se a ideia de lealdade – a boa fé tem a ver com a ideia de comportamento das pessoas de acordo com valores determinantes da ordem jurídica, designadamente no cumprimento contratual. Nesse sentido objectivo não estamos já perante um estrado de convencimento do sujeito, mas sim perante um apelo a regras positivas de comportamento.

No nosso Código encontramos diversas consagrações da boa fé, quer num sentido quer noutra. Vejamos algumas como exemplo:

Em sentido subjectivo, veja-se por exemplo o Art.º 1219º do Código Civil. O Art.º 119º refere-se a uma figura que amos estudar a propósito das pessoas, e que é a ausência – alguém desaparece sem se saber o paradeiro. A lei atribui certos efeitos à ausência, e este Art.º 119º trata da situação em que o ausente regressa. No nº 2 refere-se à má fé dos sucessores. O que é a má fé dos sucessores? É o conhecimento de que o ausente afinal não estava morto – vide nº 3.

Veja-se o Art.º 243º. Este artigo refere-se a uma figura que é a simulação, e que estudaremos a propósito dos vícios do negócio jurídico. A simulação é um negócio entre A e B para prejudicar. A simulação tem aqui um regime relativamente a terceiros de boa fé. Aqui a boa fé é a ideia presente no nº 2.

Estamos perante boa fé em sentido subjectivo tutelada pelo Direito quando o Direito valoriza o estado de conhecimento, ignorância ou consciência de determinados factos. A boa fé, subjectiva, é, pela ideia de subjectividade que carrega, um conceito de difícil apreensão. Bastará que a pessoa conheça ou se convença de certos factos. Daí distinguir-se em sentido psicológico (alguém se convence de algo) ou em sentido ético (alguém que se convence ou que ignore certos factos sem ter obrigação de os conhecer). Trata-se de limitar o instituto da boa fé na sua acepção subjectiva, dizendo que só releva a situação em que a pessoa ignora, de facto, mas não tinha obrigação de saber, ou quando se convence porque esse convencimento lhe foi criado por outro. A aplicação prática deste instituto é temperado assim por deveres de informação, de diligência normal, etc. Se a pessoa não os observou, devendo fazê-lo, não deve funcionar o sentido da boa fé.

A ideia objectiva de boa fé tem como base que o comportamento das pessoas deve respeitar os valores dominantes da ordem jurídica. Temos também muitas normas do Código Civil que evidenciam projecções da boa fé em sentido objectivo, e de tal forma que podemos encontrar projecções da ideia de boa fé e sentidos menores. É o caso do regime da responsabilidade na formação do negócio (Art.º 227º), também chamado culpa in contraendo; o relevo da boa fé na integração de negócios jurídicos (Art.º 239º); abuso de direito (Art.º 334-º); a boa fé como fundamento da modificação do contrato por alteração das circunstâncias (art. 437º n.º 1); a exigência da boa fé no cumprimento das obrigações (Art.º 762º n.º 2).

Começamos por desenvolver a culpa in contraendo, ou responsabilidade na formação do contrato. Abordaremos esta matéria mais à frente, a propósito da formação do contrato, mas para já fica uma ideia do instituto da boa fé. O conteúdo essencial desta matéria é a seguinte: não só no cumprimento do contrato, mas também na sua formação, as partes devem actuar com lealdade (veja-se a ideia de lealdade), apela-se ao comportamento correcto). O que temos aqui é uma remissão para o comportamento das partes de acordo com os ditames mais adequados da ordem jurídica, e para concretização destas regras da boa fé, a doutrina costuma identificar vários deveres que as partes têm que seguir na formação do contrato: dever de informação (cada uma das partes deve informar a outra pessoa sobre o que é relevante para a formação do contrato); dever de lealdade (as partes não devem frustrar as expectativas contratuais da outra parte); dever de protecção (a tutela de uma pessoa no ambiente contratual, ainda sem ter celebrado um negócio). Este tipo de deveres é autonomizado apenas por alguma doutrina – o Prof. Menezes Cordeiro autonomiza, o Prof. Pais de Vasconcelos não. A reter aqui há uma remissão para os comportamentos correctos.

Temos ainda o Art.º 239º, que se refere à integração dos negócios jurídicos. A integração dos negócios jurídicos desempenha o mesmo papel que a integração da lei, mas para o negócio jurídico. Remete aqui o texto da lei para as regras que, normalmente, deveria estar no conteúdo de um contrato.

Outra projecção é a que se refere ao abuso de direito (Art.º 334º). Vamos estudar melhor o abuso de direito na última parte do nosso curso, mas retenhamos para já que o abuso de direito surgiu em França no século XIX, e a sua ideia é pensar que um direito de que a pessoa seja titular deve ser exercido dentro dos limites de razoabilidade, e tendo em conta a razão pelo qual o direito foi atribuído – há como que um dever de exercer o direito de forma razoável. Não há aqui nenhuma violação de norma legal, mas é um uso manifestamente desadequado de um direito de que dispõe. Admitir o abuso de direito é admitir uma nova forma de ilicitude – não uma violação da lei, mas justamente um uso ilegítimo da norma. Esta figura surgiu da jurisprudência, foi criada no século XIX em França. A ideia central a reter é que as posições jurídicas de vantagem, designadamente os direitos subjectivos, devem ser exercidos dentro de limites de razoabilidade (os limites impostos pela boa fé), sob pena de ilicitude.

Outra situação é a presente no Art.º 437º n.º 1 do Código Civil. Temos aqui como princípio subjacente que a justiça do sistema tem uma função correctiva – se um contrato é determinado uma certa taxa de juro, e há depois um crash da bolsa e essa taxa passa de 2% para 20%, isto é uma alteração anormal.

Outra projecção é a que nos surge no Art.º 762º n.º 2. No cumprimento do contrato, as partes devem proceder sob as regras da boa fé. É uma expressão objectiva da boa fé. No desenvolvimento de todos os deveres inerentes ao contrato, as partes devem proceder de boa fé, devem-se comportar de acordo com os parâmetros expectáveis.

A reter de tudo isto, com ideias fundamentais em relação à ideia de boa fé objectiva, o Prof. Menezes Cordeiro desenvolve duas grandes ideias que a jurisprudência tem aplicado recorrentemente: a ideia de tutela da confiança e a ideia da materialidade subjacente. A primeira ideia fundamental é a de tutela da confiança – a ordem jurídica protege a confiança normalmente depositada. Se a sua confiança se vir frustrada, então há lugar à tutela, na perspectiva da confiança que ele investiu. Todavia, é preciso alguns

pressupostos para que se consiga admitir esta ideia da tutela da confiança. Quais são eles?

1. Tem que ter sido criada uma situação de confiança relativamente ao negócio ou à conduta da outra parte – ou seja, tem que haver um estado de boa fé subjectiva;
2. Tem que haver uma justificação para esse estado;
3. Tem que haver um investimento na confiança;
4. Isso tem que ser imputável à outra parte.

Verificados estes pressupostos, que se verificam em conjunto (não são hierárquicos), há razão para tutelar a confiança. E essa tutela é feita por uma de duas maneiras: ou uma tutela negativa (se o negócio não se celebrou, tem que se repor a situação anterior), ou uma tutela impositiva obrigar a que o negócio se faça).

A segunda ideia é a da primazia da materialidade subjacente. A concretização da boa fé objectiva exige que as actuações jurídicas sejam feitas atendendo à substância, e não apenas à forma. O que se quer dizer é que às vezes a aparência das coisas não corresponde à sua substância, e quando assim for o direito se deve pautar por uma ideia de cumprimento da substância.

Aula teórica de 23 Novembro 2006:

Vamos hoje continuar a falar sobre institutos civis, mais especificamente sobre autonomia privada e outros.

Quando falamos em autonomia privada, podemos entendê-la em sentido amplo ou estrito. Em sentido amplo, ela é o espaço de liberdade que é reconhecido a cada pessoa para agir como entende, ou seja, livremente. Depois temos um sentido estrito, que é o de ser a autonomia privada uma área na qual as pessoas podem desenvolver as actividades jurídicas que bem entenderem.

A autonomia privada, neste sentido estrito, permite que cada pessoa pratique as actividades jurídicas que entender, ou seja, pratique os factos jurídicos (porque relevantes para o Direito) que bem entender. Estamos a falar de factos jurídicos, factos jurídicos que se caracterizam por duas liberdades, isto é, perante um facto jurídico, cada pessoa tem a liberdade de praticar ou não esse facto. Chama-se a esta liberdade a liberdade de celebração. Por outro lado, pode ter a liberdade de determinar os efeitos desse acto (o que é chamado a liberdade de estipulação). Esta classificação é bastante importante, porque há certos factos jurídicos relativamente aos quais apenas se verifica uma liberdade de celebração, isto é, cada pessoa tem a liberdade de praticar ou não esse acto, e com isso se esgota a sua autonomia privada. Há estes actos, relativamente aos quais existe apenas liberdade de celebração, chamam-se actos jurídicos em sentido estrito. (?). Mas há factos em que há, para além da liberdade de celebração, uma liberdade de estipulação. São os chamados negócios jurídicos. Por exemplo, os contratos. Cada cidadão tem a liberdade de celebrar ou não um contrato, mas cada cidadão tem também a liberdade de, ao celebrá-lo, determinar o seu conteúdo, ou seja, os seus efeitos jurídicos, os efeitos jurídicos que irá produzir – é liberdade de celebração.

Quando dizemos que a autonomia privada abre um espaço de liberdade, podemos ver essa liberdade sob dois prismas:

1. A liberdade de agir – referimo-nos ao sentido positivo;
2. A liberdade de reagir, ou de oposição a intervenções ilícitas – vemos aqui a autonomia privada na perspectiva negativa.

A área do Direito em que a autonomia privada se faz sentir com especial intensidade é o direito das obrigações. Dentro do Direito das Obrigações, temos em particular a figura prevista no Art.º 405º do Código Civil, que permite que os cidadãos fixem livremente os efeitos dos contratos, que celebrem

contratos não previstos na lei, que cumulem tipos de contratos previstos na lei, etc.

É claro que a autonomia privada tem limitações, todavia essas limitações nunca poderão chegar ao ponto de suprimir a autonomia privada, porque aí já não estaríamos dentro do espaço de liberdade. Esta autonomia privada está também associada a uma ideia de auto-responsabilidade, ou seja, tem como limite a autonomia privada das outras pessoas e por outro lado o seu exercício tem associada a possibilidade de serem imputadas a quem a usa as consequências daí inerentes.

No essencial, quanto à autonomia privada, temos que ter bem presente esta distinção entre liberdade de celebração e liberdade de estipulação, que veremos melhor quando fizermos outras classificações e distinções.

Falaremos agora do instituto da imputação de danos.

Há certas vantagens que são protegidas pelo Direito – a vida, o património, etc. Ora a todo o momento ocorre a supressão de algumas vantagens – alguém perde a vida, alguém sofre um acidente e com isso vai ter certos encargos, etc. Estamos a falar de haver vantagens que são suprimidas por força de certas circunstâncias. Estas vantagens que são tuteladas pelo Direito, podem ser por alguma razão suprimidas, e a essa supressão de uma vantagem protegida pelo Direito chama-se dano. Isto verifica-se quer haja supressão ou redução.

É possível estabelecer modalidades de danos, que estudaremos melhor em Direito das Obrigações. Mas para já salientemos duas modalidades: uma distingue os danos patrimoniais dos danos não-patrimoniais – o dano é patrimonial ou não-patrimonial consoante a natureza da vantagem suprimida. Se essa vantagem atinge o património de uma certa esfera jurídica, diz-se que a sua supressão dá origem a um dano patrimonial. Mas essa vantagem pode não ter representação patrimonial – por exemplo, quando se atinge o direito moral de alguém. Estamos perante um dano não-patrimonial.

Outra distinção é entre o dano emergente do lucro cessante. O dano emergente é o que resulta da supressão de uma certa utilidade. O lucro cessante corresponde à não obtenção de uma certa vantagem que de outro modo seria obtida.

Ocorrendo um dano, levanta-se uma magna questão: quem o suportará? Há uma regra básica nesta matéria: o dano é suportado na esfera jurídica em que ele ocorre. Porquê? Antes de mais, isso corresponde à natureza das coisas – se alguém perde o direito à vida, é essa pessoa que suporta o dano. Por outro lado, há aqui uma vantagem em termos práticos: a solução da questão é simples e prática. Por outro lado, além desta explicação há ainda outra, é que é normalmente a solução mais justa a de que o dano seja suportado por quem o sofre. Porquê? Nós suprimimos uma vantagem – não havia dano – e isso ocorrerá porque tirou dela benefício, daí sofrer a respectiva desvantagem. Quer isto dizer que em caso algum esse dano pode ser atribuído a outrem? Seria absurdo dizê-lo. O que se pretende dizer é que a regra é que quem sofre o dano irá suportá-lo. Toda via, há um instituto civil que é a imputação do dano – apesar de o dano ocorrer numa certa esfera, vai ser atribuído a outra esfera. Esta atribuição chama-se a imputação.

Esta imputação do dano ocorre em certas situações particulares. Traduz-se no facto de, apesar de o dano se sentir numa esfera, vai ser atribuído a outra. Qual é a figura jurídica que permitirá transferir o dano de uma esfera para outra? É a figura da responsabilidade civil.

A responsabilidade civil tem lugar através do surgimento de uma obrigação, obrigação essa que se chama obrigação de indemnizar – quando há responsabilidade civil, o dano ocorre numa certa esfera, mas ele irá ser imputado a outra esfera, fazendo surgir nessa outra esfera a obrigação de indemnizar a pessoa que sofreu o dano, ou seja, alguém terá o dever de fazer uma prestação à outra pessoa que sofreu o dano.

A obrigação de indemnizar tem a sua fonte, por um lado, na ocorrência de um dano, e por outro lado a sua imputação a outrem.

Qual é o conteúdo dessa obrigação? É a indemnização, ou seja, é o dever de efectuar uma prestação a favor do lesado.

E qual é o objectivo? O objectivo é a supressão do dano.

Ainda sobre a responsabilidade, antes de mais, e na lei, a responsabilidade civil assenta em certas cláusulas gerais. Essencialmente, a responsabilidade civil não está prevista na lei em função de certos factos. Há certas cláusulas gerais que enunciam certos pressupostos, que se forem preenchidos constituem o lesante na obrigação de indemnizar o lesado, sem prejuízo de haver alguns factos em que a lei diga que há obrigação de indemnizar – mas o que enunciámos primeiro é a regra.

O exemplo por excelência da técnica que referimos é o Art.º 483º nº 1 do Código Civil – a chamada responsabilidade civil extracontratual, delitual ou aquiliana.

A responsabilidade civil gera uma obrigação – a obrigação de indemnizar. Por essa razão, a responsabilidade civil é tratada sobretudo no Direito das Obrigações. Mas o facto de ser estudada em Direito das Obrigações não significa que não seja uma figura que tem aplicação em qualquer ramo de Direito privado, porque tem.

Vamos agora ver os chamados tipos de imputação. O que quer isto dizer? Já vimos que a regra é que o dano é suportado na esfera em que ocorreu. Daí resulta que só há responsabilidade civil nos casos previstos na lei, e essas circunstâncias, ou casos, previstos na lei, são os chamados títulos de imputação – os títulos pelos quais é possível imputar o dano a outra pessoa. Actualmente podemos dizer que há três títulos de imputação:

1. Responsabilidade do facto ilícito ou do incumprimento: este é o âmbito mais alargado da responsabilidade civil. Por este título de imputação, a responsabilidade civil é atribuída a alguém que age ilicitamente e que, com culpa, viola um direito alheio ou uma norma legal destinada a proteger direitos alheios. É isto que resulta do Art.º 483º no Código Civil. Ou seja, tem que haver ilícito, sem causa de justificação, e com culpa. Há culpa quando o Direito faz um juízo de censura sobre esse comportamento. Pode o agente ter querido violar directamente a norma jurídica, ou pode ter violado a norma jurídica de forma necessária, ou até eventual. Aqui estamos perante a figura de dolo como modalidade de culpa. Há ainda outra modalidade de culpa, que é a negligência – o agente não quis violar a norma, todavia não teve o dever de cuidado que a situação exigia, e daí ser absurdo o seu comportamento, havendo negligência.

2. Responsabilidade pelo risco – uma ideia relativamente recente, com perto de dois séculos, e que surge associada a uma ideia fundamental certas pessoas fazem uso de certos meios que implicam riscos para terceiros. A utilização desses meios é consentida pelo Direito, até pode mesmo ser favorecida (tutelada) pelo Direito. Mas apesar disso, da utilização desses meios decorre risco para terceiros. No seu núcleo essencial, a responsabilidade pelo risco traduz-se quando alguém, sem culpa, causa um prejuízo para terceiros. Será justo que quem tem as vantagens desses meios também lhe sejam imputados os danos sofridos por terceiros. Antes de mais, é preciso ter em conta que só há responsabilidade pelo risco nos casos previstos na lei (Art.º 483º nº 2 do Código Civil). Os casos previstos na lei são os casos do Art.º 500º e ss. Alguém, agindo licitamente (ou seja, sem ilícito), provoca danos a terceiros, que terá que suportar.

3. Responsabilidade por facto lícito, ou pelo sacrifício – alguém causa um dano a outrem, e causa-o voluntariamente, todavia esse acto não contraria a lei. Em regra não haverá responsabilidade. Mas em certos casos, a lei, uma vez que aquele que causa o dano pode retirar certos benefícios daí, a lei imputa-lhe

responsabilidade pela prática desse acto lícito. Exemplo: o estado de necessidade. A responsabilidade por facto lícito é excepcional – só tem lugar nos casos previstos na lei.

Aprofundemos a definição de responsabilidade objectiva e subjectiva.

Abordemos rapidamente o instituto da propriedade.

Quando falamos em propriedade, temos que ver em primeiro lugar do que falamos. A expressão propriedade tem vários sentidos, e em que sentido é que a devemos usar com o rigor que o nosso ramo de Direito exige?

Alguém diz, por exemplo, que tem uma propriedade no Alentejo. Aqui usa a propriedade como sinónimo de coisa. Este sentido, apesar de vulgar, não deve ser usado em caso algum. Por vezes, também, a propriedade é usada no sentido de dar um nome à relação que se estabelece entre o direito e a coisa. Não é um sentido correcto. A propriedade, no seu sentido correcto, é um direito subjectivo. Mas mesmo neste sentido há dois sentidos correctos: um é o sentido amplo, pelo qual a propriedade abrange quaisquer direitos de natureza patrimonial. Mas propriedade tem um sentido mais restrito, que é aquele que vulgarmente mais usaremos em Teoria Geral do Direito Civil, e que é o sentido de um direito subjectivo, que consiste numa permissão normativa específica de aproveitamento de uma coisa corpórea de modo pleno e exclusivo. No sentido amplo cabem os direitos de crédito, certos direitos reais que não são dos de propriedade, mas no sentido restrito falamos da propriedade com um certo direito real, regulado nos Art.ºs 1302º e ss.

Qual é o conteúdo desse Direito? O conteúdo é determinado pelas possibilidades conferidas pela coisa sobre a qual o direito incide. Mas a propriedade é uma permissão, como qualquer direito subjectivo, de manobra que neste caso atribui uma importância grande ao titular desse direito.

O direito de propriedade fornece ao seu titular uma série de faculdades: a faculdade de usar, e também a faculdade de dispor da coisa, de a transmitir.

Saliente-se ainda um aspecto bastante importante – a possibilidade da sua transmissão por morte. Quando alguém morre, os seus direitos de propriedade não se extinguem. O que acontece é que vai haver um fenómeno de sucessão – certas pessoas serão chamadas a ocupar a posição do de cujus. Esse outro titular é chamado o sucessor do de cujus. Isto sucede por causa da família – em regra há uma transmissão de bens na esfera familiar. Por outro lado, para além de direitos, haverá também posições passivas, e se houvesse a extinção os credores não poderiam satisfazer os seus direitos, possibilidade que fica assegurada com a transmissão

Aula teórica de 28 Novembro 2006:

Antes de mais, algumas indicações práticas.

De acordo com aquilo que está publicado na página da faculdade, terminada esta parte de dogmática geral do Direito Civil iríamos iniciar no estudo das pessoas – teoria geral das pessoas. Acontece que, tal como foi advertido, o III volume do Tratado do Prof. Menezes Cordeiro está esgotado. O Prof. tenciona fazer uma reimpressão a muito curto prazo. Perante isto, no melhor interesse dos alunos, vamos inverter a ordem das matérias. Agora não vamos dar o que no programa corresponde à parte II – pessoas singulares e pessoas colectivas – mas sim na parte III – negócio jurídico. Se entretanto sair o livro, daremos a parte II a seguir.

Entretanto, o negócio jurídico está no volume I.

Vamos ter, a partir de hoje, mais um colaborador na cadeira. Vem uma monitora, que tem bastante experiente, que já é licenciada há algum tempo. Ela vai pegar na subturma 2, a "subturma gigante". As aulas da subturma 3 vão começar hoje, e serão no anfiteatro 7. Isto quer dizer que a monitora, embora comece mais tarde, vai começar com o negócio jurídico, e vai ficar com os elementos dos alunos que estejam nas fichas e já com a informação dada pelo assistente. Isso também significa que as pessoas que estavam pendentes, se têm ido às aulas, vamos ter mais possibilidade de enquadrar essas pessoas em regime de avaliação.

Agora a matéria.

Vamos falar do negócio jurídico.

Esta parte do programa que agora vamos tratar tem a ver com o aspecto mais dinâmico da teoria geral, ou seja, as actuações das pessoas. Estudámos os princípios gerais, as situações jurídicas (portanto, o instrumentário), e agora vamos estudar como é que isso tudo se articula numa relação dinâmica.

A teoria do negócio jurídico tem a ver justamente com as actuações das pessoas, ou seja, com as propostas contratuais, a celebração de contratos, a interpretação dos contratos, os vícios dos contratos. Temos uma primeira parte só para situar as realidades de facto jurídico e, dentro do facto jurídico, o acto jurídico e o negócio jurídico. É o negócio jurídico que é a categoria dominante. A teoria geral do Direito Civil é apelidada por alguns autores como teoria do negócio jurídico, porque isto está pensado para a actuação no mundo jurídico, e na actuação no mundo jurídico, o seu instrumento de eleição é o negócio jurídico. Para isso, vamos partir de um conceito mais amplo – o de facto – distinguindo depois em acto e negócio. Dentro do negócio jurídico avulta uma outra categoria, que se refere aos contratos.

Começaremos por estudar como surgem os negócios jurídicos – declarações negociais, especificamente a formação dos contratos; a forma, as matérias relativas às propostas, respostas, etc; quais as consequências da falta de forma; os deveres das partes na formação dos contratos; o modo específico de formação dos contratos através de cláusulas contratuais gerais. Depois falaremos do conteúdo do negócio jurídico – sobre que tipo de bens pode versar, se tem ou não limitações em matéria das prestações a que as partes se podem obrigar, em suma, os requisitos do objecto do negócio jurídico. Vamos ainda estudar as cláusulas negociais específicas; a interpretação e a integração do negócio jurídico. Seguidamente abordamos a patologia do negócio jurídico – por qualquer razão, na formação do negócio jurídico pode ter havido qualquer problema, e estamos aí no domínio da patologia do negócio jurídico. Esta matéria tem a ver com os vícios do negócio, vícios esses que se podem imputar ao que as partes queriam fazer (vícios da vontade), ou vícios da própria declaração. Por fim, estudaremos as consequências destas patologias – se o negócio foi celebrado em erro, o negócio é anulável, e então estudaremos a anulabilidade; se o negócio deveria ter sido celebrado por certa forma, é nulo – ou seja, os valores negativos do negócio jurídico. Isto abrange toda a matéria desde o Art.º 217º até ao Art.º 295º, salvo erro.

Aula teórica de 30 Novembro 2006:

Vamos então hoje iniciar a matéria relativa ao facto jurídico.

O primeiro capítulo desta parte do nosso estudo é o capítulo de identificação – definições de acto jurídico, acto jurídico e negócio jurídico, e saber fazer as várias distinções dentro de cada uma destas figuras.

O facto jurídico é qualquer evento, qualquer acontecimento, que seja relevante no mundo jurídico, e que seja relevante porque a ordem jurídica lhe associa determinados efeitos – é portanto todo aquele evento capaz de produzir efeitos jurídicos. Liga-se a uma situação jurídica, mas não se confunde com a situação

jurídica.

Quando falámos da situação jurídica, vimos que ela está a meio caminho entre o facto e a norma.

Os factos jurídicos podem ser tudo e mais alguma coisa – é uma noção de grande amplitude e também de grande heterogeneidade, daí que seja útil nos procedermos a uma classificação dos factos jurídicos de acordo com alguns critérios. Os critérios que referiremos são a sua natureza, o tipo de efeitos que produzem e as situações jurídicas a que se reportam.

Estas classificações são importantes não só para focar melhor a realidade, mas também porque a partir de cada classificação emerge um determinado regime jurídico.

1. CRITÉRIO DA ORIGEM, OU DA NATUREZA DO FACTO

Há uma distinção óbvia entre os eventos que são produto da natureza e os que são humanos. Temos de um lado factos jurídicos naturais, do outro acções humanas – ou simplesmente acções. A primeira questão: como é que os eventos naturais podem produzir efeitos jurídicos? Se chove, a chuva (um evento natural) não é em si mesma um facto jurídico. Mas se António tiver um seguro que cubra inundações, a chuva produz um efeito jurídico – desencadeou o que estiver previsto no seu contrato de seguro contra inundações. Nada obsta pois a que um evento natural tenha efeitos jurídicos

As acções humanas podem ser as mais variadas – por exemplo, comprar um livro, que se concretiza num contrato de compra e venda. Em algumas acções humanas há um acto de vontade mais relevante, noutras há um acto menos voluntário, mas são todas acções. A mesma coisa quanto aos factos naturais.

2. OS EFEITOS QUE PRODUZEM OS FACTOS JURÍDICOS

Todos os factos jurídicos são-no por produzirem efeitos jurídicos, mas esses efeitos podem ser diferentes. Distingue-se pois entre factos jurídicos constitutivos, modificativos ou extintivos. Como o nome indica, distinguem-se conforme os efeitos os que produzam seja os de constituir, modificar ou extinguir uma situação jurídica. Exemplo: o Art.º 1577º do Código Civil. Temos aqui um contrato de casamento. Como se classifica este contrato do ponto de vista da classificação dos actos jurídicos quanto aos efeitos que produz? É um facto constitutivo. E se fosse o Art.º 437º do Código Civil? Perante uma alteração normal das circunstâncias, o contrato pode ser modificado. É pois um facto jurídico modificativo.

Dentro dos factos modificativos, ainda há tradicionalmente uma distinção consoante o tipo de modificação que se opera. Pode haver uma modificação nos sujeitos daquela situação jurídica (transmissão), ou haver modificação de objecto (é o caso da alteração do contrato por alteração das circunstâncias). A primeira é modificação subjectiva, a segunda modificação objectiva (sujeito vs. objecto). Distingue-se ainda entre transmissão e sucessão. Na transmissão pode o conteúdo ser alterado. Na sucessão, não há modificação do conteúdo, ele fica exactamente com o mesmo conteúdo na esfera do novo titular. É o caso da sucessão mortis causa – a pessoa recebe o património exactamente no mesmo estado em que ele estava. Também se fala, a propósito, de situação originária (não existia nenhuma situação jurídica anterior) e aquisição derivada (havia uma situação jurídica anterior, e o novo sujeito é quem sucede nessa situação jurídica). É o caso da compra e venda, que é uma aquisição derivada. É ainda possível que um facto tenha um duplo efeito – a aquisição para quem compra, a extinção para quem vende no caso do contrato.

Ainda quanto ao tipo de facto, podem ser distinguidos pelo regime (familiares, sucessórios, reais, obrigacionais, etc.).

Faz pois sentido que comecemos a decompor o facto jurídico, e partimos agora do facto natural vs. acções

humanas.

Há que distinguir aqui qual o relevo da vontade na prática do facto, ou na verificação dos seus efeitos. Distingue-se pois habitualmente, dentro da categoria ampla de facto jurídico, entre factos jurídicos em sentido estrito e actos jurídicos.

Factos jurídicos em sentido estrito são aqueles eventos da natureza que têm consequências jurídicas. Também são factos jurídicos em sentido estrito aquelas acções humanas em que a vontade não é relevante para o Direito. Exemplo: se alguém, por qualquer razão, enriquece à custa alheia, o Direito trata isso como uma situação de enriquecimento sem causa, quer a pessoa tivesse a intenção de enriquecer à custa alheia quer não.

Por outro lado, temos os actos jurídicos – aquela modalidade de facto em sentido amplo quem que seja relevante a vontade do seu autor, e em que o Direito considera essa vontade como elemento importante.

Dentro dos actos jurídicos ainda se distingue entre actos em sentido estrito e negócio jurídico. O acto em sentido estrito é aquela acção humana em que é valorizada a vontade de praticar o acto, e mais nada. Uma vez praticado o acto, os efeitos produzem-se, mesmo que o agente não quisesse (não há liberdade de dispor quanto aos efeitos do acto). Por outro lado, temos o negócio jurídico, em que é valorizada a vontade de praticar os actos e os efeitos – há não só liberdade de celebração, mas também liberdade de estipulação. O negócio jurídico é um acto negocial – uma acção humana em que é valorizada, pela ordem jurídica, a vontade de praticar e o regime que também é escolhido pelas partes. Quando as partes só têm liberdade de praticar o acto, estamos perante liberdade de celebração. Quando podem estabelecer o regime jurídico, temos liberdade de estipulação.

A base destas classificações é valorizar sempre a acção humana. A este propósito, chama-se a atenção nalguma doutrina (como o Prof. Oliveira Ascensão) em que se encontra valorizado o conceito de acção, sendo que, aplicando esse conceito de acção ao que dissemos, podemos ter uma acção em sentido naturalístico ou a acção como produto da vontade, dirigida a um fim – acção finalística. Quer isto também dizer que o conceito de acção não é só um conceito processual.

Dentro dos actos jurídicos, há duas distinções essenciais a fazer: uma tem a ver com a conformidade do seu regime com a ordem jurídica, ou não; a outra é a que já vimos – actos em sentido estrito e negócio jurídico. Se o acto é um produto da vontade, tem que se avaliar se essa vontade é conforme com a ordem jurídica ou não. Se a vontade, na prática do acto, for conforme com a ordem jurídica, o acto é lícito. Se não, o acto é ilícito, ilícito por violar uma norma jurídica, mesmo que não cause prejuízo ele é objecto de um juízo de censura pela ordem jurídica. A ilicitude pode, como aprendemos em Introdução, ter vários níveis: se for uma norma de ordem pública correspondente a um interesse colectivo vital e uma ilicitude civil; pode ainda ser ilicitude civil, contra-ordenacional, disciplinar, etc. Tudo depende da norma que é violada, mas há sempre um juízo sempre negativo face ao acto. As reacções da ordem jurídica, conforme o ilícito, podem dar origem a reacções mais fortes ou mais fracas da ordem jurídica.

Concentremo-nos agora na distinção entre actos jurídicos em sentido estrito e negócios jurídicos. Historicamente, esta distinção foi difícil de implementar. Frise-se que ambas as categorias pertencem ao acto em sentido amplo. A categoria de negócio jurídico foi difícil de implementar porque exige um algum grau de abstracção, e o Direito civil teve uma base tópica. Como distinguir então estas duas categorias? Savigny tinha uma visão fácil desta questão: tudo o que não for negócio jurídico é acto jurídico. De certa maneira, ainda é assim até hoje. O critério da relevância da vontade (vontade de praticar, ou de produzir certos efeitos) decorre do BGB, e é este critério que é trazido para Portugal pelo já nosso conhecido Prof. Manuel de Andrade. Deve contudo ter-se uma leitura mais actual deste critério, porque ele nunca pode ser aplicado até à exaustão – dizer, como Savigny, que se há um negócio jurídico quando a partes querem

praticar o acto e têm presentes todos os seus efeitos, é um pouco ficção, porque há sempre coisas que as partes não prevêm. Por outro lado, uma parte do conteúdo do negócio jurídico pode ser determinada imperativamente pela lei.

Se no facto praticado as partes não poderem dispor dos efeitos, estamos perante um acto em sentido estrito (porque não há liberdade de estipulação). O Prof. Menezes Cordeiro leva este critério até à exaustão, admitindo até que nalguns contratos em que as partes não podem determinar o seu conteúdo, como o contrato de casamento, sejam contratos que não são negociais, pois não têm liberdade de estipulação. Por outro lado, há situações contratuais em que uma parte tem liberdade de estipulação e a outra não tem – é o caso dos contratos telefónicos, por exemplo, como eram antigamente (aderias se querias, se não querias ou se querias modificar partes, não se podia). Este tipo de contratos não são contratos negociais para o aderente, só é negócio jurídico verdadeiramente para quem o propõe. Para quem adere é um contrato de adesão – limita-se a aderir. Para a Prof. Rosário Ramalho, podemos falar de negócio jurídico sempre que haja uma liberdade consciente quanto aos efeitos. Desde que a pessoa tenha consciência dos efeitos que se vão produzir e os queiram globalmente, estamos já perante um negócio jurídico, ainda que possamos pensar que está a meio caminho entre o acto negocial e o acto não-negocial.

Savigny dizia que o negócio jurídico é um acto de vontade que visa certos efeitos, que só se produz porque quem o praticou quis. Ora o que se passa na realidade é que o Direito é que permite que a vontade se manifeste. Por outro lado, há efeitos que se produzem independentemente da vontade, e não é possível prever todos os efeitos. Por isso, uma alternativa a esta concepção excessivamente voluntarista é relacionar a vontade de um negócio jurídico com a obtenção de um fim – o negócio jurídico é um acto de vontade que pretende atingir um fim. Esta concepção ultrapassa a crítica de que não é possível prever todos os efeitos. Concepção oposta é ver no negócio jurídico uma espécie de norma privada – uma concepção normativista, como no Prof. Dias Marques, que nos diz que as partes podem estipular os seus efeitos elas estão a auto-regular-se, cada uma delas a prosseguir os seus interesses. Então o negócio jurídico não será o acto de vontade, mas sim um acto de auto-regulação de interesses. Esta concepção vai à teoria do interesse do Yerin (ou lá como se escreva ele), e é uma concepção normativista no sentido em que reconhece o negócio jurídico como lei entre as partes, desenvolvida com base na ideia napoleónica que o negócio é *lex privata* (é lei entre as partes). Esta concepção não distingue, todavia, bem entre negócio jurídico e acto jurídico.

Pode-se por fim dizer que o negócio jurídico é um acto de autonomia privada. Esse acto desencadeia a constituição, modificação ou extinção de uma situação jurídica. Por ser um acto de autonomia privada, implica os tais dois níveis de liberdade: liberdade de celebração e liberdade de estipulação. Tem também uma estrutura finalista, no sentido em que pretende conseguir um objectivo, sendo que as partes têm que ter um acordo de vontades quanto aos efeitos essenciais, podendo ainda ter querido efeitos acessórios mas não sendo obrigatório que assim tenha sido. Por outro lado, a autonomia tem aqui o limite da imperatividade da ordem jurídica.

No estudo desta matéria deve ter-se em atenção que o negócio jurídico (que aqui trataremos) tem uma sistematização diferente no Código Civil do direito dos contratos. A ideia é que o negócio jurídico é uma categoria mais ampla do que os contratos, que são o expoente máximo dos negócios jurídicos.

Por fim, quanto aos actos jurídicos em sentido estrito, são aqueles actos em que só há liberdade de celebração. A vontade é relevante, mas só para a prática do acto, não para lhe associar certos efeitos. Os actos jurídicos são por isso mais relevantes naquelas áreas do Direito Civil em que o espaço de liberdade das pessoas é relativamente menor (família, sucessões, etc.). De qualquer modo, o Art.º 295º do Código Civil manda sujeitar ao regime dos negócios jurídicos todos os actos jurídicos em tudo aquilo que não seja incompatível com eles. Vamos estudar os Art.ºs 217º e ss., o Art.º 295º, onde há uma norma permissiva geral para que aplique a disciplina do negócio jurídico em tudo o que seja possível. Repare-se ainda na

primeira linha desta disposição, onde transparece a classificação ampla que fizemos atrás nesta aula – "aos actos jurídicos que não sejam negócios jurídicos". É possível pois aplicar as regras do negócio jurídico aos actos jurídicos desde que as regras encontrem ou sejam aplicáveis por analogia. Não faz sentido, por exemplo, aplicar as regras contratuais ou de interpretação ao acto jurídico.

Aula teórica de 5 Dezembro 2006:

Hoje vamos falar nas classificações dos negócios jurídicos.

É certo que o regime dos actos jurídico é, de acordo com o Art.º 295º do CC, decalcado do negócio jurídico, salvas as necessidades de adaptação. A teoria do facto é pois a teoria do negócio jurídico.

Os negócios jurídicos são muito diversificados, daí a necessidade de se proceder a classificações. Como recorrem essas classificações a critérios diversos, pode haver áreas de sobreposição.

Vamos isolar dez classificações do negócio jurídico. Temos que as saber aplicar ao negócio concreto.

1. Negócios unilaterais ou contratos – Os contratos também são negócios bilaterais, ou multilaterais. Qual é o critério desta classificação? É o número de partes do negócio. Se o negócio só tem uma parte é unilateral; se tiver duas ou mais partes, é bilateral. Quando um negócio tem duas partes chama-se bilateral em sentido próprio. Quando tem três ou mais, chama-se multilateral. O bilateral é também chamado contrato. Exemplo: A resolve dispor da sua fortuna quando morrer. Celebra um negócio jurídico (testamento) que é unilateral. Pelo contrário, A quer comprar uma coisa a B. Celebra um contrato de compra e venda, naturalmente é um negócio bilateral – há um vendedor e um comprador. Outro exemplo: A quer casar com B. Isto é, obviamente, bilateral. Existem negócios jurídicos patrimoniais (compra e venda), pessoais (casamento), etc., em todos os ramos. Em regra, há muito mais contratos do que negócios unilaterais – até porque vivemos em sociedade. Qual é a dificuldade desta classificação? A dificuldade é determinar o que é uma parte. Temos uma primeira aproximação: parte tem a ver com as pessoas do negócio. Não é este o critério. Do mesmo lado do negócio pode estar mais do que uma pessoa, e só está uma parte – é o caso se António vende a Bento e a Manuel. Bento e Manuel é uma parte, a parte que compra, porque compram em conjunto. Também parte não significa uma declaração negocial – pode haver várias declarações negociais com um mesmo sentido. É o caso de haver duas declarações negociais -tanto Bento como Manuel declaram que querem comprar. O conceito de parte tem a ver com a titularidade de certo interesse no negócio jurídico. A cada interesse corresponde uma parte. O Prof. Menezes Cordeiro diz-nos que para este critério devemos ter em conta os efeitos produzidos. Se os efeitos são os mesmos – só Bento vende, mas Carla e Daniel compram, um mesmo efeito, e portanto daí que Carla e Daniel sejam uma só parte, porque sobre eles se produz apenas um efeito, e o mesmo efeito. Tem ainda que se ter em atenção que o facto de as partes terem interesses diferentes não invalida que haja negócio – os interesses convergem e só aí há o negócio (Art.º 232º do CC). A regra geral, no caso da formação dos negócios unilaterais e no caso da formação dos contratos, é diferente. No negócio unilateral, o negócio fica formado com a simples declaração negocial dessa parte. Basta o autor do testamento fazê-lo segundo a forma adequada, e isso chega para considerar o negócio perfeito. Pelo contrário, na formação dos contratos ou negócios bilaterais, o negócio só fica perfeito quando, à proposta e uma das partes, se segue uma resposta em sentido afirmativo de outra parte. A formação do contrato depende pelo menos de duas declarações negociais pelo menos. Há ainda outras diferenças. A principal tem a ver com o regime jurídico destes negócios, e o princípio geral que orienta o regime jurídico de negócios unilaterais ou dos contratos. Diz-nos o Art.º 457º do CC o que é o princípio da tipicidade dos negócios unilaterais. Com esta ideia, quer-se dizer que só podem ser celebrados os negócios unilaterais que a lei prevê. A doutrina tem chamado a atenção para alguma necessidade de relativizar este princípio, porque na prática a possibilidade de combinações que existem permitem fazer surgir negócios unilaterais que não estão contemplados na lei. Pelo contrário, nos contratos o princípio é o da autonomia – autonomia contratual, Art.º 405º do CC. Quer isto dizer que segundo a regra as partes podem celebrar os contratos que quiserem,

dentro dos limites da lei, mesmo os que não estejam previstos na lei, ou até que contenham elementos de vários tipos de contrato. O princípio aqui não é pois de tipicidade mas sim de liberdade. Ainda relativamente aos negócios unilaterais, chama-se a atenção ainda que apesar de os negócios unilaterais terem só uma parte, isso não quer dizer que essa parte não seja integrada por várias pessoas. Se isso suceder, é um negócio unilateral plural. Às vezes, essa vontade depende da vontade unânime das pessoas, noutros casos pode depender da maioria das pessoas (negócio conjunto vs. negócio deliberativo). Especificamente quanto aos contratos, há ainda outra distinção a fazer: a distinção é entre contratos sinalagmático ou não-sinalagmático. Um contrato chama-se sinalagmático quando nele existe um sinalagma, ou seja, um nexo de reciprocidade entre as obrigações dos contraentes. Contrato sinalagmático é pois aquele em que as partes têm obrigações recíprocas. Exemplo: o contrato de compra e venda é sinalagmático, o de doação não é. Atenção que em muitos manuais os contratos sinalagmáticos são chamados contratos bilaterais. O leitor incauto pode confundir contratos bilaterais com negócios bilaterais. Não são a mesma coisa. Contrato bilateral é um contrato sinalagmático, negócio bilateral é um contrato, ponto. O Prof. Menezes Cordeiro distingue ainda entre contratos monovinculantes ou bivinculantes. Quando do contrato decorrem poderes para ambas as partes são bivinculantes, quando o decorrem deveres para uma são monovinculantes. Mas esta classificação não tem grande utilidade prática. Com utilidade prática verdadeiramente é a que distingue entre contratos sinalagmáticos e não-sinalagmáticos, porque há normas no CC que são específicas para os contratos sinalagmáticos.

2. Negócios inter vivos e negócios mortis causa – Negócios concebidos para produzirem efeitos em vida dos seus autores vs. negócios celebrados para produzirem efeitos por morte de um deles. A maioria dos negócios é inter vivos. Alguns negócios todavia são realizados tendo em atenção os efeitos a produzir por morte dos seus autores (é o caso do testamento e os chamados pactos sucessórios). Estes negócios correspondem à liberalidade,... Chama-se à atenção porque não são de qualificar como mortis causa todos os negócios que envolvem morte de alguém. Só os que só produzem efeitos com a morte de alguém.

3. Negócios formais e negócios consensuais – o critério da classificação é, como o nome indica, a sujeição ou não do negócio a uma forma especial. Esta classificação já foi mais importante do que é hoje. No Direito Romano, na Idade Média, todos os negócios ou a grande maioria era formal. Hoje em dia o princípio é outro, é um princípio de consensualismo, de liberdade de forma (Art.º 219º do CC). Esta evolução atende a um princípio de materialidade – desde que as partes se entendam podem fazer como quiserem. A ordem jurídica pode atenuar esta liberdade de forma em casos especiais, atendendo a razões do como o maior valor do bem em causa, de obrigar as partes a reflectirem, com razões de publicidade (comércio jurídico). Se o negócio for formal, a consequência de não se seguir a forma indicada é a nulidade – o negócio não vale (Art.º 220º). Não há ainda que dizer que há negócios sem forma. Quando se diz negócio formal, é o negócio que está sujeito a um formalismo próprio pela lei.

4. Negócios obrigacionais, reais, familiares ou sucessórios – É uma classificação regimental. O critério é o regime a que se sujeitam os negócios jurídicos. Obrigacionais se deles resultam obrigações (?), reais se deles resultam efeitos reais (sobre coisas), familiares se têm a ver com família, sucessórios se têm a ver com situações jurídicas sucessórias... Esta é uma classificação formal. Há negócios que são regulados no Direito das Obrigações, mas que implicam efeitos reais, etc.

5. Negócios reais quod effectum e negócios reais quod constitutionem – Quanto à constituição ou quanto aos efeitos. Quanto a negócios reais quod effectum ou quod constitutionem, o critério de classificação tem a ver com os actos materiais necessários para que o negócio se considere perfeito. Na maioria dos negócios jurídicos basta a vontade das duas partes para que se produzam efeitos jurídicos. Mas em alguns negócios só está o negócio perfeito com a entrega material do bem. Se eu for celebrar um contrato de depósito, eu tenho que entregar o bem. Se não o fizer, o negócio não está completo. Da mesma forma, se o Banco me empresta dinheiro o negócio só está perfeito quando o Banco me empresta o dinheiro. São os negócios reais quod constitutionem – exigem a traditio, a tradição. São um resquício do Direito Romano –

os negócios nesse tempo só eram válidos depois da traditio. Alguma doutrina tende hoje a admitir que estes contratos, quando não haja traditio, têm apesar de tudo algum valor – seja valendo como promessa de contrato final, seja um valor meramente obrigacional, só se produzindo o efeito real com a entrega. É assim que pensa o Prof. Menezes Cordeiro. A maioria dos negócios são reais quod efectum, só nalguns casos são reais com quod constitutionem. Uma categoria conexas com estas é a dos negócios sujeitos a registo constitutivo – não é exigida a entrega material de um bem, mas é exigido um acto jurídico (por exemplo, a constituição de uma hipoteca), caso em que B tem que registar uma hipoteca – o contrato só está completo com o registo da hipoteca). Na maior parte o registo aqui é um registo declarativo.

Aula teórica de 12 Dezembro 2006:

Vamos hoje falar da estrutura do negócio jurídico – o que é que compõe o negócio jurídico. Há algumas classificações e distinções actuais a fazer nesta matéria. Refiramos desde já que há distinções ideológicas profundas nesta matéria.

A distinção mais tradicional é entre elementos e pressupostos do negócio jurídico. É a que a Prof. Rosário Ramalho adopta. Esta distinção foi aprofundada pelo Prof. Castro Mendes, e baseia-se no seguinte: os elementos têm a ver com o conteúdo do negócio – as cláusulas que o negócio integra. Dentro dos vários elementos, há várias sub distinções a fazer. Já os pressupostos, são as condições externas ao negócio jurídico, das quais depende a validade do próprio negócio. Aqui há também distinções a fazer, algumas condições referem-se às partes (os chamados pressupostos subjectivos). Por exemplo: para celebrar um negócio, as partes têm que ter capacidade, legitimidade. São qualidades das partes sem as quais aquele negócio jurídico não é válido. Outras dessas condições ou pressupostos têm a ver com o objectivo, o conteúdo ou o fim do negócio. Assim, um negócio sobre algo impossível tem um vício de objecto; um negócio sobre algo ilícito tem um vício de objecto; um negócio sobre um bem que não se possa determinar, tem vício de objecto. Estes são os pressupostos objectivos. Esta é uma distinção essencial para perceber a mecânica do negócio jurídico. Há ainda outras distinções a fazer dentro do conceito de elementos do negócio. Uma, muito aperfeiçoada pelo Prof. Manuel de Andrade, distingue entre elementos essenciais, naturais e acidentais do negócio. Tudo tem a ver com o conteúdo do negócio. Uns são essenciais, outros naturais, outros acidentais. Exemplos: elementos essenciais são aqueles sem os quais o negócio se descaracteriza – isto é, o negócio deixa de poder ser qualificado como compra e venda, doação, etc. Se faltar um dos elementos essenciais, o negócio deixa de o ser. Na compra e venda, se não há preço não há compra e venda. São elementos vitais para podermos subsunir a uma situação da vida uma certa qualificação jurídica. Estes elementos essenciais são cumulativos – têm que lá estar todos. Em cada negócio típico (aquele cuja noção está na lei), se consultarmos o Código Civil descobriremos os seus elementos essenciais. Saberemos quais são os elementos essenciais é vital para sabermos se, perante uma certa situação da vida, podemos ou não aplicar um regime jurídico próprio. Também porque são essenciais de cada tipo de negócio jurídico, as partes não os podem afastar, porque se o fizerem estão a celebrar outra coisa qualquer que não um negócio daquele tipo específico. Com esta noção que aqui demos de elementos essenciais, podemos ter estes elementos essenciais a par dos pressupostos – uma coisa não tem a ver com a outra. Os elementos essenciais são os que a caracterizam, e os pressupostos são de fora do negócio e constituem as suas condições de validade.

Numa primeira formulação geral, o Prof. Manuel de Andrade não distinguia os pressupostos. Daí que na altura distinguisse entre elementos essenciais gerais – os que vão na prática ser os pressupostos –, e os elementos essenciais específicos, que é o que chamamos hoje elementos essenciais.

Quando referimos este conceito de elementos essenciais, é porque há outro tipo de elementos no negócio jurídico. São eles os elementos naturais e acidentais. Em todo o caso, está sempre em causa o conteúdo, não com condições externas ao negócio. Se os elementos essenciais são aqueles cuja falta descaracteriza o negócio, os elementos naturais são aqueles que decorrem a lei, porque a lei estabelece o regime jurídico de cada negócio – são pois os que resultam globalmente do regime legal que esteja previsto. Por serem

elementos naturais, as partes não têm que os prever, mas se por acaso resolverem disciplinar aquela matéria podem afastar aquele regime legal. Exemplo: se as partes não disserem sobre o local de pagamento do preço num negócio de compra e venda, segue-se o regime do Código Civil. Mas nada obsta a que as partes estipulem que o local de entrega do bem é um, e o local do pagamento é outro. O que as partes não podem é afastar as normas imperativas – se as partes disserem que a compra e venda de um imóvel não carece de escritura, o negócio é nulo. O negócio jurídico pode ser muito simples ou muito complexo. Podem as partes prever o mínimo admissível para que o negócio exista, ou podem as partes prever muitas coisas suplementares. Designadamente, as partes podem integrar no negócio jurídico elementos não essenciais para a sua qualificação, mas resolverem integrar lá todos outros elementos para dar mais riqueza ao conteúdo do negócio jurídico. Trata-se também de elementos que a lei não prevê como elementos naturais daquele negócio jurídico. Trata-se de conteúdos típicos que a lei prevê que as partes possam apor à generalidade dos negócios, simplesmente não são essenciais. Por exemplo: as partes podem apor uma condição ao negócio, como uma data de início para um contrato de trabalho. São estes os elementos acidentais.

Esta é a classificação que melhor permite estruturar o negócio jurídico.

Outros autores distinguem entre elementos necessários, elementos específicos, naturais, etc., entre pressupostos, funções, etc. (Paulo Cunha, Dias Marques...). O próprio Prof. Menezes Cordeiro não é particularmente adepto da distinção entre elementos e pressupostos.

O que é depois que está envolvido na teoria do negócio jurídico? Aquilo que tem a ver com a sua dinâmica. O que apresentámos até aqui é algo estático, digamos assim. A partir de agora vamos falar da dinâmica – como é que se forma, qual o seu conteúdo dinâmico, quais os vícios que pode ter, e que consequências têm esses vícios.

O primeiro aspecto a ter em conta é a formação do negócio jurídico. Toda a teoria geral do negócio jurídico assenta na ideia da formação e, designadamente, das declarações negociais que conduzem à celebração do negócio jurídico. Por siso, começamos por estudar as declarações negociais. Dentro desta categoria, falaremos ainda na formação dos contratos, algo mais específico. Depois, trataremos as questões relativas à forma das declarações negociais, aos deveres das partes na formação dos contratos, em modo específico de formação dos contratos, através das cláusulas contratuais gerais.

Falemos pois das declarações negociais.

A primeira nota importante a deixar em relação às declarações negociais. O Prof. Menezes Cordeiro insiste muito na ideia de que a formação de um negócio é um processo, como encadeamento de actos. Esta ideia é muito importante para chamar a atenção para a complexidade do interformativo do negócio jurídico. Estamos constantemente celebrar negócios instantaneamente sem darmos por isso. Quando compramos um bolo no bar, celebramos um contrato de compra e venda; quando entramos no táxi celebramos um contrato de transporte. Nos dois casos é um contrato. Todos esses negócios jurídicos são feitos muitas vezes sem grande consciência de que se celebra um negócio jurídico. Mas noutras situações o negócio jurídico é de formação lenta, implica declarações negociais, etc. Em todo este encadeamento, o que vamos ter é um conjunto de declarações negociais. Umas mais vagas – "queres comprar um carro?", e outras mais firmes – "vendo-te o meu Peugeot 307 branco, matrícula XX-ZZ-11". Outra razão porque isto é importante é porque na formação do negócio jurídico as partes têm que se comportar correctamente – de acordo com os princípios gerais da boa fé, – e se não o fizerem são responsáveis pelos prejuízos que causarem à outra parte – a culpa in contraendo. A formação de um negócio jurídico é pois um conjunto de actos tendentes a um fim, ou seja, um processo – o preciso negocial.

O acto mais importante da formação do negócio jurídico é a declaração negocial. Pode ser relevante só

uma declaração negocial, ou serem exigidas duas declarações negociais, dependendo se estamos perante um negócio unilateral ou perante um contrato. Se estivermos perante um negócio unilateral, o negócio fica perfeito só com uma declaração. Se estivermos perante um contrato, tem que haver pelo menos duas declarações negociais – uma a propor, outra a aceitar. O que acontece é que muitas vezes, por força da complexidade do processo de formação do negócio jurídico, não há só duas mas muitas declarações negociais.

O Código Civil dá muita importância a esta parte da formação do negócio jurídico, tratando-a a partir do Art.º 217º.

Como se define, o que é, uma declaração negocial? A definição não vem no Código – diz a boa técnica que os códigos se devem abster de definir. O Código diz é que a declaração tem que ser expressa ou tácita, etc., mas não a definiu. Cabe à doutrina, e aos estudiosos em geral, saber o que é uma declaração negocial. Para sabermos o que é uma declaração negocial, será fácil concluir, a partir do que já sabemos sobre o negócio jurídico, defini-la. A declaração negocial tem dois elementos essenciais óbvios: a vontade (ter intenção de o declarar) e comunicação (ter que comunicar, exteriorizar, essa vontade). Toda a teoria da declaração negocial e a teoria do negócio jurídico em geral vai mais fundo. Primeiro analisemos a vontade. Toda a declaração é uma acção (já analisámos o acto jurídico) voluntária (fruto da vontade). Se Deolinda sonhar que quer vender a sua casa, não basta – é essencial o elemento da vontade para podermos falar de declaração. Por outro lado, essa vontade exige exteriorização. Não basta pensar que se quer vender a mota, tem que se dizer que se quer vender a mota, ou que se está disposto a fazê-lo. A ordem jurídica admite as mais variadas formas de exteriorização da vontade. Pode ser por forma verbal ou escrita, na língua que se quiser, etc. O que a lei exige é a exteriorização, mas não põe barreiras à forma da exteriorização, a não ser em alguns casos em que tem exigências especiais de forma. Por outro lado, isto não significa necessariamente um interlocutor. Isso só é verdade nos contratos. Mas se alguém redige um testamento, de acordo com as exigências notariais, etc., não é preciso que tenha um interlocutor, porque esse negócio é unilateral. Não confundir por isso comunicação com comunicação a alguém – embora na maioria dos casos seja comunicação a outrem. Outro aspecto ainda importante é a ideia de que a declaração negocial é um acto de validade – com a emissão da declaração negocial, pretendem-se atingir certos efeitos. Esses efeitos têm que ser permitidos pela ordem jurídica. Esta ideia de que há aqui a vontade de celebrar um negócio – uma declaração com objectivo negocial – permite distinguir as declarações de vontade das chamadas declarações de ciência, que são declarações meramente informativas. Se Pedro diz que quer vender o seu carro por dez mil euros, é diferente de Susana, que diz que o carro do Pedro vale dez mil euros.

Por outro lado, o facto de ser uma declaração de vontade que tem um elemento de comunicação não significa que a vontade seja um elemento absolutamente determinante. É apenas um dos elementos. Em primeiro lugar, a lei impõe limites à vontade. Há ainda situações em que a ordem jurídica não tutela a declaração como um acto de vontade, mas antes a declaração em si mesma, mesmo que não corresponda à vontade. Exemplos: Arlindo diz uma coisa mas está a pensar noutra, e de propósito declara outra que não corresponde à sua vontade. A lei chama a isto reserva mental (Art.º 244º do CC). Quando for necessário proteger a posição da outra parte, não basta a vontade. É também o caso do Art.º 257º. Outra situação: Delfim está em erro. Delfim disse que queria comprar aquela casa amarela, porque os meus avós viveram aí. Mas enganou-se, os avós viveram toda a vida em Pitão das Júnias. Ele pode dizer que o negócio estava viciado, porque ele se enganou nos motivos – afinal os avós eram lá de cima e ele pensava que tinham vivido toda a vida no Algarve. Art.º 252º do Código Civil).

Resumindo: a declaração negocial tem um elemento de vontade e outro de comunicação. Em princípio vale com interpretação da vontade, mas em alguns casos a lei não tutela os interesses do declarante porque tutela antes os da outra parte, designadamente com base no princípio da tutela da confiança, tutelando as expectativas da outra parte. Por isso, não é pensável uma concepção absolutamente voluntarista, ou

subjectivista, como a que Savigny defendia.

Aula teórica de 14 Dezembro 2006:

Para o teste vem toda a matéria, incluindo as matériazinhas que podem ser mais históricas, ou assim. O teste vai ter ou uma hipótese ou duas hipóteses mais pequeninas, e umas questões teóricas para responder.

Vamos hoje abordar a declaração negocial e a formação dos contratos.

Na aula passada estivemos a apresentar a declaração negocial – características. Hoje vamos falar dos vários tipos de descaroça negocial.

As declarações negociais podem classificar-se segundo uma diversa tipologia, sendo que as principais distinções são entre declaração expressa e tácita, entre presentes e entre ausentes, e declarações receptícias e não-receptícias, ou também chamadas recipiendas e não-recipiendas.

Em primeiro lugar, a distinção entre declarações expressas e tácitas. Como o nome indica, o critério de classificação é o modo como a vontade se exprime – expressamente ou tacitamente. A distinção entre declaração expressa e tácita decorre do art.º 217.º do Código Civil. A declaração é expressa quando feita por palavras, escrito ou outro meio directo de manifestação da vontade. Pelo contrário, é tácita quando se deduz de factos que, com toda a probabilidade, o revelam. Primeira dificuldade: o que é um facto que revele com toda a probabilidade uma declaração negocial? Há um acórdão do STJ, de 1997, que estabeleceu a interpretação desta norma, e que veio dizer que para que se considere que um facto é suficientemente relevante para manifestar e evidenciar uma declaração, tem que ser um facto positivo (uma acção), não pode ser uma omissão; tem que ser um facto com significado; tem que ser um facto inequívoco – que não deixe dúvidas quanto ao sentido a retirar daquela actuação. Tem que revelar sem quaisquer dúvidas qual a vontade daquele sujeito. Exemplo: António, senhorio, propõe a Bernardo, arrendatário, um aumento de renda e no mês seguinte Bernardo deposita-lhe o montante da nova renda. O carácter formal de uma declaração não impede que ela seja emitida tacitamente, desde que a forma seja respeitada na emissão da declaração. Estas hipóteses são muito raras, porque se a declaração tem que ser formal, o declarante vai lá escrever a sua declaração expressa. Suponhamos o caso de uma escritura de compra e venda de um móvel. Se o notário se esquece de escrever que Paulo compra, mas diz que Paulo pagou aquele preço, da declaração formal de que Paulo pagou o preço deduz-se que ele comprou. São estas situações que estão aqui previstas no n.º2, salvo erro.

Há que distinguir depois a declaração tácita de outra situação – a da ausência da manifestação de vontade, ou o silêncio. Carla propõe uma coisa a Fernando, e Fernando nada diz. Isto não é declaração tácita. E se Carla propuser a Fernando algo nos seguintes termos: Quero-te vender o meu computador, e se não disseres nada até à próxima semana presumo que aceitas. Fernando não está para se maçar e não diz nada. Há declaração implícita? Não, não há. O silêncio, em Direito, não tem em regra valor positivo. O silêncio é ausência de declaração, não pode ser declaração tácita. Todavia, pode ser atribuído valor declarativo ao silêncio, nos termos do art.º 218.º. Quando é que assim sucede? Quando a lei o disser, quando as partes assim o entenderem, ou quando isso decorra dos usos do comércio jurídico. Há algumas situações em que a lei atribui valor jurídico ao silêncio. Há outras situações em que o silêncio pode ter valor porque isso decorre dos usos do comércio, dos usos da profissão, mas não convém esquecermo-nos de relacionar este art.º 218.º com o art.º 3.º do Código Civil, sobre os usos genéricos. Mas em empresas, em comércios pode haver valor para os usos. Por outro lado, as partes podem celebrar um acordo, nos termos do qual combinam que no negócio que está em formação que se nada for dito se presume que o negócio vale. Isto é a atribuição de valor negocial ao silêncio por convenção das partes. Mas a regra geral é que o silêncio não tem valor declarativo, só pode ter nestes casos.

Outra distinção a fazer nas declarações negociais é a distinção entre declarações entre presentes e entre

ausentes. Muitas vezes nós celebramos um negócio jurídico com alguém que está à nossa frente, ou está do outro lado de uma linha telefónica – o contacto é imediato. São declarações entre presentes. Mas outras vezes celebramos contratos jurídicos com alguém que está longe – por carta, fax, e-mail, etc. Estas são declarações entre ausentes. Esta classificação interessa sobretudo para a formação dos contratos, e não especificamente para todos os negócios jurídicos. O regime de eficácia destas declarações é diferente justamente porque no primeiro caso as pessoas podem responder imediatamente, ao passo que no segundo caso não.

Outra distinção é entre declarações negociais receptícias ou recipiendas, e declarações negociais não receptícias ou não recipiendas. Qual o critério? A declaração é receptícia ou recipienda se tiver um destinatário. Não é se não tiver. Se cruzarmos esta classificação com as classificações dos negócios jurídicos, concluiremos que as declarações não recipiendas são típicas dos negócios unilaterais e as declarações negociais recipiendas são típicas dos contratos. Qual o relevo desta distinção? A eficácia da declaração não é considerada da mesma maneira se ela for recipienda ou não recipienda, e é por isso que o Código Civil trata esta matéria a propósito da eficácia da declaração (art.º 224.º). Se a declaração não tiver destinatário, ou seja, se for não recipienda, ela é eficaz a partir do momento em que o seu autor manifesta a sua vontade. Se houver uma forma exigível para o negócio, esta forma tem que ser cumprida, mesmo no caso de declarações não recipiendas. Mas a partir do momento em que a vontade é manifestada da forma exigida, começa a ser eficaz (n.º 1 in fine do art.º 224.º). Se a declaração for recipienda, a sua eficácia (a produção dos seus efeitos) está condicionada pela chegada da declaração à esfera do destinatário.

Para saber qual o momento adequado para contar o início da produção de efeitos de uma declaração negocial recipienda, há várias teorias. O Código acolhe essencialmente uma, mas tem concessões a outras.

1. Teoria da expedição – a declaração é eficaz a partir do momento em que seja expedida pelo autor.
2. Teoria da recepção – A declaração é eficaz a partir do momento em que entre na esfera jurídica do destinatário.
3. Teoria do conhecimento – a declaração é eficaz a partir do momento em que é conhecida pelo destinatário.

Estas são as posições possíveis. Vamos agora inseri-las no que o Código diz.

Em alguns casos, é indiferente – numa declaração entre presentes, isso é irrelevante. A questão é quando o negócio é entre ausentes. Aí o que é que vale? Quando ponho a carta no correio? Quando ela chega à caixa de correio do destinatário?

A teoria geral é a da teoria da recepção (art.º 224.º n.º 1). Mas a lei admite a hipótese de ser válida a teoria do conhecimento, simplesmente o que releva aqui é o conhecimento ou ao mesmo tempo ou anterior, mas não o conhecimento posterior, à recepção. Se assim não fosse, se se permitisse o conhecimento posterior, eu podia receber uma coisa no correio e só ler muito depois. Ou ter o fax sem papel... ou seja, um facto que só por culpa do destinatário é que não foi recebida. Aí vale a teoria da expedição., e a declaração será válida (art.º 224.º n.º 2). Ainda releva a teoria do conhecimento – a declaração recebida pelo destinatário em condições que sem culpa sua não será eficaz, não produz efeitos (art.º 224.º n.º 3).

Concluindo: regra geral – teoria da recepção (art.º 224.º n.º 1, 1ª parte); teoria do conhecimento se for anterior à recepção (art.º 224.º n.º 1 in fine); também releva o conhecimento em termos negativos nos termos do n.º 3 do citado art.º 224.º); releva a teoria da expedição quando é o destinatário que obsta ao recebimento, com culpa (art.º 224.º n.º 2).

Especificamente em relação à formação dos contratos, é relevante a classificação que há pouco dissemos entre presentes e ausentes. Mas já lá iremos.

Quando surge um contrato, é mais importante termos em conta que as declarações negociais têm que ter um prazo para a sua eficácia – ninguém pode ficar ad aeternum à espera de uma resposta que até pode nunca mais chegar. No contrato, pode haver um processo negocial simples – nada obsta a que o contrato seja feito de forma rápida, mas também é aqui que podem surgir os processos mais morosos. No esquema mais simples, o contrato implica duas declarações negociais: a proposta e a aceitação. A proposta é uma modalidade de declaração negocial que contém todos os elementos para a formação do contrato, que permite à outra parte apenas dizer "sim. A proposta manifesta a vontade de contratar pelo seu autor, mas tem que ter todos os elementos necessários à formação do contrato que ele quer. Assim, diz-se que a proposta tem que corresponder a três requisitos essenciais: tem que ser completa (ter todos os elementos essenciais do contrato) tem que ser inequívoca (não é proposta a declaração m que alguém diz "Estou a pensar em vender a minha casa"; quando o negócio seja formal, a proposta tem que revestir os requisitos de forma. Se não revestir os requisitos de forma, estamos perante uma intenção de contratar.

No art.º 228.º do Código Civil há uma série de regras sobre o tempo durante o qual a proposta está em pé. A lei distingue consoante a proposta é feita com um determinado prazo ou não. Se o proponente der ao aceite um prazo, a resposta só é eficaz até ao fim desse prazo. Se não for fixado prazo e o proponente pedir resposta imediata, esta mantém-se até que em condições normais a proposta chegue ao seu destino (art.º 228.º n.º 1, al. B)). O que é isto de tempo aceitável que aqui aparece? Se o correio for o meio utilizado, então pensa-se em três, quatro dias, para Portugal – o tempo considerado razoável para o envio, a recepção e a devolução da resposta. Se a proposta é feita a pessoa ausente ou por escrito a pessoa presente, sem fixação de prazo, a pessoa tem o prazo normal da resposta (alínea b)), mais cinco dias. Findo este prazo, a proposta pode ser revogada ou retirada pelo seu proponente – deixa de ser eficaz. Há um caso extremo – o proponente declara que se pode responder quando se quiser. Isto é uma proposta sem prazo, em que o proponente diz "qualquer prazo". A doutrina propõe duas soluções: ou está obrigado pelo prazo normal de prescrição (vinte anos, pelo art.º 309.º), ou o proponente pode pedir ao Tribunal que fixe ele um prazo. Bom, mas se ele faz uma proposta, e conseqüentemente fica vinculado a ela, poderá mudar de ideias e revogar a proposta? A revogação da proposta destinar-se-ia a extinguir o valor dessa mesma proposta e só pode ser feita nos termos do art.º 230.º do CC, que consagra o princípio geral da irrevogabilidade da proposta. Quando pode este princípio ser ultrapassado? Quando o proponente se reservou o direito de a alterar ou retirar, quando o proponente emita uma declaração de revogação que cegue ao destinatário ao mesmo tempo ou antes da proposta, porque ainda não se criou na esfera jurídica do destinatário um direito, que é criado com a recepção da proposta, tutelando-se aqui não o receptor mas sim o emissor da declaração.

Quando o destinatário recebe a proposta, pode aceitá-la, recusá-la ou alterá-la. Mas isso é matéria da resposta, que veremos depois do teste.

Aula teórica de 9 Janeiro 2007:

Prosseguimos hoje na matéria da celebração dos contratos. Na última aula antes das férias, vimos que a formação dos contratos envolvia essencialmente uma proposta e uma aceitação, sendo que apreciámos aqui os requisitos da proposta negocial, os efeitos da proposta (se a proposta tem prazo, se não tem, a resposta...) e a matéria relativa à possibilidade de revogação da proposta e condições dessa revogação. Vamos hoje apreciar algumas modalidades específicas de proposta, e o que se segue à proposta – a aceitação ou a contra-proposta. Ainda com referência à questão da formação dos contratos, cabe fazer uma referência aos novos meios de contratação e à natureza das declarações contratuais da proposta e da declaração de aceitação. Assim encerramos a matéria da formação do contrato, e falaremos em seguida da forma das declarações negociais.

A oferta ao público é uma modalidade de proposta cuja especificidade reside no facto de ser dirigida a uma generalidade de pessoas. Não é A que pergunta a B se quer comprar, é a proposta de um stand de automóveis por exemplo que coloca à venda um certo número de carros. Qualquer pessoa pode vir a comprar um daqueles automóveis.

Trata-se de uma proposta que tem de ter os requisitos da proposta: completa, carácter firme e inequívoco, e ter a forma adequada para a proposta. Simplesmente, a oferta ao público, justamente por ser dirigida ao público, muitas vezes confunde-se com situações que não são verdadeiramente propostas negociais por lhes faltar um destes requisitos. Aquela com a que mais se confunde é o convite a contratar – uma declaração negocial à qual falta um dos elementos para ser considerada uma proposta. Quase sempre se trata de declarações negociais de incentivo à contratação. Sabemos que os elementos estão todos lá, e portanto estamos perante uma declaração negocial, e portanto à outra parte basta aceitar. Exemplo: passamos numa loja e está um vestido exposto com o preço. É uma proposta porque tem todos os elementos. E se não estiver o preço? É um convite a contratar. Diferente da oferta ao público, mas com possíveis confusões, é a proposta negocial que seja dirigida a uma pessoa desconhecida, ou a uma pessoa de paradeiro desconhecido mas que é determinada. Exemplo: alguém anuncia que dá mil euros a quem encontrar a sua carteira. Isto é uma proposta a pessoa desconhecida, mas essa pessoa é determinada – só quem encontrar a carteira é que pode aceitar a proposta. Esta declaração de proposta manifesta-se por anúncio público, e aplica-se aqui o art.º 2256º. Se tiver todos os elementos, é sim uma proposta, ainda que a pessoa desconhecida mas determinada.

A oferta ao público é uma forma de proposta cada vez mais importante. A oferta ao público pode manifestar-se pelos mais variados meios: montra, impressos distribuídos pelo correio, etc. É preciso, para que seja uma oferta ao público, é que tenha os requisitos de uma proposta negocial.

Outra figura com a qual se confunde uma oferta ao público é uma outra figura que estudaremos mais à frente, a das cláusulas contratuais gerais, que está regulada num diploma próprio, que está a seguir ao Código Civil. As cláusulas contratuais gerais caracterizam-se, genericamente, por serem proposições negociais de carácter genérico e feitas por uma das partes e apresentadas por aquele carácter a um conjunto de pessoas indeterminado, que se limita a dizer "sim, contrato" ou "Não, obrigado". Estas cláusulas contratuais gerais são típicas dos negócios de massas: seguros, fornecimento de energia eléctrica, de gás, de água... O formulário contratual é sempre o mesmo, qualquer que seja o contrato. Uma das partes tem liberdade de celebração e de estipulação, e a outra só tem liberdade de celebração. Pelo facto de serem dirigidas a um número indeterminável de pessoas podem ser confundidas com a oferta ao público. Mas as cláusulas contratuais gerais são apenas declarações negociais, não basta aceitá-las – elas podem ainda assim ser negociadas.

A oferta ao público é referida no nº 3 do art.º 230º do CC apenas a propósito da irrevogabilidade da proposta – ou seja, para revogar a proposta que foi feita, exige-se a mesma forma.

A uma proposta segue-se, como declaração negocial essencial, a aceitação ou a rejeição pelo destinatário da proposta. Se for uma declaração de aceitação, ela exprime a concordância com o conteúdo da proposta, e tem exactamente os mesmos requisitos da proposta: tem que ser completa, inequívoca e total. Se o assentimento for parcial, das duas uma: ou há uma contra-proposta quanto aos aspectos com os quais não se concorde (art.º 233º) ou há uma rejeição.

A aceitação, tal como a proposta, pode ser expressa ou tácita – aplica-se o art.º 217º de que já falámos.

Quando surge a aceitação, o contrato pode surgir, nos termos do art.º 232º. Só não surgirá naqueles contratos em que a lei exija, para a conclusão do negócio, um acto de tradição – reais ad constitutionem. Mas essas situações são poucas, de um modo geral basta a declaração da proposta e da aceitação.

Também relativamente à aceitação há prazos durante os quais há regras de irrevogabilidade. Há aqui que conjugar o art.º 228º e o art.º 229º do CC. Pode acontecer que, pelo tempo que decorre entre a emissão da proposta e a emissão da aceitação, a proposta tenha deixado de estar válida. Se a aceitação tiver sido expedida fora de tempo, o proponente não tem que fazer nada. Deverá haver nova proposta e nova aceitação. Se ela já tiver sido expedida em tempo, mas tiver chegado tardiamente, o proponente deve avisar o autor de que não quer o negócio, sob pena de responder pelos danos (art.º 229º). Por outro lado, é possível a revogação da declaração de aceitação nos termos do art.º 235º – ou seja, enquanto ela não chegar à esfera jurídica do proponente.

Se, pelo contraio, o destinatário da proposta resolver não a aceitar, então emite uma declaração de rejeição. Atenção que o silêncio não tem valor declarativo (art.º 218º), pelo que se ele nada disser o contrato não se concretiza.

Esta é a forma mais estrutural de um negócio: proposta – aceitação; proposta – aceitação com modificações; contraproposta – celebração, etc.

Hoje em dia temos outras formas de celebração de contratos que decorrem das novas tecnologias. Há até algumas teorias engraçadas sobre quem é o proponente ou quem é o aceitante. Mas tudo isto são discussões de carácter teórico. O que é relevante é sabermos que há aqui novas formas de celebração de contratos, contratos que celebramos através das máquinas com o seu proprietário – a máquina é apenas um meio para efeitos da celebração do negócio – mas do que não há dúvida é que estamos a celebrar um contrato.

Devemos ainda ter em atenção que há regulamentação comunitária sobre novas formas de contratação, designadamente sobre contratação através da Internet. Uma directiva de 1997 acentua o peso dos deveres de informação nos contratos celebrados através da Internet. Se um contrato for celebrado pela Internet, devem ser respeitadas as regras gerais da contratação, com as necessárias adaptações. Note-se que nem sempre (ou quase nunca) se celebra aqui um contrato entre presentes.

Retenhamos ainda que no processo de formação de um contrato, podemos ter um esquema simples de proposta – aceitação, ou podemos ter um esquema complexo, um processo negocial complexo, com vários actos preparatórios da contratação final, e que podem em si mesmo ser negócios jurídicos. Exemplo: se as partes começam a contratar, e celebram logo um acordo sobre prazo de validade (art.º 228º), isto já é um negócio. Se as partes convencionam uma forma específica, é um negócio preparatório do negócio final. Os mais frequentes são convenções sobre a forma (art.º 223º), convenções sobre o valor do silêncio (art.º 218º), convenções sobre

O prazo de eficácia das declarações, ou ainda contrato-promessa (art.º 410º), pacto de preferência (art.º 414º), ou o concurso para a formação do contrato, que o Código Civil não disciplina – frequente no contrato de trabalho, no contrato de empreitada, etc. Estes concursos devem seguir as regras gerais na formação dos contratos, regras da boa fé, etc.

Estudadas as declarações contratuais, resta responder a uma questão: afinal o que é que são as declarações contratuais? Qual é a sua natureza jurídica? O Prof. Menezes Cordeiro diz, e bem, que as declarações são negócios jurídicos. Ainda não são contratos – que só surgem na conjugação de interesses das duas partes – mas já são negócios jurídicos, pois já evidenciam liberdade de celebração e de estipulação. Atenção no entanto que para o Prof. Menezes Cordeiro o negócio jurídico é um conceito mais restrito que para a generalidade da doutrina. Para o Prof. Menezes Cordeiro, só há negócio jurídico quando há liberdade de estipulação. No caso dos contratos com cláusulas contratuais gerais, o consumidor, por exemplo, não pratica um negócio jurídico. Só quem determina as cláusulas é que negocea.

Falemos agora sobre a forma das declarações negociais.

Em primeiro lugar, o que é a forma? A forma é o modo de expressão de uma declaração negocial. Nunca devemos dizer que o negócio não tem forma. Todo o negócio tem forma. O negócio tem um elemento de vontade e um elemento de comunicação. A comunicação assume sempre uma forma – forma escrita, mímica, oral, por Internet, etc. Deve distinguir-se entre forma e formalidade, distinção essa que nem sempre aparece correctamente feita até em leis. A forma é o modo de manifestação da vontade negocial. A formalidade é um acto ou mais que um acto associados à declaração negocial. Exemplo: para se celebrar um contrato de um bem imóvel, a forma é escritura pública. A esse contrato está associada uma formalidade – o acto de registo. O registo evidencia que o proprietário é aquele e não outro, e surge associado ao contrato para produzir certos efeitos. Pode ainda haver outras formalidades associadas, como actos de certificação. Outra coisa diferente é a forma qualificada, o que sucede quando não só se exige certa forma como certas menções obrigatórias para a celebração daquele contrato pela forma estabelecida.

Estabelecidos os conceitos básicos – forma, formalidade e forma qualificada – qual é o princípio geral? O princípio geral é o da liberdade de forma, ou princípio do consensualismo (art.º 219º). Quer isto dizer que a vontade das partes pode manifestar-se do modo que as partes entenderem, desde que para a outra parte seja cognoscível. Exemplo: duas pessoas surdas-mudas que transaccionarem por gesto, o negócio é válido mesmo que as outras pessoas à volta não percebam. Se a lei exigir determinada forma para um negócio, esse princípio é afastado – e surge então um negócio formal, aquele negócio para o qual a lei exige certa forma. A consequência da falta dessa forma exigida por lei é a nulidade (art.º 220º).

Negócios formais são os que têm a sua forma exigida por lei. Negócios consensuais são todos os outros, aqueles para os quais a lei não disponha de forma especial. As exigências de forma eram no Direito Antigo, muito maiores que hoje. No Direito Romano, por exemplo, vigorava o princípio da solenidade da forma. Hoje a regra é a oposta. Quando a lei exige uma forma especial, normalmente é a forma escrita, sendo que esta pode ser em documento entre as partes (forma simples) ou em documento exarado por uma autoridade pública (escritura pública).

Quais os motivos das exigência de forma?

1. Solenidade – como no casamento.
2. Reflexão – Dar mais oportunidade de ponderação às partes. Não é, de resto, por acaso que os negócios formais são na sua maioria associados a bens de maior valor. Deve-se ter em atenção que hoje em dia há alguma desadequação deste conceito de valor. O nosso Código ainda é, a este respeito, tributário de outras eras. É bom que terceiros saibam que aquele negócio foi celebrado.
3. Dar publicidade aos actos – é bom que outros saibam que este negócio foi celebrado.

Aula teórica de 11 Janeiro 2007:

Hoje vamos continuar na matéria da forma do negócio jurídico, e falar ainda dos deveres das partes na formação dos contratos, com destaque para a doutrina da chamada culpa in contraendo.

Na aula passada, distinguimos entre forma e formalidade, entre o conceito de forma qualificada, e foi apresentado um princípio geral em matéria de forma das declarações negociais, um princípio de liberdade, chamado princípio de consensualismo (art.º 219º). Quando, todavia, a lei exija uma forma especial – normalmente a forma escrita – seja em depoimento feito pelas partes seja em depoimento exarado por uma autoridade pública, estas exigências decorrem normalmente da necessidade de publicidade, ou de solenidade, para os actos.

O que acontece se faltarem requisitos de forma? O princípio geral é o da liberdade de forma, mas se a lei

exigir forma especial, o que acontece se as partes não respeitarem essa forma especial. A lei é clara. A consequência é lapidar. Está no art.º 220-º do Código Civil. A declaração negocial que careça da forma legalmente prescrita é nula, quando a lei não previr outra sanção. Quer isto dizer que, quando o contrato é celebrado sem a forma que a lei exige, o contrato é nulo. É evidente que se as partes forem mais exigentes do que o que prevê a lei, isto não sucede. Exemplo: num contrato de promessa de um bem imóvel, a lei não exige a escritura pública. Mas nada impede que as partes não adotem a escritura pública.

Por outro lado, repare-se ainda que, embora esta consequência esteja aqui prevista como consequência geral, a lei prevê que possa haver outras consequências. Para certos contratos, há efectivamente a previsão de outras consequências para a falta de forma. Por outro lado, em algumas situações em que a lei exige a forma, admite que a falta de forma possa ser suprida por outro mecanismo de prova. Se a exigência de prova não tiver um valor necessário para a validade do negócio, a sua falta pode ser suprida por confissão das partes (art.º 364º nº 2 do CC). Por outro lado, em relação a alguns contratos, a lei estabelece consequências específicas. Por exemplo, consequência de conversão de contratos nouro tipo de contratos para o qual a forma adoptada seja suficiente, ou então consequências sancionatórias. Por exemplo, se um contrato de trabalho a termo for estabelecido sem a forma legalmente exigida, a lei estabelece que o contrato é um contrato sem termo.

Há que temperar ligeiramente esta regra com o recurso à figura do abuso de direito. A especificidade que o abuso de direito tem é permitir um juízo de ilicitude a comportamentos que são formalmente conformes à lei mas que substancialmente estão mal. Isso pode acontecer em matéria de forma. Então há uma aplicação do abuso de direito que delimita a possibilidade de alguém alegar o vício de forma contra a outra parte. Exemplo: Amaral, advogado, celebra um contrato de compra e venda de um terreno, mas convence o Sr. Joaquim, agricultor da terra, que basta um documento escrito. Depois, mais tarde, convém-lhe desfazer um negócio, e alega que o contrato é nulo por vício de forma, porque obviamente não era admissível sem ser por escritura pública. Ora Amaral devia saber que o negócio era por escritura pública, não pode convencer a outra parte que bastava o documento escrito quando ele sabe que não é assim. A isto chama-se inalegabilidades formal.

Ainda em relação à matéria da forma, há que fazer algumas classificações, porque as exigências de forma não têm sempre o mesmo valor. Por não terem sempre o mesmo valor, a sua falta tem consequências diversas. Para classificar as exigências de forma, podemos utilizar dois critérios:

. Falta de forma;

2. Fonte das exigências.

Tendo em atenção o primeiro critério, atenta-se na consequência das faltas de forma. A forma exigida é ad substantiam se condicionar a conformidade do acto jurídico. Se entendermos que a forma exigida o for apenas para comprovar a validade o negócio jurídico, a forma é ad probationem. (será?). N este caso, o vício de forma é suprível. Só neste caso.

Podemos ainda distinguir entre forma legal, voluntária ou convencional – respectivamente art.ºs 221º para a forma legal, 222º para a forma voluntária, art.º 223º para a forma convencional. Como vemos aqui, o critério é o da origem das exigências de forma. Se é a lei que diz que forma seguir, é forma legal. A forma voluntária é aquela que, não sendo exigida por lei, foi adoptada pelo autor da declaração. Já a forma convencional, é aquela que é estabelecida por convenção ou acordo entre as partes.

Qual é a razão de ser destas exigências? Porque é que as partes, quando a lei não exige forma especial, apesar disso as partes a adoptam? Normalmente, para salvaguardar determinadas posições jurídicas. Simplesmente, se as partes adoptarem uma forma qualquer, o que se depreende é que só se quiseram vincular por aquela forma. Portanto, valem apenas as coisas que forem ditas daquela maneira e não de outra. Isto obriga-nos a colocar outra questão: qual é o âmbito da forma? Quando a lei estabelece, ou

quando o autor adota, ou quando as partes estabelecem uma determinada forma, isso abrange toda e qualquer estipulação negocial? Ou não? Ou apenas o que for essencial para as partes? A lei trata esta matéria no art.º 221º para a forma legal e no art.º 222º para a forma voluntária. Quanto à forma legal, trata de maneira diferente as estipulações que sejam anteriores ao documento e as estipulações que sejam posteriores. Quanto às anteriores, elas são em princípio nulas. Só assim não será se, relativamente a essas estipulações anteriores, as razões da forma legal não forem válidas (?). Isto significa que é inválida uma estipulação verbal acessória, por exemplo, que estabeleça um preço anterior, porque essa é obviamente essencial à forma legal. Mas já será válida uma estipulação verbal anterior que diga que o bem só vai ser entregue passado um mês. A razão de ser da forma, que é enquadrar bem aquele negócio jurídico, não se comunica a este tipo de estipulação. Quanto às estipulações posteriores, a forma legal não se lhes estende – são em princípio acessórias. Só se a razão de ser ad forma legal se lhes aplicar é que serão válidas. Repare-se que, havendo um princípio geral do consensualismo, o Código limita as exigências de forma ao estritamente essencial.

Há ainda uma série de regras acessórias que temos que ter em conta. Por exemplo, os negócios jurídicos formais têm regras de interpretação específicas (art.º 238º nº 2), e há uma regra sobre a possibilidade de conversão num negócio jurídico formal de um negócio que seja nulo por exigir maior formalismo.

Ainda sobre as exigências de forma, decorre que é possível estabelecer uma classificação de documentos, de que já todos ouvimos falar. Distingue-se entre documentos autênticos e documentos particulares. Esta distinção decorre do art.º 763º. Os documentos escritos autênticos são aqueles que são feitos por uma autoridade pública (testamentos, escrituras públicas, etc.). Documentos particulares são todos os outros, sendo que dentro dos documentos particulares alguns podem ser documentos escritos simples, e outros podem ser documentos autenticados – documentos feitos pelas partes que são sujeitos a uma certificação, ou autenticação, por uma autoridade pública. Hoje em dia, por força das regras notariais, já não há autenticação por semelhança, tem mesmo que ser presencial.

Aula teórica de 16 Janeiro 2007:

Vamos hoje terminar a matéria relativa à formação dos contratos. Abordaremos os dois temas desta matéria que falamos – cláusulas contratuais gerais, e ainda uma referência breve à protecção do consumidor na formação dos contratos.

O que vimos até agora em termos de processo negocial corresponde àquilo que é o normal na formação dos contratos. Este processo é um processo abstracto, que comporta múltiplos modelos de actuação na prática. Já foi aqui referido que o contrato se pode reduzir ao esquema mais simples – proposta - aceitação – mas pode ainda ser muito mais complexo. Algumas das variantes ou das manifestações dos processos negociais têm a ver com o que se chama o moderno tráfego de massas. A nossa sociedade de comércio e de serviços aumenta fortemente o ritmo das transacções face a sociedades mais antigas, e tende a uniformizar os modelos de transacção em certas áreas. O que acontece é que a velocidade das transacções, e às vezes a natureza técnica dessa transacção, é tão grande que as partes podem não estar suficientemente esclarecidas quanto ao conteúdo final do negócio. As figuras que reflectem este tipo de revolução do tráfego social de massas, são duas: a contratação por recurso a cláusulas contratuais gerais, e as relações contratuais de facto e...

As relações contratuais de facto devem o seu nome a um jurista alemão dos anos 40, chamado Gunter..., e trata-se de uma figura que pretende enquadrar situações em que não houve qualquer manifestação de vontade contratual válida mas, no entanto, surgiu um negócio jurídico e produziu os seus efeitos. Como podem ver, isto parece um contra-senso. O negócio jurídico, aprendemos até aqui, é um produto da manifestação de vontade. Podemos aqui distinguir dois tipos de situações: em primeiro lugar, aqueles casos em que foi manifestada uma vontade negocial mas ela é inválida. Se é inválida, se tem um vício, o negócio é nulo por princípio. Mas em algumas situações, apesar de o contrato ser nulo, essa nulidade só actua para o futuro, o que quer dizer que, enquanto o contrato esteve a ser executado e não foi promovida

a sua revogação, ele é tratado como se fosse válido. Não é um negócio, é uma relação contratual de facto, porque não houve vontade contratual válida mas é diferente das situações em que se pode destruir retroactivamente os seus efeitos. Exemplo. Se um contrato de compra e venda for declarado nulo, o que há a fazer é devolver às partes aquilo que tinham antes. O comprador devolve o bem, o vendedor devolve o preço. Se um contrato de arrendamento for declarado nulo por qualquer razão, isso já não pode acontecer, porque o arrendatário já usou a casa, e esse valor de gozo não é devolúvel à outra parte. Então, durante o tempo em que o contrato de arrendamento esteve em execução, ele foi válido.

Falamos agora dos comportamentos concludentes. Neste tipo de comportamentos não houve de todo manifestação de vontade, mas houve um comportamento social que permite à ordem jurídica retirar daí o efeito de ter sido celebrado um certo negócio. Exemplos: há alguns comportamentos que temos que são socialmente associados a determinada vontade negocial. Se tivermos esse comportamento, mesmo sem esboçarmos qualquer reacção (...). Se eu chegar ao bar e pedir um pastel de nata, eu não estou a pedir para celebrar um contrato de doação, mas sim um negócio jurídico, um contrato. O negócio existe pois, por força do comportamento da pessoa, ainda que não haja qualquer manifestação de vontade negocial, ou mesmo que haja uma manifestação aparentemente contrária.

A lei das cláusulas contratuais gerais, constante do Dec. -Lei 436/85, alterado em 1995 e 1999.

Vejamos em primeiro lugar o que é uma cláusula contratual geral. Até aqui, vimos que António fixa o preço e define, por exemplo, a forma como quer receber o pagamento. Aqui não é nada disso que se paga. A delimitação das cláusulas contratuais gerais dá-se no art.º 1.º deste diploma legal. Destas normas decorre que as cláusulas contratuais gerais têm três ingredientes:

1. São cláusulas de pré-elaboração
2. São rígidas – não permitem alteração.
3. São feitas para destinatários indeterminados – neste sentido, são gerais.

Quando se verificarem estas características numa cláusula contratual, dizemos que ela é uma cláusula contratual geral. A classificação de uma cláusula como cláusula contratual geral sujeita a tal norma ao regime específico que aqui temos vindo a abordar.

As cláusulas contratuais gerais evidenciam ainda algumas outras coisas, em regra:

1. Diferenciação entre...
2. Terem uma apresentação formulária – as cláusulas contratuais gerais são usualmente em formulários pré-formatados;
3. Complexidade do clausulado.

Destas características podemos facilmente intuir os perigos deste tipo de contratação. É por isso que, apesar destas cláusulas serem incontornáveis, o sistema jurídico resolveu, para manter aqui regras, torná-la aceitável.

A figura dos contratos por adesão está ligada à figura da cláusula geral – uma das partes. Celebra um contrato de adesão.

Em Portugal e noutros países há normas específicas para esta matéria.

Qual é o âmbito de aplicação da lei das cláusulas contratuais gerais? O âmbito de aplicação do diploma determina-se por critérios positivos e negativos. Critérios positivos são, por exemplo, os que estão no art.º 1.º. Positivos ainda temos o caso de a lei abranger todas as cláusulas do negócio que não hajam sido previamente negociadas, independentemente de quem as tomou e como tenham sido...

Este âmbito alargado do diploma...

Determinado o âmbito de aplicação do diploma, que tipo de tutela confere? Confere alguma tutela em matéria de formação do próprio contrato. O contrato com recurso a cláusulas contratuais gerais está sujeito a requisitos específicos na sua formação. As cláusulas contratuais gerais têm que ser aceites pela outra parte – art.º 4º. Se a contraparte não aceita anexos a um contrato, essa parcela não vale. Por outro lado, há deveres especiais de comunicação do conteúdo das cláusulas e de informação da outra parte sobre o conteúdo dessas cláusulas – art.ºs 5º e 6º. Não valem cláusulas contratuais gerais em letra ilegível, noutra língua, etc. A outra parte tem ainda o direito de ser esclarecida relativamente ao conteúdo de cláusulas que não seja claro. As cláusulas que não respeitem estes deveres de comunicação e de informação consideram-se excluídas dos contratos singulares – art.º 8º. HÁ também as chamadas cláusulas surpresa, cláusulas que, pelo contexto em que surjam, passem despercebidas a um contraente normal. O contrato subsistirá, regra geral, mesmo sem as ditas cláusulas excluídas – a não ser que as cláusulas sejam tão essenciais que o contrato sem elas não subsista. Mas isto não quer dizer que a parte não tenha o direito a ser indemnizada nos termos gerais – art.º 227º.

As cláusulas contratuais gerais só valem se as partes não tiverem disposto em contrário – as chamadas cláusulas prevalentes.

Outra área de protecção tem a ver com a interpretação e integração das cláusulas contratuais gerais. As cláusulas contratuais gerais seguem as regras normais de interpretação, excepto em situações de dúvida. Se o sentido for muito duvidoso, a lei manda entender ao sentido que for mais favorável à parte fraca.

A tutela desta lei é estabelecida a outro nível – proibir, pura e simplesmente, certo tipo de cláusulas. Além destas regras quanto à formação do negócio, a lei proíbe então certas cláusulas em certos contratos (contratos com consumidores finais), ou mesmo em todos os contratos.

A lei distingue ainda entre cláusulas absolutamente proibidas e cláusulas relativamente proibidas, consoante o tipo de interesse que esteja subjacente. Da conjugação destas proibições resulta que são em regra proibidas cláusulas que excluam responsabilidades, que estabeleçam obrigações perpétuas, que estabeleçam sanções pecuniárias desproporcionadas, que minimizem a responsabilidade, etc.

Qual é a consequência de estarem lá essas cláusulas? As consequências são duas: as cláusulas são nulas, essa nulidade tem um efeito em cada contrato singular nos termos do art.º 12º da lei, sendo certo que o aderente pode escolher manter o contrato sem essa cláusula ou fazer cessar o contrato. O contrato só não é mantido se houver uma desproporção gravíssima pelo retirar daquela cláusula. Por outro lado, há determinadas entidades que têm legitimidade para propor uma acção especial, a chamada acção inibitória, que não actua sobre o contrato em si mas sobre o formulário. Sindicatos, Ministério Público, associações de defesa do consumidor, são algumas dessas instituições.

Aula teórica de 18 Janeiro 2007:

Hoje vamos começar a matéria relativa ao conteúdo do negócio jurídico. Nesta matéria vamos focar os seguintes temas:

1. Noções gerais sobre o conteúdo do negócio jurídico;
2. Requisitos objectivos do negócio jurídico;
3. Cláusulas negociais típicas;
4. Modificações do conteúdo;
5. Vícios tipos de conteúdo do negócio jurídico.

Em primeiro lugar, deve ter-se algum rigor de linguagem quando nos referimos a matérias do conteúdo e do objecto do negócio jurídico. O conteúdo é o conjunto de regras que o negócio jurídico desencadeia,

depois de celebrado. Inclui, portanto, todos os elementos do negócio sobre os quais as partes dispuseram. No contrato de compra e venda, por exemplo, inclui-se o preço, a descrição do bem, o modo de cumprimento, o tempo de entrega do bem, prestações, local, etc. Inclui ainda os elementos decorrentes da lei sobre aquele negócio jurídico que ou se sobrepõe à vontade das partes ou se aplicam na falta de disposição das partes. O objecto é o bem, ou realidade jurídica, sobre a qual incide aquele contrato. Falamos aqui em conteúdo e em objecto do negócio jurídico. Mas em autores mais tradicionais encontramos a utilização de outros termos. É muito clássica a distinção entre objecto imediato e objecto mediato. O que chamamos conteúdo é o objecto imediato. O que chamamos objecto é o objecto mediato do negócio jurídico. É esta a distinção que encontramos no Prof. Castro Mendes, ou no Prof. Mota Pinto, ou no Prof. Manuel de Andrade. A própria lei que trata a matéria do conteúdo e do objecto do negócio jurídico, que anda à volta do art.º 280º e 281º, refere-se a requisitos do objecto negocial, mas tanto está aqui a tratar dos problemas de objecto como a problemas de conteúdo. Os elementos que integram o conteúdo do negócio decorrem do que foi dito há pouco. Há elementos que decorrem da vontade das partes – elementos voluntários – que têm a ver com o que as partes dispuseram no negócio – e há elementos que decorrem da lei – os elementos normativos. Os elementos normativos são as regras aplicadas àquele negócio jurídico porque a lei assim o determina. Estes elementos podem ser injuntivos ou imperativos, se se referem àquelas regras legais que a vontade das partes não pode afastar. Podem ser supletivos se decorrem de normas legais que só são aplicáveis na falta de vontade das partes. O contrato de compra e venda corresponde ao elemento normativo injuntivo a identificação do bem e o preço. Porquê? Porque se isso não foi feito já não é um contrato de compra e venda. Mas se as partes nada estipularem sobre o local de entrega ou das prestações, aplica-se o que a lei dispõe – é pois um elemento normativo mas supletivo.

Temos ainda os elementos voluntários, que podem ser necessários ou eventuais. Elementos voluntários necessários são aqueles que correspondem aos elementos essenciais do próprio contrato. Sem a sua indicação pelas partes o contrato não existe como tal. Os elementos eventuais são pormenores que as partes podem ou não incluir no contrato, sem que este perca a sua forma geral, mas que, se especificados, alteram a conformação do negócio.

A propósito do conjunto de elementos normativos e voluntários que são necessários para que um negócio jurídico seja reconhecido como tal, muitos autores se referem a um conceito, o de tipo negocial. Tipo negocial é o conjunto de elementos que são exigíveis para que o negócio seja identificado, elementos esses uns decorrentes da lei, e outros da vontade das partes. Nesta faculdade há uma tese de doutoramento, a do Prof. Paes de Vasconcelos, sobre o tipo negocial. É uma tese a espreitar. Também há uma tese de doutoramento, na Universidade Nova de Lisboa, sobre tipicidade e atipicidade dos contratos – a do Prof. Rui Pinto Duarte.

Vamos agora aos requisitos do negócio, que têm a ver com o seu conteúdo ou com o seu objecto. O que acontece é que os negócios jurídicos devem ter certas qualidades. Se não tiverem essas qualidades, o negócio não é válido. O negócio pode não ser válido porque, por exemplo, as pessoas que o celebram não têm capacidade para tal. Faltam-lhe pressupostos subjectivos – que têm a ver com as partes. Pelo contrário, as pessoas podem ter capacidade para celebrar o negócio, mas haver falha no seu objecto. Neste caso, falta um pressuposto objectivo. O que nós vamos falar é justamente das qualidades que têm que ter objecto e conteúdo do negócio jurídico. A lei trata da mesma maneira vícios de objecto e conteúdo e vícios de fim do negócio jurídico. O negócio pode em si mesmo não ter problema mas o fim que ele prossegue ser ilícito. Esta matéria é tratada nos art.ºs 280º e 281º. Estes artigos permitem identificar como requisitos essenciais do objecto e do fim do negócio jurídico os seguintes:

1. Tem que ser um objecto possível;
2. Tem que ser um objecto determinado ou determinável;
3. Tem que ser um objecto lícito;
4. Não pode ser um objecto contrário à ordem pública nem aos bons costumes.

O mesmo para o fim do negócio. Possível, determinável, lícito e não contrário à ordem pública e aos bons costumes.

A consequência de qualquer destes requisitos é a nulidade.

Há que ver cada um destes requisitos de per si.

1. O objecto do negócio jurídico tem que ser possível. É nulo o negócio jurídico cujo objectivo seja física ou legalmente impossível. O requisito da possibilidade é reputado tanto a uma possibilidade física como legal. Deve ter-se em atenção que impossibilidade não quer dizer dificuldade. O negócio só é impossível quando verdadeiramente ele for inalcançável. Por outro lado, a impossibilidade é coeva do momento do surgimento do negócio, ou seja, importa a impossibilidade originária. Se o negócio se tornar impossível depois do momento da sua celebração, o que há é lugar a resolução do contrato. É pois impossibilidade total e originária.

1.1. O objecto do negócio jurídico não pode ser fisicamente intangível ou inexistente. Deolinda não pode vender a Vítor a Lua.

1.2. Contudo, a impossibilidade do negócio jurídico pode ser legal. Carlos não pode vender a Joaquim a Torre de Belém. A Torre de Belém não pode ser vendida porque, legalmente, pertence ao domínio público.

Qual é a diferença entre impossibilidade legal e ilicitude? Ilicitude é contrária à lei, ao passo que a impossibilidade legal do objecto é uma ilicitude aplicável à contratação do bem. Não é um negócio com objecto impossível vender uma coisa que ainda não se tem, mas se vai ter. Exemplo: posso vender a Fernando um carro que ainda não fui buscar à fábrica.

Há uma outra forma de impossibilidade, referida por exemplo pelo Prof. Paulo Cunha – a impossibilidade moral. A impossibilidade legal não é directa, mas há impossibilidade moral por a lei ser violada indirectamente. É o caso de alguns negócios de fraude à lei, ou contrários à boa fé.

1.3. Colocar-se ainda a questão de saber se só há impossibilidade se o conteúdo ou o objecto do negócio for inviável ou impossível para aquela pessoa ou para qualquer pessoa. É a diferença entre impossibilidade absoluta, ou objectiva, ou impossibilidade relativa, ou subjectiva. Em regra, só se considera que há impossibilidade no caso da impossibilidade objectiva. Mas há uns negócios em que a prestação de facto só pode ser cumprida por aquele sujeito. Quando assim for, a impossibilidade relativa à prestação daquele sujeito é meramente relativa, mas é suficiente para considerar que a prestação é impossível. Se Fernando pede a Luísa, célebre oftalmologista, para o operar aos olhos, e se só ela o poderá operar por só ela dominar certa técnica científica, a impossibilidade relativa de Luísa basta, porque a operação não se poderá realizar por outrem a não ser por Luísa, caso contrário já não será a mesma operação. São os chamados contratos intuitu personae.

A impossibilidade tem ainda que ser definitiva. O contrato não é nulo se houver uma impossibilidade meramente temporária. O negócio pode valer como um negócio sobre um bem futuro – quando terminar a impossibilidade, o negócio pode concluir-se.

E será que um negócio excessivamente oneroso pode ser considerado impossível? Não. Estamos no âmbito da liberdade contratual, pelo que não é o simples desequilíbrio das prestações que permite qualificar o objecto como impossível. Há outros mecanismos na nossa lei que permitem chegar aos negócios com desequilíbrio excessivo nas prestações. Nos negócios usurários, os valores são

injustificados, e uma parte explora a ignorância, ou assim, da outra parte. A prestação pode ainda ser baixada. Mas isto são situações excepcionais.

Reitere-se: a impossibilidade tem que ser inicial, originária. Não pode ser superveniente. Só há vício de impossibilidade quando essa impossibilidade se reportar ao início do negócio. Se a impossibilidade for superveniente, a obrigação extingue-se. Pode haver lugar a indemnização ou não, consoante o desaparecimento do bem se dever ou não a culpa da pessoa.

O requisito da impossibilidade precisa pois de alguma cautela.

2. O objecto ou conteúdo do negócio jurídico tem que ser determinável, ou determinado – art.º 280º nº 1. Não é necessário que à partida já esteja determinado, mas é necessário que seja determinável. Contratar alguém para faz-tudo é um contrato com objecto indeterminável.

3. O objecto ou conteúdo do negócio têm que ser lícitos. Não podem o objecto ou conteúdo ser contrários a uma norma legal imperativa. O negócio não pode ser contrário à lei – art.º 280º nº 1 e art.º 281º – e é considerado contrário à lei nos termos do art.º 294º – o negócio é contrário à lei quando seja celebrado contra uma disposição legal que contenha uma norma imperativa. A regra aqui é a nulidade (?). Há que ter em atenção que a ilicitude pode reputar-se ao negócio em si mesmo ou ao fim prosseguido no negócio – art.º 280º nº 1 para o primeiro, art.º 281º no segundo. Porquê esta distinção neste caso e não nos outros? O regime aplicável não é o mesmo. Se o negócio tiver um objecto contrário à lei, todo ele é nulo. Se apenas o fim do negócio for contrário à lei – contratar um contabilista para fazer a contabilidade de uma empresa que vende droga – a lei estabelece que, quando a contrariedade for atinente ao fim e não ao objecto, o negócio só é nulo quando o fim for comum a ambas as partes.

Próximo da figura do requisito da licitude está outra figura que a doutrina civilista autonomiza. São os chamados negócios jurídicos em fraude à lei. A fraude à lei é uma ilicitude mais refinada. As partes o que fazem é manipular normas legais que em si mesmas não provocam comportamento ilícito, mas na sua combinação provocam um resultado contrário à lei. Não há uma contrariedade directa a uma norma, mas há uma combinação de normas para conseguir um objecto contrário à lei. A ilicitude está no fim. É contornar a lei, não contrariar a lei.

4. O negócio jurídico, no seu objecto ou conteúdo, não pode contrariar os bons costumes nem a ordem pública. O objecto ou o conteúdo do negócio jurídico não podem ofender a ordem pública ou os bons costumes – art.º 280º nº 1 e 2. O que são bons costumes e ordem pública? Bons costumes não são os usos (art.º 3º). Nem sequer são os costumes. Os bons costumes apareceram sobretudo em França, com o Código de Napoleão. Está ligada à moral social. É naturalmente um conceito fluido – bons costumes não são os mesmos em Lisboa ou em Kathmandu, nem em Freixeneda ou em Bagdad. Os bons costumes referem-se a áreas em regras sensíveis – deveres pessoais, matrimoniais, práticas sexuais, ética profissional, etc. Os bons costumes remetem, basicamente, para a moral, a ética, ou as regras jurídicas dominantes num dado espaço. O Prof. Manuel de Andrade definia os bons costumes como o conjunto de comportamentos melhor aceites pela consciência social. Já a ordem pública tem a ver com uma necessária remissão do negócios jurídicos, no seu conteúdo, para princípios estruturantes da ordem pública – um conjunto de normas imperativas consideradas importantes para o Estado ou para as pessoas, como direitos de personalidade, etc. Voltaremos a falar de ordem pública numa disciplina no quarto ou no quinto, que é Direito Internacional Privado.

Aula teórica de 23 Janeiro 2007:

Os testes serão entregues, em princípio, até quinta-feira.

Continuemos a matéria relativa ao conteúdo do negócio jurídico, falando agora em dois pontos: a

apresentação de algumas cláusulas negociais típicas – típicas significa previstas na lei – e referindo ainda o vício do negócio jurídico especificamente atinente ao conteúdo do mesmo, que no nosso Código é designado por negócio usural.

Relativamente às cláusulas negociais típicas, trata-se sempre de estipulações acessórias do negócio jurídico. Remete-se aqui para a classificação do conteúdo do negócio jurídico, que abordámos na aula passada, e que distinguia entre elementos essenciais e acessórios. Estamos aqui a pensar em elementos acessórios, ou seja, aquelas estipulações negociais que não têm a ver com a conformação essencial do negócio, ou seja, cuja falta não descaracteriza o negócio enquanto tal, mas que, se as partes resolverem colocá-las lá (cláusulas voluntárias) elas conformam o conteúdo do negócio.

Quais são as cláusulas acessórias típicas que o Código Civil refere? São cinco:

1. Condição;
2. Termo;
3. Modo ou encargo;
4. Sinal;
5. Cláusula penal.

Algumas destas cláusulas, designadamente as últimas duas, serão mais abordadas em Direito das Obrigações.

A condição vem revelada nos art.ºs 270º e ss. É a cláusula acessória que vem revelada com maior desenvolvimento. Algumas das normas que aqui estão são depois aplicáveis a outras cláusulas acessórias, designadamente ao termo.

O que é uma condição enquanto cláusula negocial? A condição, conforme diz o art.º 270º, é a cláusula acessória do negócio jurídico pela qual as partes subordinam a produção de efeitos, ou o fim, desse negócio, a um determinado acontecimento, futuro e incerto. São portanto características desta cláusula:

1. O ambiente negocial – é uma cláusula acessória. Exemplo: se chover, entrego-te o bem dentro da Faculdade, entrego-te o bem lá dentro.

A condição pode ser suspensiva – os efeitos só se produzem se a condição se verificar – ou resolutiva – o negócio está em curso, mas se se verificar certo evento, futuro e incerto, o negócio cessa, ou resolve-se. Exemplo: se eu conseguir comprar um escritório, contrato-te como empreiteiro para as obras. A condição suspensiva é eu conseguir comprar o escritório. Outro exemplo: o meu contrato de empreitada contigo cessa se eu vender o escritório – o negócio está em curso, mas resolve-se (condição resolutiva) se eu vender o escritório. Há sempre o condicionamento dos efeitos do negócio, note-se.

O Código Civil trata em matéria de regime vários pontos relativos às condições. Isolemos quatro pontos mais importantes de regime:

1. O Código veda certo tipo de condições, as referidas no art.º 271º. Diz-nos a lei que se a condição for contrária à lei, à ordem pública ou à ofensa dos bons costumes, o negócio é nulo. Exemplo: eu contrato-te como minha empregada se aceites prostituir-te. É uma condição contrária à lei, aos bons costumes, o negócio é nulo. É igualmente nulo o negócio sujeito a uma condição suspensiva impossível ou ilegal. Se for uma condição resolutiva, esta condição não torna o negócio nulo. O negócio é válido, mas a condição considera-se como se não estivesse lá. Porquê esta diferença de regime? O que tutela melhor a outra parte é que o negócio continue.
2. Tanto quanto possível, o nosso Código preocupa-se em assegurar que as expectativas das pessoas beneficiadas pela condição não sejam goradas. Para isso suceder, estabelecem-se algumas regras para o comportamento das partes enquanto a condição estiver pendente. A regra geral é a do art.º 272º. Quem adquire um direito determinado através de condição suspensiva ou resolutiva deve actuar de acordo com a

boa fé, aqui vista em sentido objectivo. Este é o princípio geral. Quem tem que salvaguardar as expectativas da outra parte, deve agir de modo a que as expectativas não sejam frustradas. O que pode então ele fazer? A lei distingue entre actos conservatórios (art.º 273º) ou dispositórios. A regra é que se podem praticar livremente actos conservatórios sobre o bem. Já quanto aos actos de disposição, eles são válidos ou não consoante o fim do negócio (art.º 274º).

3. A lei preocupa-se ainda com a verificação da condição – o que acontece quando a condição verificar, e o que acontece quando ela não se verificar. Quando ela se verifica, depende do tipo de condição. Se o negócio for sujeito a condição suspensiva, verificada esta produzem-se os efeitos do negócio. Se for uma condição resolutive, cessam os seus efeitos. Se não se verificar a condição, o negócio é ineficaz., Exemplo: contrato-te como minha empregada se comprar a Portugal Telecom – se eu não comprar a PT nem for dono do meu banco, não te contrato. Se, porém, eu já tiver a certeza de que a condição não se vai verificar, isso equivale a uma declaração da não verificação da condição, e portanto o negócio será ineficaz (art.º 275º nº 1). Mas a verificação da condição pode ser... Pela parte que ficou onerada. Alguém impede que a condição se verifique para não se produzirem os efeitos, ou para que o negócio não cesse. A lei estabelece então o regime do nº 2 do art.º 275º. O regime é sempre o que aproveita melhor a quem estava de boa fé. Verificada a condição, há ainda outro problema a resolver. O negócio consolida-se, ou cessa-se, tudo bem. Mas até quando? Os efeitos do negócio retroagem à data da celebração do negócio, salvo se as partes convencionarem de forma diferente ou se tal decorrer da natureza do negócio. É esta a lição dos art.ºs 276º penso eu e 277º.

Cuidado com este regime da condição. É um regime eco o qual é preciso ter alguma prática, para distinguir os tipos de condição e os efeitos. Este regime é o regime regra, e é aplicável a outras situações.

Falamos agora na cláusula de termo. Esta cláusula aparece referida nos art.ºs 278º e 279º do Código, e a ela é aplicável o regime dos art.ºs 272º e 273º. A lei preocupa-se com o regime e com o cômputo do termo.

A lei não define bem o que é o termo. O termo é a cláusula acessória do negócio jurídico que subordina os respectivos efeitos ao evento futuro e certo. Na condição, o evento é futuro e incerto; no termo, o futuro é futuro e certo. Exemplo: Eu e a Pescadinha, que está aqui ao meu lado, celebramos um contrato para produzir efeitos a partir de 1 de Maio. Aqui é um termo suspensivo – o contrato só produz efeitos a partir de 1 de Maio. Mas se eu celebrar com a Pescadinha um contrato de arrendamento do livro dela de Teoria pelo prazo de um ano, o termo é resolutive – o contrato começa agora, ou no dia 1 de Maio, mas cessará a 30 de Abril do próximo ano – altura em que eu espero já ter a cadeira mais que feita, e não preciso do livro dela.

A doutrina distingue, no termo, entre termo certo e termo incerto. Mas como é que o termo pode ser incerto se se reporta a um evento certo? Diz-se que o termo é incerto quando há a certeza de que o evento se vai realizar, mas não uma data específica. Exemplo: eu contrato-te para substituir um trabalhador que está ausente por doença prolongada. A ausência é por doença, e por isso não é estabelecida uma data – se bem que se sabe que a data será certamente verificada. Ao termo certo também se chama prazo. Convém não confundir: no Código Civil há muitos prazos – o prazo de prescrição, etc. – que não são cláusulas acessórias.

O Código Civil preocupa-se essencialmente com o cômputo do termo, ou seja, com os prazos – a contagem do termo. Há aqui várias regras que são de bom senso – se for até ao dia X, e até às 24 horas desse dia, etc.

Com as devidas aplicações, aplica-se aqui o regime das condições ilícitas, do modo de actuação decorrente da condição, à cláusula acessória de termo.

3. Falamos agora de uma cláusula típica dos negócios jurídicos gratuitos. Esta cláusula chama-se modo, ou encargo, sendo por vezes apelidada de ónus. Trata-se de uma cláusula acessória típica dos negócios gratuitos, que condiciona os efeitos desse negócio ao cumprimento de um encargo, de um dever, pelo beneficiário dessa liberalidade. Esse encargo poderá ser patrimonial ou não patrimonial. Essa cláusula está prevista a propósito dos dois negócios gratuitos por excelência – a doação (art.º 963º) e o testamento (art.º 2244º). Exemplo: o Sr. João doa à Paula Pucarinhas a sua casa desde que a sua antiga ama possa lá continuar a viver. Isto é um encargo. Note-se que não é aqui uma condição. Quando se diz "na condição", isto não é uma condição – na prática é um encargo. Costuma-se dizer, para distinguir a condição suspensiva do encargo, que a condição suspende o negócio mas não vincula a outra parte. Já o ónus vincula, mas não suspende o negócio. Agora o encargo não pode suplantar os efeitos do negócio, caso contrário ele deixa de ser uma liberalidade e passa a ser um negócio oneroso. Por outro lado, a lei estipula que, uma vez que o negócio produz efeitos, quer o doador, quer os herdeiros, quer quaisquer interessados, têm legitimidade para exigir do donatário que ele cumpra o que ficou estipulado (art.º 965º). Se assim não for, pode ser pedida a resolução da doação por não cumprimento dos encargos. Mas atenção: é necessário que o próprio contrato preveja essa resolução, se não ela não é regime regra.

A lei preocupa-se por fim com encargos impossíveis ou ilícitos aplicados a negócios gratuitos. A lei aqui não aplica o regime que vimos para a condição, estipulado no art.º 271º. Aplica o regime dos testamentos. Porquê? Porque é um negócio gratuito, e o regime do art.º 271º é pensado para negócios tendencialmente onerosos. Importa aqui não só o art.º 2244º, conjugado ainda com o art.º 2230º e do art.º 2245º.

Uma doação que tenha um encargo impossível, contrário à lei ou impossível é considerado como não existente.

4. SINAL

O sinal é uma cláusula geralmente do âmbito do Direito das Obrigações – pelo menos será lá que a vamos estudar melhor. Está referida no art.º 440º. Embora seja usual no âmbito do contrato-promessa, onde é cláusula regra, ela é oponível a qualquer negócio oneroso. O sinal tem como objectivo acautelar melhor o cumprimento do negócio jurídico no futuro. Como? Cumprindo parte da prestação – normalmente pecuniária. Exemplo. Pedro quer comprar um carro, dá a Rui 20% do preço do carro. Estes 20% são já parte do preço, que pode ser interpretado supletivamente como antecipação do preço. Mas as partes podem estipular que aqueles 20% são sinal, e aí segue-se o regime do art.º 442º. As partes podem atribuir, como alternativa a este regime, a chamada execução específica do contrato – obrigar a que, por sentença, seja substituída a declaração da parte faltosa. Matéria para aprofundar melhor em Direito das Obrigações.

5. CLÁUSULA PENAL

A cláusula penal, ao contrário do que o nome indica, nada tem a ver com o Direito Penal. É uma cláusula para o cumprimento de obrigações civis. Trata-se de uma cláusula acessória, em que as partes fixam à partida qual é o montante da indemnização se a outra parte não cumprir. Vejamos o art.º 810º do Código Civil. Diz-nos esta norma que as partes podem fixar, por acordo, o montante da indemnização exigível, seja por não-cumprimento definitivo ou simplesmente por atraso no cumprimento – a chamada mora. Em princípio, a cláusula penal é estabelecida para o incumprimento definitivo, mas as partes podem estabelecê-la também para o atraso na prestação (vide o art.º 811º). O que a lei estabelece é que quando a cláusula for estabelecida por incumprimento definitivo, então a parte não poderá exigir uma indemnização pelo não cumprimento ao mesmo tempo. Também prevê a lei que seja reduzida pelo Tribunal a cláusula penal de valor desproporcionado (art.º 812º).

Aula teórica de 25 Janeiro 2007:

Vamos hoje terminar a matéria relativa ao conteúdo do negócio jurídico.

Faltava-nos tratar a este respeito dois problemas essenciais: em primeiro lugar, apresentar aqui o regime jurídico do vício do negócio jurídico, que a nossa lei refere sob a designação de usura; por outro lado, falta referir o regime das modificações do negócio jurídico, ou seja, uma vez estabelecido o conteúdo do negócio, se pode ou não ser modificado e quando e como é que se essa modificação pode produzir efeito.

Aludimos para já à lesão ou usura negocial. Em bom rigor, os vícios do negócio vão ser globalmente abordados depois da interpretação. Mas este aqui é dado já por ser um vício típico do conteúdo, do objecto do negócio jurídico.

Falamos em usura ou lesão tem a ver com uma ideia fundamental, que é a da exigência de um certo equilíbrio das prestações das partes nos negócios jurídicos onerosos. Evidentemente, nos negócios jurídicos gratuitos, pela natureza das coisas, comporta já um desequilíbrio – uma tudo dá, a outra tudo recebe. Mas nos negócios jurídicos onerosos, em que ambas têm vantagens e ambas comportam sacrifícios onerosos, o Direito assume como princípio geral que deva haver um certo equilíbrio nessas prestações – o que alguém ganha não deve ser exageradamente mais do que a outra parte perde. É aqui que se fala em lesão ou usura. O termo mais tradicional, que entre nós até remonta nas ordenações afonsinas, era a figura da lesão enorme. Quando uma das prestações era o dobro do valor do bem a que correspondia, admitia-se desfazer o negócio com base nessa ideia de lesão enorme. Portanto, a preocupação com o equilíbrio, equidade, vem desde cedo. Mas isto não significa que todos os negócios onerosos tenham que ser bons para as duas partes. Isto só significa que a ordem jurídica intervém quando a diferença é calamitosa. A ordem jurídica é pois bastante sensível à ideia de equidade nas prestações nos negócios. Esta ideia, que tem acompanhado este instituto, leva a que hoje se fale mais em usura, consagrando o código a teoria dos negócios usurários. A expressão "usura" é mais técnica, e é ligada ao empréstimo com juros. O empréstimo de coisas fungíveis com juros está abrangido por uma preocupação do Código Civil em evitar os juros usurários – acima dos valores legais. Porquê? É que quando se recorre a um empréstimo, as pessoas estão numa situação de alguma debilidade económica e até por vezes psicológica, pelo que é mais fácil a quem empresta, pelo seu ascendente, resolver a situação na altura mas cobrar juros altos. Ora aí permite-se alegar o negócio usurário. Inclusivamente, a usura pode constituir até crime. Se assim for, a lei impõe regras específicas de prescrição do direito de requerer a anulação ou modificação do negócio.

Apresentada em termos gerais a figura, vejamos o regime jurídico desta figura. Este regime jurídico é bastante exigente, o que demonstra que a ordem jurídica não intervém facilmente. Este regime jurídico consta dos art.ºs 282º a 284º do Código Civil, e no que se refere especificamente ao empréstimo com juros deve ainda ter-se em conta o art.º 1146º.

O negócio usurário é um negócio viciado. Quando se diz que um negócio é viciado, isto quer dizer que ele não deve valer. Ele tem um elemento patológico, pelo que não deve valer. Porque ele não deve valer, a parte lesada pode promover a anulação do negócio, ou então recorrer a outra figura que aqui está. Mas há que verificar bem quais as situações em que se verifica a usura, para o Código.

Quais são pois os requisitos para que possamos qualificar determinado negócio jurídico como usurário? Estes requisitos decorrem do nº 1 do art.º 282º do Código. São requisitos cumulativos, sendo que a lei estabelece cumulativamente os requisitos – ou seja, têm que se verificar todos – e são essencialmente de dois tipos. Por um lado, temos requisitos objectivos. O negócio só é usurário se alguém obtiver da outra parte, seja para si, seja para terceiro, a promessa ou a concessão de benefícios exagerados. Esse benefício pode ser efectivo ou benéfico – ou a concessão ou a promessa de benefício. Por outro lado, este benefício pode ser para a parte no negócio ou para terceiro. O que a lei aqui releva, em termos objectivos, é que haja um desequilíbrio excessivo das prestações, que se manifesta num benefício que o usurário retira para si próprio ou para terceiro. Reparem que a lei não diz benefícios excessivos. Diz benefícios excessivos ou injustificados. Daí que aqui não está o bom negócio. É algo que é excessivo face ao padrão normal, uma

conjugação com a ideia de justiça. Mas ainda assim não basta. Isto por si só já poderia configurar uma lesão. A lei exige um outro tipo de requisitos que têm a ver com a situação de sujeição no negócio – requisitos subjectivos. Esses requisitos são dois, e têm que se verificar cumulativamente com o requisito objectivo. Em primeiro lugar, a outra parte tem que estar numa situação de inferioridade, que pode decorrer da necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, embriaguez, demência, ou fraqueza de carácter de outrem. Mas isso ainda assim não basta. A outra parte, conscientemente, tem que se aproveitar da situação da outra parte. A parte usurária tem que explorar essa situação – n.º 2 do art.º 282º.

Em conclusão, há um requisito objectivo – obter para si ou para terceiros benefícios excessivos ou injustificados, ou a promessa dos mesmos. Requisitos subjectivos – a situação de inferioridade da outra parte e o respectivo aproveitamento consciente. É claro que tudo isto é difícil de se verificar cumulativamente.

Se a usura for criminosa, o direito a pedir a indemnização (um ano) não começa a correr antes de prescrever o prazo penal. Por outro lado, o art.º 1146º refere-se especificamente ao contrato de mútuo com juros, qualificando-o como usurário se forem cobrados juros um pouco acima dos juros legais. Neste caso, a taxa de juro considera-se reduzida ao valor do juro legal. É um regime geral para os empréstimos com juros.

Quanto agora às modificações do negócio jurídico, esta é uma matéria que não é apesar de tudo muito complicada.

Uma vez estabelecido o conteúdo do negócio jurídico, quais são os princípios que as partes devem seguir? Obviamente, há um princípio geral, de que os negócios devem ser cumpridos pontualmente – ou seja, ponto por ponto. Este princípio já o conhecemos, mas ainda vamos falar dele mais em Direito das Obrigações. Ele está formulado no art.º 406º, e chama-se *pacta sunt servanda* (será?), ou seja, os pactos são para cumprir. Deste princípio decorre que só é possível alterar o conteúdo do negócio se ambas as partes concordarem isso. Ou seja, é o princípio da imodificabilidade do conteúdo do negócio – n.º 1 in fine do art.º 406º. Por isso se diz, e diziam os liberais, que o contrato é lei entre as partes. É que uma vez acordado o seu conteúdo, as partes têm que o cumprir como se fosse lei. Apesar de tudo, a lei prevê algumas modificações. As modificações de um negócio jurídico podem ser as que decorrem da vontade das partes – modificações voluntárias; podem decorrer da lei – a lei prevê que em alguns casos sejam introduzidas modificações nos contratos (ainda art.º 406º). E podem ainda decorrer de sentença judicial – não operam só ope legis, mas também ope judicis, isto é, operadas por um tribunal.

Há uma forma de modificação do contrato bem curiosa, que também decorre da lei, que é a resolução ou modificação de contrato por alteração anormal das circunstâncias. Trata-se da possibilidade conferida pela lei às partes para, se se vier a verificar uma alteração de um circunstancialismo em que as partes contrataram, sendo que essa alteração é anormal (isto é, não está coberta pelos efeitos normais do negócio jurídico). É neste caso possível proceder à modificação do contrato ou à sua resolução. Repare-se que não se fala aqui na anulação. A anulação tem a ver com vícios originários. Aqui não – o contrato estava a decorrer, mas houve mudança anormal. A modificação operar-se-á sob critérios de equidade.

Na próxima aula falaremos da interpretação do negócio jurídico.

Aula teórica de 30 Janeiro 2007:

O regime regra, verificados cumulativamente estes requisitos, é a anulação, mas em lugar da anulação a vítima do negócio pode requerer a modificação do negócio segundo juízos de equidade – art.º 283º n.º 1. Se a vítima da usura requerer a anulação, pode o usurário opor-lhe a modificação em vez da anulação – art.º 283º n.º 2.

Aula teórica de 30 Janeiro 2007:

Aula dada pelo Dr. Carlos Soares.

Falaremos hoje de interpretação e de integração do negócio jurídico. O que visa, e como se define a interpretação? A interpretação visa determinar o sentido das declarações que foram dadas, o sentido do negócio, o sentido que irá relevar para o Direito. Procura-se pela interpretação a determinação desse sentido. Um negócio, particularmente um contrato, não tem por si só um sentido fácil, imediatamente apreensível, universal. Antigamente, havia um princípio, um brocardo – *in clares non fit interpretatio*. Hoje em dia não é assim. Qualquer contrato carece de interpretação. Sem interpretação, pode haver um conjunto de palavras, mas não há sentido. Por isso, sempre que se lida com contratos lida-se com a sua interpretação.

E estará essa interpretação sujeita a regras? Sim, claro que sim. E de onde vêm essas regras? Quais são as fontes? Em regra, um contrato antes de mais é exteriorizado muitas vezes sob a forma escrita. Um contrato é sempre expresso através da linguagem. O Direito recebe assim conhecimentos de outras áreas – linguística, semântica – para compreender qual o sentido de um negócio. É pois importante compreendermos bem o sentido das palavras para determinarmos o sentido de um negócio. Outra questão relevante é saber se essas regras de interpretação, de que falámos, são jurídicas ou se se devem considerar extra-jurídicas. Na tarefa da interpretação do negócio, como vimos, o Direito recebe regras provenientes de outras ciências, mas isso não significa que o Direito seja acrítico em relação a essas regras recebidas. Mas o Direito pode especificar que essas regras tenham outro sentido, daí não poderem ser consideradas regras extra-jurídicas. Qual é então a tarefa do legislador? No essencial, o legislador dá directrizes para a determinação do sentido do negócio. No Direito português, essas regras no seu essencial estão nos art.ºs 236º a 238º do Código Civil.

E a integração, será ela uma questão de facto ou de Direito? Que relevância tem esta questão? A todo o momento surgem nos tribunais questões sobre a interpretação do negócio. Se a interpretação – a determinação do sentido de declaração – for uma questão de facto, isso significará que o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) não poderá proceder a essa tarefa. Porquê? Como estudaremos em Direito Processual Civil, o STJ só pode conhecer questões de Direito, ou seja, o STJ não pode pôr em causa os factos que tribunais inferiores (comarca, ou relações), e a esses factos irá aplicar o Direito. Se a interpretação for considerada uma questão de facto, o STJ não poderá pois conhecer da questão. Mas se a interpretação for considerada uma questão de Direito, o STJ pá poderá abordar a questão do sentido do contrato e afastar-se daquilo que os Tribunais inferiores tenham entendido a esse respeito. Daí a importância da questão. Hoje em dia, nos tribunais portugueses, e depois de alguma oscilação, entende-se quase unanimemente que a interpretação é uma questão de Direito – quando qualquer tribunal interpreta um negócio está a proceder à selecção, à interpretação e à aplicação de regras legais, pelo que é uma questão de Direito, e como tal o STJ pode proceder à interpretação de contratos, desviando-se ou confirmando a interpretação que haja sido adoptada por outros tribunais.

Surge agora o problema do objecto da interpretação. Afinal o que se pretende? Determinar a vontade do declarante? Ou pretende-se determinar o sentido objectivo da declaração, o que ela significa desligada da intenção do declarante? Ou pretende-se determinar o sentido do conjunto, isto é, o que é que o declarante quis dizer e o que é que a declaração significa em si mesma? Esta questão é secular. Ao longo do tempo, têm sido favorecidos entendimentos num sentido e noutro, consoante a época. De forma radical, e de um ponto de subjectivismo extremo, visar-se-ia interpretar o que o declarante quis dizer; no extremo oposto, um objectivismo radical dir-nos-ia que a interpretação visa compreender o sentido da declaração em si mesma, desligada da vontade do declarante. Hoje em dia, domina a concepção objectivista, ainda que matizada por elementos subjectivos. Porque é que predomina a concepção objectiva hoje em dia? A declaração negocial é um comportamento significativo. Ora então a declaração deve permitir que várias

pessoas que a apreendam cheguem a resultados idênticos, e que esses resultados sejam fundamentáveis através de uma justificação e de um controlo. Assim encarada a questão da interpretação, predominam as teorias objectivistas. Mas é preciso não negligenciar os elementos subjectivos. Esta tensão que existe permite balancear uma questão, que iremos expor em seguida.

O Direito civil baseia-se na autonomia privada. Daí darmos grande importância à vontade do declarante. Mas se isto valesse assim, estritamente, por-se-ia um problema: as pessoas que tivessem interesse nessa declaração nunca poderia ser apurada. A vontade da pessoa nunca pode ser apreendida de imediato e de per si, pelo que nunca se poderia saber e definir qual o sentido real do negócio. É pois seguro que a autonomia privada haja que ser suavizada por um princípio, que chamaremos da tutela da confiança. O Direito atribui certos objectivos à manifestação da vontade, mas esses efeitos são atribuídos porque as declarações de vontade são exteriorizadas. Na medida em que essa exteriorização da vontade está associada à cognoscibilidade dessas declarações, cria-se uma situação de confiança, situação essa que é tutelada pelo Direito. Para isso, têm que se favorecer os elementos objectivos da declaração.

Temos pois dois paradigmas da interpretação: de um lado, a autonomia privada; de outro, a confiança. Há que coordená-los. Mas como? Antes de mais, há que partir do caso concreto. Mas por si só o caso concreto é inconclusivo. Temos então que apreciar esse caso concreto mediante certas coordenadas, que são aspectos como a prática contratual anterior entre as partes, o modo pelo qual o contrato foi executado, as outras cláusulas do negócio, o tipo de contrato, a forma como as partes executaram contratos similares a esses, etc.

Voltando atrás, temos então dois paradigmas: de um lado o sentido subjectivo, de outro o sentido objectivo. Ambos devem ser tomados em conta, mas devemos recorrer nessa tarefa a coordenadas como já referimos.

Depois desta exposição de aspectos doutrinários, analisaremos agora os aspectos que a lei nos dá como coordenadas – art.ºs 236º a 238º.

A declaração vale com um sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, lhe daria – a teoria da impressão do destinatário. A declaração negocial vale com o sentido que lhe seria atribuído por um declaratório normal se estivesse na posição do real declaratório, assim é que é correcto. Estamos pois a pensar em declarações recipiendas. Esta é a lição do nº 1 do art.º 236º do Código Civil. Como é notório, se este é o núcleo da interpretação segundo a lei positiva, está aqui consagrada uma teoria essencialmente objectivista. O legislador não manda ter em conta o sentido que o declarante lhe dá, mas o sentido que o declaratório apreenderia dela.

Ora vale então pelo entendimento que um declaratório normal teria. Mas o que é isto de declaratório normal? Tem entendido a doutrina que ela vale então como a veria um declaratório medianamente instruído, medianamente inteligente e medianamente diligente.

Mas este nº 1 do art.º 236º dá-nos um segundo critério. Parece que esta última parte do nº 1 do art.º 236º contende com a primeira directriz. O Prof. Menezes Cordeiro entende que esta parte final do nº 1 é uma ressalva destinada a resolver certos problemas, relacionados sobretudo com vícios da vontade. Para o Prof. Menezes Cordeiro, esta parte final do nº 1 do art.º 236º aplica-se a situações em que haja um vício da vontade, e pretende-se assim dar solução a essas hipóteses sem ser necessário aplicar os requisitos específicos de que depende a aplicação das figuras de vício da vontade que vimos resumidamente. Tem pois um âmbito muito mais restrito do que uma interpretação literal.

Temos uma terceira directriz, presente no nº 2 do art.º 236º. Diz-nos este nº 2 que quando o declaratório real conheça a vontade real do declarante, não se aplica o critério da primeira parte do nº 1 do art.º 236º. O

negócio valerá então com o sentido que é conhecido desse declaratório. Este nº 2 é conhecido como a regra de falsa demonstratio non nocent (?). Na sua crueza, este nº 2 do art.º 236º levanta problemas interpretativos. Que problemas são esses? Para o Prof. Menezes Cordeiro, o nº 2 não pode ser entendido à letra. É que o declaratório pode conhecer a vontade real do declarante, mas não concordar com ela. Então e se o declaratório aceitar uma proposta, com o sentido normal que qualquer pessoa lhe daria, conhecendo ainda assim que a vontade real do declarante é diferente? Diz o Prof. Menezes Cordeiro que o n.º 2 do art.º 236º só vale se o declaratório concorde, ou aceite, o sentido da vontade real do declarante. São esses os casos em que há um código de comunicação expressivo entre o declarante e o declaratório. De todo o art.º 236º, o que é que se retira? Retira-se que temos uma consagração no essencial de uma teoria objectivista, ainda que mitigada pela possibilidade de imputação ao declarante, e pela regra falsa demonstratio non nocent.

Mas estas regras do art.º 236º não resolvem todos os problemas, e podem deixar margem para dúvidas. Então, o art.º 237º dá-nos regras mais pormenorizadas. No nº 1 do art.º 237º, diz-se que num negócio gratuito, significar-se-á o menos gravoso para o declarante. Quando se trate de um negócio oneroso, deve prevalecer aquele que caiba o melhor equilíbrio entre as partes. O Prof. Menezes Cordeiro recomenda-nos ainda que atentemos no art.º 237º, em particular quanto aos fins.

O art.º 238º contém uma regra quanto aos contratos formais. Diz-nos este artigo que o sentido do negócio formal tem que ter um mínimo de correspondência no texto do referido documento que lhe dá forma escrita. Todavia, o nº 2 do art.º 238º tem uma excepção a esta regra. Diz-nos este preceito que, se o tal sentido não apreensível corresponder à vontade das partes, então... (ver o artigo).

Por fim, três regras especiais. Nos testadores, prevalece a vontade real do testador (art.º 1177º nº 1. Há ainda regras especiais, no art.º 11º da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais, e ainda na lei do Consumidor.

Falamos agora da integração.

O problema da integração é saber como são regulados os aspectos não previstos no negócio a chamada lacuna contratual. O que é isso de lacunas contratuais? Antes de mais, tem que haver um ponto que deveria ter sido regulado pelas partes segundo a lógica do contrato. Depois, não podem ser aplicadas as regras legais supletivas. É ainda preciso que o negócio, apesar da lacuna, se mantenha válido. É que por força dessa lacuna o negócio pode tornar-se indeterminável, e se isso se verificar o negócio será nulo

E integrar, será o mesmo que interpretar? Não. Na interpretação lidamos com declarações negociais. A integração consistirá no fundo em estender as declarações, até que o ponto omissivo seja regulado. Daí que a integração venha a ser uma espécie de interpretação complementadora. Embora seja um problema diferente da interpretação, será através de um esforço interpretativo do contrato para entendermos como regular na ausência de disposição das partes.

Chegamos aqui à boleia do art.º 239º. O seu nº 1 fala-nos tanto na vontade das partes como nos ditames da boa fé. Quanto à vontade que as partes teriam tido, estamos a falar aqui da vontade hipotética das partes, hipotética porque as partes não o regularam. Mas que vontade hipotética conta aqui? Objectiva, ou subjectiva? Hoje em dia entende-se que a vontade hipotética é a vontade objectiva – se não se conhece a vontade real, há que procurar elementos objectivos o que ela aparentemente demonstra. Mas o Prof. Menezes Cordeiro aponta para que todo o artigo, e não só a parte primeira, tem como predominância o princípio da boa fé, em sentido objectivo.

Aqui implícito na boa fé, está em causa a tutela da confiança, por um lado – a tutela efectiva e legítima da confiança – e por outro lado o princípio da materialidade subjacente – toda a lógica do contrato em função dos seus fins.

Aula teórica de 1 Fevereiro 2007:

Antes da matéria propriamente dita, digamos que as notas dos testes foram bastante más, com confusões estranhíssimas relativamente a determinadas matérias, como os direitos de personalidade, o que prova que o estudo não foi feito com a reflexão que a cadeira exige. É bom avisar que esta cadeira é a cadeira mais difícil do 2º ano. É talvez das cadeiras mais difíceis de todo o curso. Porque não dedicar mais atenção a Teoria Geral? É que as taxas de reprovação na cadeira são deveras assustadora!

Vamos hoje entrar na matéria referente à patologia dos negócios jurídicos. Até agora, vimos como é que o negócio jurídico se forma, qual é o conteúdo que as partes lhe podem atribuir (cláusulas principais, acessórias, etc.), qual o sentido que deve ser atribuído às cláusulas negociais (interpretação, integração do negócio jurídico). Tudo o que tem a ver com a normalidade do negócio jurídico foi visto. Agora é tempo de olharmos para as patologias e que pode padecer o negócio. O que acontece se algo correu mal? O que acontece se o negócio jurídico, a manifestação por excelência da autonomia privada, não corresponde ao que as partes quiseram?

Quando o negócio jurídico não corresponde àquilo que as partes fizeram, diz-se que o negócio tem um vício. Hoje veremos o quadro geral dos vários vícios de que o negócio jurídico pode padecer.

Nesta matéria, temos sempre dois interesses a sopesar. Pensamos nos negócios jurídicos bilaterais, basicamente, embora isto seja aplicável ao negócio jurídico unilateral. Quais são então os interesses aqui relevantes? São os que correspondem à estrutura do próprio negócio jurídico. De um lado, releva a autonomia da vontade – o negócio como produto da vontade das partes –, e se nós fossemos atender em exclusivo a esse interesse, então o negócio jurídico que por qualquer motivo não correspondesse à vontade do declarante seria inválido. Se eu disse uma coisa mas queria dizer outra, ou sou maluco ou o negócio seria inválido. Mas isto nem sempre pode ser assim. Que a par do valor da autonomia da vontade, está outro valor, o da tutela da confiança. O negócio tem um declarante e um declaratário, pelo menos. Mas quando alguém emite uma declaração, surgem expectativas do lado do destinatário da declaração. A tutela da confiança impede que, perante um vício atinente ao declarante, o negócio caia só por esse facto sempre. Em alguns casos, a lei protege antes as expectativas do declaratário, dizendo que o vício não é suficiente para que o negócio caia, ou então o negócio só cai verificadas certas condições e relevância daquele vício.

Ponderados estes valores, estabeleçamos pois o quadro geral dos vícios do negócio jurídico. Eles são bastantes, e é pois importante que na nossa cabecita esteja bem clara a sua sistematização.

O negócio, como já sabemos pelo seu conteúdo e pela sua estrutura, envolve dois elementos fundamentais: a declaração e a vontade. Os dois elementos estruturantes do negócio jurídico são a vontade e a declaração. Ora os vícios do negócio podem justamente reportar-se ou à vontade ou à declaração. Pode haver um problema da formação da vontade, ou na sua manifestação. O quadro essencial dos vícios decorre então de vícios relativos à vontade negocial e de vícios relativos à declaração negocial.

Os vícios relativos à vontade têm a ver com dificuldades no que respeita à determinação da vontade. Têm a ver com duas situações: a ausência da vontade – o negócio é celebrado, sendo certo que o autor da declaração não o queria celebrar – ou situações de vontade mal formada – ele queria, mas aquilo formou-se mal. Quais são as situações de falta de vontade?

1. Falta de consciência da declaração – apesar do nome, é um vício de vontade. Está no art.º 246º, 1º parte (emite uma declaração, mas não tem consciência do que está a fazer);
2. Incapacidade acidental – art.º 257º;
3. Coacção física – art.º 246º, 2ª parte (o Manuel pega na mão do Joaquim para assinar um contrato);
4. Declaração não séria – art.º 245º (eu não sou mesmo para levar a sério, né?);

Há outras situações, todavia, em que não falta vontade, mas a vontade foi mal formada. Foi mal formada por uma de duas razões:

1. Falta de liberdade do sujeito – violência sobre a pessoa, coacção moral (art.º 255º); (ou assinas o negócio ou levas no trombil);
2. Erro do declarante – ele formou mal a sua vontade porque estava em erro. Este erro pode reportar-se à pessoa do declaratário ou ao objecto do negócio (art.º 251º), ou ainda ser um erro sobre os motivos, as razões pelo qual ele quer fazer aquele negócio (art.º 252º). Exemplos: eu penso que celebro um negócio com o Aristides, mas afinal o Aristides chama-se Lúcia, ou eu penso que estou a comprar um carro topo de gama, e afinal estou a comprar um carro, mas é um carro de bois.

Agora vamos ver os vícios na declaração. O que sucede aqui é que a vontade negocial é bem formada, todavia é mal comunicada. O problema está na declaração negocial, e não na vontade negocial.

Temos aqui essencialmente duas situações:

1. A vontade é mal expressa – porque houve um engano (as chamadas situações de divergência não intencional entre a vontade e a declaração). São situações de erro, há erro na declaração (o António disse que queria comprar a casa do n.º 34 e era a do n.º 134). Ou então erro de cálculo (ora, 6 vezes 4... Mais 2... Aí vai um... Trinta!); ou quando há erro na transmissão: "Diz ao Luís que lhe compro a casa", e o outro diz "Ó Luís, ele compra-te a caçadeira"). Sucessivamente, art.ºs 247º, 249º e 250º, para cada um dos casos atrás.
2. Divergência intencional – Amílcar queria um café, mas de propósito pediu uma bica ao Pires. Este é o caso da reserva mental (art.º 244º); ou Daniel e Fernando negociam uma casa que vale 200 milhões de euros por apenas 2 milhões – eles fazem isso para enganar um terceiro. Isto é uma simulação (art.º 240º do Código Civil).

Os vícios da declaração são essencialmente de duas categorias: divergências não intencionais (erro), ou intencionais (reserva mental e a simulação).

O Código apresenta as figuras não com todo o rigor classificatório. O modo como vamos apresentá-las aqui é o esquema seguido pelo Prof. Menezes Cordeiro, e que distingue as seguintes situações: ausência de vontade, coacção (física e moral), erro (na vontade ou erro vício, e erro na declaração, também chamado erro obstáculo), e depois divergência intencional. É esta a ordem que vamos seguir.

Quando se verificar um destes vícios, a consequência é que consoante a valorização que a ordem jurídica faz dos interesses da autonomia da vontade e da tutela da confiança, pode esse vício não relevar, pode esse vício relevar em termos mais rigorosos ou condicionados. Se for em termos mais rigorosos, o negócio é nulo, e pode ser, para alguns autores, inexistente. Um regime mitigado admite a anulabilidade do negócio – o negócio pode ser anulado, mas se não for requerida a sua anulação em tempo útil ele convalida-se.

Vamos agora ver as situações de ausência da vontade.

Em primeiro lugar, falamos da falta de consciência da declaração. Esta questão está presente na 1ª parte do art.º 246º. Quando se diz que há falta de consciência da declaração, é quando o declarante emite uma declaração, sem ter a noção (sem ter consciência) de que tal declaração vale como uma verdadeira declaração negocial. Exemplo: "Compor-te isso – é já a seguir!". Exemplo de escola: António está num leilão, entra o Cardoso e ele estica o bracinho para saudar o Cardoso. O António queria cumprimentar o Cardoso, mas naquele leilão o gesto que ele fez significa assumir um contrato de compra e venda. Qual é o regime jurídico aqui aplicável? A declaração não produz qualquer efeito. Em alguns casos, a nossa lei (designadamente o Código Civil) usa muito estas expressões. Mas desde já retenhamos que a doutrina se divide sobre a interpretação da expressão "Não produz qualquer efeito". Para alguns autores, isto quer dizer que a declaração é nula, e que se aplica o regime da nulidade (é o que pensa o Prof. Menezes

Cordeiro). Para outros autores, uma vez que a lei usa a expressão "nula" e outras vezes "não produz qualquer efeito", neste caso surgirá um novo desvalor, mais forte ainda que o da nulidade, e que é o da inexistência. Diz isto o Prof. Oliveira Ascensão. Na prática, não há um regime jurídico próprio da inexistência. Portanto, o regime aplicável terá que ser o da nulidade, daí que não vamos fazer qualquer diferença entre inexistência e nulidade. Só nalguns casos específicos a lei se refere à inexistência, e nesse caso tem a ver com o facto de não haver nem sequer aparência do negócio, e não seria sequer necessário recorrer aos Tribunais para o saber. Se o negócio não produz qualquer efeito, que interesse se tutela aqui? Aqui tutela-se o interesse do declarante, logo, o interesse da vontade e não o da tutela da confiança. Esta figura da falta de consciência da declaração coloca contudo um problema complicado: será que para haver um negócio é mesmo exigível que a pessoa tenha consciência de que está a emitir uma declaração? É que para o tráfego negocial, alguém pode invocar que não tinha consciência... E como é que se mede isto da consciência, amiguinhos? Daí que a jurisprudência e a doutrina tendam a propor a interpretação mais restritiva possível neste regime, exigindo que haja uma falta patente de consciência para se verificar o vício. Por outro lado, pode haver uma falta de consciência, mas com uma situação de negligência ou culpa de quem declara. Assim sendo, a lei mitiga os efeitos deste vício, ficando o declarante obrigado a indemnizar o declaratório (nº 2 do art.º 246º).

Outra figura, de utilização mais ampla mas não muito, é a da incapacidade acidental – art.º 257º. A incapacidade acidental tem a ver com uma declaração negocial que foi emitida por alguém que, nas palavras sábias da lei, estava incapacitado de entender o seu sentido ou não tinha o exercício livre da sua vontade. Exemplo: José bebeu uns canecos valentes no Bar Velho, e o Dr. Pedrinho de Portugal diz-lhe: "Vendes-me o teu motão?", e ele, com um bezanão dos diabos, diz-lhe: "Ó pá, está vendida!". No dia seguinte, o José, com uma grande ressaca, pede a mota de volta ao Dr. Pedrinho de Portugal. A lei chama a este vício incapacidade. A primeira questão que se coloca é: se isto é uma incapacidade, porque é que não está ao pé das outras incapacidades (menoridade, demência, etc.)? Isto não é bem uma incapacidade em si, não é permanente ou estável. Aqui é uma inaptidão por uma causa eventual, pontual, e que depois passa-lhe. Mas aqui a lei tutela também o interesse da vontade do declarante – se ele não entendia o sentido da declaração, esse não entender devia-se a um factor que lhe não permitia ter vontade. E qual é a solução da lei? A solução aqui tempera melhor os dois interesses em presença: o interesse do declarante e do declaratório. Para já, fica anulável o negócio praticado com este vício. Quer isto dizer que, se não for promovida a anulação do negócio no prazo de um ano, o negócio convalida-se. Mas, mais! O negócio só é anulável mediante as condições que aqui estão, e que são: ou a incapacidade é notória (José estava tão bêbado que até um cego vi), ou mesmo que não fosse notória o declaratório conhecia essa situação (o Dr. Pedrinho de Portugal é que pagou trinta jarros de sangria ao José). Como é que se vê aqui se o facto é notório? Se uma pessoa mediana veria que o José estava bêbedo – se ele disfarçasse bem, azarito azareco. A jurisprudência tem feito uma aplicação restritiva desta figura, exigindo que a incapacidade seja total, que seja actual, e que seja notória.

Falemos por fim da declaração não séria.

A declaração não séria, prevista no art.º 245º, é uma declaração que é feita sem intuito negocial, mas na expectativa de que a outra parte saiba disso. Quando Delfina e Orestes se casam numa peça de teatro, espera-se que o Orestes perceba que não era para produzir um negócio. Qual é o regime aqui? Hoops, falhou-me. Às vezes é difícil distinguir entre falta de consciência na declaração e declaração não séria. Na falta de consciência da declaração, a pessoa não está a emitir qualquer declaração negocial. Aqui emite conscientemente uma declaração, mas espera que a outra parte perceba que ele não estava a emitir nenhuma declaração. Mas a jurisprudência tem dito que para a declaração ser considerada não séria, ela seja patentemente não séria. Se alguém não tem bem a certeza de que a outra parte não vai levar aquilo a sério, então pode-se quando muito ir para a reserva mental. Mas por outro lado, se a outra parte poderia seriamente pensar que aquilo era verdade, tem direito a ser indemnizada (art.º 245º n.º 2).

Aula teórica de 6 Fevereiro 2007:

Vamos continuar a matéria relativa a vícios do negócio jurídico. Na aula passada vimos o quadro geral dos vícios, e apreciámos aqui vícios que têm em comum o facto de corresponderem todos a falta ou ausência da vontade.

Hoje vamos falar nas situações de falta de liberdade negocial, que são também constitutivas de dois vícios: um vício que em rigor é um caso de ausência de vontade – a falta de liberdade decorre de o sujeito não ter vontade, na coacção física (art.º 246º), e ainda a coacção moral, caso em que há uma vontade negocial mas ela é mal formada porque o agente receia um mal maior. Falta aqui também liberdade negocial. As duas situações podem ser agrupadas, porque o elemento comum é o elemento coacção. A coacção física e a coacção moral têm, todavia, regimes jurídicos diferentes, e consequências também diferentes, que atestam o relevo diverso que a ordem jurídica dá aos interesses que estão presentes na ponderação dos vícios – o interesse do declarante e o interesse do declaratário.

Quanto a coacção física, ela consta do art.º 246º do Código Civil. Este artigo refere-se ainda à falta de consciência da declaração. Diz-nos a lei que se o declarante for coagido pela força física a emití-la, a declaração não terá valor. É difícil na prática configurarmos uma absoluta falta de coacção física. Se António pegar na mão de Inácio para o forçar a assinar, António coage fisicamente Inácio. No caso da hipnose, se o António fosse Alexandrino e mantivesse Inácio firme e hirto para celebrar um negócio jurídico, então aí a doutrina divide-se – na verdade, ele nem vontade tem. Se houver coacção física, o negócio não produz qualquer efeito. O interesse aqui prevalecente é o interesse do declarante. Cuidado com a parte final do artigo, porque no caso da coacção física não há sequer vontade, pelo que o negócio é nulo e nunca pode sequer daí sair o dever de indemnizar, ao contrário da situação prevista na falta de vontade, acho eu.

Quanto à coacção moral, o seu regime está no art.º 255º. As situações de coacção moral podem ser bastante mais frequente do que as de coacção física. A coacção moral distingue-se da coacção física pelo facto de aqui haver uma vontade negocial. No caso da coacção física não há vontade negocial. Aqui há. Simplesmente, no caso da coacção moral, a vontade é mal formada, e é mal formada por falta de liberdade do autor da declaração. Fala de liberdade porquê? Porque ele tem medo. Se Carlos ameaça Fernando que, se não assinar o contrato, lhe enche a casa de abelhas venenosas, Fernando só assina o contrato não porque o queira fazer, mas pelo receio de um mal maior – ele não gosta de abelhas nem com molho de tomate. Neste caso, a lei não é tão favorável ao declarante. Em primeiro lugar, só prevê a anulabilidade do negócio – vide art.º 256º. Quando a lei prevê a anulabilidade do negócio, é porque acautela interesses do declarante e do declaratário. Mas porque é que aqui se equacionam estes interesses de ambos, hein? Parece que alguém que está a ser ameaçado de alguma coisa devia ser protegido, não era? Ah pois era... Mas o problema, é que o medo é um estado subjectivo das pessoas, e por muito, a segurança que se justifique tutelar aquele que emitiu a sua declaração por medo impede o relevo irrestrito e total da situação de medo. Mesmo assim, a anulabilidade só pode ser preenchida mediante determinados requisitos (art.º 255º): ameaça, venha ela do declaratário ou de terceiro, contra a honra, a fazenda (os bens) ou pessoas, penso; se a ameaça provier de terceiros, ela tem que ser grave – não basta ameaça do tipo "ah e tal, vou aí fazer-te cócegas". Art.º 255º n.º 2. Antes de mais, tem que haver uma ameaça (parte final do n.º 1 do art.º 255º). Por outro lado, a ameaça tem que ser ilícita, e a lei diz-nos o que é que não é ilícito, para este efeito (n.º 3 do art.º 255º). Exercício normal de um direito, aqui, significa afastar a possibilidade de constituir ameaça o facto de o Pinto, por exemplo, ameaçar Galo de lhe pôr uma acção para reclamação de um direito que ele legitimamente pode ter. Também não é pelo facto de dependermos de outrem que se pode considerar que produzamos declarações sob coacção moral (ou seja, temor reverencial). Tem pois que haver uma ameaça e tem que ser ilícita. Por outro lado, tem que haver um requisito de causalidade, ou seja, a declaração negocial tem que ter sido causada por aquela ameaça. Se eu já ia negociar com Luís, mas me apareceram quatro cães vadios com um bilhete na coleira a dizer "Ou negoceias com ele ou mordemos-te", não foi a ameaça que causou o negócio. Tem ainda que haver um perigo de ocorrência de um mal, ou seja, um

receio de um mal., seno que esse mal, diz-nos a doutrina, tem que ser um mal maior relativamente ao negócio. Para quê? Para a pessoa não poder alegar que estava stressada e por isso é que fez o negócio. Ou seja, tem que haver o perigo de ocorrência de um mal maior (vide art.º 256º, parte final). Quais são então os requisitos cumulativos para que haja uma coacção moral para poder tornar o negócio anulável?

1. Ameaça ilícita que esteja na origem da declaração;
2. O medo do declarante;
3. O perigo de um mal maior.

Se tudo isto se verificar, ainda que com as nuances expostas acima, o negócio é anulável. Há aqui de facto um equilíbrio entre o interesse do declarante (que quereria anular) e o interesse do declaratário. A figura tem pouca aplicação jurisprudencial, porque é difícil determinar as sus componentes, daí carecer sempre de justificação bem fundamentada. O direito compadece-se pouco com estados de alma.

Agora vamos falar do vício por excelência mais utilizado, as situações de erro. Até aqui vimos hipóteses raras de falta de vontade, de coacção, mas mais frequentes que todas estas são as de erro, daí esta ser uma das figuras centrais do vício do negócio jurídico.

Há dois tipos de erro. Temos o erro na formação da vontade negocial e temos o erro na declaração, na comunicação dessa vontade negocial. Há, contudo, alguns aspectos gerais comuns a estas modalidades de erro.

Primeiramente, o que é o erro? Erro existe quando alguém tem uma falsa representação da realidade. O erro é pois uma falsa representação da realidade pelo autor da declaração. De novo, se tivermos em conta os valores essenciais a ponderar aqui, concluímos que se o declarante se engana e formos valorizar o interesse dele, o negócio se deveria desfazer. Por outro lado, da parte do declaratário, se o declarante se engana, o azar é dele. Os princípios da autonomia da vontade levaria à nulidade, mas o princípio da tutela da confiança levaria à prevalência do negócio, uma vez que o declaratário é alheio ao que se passa com o declarante. O regime do erro, em qualquer das suas modalidades, de novo equilibra estes dois interesses, designadamente consagrando anulabilidade e não nulidade como consequência do vício, e por outro lado estabelecendo condições, requisitos, mais patenteados num caso que noutros.

O erro, em termos gerais, pode todavia ser concretizado em várias figuras menores. Cabe distinguir erro na declaração, erro na formação da vontade, e ainda erro simples vs. erro qualificado por dolo. No erro da declaração, Gualter forma bem a sua vontade mas engana-se a comunicar. A modalidade geral de erro na declaração é prevista no art.º 247º, e é também chamado erro obstáculo. Gualter pensa em 100 euros e declara 1 euro. Há depois outras modalidades, como o erro na transmissão (art.º 250º), e pode ainda haver os chamados lapsus linguae ou lapsus... (erros de língua ou erros de cálculo). Por exemplo, troca-se o número da porta de um prédio. É o art.º 249º que vigora aqui. A modalidade geral é a do art.º 247º, e as outras são modalidades excepção.

Temos depois o erro na formação da vontade. Bernardo forma mal a sua declaração negocial porque está enganado, a sua vontade está mal formada e ele negocea mal. Este erro na formação da vontade é também chamada erro vício, uma terminologia mais típica dos autores tradicionais, como Castro Mendes ou Manuel de Andrade.

Temos várias modalidades de erro na formação da vontade.

1. O erro do declarante pode incidir sobre a pessoa do declaratário, ou sobre as qualidades dessa pessoa – Daniel contrata Filipe porque pensa que ele é Susana, ou Daniel contrata Filipe por pensar que ele é médio futebolístico, quando ele afinal é médium.

Impera aqui o art.º 251º.

Temos depois o erro sobre o objecto ou o conteúdo do negócio. Lídia compra um Código Civil a pensar que está a comprar um Código da Estrada.

Temos depois os erros sobre o motivo do negócio – Guimarães compra um castelo por pensar que tinha lá vivido Afonso, quando na verdade Afonso era um pobretanas. Neste caso, ele quer comprar mesmo aquele castelo, mas por um outro motivo, que afinal não se verifica. Não é o objecto que está errado, são antes os motivos. Esta é uma categoria residual, porque na verdade o erro sobre a pessoa ou sobre o objecto na prática são quase erros de motivo. (???). Temos ainda uma modalidade particular deste tipo de erro sobre o motivo, é o erro sobre a base do negócio (art.º 252º).

A terceira classificação a fazer é a que distingue entre erro simples ou erro qualificado por dolo. Arminda pode comprar uma casa por pensar que ela tem uma bela vista de mar, quando ela é uma cave sem janelas. Mas Arminda pode comprar a casa pensando que tem vista para o mar, porque Custódio, vendedor, lhe disse que tinha. Neste caso, Custódio (o declaratório) dissimulou, agiu com dolo (art.º 253º do Código Civil).

O erro tem raízes no Código de Seabra. Cada tipo de erro tem um efeito diverso. O nosso sistema tem um grau de apuramento muito maior que outros sistemas.

Aula teórica de 8 Fevereiro 2007:

O erro é sujeito a várias classificações, que já fizemos na aula passada. Vamos directamente agora ao regime jurídico de cada uma das modalidades de erro que identificámos aqui na aula passada.

A modalidade residual, no sentido de ter o regime comum, é o erro obstáculo ou erro na declaração (art.ºs 247º e 248º do Código). Quando é que surge uma situação de erro na declaração? O erro aqui é uma divergência entre a vontade, que foi tomada correctamente, e a declaração. Trata-se pois de uma situação de falsa representação da realidade, como em qualquer erro, mas aqui expressa na declaração. Há uma diferença entre erro na declaração e dissenso. Há dissenso quando ainda não há consenso. Fernando declara vender por 100, Gervásio declara comprar por 200.

O regime geral, previsto nos art.ºs 247º e 248º, evidencia uma vez mais um compromisso entre o interesse do declarante, que quereria desfazer o negócio, e o interesse do declaratório, que gostaria de manter o negócio. Conjugando estes dois interesses, a lei estabelece o regime da anulabilidade – o negócio é anulável, mas ainda assim não basta que haja erro na declaração. É necessário que se verifiquem dois requisitos essenciais. Se eles não se verificarem, o erro não constitui causa de anulação. Que requisitos são esses? A lei identifica-os no art.º 247º: essencialidade e cognoscibilidade. O que é que isto quer dizer? O art.º 247º diz-nos que a declaração é anulável desde que o declaratório conhecesse, ou devesse conhecer, a essencialidade... Portanto, o negócio só é anulável se, em primeiro lugar, o elemento do negócio sobre o qual incidiu o erro foi essencial para o declarante. Se João pensa mil e escreve 100, há uma discrepância tal que permite pensar que ele queria vender mil e não por cem. Mas se ele escreveu 999, então a diferença não é relevante. Ele está em erro, mas o erro não representa uma diferença essencial. Atenção pois que o requisito da essencialidade não se reporta ao erro mas ao elemento sobre o qual incidiu o erro. Quando a lei incidiu sobre este requisito, tutela o declarante. Mas este requisito só não basta. É necessário que a outra parte soubesse, ou não devesse ignorar, que aquele elemento era essencial. Esta cognoscibilidade tutela aqui o declaratório.

Se se verificarem estes requisitos, o regime é ainda assim o da anulabilidade, o que permite que o negócio se convalide.

Por outro lado, o art.º 248º estabelece que em vez da anulabilidade o negócio possa prosseguir se o declaratório o aceitar como o declarante o queria. Se Dionísio disser que sim, que aceita celebrar o

negócio por mil em vez de cem, como Inocêncio queria, então tudo bem, o negócio segue. Isto reflecte um princípio geral do Direito Civil, o do aproveitamento do negócio jurídico. A jurisprudência também tem admitido que paralelamente à... Dos negócios viciados pode haver, seja possível uma indemnização por culpa in contrahendo. A jurisprudência tem admitido que a anulação não obsta a um pedido de indemnização por culpa in contrahendo.

Este regime, como vemos, é um regime muito balanceado. Não é fácil anular um negócio com base neste erro na declaração. A cognoscibilidade, desde logo, configura-se aqui como uma válvula de escape, porque se não isto era o que quiséssemos.

Modalidade específica de erro na declaração é o erro na transmissão da declaração. Esta modalidade segue o regime do art.º 250º. Quando se verifica erro na transmissão da declaração? Quando a declaração não é comunicada directamente ao declaratário pelo declarante, mas sim quando por exemplo, Amílcar, vendedor, diz a Joana, procuradora, que diga ao Luís, intermediário, que recomende ao Pedro, procurador, que Sandro compre. A pessoa encomendada para transmitir a declaração chama-se um núncio. O erro pode estar não na pessoa do declarante, ao comunicar, mas na pessoa do núncio, ao comunicar ao declaratário. Por exemplo: Horácio diz a Luís que vende por dois mil, e o homem que é surdo que nem uma porta percebe 2.

Qual é o regime jurídico? É o que consta do art.º 250º, que remete para o art.º 247º, ou seja, o negócio é anulável por via dos requisitos do art.º 247º. Tem na mesma então o erro que ser essencial e cognoscível pela outra parte. Então porquê este regime especial? A especificidade está no n.º 2 do art.º 250º. Diz-nos a lei que, quando porém, a inexactidão – isto é, o erro na transmissão –, for devida a dolo do intermediário, a declaração é sempre anulável. Isto sucede então quando o intermediário, com o intuito de prejudicar o declarante, transmite com más intenções um valor que... Enfim. Amigo da onça, é o que ele é. O que é que quer dizer ser sempre anulável? Quer dizer que é anulável, independentemente da essencialidade e da cognoscibilidade. Temos pois aqui uma situação de maior tutela do declarante.

Outra modalidade de erro na declaração é o erro de escrita ou erro de cálculo. Trata-se de um lapsus linguae, ou de um engano, na escrita ou no cálculo. Esse erro tem que ser objectivamente comprovável, retirando-se da declaração. Diz a doutrina que este erro não é um erro qualquer. Ele tem que ser ostensivo. Se não for, aplica-se o regime residual do art.º 247º. Se ele for ostensivo, então não faz sentido anular o negócio, mas apenas rectificar a declaração – uma vez mais, princípio do aproveitamento do negócio jurídico. Veja-se o regime no art.º 249º do Código Civil.

E são estas acima as modalidades de erro na declaração.

Diferente é o erro na formação da vontade, ou erro vício. Trata-se também de uma falsa representação da realidade, simplesmente aqui o engano ou erro está na formação da vontade. Pode ser um erro simples, ou um erro qualificado por dolo. Pode Custódio ter feito uma declaração negocial falsa porque se convenceu que era assim, ou que seria assim, ou pode Custódio ter mentido mesmo na declaração – art.º 2543. Pode ser um erro que incida sobre matéria de facto ou sobre matéria de direito. As partes podem enganar-se na descrição das casas que quer comprar – erro de facto – ou comprar um terreno ignorando que não podia lá construir – erro de direito. A nossa lei trata-os da mesma forma. (art.º 253º).

O erro vício tem várias modalidades. Distingue-se entre erro sobre o declaratário (art.º 251º), erro sobre os motivos (art.º 252º n.º 1), e como modalidade especial de erro sobre os motivos, o erro sobre a base do negócio (art.º 252º n.º 2).

O declarante pode estar em erro sobre a pessoa do declaratário – contrata com Bruno pensando que ele é Bruna – ou sobre as qualidades dessa pessoa. A jurisprudência e a doutrina têm assimilado ao erro sobre a identidade de alguém o erro sobre as qualidades de alguém quando essas qualidades são essenciais para o

negócio. Exemplo: Daniel contrata com Filipe, pensando que ele é um reputado advogado, quando na verdade é apenas um criador de gado. Foi o «gado» que o baralhou. Este erro pode, inclusivamente, estar escondido. Se assim for, diz-se que o negócio tem um vício redibitório. Exemplo: Gonçalo compra um computador, que afinal de contas... Pifou, morreu. Quanto a este ceroso sobre a pessoa do declaratório, é o art.º 251º que impera.

Já o erro sobre o objecto do negócio, tal como o erro sobre a pessoa, tem a ver ou sobre o objecto em si ou sobre as qualidades ou o valor do objecto.

Identificadas as diferenças, vamos ao regime. Aplicando os requisitos do art.º 247º, o negócio é anulável. Anulável então mediante a verificação da essencialidade e da cognoscibilidade.

Chama-se ainda à atenção para uma expressão desta norma do art.º 251º: "erro que distinga os motivos determinantes da vontade". Isto quer dizer que todo o erro vício é sempre um erro sobre os motivos, só que a lei dá um tratamento especial às situações em que os motivos se refiram ou ao declaratório ou ao objecto do negócio.

Porquê esta referência acima? Por causa do que encontraremos no art.º 252º.

Em sentido restrito, erro sobre os motivos é o erro que fica residualmente sempre que o elemento sobre que incida o erro se trate da formação da vontade, e não seja nem sobre o declaratório nem sobre o objecto, então caímos no art.º 252º. O âmbito deste erro é o que não couber no art.º 251º. Ah, 252º, até agora nº 1.

O regime do erro sobre os motivos (art.º 252º nº 1), é diferente do regime do erro sobre a pessoa do declaratório ou sobre o objecto. O erro só é causa de anulação se as partes tiverem reconhecido por acordo que o elemento é essencial. Também há aqui um erro sobre a vontade, asas o motivo tem que ser essencial para a conclusão do negócio. Ou seja, a essencialidade existe, de facto. Mas é preciso que ambas as partes tivessem reconhecido por acordo que aquilo era essencial. Ou seja, é um regime mais apertado que o do art.º 247º. Não basta que a outra parte conhecesse, ou não devesse ignorar, que os motivos pelos quais contrato com ela são aqueles. A doutrina considera que não tem este acordo que significar um contrato em termos gerais. Significa apenas duas declarações de ciência – Ana sabe que aquele motivo é essencial para Manuela, e Manuela também o sabe. Porquê este regime mais restritivo? É que este é o erro mais restritivo de todos. O que se tutela aqui é mais o interesse do declaratório, para evitar que ele seja surpreendido por um arrependimento da outra parte por motivos fúteis ou simplesmente porque sim.

Temos por fim o erro sobre a base do negócio. Este erro sobre a base do negócio é uma especificidade do erro sobre os motivos. Está previsto no art.º 252º nº 2, e está previsto com uma forma diferente de outros Códigos. Exemplo: António aluga a Joaquim a janela para ver o Presidente a passar, e afinal o Presidente não passa lá. É difícil distinguir este erro sobre o objecto. O que é mais adequado é dizer que este erro é um erro bilateral e comprovável objectivamente, enquanto que o erro sobre o objecto do negócio é um erro do declarante.

O regime que aqui está no art.º 252º nº 2 é um regime diferente dos outros, pelo que se pede maior cautela. Note-se que para o Prof. Menezes Cordeiro, por exemplo, o erro neste tipo não é necessariamente bilateral. A Prof. Rosário Ramalho pensa ser melhor pôr aqui a bilateralidade.

Este regime não é bem o da anulabilidade, é um regime próximo da resolução ou modificação do negócio. Vejamos o art.º 437º para percebermos melhor. Qual é o sentido da remissão do art.º 252º nº 2 para este art.º 437º? Em primeiro lugar, há que dizer que não há, neste caso, nunca lugar a resolução do negócio, atenção. A resolução do negócio é o desfazer de um negócio que se celebrou validamente. Aqui temos um negócio que não se celebrou validamente, porque havia erro. Neste caso então, não há resolução – há anulação. Esta remissão que temos no art.º 252º nº 2 não tem como consequência a resolução, prevista no

art.º 437º, porque não pode ter, por a resolução pressupor um negócio válido que depois no meio teve uma alteração. Aqui não, a formação não é válida, o negócio não é validamente celebrado. Aqui, há anulação. Mas qual é então o sentido da remissão? É permitir que, em vez da anulação, haja simples modificação. O sentido é pois permitir em alternativa à anulação a modificação. Por outro lado, é fazer aplicar a este regime da base do negócio os requisitos para que seja possível quer a modificação quer a anulação, ou seja, os requisitos que aqui estão no art.º 437º. A alteração da base do negócio tem pois que ser anormal com o ter havido um reconhecimento da essencialidade do elemento de base. Agora cuidado! Resolvido, neste caso, nunca! A lei, aliás, só diz que se aplica o regime da resolução, não diz que se resolve. Este erro é muito pouco frequente, e é muito confuso o Código aqui.

Como já vimos, o erro pode ser simples ou ser um erro qualificado por dolo? O que é dolo? Refere-se aqui no art.º 2543º, e é uma sugestão ou artifício que alguém empregue sobre outra pessoa com o objectivo de o induzir em erro ou de não o esclarecer sobre um erro em que a pessoa já está. Exemplo: Rodrigo diz a Luísa que sim, que é assim, quando ele está fartinho até aos cabelos de saber que não é. Ou então não diz nada, para se aproveitar do erro da outra pessoa. O erro pode ser do declaratório ou ser de terceiro. O vício deste negócio está ainda no erro. O negócio fica viciado por causa desse erro, simplesmente o erro foi-lhe soprado ou dissimulado por outra pessoa, no caso do terceiro. É preciso ter aqui cuidado, distinguindo entre dolo ilícito e dolo lícito. Mas como é que a sugestão para enganar outra pessoa pode ser dolo lícito* Vejamos o nº 2 do art.º 253º. É o chamado *dolus bonus*, por oposição ao *dolus malus*. Agora cuidado na aplicação desta disposição, porque há que a conjugar com o art.º 227º da culpa *in contraendo*. Há pois uma fronteira ténue entre o dever de informar e o que são as omissões aceitáveis do ponto de vista do que é uso no comércio jurídico.

Quando é que releva este dolo? Dizia o Prof. Castro Mendes que se "exigia uma dupla causalidade". Tem que o declarante estar em erro e esse erro ser determinante para o negócio, mas tem também que haver um nexó causal entre o dolo e o erro, ou seja, o erro tem que ter sido provocado pelo dolo, pela sugestão enganosa de alguém, etc. Se assim for, o negócio é anulável nos termos do art.º 251º ou 252º, consoante o motivo do erro, ou o art.º 247º.

Aula teórica de 13 Fevereiro 2007:

Vamos hoje encerrar a matéria relativa aos vícios do negócio jurídico. Falta-nos falar dos vícios em que há uma divergência entre a vontade e a declaração que é querida pelos declarantes. Para além dos casos em que a divergência é não intencional, há situações em que o declarante pensa uma coisa e declara outra, porque assim o quer. Falamos das situações de divergência intencional entre a vontade e a declaração.

As duas situações a considerar nesta rubrica, são as situações de simulação e de reserva mental. Aspectos comuns a estas duas figuras são o facto de se tratarem de divergências entre a vontade e a declaração, e ainda o facto de serem intencionais - têm o intuito de enganar a outra parte, ou terceiros, ou prejudicar a outra parte ou terceiros.

A figura da simulação está prevista nos Art.ºs 420º e ss. É uma figura com grandes raízes na nossa tradição jus civilista, de bastante aplicação prática, objecto por isso também de jurisprudência relevante. Chama-se a nossa atenção para o art.º 240º, cujo nº 1 define a simulação. A simulação traduz-se num acordo entre o declarante e o declaratório. A este acordo chama-se pacto simulatório. E por este acordo, verifica-se uma divergência intencional entre a vontade e a declaração, com o objectivo de enganar ou prejudicar terceiros. Quando assim acontece, este acordo - o pacto simulatório - diz-se simulado. É um negócio simulado: Exemplo: Gervásio e Quirino celebram um contrato de compra e venda de um bem imóvel, e declaram, os malandros, menos dinheiro do que o que na realidade está em jogo para enganar o fisco. Aqui, o terceiro é o fisco - é o enganado. O Gervásio e o Quirino enganam, cada um por sua vez, o Estado, porque na realidade a vontade deles é outra, diferente da da declaração. Outro exemplo: Ludovina quer vender a Nuno mas não pode, quiçá por proibição legal, mas então declara vender a Pedro, que na realidade é testa de ferro de Nuno. Lá está - ele quer vender ao Nuno, mas para enganar terceiros (ou até para prejudicar,

quem sabe!), eles declaram uma coisa, querendo outra. Porque a simulação, ou o negócio simulado, pode corresponder a hipóteses diversas, é habitual introduzir algumas classificações. A primeira é a que distingue simulação inocente e simulação fraudulenta. A simulação inocente é assim chamada por só ter o intuito de enganar, mas não o intuito de prejudicar. A fraudulenta é a que tem o intuito de prejudicar. Esta distinção decorre do art.º 242º n.º 1. A parte final desta norma permitiu à doutrina retirar o facto de, se é até nas simulações fraudulentas, então é porque existe uma simulação inocente. Uma outra classificação, esta com muitos efeitos práticos, é a que distingue entre a simulação absoluta e a simulação relativa. Na simulação absoluta, as partes fazem um acordo, que evidencia uma divergência entre a vontade e a declaração, mas sem objectivo de celebrar qualquer negócio. Exemplo: Octávio vende a Sousa, mas não o querendo na verdade fazer. Coisa distinta é querer-se celebrar um negócio diferente do que se celebra: um negócio de compra e venda por preço diferente, um negócio de compra e venda mas entre terceiros, afinal, ou seja, havendo por trás de um negócio simulado outro negócio real. Isto é a simulação... Outra classificação é a que distingue entre simulação objectiva e subjectiva. A simulação objectiva é aquela em que o pacto simulatório tem a ver com o conteúdo do negócio: seja o valor do bem, seja o objectivo, etc. O que está em causa é o conteúdo ou o objecto do negócio - simulação objectiva. Diferentemente, a simulação subjectiva tem a ver com as partes do negócio. Exemplo: José vende a Maria, quando na verdade quer vender ao menino Jesus. Esta classificação tem apenas o objectivo de clarificação, porque o regime é o mesmo.

E que regime é esse? A simulação é, à luz da lei, um vício grave, pelo que, diz-nos o art.º 240º n.º 2, que o negócio é nulo. Exemplo: Custódio vende a Inácio, quando na realidade queria vender a Pinto. Pimba! Negócio Nulo! Mas atenção: a nulidade só afecta o pacto simulatório! Mas então que dizer se, por trás do negócio houver outro negócio? Ou seja, o que fazer no caso da simulação relativa? Diz-nos o art.º 241º que quando exista outro negócio por trás do simulado, é aplicável a este (ao que está por trás), o regime que lhe corresponderia, não sendo ele afectado pela nulidade do pacto simulatório. Ou seja: a nulidade do pacto simulatório nada diz quanto ao outro negócio. Esse é válido à partida. Mas cuidado, porque depois há que aferir se o tal negócio seria ou não válido com apego a outras questões! Exemplo: Joaquim simula uma venda a Barnabé, mas na realidade quer vender a Paulo. O negócio entre Joaquim e Barnabé é nulo, mas na verdade fica a valer o negócio com o Paulo (Art.º 241º). Há aqui um limite, porém: se o negócio dissimulado (o que está escondido) for de natureza formal, então aplica-se o n.º 2 do Art.º 241º. Diz-nos no entanto a doutrina que, para o máximo aproveitamento possível desta disposição do n.º 2 do Art.º 241º, os requisitos formais só se limitam aos elementos essenciais. Por outro lado, é possível aproveitar o negócio simulado quando ambos os negócios tenham a mesma natureza. Por outro lado, a lei, e sendo a nulidade o desvalor, põs aqui então um desvalor forte: a tutela é sempre da parte prejudicada pelo negócio. Mas quem poderá arguir? A nulidade pode ser arguida por qualquer interessado, e não apenas pela pessoa beneficiada pela situação de invalidade (que seria o terceiro). Como o regime é de nulidade, todos os interessados a podem arguir (Art.º 242). A lei estende até a possibilidade de arguir a simulação aos herdeiros legitimários quanto aos negócios simulados que os prejudiquem.

Declara da a simulação, será ela oponível a terceiros de boa fé? Exemplo: João e Daniel viram um negócio entre si anulado por simulação. Luís compra a casa, entretanto. Não pode ser-lhe oponível a nulidade, desde que ele esteja de boa fé – aqui boa fé em sentido subjectivo, ou seja, que ao tempo do negócio que o Luís celebrou ele não pudesse saber, ou não soubesse, da simulação. Mas atenção! Se a acção de simulação já estiver a correr, então ele age de má fé.

Outra figura relativamente à qual vamos falar hoje é a reserva mental – Art.º 244º. A reserva mental é mais simples do que a simulação, mas tem a mesma... Trata-se de uma declaração contrária à vontade real, emitida pelo declarante com o intuito de enganar, ou prejudicar. Ou seja: aqui o declarante quer enganar a outra parte, e não terceiros. Mas aqui a reserva mental pode até ser bilateral – o declarante e o declaratário, cambada de mentirosos, sem acordo entre si enganam-se um ao outro. Tolos. Exemplo deste último caso: Fátima quer enganar Susana, e Susana também quer enganar Fátima quando declara. Aqui há pois divergência intencional, repare-se, não é por erro, é intencional. O objectivo dessa intenção é enganar o

outro. Tal como para a simulação, procede-se a algumas classificações: reserva mental absoluta (João não quer celebrar negócio nenhum), ou relativa (Rui quer celebrar outro negócio que não aquele); pode a reserva mental ser inocente ou fraudulenta; reserva mental unilateral (Adélia quer enganar Joana) ou bilateral (Adélia quer enganar Joana, e Joana quer enganar Adélia). A declaração sob reserva mental confunde-se amiúde com a declaração não séria – aquela situação em que uma pessoa faz uma declaração esperando que a contra-parte a tenha por não séria. Diz-nos o Art.º 244º n.º 2 que a declaração vale se a outra parte não souber, mas se ela souber (bilateral) é nulo. Ou seja: se Cláudio celebra um contrato com uma declaração negocial com reserva mental, e porque o Direito não se compadece com estados de alma e sendo o vício do declarante, então o negócio é válido. Já se Cláudio mentir, e Valente souber que ele mente e mentir também, oh meus amigos, nulidade com eles! Para não andarem aqui a brincar com isto.

A declaração não séria distingue-se da reserva mental porque a declaração não séria não tem por objectivo enganar.

Atenção ao teste. O teste será na aula teórica. As notas do último teste foram francamente más, e é bom que, para que não sirvam de exclusão, haja notas maiores e melhores neste teste.

Aula teórica de 27 Fevereiro 2007:

Hoje vamos terminar a matéria relativa ao negócio jurídico. Falta-nos dar apenas a questão dos valores negativos que lhe podem ser associados, ou seja, as consequências de haver um problema com o negócio jurídico.

O conceito geral mais englobante é o conceito de ineficácia. Diz-se que o negócio jurídico é ineficaz quando não produz os respectivos efeitos. Trata-se de uma noção muito, muito ampla, e que o negócio jurídico pode não produzir os respectivos efeitos pelas mais diversas causas, daí haver que concretizar.

A ideia do desvalor, ou valor negativo do negócio jurídico, é uma ideia relativamente recente. Tradicionalmente só se falava em negócio nulo (que já era conhecido do direito romano), e *negotium nullum* era o negócio que não produzia efeitos. O Direito Romano não deu, apesar de tudo, grande desenvolvimento a esta figura. Entre os pandectistas a ideia era a da invalidade (???), e apenas no século XX surge a ineficácia. Entre nós, a grande teorização da ineficácia é feita por Manuel de Andrade, depois da introdução de Guilherme Moreira.

A ineficácia tem a ver com várias situações de desvalor, situações em que o negócio não produz efeitos porque tem um vício genético, um vício na sua formação – ou é inicialmente desconforme com a lei –, e estamos aqui perante a invalidade. Temos depois a ineficácia em sentido estrito, que tem a ver com as situações em que o negócio não produz efeitos não por qualquer vício originário, mas por força de circunstâncias exteriores ao negócio. Em termos classificatórios, temos então a ideia ampla de ineficácia – não produção de efeitos do negócio –, ineficácia em sentido amplo que se subdivide em invalidade e ineficácia em sentido estrito. Invalidade se o vício for originário, ineficácia em sentido estrito se o negócio não produz efeitos por circunstâncias externas ao próprio negócio. A categoria mais relevante é a da invalidade. Dentro da invalidade, todavia, pode gerar consequências diferentes consoante os interesses em jogo e a gravidade dos valores afectados pelo negócio, a gravidade do vício. A propósito da teoria do negócio jurídico, já fomos deparando com estes graus diferentes de desvalor. A invalidade pode ter a forma de nulidade, invalidade, inexistência para quem a admita, e invalidades mistas, situações em que o regime da nulidade ou da anulabilidade se "misturam". Na ineficácia em sentido estrito, não está em causa um vício originário, mas sim a não produção dos efeitos por o negócio, por exemplo, não ser oponível a terceiros – irregularidade, inoponibilidade, impugnabilidade.

Concentremo-nos na nulidade, anulabilidade, inexistência e invalidades mistas.

Nulidade é a manifestação geral e residual da invalidade. Ela é prevista para a generalidade das situações de vício no negócio jurídico. Quando a lei nada determine quanto à consequência do vício, é aplicável o regime da nulidade – é o regime regra. Ela é prevista como regime regra no art.º 286.º do CC, e também é prevista em várias partes do Código como regimes particulares. Do conjunto das referências do Código à nulidade, pode retirar-se uma referência dogmática, que tem a ver com o facto de o Código estabelecer nulidade para uns vícios e não para outros. Na base da consequência da nulidade esta em regras um de dois fundamentos: faltar um elemento essencial para o negócio, ou o negócio ser contrário a normas imperativas, normas que são reveladoras em regra do interesse público, ou do interesse geral. O Prof. Menzes Cordeiro é crítico quanto a este fundamento. Diz ele que nem sempre na base de normas de carácter imperativo está o interesse geral. A Prof. Rosário Ramalho não concorda com esta distinção – o interesse geral da transparência justifica a sanção da nulidade para o caso de falta de forma (art.º 220.º).

Deste regime, que está no art.º 286.º destacam-se quatro grandes pontos:

1. A nulidade tem efeitos ipso jure – a nulidade opera automaticamente, independentemente de sentença judicial. Isto significa que a sentença judicial apenas declara a nulidade, mas ela já existe – é uma sentença de declaração, não só constitutiva.
2. A nulidade é invocável a todo o tempo por qualquer interessado – Qualquer pessoa com interesse na matéria, na declaração de nulidade, pode arguir essa nulidade. Isto decorre do facto de, subjacente ao vício de nulidade, estar um interesse geral e não um interesse particular. Se fosse um interesse particular, só o particular interessado o poderia arguir. Mais: a nulidade é possível de ser conhecida oficiosamente pelo Tribunal. Não é necessário que o Tribunal espere que um dos interessados vá arguir contra o outro a nulidade. Atenção: qualquer interessado não é qualquer pessoa. Ele tem que ter um interesse na coisa.
3. A nulidade é invocável a todo o tempo – A nulidade é insanável. O decurso do tempo não convalida ao negocio.
4. A declaração de nulidade tem eficácia retroactiva, destruindo tudo o que tenha sido feito – é a lição do art.º 289.º.

Comparando este regime com o da anulabilidade, verificamos que a anulabilidade, segundo a consequência da invalidade do negócio, tem um fundamento diferente, daí o regime menos gravoso para o negócio. Aqui, o que justifica a anulabilidade não é um interesse geral, mas um interesse privado, o do "beneficiário" do regime. Mas como se trata da protecção do interesse específico e não do interesse geral, a sanção é justamente a anulabilidade e não a nulidade. Este fundamento "privado", justifica o regime da figura que consta do art.º 287.º. Passemos os traços do regime agora:

1. A anulabilidade só pode ser invocada pelas pessoas em cujo interesse a lei o estabelece – Se Pedro celebrou um negócio sob coacção moral, só aquele que estava a ser objecto do negócio em coacção moral pode invocar o vício. Da mesma forma, ela não é de conhecimento oficioso – Art.º 287º nº 1.
2. A anulabilidade só pode ser invocada dentro do prazo estabelecido – A não ser que o negócio não estiver cumprido, ela só pode ser invocada no ano subsequente ao seu surgimento. Cuidado com a contagem do prazo de um ano. Não é necessariamente a partir da celebração do contrato. Se Daniel foi sujeito a cárcere privado e, quando lá está preso, é obrigado a celebrar vários contratos de compra e venda, o prazo de um ano não começa quando ele celebra os contratos, mas quando ele sai da prisão. Vide art.º 287.º n.º 1.
3. A anulabilidade é sanável mediante confirmação – Ao contrário da nulidade, que é insanável, pelo decurso do tempo, a anulabilidade é sanável mediante confirmação (art.º 288.º), e naturalmente como já vimos é sanável pelo decurso do tempo.

O único traço comum com o regime da nulidade é que, uma vez decretada a anulabilidade, os efeitos do negócio são destruídos retroactivamente (art.º 289.º).

Vejamos agora as invalidades atípicas, ou mistas. São situações em que este regime, da nulidade ou da anulabilidade, sofre algumas diferenças. O problema que colocam as situações de invalidade é saber se

têm que ser invocáveis judicialmente ou não. O Prof. Menezes Cordeiro entende que elas podem ser invocadas extra-judicialmente, e assim parece de facto decorrer do art.º 291.º n.º 1 na parte final. De qualquer modo, é mais óbvio que a nulidade possa ser invocada extra-judicialmente do que a anulabilidade, pela natureza dos regimes.

Outra figura de que aqui já falámos algumas vezes é a inexistência. Alguns autores admitem, como desvalor autónomo do negócio jurídico, a inexistência. Esta figura tem origem no Direito francês. O Direito francês, muito positivista, com o Código de Napoleão, estabelecia um princípio de que só haveria situações de nulidade quando a lei o previsse. Nos outros casos, o negócio era válido. Ora havia algumas situações em que o Código de Napoleão se esqueceu de estabelecer nulidade, e parecia óbvio que elas seriam nulas. A doutrina criou então um conceito que abrangeria situações de vícios não previstos na lei quanto a consequências, mas que, por serem flagrantes, deveriam ser nulos. Ora a nossa doutrina acolheu em alguns actos esta ideia, através da figura da inexistência, que o Prof. Galvão Telles chama "nulidade absoluta". O Prof. Oliveira Ascensão chama-lhe inexistência, e refere-as às situações absolutamente patentes de desvalor, e faz corresponder àqueles casos em que o Código Civil diz que carecem de qualquer efeito. O Código Civil em algumas situações refere expressamente a inexistência, no âmbito do contrato de casamento (art.º 1627.º, 1630.º e 1631.º). Há outros vícios de inexistência no Código de Registo Predial. Uma parte da doutrina considera que hoje não faz sentido distinguir entre nulidade e inexistência, até porque o Código Civil não lhes atribui qualquer consequência, pelo que parece de adoptar o regime da nulidade.

Por fim temos os casos de ineficácia em sentido estrito. O que podemos ter aqui? Negócios sem vícios originários, mas por exemplo é inoponível a terceiros, por força de um factor externo; ou então é impugnável. O negócio não produz efeitos não porque tenha um vício originário, mas por um vício, por uma razão, externa. Só há ineficácia em sentido estrito nos casos em que a lei o diga expressamente. Não esquecer que a categoria residual é a nulidade. Há ainda outras situações em que o negócio produz efeitos, mas tem ainda assim uma irregularidade apenas.

Relativamente à retroactividade dos efeitos, a regra geral é que o negócio é destruído retroactivamente, devendo ser restituído pelas partes tudo o que tiver sido prestado às outras partes (art.º 289.º n.º 1). Há que conjugar esta regra com algumas situações especiais. Uma delas tem a ver com a natureza do contrato. Se o contrato for de execução continuada, não pode ser destruído retroactivamente, e a nulidade só opera dali para a frente. É o caso dos contratos de arrendamento. Por outro lado, este regime da destruição retroactiva pode colidir com os interesses de terceiros. Melo e José celebram um contrato de compra e venda, que mais tarde é declarado nulo. Então e se o Melo tiver já doado o bem a Cipriano? Neste caso opera o art.º 289.º n.º 2, Se Cipriano tiver comprado o bem a Melo, então vamos para o art.º 291.º, que nos remete para a inoponibilidade. Uma outra consequência que pode decorrer de um vício conducente à nulidade ou anulabilidade é a possibilidade de o negócio ser ainda assim aproveitado. Ele pode ser aproveitado através da redução ou da conversão – respectivamente art.º 292.º e art. 293.º A redução opera quando a nulidade não afecta todo o negócio jurídico, mas apenas uma parte do negócio jurídico, e nada impede que o negócio subsista com a parte válida. A isto se chama a redução. Esta é uma regra geral que permite o princípio geral do aproveitamento do negócio jurídico. No entanto, a redução tem certos limites. Que requisitos tem a redução? Art.º 292.º:

1. A parte viciada não pode ser essencial. Se for, o negócio não pode subsistir;
2. A manutenção do negócio só ocorre se for compatível com as regras de forma previstas na lei.

Outra solução de aproveitamento do negócio, ainda que diferente, consiste em transformar o negócio viciado e nulo, ou anulado, noutra negócio que seja válido. Exemplo: as partes celebram um contrato de compra e venda do bem imóvel e esquecem-se da escritura pública. Nulidade por falta de forma (art.º 220.º). É possível transformar esse contrato de compra e venda num contrato de promessa de compra e venda do imóvel. Repare-se: o contrato não é o mesmo, é diferente. De novo, só é possível a conversão do

negócio jurídico se o negócio tiver os requisitos substanciais de forma exigidos, e se as partes assim o quiserem.

Refira-se por fim que apenas a anulabilidade é sanável mediante confirmação – Art.º 288.º. A nulidade não. A confirmação é uma forma de sanção do vício através de uma declaração unilateral por parte da pessoa que poderia invocar a anulabilidade, e que assim prescinde de o fazer. Naturalmente, só pode confirmar a pessoa a quem pertencer o direito de anular, e só é eficaz a confirmação após a cessação do vício (art.º 288.º n.º 2), e obviamente se tiver conhecimento do vício e do direito que havia a anular.

E assim, pronto. Lá se acabou a teoria do negócio jurídico... Oh... Que pena...

Bom, vamos entrar agora na matéria da teoria das pessoas, o Vol. III do Prof. Menezes Cordeiro.

Aula teórica de 1 Março 2007:

Hoje vamos entrar na parte II do programa, que este ano será a III, que corresponde ao Tomo III do Prof. Menezes Cordeiro. Esta parte tem a ver com a teoria das pessoas.

No estudo desta matéria, que corresponde ao VOL. III do Tratado do Prof. Menezes Cordeiro, é usual distinguir entre a teoria das pessoas físicas ou singulares, e a teoria das pessoas colectivas, também chamadas pessoas jurídicas. Nós vamos manter esta distinção, mantendo a divisão entre pessoas singulares e colectivas, e começando pelas pessoas singulares. Como já falámos dos institutos dos direitos de personalidade, vamos falar agora do nascimento, obtenção da capacidade jurídica, e por aí fora.

O primeiro ponto a ter em consideração na abordagem da teoria das pessoas é que a pessoa é um conceito preparatório fundamental, tendo que distinguir entre pessoa em sentido ontológico e pessoa em sentido jurídico. Pessoa deve ser naturalmente considerada em primeiro lugar em sentido ontológico, e enquanto tal é anterior e exterior ao direito. O Direito é feito pelas pessoas mas também para as pessoas. O Prof. Oliveira Ascensão chama às pessoas, neste sentido, um dado pré-legal, e nos aqui chamaremos até um dado pré-jurídico. Contudo, o Código Civil apresenta-nos a ideia de pessoa num sentido técnico. Num sentido técnico ou jurídico, pessoa é o ente que é susceptível de ser titular de direitos, exercer obrigações, em suma, um centro ao qual se referem as normas jurídicas, um centro de imputação de normas jurídicas. Pessoa jurídica é aquela que pode ser titular de situações jurídicas. É neste sentido técnico-jurídico que surge, e faz sentido, a distinção entre pessoas singulares ou físicas, e pessoas colectivas. Naturalmente, no sentido ontológico, só faz sentido falar de pessoas físicas. Num sentido técnico-jurídico, falamos de pessoas, e podemos falar de pessoas colectivas, criadas pelo direito, enquanto agremiações de pessoas, criações do Direito para poderem funcionar na ordem jurídica e só fazem sentido como divisão do conceito de pessoa em sentido técnico ou jurídico.

Em termos gerais, há alguns conceitos operatórios essenciais para compreender a temática das pessoas. Esses conceitos são o conceito de personalidade jurídica, capacidade jurídica e o conceito de esfera jurídica.

O conceito de personalidade jurídica tem a ver com a susceptibilidade de ser titular de situações jurídicas. A Alexandra, que está ao meu lado direito, só porque nasceu é titular de situações jurídicas. Ela pode doar, receber, vender, comprar, etc. Trata-se de um conceito qualitativo – é susceptível de. A personalidade jurídica é a qualidade de ser pessoa jurídica. Por se ter essa qualidade, é um centro autónomo de imputação de normas jurídicas, é um sujeito de Direito. O Código Civil não define a personalidade jurídica, apenas diz quando é que ela começa.

Conceito diferente é o conceito de capacidade jurídica. A capacidade jurídica tem a ver com a medida concreta de situações jurídicas de que cada um é titular. Flávio é, só por ser, susceptível de ser titular de

situações jurídicas, mas por ser maior há uma série delas que pode ter. É um conceito quantitativo, este. É habitual aqui distinguir entre capacidade de gozo e capacidade de exercício de direitos, e de vinculação a obrigações. A capacidade de gozo tem a ver com a titularidade dos direitos. A capacidade de exercício como o nome indica, tem a ver com a possibilidade de o titular de um direito exercer esse direito por si próprio, isto é, sem dependência de outrem. Se ele for capaz, ele pode exercer os direitos de que é titular e cumprir as obrigações a que está adstrito. Se for incapaz, tem que ser alguém a exercê-los por ele, ou então só os pode exercer com autorização. A capacidade de exercício tem a ver com a capacidade directa de exercício das situações jurídicas de que se é titular. Há ainda situações de incapacidade de gozo – a pessoa nem sequer pode ser titular de certos direitos, quanto mais exercê-los –, mas em regra há incapacidades de exercício. Quais são as situações de incapacidade de gozo? São as que se referem a certas situações jurídicas que, pela natureza das coisas, não se enquadram nos seus direitos – as associações não podem casar, as pessoas singulares não podem ter órgãos deliberativos. Fora este caso de incapacidade de gozo, muito restritivos, em regra há incapacidade de exercício. Mas porque se distingue entre incapacidade de gozo e de exercício, ou entre capacidade de gozo e de exercício? A lógica aqui a funcionar: um bebé pode ter uma fortuna imensa, mas logicamente não a poderá administrar

O terceiro conceito operatório é o conceito de esfera jurídica, que tem a ver com o complexo de situações de que uma pessoa é titular, complexo de situações da sua esfera pessoal, etc.

Vamos pois agora falar das pessoas singulares. Em primeiro lugar personalidade jurídica, depois capacidade jurídica, depois esfera jurídica das pessoas singulares, depois o regime do domicílio e da ausência das pessoas singulares, e por fim as incapacidades.

Começamos pela personalidade jurídica das pessoas singulares. Conforme foi dito há pouco, a lei não define a personalidade jurídica das pessoas singulares. Preocupa-se em estabelecer a regra relativa ao início da personalidade jurídica (art.º 66.º) e ao fim da personalidade jurídica art.º 68.º). A regra geral para o início da personalidade jurídica decorre do n.º 1 do art.º 66.º – a personalidade jurídica adquire-se no momento do nascimento completo e com vida. Escalpelizemos esta noção.

1. A personalidade jurídica adquire-se – Apesar desta ideia de aquisição da personalidade jurídica, ela é sempre uma qualidade, sendo a pessoa singular o que o Direito faz é reconhecer que tem personalidade jurídica. Não é arbitrariamente possível ao Direito dar ou não dar personalidade jurídica a alguém. Na história, nem sempre foi assim. Nem todos os seres humanos viam reconhecida a sua personalidade jurídica, ou seja, nem todos eram considerados sujeitos de direitos. Até há uns séculos, os escravos eram considerados bens, eles podiam ser objectos de relações jurídicas mas nunca titulares de situações jurídicas. Isso hoje está ultrapassado, a não ser nalgumas situações de trabalho temporário no estrangeiro (piadinha de mau gosto, hein?).

2. A lei refere-se ao momento do nascimento completo e com vida – Porquê? O que está aqui em questão, primeiramente, é o nascimento. Quer isto dizer que a lei em princípio não reconhece personalidade jurídica antes do nascimento. Isto obviamente não é uma verdade de la Palice. Segundo, este nascimento tem que ser completo. O que é que isto quer dizer? Se o óbito ocorrer durante o parto, não chega a haver personalidade jurídica. Todavia, se o óbito ocorrer no momento seguinte ao parto, houve personalidade jurídica, que cessou com a morte. Esta é a razão de ser do nascimento completo – esclarecer que o óbito durante o parto acarreta que não houve personalidade jurídica, nem chegou a haver. Que diferença faz isto? Pode ser até uma diferença sucessória. Por outro lado, e em terceiro lugar, este nascimento tem que ser com vida – um nado morto não chega a adquirir personalidade jurídica. Isto quer ainda dizer que, se por acaso criança for morta no momento a seguir a nascer, há um homicídio.

3. Está aqui "o momento". Isto tem uma razão histórica. Em muitas situações, há uns anos, alguns países exigiam que a criança sobrevivesse um X tempo para lhe ser conferida personalidade jurídica – em Espanha eram 24 horas. Logo, no nosso Código, ao dizer "no momento", é porque logo no momento se em que se nasce adquire-se personalidade jurídica.

Mas diz o n.º 2 do art.º 66.º, que os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento. Aparente contradição. O n.º 1 só reconhece personalidade jurídica com o nascimento, mas o n.º 2 fala-se dos direitos dos nascituros. A razão de ser disto pensa-se se pensarmos nos concepturos – os que ainda podem ser concebidos. Exemplo: "Deixo os meus bens aos filhos da ti Maria que possam vir a nascer". Ela diz: fixe, não tenho putos, cá vai disto. Mal, vai mal. O problema aqui é a tutela anterior ao parto, a tutela anterior à aquisição da personalidade jurídica. A doutrina tem-se dividido muito relativamente à admissibilidade, à explicação deste regime jurídico. A questão que se coloca é a de saber se o reconhecimento dos direitos do n.º 2 do art.º 66.º envolve ou não a atribuição de personalidade jurídica a estes nascituros. A resposta tem que ser "não". Daqui a pouco iríamos reconhecer personalidade jurídica a uma ideia, ou a um pensamento.

Outro tipo de problemas são os que estão ligados à tutela pré-natal, a protecção do próprio nascituro já concebido. Há aqui várias questões a colocar. Uma delas é desde logo a questão penal: é ou não crime o aborto? Depois há questões civis, de grande importância ética: há ou não um direito dos nascituros concebidos à tutela da própria vida, do direito a nascer? Exemplo: alguém faz um aborto que corre mal, e a criança nasce com uma deficiência. Pode-se depois intentar uma acção contra a mãe, contra o médico, ou contra o Sócrates? E se for contra o Paulo Portas? Há questões laterais interessantes: caso uma menor aborte, quem lhe dá o consentimento? Os pais? Um deles só? A vizinha de cima? Mas há mais questões, como a eventual colisão do direito do nascituro a nascer com outros direitos, como os direitos à saúde da mãe. Isto deve ser resolvido à luz do instituto da colisão de direitos, previsto no art.º 35.º do Código, fazendo prevalecer o direito que maior valor tiver, digamos assim. Alguma doutrina advoga uma posição face ao art.º 66.º tendo em atenção esta questão da tutela pré-natal. O Prof. Menezes Cordeiro simplesmente entende que o início da personalidade jurídica se deve reportar ao momento da concepção e não ao momento do nascimento, com base na ideia de que a partir do momento da concepção há uma pessoa em sentido ontológico, ainda que não em sentido jurídico. Esta questão é, parece-nos, eminentemente ética. O que o Código se ocupa é a personalidade jurídica. Bom, mas como qualificar os direitos dos nascituros, do n.º 2 do art.º 66.º? Há várias posições na doutrina. Uma posição tradicional diz que são direitos sem sujeito. Não há sujeito porque ainda não há personalidade jurídica, ou seja, há direitos mas ainda não têm titular. Uma segunda posição possível é a de que os direitos dos nascituros são direitos condicionados, sob condição. Dependem de um evento de futuro incerto para que passem a ter titular. Uma terceira posição, talvez a mais adequada, que não precisa da tal divisão do Código Civil para simplesmente fazer retroagir a personalidade jurídica ao momento da concepção, é a de reconhecer esses direitos como expectativas jurídicas. Os direitos estão em formação, já lhes é reconhecida tutela, mas ainda não são direitos em sentido próprio. Mas porque será uma expectativa jurídica? Porque os direitos atribuídos aos nascituros não lhes são atribuídos enquanto tal, mas sim na perspectiva de se verificar o nascimento, e é nessa perspectiva que lhes é dispensada alguma tutela. É justamente isto que caracteriza a expectativa jurídica. Esta é uma matéria delicada, e todas as posições são admissíveis, desde que fundamentadas.

Falta ainda dizer que, tal como acontece com os actos do chamado estatuto das pessoas, tem que haver uma comunicação oficial do nascimento para efeitos de registo civil. Isto é apenas a primeira manifestação do que vai estar associado às principais fases da pessoa na sua vida singular – comunica-se o nascimento, casamento, paternidade, morte. Isto destina-se a possibilitar transparência, casamentos consanguíneos, etc., enfim, exigências de publicidade.

O Código também se ocupa do termo da personalidade jurídica. A personalidade cessa em regra com a morte – art.º 68.º n.º 1. Há aqui um problema médico: quando surge a morte? O Direito tem aqui que se remeter à sua modéstia – a morte tem que ser cerebral, também, e as modestas técnicas de prolongamento por vias artificiais da vida podem dificultar a determinação em concreto do momento da morte cerebral. Ligado a tudo isto está ainda outro problema, que é o da eutanásia. Que problemas se colocam ainda em relação à cessação da personalidade jurídica? Essencialmente, são dois problemas, tratados nos n.ºs 2 e 3

do art.º 68.º. O primeiro é o das situações em que haja dificuldade de determinar o momento da morte de várias pessoas. É o problema colocado pelo n.º 2 deste artigo. Quando é que isso pode ser relevante? Exemplo: pai e filho têm um acidente e morrem os dois. O nosso Código estabelece uma presunção de comoriência, ou seja, morrem todos ao mesmo tempo. Aqui podem estar em causa efeitos sucessórios. Se se presume que o pai morreu primeiro, então o filho ainda herdou, e só por morte dele é que herdaram os seus herdeiros. Há países que estabelecem uma situação e **premoriência, verificar grafia**. O outro problema é ainda mais mórbido. São as situações em que seja difícil identificar ou encontrar um cadáver para fazer o reconhecimento do óbito. O problema é tratado no n.º 3 do art.º 68.º. Tem-se por falecida a pessoa cujo cadáver não haja sido encontrado ou reconhecido quando o desaparecimento não deixe dúvidas a que morreu. Note-se: aqui só está em causa situações em que, sem qualquer tipo de margem para dúvidas, a pessoa não pôde ser reconhecida mas morreu certamente. Por fim, relativamente ao termo da personalidade jurídica, ainda há notas a deixar. Primeiro, um problema até prático: o que é um cadáver? Qual é a natureza jurídica de um cadáver? Um cadáver não é uma coisa como outras coisas jurídicas. O cadáver é um cadáver a meio caminho entre a pessoa e a coisa, já dizia o Prof. Gomes da Silva. Não se pode falar de tutela de um cadáver como tutela das pessoas, mas naturalmente exige um respeito especial, e não pode ser tratado como outra coisa qualquer. O Prof. Menezes Cordeiro chama-lhe uma coisa especial. Há ainda alguns problemas relativos à remoção e sepultamento, regulados em legislação própria. Coloca-se ainda o problema dos transplantes de órgãos: será ele admissível? E em que circunstâncias? Se formos todos vivinhos da Silva, tudo bem. Mas se formos todos cadáveres? Há uma lei de 1993 que diz que o cadáver é um doador natural. Daí que se não se quiser doar os órgãos, tem que o deixar expressamente declarado.

Por fim, e para acabar esta aula, coloca-se ainda outro problema, que já apreciámos aqui: a admissibilidade de protecção de direitos depois da morte. Já vimos a propósito dos direitos de personalidade um enquadramento post-mortem ao direito à honra, à memória, etc. Eles não são direitos do morto, em sim, mas sim dos seus familiares.

Aula teórica de 6 Março 2007:

Na aula passada apresentámos o conceito de personalidade jurídica e apreciámos ainda a dinâmica da personalidade jurídica, ou seja, as matérias relativas ao início da personalidade e ao termo da personalidade, e respectivos problemas atinentes. Remete-se para o que foi estudado anteriormente quanto aos direitos de personalidade.

Hoje vamos falar da capacidade jurídica e da esfera jurídica.

A capacidade jurídica, ao contrário do conceito de personalidade jurídica, é um conceito quantitativo. Fala-se em capacidade jurídica para identificar conjunto de direitos e obrigações de que uma pessoa é titular. Diz-nos o art.º 67.º isso mesmo. Deve em primeiro lugar ter-se em conta que é necessária hoje uma interpretação actualista deste artigo. Nesta parte geral, o Código é profundamente tributário da teoria da relação jurídica, uma teoria de base alemã que se encontra no BGB e que o nosso Código Civil foi buscar. Ora esta ideia da relação jurídica perspectiva as pessoas como sujeitos da mesma relação. Quando apreciamos hoje estas matérias já não temos esta perspectiva relativa das situações jurídicas, falando simplesmente em titularidade de situações jurídicas, que podem ser activas ou passivas, corresponder a direitos ou a de veres, ou afins. Há que ler este art.º 67.º de forma coincidente com o que é hoje a dogmática civil, não falando tanto em sujeitos mas em titulares – a pessoa é titular de uma situação jurídica mesmo que não entre em relação com outra, se entrar então é sujeito – e em vez de relações falarmos mais em situações (quer elas sejam relativas quer elas sejam absolutas). É bom fixar quanto a este conceito é a sua índole quantitativa – a pessoa tem mais ou menos direitos, mais ou menos obrigações –, ao passo que a personalidade é um conceito qualitativo.

Dentro do conceito de capacidade jurídica é habitual distinguir dois tipos de capacidade: a chamada

capacidade de gozo e a capacidade de exercício.

A capacidade de gozo tem a ver com a titularidade dos direitos e obrigações. A capacidade de exercício tem a ver com a possibilidade de actuar esses direitos ou obrigações por si próprio de uma forma pessoal e livre. Quando o titular do direito o é, tem capacidade de gozo. Quando o titular de um direito pode alienar o bem, como no direito de propriedade, tem não só capacidade de gozo mas também capacidade de exercício. É fácil perceber que uma coisa não anda forçosamente associada à outra. Bernardo, menor, pode ser dono do Monte das Flores no Alentejo, mas não pode aliená-lo, terá que o fazer através do pai ou da mãe. Bernardo tem capacidade de gozo, mas não tem capacidade de exercício, porque os direitos referentes à titularidade do monte alentejano não podem ser por eles exercidos pessoal e livremente – tem que lá ir o pai ou a mãe meter o bedelho. Há ainda algumas situações de incapacidade de gozo. Um menor não pode casar; uma pessoa colectiva também não pode casar. Da mesma forma, as pessoas singulares não têm direitos típicos das pessoas colectivas – não funcionam por órgãos. Há pois algumas situações de incapacidade de gozo, mas a regra no Código é que a capacidade de gozo das pessoas singulares é plena. A regra é pois a plenitude. Bem mais frequentes são as situações de incapacidade de exercício – a pessoa, sendo titular das situações jurídicas, não as pode actuar por si própria pessoal e livremente. Exemplo: um menor é genericamente incapaz de exercício. Um deficiente mental é genericamente incapaz de exercício. O deficiente físico cuja deficiência seja incapacitante – o impeça de exercer a sua vida – é genericamente incapaz de exercício. Adiante estudaremos estas situações. Há que ter ainda atenção que o regime legal nestes casos o regime da incapacidade – visa proteger o incapaz, ou seja, assegurar que ele não comete actos, que, por não ter capacidade de os avaliar, digamos assim, o poderiam prejudicar.

Outra regra relativamente à matéria da capacidade é a regra do art.º 69.º. Diz-nos a lei que ninguém pode renunciar à capacidade jurídica no todo ou em parte. A capacidade jurídica é pois uma qualificação que a pessoa tem, e à qual não pode renunciar. Por exemplo: Luís doa todos os seus bens, porque vai ser eremita para o deserto. Ele renuncia à sua capacidade jurídica? Nada disso. Apenas renuncia a alguns dos seus direitos.

Deve por fim distinguir-se entre o conceito de capacidade do conceito de legitimidade. O conceito de legitimidade é completamente diferente do conceito de capacidade. Não tem um carácter absoluto, mas tão somente um carácter relativo. O conceito de legitimidade tem a ver apenas com a posição da pessoa perante uma certa situação que lhe permite agir sobre essa mesma situação. Vejamos um exemplo: Alfredo tem capacidade de gozo sobre todos os bens que venha a adquirir. Alfredo só pode vender a sua mota, se a tiver. Mais: uma pessoa pode ter legitimidade sem ter titularidade, coisa que não acontece com a capacidade. Exemplo: João, procurador de Pedro, pode por via dessa procuração vender a mota do Pedro. Normalmente, a capacidade coincide com a legitimidade – se Raul é dono da Faculdade, pode vender a Faculdade. Mas nem sempre pode ser assim – se o Raul fosse toxicodependente, a coisa já não é tanto assim, por exemplo. Também se fala em legitimidade em sentido processual – Samuel é parte legítima, isto é, ele pode propor uma acção ou ser processado. Mas legitimidade não é só um conceito processual, tem a ver com uma actuação em concreto na vida jurídica.

Outro conceito estruturante desta matéria é o conceito de esfera jurídica. O conceito de esfera jurídica está bem trabalhado na doutrina civilista mais tradicional (Castro Mendes, por exemplo), e é um conceito útil para balizar as matérias. Designa o conjunto das situações jurídicas activas e passivas de que uma pessoa é titular em determinado momento. Este conceito é sobretudo variável de pessoa para pessoa – Jorge tem uma casa, Paulo tem um barco –, e variáveis também em todo o momento – o Luís era casado, mas aquilo deu para o torto e amanhã já não é, etc. A utilidade deste conceito é sobretudo para efeitos de transparência da vida jurídica das pessoas, que é muito importante tanto para os factos da sua vida pessoal como para os fatos da sua vida patrimonial. Daí que seja habitual distinguirmos, dentro o conjunto de situações jurídicas muito diversificadas que compõe a esfera pessoal de cada um, entre esfera pessoal e esfera patrimonial. A esfera jurídica pessoal é o conjunto de situações jurídicas activas ou passivas de

natureza não patrimonial de que uma dada pessoa seja titular a um dado momento. É o caso dos seus direitos de personalidade, direitos e deveres familiares, direitos de cidadania e respectivos deveres, etc. A esfera jurídica patrimonial é o conjunto de situações jurídicas avaliáveis em dinheiro que uma pessoa tem – direitos sobre bens, direitos decorrentes de contratos com valor patrimonial, por aí fora. Quando se falou na utilidade global, falámos da ideia de transparência. Esta ideia de transparência reflecte-se tanto nos aspectos da esfera jurídica pessoal como nos aspectos da esfera jurídica patrimonial. Relativamente à esfera jurídica pessoal, também se encontram alguns outros conceitos de estado civil. Estado civil revela uma situação pessoal de alguém que é relativamente estável, que por ser estável lhe é associado um determinado regime. É o caso de ser-se solteiro, casado, viúvo, pai, mãe, filho, Espírito Santo, ou português. Ainda a reter quanto a isto, ou seja, quanto ao estado civil da esfera pessoal, é que as principais situações jurídicas pessoais das pessoas são objecto de registo – o que preenche o tal objectivo da transparência.

No que toca à esfera patrimonial, o conceito essencial a reter é o conceito de património. Património é o conjunto de situações jurídicas de alguém susceptível de avaliação em dinheiro. Naturalmente é relativamente a este, até mais do que à esfera pessoal, que se verificam alterações. Muitas das vezes dependem de um acto da vontade da pessoa – ela compra, ela vende, ela doa –, ou por vezes decorrem de factos alheios à pessoa – o José foi roubado, um tufão danificou o carro do Pedro, ou um raio estragou as culturas da Sandra. Também pode haver aqui um acto de outra pessoa no exercício de um direito que lhe assista. Se atrás da minha propriedade houver uma casa sem saída para a rua, existe um direito de passagem, que onera o meu bem. O património tem muita importância, e também a tem para efeitos de transparência e de funcionamento do comércio jurídico. Ao património são reconhecidas duas características essenciais: a unidade e a autonomia. A unidade pretende evidenciar que cada pessoa tem o seu património. O mendigo que só tem uma caixa de cartão que lhe serve de cama, tem essa caixa por património. O património pode ainda estar numa situação de solvência ou de insolvência. Se o nosso património for superior às nossas dívidas, então o seu património é solvente, ou está solvente. A ideia de unidade também identifica a noção de que cada pessoa só tem um património – a cada pessoa corresponde um património, que pode ser mais exíguo ou mais extenso, mas que é uno – se a pessoa tiver um bem no estrangeiro, a pessoa tem esse património todo (???). A unidade do património também significa que se a pessoa tiver dívidas todo o seu património responde – o que significa justamente, ou que decorre dessa unitariedade. Há algumas situações que contrariam a unidade do património. Nas pessoas singulares, a principal situação é o estabelecimento comercial de responsabilidade limitada. Trata-se da possibilidade de um comerciante em nome individual afectar uma parte determinada do seu património ao seu negócio, de forma a limitar a responsabilidade do seu negócio quanto a essa parte do património. Este regime contende obviamente com o princípio da unidade do património.

A segunda característica do património é a da autonomia – as dívidas de um património restringem-se aos activos deste património. Isto parece não ter grande significado – as dívidas de alguém podem ser assacadas, digamos assim, a todo o seu património (art.º 601.º do CC). Mas então porquê falar em autonomia? Em algumas situações, para limitar o âmbito da responsabilidade patrimonial, "divide-se" o património – a herança é um património autónomo ou separado. Outro caso de património separado verifica-se no âmbito das pessoas colectivas – o caso das sociedades anónimas ou por quotas, em que só respondem pelas dívidas sociais os elementos do património da sociedade. São sociedades de responsabilidade limitada. Esta ideia de autonomia no património é sobretudo relevante para as situações em que haja admissibilidade de separações no património.

Aula teórica de 8 Março 2007:

Para hoje ficou a matéria relativa ao domicílio e ao regime da ausência.

No que interessa à Teoria Geral do Direito Civil, o domicílio é importante na medida em que é importante poder localizar as pessoas. O domicílio é a sede jurídica da pessoa, ou seja, o local onde, para efeitos jurídicos, a pessoa se tem por localizada. Este conceito é importante para a citação das pessoas, para o

mandato de captura, a adstrição para efeitos de voto, para acesso a cuidados de saúde, etc. Daí o Direito ocupar-se com o domicílio. Na maior parte dos casos, o conceito jurídico de domicílio coincide com o local onde a pessoa está, na prática. Conceito contraposto ao de domicílio é o conceito de ausência. Ausência deve entender-se em sentido jurídico sem correspondência a qualquer ausência material. A pessoa está ausente quando desapareceu e não se saiba qual é o seu paradeiro, sem se poder pois localizar. O regime jurídico do domicílio é bastante fácil, sem grandes problemas. Está retratado nos arts. 82.º e ss. do Código Civil, cabendo fazer várias distinções ou qualificações do domicílio.

Distingue-se domicílio geral de domicílios especiais. A pessoa tem um domicílio geral, mas para certos efeitos pode estabelecer domicílios especiais, domicílios especiais voluntários. Também há domicílios especiais de origem legal, os que são impostos pela lei. É o caso do art.º 87.º - qual o domicílio dos funcionários públicos, dos agentes diplomáticos, dos menores (anda tudo ali à volta). Quanto ao domicílio geral, a tal ideia do domicílio geral, esta matéria está tratada no art.º 82.º que estabelece várias regras.

A regra geral é a de que o domicílio coincide com a residência habitual da pessoa. Residência habitual não é necessariamente a residência permanente. A pessoa pode ter uma casa onde vive normalmente, e uma casa de férias. A sua residência habitual será aquela onde está mais tempo. Há a possibilidade de a pessoa ter mais do que uma residência habitual. Quem viva uma semana em Lisboa e outra no Porto, por exemplo por motivos profissionais. A lei estabelece, e esta é a segunda regra, que a pessoa pode ter em qualquer destas residências como domicílio habitual, residência habitual.

A terceira regra aplica-se a quem tem residência itinerante, por exemplo. Não tem residência habitual. A pessoa considera-se então domiciliada em qualquer residência ocasional, ou então onde quer que se encontre. É o que decorre do art.º 82.º n.º 2. Isto quanto ao domicílio geral das pessoas físicas, ou singulares. No caso das pessoas colectivas, a regra é que o domicílio das pessoas colectivas coincide com a sua sede. Essa sede é o domicílio. Esta regra está no art.º 159.º.

Quanto aos domicílios especiais, temos vários tipos de domicílios especiais. Em primeiro lugar, temos o domicílio profissional. Quem exerce uma profissão tem, em matérias profissionais, domicílio profissional no lugar onde a profissão é exercida. É a lição do art.º 83.º 1. Se exercer a profissão em lugares variados, cada um deles é o seu domicílio. Outro domicílio especial é o domicílio electivo, que decorre da escolha, ou eleição, das partes. As partes podem estipular para um negócio, por exemplo, um domicílio especial. Exige-se apenas que a estipulação desse domicílio seja reduzida a escrito. Trata-se então de um contrato preparatório, e é admissível nos termos em que visam que esses negócios surgem. Há depois as situações de domicílios legais, ou seja, categorias de pessoas que, conforme a natureza ou a função que desempenham, é a lei que determina qual o seu domicílio. No casos dos menores é residência d família, ou do progenitor a cuja guarda estiver. Se houver tutela é a residência do tutor (art.º 85.º n.º 3), ou se a criança estiver institucionalizada ou confiada a terceira pessoa, é esse o domicílio.

A lei estabelece ainda duas outras situações de domicílio legal: o domicílio legal dos empregados públicos (art.º 987.º) o domicílio legal dos agentes diplomáticos portugueses, que se consideram domiciliados em Lisboa. A razão de se fixarem estes domicílios é o interesse público.

Ao domicílio contrapõe-se o conceito de ausência. Se a pessoa está domiciliada, domicílio; se a pessoa desapareceu sem que se saiba o seu paradeiro, então está ausente. A noção jurídica de ausência decorre do n.º 1 do art.º 89.º do Código Civil. Para que se confirme juridicamente uma situação de ausência é preciso que estejam presentes os quatro elementos referidos nesta norma.

1. Alguém tenha desaparecido;
2. Não se trata de um desaparecimento simples, é um desaparecimento qualificado - alguém desaparece sem se saber onde está.
3. Esse alguém não tenha um representante legal ou voluntário, ou se o tiver, este esteja impossibilitado de exercer os poderes de representação;
4. O desaparecido tem que ter bens cuja administração tenha que ser assegurada.

Estes quatro requisitos, cumulativamente verificados, dão lugar ao instituto da ausência.

Os objectivos deste instituto são dois. Em primeiro lugar, é afastar os perigos que a não administração dos bens que tem que administrar. Aí, designa-se alguém que os administre - o chamado curador. Mas a ausência tem ainda como objectivo assegurar os interesses dos sucessores da pessoa que desapareceu, e portanto que o património daquele que desapareceu se mantenha íntegro para os seus sucessores. Ora à medida que a ausência se prolonga vai ser mais relevante este segundo interesse face ao primeiro. Isto permite reconhecer nestes dois interesses, que o instituto da ausência comporta várias fases que têm a ver com o período da ausência. Estas fases são:

1. A curadoria provisória (art.º 89.º);
2. Curadoria definitiva (art.º 99.º);
3. Morte presumida (art.º 114.º e ss.).

A estas fases correspondem os tais dois interesses. Na primeira avultam os interesses da administração dos bens do ausente, e na última avultam muito mais os interesses dos sucessores.

Começando com a curadoria provisória, nesta fase e desde que se verifiquem estes quatro requisitos, o Tribunal nomeia um curador provisório. Este curador provisório tem como objectivo prover a administração dos bens do ausente. A curadoria pode ser requerida pelo Ministério Público ou por qualquer interessado em que os bens sejam administrados. Qualquer interessado pode ser qualquer herdeiro da pessoa, ou qualquer credor, por exemplo. A lei prevê que haja diversos critérios de nomeação do curador provisório: é nomeado pelo Tribunal, pode ser Cônjuge, podem ser herdeiros, ou até credores. Não é necessário que seja a pessoa que requereu a curadoria. A lei estabelece que o curador provisório fica sujeito ao regime do mandato geral (art.º 1157.º do Código), e a regra geral é que pode praticar livremente actos de administração dos bens e que, quanto à disposição, carece de autorização. Se o ausente regressar ou se, mesmo que não regresse, providenciar quanto à Administração dos bens, ou se se tiver a certeza de que já não regressa porque morreu (art.º 98.º), cessa a curadoria provisória. Pode também cessar curadoria provisória por se passar à curadoria definitiva, nos termos do art.º 9.º Nesta fase da curadoria definitiva, já relevam os interesses dos proprietários dos bens, sendo quase como se tivesse morrido. É necessário que a pessoa tenha desaparecido sem deixar rasto já há algum tempo. Esse tempo é fixado no art.º 99.º em dois anos, se o ausente não tiver deixado representante legal nem procurador, ou cinco anos se tiver deixado procurador ou administrador. Não é necessário ter recorrido anteriormente a curadoria provisória. podem os bens ter ficado ao abandono durante dois anos, e ser então requerida a curadoria definitiva. Se já estiver em vigor a curadoria provisória, passa-se então à curadoria definitiva. O código diz ainda quem tem legitimidade para a requerer, e determina o Tribunal que uma vez instaurada a acção se devem abrir quaisquer testamentos do ausente, para se proceder a uma entrega e bens do ausente aos curadores definitivos. os curadores definitivos são os herdeiros, mas actuam ainda não na qualidade de herdeiros mas na qualidade de curadores, tendo portanto deveres e poderes de administração dos bens como os curadores provisórios. Esta situação manter-se-á, podendo cessar nos casos do art.º 112.º - o ausente regressa, o ausente dá notícias, sabe-se que ele morreu ou passa-se à fase seguinte, a declaração de morte presumida. A declaração de morte presumida só pode ser proferida após 10 anos sem notícias do ausente, ou cinco anos se o ausente, se fosse vivo, tivesse mais do que 80 anos (art.º 114.º n.º 1 do CC). O prazo é também de cinco anos se o ausente for menor. Estes critérios fundam-se em critérios de esperança de vida, nos casos dos idosos, sendo a lei obscura no caso dos menores. Não é necessário que este instituto da morte presumida tenha sido precedido das curadorias. A lei especifica ainda quem tem legitimidade para a requerer, e os seus efeitos são os mesmos da morte física - há abertura da sucessão e são distribuídos os bens aos herdeiros. Não se extingue o vínculo do casamento. Se o ausente, apesar disso, voltar, e se não tiver havido nenhum outro casamento, considera-se que o casamento se manteve sempre. Se o ausente voltar e tiver havido novo casamento, considera-se que o primeiro casamento foi dissolvido por divórcio à data da sentença da morte presumida. A solução anterior era ao contrário - dissolvia-se o

segundo casamento. Quais são os efeitos do regresso do ausente? O património é-lhe entregue no estado em que se encontra. Aqui os interesses relevantes já não são os do ausente, mas claramente os dos herdeiros.

Esta questão do casamento, que vimos acima, foi alterado a partir do momento em que se permitiu o divórcio - a chamada reforma de 1977 do Código - e está nos arts. 115.º e 116.º.

Aula teórica de 13 Março 2007:

Quando falamos em incapacidades, temos em conta que, embora a regra geral seja a de que as pessoas têm todas as situações jurídicas que a lei não impeça, e têm ainda capacidade de exercício (podem exercer pessoal e livremente as situações jurídicas de que são titulares), naturalmente o Direito civil não pode deixar de ser sensível a situações em que as pessoas comuns, as pessoas singulares, por qualquer razão não tenham o discernimento necessário à adequação das situações jurídicas. É assim que chegamos ao tema das incapacidades. Quando referimos incapacidades, queremos dizer que a pessoa tem uma incapacidade de ser titular de uma situação jurídica (incapacidade de gozo), ou então não pode exercê-la de forma pessoal e livre (incapacidade de exercício). As incapacidades podem ser de dois tipos: incapacidades momentâneas - por qualquer razão a pessoa, quando celebra um negócio jurídico, não está capaz de entender o sentido da sua declaração (incapacidade acidental, art.º 257.º), situação esta que é reconduzida a uma situação de falta de vontade; há depois uma incapacidade estável, duradoura. A incapacidade duradoura podem ser no mínimo prolongadas no tempo, e serão em regra permanentes, e é neles que incide o regime das incapacidades que estudaremos em seguida. O regime das incapacidades acidentais já foi aqui estudado.

A lei considera três razões para as tais incapacidades estáveis ou permanentes:

1. Idade - À tenra idade está associado um juízo de menor ponderação, e por força dessa associação reconhece como primeira grande incapacidade a incapacidade por menoridade. Esta matéria está regulada nos arts. 122.º e ss.;
2. Deficiência mental, ou a deficiência física sob a forma de cegueira ou surdez-mudez, desde que uma ou outra sejam altamente incapacitantes, e são altamente incapacitantes quando delas decorre que a pessoa é incapaz de gerir a sua vida e os seus bens. Para estas situações, a lei estabeleceu o regime jurídico da interdição (art.º 138º e ss.);
3. Deficiência mental ou física de uma pessoa que não seja totalmente incapacitante, mas apenas moderadamente incapacitante. Dentro desta terceira categoria de situações, constitui ainda o mesmo efeito determinados traços de carácter da pessoa que lhe dêem a mesma incapacidade. A lei reconhece a toxicodependência ou a prodigalidade. Para este tipo de situações, a lei estabeleceu o regime da inabilitação (art.º 156.º e ss.).

Qual é o objectivo do regime das incapacidades, ou dos vários regimes de incapacidades? Eles têm um objectivo geral, o de proteger os próprios incapazes através de meios especificamente estabelecidos para que sejam praticados os actos que eles não podem praticar. Chama-se a este respeito a atenção para uma classificação muito antiga (v.g. Castro Mendes), que é a distinção entre meio de suprimentos e formas de suprimento das incapacidades. Quando falamos em meios de suprimentos da incapacidade, falamos em institutos jurídicos previstos pela lei que permitem a prática daqueles actos que o incapaz, pelo facto de ser incapaz não pode praticar pessoal e livremente. Estes institutos são o poder paternal (para suprir a incapacidade por menoridade), a tutela (para suprir a incapacidade por menoridade se não houver quem exerça o poder paternal, ou para suprir a incapacidade por interdição), e a curatela (para suprir a incapacidade ou inabilitação. Coisa diferente é saber como é que os actos podem ser praticados legalmente. Pensamos aqui não no meio, mas na forma de suprimentos. Os modos de actuação podem ser um de dois: a lei prevê que o acto possa ser praticado através da representação legal (o representante legal age em nome e no interesse do incapaz), ou ainda a prática do acto através da assistência (os actos são praticados pelo próprio incapaz, contudo ele é coadjuvado por alguém, necessitando da autorização ou

presença no próprio acto daquele que é, por exemplo, o seu curador). Esta instituição é mais frequente no caso da inabilitação, mas não é exclusiva deste meio de suprimento.

Comecemos hoje pela incapacidade por menoridade.

Este é um regime a ter como regime geral. Porquê? Porque o regime da interdição e da inabilitação a lei só se preocupa com eles no que forem diferentes do regime da menoridade. O primeiro aspecto é a delimitação da situação de menoridade. Sobre isto dispõe o art.º 122.º: é menor quem não tiver ainda completado 18 anos de idade. Esta norma foi alterada com a chamada reforma de 1977. Antes, a idade era de 21 anos. Na sequência desta "descida" da idade da menoridade, desapareceu também deste regime o regime da emancipação, uma figura que estudaremos, pois havia uma emancipação por autorização dos pais aos 18 anos. Este critério é evidentemente formal - aos dezoito anos e menos um dia, não pode reger os seus negócios jurídicos; aos dezoito e um dia, já pode. Porquê fixar aqui esta fronteira? Poderia ter sido fixada aos 17, aos 21, aos 18 e meio... A pessoa não se torna substancialmente mais capaz por perfazer 18 anos. Mas havia que fixar a fronteira qualquer, agora é esta. Isto não significa que o sistema jurídico não seja sensível, por várias vias, a que, abaixo dos 18 anos, haja patamares intermédios de capacidade. Esta é a linha divisória geral, mas há duas formas pelas quais o sistema jurídico evidencia essa sensibilidade a uma evolução lenta com a idade. Em primeiro lugar, abaixo dos 18 anos são reconhecidos, para certos efeitos jurídicos, outros patamares de idade como relevantes. Por exemplo, aos **17 anos** cessa a chamada inimputabilidade - a impossibilidade de atribuir a alguém determinado facto, e as suas consequências. A partir dos 14 anos, numa acção de atribuição do poder paternal, o filho tem o direito a ser ouvido pelo juiz. Isto não significa que possa escolher com quem quer ficar, mas sim que a sua opinião é tida em conta pelo juiz na decisão final que venha a adoptar. A partir dos 16 anos, o menor pode casar, sendo certo que obviamente casar é um acto da maior importância, e daí só 2 anos antes. Isto foi também uma alteração feita na reforma de 1977, porque antes para as meninas eram aos 14 anos e para os rapazes aos 16. É também a partir dos 16 anos que cessa a inimputabilidade penal dos jovens. Com os 16 anos também, o menor adquire capacidade para trabalhar. Também a partir dos 16 anos pode administrar os bens que obtenha com o seu próprio trabalho (art.º 127.º do CC). Quer isto dizer então que a lei, não só o Código Civil mas também outros diplomas, reconhecem patamares etários inferiores para a prática ou responsabilidade pela prática de certos actos. Por outro lado, o Código não deixa de ponderar a chamada aptidão natural das pessoas, independentemente da aquisição da sua capacidade plena apenas aos 18 anos. Para que efeitos valoriza o Código a aptidão natural? Para os chamados actos decorrentes da vida normal do menor. Se a filha do Sr. Miguel, que tem 15 anos, for à papelaria comprar o jornal, ela pode fazê-lo.

Quais são as consequências de a pessoa ser considerada menor até aos 18 anos? As consequências são drásticas. Diz-nos a lei (art.º 123.º): salvo disposição em contrário, os menores carecem de capacidade para o exercício de direitos. Esta é, em primeiro lugar, uma situação de incapacidade de exercício. Só em algumas situações é que estamos a falar de situações de incapacidade de gozo - um menor com 13 anos não pode casar; um menor não pode perflhar; um menor não pode testar. O menor com 10 anos pode ter casas, mundos e fundos, não os pode administrar. Regra geral, a incapacidade dos menores é pois uma incapacidade de exercício e não uma incapacidade de gozo. Como incapacidade de exercício, o que o menor não pode é praticar pessoal e livremente os direitos correspondentes às situações de que é titular. Como incapacidade de exercício, é uma incapacidade genérica.

Acima ficou enunciada a regra. Mas diz a lei que pode haver disposições em contrário. São as tais excepções à incapacidade dos menores. E quais são elas? São as que estão previstas no art.º 127.º. Temos aqui três tipos de situações:

1. Actos de administração e disposição de bens adquiridos pelo trabalho (art.º 127.º n.º 1 al. a)). Se o menor pode trabalhar a partir dos 16 anos, desde que se verifiquem as condições dos arts. 50.º e ss. do Código do Trabalho, então naturalmente ele pode administrar ou dispor dos bens que tenha adquirido por via do seu trabalho. Quer isto dizer que, se só o pode fazer depois dos 16, antes tem uma incapacidade de

gozo - não pode sequer trabalhar. Esta regra tem, todavia, que se conjugar com uma regra do Código do Trabalho sobre o destino da remuneração, uma vez que o Código do Trabalho distingue entre capacidade para trabalhar e o regime da remuneração, e só permite a que os progenitores se oponham a que o menor aufera directamente a retribuição. Se houver tal disposição dos pais, são eles quem recebe. Esta norma prevalece, por ser posterior, ao Código Civil.

2. São válidos os negócios jurídicos decorrentes da vida do menor, que estejam ao seu alcance, e que impliquem despesas de pequena importância. Está aqui ligada a tal ideia de aptidão natural. Aqui tem-se por "capacidade" uma representação de "aptidão", isto é, ao alcance da sua compreensão. Por outro lado, temos outro conceito indeterminado - negócios próprios da vida corrente do menor. A vida corrente de um menor que está deslocado a estudar tem que incluir, se calhar, negócios diferentes dos de um menor que está em casa dos pais. A vida corrente de um menor de classe alta será diferente de um menor de classe pobre. Temos ainda outro conceito indeterminado - bens de pequena importância. Um bem de pequena importância será diferente para um rico menor que para um pobre menor ou de um menor rico para um menor pobre... as palavras fazem mesmo diferença, não é? Ah pois é!). E a fórmula legal é pois relativamente elástica, pois há que preencher aqui estes conceitos indeterminados no caso concreto. Esta excepção tenta também diminuir os efeitos da tal quebra formal, de 18 anos num dia.

3. Negócios relativos à profissão, arte ou ofício que o menor tenha sido autorizado a exercer, etc. Esta norma tem uma redacção muito desactualizada. Profissão, arte ou ofício, faz apelo a contratos do tempo da outra senhora, tipo contratos de aprendizagem e assim. Esta interpretação tem que ser uma interpretação actualizada, para abranger contratos de prestação de serviços, de trabalho, etc. Também esta norma exige conjugação com o Código Do Trabalho, porque há autorização dos pais que pode ter formas diferentes consoante a idade do menor. Qual é a diferença entre esta alínea (c)) e a al. a)? Numa, fala-se de dispor dos rendimentos (al. a)); noutra, nesta, fala-se dos actos que haja que praticar no âmbito de certa profissão específica. Esta alínea deve ser conjugada com o n.º 2 - só os bens de que o menor possa dispor no exercício dessa profissão é que são responsáveis pelos actos que venha a praticar no exercício da mesma.

E como se poderá suprir esta incapacidade genérica dos menores?

Há aqui que distinguir entre meios de suprimento e forma de suprimento.

O meio de suprimento típico da incapacidade dos menores é o poder paternal (art.º 124.º). Subsidiariamente, é a tutela (art.º 129.º). A lei não regula aqui nem um nem outro, até porque temos que ir ao regime jurídico respectivo. Estudá-lo-emos melhor em Direito da Família, mas vejamos para já alguns traços.

O poder paternal é regulado nos arts. 1877.º e ss. Interessa-nos agora especificamente o art.º 1901.º, que nos diz quem é que tem o poder paternal. A situação é diferente consoante os pais sejam ou não sejam casados. A regra também foi alterada em 1977. Diz-nos a lei que, na constância do matrimónio, o poder paternal pertencer a ambos os pais. Se houver impedimento de um dos pais, é exercido automaticamente pelo outro (arts. 1901.º n.º 2 e art.º 1903.º). Se os pais viverem em união de facto, a ambos pertence o poder paternal, desde que o declarem no registo civil. Se não habitarem juntos, pertence ao progenitor que detenha a guarda da criança, o mesmo sucedendo em caso de divórcio, a menos que hajam acordado na fixação do poder paternal para ambos (art.º 1906.º). Há aqui diversas disposições que têm a ver com situações típicas de entrega do menor, divórcio, viuvez, casamento, etc. Mas esta é a regra geral. Quanto à tutela, o art.º 124.º remete, subsidiariamente, para o regime de tutela. Quando é que há lugar a tutela? Se faltarem os progenitores, ou se este lhes houver sido retirado, coisa difícil de acontecer mas possível, por exemplo por prática de actos indignos, violência sobre o menor, etc. Há lugar ao deferimento da tutela se os pais forem incógnitos ou se estiverem há mais de seis meses impedidos de exercer o poder paternal. As situações em que o menor é sujeito a tutela estão no art.º 1921.º. Pode ainda excepcionalmente ser instituído ao menor um regime de administração de bens. Quando? Quando a gestão de alguns bens do menor seja confiada pelo Tribunal a pessoas diferentes dos pais. Suponha-se um avô que deixe algo ao neto, mas que como já sabe que o filho gasta tudo, determina em testamento que aqueles bens que deixou ao filho devem ser administrados pelo Sr. Dr. Z. Há também situações em que, sem ser por este tipo de

coisas, por qualquer outra razão, os pais podem estar impedidos relativamente ao exercício do poder paternal em matéria de exercícios de direitos patrimoniais. É o caso de um menor que tenha um pai pródigo, alguém que gasta, gasta, gasta e gasta. O direito da família, que é a regulamentação do poder paternal, contempla uma regulamentação bastante exaustiva. Devemos retirar o essencial - quem é titular e que o poder paternal é exercido no interesse dos filhos. Por um lado é uma situação de vantagem (é um poder), mas é de exercício vinculado (não se pode renunciar), e tem que ser exercido no interesse do menor. A doutrina portuguesa chama-lhe um poder-dever. O poder paternal tem um conteúdo bastante amplo: contém aspectos relacionados à pessoa do próprio filho e aspectos também patrimoniais. Os filhos têm, em relação aos pais, um dever genérico de obediência. Esse dever também tem limites. A lei consagra o dever de obediência no art.º 128.º do CC, exceptuando o que seja ilícito ou imoral. O dever de obediência é em relação aos pais mas também em relação ao tutor. Isto quanto ao meio de suprimento da incapacidade. Quanto à forma - como são praticados os actos que o menor não pode praticar pessoal e livremente -, a forma é a representação legal. Os titulares ou do poder paternal ou da tutela (os pais ou o tutor), actuam em representação dos filhos, nos termos do art.º 1881.º. Ou seja: praticam os actos em vez do menor que é incapaz.

Aula teórica de 15 Março 2007:

Na aula passada, estabelecemos a tipologia das incapacidades, e começámos a apreciação da primeira situação de incapacidade, a de incapacidade por menoridade. hoje vamos terminar a apreciação dessa matéria, referindo-nos ainda também aos dois outros regimes que o Código Civil estabelece para o suprimento de incapacidades - a interdição e a inabilitação.

Quanto à incapacidade por menoridade, falamos dos aspectos gerais, dos 18 anos e das várias situações intermédias; caracterizámos este tipo de incapacidade como uma incapacidade genérica, e vimos as várias excepções à incapacidade - o regime do art.º 127.º, e apreciamos ainda o modo de suprimento da incapacidade, com referência aos institutos do poder paternal, da tutela e da administração de bens. Falta resolver o problema de saber o que acontece aos actos praticados pelo menor não no âmbito de uma excepção da incapacidade, mas sim no âmbito dessa mesma incapacidade, ou seja, o que sucede se o menor pratica um negócio jurídico não obstante não ter capacidade para ele - uma compra e venda, uma doação, blá-blá, blá-blá. Sobre esta matéria, diz-nos o art.º 125.º que os actos jurídicos praticados pelos menores no âmbito da sua incapacidade são anuláveis. A anulabilidade é pois o desvalor associado a estes negócios jurídicos. Porquê esta sanção? O que está em causa é proteger o menor, e portanto o interesse privado, não um interesse público ou um interesse geral. Estes negócios são, pois, anuláveis. Mas quem pode determinar esta anulação? Diz-nos a lei que tem que haver um interesse e só o interessado é que pode requerer a anulação do acto. Mas quem é aqui o interessado? Note-se: o menor é incapaz, logo ele não será, certamente, e a chuva não bate assim. Os negócios podem ser anulados, em primeiro lugar, a requerimento do progenitor que exerça o poder paternal, do tutor ou do administrador de bens, ou seja, da pessoa que exerça normalmente a capacidade de exercício. E que prazo é esse? Diz-nos a lei que é essa anulação há que pedir no prazo de um ano a partir da altura em que se tome conhecimento, mas nunca depois de o menor fazer 18 anos. Repare-se nas semelhanças e nas diferenças com a anulabilidade como já a conhecemos. O prazo é o mesmo, de um ano, mas conta-se a partir da data em que se tome conhecimento do negócio. Exemplo: Armando Confusão, vendeu a 1 de Janeiro o carro que o avô lhe tinha deixado em testamento, ficcionemos. Os pais do Armando Confusão só voltam do Japão a 1 de Fevereiro. Será até 31 de Janeiro do ano seguinte que se poderá pedir a anulação. Mas há aqui uma nuance: se o Armando Confusão tivesse 17 anos e meio a 1 de Fevereiro, o prazo acabava quando ele fizesse 18 anos. Só não há dependência de prazo nos casos do n.º 2 do art.º 287.º. Que casos são esses? É no caso de o negócio não estar cumprido. Tal como sucede em relação à anulabilidade em geral, não há aqui pendência de prazo para requerer a anulação do negócio. Só se o negócio estiver cumprido é que se contam estes prazos.

Segunda hipótese: quem mais pode requerer a anulação do negócio? O próprio menor o pode fazer, e pode fazê-lo no prazo de um ano a contar da sua maioridade ou emancipação. Repare-se que a maioridade pode

ocorrer já depois de um ano do negócio celebrado. Mas é por causa desta hipótese aqui que o n.º 1 surge comprimido, ou limitado, até aos 18 anos. Assim, os pais podem ter o tal prazo de um ano e, se o não praticarem, o menor terá outro prazo quando fizer 18 anos. A lei ainda prevê que o menor morra e deixe herdeiros. Para esse caso, atribui-se legitimidade a qualquer herdeiro do menor no prazo de um ano após a sua morte, sua do menor, desde que o menor não morra mais de um ano depois de atingir a maioridade. Porquê? Porque dentro desse prazo o de um ano após a maioridade ou emancipação do menor. É pois um regime bem amplo de anulabilidade. Apesar de tudo, a lei estabelece um limite, que é o que consta do art.º 126.º. Se o menor tiver usado de dolo para se fazer passar por maior, etc., não pode usar a faculdade prevista na al. b) que acima vimos. Não se trata de simples dolo na prática do negócio. O dolo aqui será fazer-se passar por maior. Quando isso suceder, ele não poderá depois quando for maior vir prevalecer-se da sua maioridade para atacar o negócio que praticou dolosamente. O dolo, já o vimos, trata-se de um artifício ou sugestão para induzir alguém em erro, ou não dissimular o erro em que já está (art.º 253.º). A doutrina discute a propósito deste artigo uma outra questão: este regime do art.º 126.º será só aplicável à acção proposta pelo menor no ano subsequente à maioridade ou emancipação, ou não poderão também os seus representantes nem os seus herdeiros? O Prof. Pedro Paes de Vasconcelos diz que ninguém pode requerer - se o menor usou de dolo, nem ele, nem os representantes, nem os herdeiros podem requerer esta anulação. Haveria aqui um terceiro a tutelar. Oliveira Ascensão e Antunes Varela dizem que os pais podem, mas os herdeiros não - os herdeiros sucedem, nas situações jurídicas, ao menor que morre, porque os herdeiros, lá está, pegam nas situações e posições jurídicas do menor tal qual como estão. Já os pais ou, em suma, os representantes, poderão fazê-lo, pois ao representá-lo eles deverão gozar dos poderes o mais amplos possíveis, dado que eles na prática é que têm que zelar pelos actos do menor, digamos assim. Isto independentemente de haver ou não lugar a responsabilidade pré-contratual! Prevê ainda a lei que, quanto a este caso, a anulabilidade possa ser sanável, nos termos do regime geral, aqui com especificidades (art.º 125.º n.º 2), quer por confirmação do menor quando atingir a maioridade, quer por confirmação dos progenitores/tutores/administradores, desde que pudessem celebrar o negócio pelo menor. Temos aqui pois um regime bastante protector do menor, prevalecendo claramente o interesse dele, com excepção do dolo. Esta questão do desvalor dos actos jurídicos praticados pelo menor no âmbito da sua incapacidade.

Por fim, quando cessa essa incapacidade? A incapacidade cessa numa de duas situações:

1. O menor atinge os 18 anos (arts. 129.º e 130.º). O efeito desta cessação é pleno - a partir da maioridade passa a ter uma capacidade genérica e plena de exercício dos seus direitos;
2. Em caso de emancipação (art.º 138.º).

A situação de maioridade é, como já vimos, de capacidade plena. Só assim não sucede nos termos do art.º 131.º. O que o art.º 131.º nos diz é que há certas situações em que, apesar de o menor atingir 18 anos, pode não cessar o poder paternal ou a tutela. Quando? Em situações relativamente raras: quando for instituída para protecção desse menor que se torna maior o instituto da interdição ou da inabilitação. Suponhamos que o menor é deficiente profundo. Porque ele é menor, o Tribunal nada faz, porque ele está sujeito ao poder paternal. Contudo, aos 18 anos ele passaria a ser maior. O que fazer então? Os pais podem propor uma acção de interdição ou inabilitação, no prazo máximo de 1 ano antes de ele fazer 18 anos, requerendo a incapacidade respectiva. Caso esteja a correr esta acção, até ao trânsito em julgado da sentença manter-se-á esse poder paternal. Isto significa, voltando ao art.º 125.º n.º 1 al. a), que nestas situações, enquanto se mantiver o poder paternal, o prazo poderá ser então maior para anular os negócios - tanto maior quanto tempo demorar a acção a ser resolvida, o que em Portugal... Oh meus amigos...

Falta agora falar na emancipação, a possibilidade de o menor ser equiparado, para diversos efeitos, ao facto de ser maior. Ele não passa a ser maior, passa a ser menor emancipado. A emancipação no Direito português só pode ocorrer pelo casamento (art.º 132.º). Anteriormente, os pais podiam, aos 18 anos, autorizar a emancipação, entre os 18 e os 21, que existia em paralelo com a emancipação por casamento. Hoje não faz sentido.

Que efeitos produz a emancipação? O menor passa a ser menor emancipado - note-se: não é maior! Para isto acontecer, primeiro é necessário que os pais tenham dado autorização para o casamento. Se os pais não a derem nem for suprida essa falta de autorização por nenhuma autoridade pública (Conservador do Registo Civil), será um casamento irregular, com regime especial. Se o casamento tiver sido autorizado, aplica-se o art.º 133.º. Sobre os casamentos não autorizados, dispõe o Art.º 1649.º que a administração do património anterior ao casamento continua a pertencer, até à sua maioridade, ao pai e à mãe. Há ainda questões, como a do trabalho dos menores, em que mesmo emancipados continuam a ser menores.

É bom reter este regime de incapacidade por menoridade, porque este é o regime regra nas incapacidades, e a interdição e inabilitação remetem nalgumas partes para este regime.

A interdição tem os fundamentos previstos no art.º 138.º, desde que sejam verificadas duas situações:

1. Sejam aplicados a maiores - se forem menores avança o poder paternal;
2. Não é qualquer surdez-mudez, cegueira ou anomalia psíquica - só aquela que for totalmente incapacitante (art.º 138.º n.º 1): só podem ser interditos os sujeitos que se mostrem incapazes de governar as suas pessoas ou bens.

Do n.º 2 do art.º 138.º resulta que estas acções podem ser requeridas ainda num ano antes da menoridade, para que se tornem eficazes na sua maioridade.

Quais são os meios e formas de suprimento da incapacidade por interdição? Em regra, eles são equiparados aos menores (art.º 139.º). Havendo uma incapacidade genérica de exercício, a forma adequada de suprimento é ainda a representação. É uma representação legal, note-se, não é uma representação voluntária. O meio é a tutela. Em alguns casos, essa tutela é assistida pela administração de bens. A lei determina as pessoas a quem pode ser incumbida a tutela no art.º 143.º. Se se tratar de um jovem, o que vai acontecer é que serão os pais que continuam a exercer o poder paternal. Nos restantes casos, será designado um tutor. A lei depois atribui competências aos tribunais - isto é um processo judicial! - e diz no art.º 141.º do Código Civil quem pode requerer esta interdição. O Tribunal pode decretar providências intermédias enquanto não estiver deferida a tutela, e decretará ainda quem exerce interinamente a tutela (arts. 143.º e 144.º, respectivamente), e estabelece ainda alguns deveres especiais do tutor nesta matéria (cuidar da saúde, da pessoa, etc.). O tribunal tem total liberdade na medida que decreta. O tribunal pode, solicitada uma interdição, decretar apenas inabilitação, ou vice-versa. A lei preocupa-se depois especificamente com a publicidade da sentença de interdição (art.º 147.º), porque também relativamente aos actos praticados pelo interdito temos que saber qual o valor que têm. O interdito, já foi dito, é genericamente incapaz de exercício. Então e se ele comprar, vender, doar, mesmo incapaz? A lei distingue várias situações consoante o momento em que é praticado o negócio e a relação desse momento com o da sentença da declaração. Se o momento for anterior à entrada da acção, o negócio é anulável (art.º 148.º); se for posterior ao início da acção, e se a interdição não for decretada,.. (Ver o código). Os actos anteriores à publicitação da acção os negócios são válidos, salvo se se verificarem os requisitos da incapacidade accidental (art.º 257.º) - se a incapacidade for notória ou conhecida do declaratório. Ver isto melhor no Código e no Tratado do Prof. MC.

A interdição é uma situação de grande estabilidade - uma vez decretada, está lá para durar - mas a lei coloca a possibilidade de a interdição ser levantada (uma pessoa que sofre de uma doença psíquica grave mas que se cure, por exemplo). Esse levantamento tem, contudo, que ser judicial (art.º 151.º). Nos restantes aspectos, aplica-se o regime da menoridade: são válidos os actos praticados no âmbito da vida corrente (art.º 127.º), etc., com as adaptações que se julgarem necessárias. O mesmo se diz da possibilidade de anular, por quem, como, etc.

Por fim, falaremos da inabilitação.

O regime está previsto nos arts. 152.º e ss. Aqui temos dois tipos de fundamentos:

1. Comuns à interdição mas menos graves (anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira, mas não tão graves que justifiquem a interdição), embora tenham que ser de carácter permanente e menos graves que a interdição;
2. Fundamentos específicos - a habitual prodigalidade, o abuso de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes, desde que as pessoas se mostrem incapazes de reger convenientemente o seu património.

A prodigalidade tem a ver com a dissipação de bens - não basta ser gastador, é preciso ser um pródigo, ser um dissipador de bens, sendo que esse facto de ser dissipador tem que decorrer do facto de ser incapaz de gerir o seu património. O mesmo a dizer quanto a quem bebe ou a quem se droga. Quando isso sucede, o raciocínio da ordem jurídica é sempre o mesmo: proteja-se os rapazes, coitadinhos. Outra pessoa os substituirá? Quem? O curador - a curatela é o meio de suprimento da incapacidade por inabilitação (art.º 153.º). O curador assiste o incapaz na prática do acto - ele confirma o acto, não se substitui ao incapaz na sua prática. Este regime é feito, note-se, para situações de incapacidade menos gravosas, pelo que o que é preciso é só que alguém o ajude. Normalmente, os inabilitados não vêm a sua gestão da vida pessoal normal afectada pela necessidade de curador - só os actos de disposição (art.º 153.º). Isto não impede que a sentença, de forma mais maleável do que a que existe para as outras formas de incapacidade, mas há um regime normal - actos de administração são livres, actos de disposição vinculados à autorização. A administração é atribuída pelo Tribunal ao curador (art.º 154.º), e ele pode ser assistido por um conselho de família. Em tudo o resto a lei manda remeter para o regime das interdições, e daí por remissão dupla ao regime da menoridade. Falta só dizer que antes do 25 de Abril havia outras incapacidades, como a da mulher casada, e agora recentemente o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (2004), criou uma nova forma de incapacidade - a pessoa que seja declarado insolvente, em processo de insolvência, é inabilitado para a prática de actos patrimoniais, e se for uma pessoa singular o Código de Insolvência e Recuperação de Empresas (CIRE), se for uma pessoa singular, pode declará-lo inapto. É algo incompreensível, mas dura lex sed lex.

Tal como a interdição, a inabilitação também pode ser levantada, mas só ao fim de cinco anos.

Na próxima aula passaremos à matéria das pessoas colectivas.

Aula teórica de 20 Março 2007:

Hoje vamos iniciar uma nova matéria ainda na teoria geral das pessoas, a matéria das pessoas colectivas, que corresponde ao capítulo III do nosso programa em matéria de pessoas. Na apreciação desta matéria, há que ter em conta os seguintes problemas que nos vão ocupar nas próximas aulas:

1. Delimitação geral – o que são as pessoas colectivas, como surgiu e se desenvolveu a ideia de personalidade jurídica colectiva;
2. Regime jurídico das pessoas colectivas no Direito civil português;
 - 2.1. Análise estrutural – estabelecimento do conceito e várias classificações das pessoas colectivas, distinguindo-as segundo diversos critérios, discutindo ainda questões relativas ao fim e ao objecto social das pessoas colectivas. Analisaremos ainda várias modalidades (associações, fundações e sociedade civil);
 - 2.2. Análise dinâmica – como as pessoas colectivas se constituem, funcionam, modificam e extinguem (o nascimento e o termo da personalidade jurídica colectiva).
3. Associações sem personalidade jurídica;
4. A questão da desconsideração da personalidade colectiva;

Esta matéria, a par da matéria do negócio jurídico, é a mais complicada do ponto de vista dogmático na teoria geral. Além disso, é uma matéria engraçada, apesar da sua exigência dogmática. Esta matéria é

muito desenvolvida pelo Prof. Menezes Cordeiro, que como sabemos se tem dedicado muito nos últimos anos ao direito das sociedades, e a base está toda aqui. Ora apresentam-se ainda algumas dificuldades de linguagem, por vezes um pouco mais difícil.

Começemos por identificar o conceito de personalidade jurídica colectiva e de pessoa colectiva. Quando apresentámos a teoria das pessoas, dividimos entre pessoas singulares ou físicas e pessoas colectivas, também chamadas pessoas morais ou jurídicas. Simplesmente, as duas realidades são de apreensão muito diferente para o Direito. As pessoas físicas são algo que se impõe ao Direito. Como diz o Prof. Ascensão, as pessoas jurídicas singulares são um dado pré-legal, pré-jurídico. Pelo contrário, as pessoas colectivas nada têm de intuitivo. Elas têm de ser uma criação da ordem jurídica, por não terem existência física real. O verdadeiro problema dogmático das pessoas colectivas é tratar entes que são uma criação do intelecto como se fossem pessoas reais. Este é o problema dogmático essencial das pessoas colectivas. A construção dogmática da pessoa colectiva tem apaixonado a doutrina civilista desde o século XVII, e está ainda longe de estar totalmente estabilizada. Compreende-se pois que, ao contrário das pessoas singulares que são apreensíveis a partir do momento que haja uma comunidade jurídica, as pessoas colectivas começaram por não ser reconhecidas pelo Direito, que durante séculos e séculos só se ocupou dos problemas das pessoas singulares (capacidade, negócios, responsabilidade, problemas familiares, problemas ligados à propriedade, problemas sucessórios, etc.). Toda a organização do Direito Civil estruturada nas várias áreas tem subjacente a ideia de pessoa, mas de pessoa física. Durante séculos, a ordem jurídica ignorou outra realidade que não fosse essa. Por isso é que no Direito Romano não se encontra, no Corpus Juris Civilis ou noutras fontes, referências a entes colectivos. Não quer dizer que não os haja – agremiações, colectividades de cidadãos, agremiações profissionais, agremiações políticas, etc. Simplesmente, elas são só isso – agremiações. O que sucede quando se levanta o problema jurídico decorrente dessas agremiações é que, se se quiser atacar esse problema juridicamente, atacam-se os membros dessas agremiações, as pessoas físicas que as constituem. O direito não reconhece pois um ente colectivo que não seja a soma dos membros físicos que o integram. O reconhecimento juridicamente relevante de um ente colectivo é estranho ao Direito Romano, porque o Direito Romano é profundamente individualista – baseia-se na ideia das pessoas e não na ideia de outro ente colectivo que possa ser titular de situações jurídicas

Na Idade Média surge um esboço do que possa ser uma pessoa colectiva na ideia de universitas – uma universalidade, um conjunto. Glosadores e comentadores já reconhecem o conceito de universalidade para tratar conjuntamente um conjunto de coisas. Mas essa ideia de universitas está quase sempre ligada às coisas, e não às pessoas. Uma universalidade é uma coisa que vale juridicamente por ter um conjunto de elementos. Um conjunto de livros é uma universalidade. Um rebanho é uma universalidade. Uma cambada é uma universalidade. Mas é no Antigo Regime que se desenvolvem mais as corporações, quer seja com um objectivo social quer seja com um objectivo comercial, quer seja com um objectivo económico, etc. Não se pode pois dizer que os fenómenos colectivos não tivessem tido uma implantação forte no Antigo Regime

O liberalismo já conhece o conceito de corporação, daí que seja a partir desse conceito que se comece a elaborar a definição de pessoas colectivas. A primeira definição é de pessoas morais, e deve-se a Puffendorf. Pessoas morais é uma definição que dá a ideia de uma personalidade criada pelo nosso engenho, pelo nosso intelecto. Pessoas morais opõem-se a pessoas físicas – as físicas não são criação do nosso espírito (a menos que estejamos com visões alucinadas), enquanto as pessoas morais são-no. Mais tarde, Savigny prefere a definição de pessoas jurídicas, que ainda hoje figura em certos civilistas tradicionais. Pessoas jurídicas opõe-se ainda a pessoas físicas. Pessoas física sé o Manel, o Jaquim, o Zé, pessoas colectivas jurídicas são a Universidade, a PT, a Associação de Caçadores do Vale da Burra. Entre nós, a expressão pessoas colectivas foi utilizada pela primeira vez pelo Prof. Guilherme Moreira, de novo por oposição a pessoas físicas ou singulares. Esta expressão é, passe-se o pleonasma, bem ilustrativa do que está em causa. Representa um conjunto. Esse conjunto pode ser patrimonial (uma fundação) ou

pessoal (a Associação de Caçadores e Pescadores da Horta da Ti Alzira, onde passa um regato que mal tem água no Verão). Chegamos assim à designação de pessoa colectiva. Todavia, convém sabermos que pessoa moral ou pessoa jurídica se referem à mesma realidade. Ainda hoje em França, o conceito é pessoa moral. O Código Civil Austríaco também. Nós por cá usamos mais pessoas colectivas.

As pessoas colectivas não se impõe naturalmente ao Direito como acontece com as pessoas físicas, daí que o tratamento dogmático da figura de pessoa colectiva seja feito no século XIX. O que constituiu o desafio, para o qual a pandectística do século XIX já está preparada, é o de tratar uma realidade que não tem existência física, e que resulta do engenho humano. Hoje em dia, e depois de algum descanso, a doutrina está outra vez fortemente a discutir a personalidade colectiva. Interessante será verificar que o centro da discussão se deslocou – começou num lado e está noutra. No início, quando se começou a discutir a personalidade colectiva, o que os autores queriam atingir era a justificação do facto de um ente criado pela mente, poder ser titular de situações jurídicas como a Maria ou o Manuel. Hoje, séculos passados, sem dúvidas para o Direito de que a Sociedade Azul e Verde pode ser titular do prédio da Av. de Berna n.º 9000 ou de outras quaisquer situações jurídicas, discute-se hoje se em alguns casos a personalidade colectiva não poderá ser excessiva, com resultados perversos, e quando isso aconteça se se deva ir atrás do que está por trás dessa noção, isto é, as pessoas que formam a pessoa colectiva. Estamos aqui perante a desconsideração da personalidade colectiva. Esta discussão só será abordada no fim de toda a matéria das pessoas colectivas.

Traçado o quadro geral, vamos agora ver, por aproximação, como se chegou ao conceito e à ideia de personalidade colectiva – ocupamo-nos pois da construção dogmática.

Em Roma, já o vimos, não havia o conceito de pessoa colectiva. No entanto, o conceito de povo romano e de cidadão romano é a antecipação da ideia moderna de Estado que hoje conhecemos. Dentro do povo romano, há várias pessoas que hoje chamaríamos pessoas colectivas no âmbito do Direito público – o caso dos municípios – e há entes privados colectivos (*universitas*, *colegia*). Contudo, em termos jurídicos, estes grupos não são diferentes da soma dos seus membros, e portanto as *actiones* romanas que se podem pôr são contra todos os membros de cada um destes grupos. Eles têm que ser atacados individualmente. O mesmo se passa na Idade Média. O conceito de *universitas* não é um conceito dogmaticamente operativo, já que são os membros da *Universitas* que são atacados e não a *universitas* em si

A partir do humanismo, e no âmbito da Segunda Sistemática, já se admite que haja, ao lado das pessoas físicas, corpos sociais que têm relevo jurídico como se fossem pessoas singulares. Com base nesta ideia, Puffendorf desenvolve o conceito de pessoas morais, e um pouco mais tarde Kant vai fazer a primeira abstracção do conceito de personalidade colectiva, recorrendo à ideia de imputação. Diz Kant que se deve reconhecer um ente diferenciado sempre que possam ser diferenciados efeitos jurídicos (será isto?). Trata-se de escapar ao problema da personificação – não é preciso dizer que é uma pessoa jurídica, é só preciso dizer que lhe são atribuíveis efeitos e factos jurídicos autónomos. O pensamento de Kant é vital para se compreender a pessoa colectivas, mas não vai transparecer no primeiro Código que vem a seguir – o de Napoleão. Por uma razão simples: a administração francesa era contrária a qualquer corporação, a qualquer manifestação colectiva. Ora no Antigo Regime as corporações estavam associadas a formas de poder – elas existam em para que os membros dessa corporação tenham em conjunto mais poderes do que cada um dos seus membros individualmente considerados. Perante a Revolução Francesa, e perante o seu ideário, as corporações eram um perigo, daí que em 1791 tenha sido proclamada uma lei que proibiu todo e qualquer fenómeno corporativo, por os considerar contrários aos princípios da igualdade e fraternidade proclamados na Revolução Francesa. O mesmo vai suceder mais tarde, após 1820, em Portugal – mais precisamente, após 1834. Este movimento atrasou extraordinariamente o desenvolvimento d categoria das pessoas colectivas, que foram contaminadas por este ódio às corporações, e só mais tarde acabam por recuperar. Temos um aspecto engraçado da revolução francesa, que proclama a liberdade mas que acaba com a liberdade de associação. A vida tem destas coisas, pois. É claro que as tendências e a evolução

económicas e políticas, acabam por desmentir esta evolução para trás. Ao longo do século XIX, as agremiações privadas surgem, e surgem cada vez com mais força. O século XIX é o século em que os comerciantes rapidamente se começam a associar em sociedades comerciais, daí que a proibição de corporações se vai desvanecendo. O comerciante tem grandes vantagens no surgimento destas corporações -E separa o trabalho, a vida pessoal, etc. É pois durante o liberalismo que o conceito de pessoa colectiva é amplamente desenvolvido, pela lei e pela doutrina, designadamente aproveitando o reboque do fenómeno económico da revolução industrial. Quem dá o primeiro enquadramento dogmático deste conceito é Savigny.

Na próxima aula veremos as construções teóricas de Savigny, como evoluem e como estão hoje em dia.

Aula teórica de 22 Março 2007:

O teste será terça-feira dia 27 na hora teórica.

Na outra aula que o problema essencial da personalidade colectiva era compreender como é que um sujeito não-físico, isto é, não materialmente apreensível, não apreensível pelos sentidos, podia agir no mundo jurídico. Ora bem, para tentar explicar isto houve esforços relevantes de teorização pela doutrina, essencialmente a partir da pandectística e sob o pulso de Savigny. Savigny é, digamos, pai daquilo que é hoje a dogmática actual sobre a personalidade colectiva. Tudo o que se pensou sobre a personalidade colectiva foi com base na construção de Savigny. Savigny foi influenciado pelos autores do seu tempo. O conceito de pessoa moral, o conceito que antecede a pessoa colectiva, é anterior a Savigny – ele deve-se a Puffendorf, ainda no século XVIII. Savigny, com base nesse conceito de Puffendorf, a ideia de pessoa moral, criação do Direito, propõe que seja autonomizado o conceito jurídico de pessoa do suporte físico que essa pessoa significa – o António, o Baptista (com P). Esta proposta ganha corpo a ponto de acabar por estar plasmada no BGB, e daí vertida para outros códigos. Mas na verdade já estava no nosso Código de Seabra, etc. Savigny escreveu uma obra famosa, intitulada em português "Sistema de direito romano", diz que a qualidade de pessoa para o Direito é independente do seu substrato físico, e por isso deve reconhecer-se personalidade jurídica ao ente sujeito de relações jurídicas. Sempre que alguém possa ser sujeito de relações jurídicas, então esse ente tem personalidade para o Direito. A personalidade jurídica existe ou porque o António é uma pessoa física, ou porque aquele sujeito, não sendo o Asdrúbal, é a sociedade X, ou Y, que pelo Direito é equiparado ao Asdrúbal. Assim, Savigny concebe a personalidade jurídica como uma ficção, em sentido próprio. O que ele faz é utilizar a sua teoria da vontade, dizendo que quando reconhecemos a estas entidades personalidade jurídica tal como se fosse uma pessoa física, significa que estamos a reconhecer-lhes uma vontade tal qual como se fossem o Libório, a Maria ou o Nuno. Naturalmente, por estar aqui a ideia de vontade é que se considera que para Savigny a construção de uma entidade colectiva é uma ficção. Simplesmente, este elemento da vontade é absolutamente essencial para Savigny, porque para ele o Direito é o produto da vontade - a actuação jurídica existe, é válida, porque é o produto da vontade.

Esta concepção foi depois reinterpretada de certa forma para além do que estava na ideia do seu autor, interpretações e reinterpretações de certa forma ainda mais ficcionistas. Alguns autores consideraram que Savigny tinha uma tal ideia de vontade, uma tal fixação nesta ideia, que prescindia de qualquer substrato real – uma teoria totalmente ficcionista. Mas não é verdade que Savigny se abstraía do substrato real das pessoas colectivas. O que ele quer dizer é que estes entes podem actuar no mundo jurídico sem terem a qualidade de pessoa física, sendo equiparados a uma pessoa real, mas isto não significa que por trás desses entes haja um Pedro, uma Paula, um Possidónio. A crítica maior que se faz a Savigny apesar de tudo é uma crítica baseada na vontade – onde é que está a autonomia da vontade se por trás está sempre a vontade das pessoas físicas?

Um dos primeiros críticos de Savigny é Jhering. Jhering vai buscar a sua ideia de direito subjectivo como

interesse legalmente protegido, e é com base no interesse e na protecção jurídica para legitimar a concepção da personalidade colectiva, afastando o elemento da vontade e superando a crítica. Diz-nos Jhering que as pessoas colectivas são os meios mais adequados para proteger os interesses que o Direito tutela. Em Jhering está exactamente a mesma concepção que ele sempre defendeu para explicar vários fenómenos do Direito Civil, a ideia de interesse legitimado pela norma, e a pessoa colectiva ser o meio adequado para a prossecução desse interesse.

Esta concepção é obviamente mais apurada que a de Savigny do ponto de vista dogmático. Todavia, é eminentemente técnica – explica que lá está, mas não explica porque é que lá está. É uma concepção com um peso axiológico, a de Savigny. Aqui em Jhering, a pessoa colectiva fica reduzida a um mero expediente jurídico. Isso é redutor do que é a dimensão da pessoa colectiva. A ideia de vontade colectiva que estava em Savigny desaparece, desvanece-se, esfuma-se, em Jhering. Será que o Jhering fumou a ideia? Bom. Ainda hoje o nosso Código das Sociedades Comerciais se refere a um interesse social, um interesse social da sociedade que não é confundível com o interesse de cada um dos sócios que lá está. Quando nós reconhecemos que um ente colectivo tem um interesse diferente do conjunto de interesses daqueles que os formaram, então reconhecemos que há algo de diferente naquele ente, algo mais que a soma dos interesses das partes. Ora Jhering, com a sua concepção, desvaloriza esse elemento que Savigny tinha incluído e muito bem.

Na sequência do pensamento de Jhering, alguns autores acabam por negar o conceito de personalidade jurídica. Eles dizem que a pessoa colectiva é realmente a soma dos interesses das partes, e daí a pessoa colectiva só relevar enquanto acervo patrimonial – dá-me X, eu dou Y, e vamos lá prosseguir (ou perseguir...) os nossos interesses pessoais. Dissolve-se a ideia de personalidade colectiva, optando por um conjunto patrimonial. Daí o Prof. Pedro Pais de Vasconcelos chamar a alguns autores ficcionistas patrimonialistas. Estas teorias são teorias que acabam por negar a essência da personalidade colectiva, e têm inúmeras variações – ver Menezes Cordeiro. A ideia central contudo é esta: não faz sentido olhar a pessoa colectiva como um ente autónomo, a autonomia é uma ficção, pois os interesses são os das pessoas que lá estão.

Posteriormente, vai haver teorias de tentativa de superação do tal vazio da ideia de personalidade jurídica. Uma delas é a teoria orgânica, que se deve a Otto Von Gierke (ou lá como se escreva), e Von Gierke começa por criticar as ficções de personalidade colectiva. Diz ele que a personalidade colectiva não é uma ficção, não é uma criação do Direito. Critica pois as críticas a Savigny. Diz ele que isto tudo tem uma base social. Desde sempre há entidades sociais colectivas. As pessoas juntam-se. A malta reúne-se. Esses conjuntos sociais são corpos que a certa altura deixam de corresponder apenas à soma dos seus membros. Ganham autonomia. Tanto que a ganham que sobrevivem à mudança dos seus membros. A sociedade tem pois corpos autónomos, e estes corpos têm um modo de funcionamento autónomo. É desta ideia da função autónoma dos órgãos que se retira o nome da teoria. Na base desta ideia está o pensamento comunitarista germânico. O pensamento comunitarista, em Direito, tem origem na sociedade germânica. Deu depois lugar a fenómenos menos simpáticos, como o corporativismo, o nazismo ou outros cataclismos e autoclismos. Von Gierke aprofunda imenso o estudo da personalidade colectiva, sobretudo num dos aspectos que ainda hoje é crucial para o estudo das pessoas colectivas – reconhecer que as pessoas colectivas têm um abstracto social. Temos aqui pois dois elementos já reconhecidos: a ideia de que há uma comunidade social, que o Direito se limita a reconhecer, que a vontade dessa comunidade é diferente da soma da vontade dos seus membros (daí haver votos por maioria), e a ideia ainda de que há uma organização autónoma, e é essa ideia de autonomia orgânica que faz com que a ideia de pessoa colectiva seja diferente da soma da vontade dos seus membros.

Há outras variações destas teorias, como as que preferem outros conceitos alternativos ao conceito de comunidades. Outros autores assentam mais na ideia de acervo de bens, centros de actuação, de afectação de vontade, organizações reconhecidas juridicamente, etc. No calhamaço do Prof. Menezes Cordeiro há lá

muito disso. Esta construção tem uma dificuldade a saber – poderá a pessoa colectiva subsistir se faltar algo ao seu substrato social? Algo assim tipo autonomia orgânica, vontade comum, etc?

Uma construção alternativa à de Von Girke é a chamada escola do realismo jurídico, ou normativismo. Para esta escola, como o nome indica, para concebermos a personalidade colectiva não devemos partir do ente que existe para o reconhecimento do seu Direito, mas sim da norma do Direito para o ente. Como é que isto se explica? Dizem estes autores com nomes alemães esquisitos, dizem que a noção de pessoa colectiva é uma noção técnico-jurídica. Mesmo que a pessoa colectiva não tenha nenhum substrato social, se o Direito entender atribuir personalidade jurídica ela tem-na, logo a personalidade jurídica colectiva é um conceito legal, e nada mais. Este ente é uma pessoa jurídica no sentido em que é criado pelo Direito, sem ter que corresponder a substrato social nenhum. Olha o nosso amigo Kelsen aqui aos saltinhos, olha! Ó Kelsen, cuidado que ainda caís para aí! Kelsen e outros autores dizem coisas como: sói se é pessoa colectiva porque o Direito diz que é. Pois é, isto é uma explicação completamente formal, e ao legitima coisa nenhuma. Levado às últimas consequências, poder-se-ia considerar legítima uma organização criminosa. Se o Direito abdica de explicar o que faz, ele fica tão abstracto que é difícil explicar o que ele faz. Isto é uma concepção puramente utilitarista, que não convence.

Então e hoje, como estamos? Em primeiro lugar, há tendências negativistas. Alguns autores recentes continuam a dizer que não vale a pena definir a personalidade colectiva, porque não se consegue. Não faz sentido também dizer que as pessoas colectivas o são porque o Direito diz, mas também não é possível dar uma razão para a personalidade colectiva, portanto o melhor é descrever mas não encontrar razão para elas. Outros autores tentam recuperar a concepção organicista de Von Girke. É o caso de alguns autores italianos, considerando uma pessoa colectiva como uma entidade social dotada de... interna, por isso mesmo reconhecida pelo Direito. Outros autores consideram a pessoa colectiva como algo bastante heterogénea, e como tal a pessoa colectiva pode ter justificações muito diferentes.

Por cá por Portugal, como estamos? As concepções do realismo jurídico tiveram bastante eco entre nós. Há uma referência recorrente à ideia de que a personalidade colectiva depende da atribuição do Direito, sendo um produto da ordem jurídica. Encontra-se no Prof. Manuel de Andrade, por exemplo. Mas não é contudo no sentido de ela não ter valor social, é mais no sentido de que, enquanto as pessoas físicas o são porque..., os entes sociais só são pessoas colectivas se o Direito o quiser. O Prof. Oliveira Ascensão, pelo contrário, tenta aqui introduzir um elemento axiológico – tem que haver um fundamento cultural para a justificação de que o Direito trate aquela realidade como algo diferente da soma dos seus membros. É o corpo institucional. O Prof. Menezes Cordeiro começa por criticar o realismo jurídico, dizendo que é uma fórmula vazia. O que há que ter em conta é que a qualidade de pessoa jurídica tem um significado axiológico, tanto no caso da pessoa física como no caso da pessoa colectiva. O douto e sabedor Mestre Menezes Cordeiro acha então que quando se aplica a ideia de pessoa jurídica a uma pessoa estamos a falar na imputação de normas. O que importa é que àquele ente, não à soma dos seus membros, sejam imputáveis, atribuíveis, normas jurídicas, e que ele responda pelas consequências dos actos que pratique enquanto tal. Mas.... cuidado! Isto é uma noção técnica. Teve, de qualquer modo, salientar-se que na base de uma pessoa colectiva está um conjunto de pessoas individuais. Se não for assim, perderemos de vista o objectivo inicial – permitir-se que fossem prosseguidos interesses socialmente legítimos através de uma forma que não é corporizada por alguém, mas num ente abstracto. O reconhecimento da personalidade jurídica em si é um expediente técnico, mas por trás estão pessoas físicas. Se não tivesse essa base axiológica, não se perceberiam alguns dos traços da personalidade colectiva. Por outro lado, isto também nos ajuda a perceber a ideia da desconsideração, de que falámos no final da aula passada – quando a pessoa útil colectiva útil e a personalidade colectiva para fins não legítimos, poder ser possível levantar o véu da personalidade colectiva e ir directamente a quem está lá detrás, a manipular esta coisa toda.

Ideias-base:

1. A natureza da personalidade singular é diferente da natureza da personalidade colectiva. A primeira é

reconhecida pelo Direito, a segunda criada pelo Direito;

2. Apesar de personalidade colectiva ter um carácter necessariamente mais técnico do que a personalidade singular, ela tem uma base axiológica ou cultural. É para isso que faz sentido;

3. O reconhecimento da personalidade colectiva tem interesse porque só isso permite reconhecer que o objectivo da pessoa colectiva, a sua "vontade" é ou pode ser diferente da soma dos seus membros.

Aula teórica de 29 Março 2007:

Aula dada pelo Dr. Carlos Soares.

Hoje vamos falar das classificações das pessoas colectivas.

Temos várias classificações possíveis, que nos ajudam a ilustrar e compreender os vários tipos de pessoas colectivas e o seu regime.

Uma primeira classificação, bastante frequente e bastante utilizada, distingue as pessoas colectivas em públicas e privadas. É apesar de tudo importante pensar que a distinção não é tão clara quanto parece. Na distinção podem ser usados critérios diferentes, isto é, critérios que atendam a aspectos distintos. Podemos distinguir as pessoas colectivas públicas e privadas consoante no seu capital haja dinheiros provenientes de uma entidade pública ou provenientes de outras origens. Seriam públicas as empresas em cujo capital figurasse dinheiro do Estado.

Outra classificação atendível versaria o facto de as pessoas colectivas terem ou não poderes de autoridade. Tê-los-iam as pessoas colectivas públicas, e não os teriam as pessoas colectivas privadas.

Outro critério diz-nos que seriam pessoas colectivas privadas as previstas na lei civil, e todas as outras seriam públicas. Por este critério, serão pessoas colectivas privadas as sociedades, as associações de direito civil, as fundações de direito civil e as cooperativas. Todas as outras pessoas colectivas seriam públicas. Todas aquelas que não estivessem previstas na lei civil seriam públicas. Este último é o critério que vamos adoptar. Devemos pois ter em conta se, quanto à sua configuração, se ela está ou não prevista na lei civil. Se o estiver, então será uma pessoa colectiva privada, ainda que tenha capitais públicos, total ou parcialmente, ou ainda que tenha poderes de autoridade.

Há certas pessoas colectivas que se dizem de utilidade pública, ou seja, há pessoas colectivas que, apesar de privadas, prosseguem fins que são de interesse público, isto é, que poderiam ser prosseguidos pelo Estado - poderiam ou até deveriam. Estas pessoas colectivas que prosseguem fins de interesse público podem ser declaradas de utilidade pública, e quando tal sucede é-lhes dispensado um estatuto específico, o chamado estatuto de utilidade pública, que tem consequências diversas ao nível do seu regime. Acontece também que há dentro da figura da utilidade pública a certas actividades que permitem a invocação de uma utilidade pública específica, que a lei assim determina. É o caso por exemplo da utilidade pública desportiva ou da utilidade pública turística. Diplomas especiais que não o Código Civil prevê que a certas pessoas colectivas seja conferido o estatuto de utilidade pública desportiva ou turística, com o respectivo regime próprio.

Uma outra distinção é a que classifica as pessoas colectivas em nacionais ou estrangeiras. Mais uma vez, o critério a utilizar é o critério legal. Esses critérios constam do art.º 33.º n.º 1 do Código Civil e do art.º 3.º n.º 1 do Código das Sociedades Comerciais. Em função destes critérios legais, são consideradas nacionais as pessoas colectivas que tenham a sua sede principal e efectiva no território nacional. As outras são estrangeiras. Falámos em sede principal e efectiva, e não apenas sede. Uma pessoa colectiva terá sempre uma sede, determinada pelos estatutos - a sede estatutária. Todavia, para se determinar a lei aplicável a uma certa pessoa colectiva ou a uma certa sociedade em especial, não releva a sua sede estatutária. Releva sim o local onde seja efectivamente dirigida, administrada, título principal. Exemplo: a Sociedade dos

Palhaços de Évora estatui que a sua sede é em Espanha - está nos Estatutos. Se na verdade a sua sede efectiva e principal se situar ali ao fundo do Campo Grande, será uma pessoa colectiva nacional.

Mas pode acontecer que uma sociedade com a sua sede estatutária em Portugal tenha a sua sede efectiva no estrangeiro. Assim, quanto às sociedades comerciais temos uma cláusula de salvaguarda, constante do art.º 3.º n.º 1 do Código das Sociedades Comerciais, onde se diz que se a sede estatutária for em Portugal não pode opor a terceiros que a lei aplicável será outra que não a Portuguesa.

Outra classificação distingue as pessoas colectivas associativas e fundacionais. Esta é uma classificação já com importantes reflexos na regulação das pessoas colectivas no Código Civil. Esta distinção tem a ver com o substracto da pessoa colectiva, isto é, o seu cerne. Na pessoa colectiva associativa, há um conjunto de pessoas que juntam os seus esforços para atingirem um objectivo comum. Quando isso sucede, temos uma pessoa colectiva de tipo associativo. Mas em contraposição temos as pessoas colectivas fundacionais. Nesse caso, o seu substracto não é um conjunto de pessoas que se unem para prosseguir um objectivo comum. O seu substracto é constituído por um conjunto de bens, um certo património, património esse que é posto ao serviço e um certo objectivo. Não encontramos nestas pessoas colectivas um substracto que seja esse conjunto de pessoas. Há um certo fim, mas esse fim será prosseguido através de um conjunto de bens, um acervo de bens, que constituem a essência, a estrutura, o cerne, da pessoa colectiva fundacional. Outra distinção opõe as pessoas colectivas com fins lucrativos às pessoas colectivas sem fins lucrativos. Quando é constituída uma pessoa colectiva, há um propósito de desenvolver certas actividades, para com isso se atingir um certo objectivo. Quando esse objectivo seja o lucro, a obtenção de lucro, dir-se-á que estamos perante uma pessoa colectiva com fim lucrativo. Quando o objectivo da pessoa colectiva não seja a obtenção do lucro, então diz-se que é uma pessoa colectiva sem fins lucrativos. Neste último caso, ou seja, quando o objectivo não seja a obtenção de lucro, a pessoa colectiva será ou uma associação ou uma fundação. Quando tiver fins lucrativos, tendencialmente será uma sociedade, desde que tenha uma base associativa. Estas categorias estão postas hoje em crise. Hoje em dia, não se entende tanto que a associação não possa obter lucros. Questiona-se ainda se as sociedades possam praticar actos que ponham em causa o fim lucrativo.

Por fim, outra classificação é a que distingue as pessoas colectivas comuns das pessoas colectivas especiais. As pessoas colectivas comuns são as que se regem pelo regime mais genérico previsto numa certa ordem jurídica. As pessoas colectivas especiais têm regras diferenciadas face a esse regime comum. Por exemplo: na nossa ordem jurídica, as associações são pessoas colectivas comuns - regem-se pelas regulação mais genérica, a que está prevista no Código Civil. As pessoas colectivas especiais são por exemplo as sociedades comerciais - têm um regime específico que se distancia do regime comum, que resulta do Código das Sociedades Comerciais. Pode ainda acontecer, mesmo dentro das associações especiais, que já haja diferentes graus de especialidade. Temos uma sociedade comercial que se rege pelo CSC, mas há certas sociedades comerciais que têm regimes próprios - o regime das instituições financeiras, ou de seguros, etc.

Falemos agora da tipologia das pessoas colectivas privadas. Todos nós, no dia-a-dia, lidamos com pessoas colectivas. Lidamos com sociedades comerciais, com empresas públicas, com associações, uma vez ou outras com uma fundação, etc. Estas pessoas colectivas são centros autónomos de imputação de normas jurídicas. Elas têm direitos e assumem certos deveres. Se neste relacionamento houvesse uma grande incerteza quanto à configuração da pessoa colectiva, isso redundaria em bastante insegurança jurídica. Isto significa então que é de todo conveniente, se calhar até mesmo necessário, que o Direito preveja e determine a configuração das pessoas colectivas, ou as várias configurações possíveis. Assim, os terceiros que se venham a relacionar com estas entidades poderão ter uma ideia da sua formação. E o Direito fá-lo. Os cidadãos que queiram formar pessoas colectivas têm de escolher uma das formas disponíveis na lei. A essas formas chamam-se tipos de pessoas colectivas. Assim, as pessoas colectivas devem obedecer a uma forma prevista na lei, a um tipo previsto na lei. A esta regra chama-se princípio da tipicidade das pessoas colectivas.

Importa determinar o que é que os tipos definem. O tipo está previsto na lei, é certo, mas a lei vai mais longe ao dar liberdade, uma margem ampla, para que as pessoas que constituam uma pessoa colectiva a estruturam dentro desses limites da lei. Na nossa lei (Código Civil e outros diplomas conexos), esses tipos definem o quê? Determinam os órgãos principais da pessoa colectiva, os órgãos essenciais, os mais importantes. Determinam também como é que a pessoa colectiva é representada. Mas quem a representa? E em que termos? Celebra-se um contrato com uma pessoa colectiva, tudo bem. Compra-se algo a uma sociedade. Mas as sociedades são formadas por pessoas. Assim, o tipo define como é que a sociedade é representada, quem a representa. Por outro lado, há um aspecto essencial no tipo, o da responsabilidade por dívidas - isto é, quem responde pelas dívidas? Só a pessoa colectiva? Só os directores? Os sócios? Fundadores? É a lei que o determina. Nalgumas pessoas colectivas a lei deixa alguma margem de liberdade. Assim, haverá sempre um regime, imperativo ou imperativo com certa margem de liberdade, que o legislador prevê. Este é sempre um dos aspectos essenciais de cada tipo.

Por outro lado, a lei, ao determinar um tipo, indica também os elementos que devem constar dos estatutos da respectiva pessoa colectiva - certos elementos que obrigatoriamente devem constar nos respectivos tipos. Com isto, temos então o princípio da tipicidade das pessoas colectivas.

E que consequências tem essa tipicidade? Por um lado, temos um número limitado de figuras relevantes - um número limitado de modelos de pessoas colectivas. Por outro lado, proíbe-se a criação de outras pessoas colectivas por analogia. Ou seja: se há tipicidade, ou está na lei ou não há. Assim, sem lacunas, entramos na distinção entre as fundações, as associações e as sociedades civis, que são os tipos de pessoas colectivas previstos e regulados no Código Civil.

Temos então no Código Civil estes três tipos de pessoas colectivas. Em relação às associações, fundam-se essencialmente na liberdade de associação, liberdade essa constitucionalmente consagrada no art.º 46.º do CRP. A história das fundações está ligada essencialmente a uma figura, a das entregas em vida ou das deixas por morte de patrimónios, ou partes deles, a certas instituições, normalmente de natureza religiosa. A partir dessa realidade vieram a ser instituídas as fundações. Hoje já desligadas desta ideia, elas mantêm ainda alguma tónica. Por outro lado, temos as sociedades, que resultam da celebração de um contrato - o contrato de sociedade. Há sociedades civis, reguladas na lei civil, e sociedades comerciais, e reguladas no CSC, que vieram a dar origem a um ramo próprio, o Direito das Sociedades Comerciais, com a sua dogmática, etc.

Desenvolvendo estas várias figuras, começaríamos por falar em associações, previstas e reguladas nos arts. 166.º e ss. do Código. As associações têm um substrato pessoal, isto é, as associações são constituídas por duas ou mais pessoas, que se juntam e juntam esforços para atingirem um certo objectivo comum, objectivo esse que será atingido pelo seu esforço comum. Aqui se distinguem das fundações: enquanto as fundações não têm um substrato pessoal mas patrimonial, as associações têm. Quanto à sua organização, a lei determina que as associações tenham uma assembleia-geral, uma direcção e um conselho fiscal. No que respeita à responsabilidade por dívidas, a associação responde às suas dívidas com o seu património, isto é, pelas dívidas de uma associação responde a própria associação, o património desta. Repare-se no seguinte: já se ouviu falar de garantias pessoais, isto é alguém tem uma obrigação para com outrem - eu devo ao gajo da mercearia - pode acontecer que o vizinho do 2.º direito se obrigue pessoalmente, com o seu património, pela minha dívida, se obrigue a honrar e a cumprir essa minha dívida (fiança, aval...). Quando se diz que pelas dívidas da associação responde o próprio património, não se diz que um administrador não afiance uma associação. Mas nesse caso a fonte da sua responsabilidade não é o regime da pessoa colectiva. A fonte da sua responsabilidade será outro negócio que ele fez com a associação. Ou seja, os administradores podem vir a responder pelas dívidas da associação, mas não é a lei comum que o dita, mas sim as fianças ou avais que tenham eles próprios dado.

O problema quanto às associações é a questão do lucro. Logo à partida, analisando o art.º 157.º, dizemos

que este artigo diz que às disposições do presente capítulo aplicam-se Às associações que não tenham por fim o lucro económico dos associados, etc. etc. Mas e então o lucro será compatível com uma associação? Ou não? Há que atender ao seguinte: uma associação, para cumprir os seus objectivos, para prosseguir o fim que os seus associados tiveram em conta quando a constituíram, esta associação precisará de ter meios ao seu dispor. Na maior parte dos casos não bastará o esforço, o trabalho, dos seus associados. Ela precisará também de meios. Então se precisa de meios para atingir os fins, será justo ou razoável que possa desenvolver actividades lucrativas para conseguir esses meios. Esta ideia não deve pois fazer ninguém dizer: "Ahhhhhh!!!!!!!" de espanto. Também está fora de dúvidas que a associação pode ssa proporcionar lucros a terceiros. Será ainda razoável e pacífico que essa associação possa desenvolver actividades lucrativas tem em vista beneficiar os seus associados. O que fica então proibido? Fica proibido é que a associação tenha lucros, e que sejam repartidos pelos associados em função das suas entradas. Isto é que já é proibido. Isto é que... oh meus amigos, tenham lá paciência mas isso é que não.

Quanto à sua constituição, há um acto constitutivo das associações - a vontade do conjunto de pessoas de constituir uma associação -, há uns estatutos que tem que ter e está sujeita a um regime de publicidade. Quanto às fundações, o seu substracto é um acervo de bens, ou pelo menos um certo esquema para que se venha constituir esse certo acervo. Pelas dívidas da fundação respondem os bens que constituem o património. As fundações devem ter um interesse social (art.ºs 157.º e 188.º). As fundações estão sujeitas a um acto de reconhecimento - para que seja constituída uma fundação, ela tem que ser reconhecida, e esse reconhecimento é feito pelo Estado, que determina se há ou não interesse social na instituição da fundação, se a dotação patrimonial é suficiente, e só nesse caso é que atribui o seu reconhecimento. Essa instituição é um negócio jurídico, e por esse acto o instituidor afecta um certo património a uma certa pessoa colectiva para prosseguir certo fim. Também o Estado controla a actuação da fundação, controlando se esse objectivo está ou não a ser prosseguido.

Aula teórica de 17 Abril 2007:

Hoje vamos continuar a nossa matéria relativa às pessoas colectivas. Na aula passada fizemos a apresentação dos vários tipos, e hoje vamos falar dos elementos que conformam cada pessoa colectiva, da sua personalidade jurídica e da sua capacidade jurídica e do modo de funcionamento das pessoas colectivas.

Quando se fala em personalidade jurídica das pessoas colectivas, temos que ter em atenção que não há o carácter de automaticidade do reconhecimento da personalidade jurídica que há relativamente a cada indivíduo isoladamente considerado. Armando nasce, Armando é pessoa. Fernando nasce, Fernando é Pessoa - ou Álvaro de Campos ou Ricardo Reis, ou... O mesmo não sucede em relação às pessoas colectivas. Nem todas as pessoas colectivas têm personalidade jurídica em sentido próprio. Há alguns aspectos essenciais sem os quais a aquisição de personalidade jurídica não ocorre. Tem qwue se atentar no substracto da pessoa colectiva, isto é, na realidade social que justifica o reconhecimento da personalidade jurídica, e por outro lado no modo como o reconhecimento da personalidade jurídica se processa. Quanto ao primeiro elemento, as pessoas c<ollectivas não são desligadas da realidade que lhes deu origem. Pelo contrário, as pessoas colectivas existem e são relevantes para o mnuindo do Direito porque querem

significar alguma coisa socialmente, elas estão ligadas à prossecução de uma actividade social. É a esta realidade social que se chama o substracto das pessoas colectivas. O substracto das pessoas colectivas compreende vários elementos: o elemento pessoal, o elemento patrimonial e o elemento teleológico, ou final, ou finalista. Na base do reconhecimento desse ente jurídico pelo Direito, está em primeiro lugar um grupo de pessoas. Este é o elemento pessoal do substracto de qualquer pessoa colectiva. O grupo de pessoas é o conjunto de associados ou sócios da pessoa colectiva. A configuração das pessoas colectivas prevista na lei permite distinguir entre as pessoas colectivas de base associativas, ou corporativa, e as de base fundacional. As primeiras são aquelas em que o elemento fundamental é o elemento pessoal. São pessoas colectivas de base associativa ou corporativa as associações, as sociedades civis simples, as sociedades em nome colectivo, porque em todas estas pessoas colectivas o essencial é o conjunto dos associados, ou os sócios. Este é o elemento preponderante. Por isso a lei determina que se eles desaparecerem, a pessoa colectiva extingue-se (art.º 182.º n.º 1 al. D)). as pessoas colectivas têm no seu substracto, contudo, outro elemento. Elas necessitam de um acervo patrimonial para atingir o seu fim e isso mesmo é o chamado elemento patrimonial. Por isso muitas vezes se diz que uma pessoa colectiva é uma unidade de negócios, e para que o seja tem que ser dotada de os bens necessários. Quando este elemento patrimonial é preponderante, e não o elemento pessoal, estamos perante uma pessoa colectiva de base fundacional, ou perante uma sociedade de capitais. Nestas pessoas colectivas, o elemento patrimonial é mais importante do que o elemento pessoal. Nas fundações, que são instituídas pela vontade de alguém (o fundador), e esse é o elemento pessoal preponderante. Contudo, o que releva é essencialmente o acervo de bens que o fundador colocou à disposição da fundação para prosseguir os seus fins. É esse acervo de bens que é preponderante para que se constituam os objectivos. O mesmo se dirá das sociedades comerciais de capitais, como as sociedades anónimas. Este relevo é tão grande que a extinção do elemento patrimonial determina a dissolução das pessoas colectivas. É o que vemos quanto às fundações do art.º 192.º n.º 1 al. C), e quanto às sociedades civis que não estão aqui reguladas no Código Civil nesta parte mas sim no livro das obrigações, o mesmo no art.º 1090.º do Código Civil.

O terceiro elemento é o elemento teleológico ou finalista do substracto das pessoas colectivas - o fim que prosseguem. Este fim pode ser diverso. Pode ser um objectivo lucrativo (o caso paradigmático das sociedades, que aliás o têm como requisito de qualificação, digamos assim), ou não lucrativo mas correspondente a interesses privados (e aí estamos perante associações em sentido estrito), podem ter um objectivo não lucrativo mas de interesse social (é o caso das fundações, que só são constituídas se forem constituídas para prosseguir um objectivo que a lei considere de interesse social - art.º 188.º n.º 1 do CC). Este elemento teleológico ou finalista é também importante em termos de manutenção de uma pessoa colectiva que já esteja constituída. Assim, diz-nos o art.º 182.º que as associações se extinguem quando o seu fim se esteja esgotado ou se haja tornado impossível (art.º 182.º n.º 2 do CC). Da mesma forma, as fundações podem ser extintas quando o seu fim se tenha tornado impossível. Por outro lado, este objecto

ou fim social não pode ser contrário à lei, à ordem pública ou aos bons costumes. Será ordem pública ou moral pública? Uma interrogação filosófica com a qual eu vou ficar até ler os tomos do Prof. Menezes Cordeiro. É ordem pública. Duvidam? Leiam o art.º 158.º. Repare-se que este art.º 158.º al. A) remete para o art.º 280.º, esse mostrengo juscivilístico que já conhecemos.

Uma vez constituído o substracto, haverá atribuição automática de personalidade jurídica? Nem pensar. Amigos, não estamos perante um indivíduo! Tem que haver um acto de reconhecimento por parte da ordem jurídica de que aquele ente é um ente jurídico autónomo, o que significará que ele pode actuar por si, e que é para todos os efeitos um novo centro de imputação de normas jurídicas diferente das pessoas que o compõem. A lei exige pois um acto formal de reconhecimento. O reconhecimento, se não se verificar, permitem que os entes jurídicos existam enquanto tal mas sem personalidade jurídica, sujeitando-se ao art.º 195.º e ss. Como se faz o reconhecimento? Isso depende do tipo de pessoa colectiva que esteja em causa. Há, no caso das fundações, lugar àquilo que a doutrina chama o reconhecimento individualizado - para cada fundação é exigido um acto administrativo específico, acto esse que se destina a verificar se estão recnidas as condições para a atribuição da personalidade jurídica, e são condições essencialmente relativas ao fim (se tem relevo social o fim prosseguido), e se os bens que o fundador destinou à fundação chegam ou não para a prossecução desse fim. Como se vê, é um reconhecimento individualizado - só perante o caso concreto será possível proceder a estas verificações. Para as restantes pessoas colectivas, o reconhecimento é automático, a partir do momento em que elas se constituam pela forma determinada pela lei (daí também se falar em reconhecimento normativo). Estas regras foram alteradas na reforma de 1977, e hoje em dia constam do art.º 167.º do Código, ao passo que as fundações precisam de reconhecimento como já vimos (art.º 188.º n.º 2). É pois mais fácil constituir uma associação do que uma fundação. O que se disse acima sobre as sociedades não é já verdade para as sociedades comerciais, depois da reforma do Código das Sociedades Comerciais de 2006. Esta norma só é aplicável pois hoje em eidia às sassoições em setidoamesito e às sociedades civis. As sociedades comerciais que se constituem por escrito particular, como as sociedades comerciais que já vimos, adquirem personalidade jurídica com o depósito dos respectivos estatutoos na conservatória competente.

Isto é o esqueleot das pessoas colectivas. A partir destas ideias, os entes colectivos têm as mais variadas classificações, que já vimos na aula passada - que por acaso foi no final do 2.º período. O princípio geral nesta matéria é um princípio de tipicidade, o que quer dizer que as pessoas jurídicas colectivas podem constituir-se de acordo com um dos modelos fixados na lei, e não podem constituir-se sob a forma de associação para prosseguir um fim típico de uma fundação, ou não podem constituir-se como sociedades sem adoptar os órgãos que a lei manda que existam.

Quanto à capacidade, discute-se se a capacidade das pessoas colectivas será genérica como a das pessoas

singulares, ou se é específica, no sentido de exigir uma limitação positiva - so pode fazer aquilo que tem a ver com o fim para que foi constituída. Trata desta matéria o art.º 160.º do Código Civil, consagrando um princípio que a doutrina tradicional optou por chamar princípio de especialidade. Diz-nos a lei que a capacidade das pessoas colectivas abrange tudo o que servir para prosseguir os seus fins, exceptuando os direitos e obrigações vedados por lei ou que sejam apenas para os particulares. Repare-se: o primeiro aspecto é uma delimitação positiva. Contudo, o n.º 2 deste art.º 160.º, exceptuando dos do n.º 1 todos os que seja contrários à lei, etc. Hoje em dia, a doutrina inclina-se predominantemente para reconhecer que há uma personalidade colectiva genérica, porque este conceito de conveniência abrange muitas, muitas, muitas, muitas coisas - lots of things, muchas cosas, etc. Não podemos ser tão restritivos assim, porque isso é típico de quem tem mau feitio. O próprio facto de terem um fim implica que tenham limites imanentes, que serão os que sejam convenientes para a prossecução do seu fim. Há ainda que distinguir entre capacidades de gozo e capacidade de exercício. A capacidade de gozo das pessoas colectivas é em geral uma capacidade genérica - as limitações que existem têm a ver com as limitações imanentes à própria pessoa colectiva. Discute-se ainda se a pessoa colectiva pode praticar liberalidades ou não, por esta implicar um animus domandi que a pessoa colectiva pode ou não ter. A maioria da doutrina entende hoje que sim - se eu tenho 20 quilos de fruta, posso dar- 10 só para promover a minha fruta. as limitações de que falámos acima podem ser mais específicas consoante o tipo de pessoa colectiva em especial. Estas limitações surgem sobretudo no âmbito das sociedades comerciais, ou das sociedades profissionais. No caso das sociedades, ao fim chama-se objecto social.

Já quanto à capacidade de exercício, as pessoas colectivas regem-se por órgãos, que precisam naturalmente de pessoas singulares que lhes dêem corpo, e são esses órgãos que actuam, nas competências dadas por lei ou moldadas pela vontade dos sócios em estatutos. Os titulares dos órgãos não se confundem com o próprio órgão, está bem de ver, e têm com a pessoa colectiva uma relação de representação orgânica. Por fim, resta dizer que na apreciação de cada tipo de pessoa colectiva, que faremos a partir das próximas aulas, verificar como funciona cada órgão, e quais as suas competências. Trata-se apesar de tudo um centro de poderes funcionais que assegura a formação da vontade da pessoa colectiva ou a manifestação dessa vontade e a representação da pessoa colectiva perante terceiros, ou seja, para fora. Para estes objectivos se distinguem os órgãos em executivos, deliberativos (onde se forma a vontade da pessoa colectiva) e de fiscalização (que controlam a gestão da própria pessoa colectiva e as contas).

Hoje vamos falar que de certa maneira desconstrói o que fizemos até agora sobre a personalidade e as pessoas colectivas. Trata-se da matéria da desconsideração da personalidade colectiva.

Até agora, estivemos a justificar porque é que existem pessoas jurídicas correspondentes a "aglomerados" de pessoas físicas, porque é que esses conjuntos são centros autónomos de imputação de normas jurídicas. Este processo foi, como sabemos, difícil, e ocupou a doutrina durante pelo menos um século, uma vez que não era à partida admissível que outros entes que não entes físicos possam ser sujeitos de direitos e estar adstritos a obrigações. Uma vez adquirida esta possibilidade, o que pode parecer estranho é que agora se possa falar num fenómeno inverso a este - o de desconsiderar a personalidade colectiva. Este fenómeno é também chamado por outros autores de levantamento da personalidade colectiva, ou superação da personalidade colectiva (Menezes Cordeiro e Galvão Teles, respectivamente). Para tratar este problema, é preciso primeiro identificá-lo, saber como surgiu, e proceder à construção dogmática destas situações de desconsideração.

A razão pela qual existe este problema é relativamente simples: tem a ver com a verificação de que em algumas situações, relativamente raras apesar de tudo, a personificação pode ter efeitos perversos. Assim sucederá quando essa personalidade jurídica seja utilizada para fins diferentes daqueles para que foi concebida. Nomeadamente, a questão coloca-se em termos de responsabilidade da pessoa colectiva. Quando nós pensamos que a pessoa colectiva, pelo facto de lhe ser reconhecida personalidade, daí se retira a consequência da separação formal entre a pessoa colectiva e os seus membros. Se, por hipóteses, a pessoa colectiva não puder cumprir as suas obrigações porque o gastou todo, o credor fica desprotegido, ou a arder, por força da autonomia da pessoa colectiva relativamente aos membros que a constituíram. Podem surgir aqui problemas de fuga das pessoas colectivas às suas responsabilidades, de utilização da personalidade colectiva para atingir fins que a ordem jurídica proíbe, etc. Foi para resolver estes problemas, para estes excessos, que surgiu a desconsideração.

A ideia fundamental da desconsideração é de que não obstante a autonomia da pessoa colectiva em relação ao seu substracto pessoal, em algumas situações justifica-se o apagamento da pessoa colectiva para voltar à personalidade jurídica singular de cada um dos seus sócios, associados, membros. É este fenómeno de apagamento da personalidade colectiva que é conhecido por desconsideração. Esta discussão é uma discussão que tem algumas décadas, e é sintetizada numa fase interessante que os americanos criaram: *lifting the veil* - levantar o véu proporcionado pela personalidade colectiva e ver o que está lá atrás. O problema surgiu sobretudo depois do aparecimento das sociedades de responsabilidade limitada. Sociedades de responsabilidade ilimitada são aquelas em que as dívidas da sociedade "contaminam" o património dos seus sócios individualmente considerados. Tradicionalmente, todas as sociedades eram assim. De certa maneira, confundiam-se portanto com a pessoa de cada um dos

seus sócios. Não obstante se criar um ente jurídico autónomo, havia uma responsabilidade subsidiária do sócio, que assegurava sempre a solvabilidade da sociedade. Contudo, e com a complexização do comércio jurídico, surgiram as sociedades de responsabilidade limitada. Neste tipo de sociedades, há uma completa separação entre o património dos sócios e o património social. Os sócios são responsáveis pelas chamadas entradas de capital, o capital constituído tem que ter um valor mínimo e tem que ser assegurado que esse valor mínimo existe sempre, pode ser necessário em alguns casos reforçar o capital para assegurar a intangibilidade do capital, mas a isso se resume a responsabilidade dos sócios. A partir daí, a sociedade autonomiza-se. Com a difusão das sociedades de responsabilidade limitada no âmbito do Direito Comercial (hoje em dia quase todas são), como as sociedades anónimas ou sociedades por quotas, e sendo elas as que mais rápido movimentam o comércio jurídico, tornou-se mais fácil, apesar da formal autonomização das sociedades, que os sócios se subtraíssem a responsabilidades sociais e ao seu cumprimento. Assim sendo, surge o problema da desconsideração, e a questão é saber como é que ele se resolve. Esta matéria é amplamente discutida na jurisprudência americana (século XIX, inícios do século XX), e jurisprudência alemã. O Prof. Menezes Cordeiro tem excelentes referências no seu calhamaço. A tendência tradicional foi sempre preservar a autonomia do ente colectivo. Por sistema, considerou-se que se o ente colectivo está constituído, ele que responda. A partir de certa altura, esta tendência inverteu-se um pouco, quando se verificou que a autonomização formal desse ente colectivo era fixe para fugir à responsabilidade. Os tribunais foram então decidindo que não se tinha em conta nestes casos aquele ente colectivo, e responsabilizam-se directamente os sócios, de acordo com o seu património e com as suas entradas de capital, para não defraudar os credores. Também corresponderam a situações de desconsideração a verificação de casos em que o recurso à personalidade colectiva era usado pelos sócios para praticar fraudes ou crimes.

Apresentado o problema, proceder à construção dogmática são outros quinhentos, porque revela alguma ingenuidade na construção da personalidade colectiva. Por outro lado, não é possível proceder a situações de desconsideração indiscriminadamente ou sequer facilmente. É que hoje o mundo comercial está organizado à volta de pessoas colectivas, pelo que não se pode ter um princípio de suspeição sobre essas pessoas colectivas. Na esmagadora maioria das situações, os objectivos são ainda prosseguidos de forma adequada e lícita. Exige-se pois alguma cautela no tratamento desta matéria em termos jurídicos. Mais uma vez, os esforços da doutrina alemã foram para lá de relevantes para tratar esta matéria. Os autores alemães socorreram-se de uma figura que ainda só apresentámos, mas que não desenvolvemos muito ainda - a figura do abuso de direito. Quando uma pessoa colectiva é utilizada para contornar a lei, violar deveres contratuais ou prejudicar terceiros fraudulentamente, os autores consideram que há um abuso no exercício dos direitos da pessoa colectiva, um abuso da personificação. Quer-se dizer que o próprio instituto da personalidade colectiva foi utilizado de forma que não é conforme com a boa fé, os bons costumes ou o fim social e económico para o qual esse direito foi concedido (art.º 334.º do Código

Civil). Em Portugal, vários autores falam da desconsideração. Desde logo, o Prof. XXX Correia, a propósito das sociedades unipessoais. Penso que seja Ferdinand Correia, mas estranho. Será Ferrer Correia? Talvez. Este tipo de situações, em que verdadeiramente, na essência, o sujeito singular se confunde com a sociedade, é extremamente prrigoso do ponto de vista da responsabilização da sociedade - daí o Prof. Oliveira Ascensão falar a este respeito no "falido rico". O nome do Prof. era Ferrer Correia mesmo. Diz o professor que nestes casos, se se usa a personalidade colectiva para prejudicar terceiros, como no caso do paradigmático falido rico, então diz ele que faz sentido considerar essa pessoa uma fraude. Temos ainda palavras sábias sobre este assunto dos profs. Galvão Teles, Orlando de Carvalho, COutinho de Abreu, Oliveira Ascensão, Menezes Cordeiro, entre outros. Há pouca jurisprudência portuguesa sobre a matéria, felizmente.

Hoje em dia, há várias situações típicas de desconsideração, situações em que a jurisprudência tem aplicado a teoria da desconsideração ou do levantamento do véu. Uma das situações mais frequentes é a da subcapitalização. Em situações de evidente subcapitalização, tem sido admitida a desconsideração - entrar-se no património dos sócios. O que a jurisprudência tem exigido é que seja uma descapitalização real, material. Que fundamento tem considerar-se grave a subcapitalização? É que o capital social é o garante da sociedade, digamos assim. Se não for mantido esse capital inicial, há um perigo - o de não conseguir responder às obrigações com os credores. Ainda assim, a jurisprudência tem exigido que a subcapitalização tenha tido como objectivo prejudicar directamente os credores (não se tratando de dificuldades de tesouraria momentânea) ou quando a subcapitalização provenha da actuação dolosa de um administrador, etc. Outra situação típica de desconsideração é o atentado a direitos de terceiros - usar a pessoa colectiva para prejudicar ilicitamente terceiros. Não basta o objectivo de prejudicar - para que haja fundamento para a desconsideração no caso de atentado a terceiros através da pessoa colectiva, é necessário que esse prejuízo a terceiros tenha sido causado por uma actividade ilícita. O que está aqui subjacente é uma concepção substancial, e não uma mera concepção formal, das normas jurídicas - é o princípio da materialidade subjacente aqui a dar-lhe com força. De novo, lá vamos nós chamar o abuso de direito. Por fim, há muitas situações de desconsideração no caso dos grupos societários. Os grupos de sociedades correspondem hoje àquelas situações que se chama de crescimento externo das sociedades. As sociedades tendem, como se sabe, a crescer. Para isso, fundem-se com outras, fazem aumentos de capital, compram outras, fazem trinta por uma linha. Todavia, hoje em dia as sociedades tendem a organizar-se de outra maneira - em grupos, grupos em sentido amplo, comprando participações que lhes dão um certo controlo de outras sociedades mas que não significam fusões, e celebrando contratos de subordinação diversos, contratos de grupo, através dos quais conseguem ter no fundo uma unidade empresarial única, mas mantendo a individualidade, autonomia e a personalidade jurídica de cada um dos membros do grupo. Isto é interessante, porque permite aumentar globalmente com muito menos custos, subtrai-se muitas vezes aos mecanismos de controlo da concorrência, fiscalmente é mais barato, permite uma diversificação

da actividade muito maior, e ainda por cima é muito mais fácil de desfazer. Os grupos são hoje um fenómeno com bastante piada, muito pujante, para o qual o Direito Comercial tem que olhar com outros olhos. Ora vopltando atrás, só pela existência de um grupo se percebe como é que as situações menos claras são mais fáceis de acontecer. Por exemplo, uma sociedade para prosseguir o interesse de grupo, abona a outra sociedade, ficando descapitalizada. Então e a vidinha dos trabalhadores? E os credores? E o pai, a mãe, o cão, o gato, o vizinho do quinto direito, a porteira, o carteiro, o padeiro e o homem do gás? Admite-se aqui que se ultrapasse a personalidade jurídica de uma das sociedades, a sociedade devedora, atacando a outra sociedade mãe, a holding, ou outra sociedade que mande lá no burgo.

Ha várias teorias para explicar este instituto, isto já no âmbito da construção dogmática. Umas são mais objectivas, outras mais subjectivas, e até há outras que negam o instituto. Para alguns autores, só pode haver desconsideração se se provar que foi utilizada a pessoa colectiva para causar prejuízos - ou seja, tem que ter havido uma intenção de prejudicar (exige-se um *animus nocendi*). Mais ampla é a teoria objectiva, ou institucional. Diz esta teoria que a desconsideração se justifica desde que haja um desvio relevante do fim para o qual a pessoa colectiva foi instituída, mesmo que sem intenção de causar dano. Isto é amplo, amplo, amplo. Outra teoria formal diz-nos que há desconsideração colectiva sempre que uma norma prevaleça sobre a personalidade colectiva. Isto, basicamente, não diz nada. SOBretudo nada de jeito. Por fim, há ainda quem considere que a desconsideração não tem grande utilidade como instituto autónomo, porque em todas as situações em que se pode justificar passar por cima da personalidade colectiva se pode ir lá por institutos muito tradicionais, como a fraude à lei, o abuso de direito, etc. Na prática, isto significa que as situações de desconsideração são bastante fragmentárias, não se podendo dizer que haja um padrão comum a todas as situações de desconsideração. Há, contudo, hipóteses para a desconsideração. Quando elas se verificarem, há que fazer intervir os institutos gerais, como a boa fé ou o abuso de direito. É por aqui que a desconsideração actua, mas é uma fonte autónoma, independente do abuso de direito, etc.

Aula teórica de 24 Abril 2007:

Aula dada pelo Dr. Carlos Soares.

Hoje vamos falar sobre a dinâmica das pessoas colectivas, mais concretamente modificação, constituição e extinção de associações e fundações.

Antes de mais, algumas considerações introdutórias sobre os modos de aquisição de personalidade jurídica e sobr os meios. Historicamente, a personalidade jurídica pode advir de vários modos. Um primeiro modo é o modo de outorga do Estado, ou seja, há um acto praticado pelo Estado, normalmente

com força de lei, e é esse acto que atribui a uma certa entidade personalidade jurídica. O que aconteceu nos primórdios da pessoa colectiva, quando essa natureza advém de um acto formal. Um segundo modo advém da concessão pelo Estado, ou seja, a constituição da pessoa colectiva nestes casos tem já um enquadramento na ordem jurídica sobre a atribuição de pessoa colectiva, mas tem ainda de haver um acto do Estado para que um certo ente passe a ter personalidade jurídica. Ou seja, é ainda exigida uma actividade específica para a criação da pessoa colectiva, e em regra há um ordenamento diferenciado para as pessoas colectivas, isto porque o regime para as pessoas colectivas é o regime que resulta desse acto de concessão. Um terceiro modo é o do reconhecimento individual. Nestes casos já existe um enquadramento jurídico, já existe um direito das pessoas colectivas, que estabelece um ou vários regimes comuns para as pessoas colectivas de vários tipos, mas para que surja a personalidade jurídica é ainda necessário um acto administrativo isolado, que atribua a um ente personalidade jurídica. É o que ainda hoje se verifica na criação dos institutos públicos, das ordens profissionais, das empresas públicas, das sociedades anónimas detidas pelo Estado, das fundações, etc. Um quarto modo de reconhecimento da personalidade jurídica é o reconhecimento automático, também chamado normativo. Verificadas certas circunstâncias, cumpridos certos procedimentos, então automaticamente aquele ente adquire personalidade jurídica, sem necessidade de um acto administrativo de uma entidade competente. Neste caso, no caso do reconhecimento automático ou normativo, há uma escassa ou quase nula presença do Estado, e é o sistema que assegura a liberdade de associação ou de iniciativa económica. De todo o modo, nestes casos há sempre algumas cautelas por parte do legislador. Repare-se que fazer surgir uma pessoa colectiva tem efeitos em relação a terceiros. É útil que os cidadãos possam tomar conhecimento da natureza, da sua estrutura, etc. É o caso das sociedades comerciais, ao abrigo do art.º 5.º do Código das Sociedades Comerciais (CSC). Ou seja: o reconhecimento é automático, basta praticar certos actos. Um quinto modo é o da aquisição da personalidade jurídica através de um acto voluntário dos próprios interessados. A personalidade jurídica surge por vontade dos interessados, sem necessidade de qualquer acto especial. Em parte, mas só em parte, verifica-se com associações.

Quanto aos actos de constituição, as pessoas colectivas podem criar-se através de um diploma legal ou através de um negócio jurídico, seja ele unilateral ou contrato. As associações, fundações, sociedades, etc., em regra constituem-se por um negócio jurídico. Por vezes, a lei descreve que certas entidades só podem ser criadas por diploma legal. Quando assim é, através de um negócio jurídico não se pode criar esse tipo de entidades. Mas se for possível a criação de uma pessoa colectiva puder ser criada por simples negócio jurídico, ela pode ser criada também por um diploma legal.

Falemos agora das associações, e da sua constituição, modificação e extinção.

Devemos desde já ter em conta que as associações são o paradigma das pessoas colectivas de tipo

associativo. O seu substracto é constituído por duas ou mais pessoas. Os seus órgãos são a Assembleia Geral, a Administração e o Conselho Fiscal, em termos que concretamente os estatutos da Associação poderão regular, configurando uma certa situação específica para aquela associação. O património da associação responde pelas dívidas da associação, e o património da associação não responde pelas dívidas dos seus associados. O art.º 157.º levanta um problema sobre o âmbito das associações, e da regulação das entidades a que se aplicam o art.º 157.º e ss. Diz o citado artigo do Código Civil que os preceitos seguintes se aplicam às associações que não tenham por fim o lucro económico dos associados. Esta expressão é ainda hoje bastante debatida na doutrina. O que podemos daqui depreender? Podemos retirar, antes de mais, que a associação em si mesma pode praticar actividades lucrativas. Pode até mesmo praticar actos de comércio. Este artigo não impede, antes admite, que uma associação pratique actos de comércio, e desenvolva actividades lucrativas. Por outro lado, também se retira daqui que a associação pode visar a obtenção de lucros para terceiros. Não é contrário à natureza das associações que procure a obtenção de lucros tendo em vista atribuí-los a terceiras pessoas. Então o que é que o art.º 157.º não admite que seja o fim de uma associação? Não admite é que essa associação se destine a repartir os lucros que obtenha pelos seus associados, em função da entrada de cada um. Com isto, quer-se dizer que está excluído do art.º 157.º que a associação seja constituída para obter lucros e reparti-los pelos seus associados de acordo com a sua participação económica na associação. Mas já não está excluído que a associação se constitua para obter lucros e ajudar com eles os seus associados. Na verdade, neste caso não temos uma repartição dos lucros em função da entrada de cada um.

Como é que, em regra, quem lida com uma entidade como uma associação, se apercebe de que está a lidar com uma associação? Em primeiro lugar, na denominação entrará a expressão "associação", ou algo semelhante. Os seus membros serão variáveis, ou seja, há restrições quanto à variação dos membros nas sociedades civis ou sociedades comerciais. Numa associação não há restrições. Por outro lado, outro índice importante é a não-transmissibilidade das posições associativas - os vários associados não podem transmitir a outros, nomeadamente por negócio oneroso, a sua posição a terceiros. Contrariamente ao que acontece nas sociedades civis, em que os sócios em princípio responderão pelas dívidas da sociedade, os sócios não respondem pelas dívidas da associação.

Como se constitui uma associação? A este respeito temos que falar do acto constitutivo, dos estatutos e da publicidade. A associação constitui-se por um negócio jurídico, mais concretamente um contrato, entre os associados fundadores - dois pelo menos. Esse negócio jurídico está sujeito a uma forma especial - a escritura pública (art.º 158.º). A lei, no art.º 167.º, distingue o acto constitutivo dos estatutos. O acto constitutivo contém a denominação, a sede, os bens que constituem o património, etc. Os estatutos conterão as regras para os associados, os funcionamentos dos órgãos, etc. Mas terão que constar dois documentos? Em regra não é assim. Na mesma escritura consta o acto constitutivo e por outro lado temos

os estatutos, que constam genericamente do mesmo documento - a escritura pública de constituição. Há que falar ainda na publicidade, ou seja, no que dispõe o art.º 168.º n.º 2. O notário que delebra a escritura pública tem o dever de comunicar oficiosamente à entidade administrativa e ao Ministério Público uma cópia do acto constitutivo, e o dever ainda de remeter para o jornal oficial um extracto desse acto. Não é um acto praticado pelas partes, é o notário que tem que o fazer - tem um dever funcional de o fazer. Esta comunicação oficiosa do notário não tem em vista um reconhecimento, ou um consentimento, para a criação de uma associação. Tem a ver sobretudo com questões de natureza administrativa.

Em que momento se adquire a personalidade delectiva da associação? Diz o Prof. Menezes Cordeiro que se adquire pela escritura.

Quanto à modificação e extinção das associações, o art.º 175.º n.º 3 dispõe que as deliberações sobre as alterações dos Estatutos exigem o voto favorável de 3/4 dos associados presentes. Resulta daqui que a competência para a alteração dos estatutos é dos associados, que se reúnem para o efeito em assembleia geral. Há aqui uma regra de maioria qualificada para alterações de estatutos. Levanta-se então uma questão, ainda no âmbito das modificações da associação: uma associação poderá ser objecto de um processo de cisão ou fusão? A questão não está expressamente tratada na lei civil. Para as sociedades, esta matéria está regulada no Código das Sociedades Comerciais. Devemos entender que sim, nomeadamente porque é possível a aplicação analógica do Código das Sociedades Comerciais a pessoas colectivas de tipo associativo, neste caso mesmo a associações. Pelo menos assim pensa o Prof. Menezes Cordeiro. É claro que estes actos - a fusão ou cisão - podem ter implicações com terceiros, e é assim que, apesar de serem admissíveis, devem ser acautelados sempre os interesses, sobretudo os créditos, de terceiros.

Quanto à extinção das associações, o art.º 182.º do Código Civil enuncia as diversas causas de extinção. Há um problema que se levanta a propósito deste artigo, e que também tem semelhança no campo das sociedades comerciais: será este art.º 182.º taxativo? Serão apenas causas de extinção as que constam no art.º 182.º? A resposta a dar é afirmativa - este artigo é taxativo. Não pode haver extinção das associações para além dos casos previstos no art.º 182.º, ou noutros processos previstos em lei própria. Logo, não pode haver causas de extinção a não ser as que estão previstas na lei. Porquê? Porque a extinção de associações implica a extinção de certos direitos, nomeadamente de direitos dos sócios. Por outro lado, a extinção da pessoa colectiva, se fosse possível em casos não previstos na lei, poderia pôr em causa a liberdade de associação - se fosse admissível que havia causas de extinção das pessoas colectivas não previstas na lei, isso poria em causa esta liberdade associativa. Quando se extingue uma associação, por qualquer um dos meios previstos no art.º 182.º, o que sucede? Extingue-se a pessoa colectiva, mas há que regular a questão das situações jurídicas preexistentes, e que não ficaram automaticamente extintas com a extinção da pessoa colectiva. Tem pois que se abrir um período tendo em vista a regulação a dar às

situações jurídicas. Esse período chama-se a liquidação. Em que consiste a liquidação? Consiste em determinar-se qual o activo e o passivo da associação, seguidamente a satisfação do passivo, e atribuir os bens remanescentes. Quem é que os bens são atribuídos? Isso está no art.º 166.º.

Agora passemos a falar de fundações. Começando pelas características gerais das fundações, já o sabemos, elas têm um substracto, constituído por um acervo, um conjunto de bens. Neste caso, é um substracto patrimonial. Pode em bom rigor não haver logo património, mas tem que haver um esquema que permita à pessoa colectiva obter património para satisfazer os seus fins. Pelas dívidas da fundação responde o seu património. As fundações têm que ser constituídas com um interesse social, e para que elas sejam reconhecidas têm de estar preenchidos estes dois requisitos - existência de um fim de interesse social e por outro lado uma dotação patrimonial suficiente para atingir os seus fins (art.º 188.º n.ºs 1 e 2).

F

Allaremos agora sobre a constituição de uma fundação. Na constituição de uma fundação há três fases:

1. Instituição;
2. Elaboração dos estatutos;
3. Reconhecimento.

Começando pela instituição, trata-se de um negócio jurídico unilateral, que pode ser inter vivos ou mortis causa. Em que consiste? Há uma pessoa - o instituidor - que afecta um certo património à pessoa colectiva a criar. O acto de instituição, quando seja entre vivos, deve ser celebrado por escritura pública (art.º 185.º n.º 3), mas também, quando seja um negócio mortis causa, a instituição resulta de um testamento. Quando seja instituída por testamento, é claro que deve ser observada a forma do testamento. O acto de instituição deve indicar o fim da fundação - o tal fim de interesse social - e deve indicar os bens que são destinados ao fim da fundação (art.ºc 186

.º n.º 1). Quando esse acto conste de escritura pública, deve ser publicado no Diário da República (art.º 185.º n.º 5).

Seguidamente, abordemos os estatutos da fundação. Estes estatutos devem conter os restantes elementos necessários à actividade da fundação que não constem do acto de instituição. Quem elabora os estatutos? Pode ser o instituidor, mas também podem ser elaborados por outras entidades - executor do testamento, ou a entidade competente para o reconhecimento (art.º 187.º). Os estatutos devem também ser publicados no Diário da República (o mesmo art.º 185.º n.º 5).

Por fim, chegámos ao reconhecimento. O reconhecimento tem em vista a apreciação da existência de um fim de interesse social, por um lado, e a suficiência do património afectado pelo instituidor a esta pessoa colectiva a criar. O reconhecimento é um acto administrativo, e é da competência do Governo, mais

propriamente do Ministro que tutele a área em que a fundação irá exercer a sua actividade.

Falando agora na modificação e extinção das fundações, diremos primeiramente que a propósito da modificação o art.º 189.º admite a modificação dos estatutos, que pode ocorrer a todo o tempo mas pela entidade competente para o reconhecimento, sob proposta da Administração da Fundação, mas com dois limites: deve ser respeitado o fim essencial da fundação e deve ser respeitado a vontade do seu instituidor. E poderá uma fundação ter um fim diferente daquele que o seu instituidor quis? Sobre isto rege o art.º 190.º. E poderá uma fundação estar sujeita a uma cisão ou fusão? Devemos uma vez mais entender que sim, apesar de não estar explícito na lei, devendo entender como balizas os arts. 189.º e 190.º.

Por fim, sobre a extinção de uma fundação, aplica-se o art.º 192.º, que prevê as causas de extinção das fundações, e temos regras no seu n.º 3 quanto ao destino a dar aos bens da fundação.

Aula teórica de 26 Abril 2007:

Vamos hoje terminar a matéria relativa às pessoas colectivas, dando dois pontos que ainda não demos, e apresentando no final o quadro geral desta matéria para consolidar.

Os dois pontos que ainda não demos têm a ver com as sociedades civis simples e com as associações sem personalidade jurídica.

Até agora, no aspecto dinâmico das pessoas colectivas, estivemos sobretudo a estudar associações e fundações. Não estudámos a outra forma de associação em sentido amplo que são as sociedades. As sociedades, conforme nos recordamos da tipologia inicial que demos na matéria, podem ser civis ou comerciais consoante os objectos que pretendam desenvolver - praticar ou não actos de comércio. As sociedades comerciais estão estudadas em Direito Comercial, e às vezes na disciplina de Contratos também se dá o contrato de sociedade, e se for esse o caso vamos debater mais amplamente esta matéria. Mas se não formos por aí, nunca mais ouviremos falar dele.

Curiosamente, embora tenhamos falado das sociedades como modalidade de pessoa colectiva (uma pessoa colectiva de carácter privado e de base corporativa, mas que se distingue das associações por terem um fim lúcrativo), o Código Civil trata-as como um contrato em especial, e não como pessoas colectivas. O Código versa esta matéria nos arts. 980.º e ss., para os quais a nossa atenção é reclamada, em especial o art.º 980.º sobre a noção do contrato de sociedade. Conforme diz a lei, "contrato de sociedade é aquele em que duas ou mais pessoas (...)" (ver o Código). Temos aqui pois vários elementos. EM primeiro lugar, o elemento subjectivo - o contrato de sociedade abrange duas ou mais pessoas.

Naturalmente, a base da sociedade é ainda uma corporação, portanto, um conjunto de pessoas. A lei estabelece como requisito mínimo duas, mas podem ser mil, dez mil, dez milhões, quatrocentos e vinte e cinco triliões. Em segundo lugar, as partes (os outorgantes) obrigam-se a contribuir com bens e serviços para o exercício em comum de certa actividade, sendo que essa actividade é económica mas não pode ser uma actividade de mera fruição. Aqui, a lei prevê uma contribuição com bens ou com serviços. Àqueles que contribuem com serviços é habitual chamar-lhes sócios de indústria - um entra com o guto, o outro com os serviços, ou com o trabalho. Apenas as sociedades em nome colectivo e as sociedades em comandita é que podem ter uma contribuição em serviços. As sociedades anónimas têm que ser feitas com capital - ou seja, todos os sócios se têm que chegar à frente com capital. Depois, diz-nos a lei de forma muito ampla que se trata de "desenvolver em comum certa actividade económica que não seja de mera fruição". O primeiro aspecto a reter aqui é que se trata de uma obra comum. Não é pois um tipo de contrato em que as partes têm interesses contra-postos. As partes têm um interesse comum - a obra é comum. Por outro lado, esta obra comum é uma actividade económica que não seja de mera fruição. Quer isto dizer que tanto pode ser objecto de um contrato de sociedade a constituição da PT, como o Manuel e a Maria que se juntam para comprar um bilhete de totoloto. Isto também é um contrato de sociedade - eles vão distribuir os lucros, apesar de ser mais aleatório por poder não lhes sair nada. Uma e outra realidade têm, todavia, só isto em comum. No resto, são totalmente diferentes. O nosso Código, ao perspectivar a figura das sociedades civis desta forma, permitiu abranger todo um conjunto grande de situações. Simplesmente, esta sociedade em que o João e a Raquel se juntam para comprar um bilhete de lotaria, esgota-se ali; o contrato de sociedade do qual depois nasceu uma grande empresa tem depois uma autonomização da pessoa jurídica "sociedade" em relação ao contrato que a constituiu. Na base de todas as pessoas jurídicas "sociedade" há um contrato de sociedade, simplesmente nalguns casos ela constitui-se para além do contrato de sociedade, e noutros casos limitamo-nos ao contrato em si. Por fim, diz-nos a lei que tem que ter como objectivo o lucro. Este é o elemento teleológico, finalista, do conceito. É isto que distingue as sociedades das associações. As associações não têm objectivo lucrativo, mas tudo o resto pode ser igual.

Falaremos agora só das sociedades civis, uma vez que as sociedades comerciais serão tratadas à parte. No entanto, as sociedades comerciais também entroncam neste contrato, simplesmente temos tendência a esquecer este acto constitutivo. Quanto às sociedades civis, e postas de parte as que não prosseguem uma actividade comercial nos termos do Código das Sociedades Comerciais, discute a doutrina se têm personalidade jurídica, e discute isto porque não tem mais nada para fazer e porque está equi em causa um contrato, e algo mais rudimentar, sem que a lei refira a personalidade jurídica das sociedades. Parece que claramente a lei quis fazer aqui uma separação entre sociedades civis e associações, estabelecendo às segundas logo o meio de reconhecimento da personalidade jurídica. A doutrina divide-se porque hoje há muito mais sociedades civis do que quando se fez o Código. É aliás hoje discutível esta técnica do Código para a figura da sociedade. Por outro lado, há algumas normas do Código que permitiriam concluir no

sentido do reconhecimento da personalidade jurídica, porque de facto as sociedades têm alguns direitos que pressupõem a personalidade - as sociedades civis também têm capacidade sucessória passiva (art.º 2033.º). Que posições doutrinárias temos nesta matéria? O Prof. Antunes Varela ou o Prof. Mota Pinto entendem não reconhecer personalidade jurídica às sociedades civis, não admitindo que o ente sociedade seja um centro autónomo de imputação de normas jurídicas. O contrato vigora mas as consequências são imputáveis aos sócios. Esta é a doutrina mais clássica, mais apoiada nesta distinção feita no Código. O Prof. Castro Mendes tinha uma posição de aplicar analogicamente a norma sobre a aquisição da personalidade jurídica das associações. Se a sociedade fosse constituída por escritura pública, então também teria personalidade jurídica. Trata-se de um argumento analógico que faz algum sentido por estar em causa o mesmo tipo de ente, diferindo apenas os fins. O Prof. Oliveira Ascensão distinguia quanto ao tipo de actividade, o objectivo, da sua constituição. Por exemplo: se Carlos e Diana se juntassem para comprar um bilhete de lotaria, este contrato de sociedade têm uma vigência tão curta que não faz sentido que haja personalidade jurídica. Já se o Manuel e o Paulo se juntarem para uma actividade não comercial com objectivo estável e duradouro de forma a reconhecer autonomia entre o ente societário e as pessoas dos sócios, faria aí sentido reconhecer personalidade jurídica a essa sociedade. Para isso, o Prof. Oliveira Ascensão recorre ao conceito de empresa, um dos mais difíceis no mundo jurídico. Se saísse daí uma empresa, então haveria reconhecimento da personalidade jurídica. Retenha-se: este conceito é difícilimo, juridicamente falando - é um conceito muito mais economicista, com variadíssimas acepções, e há até quem não lhe reconheça virtuosidades operativas. O Prof. Pedro Pais de Vasconcelos vai fazer apelo a um argumento moral (???), fazendo apelo ao regime do art.º 90980 e ss., que segundo ele diz vai no sentido de apontar para a criação de um ente colectivo, algo mais que um simples contrato (por exemplo: a forma de actuação é colegial, prevê-se um órgão administrativo (art.º 985.º), prevê-se um órgão de fiscalização (art.º 988.º), há previsão de direitos e obrigações dos administradores, até há responsabilidades pelas obrigações sociais com terceiros (arts. 996.º e ss.), e até a extinção é a mesma que as associações (art.º 100.º)). Ou seja, o fim é mesmo criar uma pessoa colectiva. Diz o Prof. PPV que só faz sentido excepcionar as situações societárias ocasionais - o Pedro Pais de Vasconcelos e o Oliveira Ascensão juntam-se para comprar uma aposta no Euromilhões. Para a Prof. Rosário Ramalho, que não se juntou a ninguém para comprar um bilhete de lotaria, faz todo o sentido que esta matéria fosse inserida nas pessoas colectivas e não aqui, ainda que fosse previsto o contrato de sociedade.

Por fim, encerrando a matéria das pessoas colectivas, vamos apenas referir o art.º 199.º, que se refere às associações que não tenham personalidade jurídica e às comissões especiais. O que testemos a estudar até agora parte do pressuposto que as associações se constituíram de forma regular, e de que têm personalidade jurídica. Mas nem sempre é assim. Podem as associações não terem sido constituídas por escritura pública e não terem personalidade jurídica. Quando assim for, manda a lei aplicar o art.º 195.º. Este artigo estabelece duas regras: o regime é convencional (saõ-lhes aplicáveis as regras estabelecidas

pelos associados) (desde que não vão, naturalmente, contra a lei), e se não houver acordo dos associados sobre regras aplicadas àquela associação, a lei diz que se aplicam as disposições legais relativas às associações, excepto as que pressuponham a personalidade jurídica. Ou seja: responsabilidade enquanto ente jurídico autónomo, nada; causas de dissolução, modo de funcionamento, etc., isso já se aplica. A lei prevê, para estas associações sem personalidade jurídica, que elas possam constituir um fundo comum (o património, no fundo). Este fundo comum, que é destinado a prosseguir o fim da associação, não pode ser dividido enquanto a associação subsistir, porque este fim é justamente destinado a cobrir as dívidas da associação. Este fim não, é este fundo. Ó Rosarinho, estás-te a passar! Como regra importante nesta matéria, os associados são responsáveis ilimitadamente, embora subsidiariamente em relação ao tal fundo, pelas dívidas da associação (art.º 198.º n.º 1). Há pois um princípio geral de responsabilidade ampla dos membros destas associações.

Cabe ainda referir as comissões especiais, tratadas no art.º 199.º. O seu objectivo é o que está nesta norma - trata-se de realizar um objectivo concreto (repare-se no enunciado!); não têm que pedir o reconhecimento da personalidade jurídica, mas podem faz-lo se tiverem um fim social; podem constituir fundos para prosseguir aqueles fins; podem constituir administradores para prosseguir os fins; os seus membros respondem pelas dívidas que sejam desta comissões especiais. Trata-se pois de prever as várias formas físicas sem que as pessoas físicas se possam associar com pessoas colectivas.

Assim se põe uma pedra tumular sobre as pessoas colectivas. Mas façamos uma resenha para fins de estudo fácil, se é que há estudo fácil em Teoria:

1. O conceito de pessoa colectiva, como um conceito jurídico, ao contrário da pessoa física, não é um dado pré-jurídico, ontológico. Uma pessoa colectiva é algo criado pelo Direito.
2. A categorização das pessoas colectivas - uma vez assumida a utilidade para o Direito de entes semelhantes a pessoas físicas para actuarem no Mundo jurídico, verifica-se que as pessoas colectivas têm uma grande diversidade, e daí a importância de estabelecer uma tipologia, uma classificação. A classificação essencial distingue entre entes colectivos de tipo associativo ou funcional, conforme seja mais relevante o substracto pessoal ou patrimonial. Dentro dos entes colectivos de tipo associativo distinguimos ainda quanto ao fim - associações sem fins lucrativos, sociedades com fins lucrativos. Economicamente falando, as sociedades são hoje em dia mais relevantes. Dentro das sociedades, temos sociedades civis, comerciais, e civis sob forma comercial. Dentro das sociedades comerciais, distingue-se entre sociedades de responsabilidade ilimitada e sociedades de responsabilidade limitada. Dentro das sociedades civis sob forma comercial, trata-se de sociedades que não praticam actos de comércio, mas que adoptam a forma comercial.
3. Regime - O regime de personalidade jurídica não é automático, não é inato. Como elas não são iguais, tem que ser atribuída a personalidade jurídica, e não um mero reconhecimento. Esta atribuição pode ser

automática (associações, sociedades, etc.) ou não (fundações, etc.). A capacidade das pessoas colectivas não é universal, tal como nas pessoas singulares, mas é norteada pela necessidade de conformar os seus actos aos fins por elas prosseguidos, sendo certo que apesar de tudo isso não significa, para a doutrina e hoje em dia, que se deva espezitar escrupulosamente o princípio da especialidade. O que sucede é que as pessoas colectivas estão finalisticamente determinadas, mas dentro desse fim podem praticar uma série de actos que sejam convenientes, ou simplesmente não inconvenientes, para alcançar esse fim. Tudo depende do que vem nos Estatutos da Associação, ou do que seja definido no contrato de sociedade. O mesmo se vê no desenvolvimento do fim se observa a propósito da extinção - o esgotamento, o exaurimento, o desvio do fim, etc. É possível a extinção das pessoas colectivas, ao passo que as pessoas singulares só se extinguem com a morte.

4. Funcionamento - Não estamos perante entes iguais a pessoas singulares. Estamos antes perante entes equiparados a pessoas singulares. Daí que haja que dispor de órgãos que assegurem o funcionamento da pessoa colectiva. Esse funcionamento passa, primeiramente, por assegurar a expressão da vontade da pessoa colectiva, a execução da vontade da pessoa colectiva e a sua representação perante terceiros, e quando necessário um Conselho Fiscal ou um Fiscal único para fiscalizar a regularidade dos actos da pessoa colectiva. Aquilo que faz cada um dos órgãos para além do que a lei obriga tem que estar definido estatutariamente.

5. As pessoas colectivas são ainda assim um instrumento ao serviço dos sócios. Quando este instrumento não for bem utilizado, pode ser necessário ultrapassar a pessoa colectiva e voltar ao substracto que lhe deu origem - é aqui que surge a temática da desconsideração da pessoa colectiva.

Para a próxima aula, vamos para a parte materialista deste curso - vamos falar das coisas. Isto está no Tomo II do Prof. Menezes Cordeiro.

Aula teórica de 3 Maio 2007:

Vamos hoje entrar no que corresponde à parte IV do nosso curso, dedicada ao tema "coisas", ou na terminologia do Prof. Assencião, "Bens". Nesta matéria vamos abordar aqui em aspectos gerais sobre coisas - definição, terminologia, características - e depois vamos desenvolver as diversas classificações das coisas (arts. 202.º e ss. Do Código Civil). Por fim, vamos referir algumas coisas sobre o domínio público e sobre os animais. Esta é a matéria mais fácil de Teoria Geral.

Começemos por delimitar o que falamos. O Código Civil, na sua Parte Geral, segundo a teoria da relação jurídica, partindo da relação jurídica, seguindo-se o facto e depois o bem. É nesta perspectiva que o

Código, a seguir à teoria das pessoas, nos apresenta as coisas. Chama-se a atenção para o art.º 202.º do CC. O art.º 202.º do CC no seu n.º 1 diz-nos o que é coisa: "Diz-se coisa tudo aquilo que pode ser objecto de vínculos jurídicos", de relações jurídicas. Esta definição é claramente inspirada na técnica da relação jurídica - relaciona de imediato o bem, a coisa, com um vínculo entre dois sujeitos. Essa coisa é o objecto do vínculo entre aqueles dois sujeitos. Esta noção carece hoje de ser apreciada com algum cuidado. O termo "coisa" é um termo muito equívoco. A primeira expressão que juridicamente traduziu esta "coisa" é res. O Direito reconheceu em primeiro lugar que poderiam ser objeto de vínculos jurídicos bens de carácter corpóreo. Esta ideia de "res" do Direito Romano tinha a ver com dibens corpóreos, sendo que os escravos e os animais eram considerados bens corpóreos. Com o tempo, veio-se a admitir que "coisa", em Direito, podia não ser limitado aos bens corpóreos, mas também abranger bens incorpóreos, ou seja, bens não apreensíveis pelos sentidos (obras literárias, por exemplo, ou direitos de autor). Temos duas realidades jurídicas por exemplo num livro: a obra, o livro fisicamente dito, é um bem corpóreo; o seu conteúdo, o escrito, digamos assim, é um bem incorpóreo. Tradicionalmente, houve sempre uma divisão relativamente à realidade da coisa. Para o Direito houve sempre várias classificações segundo vários critérios. Depois, ao longo da história e sobretudo após o Código de Napoleão, deixou de se falar de "coisa" e passou a falar-se de "bem". Hoje em dia, o Prof. Ascensão ainda se refere aos bens. O que é então coisa ou o b

Em?

A tradição portuguesa tem por hábito referir-se como coisa. Dizia o Código de Seabra que "coisa é tudo o que carece de personalidade". É uma noção ampla, vaga, e pela negativa - é tudo o que não tem uma determinada qualidade. Ora as definições não devem ser pela negativa, mas sim pela positiva. Quanto à distinção entre coisas e bens, em primeiro lugar bem evoca mais uma relação de pertença de alguma coisa a alguém - os meus bens, a comunhão de bens, a bem ou a mal... Bem é tipicamente um conceito mais liberal, mais associado à propriedade. Por outro lado, o termo coisa evoca mais as coisas corpóreas - é pois pelo menos aparentemente menos adequado aos chamados bens incorpóreos. Por outro lado, bem tem uma conotação mais económica, e coisa tem uma conotação mais neutra. Para a Prof. Rosário Ramalho, é indiferente o termo que se utiliza. "Coisa" talvez seja mais objectivo, mais que não fosse por ser o termo utilizado pelo Código Civil.

Imi

Temos pois o conceito. A definição do nosso Código Civil é menos ampla que a do Código de Seabra, criticada por ser demasiado ampla. Ainda assim, é uma noção claramente tributária da teoria da relação jurídica. Ora criticamos esta teoria por implicar sempre necessariamente um sujeito A e um sujeito B. Ora há muitas situações onde não se pressupõe o sujeito B, por exemplo. Esta noção de coisa faz justamente apelo a esta ideia da relação jurídica. A coisa só surgiria como tal quando fosse transaccionada. Então e se não houvesse uma transacção? Ou se a não pudesse vender? A coisa era menos coisa? Que coisa! As críticas gerais quanto à teoria da relação jurídica são pois aplicáveis a esta definição do Código. Deste

ponto de vista, é uma noção com fraco rigor técnico, ainda que compreensível na parte Geral do Código.

O Prof. Menezes Cordeiro propõe algumas ideias para delimitar a coisa. A coisa opõe-se a pessoa - ou é pessoa ou é coisa. Em segundo lugar, a coisa pode ser material ou imaterial. Em terceiro lugar, a coisa pode corresponder a um bem com valor económico ou não. Pode ainda corresponder a um bem com utilidade ou completamente inútil. Esta característica ajuda a ultrapassar a ideia mais económica de bem, ajudando ainda a distinguir bem para os juristas e para os economistas. Por fim, com a conjugação destes critérios, a realidade "coisa" é uma criação do Direito. Uma coisa é pois uma categoria que a ordem jurídica delimita a partir do conceito de seres inanimados, mas que teve grande expansão. Mas a definição não é o mais importante. A Coisa será sempre objectivável, ao passo que a pessoa não será à priori objectivável.

Vamos então à classificação das coisas.

A primeira chamada de atenção vai para a epígrafe do art.º 203.º, que contém uma série de classificações. Mas nem todas estão aqui neste artigo. Há uma classificação que precede estas, e que está no art.º 202.º n.º 2 - é a noção que pretende distinguir coisas no comércio ou coisas fora do comércio. Depois, temos coisas corpóreas e incorpóreas - definição que nem está aqui no CC. Depois, do art.º 203.º para baixo, temos coisas móveis e imóveis, simples e complexas, fungíveis e infungíveis, coisas principais e acessórias, frutíferas e não frutíferas e bens adquiridos. Falta-me uma.

Na classificação de uma coisa específica podem concorrer vários destes critérios.

C

Vamos agora à atenção para o art.º 202.º n.º 2. A distinção entre coisas no comércio e fora dele tem a ver com a possibilidade de apreensão individual. E porque é que algumas coisas podem não ser passíveis de apreensão? Das duas uma: ou porque é difícil ou porque a lei o proíbe. É isto que decorre do art.º 202.º n.º 2. Uma outra classificação que não consta deste art.º 203.º. A coisa distingue-se também pela posse ou não posse. Apesar de não estar prevista no CC, esta noção retira-se do capítulo dos direitos reais. Aqui, chama-se em particular à atenção o art.º 1302.º s. ss. O art.º 1302.º define o que é a coisa. Juridicamente, e apesar de não terem corpo, os gases, os líquidos, são corpóreas. Os mesmos que se digam em relação aos documentos.

Que coisas são incorpóreas então? A doutrina identifica três categorias de coisas incorpóreas:

1. Bens intelectuais;
2. Prestações;
3. Quia jurídicos.

Temos várias categorias de bens intelectuais. Em primeiro lugar, a óbvia - obras literárias ou artísticas - sendo que podem ser exteriorizadas por qualquer forma. Este tipo de obras, sobretudo a que se relaciona com o intelecto. Esta matéria está regulada no Código dos Direitos de Autor, de 1995.

Segunda categoria são os inventos. Se implicarem descobertas científicas são também bens incorpóreos. Esta matéria está regulada no Código na parte da propriedade industrial.

O terceiro bem intelectual, cada vez com mais peso, são as marcas - um sinal distintivo (gráfico, desenho, palavra) de uma coisa ou de um serviço. Hoje estão reguladas estas figuras no Código da Propriedade Industrial - a marca pode ser registada e proibido penalmente, podendo ainda ser objecto de providência cautelar. Para além das marcas, alguns produtos encaixam aqui nesta categoria.

Estes

Estes três tipos de bens incorpóreos não se confundem com os respectivos suportes materiais.

Segu

Nesta categoria é a das prestações. A melhor definição de prestação é do Prof. Castro Mendes - a conduta humana devida por alguém. A prestação é um bem incorpóreo. Se eu contrato com Luísa que Luísa vai pintar a minha casa toda, há aqui uma prestação - em si mesma é um bem jurídico. Os contratos podem incidir sobre prestações de facto e não só sobre prestações de dar.

Por fim, os quia jurídicos. Trata-se de figuras técnicas que têm a ver com uma situação jurídica, quando um direito é perspectivado como uma coisa. Quando isso sucede, diz-se que esse direito é o quia jurídico. Veja-se a este respeito o art.º 204.º n.º 1 al d).

Por fim também, os bens de personalidade. O Prof. Menezes Cordeiro diz que os direitos de personalidade não podem vir aqui incluídos, porque isso ultrapassaria o conceito de personalidade. Na realidade, eles são passíveis de ser transaccionados.

Aula teórica de 8 Maio 2007:

Na aula passada apreciámos a distinção entre coisas no comércio e coisas fora do comércio, e coisas corpóreas e incorpóreas. Hoje vamos falar das categorias seguintes. A primeira é a das mais importantes - é a que distingue coisas móveis e imóveis. Esta distinção é particularmente importante, porque tem diversas implicações de regime, algumas já nossas conhecidas da teoria do negócio jurídico - já sabemos que a forma dos contratos que têm como objecto coisas imóveis é mais exigente do que a forma dos contratos que versam sobre bens móveis; às coisas imóveis podem estar associados deveres de registo, etc.

Porquê estas diferenças de regime? Porque sociológica e historicamente se atribuíam mais valor aos bens imóveis - faz parte da nossa tradição cultural dizer que uma casa tem mais valor do que uma cadeira - mesmo que esta seja Teoria Geral do Direito Civil. Hoje esta concepção já tem alguns desvios - se eu quiser vender um metro quadrado de terreno impróprio para cultivar, tenho que celebrar escritura pública, e se quiser vender o controlo accionista da PT não tenho, e o valor pode ser bem maior.

Vamos agora ver os critérios de distinção que decorrem aqui do Código Civil. O primeiro aspecto a ter em conta é que o Código não define coisas imóveis ou coisas móveis. Ao contrário de outras classificações que nos aparecem à frente, em que o Código nos define, aqui o Código não define o que é uma coisa móvel e o que é uma coisa imóvel. A técnica seguida pelo Código é a que o legislador segue quando tem dificuldade em definir, é uma técnica enunciativa - a lei enuncia, elenca, as coisas imóveis. São coisas imóveis as que estão aqui referidas no art.º 204.º. Depois, todas as outras - todas as que não constam desta lista - são móveis. É uma classificação pela negativa das coisas móveis (vide art.º 205.º n.º 1).

São coisas imóveis os prédios rústicos urbanos, as águas, as árvores, etc. Sò desta leitura se retira alguma heterogeneidade nestas categorias. Por um lado, temos aqui coisas imóveis da natureza - as águas, as árvores, os arbustos, os frutos, e os prédios rústicos. Depois temos coisas imóveis que decorrem da construção humana. Depois temos realidades jurídicas (é o caso da al. D)). Apesar de tudo, desta enumeração, em todas estas categorias há um elemento comum que permite dizer-nos, no seu núcleo fundamental, o que é um bem imóvel - é um bem ligado ao solo, que dele não se pode desligar. Mesmo as águas estão ligadas ao solo, no sentido de que estão contidas nas margens. É pois um critério de imobilidade material, com excepção dos direitos. A doutrina discute se esta enumeração que aqui está no n.º 1 é uma enumeração taxativa ou exemplificativa. Parece que, pela determinação por exclusão dos bens móveis no art.º 205.º n.º 1, tudo o que não estiver no art.º 204.º é móvel (decorre do n.º 1 do art.º 205.º), parece daqui retirar-se que a enumeração é taxativa. Alguns autores, como o Prof. Menezes Cordeiro, dizem que "prédio" não é uma interpretação suficientemente abrangente. Esta qualificação é bastante importante de se fazer, porque daí decorrem como já vimos diferenças de regime

A primeira categoria a vermos é a dos prédios, que a lei distingue entre prédios rústicos e prédios urbanos. A noção jurídica de prédio nada tem a ver com a noção comum de prédio. A noção jurídica de prédio decorre do n.º 2 do art.º 204.º. Diz-nos a lei que "prédio rústico é uma parte delimitada do solo e as construções nele existentes que não tenham autonomia económica", e está lá também prédio urbano. É preciso ler isto com cuidado. No conceito de prédio rústico também contam algumas construções, e no conceito de prédio urbano também constam os terrenos. Como saber então face ao que é que estamos? Tudo isto a ver com o que seja o elemento predominante. Se o elemento predominante for o solo, mesmo que haja lá uma edificação, é prédio rústico. O elemento predominante será o solo quando a sua afectação for agrícola, silvícola, canícula... Ah ah ah ah ah... É um prédio urbano em que é predominante o

elemento edificação (edifício incorporado no solo), sendo que o edifício está implantado no solo e tem ainda um terreno tipo logradouro, etc. Naturalmente, a lei exige que esteja incorporado no solo. E uma rolulotte, srá um préido urbano? Nada disso, não está incorporado no solo. Então e um monte alaentjano, que tem lá uma casita e tal para guardar as vacas, etc.? Ainda assim, trata-se de uma edificação que não tem autonomia económica face ao prédio rústico. Ou seja, aquela edificação ainda serve o fim rústico do prédio globalmente. Da mesma forma, um prédio urbano que tenha um jardim e onde estão umas ameixeiras, é umprédio urbano - o seu fim prevalente é urbano. Há ainda uos prédios misto - é o caso de uma quinta que também vale como casa de habitação. Isto tem uma relevância prática extraordinária, hoje mais do que nunca. Quase sempre, a afectação do sppredios é dterminada por lei ou por planos municipais (urabbanização, rdenamento do território, etc.). Ora quando al alguém vai comprar ou de um prédio rústico um prédio, é bom saber se se trata de um prédio urbano ou rústico. E um logradouro, o que é? A jurisprudência, que tem trabalhado esta noção, considera que será um terreno à vo . seus habitanteslta da casa que serve para as nceecessidades dsos eus habitantes

E as fracções autónomas? Serão bens móveis, imóveis, ou partes de bens imóveis? Bens móveis parecem não ser. Mas bens imóveis também não são, porque estão incorporados no todo? Porque se fosse assim, o que seriam a escada, as arrecadações, as garagens? A maioria da doutrina tende a dizer que são apenas partes de imóveis, porque para enquadrar as partes comuns dos preedios tem que reconhecer que aquelas são partes. Isso não signffica que não sigam os regimes dos bens imóveis.

Há também deveres de publicidade em relação às inscrições relativas aos prédios. Por fim, discute-se o âmbito do direito de propriedade sobre os prédios - abrangerá ele apenas aquele prédio em si, ou também o seu subsolo e o que está no ar acima dele? O nosso Código Civil diz que sim - art.º 1344.º - diz que o direito de propriedade abrange o esbsolo e o espaço aéreo respectivos, relativos ao prédio que a pessoa tem. É óbvio que isto tem que ser temperado com os princípios gerais da nossa ordem jurídica. Isto não é o Texas - se fosse, Bush seria português.

Quanto às águas, diz-nos o at.º 240.º n.º 1 al. B) qlcionicamente que constituem coisas imóveis as águas. Asnossa lei distingue entre águas privadas e águas púbopicas, a propósito da propriedade das águas (arts. 1385.º e 1386.º). Águas particulares, aliás. AS águas particulares asao as que podem ser objecto de direitos privados. As águas públicas são as que constituem o domínio hídrico. Na delimitação do que é que são águas partcculares, são aquelas que nascem na nossa propriedade, as que passam pela nossa propriedade, as que estão no subsolo por baixo da nossa propriedade, etc. O Còdigo Civil só se refere às águas particulares. O chamado domínio público hídrico tem regras especiais.

Quanto às águas particulares, elas são tradicionalmente objecto de grandes disputas. Portugal já foi em

tempos um país predominantemente agrícola, de grandes disputas sobre a propriedade das águas. Não se pode pois retirar a água ao vizinho do lado. Cuidado: a incongruência natural é preciso ter cuidado porque apesar de correrem são bens imóveis.

Temos depois árvores, arbustos e frutos naturais enquanto estiverem ligados ao solo. Chama-se aqui a atenção para este critério, que é geral

E que a lei explicita melhor aqui: "enquanto estiverem ligados ao solo". Se comprarmos aqui um arbusto no Horto do Campo Grande, isso não é um bem imóvel. É um bem imóvel a árvore ou o fruto enquanto estiver incorporado no solo. Uma vez separado, passa a ser tratado com autonomia e é uma coisa móvel. Se tiver um pomar, é um bem imóvel; se vender a gruta que apanhei, é um bem móvel. Pode aliás ser bem móvel se um Lelo a roubar. Separados, autonomizados, os frutos são tratados como bens móveis (art.º 212.º).

T

Emos por fim os direitos ligados aos bens das alíneas anteriores. Isto é um quia jurídico. O que a lei quer dizer neste caso não é verdadeiramente que se trata de uma nova coisa, mas sim que se aplica aos direitos relativos a estas coisas imóveis o regime das próprias coisas imóveis. Se eu quiser constituir um usufruto sobre um bem imóvel, temo que fazer uma escritura pública.

Temor por fim as partes integrantes dos prédios rústicos ou urbanos. A noção de parte integrante é definida no n.º 3 do citado art.º 204.º. Para isso precisamos perceber a noção de coisa acessória (art.º 210.º). Ora por este n.º 3, em si a coisa é móvel, mas por estar ligada indissociavelmente ao prédio é, ou passa a ser tratada pelo Direito, como uma coisa imóvel. Falamos de bens que não tenham autonomia relativamente ao bem imóvel onde está integrado, e não tem autonomia porque está incorporada materialmente com carácter de permanência no bem que constitui. Se o prédio tem umas colunas muito bonitas, as colunas fazem parte integrante do prédio. Em sentido amplo, pode dizer-se que os andares sejam parte integrante de um prédio, sendo que a única dificuldade é que eles por natureza já são imóveis - a menos que haja um sismo grande, grande, grande. A partir da integração num prédio, as partes integrantes deixam de ter autonomia, deixam de funcionar fora do prédio. Isto é importante por uma razão muito simples: quando o prédio for transmitido, as partes integrantes têm que acompanhar o destino de um prédio. Discute-se: os elevadores serão parte integrantes? Sim, mas podem ser retirados. Entendeu-se que eram partes integrantes. Aplicou-se aqui o critério de que mesmo que sejam retiradas, diminui a funcionalidade do bem a que estavam adstritos. A dificuldade aqui é distinguir isto das coisas acessórias (art.º 210.º), que são coisas móveis afectas ao serviço ou ornamentação de uma outra, que pode ser móvel ou imóvel. O regime é justamente o contrário das partes integrantes. Hoje, a doutrina tende a, tanto quanto possível, aumentar o regime de aplicação das partes integrantes e diminuir o regime das partes acessórias.

Quanto às coisas móveis, elas são determinadas por exclusão. Tudo o que não esteja no art.º 204.º é coisa móvel. Atenção que também não são os móveis para leigo, se o disser leva com um móvel na cabeça. São móveis a energia, o gás, coisas representativas de outra realidade (documentos, dinheiro, cartões de crédito, etc.). Há alguns móveis que, por razões de valor etc., são sujeitos a matrícula (conferência). Dentro dos móveis há uma referência tradicional às coisas semoventes - desde animais, a todos os meios de transporte, etc. Será semelhante? Uma dúvida que se coloca é saber se os regimes de ... Segue o regime dos bens móveis ou imóveis. Alguns dos bens móveis são sujeitos a registo público (n.º 2) por razões diversas.

Aula teórica de 10 Maio 2007:

Faremos hoje a apresentação das últimas classificações de coisas, e referiremos, ainda que de forma breve, a matéria do domínio público.

Já tínhamos aqui apreciado as classificações de coisas que distinguem entre coisas corpóreas e incorpóreas, e móveis e imóveis. Passemos agora em revista as outras classificações que estão nos arts. 206.º e ss.

A primeira é a que distingue entre coisas simples e coisas compostas. Trata-se de uma classificação com origem no Direito romano. A ideia de coisa composta é favorecer o tratamento de um bem que é formado por um conjunto de coisas conglomeradas - favorecer o tratamento unitário, dizendo melhor. Exemplos: um rebanho, uma biblioteca. Por isso se fala em coisas compostas. Esta ideia de coisas compostas pode ser esta composição uma composição material, no sentido de as coisas estarem ligadas - um telhado só é telhado porque tem todas as telhas -, ou não haver ligação material mas sim ligação jurídica. O antecedente desta ideia de coisas compostas é a ideia de universalidade, que já trabalhamos a outro respeito. A lei trata esta matéria a propósito do art.º 206.º. Coisa composta ou unidade de facto é a pluralidade de coisas móveis que pertencem à mesma pessoa, etc. A coisa composta em si é um conjunto de coisas. Estas coisas são coisas móveis. Pertencem à mesma pessoa. E têm ainda um destino unitário, ou seja, são tratadas como unidade. Isto não significa que as coisas simples que constituem a universalidade não possam ser objecto de relações jurídicas próprias.

Uma outra classificação é a que distingue entre coisas fungíveis e infungíveis. As coisas fungíveis são as que se determinam apenas por um critério numérico de conta, peso ou medida - X quilos de batata, Y litros de azeite, Z litros de vinho (oh sim, vinho, vinho). Coisas infungíveis são as que se determinam pelas suas características específicas - um quadro de Picasso não é a mesma coisa que outro quadro de Picasso ou de

qualquer outro pintor. Leiamos o que nos diz a lei no art.º 207.º. Desta leitura, verificamos que é em concreto que determinamos se uma coisa é fungível ou não. Ser fungível significa que a coisa pode ser substituída por outra da mesma espécie. Por exemplo, o dinheiro - quando colocamos dinheiro no banco, queremos o valor de dinheiro, não aquela série de notas e moedas. Mas uma moeda pode ser uma moeda de coleção, e aí vale por ser única. Normalmente, as coisas fungíveis são móveis, mas não é de todo de afastar que possa haver coisas fungíveis imóveis. Qual é o interesse prático desta classificação? Eu diria nenhum, mas a professora diz melhor: diz que alguns contratos pressupõem a fungibilidade dos bens e outros pressupõem a infungibilidade. Vejamos as normas sobre o mútuo e sobre o comodato. O mútuo é justamente um empréstimo de um bem fungível, e o comodato é um empréstimo de um bem infungível. Por outro lado, em Direito das obrigações também se distingue entre prestações fungíveis - as que podem ser desenvolvidas tanto pelo devedor como por um terceiro substituindo o devedor -, e coisas infungíveis. Exemplo: a Pedro tanto lhe dá que seja o Manuel a pagá-lo, como que seja outro pelo Manuel; já se eu contrato com um escultor famoso, não é indiferente para mim que seja um escultor famoso ou um pedreiro reles. Há ainda os chamados contratos intuitu personae.

Outra classificação é a que distingue entre consumíveis e coisas não consumíveis. A definição está no art.º 208.º. Esta definição aparece por vezes na doutrina distinguindo entre coisas efémeras e coisas duradouras. Esta distinção - chama-se à atenção - não é meramente naturalística. Isto alarga-se a situações de destruição jurídica, ou seja, situações em que a coisa deixa de estar na disposição da pessoa. Depois, há ainda uma categoria intermédia - as coisas deterioráveis -, que são aquelas cujo uso regular progressivamente faz diminuir as suas qualidades. É o caso de um automóvel, ou do meu PDA que está já sem algumas teclas.

Outra distinção é a que distingue entre coisas divisíveis e indivisíveis (art.º 209.º). Temos aqui três critérios: uma coisa é considerada indivisível quando a sua divisão determina que a sua substância se altera, diminui o seu valor ou deixa de ser adequada para o uso que foi feita. Divisíveis são as coisas que podem ser alteradas sem que se lhes retire valor, etc. O que prevalece aqui, diz-nos a doutrina, é o critério da diminuição do valor, já que naturalisticamente as coisas são divisíveis até ao átomo. Não é aqui relevante o conceito de alteração de substância, naturalisticamente falando. Por outro lado, esta divisibilidade pode ser em termos materiais (cortar as pernas a uma cadeira, ou cortar as pernas a um aluno desesperado que quer fazer esta cadeira), mas há alguns tipos de bens relativamente aos quais a diminuição de valor é o critério-chave, o único que permite determinar esta distinção. Por exemplo: a biblioteca chamadas coisas comuns. Quando as coisas são propriedade de mais do que uma pessoa, se elas forem divisíveis pode-se proceder à divisão. É materialmente divisível, mas se eu tirar de lá mil livros o seu valor diminui OU seja, na dúvida é melhor atender ao critério do valor. Esta distinção é importante por causa das coisas comuns. Por outro

lado, as coisas divisíveis podem ser objecto de divisão em partes.

Outra divisão é a que distingue entre coisas presentes e coisas futuras. Coisas futuras são aquelas que ainda não estão em poder do disponente, etc. (art.º 211.º). Trata-se de novo de uma classificação que tem a ver estritamente com o momento da celebração do negócio jurídico. Elas podem ser futuras por uma de duas razões: ou não existem (Carlos combina com Zeferino um contrato sobre um quadro que ele ainda vai pintar), ou são futuras porque não estão ainda em poder do autor da declaração negocial, apesar de já existirem (Augusto faz um contrato sobre bens que herdará um dia). Chama-se a isto venda de coisa alheia que se espera vir a ser própria. Os efeitos de um negócio jurídico sobre coisa futura dependem como é óbvio da sua aquisição ou da posse por parte de quem negocia.

Falta-nos ainda referir duas categorias de coisas: os frutos e as benfeitorias. Os frutos, diz-nos o art.º 212.º, são coisas produzidas periodicamente por outras sem prejuízo da substância desta. Nos frutos, a denominação é idêntica à das coisas compostas - o fruto é em si mesmo uma coisa que provém de outra. Os não-juristas associariam os frutos às árvores. Mas não podemos fazer isso, sob pena de levarmos chibatada até morrer. Há que distinguir entre os frutos naturais (os das árvores, mas não só - também as crias dos animais, por exemplo), e os frutos civis (se eu arrendar um prédio urbano, a renda é um fruto civil - é o que o bem - o prédio - produz periodicamente sem alteração da sua substância). A lei também distingue entre frutos e produtos. Um fruto é o que a coisa produz periodicamente. Um produto é aquilo que a coisa pode produzir eventualmente. Vender um prédio e obter uma mais-valia disso é um produto. A lei também distingue entre frutos pendentes, separados e perseguidos. Frutos pendentes são os que ainda estão ligados à coisa principal (art.º 215.º n.º 2). Esta designação já faz mais sentido para os frutos naturais. Os frutos separados são aqueles que já foram colhidos, e ao serem colhidos ou recolhidos podem ser objecto de um negócio jurídico específico. Os frutos perseguidos são os separados por acção humana. As crias nascem sozinhas, são frutos separados; os frutos perseguidos são os que estavam na árvore e os homens foram lá buscá-los.

Por fim, temos as benfeitorias. As benfeitorias estão no art.º 216.º. Trata-se de despesas feitas para conservar ou melhorar a coisa. Verdadeiramente, não são coisas autónomas - são uma intervenção sobre uma coisa que existe. Quando alguém gasta dinheiro a conservar ou melhorar a coisa, isso pode ser efeitos. Benfeitorias necessárias são as que são feitas para evitar a perda, destruição ou deterioração da coisa. Benfeitoria útil é a que, não sendo necessária à subsistência do bem, lhe aumenta o seu valor. Por fim, as benfeitorias voluptuárias são as que, não sendo necessárias nem para a manutenção da coisa nem para o seu melhoramento, servem para o recreio (...). Acentuar isto porquê? Porque quando estas despesas não são feitas pelo proprietário da coisa, quem as faz tem o direito a ser reembolsado se elas forem necessárias, mas não tem o direito a ser reembolsado se elas forem voluptuárias. Esta é a razão de ser desta

classificação. Voltaremos a isto em Direitos Reais - caso passemos as cadeiras.

Por fim, tomemos ainda atenção a duas categorias. A primeira é a ideia de património. Já falámos de património, a propósito das esferas - património é o conjunto dos bens de alguém. Esses bens podem incluir bens materiais ou bens imateriais. O património pode ter um tratamento uhnijtário, e até se pode separar para certos efeitos. Depois há um outro bem cuja classificação é difícil, que são as empresas. Serão elas coisas ou não? Em sentido amplo, são bem. No Direito Comercial estaremos várias acepções de empresas, e uma delas é uma acepção objectiva. Nessa acepção objectiva, a empresa é sem dúvida um bem - tem um valor de mercado. Quanto aos animais, a questão que se coloca é de saber se são ou não coisas. Juridicamente, os animais são coisas - diz a Prof. Rosário Ramalho. Desta qualificação, que está longe de ser consensual, decorrem várias consequências. Primeiro, quando falamos de direitos dos animais, não têm a mesma qualificação que as crianças, por exemplo. Quando discutimos a protecção dos animais, falamos na verdade de tratamentos à luz dos interesses das pessoas humanas. Há vários instrumentos normativos relativamente à protecção dos animais. Há até uma directiva comunitária, até uma protecção legislativa nacional aos direitos dos animais, etc

Por fim, falemos rapidamente das coisas fora do comércio e em especial do domínio público. Quando começámos a falar de coisa, vimos que nos atemos do art.º 202.º, há que distinguir entre coisas no comércio e fora do comércio. É que só as coisas no comércio é que se sujeitam às regras do Código Civil. São coisas fora do comércio as que não podem ser objecto de direitos privados. Ou não podem ser porque pela sua natureza não podem ser apropriadas individualmente (o mar, o céu, a lua, as estrelas, o ar), ou porque por determinação legal estão fora da apropriação individual, por se encontrarem no domínio público. Estas duas categorias de situações, evidentemente, é uma ideia já antiga. Já em Roma se considerava que havia coisas no domínio do povo, e coisas no domínio do Estado. São naturalmente coisas diferentes. Hoje a ideia de domínio público está associada à ideia de que o direito de propriedade das coisas públicas não é idêntica à propriedade privada. Entre nós, hoje fala-se em domínio público, mas antes falava-se em domínio régio. Era também corrente uma distinção, que já vem do Código de Seabra e que acabou por ficar no nosso Código, entre os bens comuns - aqueles que são susceptíveis de ser apreendidos por cada pessoa -, as coisas públicas, que são propriedade da nação mas que todos podem utilizar (estradas, etc.), e as coisas corporativas (são propriedade de uma determinada instituição mas podem ser utilizadas por todos). Hoje, o que se passa é que o domínio público é determinado pela lei, e associado ao domínio público está o reconhecimento do poder do Estado sobre as coisas que integram esse domínio público, sendo que este domínio do Estado deve seguir regras mais apertadas do que as que se aplicam aos privados. Quanto às várias esferas do domínio público, é hoje habitual dividimo-lo em domínio público natural (o domínio público hídrico, por exemplo), e noutra linha o domínio público construído (estradas, caminhos-de-ferro, o domínio monumental e histórico, o domínio militar, e os

cemitérios). Atenção que em Portugal isto é domínio público, mas outros países é possível ter praias privadas, o que a nossa legislação não permite.

Por fim, há outra figura que fica a meio caminho entre o domínio público e o domínio privado. São os baldios, de que se falava já na Idade Média. Trata-se de terrenos que não são de ninguém mas de que todos usufruem. Aparentemente, não são do domínio público - são da autarquia, etc. -, são usufruídos pelos membros dessa comunidade, as pessoas assumem em colectividade a administração, e parece ser mais uma propriedade mas uma propriedade absolutamente não regulada durante muito tempo. Desde 1993 há uma lei dos baldios, mas essa lei apenas resolve problemas de administração desses bens, que aliás ficam por conta das autoridades autárquicas, mas é duvidoso se são bens públicos ou privados.

Aula teórica de 15 Maio 2007:

Hoje vamos começar a matéria relativa ao exercício jurídico. Relativamente a esta matéria, não vamos dar em Teoria Geral a matéria da prova, uma vez que vamos dar em Processo Civil. Vamos dar sim a matéria específica do exercício dos direitos, que comporta a apreciação de algumas situações específicas de exercício dos direitos (legítima defesa, estado de necessidade e abuso de direito), e na próxima aula vamos dar a representação e a matéria da repercussão do tempo nas situações jurídicas.

em primeiro lugar, do que falamos quando falamos de exercício jurídico? Naturalmente, a ordem jurídica não se preocupa apenas com a atribuição de direitos e deveres - matéria com a qual temos trabalhado desde o princípio -, mas também com o modo como essas situações jurídicas são exercitadas. Entra nesta parte alguma matéria que tem a ver especificamente com o modo como as situações jurídicas são exercitadas - se são exercitadas pelo próprio ou por alguém em nome do próprio, até quando é que as situações jurídicas podem ser exercitadas e a partir de que momento é que se perdem, as situações em que devem ser exercidas com razoabilidade ou dentro de certos limites sob pena de estarem em situação de abuso, quando são exercidas se podem ou não chocar uma com as outras, e ainda a possibilidade de exercer situações jurídicas prejudicando as situações jurídicas de outros. Esta é a razão pelo qual esta matéria é dada aqui.

Como condição geral para o exercício de um direito, já sabemos qual é ela - pode exercer o direito quem é titular desse mesmo direito. Quem é titular do direito de propriedade pode usufruir do bem, e desse direito de propriedade. Mas não basta. É preciso ter ainda legitimidade - a possibilidade concreta de o exercer. Além disso, deve como regra geral exercer os seus direitos em conformidade com as regras

gerais, com os princípios gerais da boa fé, dos bons costumes e do abuso de direito. Há algumas situações especiais no exercício de direito. As primeiras já ouvimos falar delas em Introdução ao Estudo do Direitos. Falamos de colisão de direitos, acção directa, estado de necessidade, legítima defesa e consentimento do lesado (arts. 335.º e ss. do CC).

A primeira é a colisão de direitos. Quando ocorre? Sucede quando no exercício de oosso direito pomos em preerigo o exercíio do direito alheio. Se dois carros estiverem a passar em sentiuiopostos numa rua de dois sentidos em que só cabe um, o gajo que não pôs a rua de um sentido é maluco e estamos aqui perante uma colisão de direitos. Esta situação não tem a ver com a titularidade do direito - ambos podem passar ali naquano sentdo que cada um lev -, as sm o com o exercíio dessedireito de ali pssar. A lei estabelece duas regras para resolver as situações de coslisão de direios: se os direitos forem de igual valor, devem ceder reciprocamente na medida das necessidades (art.º 335.º n.º 1); se forem de espécie diferente, deve prevalecer o que for de valor superior.

Segunda situação específica de exercício do direito que pode levantar dúvidas é a situação da acção directa. - art. 336.º Por princípio, os direitos devem exercer-se pacificamente, r e portanto não é lgítimoa alguém recorrer à força a fim de realizar o próprio direito. Deve-se recorrer aos meios coercitivos normais. Mas a lei admite em alguns casos absolutamente excepcionais que uma pessoa exerça o seu direito para defesa ou garantia do seu próprio direito. Quais são essas condições que conformam esta figura? Em primeiro lugar, é necessário que a acção directa seja excepcional, indispensável. Ela é indispensável quando não houver tempo de recorrer utilmente aos meios coercivos normais. Depois, é necessásrio que a acção directa seja indispensável para inuevitar a inlização prática do direito em questão. A lei exige ainda que a atuação do agente se mantenha dentro de certos limites - o s limites de ão causar prejuízo a mais. A acção directa tem ainda que pretender proteger interesses superiores aos postos em causa pelo interesse sacrificados. Em que é que consiste a acção directa? Veja-se o n.º 2 do art.º 336.º.

Outra figura, de que falaremos mais em Direito penal, é a legítima defesa. A legítima defesa está prevista no art.º 337.º, e trata-se de um acto através do qual uma pessoa afasta uma agressão actual ou ilícita, ou sobre ela ou sobre uoutra pessoa ou sobr o património próprio iou de terceiro. É requisito da legítima defesa que não seja possível recorrer aos meios normais de defesa dos direitos, e que o prejuízo causadodo ao seja superior ao que se pretende evitar. Qual é o regime para os actos cometidos meem legítima defesa?Atençã: estes actos não são lícitos, apenas são justificados - é uma causa de justificação do acto ilício. O acto é ainda assim ilícito, só não tem é os efeitos normais de responsabilidade. Agora a pessoa pode é fazer juízos apressados e então está em excesso de legítima defesa. O excesso de legítima defesa surge nos termos do art.º 337.º n.º 2, e surtge quando o prejuízo decorrente do acto de dfefesa seja manifestamente superior ao que decorreria do acto de agressão. Neste caso já há responsabilidade. A

maior parte das situações de legítima defesa são situações de Direito penal.

Por fim, falemos do estado de necessidade e do consentimento do lesado (art.º 339.º e art.º 349.º). O estado de necessidade é um acto de danificação ou destruição de uma coisa alheia para remover um perigo, actual ou hipotético, etc. O estado de necessidade tem dois requisitos: um é a existência de um perigo actual do agente, e o segundo é que o dano que ele cause seja inferior ao valor do bem que está em perigo na sua própria esfera. O acto é lícito, mas apesar de ser lícito pode haver o dever de indemnizar - art.º 339.º n.º 2. Daqui decorre a responsabilidade por actos lícitos.

Por fim, falemos agora do consentimento do lesado. Trata-se do acto lesivo do direito de alguém que consentiu na lesão - art.º 340.º. Isto pode ter contornos penais complicadíssimos. Em princípio, se alguém consentiu na lesão tornou o acto lícito, a não ser que seja contrário a uma proibição legal ou ofensivo dos bons costumes. Por exemplo, um acto de violação, ainda que consentido, não deixa de ser ilegítimo.

Falemos agora do abuso de direito. Quando demos aqui os princípios gerais de Direito Civil, do direito privado em geral e especificamente do Direito Civil, um dos institutos civis gerais de que falámos foi o instituto da boa fé. Nas várias aplicações da boa fé falámos da culpa in contrahendo, etc. Uma das aplicações de que falámos é o abuso de direito. Na altura não foi desenvolvida esta matéria, justamente porque o Prof. Menezes Codeiro a trata aqui no exercício jurídico. Hoje, o abuso de direito é talvez a forma mais geral de concretização do instituto da boa fé. EM Portugal tem tido uma aplicação crescente por parte da jurisprudência. Para isso também contribuiu a obra do Prof. Menezes Cordeiro sobre a boa fé, que nas várias projecções do instituto da boa fé foi isolando de um especial relevo dogmático à figura do abuso de direito como manifestação geral de aplicação da boa fé. Até se pode dizer que a aplicação da jurisprudência do abuso de direito seja talvez excessiva. Esta é na verdade uma figura de excepção.

O que é o abuso de direito? O abuso de direito é algo estranho a priori - para um leigo, Direito ou se tem ou não se tem, e se se tem exerce-se. Esta expressão tem origem na doutrina francesa. A justificação para esta figura foi, na sua origem, situações em que era patentemente evidente que os direitos estavam a ser exercidos de forma menos adequada, mas contudo não havia a possibilidade de identificar nenhuma situação de ilicitude porque não havia contrariedade da norma. Trata-se de uma situação de exercício de um direito que sendo formalmente regular é substancialmente irregular. Exemplos: um é o acórdão de Colmar (será assim que se escreve?). Trata-se de um caso de uma chaminé Hans e Helmut detestavam-se mutuamente. Helmut tinha uma janela que dava uma linda vista para um terreno que era de Hans. Hans não gostava que ele tivesse esta vista, e por isso fez uma chaminé falsa no meio do terreno só para prejudicar a vista do coitadinho do Helmut. Hans, no exercício do seu direito de propriedade, fez uma edificação na sua propriedade. Simplesmente, o objectivo desse acto era só chatear a medula ao Helmut.

Nada aqui o impede o Hans de construir ali uma edificação. O acto de Hans é pois formalmente conforme com o Direito. Todavia, considerou-se aqui que Hans tinha exercido o seu direito de propriedade de modo excessivo - na verdade, ele só queria lixar o vizinho. A outra decisão é uma decisão de 1913, que tem a ver com dirigíveis e espigões de ferro e vizinhos. Damien fazia dirigíveis, que passeavam pelo terreno de François. O François mandou construir uns espigões de ferro altíssimos cuja única finalidade era furar os dirigíveis do Damien. O Tribunal considerou que se tratava de um exercício ilícito do direito de propriedade, porque não havia nenhuma utilidade a não ser chatear o François.

Há aqui desde logo uma ideia que requer algum apuro dogmático, desde logo a ideia de que há limites para o exercício dos direitos. Toda a construção doutrinal a partir daqui é saber quais são os critérios para definir limites de razoabilidade nos exercícios dos direitos. Isto tem uma implicação fundamental: não só é ilícito infringir uma norma, como é ilícito violar certos limites no exercício de uma norma. Que limites são esses? São essencialmente três, acolhidos pelo nosso sistema jurídico. Desde logo, são limites a boa fé, os bons costumes e pelo fim económico-social desse direito (art.º 334.º). Esta forma do Código não é neutra. É ileítimo o exercício do Direito. Não diz claramente que é ilícito. O Código fala em ilicitude quando está a pensar em contrariar uma norma. Aqui, o que o Código diz é "ilegítimo". Trata-se de um exercício de um direito, sim, mas trata-se de uma ilegitimidade, porque não é ilícito mas é ilegítimo a contrariedade.

A boa fé já sabemos o que é - fazemos apelo aos valores dominantes do ordenamento jurídico, nas vertentes da materialidade subjacente e da tutela da confiança. Os bons costumes, também já os vimos - falamos deles a propósito do objecto do negócio jurídico. São aqueles conjuntos de regras sobre a moral, a sexualidade, etc, que são vigentes ou aceites num dado momento histórico e num dado espaço geográfico. Falamos de regras de comportamento. Não são regras jurídicas, ou regras juridicamente positivadas. Dir-se-á que um direito exercido que ofenda os bons costumes está a ser exercido em abuso.

Por fim, temos o critério do exercício em face do fim económico -social. Tem a ver com a função para a qual os direitos são constituídos. Se nos socorremos deles para algo completamente diferente daquilo pela qual a norma conferiu o direito, estamos a exercer abusivamente esse direito. Este é um critério relativamente fácil de aplicar. Veja-se como esta figura é em si uma figura excepcional, só pelos seus requisitos. A regra desde logo é que se alguém tem um direito e o exerce, pode fazê-lo. Mas cria-se aqui uma excepção, que permite considerar ilegítimas condutas contrárias aos valores base do ordenamento jurídico e social. Esta é uma figura de segundo plano na ordem jurídica. O Prof. Menezes Cordeiro fez, na sua obra, um conjunto de concretizações, de tentativas de objecção do abuso de direito. Será delas que vamos falar agora. Um são mais vagas, outras mais fáceis. A primeira é a *exceptio doli* (excepção de dolo). A ideia geral desta ideia de abuso de direito é que aquele que invoca a *exceptio doli* pode deter

comportamento abusivo de alguém alegando que esse comportamento abusivo é só para o prejudicar. Trata-se de uma compaginação da ideia romana de exceção, hoje usada no domínio do direito processual. É muito difícil invocar esta figura.

Bem mais fácil é aplicar o venire contra factum proprium. A ideia básica é a de que o titular de um direito que diz uma coisa e depois se contradiz, está a exercer direito em abuso. Exemplo: Paulo promete contratar, e depois volta atrás sem justificação. Mal feito, Sr. Paulo, mas II feito. Esta ideia de abuso de direito nesta situação tem origem canónica, e permite tutelar algumas situações em que o titular de um direito volta atrás na decisão de seguir por esta ou aquela via, digamos assim. Apesar de tudo, há situações em que se considera que o venire não pode actuar, e que o direito, mesmo mal exercido digamos assim, já produziu efeitos que não fazem prever que o venire seja relevante, ou seja, situações em que o direito está já consolidado. Aplicam-se aqui os critérios da boa fé, sobretudo a tutela da confiança. Os tribunais têm aplicado várias vezes o venire, nomeadamente em situações em que o comerciante vende coisas com defeito, diz que repara e depois não repara.

Falamos por fim da inalegabilidade de forma, ou melhor dizendo a inalegabilidade formal. Quem deu azo a um vício de forma não pode assim alegar esse mesmo vício.

Uma outra manifestação é a surreptio e a suppressio. A suppressio tem a ver com a situação em que uma posição jurídica, não exercida durante certo tempo, deixa de poder ser exercida. Por outro lado, na esfera jurídica contrária surge uma surreptio, uma situação correspondente ao direito que se perdeu.

O

utra situação é o quoque - aquele que viola uma norma jurídica não pode tirar partido dessa situação. A diferença entre o tu quoque e o venire é que na origem do tu quoque está um acto lícito.

Temos por fim o exercício em desequilíbrio. Trata-se de descon siderar abusvas as formas de exercício do direito que sejam inúteis para o titular mas causem danos para to terceiro, que tenham a ver com a exigência de uma coisa que depois se tem que restituir, ou que haja manifesta desproporcionalidade entre as vantagens de uma parte e os prejuízos da contraparte.

Aula teórica de 22 Maio 2007:

Esta será a última aula de Teoria Geral, dado que a Prof.^a Rosário Ramalho não estará quána quinta-feira.

Nesta aula, falaremos da representação e da repercussão do tempo nas situações jurídicas.

Quanto á representação, já ouvimos aqui falar de representação em vários contextos. Trata-se de uma matéria que tem a ver com o exercício dos direitos, porque, embora a grerea geral seja a de que quem é iotitular do direito é quem o exerce, há situações em que uma pessoa , queé o titular do Direito, é substituída por outra pessoa no exercício desse Direito. A representação é pois um fenómeno de substituição das pessoas na actuação jurídica. Já ouvimos aqui falar da representação a propósito do poder paternal, da tutela - situações em que a lei confere a alguém o poder de agir em nome de outra pessoa, e no interesse de outra pessoa. Porque é que é necessário regular a representação? Por várias razões: em primeiro lguar, para assegurar a regularidade dos actos do representante - é necessário assegurar que quem age em nome de outrem se saiba que esta a agir em nome de outrem. É ainda necessário regular a representação para que os actos que alguém pratica em nome de outrem não caiam na sua esfera jurídica. O princípio geral é sempre o de que o representante actua no interesse do representado. Se ele actuar também em nome do representado, estamos perante um tipo de representação, mas o essencial é que ele actue no interesse do representado. Há figuras próximas da representação, mas que não se podem confundir com ela. Em primeiro lugar, outras formas de substituição de pessoas - como a subrogação do devedor ao credxor (art.º 606º), em que um credor se substitui ao devedor na prática de um acto em benefício dele próprio, credor. Por exemplo: um devedor, sabendo que terá que pagar uma quantia ao credor, não toma uma providência administrativa que tem que tomar. O credor pode substituí-lo. A diferença entre isto e a representação é que o representante actua no interesse do representado enquanto subroga ... Outra figura afim é a do nuncio. Por exemplo, quando há erro na transmissão da declaração (art.º 250.º). Falaro do transmitente de uma declaração negocial, por exemplo. Não se trata aqui de actuar com poderes de representação, ele actua como mero transmissário. É o caso também nos casamentos sob procuração. O acto aqui é do declarante, não é sequer do nuncio. Outra figura agfimé a de gestão de negócios. Esta figura, tal como a representação, também é uma interferência numa esfera alheia. Esta figura difere apenas na medida em que falta uma autorização para a actuação em nome de outrem. Exemplo: Searaim Serafim Saudade, aqui estou e na verdade, assaltarem-me a casa... Lá lá-lá-lá... Mas o Manel, vizinho a granel, arranjou a portoinha... Manel actua em egesão de negócios - ele não pode actuar na esfera jurídica do bSerafim.

A representação pode ser legal (se estiver fundada na lei, como o poder paternal, tutela, ou a representação da pessoa colectiva pelos órgãos - representação orgânica), quando a origem dos poderes do representante está na lei; ou voluntária, quando os poderes de representação são conferidos poer u negócio jurídico. Esse negócio jurídico pode ser uma procuração (arts. 262.º e ss., que é um negócio unialteral), ou um mandato (arts. 1157.º e ss., que é um contrato). A representação voluntária em geral está no art.º 258.º e ss. Na disciplina de contratos em especial, estudar-se-á melhor o mandato. Agora vamos ver especificamente a procuração, e a representação em termos gerais.

Em termos gerais, dispõe a lei no art.º 258.º do CC que um negócio jurídico praticado em nome do representado e não estravazando os seus limites, produz os seus efeitos jurídicos na esfera do representado. Tudo se passa como fosse o representado a praticar os negócios jurídicos. Se por acaso o representante estravasar estes poderes, isto é, se ultrapassar os limites desses poderes, entramos no âmbito da representação sem poderes (art.º 268.º). Diz-nos este artigo que o negócio celebrado sem poderes de representação, ou por excesso, não produz efeitos na esfera jurídica do representado, se não se for por ele ratificado. Quer isto dizer que temos duas hipóteses: ou o representante actua dentro dos seus limites de representação e o negócio jurídico produz na esfera jurídica do representado os seus efeitos, ou então, se o representado nada disser, e se o representante actuar sem poderes ou excedendo estes, o negócio produz os efeitos na sua própria esfera jurídica. A lei preocupa-se ainda com a forma da representação, com a capacidade do representante, estabelecendo em termos gerais as seguintes regras:

1. A forma da representação é a forma que seja necessária para o negócio a realizar;
2. A capacidade do procurador é aquela que seja necessária para o negócio a realizar (art.º 263.º);
3. O representante não pode aproveitar os seus poderes de representação para negociar consigo próprio (art.º 261.º); Este negócio é anulável em termos gerais, porque o objectivo geral da representação é prosseguir o interesse do representado, daí esta norma de cautela.

Em relação especificamente à procuração, trata-se de um negócio unilateral. Veja-se o art.º 262.º. A procuração extingue-se, nos termos do art.º 265.º, por uma das várias causas seguintes: porque o procurador renuncia, porque se extingue a relação jurídica subjacente, ou porque o representado a revoga, nos termos do art.º 265.º n.º 2. Ou seja, tal como livremente outorga a procuração por negócio unilateral, também livremente a revoga. A procuração só não é livremente revogável se for instituída também no interesse do procurador. Há aqui uma grande discussão doutrinária sobre o alcance deste interesse.

Agora passemos à matéria da repercussão do tempo nas situações jurídicas. Vamos ver sumariamente umas quantas regras práticas.

Primeiramente, há que ter em conta que por razões de segurança jurídica, a ordem jurídica não se compadece com a eternização de situações em que as pessoas deviam exercer os direitos e não o fazem. A partir de um certo tempo, quem tinha um direito e não o exerceu perde-l, e quem devia fazer algo e não faz deixa de estar obrigado a fazê-lo. Atrás do decurso do tempo, procura-se assegurar uma segurança jurídica acrescida à ordem jurídica. Esta é a ideia geral. Por isso a lei estabelece, em primeiro lugar, algumas regras gerais sobre contagem dos prazos (arts. 296.º e 297.º) e regras sobre a caducidade de direitos com o decurso do tempo. Os direitos podem prescrever por uma de três razões: prescrição, caducidade e não-uso dos direitos.(art.º 298.º). O art.º 298.º distingue as situações que estão sujeitas a

prescrição, a caducidade e a não-uso. Quanto às situações sujeitas a prescrição, são os direitos que não sejam indisponíveis ou que a lei não declare como imprescritíveis. Quando, por força da lei, um direito haja que ser exercido dentro de certo prazo, são aplicadas as regras da caducidade a meios que a lei fale mesmo em prescrição. A regra geral é a caducidade. Todavia, a lei pode determinar que um direito prescreva (n.º 1), ou então por vontade das partes, pode ser determinada a prescrição.

Quanto ao não-uso, é uma situação em que o Direito se perde, mas que é só aplicável a certo tipo de direitos (n.º 3). Os direitos não prescrevem, diz a lei, mas o seu não-uso pode destinar a sua extinção. Nesse caso, a extinção segue as regras da caducidade. Isto aplica-se quase só a direitos reais, e só alguns.

Que diferenças há entre a prescrição e a caducidade? Uma é fundamental: a prescrição tem que ser invocada pelas partes, enquanto a caducidade tem efeitos automáticos (arts. 303.º para a invocação da prescrição, e 333.º para a caducidade). Isto quer dizer que se o direito estiver prescrito mas a parte não o invocar, ele continua a ser exigível. Pelo contrário, mesmo que as partes fiquem caladinhas, o Tribunal pode verificar que um determinado direito caducou. Quanto aos efeitos, eles são os mesmos - o direito extingue-se, a obrigação deixa de ser exigível. Diz-nos o art.º 304.º isso mesmo. Contudo, se já tiver cumprido, não pode depois dizer que o direito estava prescrito. Decorre isto mesmo do n.º 2 do art.º 304.º. É um regime de algum equilíbrio - na verdade, o direito ou o dever existia. A ideia é consolidar a situação jurídica.

A lei estabelece alguns prazos de prescrição, que são diferentes consoante o tipo de direitos em causa. Há um prazo ordinário de prescrição, que é de 20 anos (art.º 309.º). Depois, há várias situações em que há prazos menores - prescrições de cinco anos, de 6 meses (art.º 316.º), 2 anos, etc. Etc. Depende dos interesses subjacentes. Por exemplo, interesses comerciais normalmente o prazo é inferior - a celeridade do comércio jurídico não se compadecia com prazos largos. A lei ocupa-se ainda com duas vicissitudes associadas à prescrição: a suspensão da prescrição (arts. 318.º e ss.), e interrupção da prescrição (art.º 323.º e ss.). Suspensão é quando o prazo ainda não começou a correr - não começa neste caso nem corre. Suscete quando é reconhecidamente difícil a exigibilidade. Interrupção é quando a prescrição já está a correr, mas em virtude de um facto essa prescrição deve ser interrompida. O efeito da interrupção é parar o relógio, digamos assim. A lei estabelece forma de contagem dos prazos de caducidade (art.º 329.º), e relativamente a esta matéria também estabelece alguns fundamentos gerais da caducidade.

Agora nótuas finais.

Quanto ao exame, acaba hoje a parte boa da vida académica. Começa a parte má - os exames. Esta época de exames vai ser difícil - só há um assistente, para já, e há 295 alunos. A monitora não pode corrigir testes,

agora imagine-se o que para aí vai! Vai ser pois difícil cumprir os prazos.

Quanto à estrutura do teste, ela terá com certeza uma hipótese grande, pode ter um segundo grupo com hipóteses pequenas e um terceiro com perguntas teóricas. Depende tudo do tamanho. A regra é que as hipóteses sejam quid juris - na nossa vida, não temos problemas encaminhados. Não sreptam os textos dos artigos, enunciem-nos e justifiquem. Façam uma boa gestão do tempo, meus filhos, meus queridos e sapientes filhos!

Matéria? Tudo. Tudo mesmo? Tudo! Tudo, tudo, tudo, tudo! Até a matéria teórica! Nem pensar que isto é só regimes jurídicos! Só não vem a prova. Pois, que a prova já será mesmo o teste - será uma prova e tanto.