

CAPÍTULO V
SITUAÇÕES JURÍDICAS

§ 20.º NOÇÃO E MODALIDADES

75. Noção, relevo e sequência

I. Diz-se jurídica a situação humana – logo: social – valorada pelo Direito. Mais precisamente, a situação jurídica é o produto de uma decisão apropriada, correspondendo ao acto e ao efeito de realizar o Direito, resolve um caso concreto.

A situação jurídica é uma situação de pessoas: o direito soluciona sempre problemas ligados a *homines sapientes*. Pode considerar-se subjectiva por ser atinente ao sujeito; não tem, no entanto uma essência psicológica: sendo jurídica, ela compartilha a natureza cultural – portanto: objectiva e exterior – do Direito. Tão-pouco tem mera natureza fáctica: ela traduz o Direito concretizado, exprimindo, nessa medida, uma síntese facto-valor.

II. O Direito existe apenas nas decisões concretas dos problemas que resolve. Fora do caso, poderá haver construções teóricas que, mesmo iluminadas, não são Direito. A situação jurídica surge assim como o culminar de todo o processo de realização do direito, integrando a localização das fontes, a interpretação e a aplicação⁹⁰⁵.

Assumir a natureza constituinte da Ciência do Direito, num passo hoje pacífico que implica, só por si, o deslocar da existência jurídica para o caso concreto, confere à situação jurídica um papel primordial. Nela ocorre o Direito e nela se verifica a actuação própria da Ciência do Direito, no seu momento concretizador.

⁹⁰⁵ Cf. *supra*, 149 ss. e a bibliografia aí referenciada.

O desenvolvimento e a explanação do Direito a partir de situações jurídicas visam, a nível metodológico, evitar uma exposição baseada em normas – que conduziria a um abstraccionismo pré-jurídico – e prevenir um estudo centrado em casos concretos – que descambaria num empirismo⁹⁰⁶.

III. Na sequência, vai proceder-se a uma análise de diversas modalidades de situações jurídicas, isolando, no entanto e em rubricas próprias, aquelas que, pela sua importância científico-cultural, requeiram um desenvolvimento autónomo: ainda que científico, o Direito não deixa de ser histórico-cultural.

O estudo de modalidades de situações jurídicas não deve ser entendido como uma actividade classificatória, dirigida à memorização. Num plano científico, ela procura uma aproximação ao conteúdo das diversas situações, esquema idóneo na busca do seu regime; este, por seu turno, é o objectivo máximo do conhecimento jurídico. Num plano pedagógico, ela visa ainda ministrar elementos doutrinares mínimos que, a nível de simples linguagem como no domínio substantivo, sejam necessários para apreender a matéria do Direito civil.

76. Situações simples e complexas

I. Uma situação jurídica pode analisar-se num único elemento ou em vários: assim se dirá simples ou complexa. Ela compõe-se de um único elemento quando, a ser retirado, do seu conteúdo, um qualquer factor, ela se torne ininteligível; ela admite vários sempre que, desse mesmo conteúdo, possam ser retiradas realidades que, noutras circunstâncias, se arvo-rem em situações jurídicas autónomas.

Por exemplo:

- o poder de exigir a outrem um comportamento – isto é, a pretensão – é simples; nada se poderia retirar do seu seio, sob pena de não haver já uma decisão jurídica;
- o direito de propriedade sobre um imóvel é complexo; do seu interior podem-se, por exemplo, retirar as facultades de construir, de cultivar ou o poder de vender, os quais, quando atomizados, fazem sentido, podendo mesmo consubstanciar direitos autónomos.

⁹⁰⁶ ERNST WOLF, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 3ª ed. (1982), 76 ss., critica um estudo da matéria jurídica baseada no Direito objectivo, que mais não seria do que uma tentativa de apresentar a crença numa ideia absoluta como doutrina jurídica.

II. A simplicidade ou complexidade de uma situação jurídica deriva de factores científicos ou de problemas de linguagem. Na figuração e na justificação de situações jurídicas, pode recorrer-se a situações parcelares, de modo a explicar realidades complexas que, de outra forma, ficariam pior conhecidas: há um predomínio científico. Mas a situação é, por vezes, simples ou complexa consoante os quadros linguísticos usados facultem a sua comunicação com recurso a uma única expressão ou, pelo contrário, requeiram composições linguísticas mais vastas. A linguagem tem um relevo material que não deve ser ignorado⁹⁰⁷; através dela, penetra, de novo, o influxo da História, da tradição e da cultura nas construções jurídicas. A consciência da ligação entre o Direito e a linguagem por que este se manifeste coloca, ainda, uma inevitabilidade: cada dogmática está ligada à língua em que se exprime. A tradução é, sempre, um factor de adulteração. Trata-se de uma realidade inultrapassável que tem, como vimos, pesadas consequências no denominado Direito europeu⁹⁰⁸.

77. Situações unissubjectivas e plurissubjectivas

I. A situação unissubjectiva postula apenas um sujeito, isto é, uma única pessoa; a plurissubjectiva, pelo contrário, assenta em mais de uma pessoa. Por exemplo:

- um dever de conduta implica uma pessoa: o adstringido; é uma situação unissubjectiva;
- uma obrigação completa (no sentido do artigo 397.º) implica um credor e um devedor; a propriedade (artigo 1403.º) deriva de vários proprietários, em simultâneo, sobre a mesma coisa: ambas as situações são plurissubjectivas.

II. A plurissubjectividade tem verdadeiro interesse dogmático. Ela exprime um todo complexo relevante, que não equivale ao somatório simples das posições individuais que o compoñham.

De particular relevância surge a complexidade subjectiva. Trata-se de uma modalidade de situações plurissubjectivas que se caracteriza pela presença, numa conjuntura normalmente simples, de vários sujeitos. Exem-

⁹⁰⁷ Trata-se do papel substantivo da linguagem, acima examinado. Cf. *supra*, 154 ss.

⁹⁰⁸ *Supra*, 249 ss. e 255 ss..

plos claros de situações subjectivamente complexas ocorrem no campo da contitularidade. No domínio das obrigações, vejamos os artigos 512.º e seguintes; no dos direitos reais, os artigos 1403.º e seguintes.

78. Situações absolutas e relativas; a "relação jurídica"

I. A situação absoluta existe por si, sem dependência de uma outra situação, de sinal contrário; a situação relativa, por seu turno, consubstancia-se na medida em que, frente a ela, se equacione uma outra, de teor inverso. Por exemplo:

- um direito de propriedade (artigo 1305.º) é absoluto: ele esgota-se numa pessoa e na coisa, sem necessidade de figurar situações simétricas que a sustentem;
- um direito de crédito (artigo 397.º) é relativo: um credor tem o direito de cobrar 100 porque, perante ele, um devedor está adstrito a pagar os mesmos 100.

A situação relativa "relaciona" duas pessoas: ela dá lugar a uma *relação jurídica*; pelo contrário, a situação absoluta não postula qualquer relação jurídica, o que conduziria mesmo, caso admitida, a uma contradição terminológica⁹⁰⁹.

II. A doutrina clássica apresentava outros critérios para distinguir situações absolutas e relativas⁹¹⁰. Assim:

- um critério de eficácia: seriam absolutas as situações que produzissem efeitos perante todos (*erga omnes*) e seriam relativas as que operassem, apenas, entre credor e devedor (*inter partes*)⁹¹¹;
- um critério de responsabilidade: seriam absolutas as situações que, a serem violadas, possibilitariam o responsabilizar de qualquer prevaricador (artigo 483.º); as relativas, pelo contrário, apenas permitiriam pedir contas a uma única pessoa (artigo 798.º).

⁹⁰⁹ Cf. OLIVEIRA ASCENÇÃO, *As relações jurídicas reais* (1962), 27 ss.

⁹¹⁰ Essa mesma doutrina não falava em situações mas, tão-só, em "direitos absolutos ou relativos" ou em "relações absolutas ou relativas"; a transposição não levanta, contudo, dúvidas.

⁹¹¹ Tal a opção de CARVALHO FERNANDES, *Teoria geral* cit., 2, 3ª ed., 551.

Tais orientações devem ser abandonadas: elas conduzem a confusões terminológicas. Muitas vezes, na base de tais confusões, são retiradas conclusões atinentes a regimes aplicáveis, sem que as premissas de partida o comportem.

Como critério útil fica, pois, a bitola estrutural, acima proposta.

III. A relação jurídica é apenas uma das várias situações jurídicas possíveis. Pretender reduzir toda a realidade a relações jurídicas, para além das censuras metodológicas, técnicas e significativo-ideológicas já apontadas, a propósito da crítica ao Código de Vaz SERRA⁹¹², é irrealista e provoca distorções continuas. A sua exportação para além do Direito civil veio prejudicar os sistemas de exposição das disciplinas atingidas.

79. Situações patrimoniais e não-patrimoniais

I. A situação patrimonial tem conteúdo económico, podendo ser avaliada em dinheiro; a situação não-patrimonial – ou pessoal, embora este termo tenha, em Direito, outros significados⁹¹³ – pelo contrário, não tem conteúdo económico e não concita, à partida, uma equivalência monetária. Este princípio não deve ser perturbado pela possibilidade de arbitrar, por danos causados em situações não-patrimoniais – portanto por danos morais –, uma indemnização em dinheiro: a avaliação então feita tem apenas um sentido compensatório, não exprimindo um conteúdo económico intrínseco.

II. As situações patrimoniais não se confundem com as situações regidas pelo Direito patrimonial. Na verdade, mercê de fenómenos diversos de atracção ou de contiguidade, verifica-se que situações sem conteúdo económico são objecto de regulação patrimonial. Por exemplo, a propriedade de uma coisa que tenha mero valor sentimental ou estimativo continua a reger-se pelo dispositivo virado para a propriedade comum, claramente patrimonial.

⁹¹² *Supra*, 129 ss.

⁹¹³ Em textos mais antigos falava-se ainda, em situações "morais"; também esta noção deve ser evitada: sugere a sua não-juridicidade, o que não se coaduna com o Direito actual.

III. Aparentemente claro, este critério perde nitidez: todas as situações, mesmo as mais pessoais, tendem a poder ser avaliadas em dinheiro. E terão mesmo de sê-lo, quando se trate de indenizações: no moderno Direito dos seguros, existem tabelas que permitem estabelecer as indenizações correspondentes aos diversos tipos de danos morais que, assim, adquirem expressão monetária. Ora a avaliação em dinheiro dá, a qualquer situação, natureza econômica.

O problema resolve-se pela normatização do critério. É patrimonial a situação cuja troca por dinheiro seja admitida pelo Direito. Quando a ordem jurídica proíba os negócios que postulem a troca, por dinheiro, de determinadas situações, estas serão não-patrimoniais. Compreende-se, a esta luz, que as ocorrências possam ser ou não patrimoniais, consoante o período histórico atravessado.

80. Situações activas e passivas

I. A situação activa coloca determinados efeitos sob a vontade do próprio sujeito a quem ela assiste; a passiva, pelo contrário, põe tais efeitos na dependência de uma pessoa que não o sujeito. Em termos analíticos, a situação activa deriva de permissões normativas ou de normas que conferiam poderes; a passiva é obra de normas proibitivas ou impositivas.

De um modo geral, pode considerar-se que a situação activa é sentida como uma vantagem, funcionando a passiva como um peso.

II. As situações activas e as passivas podem combinar-se entre si em medidas diversas. Normalmente, uma situação complexa tenderá a abranger múltiplas posições, activas e passivas. Assim, a propriedade, enquanto situação jurídica global, é essencialmente activa. No seu seio, porém, identificam-se várias posições passivas: pense-se, por exemplo, nas adstrições de vizinhança ou em várias proibições de Direito público.

81. Situações analíticas e compreensivas

I. As situações analíticas obtêm-se através da redução, aos factores componentes elementares, das realidades jurídicas. Apresentam-se, portanto, como fórmulas lógicas. As situações compreensivas derivam da consideração autónoma, historicamente consagrada, das mesmas realidades,

abrangendo múltiplos elementos. Traduzem-se, deste modo, em esquemas culturais.

Por exemplo, o direito de propriedade (artigo 1305.º) é uma situação compreensiva: engloba múltiplos poderes e até deveres, isto é, inclui várias situações analíticas. Pelo contrário, o poder de disposição corresponde a uma situação analítica.

II. As situações compreensivas traduzem o lastro histórico-cultural próprio de toda a conjuntura jurídica. Muitas vezes elas representam sim-ples acidentes do passado, induzidos de episódios impressivos ou, até, de meros acidentes de linguagem. As tentativas de definição lógica de situações compreensivas dão azo a problemas muito complexos: elas carecem, de modo necessário, de uma colocação de tipo histórico-cultural.

III. As situações analíticas, por seu turno, apresentam-se como excessivamente lógicas e, como tais, cerceadoras da realidade. Na sua pre-ocupação de retratar, em moldes lapidares, certas conjunções idealizadas, elas simplificam, por vezes em termos redutores, aquilo que era suposto traduzirem.

Não parece possível, pelo menos no estado actual da Ciência do Direito, abdicar dalgum desses dois tipos de situações. Uma e outras conjugam-se no apuramento dos conhecimentos jurídico-científicos, permitindo aprofundá-los e melhorar as soluções.

§ 21.º O CONCEITO DE DIREITO SUBJECTIVO

82. Generalidades e relevo do debate

I. O direito subjectivo corresponde a uma situação jurídica compreensiva: dado pela História e pela cultura do Direito, ele tem uma presença efectiva nos planos teórico e prático, englobando diversas realidades menores. Mais do que concebê-lo, a Ciência do Direito defronta o problema de o conhecer e de o explicar.

Deve ainda frisar-se que o debate em torno do conceito de direito subjectivo não releva, apenas, em termos de formulação linguística adequada ou de construção teórica idónea: estão em jogo – como haverá oportunidade de verificar – vectores importantes de todo o pensamento jurídico civil, quer num prisma de elaboração significativo-ideológica, quer em termos de regime, os quais implicam projecções de ordem prática.

Algumas das opções efectuadas neste ponto facultam elementos importantes no domínio da aplicação concreta dos diversos tipos de direito subjectivo, dispersas por variadas disciplinas académicas.

II. O direito subjectivo era, enquanto tal, desconhecido no Direito romano. A pessoa que, nesse ordenamento, detivesse uma posição favorável que lhe conferisse uma particular protecção do Estado, dispunha de uma *acção*, isto é, da possibilidade de, junto de um magistrado, obter uma injunção que, caso se verificassem os competentes e alegados factos, habilitasse o juiz a determinar medidas concretas⁹¹⁴.

Este sistema, de base processual, foi objecto de ponderação, durante a Idade Média, por gerações de juristas os quais, num esforço de abstracção, conseguiram a isolar a posição substantiva correspondente à acção

⁹¹⁴ ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO, *Direito privado romano* cit., I, 20; todavia, em certas conjunções, os romanos já usavam *ius* com um alcance que pode ser aproximado do nosso direito subjectivo; *idem*, 49 ss..

processual: o direito do sujeito – ou direito subjectivo⁹¹⁵⁻⁹¹⁶. Os teóricos do Direito natural vieram colocar o direito subjectivo – antes mero expediente técnico – numa posição de particular relevo ideológico: inatos às pessoas – porque pessoas e enquanto pessoas – alguns direitos impor-se-iam ao Direito e ao Estado, obrigando ao seu respeito. Desses direitos – os direitos originários – tornar-se-ia possível, depois, deduzir os restantes que, por dependerem de ulteriores vicissitudes, seriam, tão-só, direitos adquiridos⁹¹⁷.

As antigas referências românicas e as novas projecções ideológicas e jusnaturalistas correspondem às fundas raízes que os direitos subjectivos ocupam no pensamento jurídico.

III. O conceito de direito subjectivo dá lugar a dúvidas e a questões que preenchem desenvolvidas rubricas nos manuais de Direito civil. O debate daí derivado tem um relevo que transcende a mera questão de formulações conceptuais. As opções em presença filiam-se em grandes vectores que atravessam todo o ordenamento civil, emergindo em pontos muito diferenciados. Pense-se no papel da vontade no Direito ou na liberdade. Por isso, ao discutir este tema, aproveita-se, de facto, uma oportunidade para aprofundar questões importantes de dogmática civil, sem esquecer a do cruzamento fundamental entre História e Ciência⁹¹⁸.

⁹¹⁵ Para prevenir dúvidas, o *direito subjectivo* vem redigido com minúscula; pelo contrário, o *Direito objectivo* – conjunto de normas e de princípios – surge com maiúscula.

⁹¹⁶ Quanto à origem histórica do direito subjectivo, cf. HELMUT COING, *Europäische Privatrecht* cit., 1, 172 ss.

⁹¹⁷ O Código de SEABRA compreendia ainda rastros salientes deste tipo de pensamento *jusnaturalista* – e *jusracionalista* –, uma vez que pressupõe um directo influxo do pensamento filosófico no próprio Direito; assim, na sua *Parte II, Livro I, Título I*, justamente intitulado “*Dos direitos originários*”, dispunha-se, no artigo 359.º, de modo característico, citado *supra*, 124-125, nota 382.

Os artigos 360.º a 367.º definiam, depois estes “direitos” e seus derivados; o artigo 368.º determinava:

Os direitos originários são inalienáveis, e só podem ser limitados por lei formal e expressa. A violação deles produz a obrigação de reparar a ofensa.

⁹¹⁸ Quanto aos diversos vectores, por vezes contraditórios, que animam o direito subjectivo, cf. MASSIMO LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo* (Una vicenda teorica (1996)).

83. A doutrina de SAVIGNY e a sua evolução

I. Na Ciência do Direito da actualidade, as concepções de direito subjectivo têm, como referência inicial, a construção de SAVIGNY.

Para SAVIGNY, o direito subjectivo seria um poder da vontade⁹¹⁹. Tal poder deveria ser entendido como reconhecimento, ao sujeito titular do direito, de um âmbito da liberdade independente de qualquer vontade estranha⁹²⁰.

No fundo, trata-se de uma fórmula de nítida inspiração racionalística e jusnaturalística, de sabor semelhante à definição apresentada pelo artigo 2.º do Código de Seabra:

Entende-se por direito, neste sentido, a faculdade moral de praticar certos factos; (...).

A sua utilização em SAVIGNY não é casual e tem um relevo que transcende largamente o de uma definição isolada. Todo o sistema de Direito civil de SAVIGNY assentava na vontade humana, base dos direitos, das relações jurídicas e de diversos institutos como, por exemplo, a posse ou a personalidade colectiva. SAVIGNY, no entanto, não propôs puras construções teóricas, mas antes um efectivo sistema integrado, capaz de captar a essência histórico-cultural do Direito civil e de solucionar casos concretos. Por isso, ao inserir uma concepção voluntarista de direito subjectivo, SAVIGNY estava a dar corpo a preocupações globais e profundas e a interferir, de modo mediato, em múltiplas soluções jurídicas.

II. A ideia de SAVIGNY foi, num primeiro tempo, bem entendida pelos seus sucessores. GEORG FRIEDRICH PUCHTA – a quem se deve o estabelecimento da pirâmide conceptual paradigmática da jurisprudência dos conceitos⁹²¹ – dá nesse sentido, explicações muito claras e sugestivas:

O direito é, por conseguinte, o reconhecimento da liberdade jurídica das pessoas, que se exterioriza na sua vontade e na sua actuação sobre os objectos⁹²².

⁹¹⁹ FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, 1 (1840), § 4.º (7).

⁹²⁰ SAVIGNY, *System* cit., 1, § 52.º (333).

⁹²¹ Cf. KARL LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5ª ed. cit., 22 e GEORG FRIEDRICH PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, 1, 10ª ed. (1893), publ. KRÜGER – a 1ª edição é de 1841 – 101.

⁹²² PUCHTA, *Institutionen* cit., 1, 10ª ed., 8. Cf. LUDWIG RAISER, *Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht*, JZ 1961, 465-473 (465, nota 2).

e

O direito tem então por objecto a sua sujeição ao poder das pessoas, como uma expressão de liberdade jurídica (...) ⁹²³.

O direito subjectivo não era pois, de forma alguma, um mero expediente técnico, destinado a exprimir soluções pontuais. Antes se assumia como um vector significativo-ideológico destinado a melhor firmar as concepções liberais, protegendo-as contra investidas exteriores. E esse vector era tanto mais actuante quanto é certo que o direito subjectivo, assim entendido, vai repercutir o seu cerne significativo-ideológico nas mais diversas latitudes jurídicas. O próprio esquema conceptualista puchiano era garantia desse tipo de reprodução.

III. O conceptualismo subsequente, possibilitado desde o início pelo método apriorístico utilizado por SAVIGNY na formação dos conceitos ⁹²⁴, provocaria um enfraquecimento progressivo dos aspectos significativo-ideológicos da noção de direito subjectivo proposta por esse Autor.

Nos finais do século XIX, BERNARD WINDSCHEID definia já o direito subjectivo, muito simplesmente, como:

(...) um poder ou senhorio da vontade, concedido pela ordem jurídica ⁹²⁵.

Assim operou uma evolução que, à noção savigniana, retirou a "fundamentação filosófico-ética" (KASPER) ⁹²⁶, privando-a do seu nível significativo-ideológico. O direito subjectivo ficou reduzido a uma expressão técnica: o poder da vontade ou, numa versão mais objectivada, a protecção jurídica concedida a esse poder ⁹²⁷.

⁹²³ PUCHTA, *Institutionen* cit., I, 10^a ed., 32.

⁹²⁴ Cf. *supra*, 71.

⁹²⁵ WINDSCHEID/KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9^a ed. (1906), I, § 37.º, 156.

⁹²⁶ FRANZ KASPER, *Das subjektive Recht - Begriffsbildung und Bedeutungsmehrheit* (1967), 69.

⁹²⁷ A doutrina nacional uniformiza, como "doutrinas da vontade", as posições que vão de SAVIGNY a WINDSCHEID, sem atentar na evolução acima retratada: cf. GOMES DA SILVA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar* I (1944), 39 ss. e CASTRO MENDES, *Teoria geral do Direito civil* I (1983), 318 ss.

84. A doutrina de JHERING e sua evolução

I. Uma evolução conectada com o devir oitocentista da Ciência do Direito retirou à concepção savigniana o seu nível significativo-ideológico, remetendo o direito subjectivo para o rol dos meros expedientes técnicos. Conseguiu-se, com isso, um efeito particular, mas de grande relevância: deixou-se expor a fórmula, a que WINDSCHEID daria abrigo definitivo, a críticas vibradas por um primo técnico.

JHERING dirigira, nesta linha, censuras certas à "teoria da vontade" que, até hoje, não lograram resposta satisfatória ⁹²⁸. Deste modo:

- a presença de direitos subjectivos em pessoas totalmente privadas de vontade;
- essa mesma presença em pessoas que, por ignorarem a existência dos direitos em causa, não podem assumir uma qualquer vontade que lhes sirva de suporte.

O primeiro caso documenta-se com recurso aos direitos dos menores e dos dementes aos quais - pelo menos em certas circunstâncias - falta pura e simplesmente uma vontade humana; o segundo resulta de situações em que o titular perdeu, por exemplo, o objecto do seu direito, esquecendo-se dele, ou adquiriu - v. g. por sorteio - um direito sem que isso lhe houvesse sido comunicado.

II. Deve ter-se presente que estas críticas são definitivas: um conceito de direito subjectivo assente na vontade humana postula, por definição, que em todo o direito ela esteja presente. Ora as diversas ordens jurídicas comportam direitos carecidos de qualquer vontade, mesmo potencial: ela é, pois, dispensável. As críticas não podem ser ladeadas com recurso aos fenómenos encontrados pelo Direito para substituir, no exercício, uma vontade que falte, com exemplo na representação. Havendo representação, a vontade do representante não é - nem poderia ser - enxertada no representado; trata-se, tão-só, de um esquema artificial, destinado a prolongar o campo de actuação das pessoas ou a defender os incapazes, mas que não se contrapõe ou substitui à natureza das coisas: não poderia fazê-lo.

⁹²⁸ RUDOLPH VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* III, I, 6^a e 7^a ed. (1924), 332 (a 1^a edição é de 1861).

III. Criticada a concepção savignyana ligada à vontade, JHERING contrapõe-lhe a sua.

Diz JHERING:

Não é a vontade ou o poder que formam a substância do direito, mas sim o aproveitamento⁹²⁹.

e

O conceito de direito (subjectivo) respeita à segurança jurídica do aproveitamento dos bens; direitos são interesses juridicamente protegidos⁹³⁰.

O direito subjectivo é, assim, encetado por outra via. Em vez de se captar através do seu funcionamento, procura-se o seu escopo. De facto, o funcionamento levanta problemas: os direitos são tantos e tão variados que dificilmente se conseguiria encontrar uma fórmula que cubra todas as hipóteses. O objectivo prosseguido pela subjectivação jurídica, pelo contrário, já permitiria soluções mais satisfatórias.

IV. A referência a interesses que, a partir de JHERING⁹³¹, penetraria em profundidade no pensamento jurídico continental, deve ser explicitada.

Em sentido objectivo, o interesse traduz a virtualidade que determinados bens têm para a satisfação de certas necessidades; em sentido subjectivo, o interesse exprime uma relação de aptidão que se estabelece entre o sujeito carente e as realidades aptas a satisfazê-lo. Parece indubitável que, assim latamente entendido — isto é, abrangendo as vertentes objectiva e subjectiva — o interesse acabará por estar presente em múltiplas figuras jurídico-subjectivas.

A essa realidade, sugestiva e omnipresente, juntou JHERING a protecção jurídica: o direito subjectivo confere, efectivamente e ao seu titular, uma tutela jurídica, pelo que a ideia de protecção surge convincente e acertada.

⁹²⁹ JHERING, *Geist des römischen Rechts* cit., III, 1, 350.

⁹³⁰ JHERING, *Geist des römischen Rechts* cit., III, 1, 339.

⁹³¹ HELMUT CONG, *Bentham's importance in the development of "Interessenjurisprudenz" and general jurisprudence*, em *The Irish Jurist* 1 (1966), 336-351 (336 ss.), sonda a hipótese de, na referência aos "interesses", ter havido uma influência de BENTHAM, através de uma tradução alemã introduzida por BENKE, de 1830.

A fórmula de JHERING apresenta-se, tecnicamente, apurada. Ela é simples e directa, como qualquer definição deve ser. E, do direito subjectivo, ela fixa o essencial: interesse e tutela. Não obstante, têm-lhe sido movidas críticas técnicas e metodológicas.

Num prisma técnico, censura-se a JHERING o não ter em conta o fenómeno denominado "interesses reflexamente protegidos": por exemplo, as regras que determinem uma obrigatoriedade de vacinação visam proteger os interesses das diversas pessoas; nem por isso se poderá falar na existência de um direito subjectivo à vacinação de outrem⁹³².

Num prisma metodológico, critica-se a JHERING o ter sublinhado a finalidade do direito subjectivo, em detrimento da sua substância⁹³³.

V. Estes tipos de crítica não procedem. A existência de interesses reflexamente protegidos — ou, mais latamente, de formas indirectas de tutela normativa — não contunde com uma noção de direito subjectivo que postule, como é natural, uma protecção directa dos interesses. A natureza final da noção de JHERING bem poderá significar uma vantagem metodológica, e não uma crítica: afinal, os direitos subjectivos poderão implicar tal variedade substancial que uma noção genérica seja viável, apenas, em termos de escopo.

A crítica a JHERING — abaixo efectuada — deverá seguir outras vias: a de perguntar pelas projecções significativas que a fórmula por ele proposta acarrete e a de indagar se a identificação operada entre interesses e direitos pode ser mantida até às últimas consequências e, designadamente: no que tanha ao regime.

Para já, sublinhe-se o mais característico da posição de JHERING e da corrente de pensamento por ele simbolizada: o privar o direito subjectivo do nível significativo-ideológico que os jusnaturalistas lhe tinham assacado e que SAVIGNY introduzira nos quadros da terceira sistemática.

VI. Na evolução subsequente podem considerar-se ligados a JHERING os autores que, do direito subjectivo, intentam fazer uma noção técnica. Recorde-se que em SAVIGNY, a noção não era apenas técnica: ela tinha um alcance significativo-ideológico.

⁹³² Este exemplo foi utilizado pelo próprio REGELSBERGER, *Pandekten*, I (1893), 76, tendo, depois dele, passado aos manuais de Direito civil, até hoje. Cf. GERHARD WAGNER, *Rudolph von Iherings Theorie des subjectiven Rechts und der berechtigenden Reflexwirkungen*, AcP 193 (1993), 319-347 (331 ss.).

⁹³³ JAN SCHAFF, *Das subjektive Recht im Prozess der Rechtsgewinnung* (1977), 86.

85. A síntese de REGELSBERGER; crítica

I. A fórmula de JHERING – o direito é uma tutela de interesses – surgiu como demasiado frontal, reduzindo um dos mais nobres instrumentos da Ciência jurídica à mera realidade subjacente. Não se julgue que entre ela e SAVIGNY houvesse uma oposição ideológica de princípio⁹³⁴. Mas havia enérgica divergência no abordar da realidade.

Impunha-se uma remodelação da linguagem que, prevenindo as críticas técnicas que se perfilavam no horizonte, permitisse juntar, ao alcance de SAVIGNY, as potencialidades técnicas de JHERING.

Com antecedentes em BERNATZIK⁹³⁵, a síntese entre SAVIGNY e JHERING seria feita por REGELSBERGER. Para este Autor:

O direito subjectivo existe quando a ordem jurídica faculta à pessoa a realização de um escopo reconhecido (= interesse protegido) e lhe reconhece, para isso, um poder jurídico (= poder da vontade)⁹³⁶.

O texto de REGELSBERGER, na sua simplicidade, permite interessantes incursões metodológicas que transcendem mesmo o âmbito, já de si importante, do direito subjectivo.

II. REGELSBERGER não procedeu a uma verdadeira síntese, que pos-tularia a dissolução dos termos que a antecederam numa realidade nova que os superasse. Assistiu-se, tão-somente, a um somatório ou justaposição desses termos, bem presentes na definição preconizada. Assim, a noção regelsbergiana não traduz um salto qualitativo, antes acumulando, em si, os inconvenientes das proposições que utilizou. Trata-se de um compromisso linguístico e não de uma síntese substantiva.

Além disso, REGELSBERGER recorreu a um desenvolvimento de linguagem que tornou confusa a noção por ele preconizada. A referência a um interesse protegido apresenta-se bastante clara, sujeitando-se à crítica de fundo; ao substituí-la por escopo reconhecido, obtém-se uma fórmula

⁹³⁴ Contra: CASTRO MENDES, *Teoria geral* cit., 1, 321. No entanto, SAVIGNY não era um "liberal individualista", enquanto os reflexos de KANT no seu pensamento, muito discutidos recentemente, relevam mais a nível gnoseológico do que figurativo. JHERING, por seu turno, não pode ser tido como "personalista", pelo menos no sentido posteriormente dado a essa locução.

⁹³⁵ BERNATZIK, *Kristische Studien über den Begriff der juristischen Person*, AGR 5 (1890), 169-318 (§ 8.º, 232).

⁹³⁶ REGELSBERGER, *Pandekten* cit., 76.

menos evidente que, tendo o mesmo significado, se torna pouco sensível a crítica. Do mesmo modo, a substituição de "poder da vontade" por "poder jurídico" faculta uma conversão linguística que, sem nada alterar, complica, pela sua nebulosidade, a apreensão científica e, logo, a crítica.

III. A crítica definitiva a REGELSBERGER passa, no entanto, por uma apreciação de fundo a SAVIGNY e a JHERING.

O direito subjectivo não pode, contra SAVIGNY, ser definido como um poder de vontade: há direitos sem vontade, enquanto o termo "poder", tendo um sentido técnico preciso abaixo referenciado, não deve confundir-se com o "direito".

Além disso, verifica-se que a presença da vontade nos direitos corresponde a uma visão global do civilismo como fenómeno assente na vontade humana. Tal concepção não é exacta. O Direito é inculcado do exterior, inscrevendo-se, por via sócio-cultural, nas pessoas que o recebem. Toda a juridificação é imposta, não resultando dos sujeitos em si. O dogma da vontade – que reaparece nos mais diversos institutos – não corresponde à verdade antropológica e existencial.

Assim, por razões técnicas e de fundo, não pode aderir-se à orientação de SAVIGNY.

IV. Contra JHERING, não deve identificar-se direito subjectivo e interesse. Ainda quando não proceda a alegação da existência de interesses reflexamente protegidos, como traduzindo interesses sem direitos, fica de pé a segunda hipótese: a de direitos sem interesse. De facto, em múltiplas situações, há direitos subjectivos, válidos e eficazes, que não correspondem a interesses objectivos ou subjectivos: o proprietário de coisa deteriorada não deixa de ter esse direito e a correspondente protecção.

O único juiz dos interesses subjacentes aos direitos é, pela lógica da jussubjectivação, o próprio titular. Qualquer outra solução implicaria instituir, fora do direito, uma nova instância de controlo: não havendo interesse, desapareceria o direito.

Estes aspectos técnicos permitem atingir as questões de fundo. Ao tecnicizar o direito subjectivo, JHERING aliena os seus aspectos significativo-ideológicos. Ora estes traduzem uma autonomização feita com escopos de análise: no fundo, *eles têm consequências também nas soluções concretas*, não sendo pois despidiendos.

Por razões técnicas e de fundo, não pode aderir-se a JHERING.

V. Acumulando o essencial de SAVIGNY e de JHERING, sujeita-se REGELSBERGER às críticas a ambos dirigidas. Além disso, deve-se-lhe censurar a natureza verbal do compromisso ensaiado e a nocividade dos desenvolvimentos linguísticos com os quais se tentou ladear a crítica em perspectiva.

Não obstante, a fórmula compromissória de REGELSBERGER dominou largamente na doutrina estrangeira⁹³⁷ e, com particular intensidade, na nacional⁹³⁸. De facto, entre nós, seria necessário aguardar os estudos de GOMES DA SILVA para que se iniciasse um debate renovado sobre o problema.

⁹³⁷ Como meros exemplos, refiram-se ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Derecho Civil* (trad. cast.) cit. I, 1, 291 (o direito é um "poder concedido pela ordem jurídica para a satisfação dos interesses humanos"); CESARINI SFORZA, *Diritto soggettivo*, ED XII (1964), 694 (o direito é o "poder individual de regular o comportamento de outrem de acordo com a ordem objectiva") e LEONARDO COVIELLO, *Manuale di diritto civil italiano - Parte generale* (1924), 18 ("poder de agir em satisfação do próprio interesse, garantido pela lei"). Na actual doutrina alemã, é essa a opção de HELMUT KÖHLER, *BGB/Allgemeiner Teil*, 28.ª ed. (2004), 284 e de BERND RÜTHERS/ASTRID STADLER, *Allgemeiner Teil des BGB*, 13.ª ed. (2003), 40. Outros Autores, como EUGEN KLUNZINGER, *Einführung in das Bürgerliche Recht*, 12.ª ed. (2004), 35, mantêm a fórmula do "poder jurídico concedido pela ordem jurídica".

⁹³⁸ PAULO CUNHA dava, nas suas aulas, a seguinte definição de direito subjectivo: "Poder conferido e assegurado pelo Direito objectivo de realização de um interesse mediante uma vontade que o exerce e defende". Cf., ainda, CASTRO MENDES, *Teoria geral* cit., 1, 325: "O direito subjectivo é o poder concedido pela ordem jurídica para tutela de um interesse ou de um núcleo de interesses de uma ou mais pessoas determinadas", BIGOTTE CHORÃO, *Teoria geral* cit., 2, 26, que aceita as noções desses autores, bem como CARVALHO FERNANDES, *Teoria geral* cit., 1.ª ed. (1983), 2, 25, que adoptava a fórmula de PAULO CUNHA. No 2.º vol., 2.ª ed. (1996), 457, entendeu substituí-la por uma noção menos característica, mas de filiação idêntica: "poder jurídico de realização de um fim de determinada pessoa, mediante a afectação jurídica de um bem". E manteve essa mesma fórmula no 2.º vol., 3.ª ed. (2001), 549.

Em Coimbra, GULHERME MOREIRA, *Instituições* cit., 1, 4, apresentava também, uma noção compromissória, retirada de DERNBURG: "o interesse juridicamente garantido mediante o reconhecimento da vontade que o representa", enquanto JOSÉ TAVARES, *Princípios fundamentais* cit., 1, 2.ª ed., 207 - que transitou de Coimbra para Lisboa e teve influência em PAULO CUNHA -, define direito como "poder jurídico do interesse". CABRAL DE MONCADA, *Lições de Direito civil* cit., 1, 3.ª ed., 62 = 4.ª ed. póstuma, 63, apresenta uma longa noção que estará, com probabilidade, na origem da transição depois efectuada por MANUEL DE ANDRADE, diz CABRAL DE MONCADA "que o direito subjectivo é: ~ ou a faculdade, em abstracto, que a cada um de nós tem, de, em harmonia com a lei, gozar e exigir dos outros o respeito de certos interesses e fins reconhecidos legítimos e tutelados pela ordem jurídica em geral; - ou, o poder concreto de exigir também dos outros o res-

86. Posições negativistas, protecctionistas e neo-empíricas

I. A discussão em torno do direito subjectivo é ingrata: noção carregada de história e de significado, com grandes implicações teóricas e práticas e incumbida de desempenhar papéis em permanente mutação, o direito subjectivo origina, por muita reflexão que se lhe dedique, fórmulas sensíveis às mais diversas críticas.

A doutrina do século XX permite documentar tentativas de contornar os problemas postos pelo direito subjectivo por via externa. Estão nessas condições as posições:

- negativistas;
- protecctionistas;
- neo-empíricas.

Em traços muitos largos, pode adiantar-se que as posições negativistas intentam proscrever o direito subjectivo, substituindo-o por outra ou outras figuras; as protecctionistas procuram reduzi-lo à tutela proporcionalada pelo Direito; as neo-empíricas, por fim, pretendem reconhecer a impossibilidade de uma definição capaz, apelando, então, à mera descrição das figuras susceptíveis de o integrar.

pelos das situações jurídicas que quanto a nós de qualquer modo se subjectivaram definitivamente por um acto da nossa vontade, manifestada ao abrigo da lei, e ainda o respeito de todas as consequências jurídicas que deste acto resultam, sob a forma de deveres e obrigações para os outros". Assim, MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral* cit., 1, 3, vem definir o direito subjectivo como "a faculdade ou o poder atribuído pela ordem jurídica a uma pessoa de exigir ou pretender de outra um determinado comportamento positivo (fazer) ou negativo (não fazer), ou de por um acto da sua vontade - com ou sem formalidades -, só por si ou integrado depois por um acto de autoridade pública (decisão judicial) produzir determinados efeitos jurídicos que se impõem inevitavelmente a outra pessoa (adversário ou contraparte)". Há, pois um certo regresso à teoria da vontade, encoberta embora pelo termo "poder" e perdendo, por isso, a possibilidade de distinguir, de modo útil, as duas noções; por outro lado, parece patente um certo empirismo, ligado aliás ao desmesurado alongamento das definições preconizadas. MOTA PINTO, *Teoria geral*, 3.ª ed. cit., 169, e CAPELO DE SOUSA, *Teoria geral* cit., 1, 178-179, apresentam, por seu turno, definições que seguem de muito perto a de MANUEL DE ANDRADE; podem-lhes, pois, ser dirigidas as mesmas objecções.

Particularmente elegante é a fórmula de ORLANDO DE CARVALHO, *Direito civil (Teoria geral da relação jurídica)* cit., 146: "poder da vontade juridicamente protegido"; filia-se na tradição apontada, mas está mais claramente próxima de SAVIGNY, respeitando, pois, o papel significativo-ideológico do direito subjectivo.

II. Entre os negativistas, é particularmente conhecido LÉON DUGUIT. Para este Autor, a construção comum de direito subjectivo – então ligado à vontade – assentaria em pressupostos metafísicos e, designadamente, na estranha pretensão de uma vontade superior à outra: a hierarquia seria inconcebível⁹³⁹. A esta incongruência técnica, somar-se-ia a inconveniência política: DUGUIT explica que o direito subjectivo, tendo sido usado com êxito no combate à sociedade teocrática e pré-revolucionária e ao seu Estado sobrenatural, acabara por revelar, uma vez institucionalizado, uma natureza anti-social⁹⁴⁰.

DUGUIT considera que, efectivamente, existem na sociedade situações vantajosas para certas pessoas, porquanto garantidas pelo poder estadual. Tal poder operaria, no entanto, apenas na presença de determinadas condições; a estas haveria segundo ele, que reduzir os chamados “direitos subjectivos”⁹⁴¹.

III. Uma fórmula proteccionista muito clara foi a preconizada, ainda no século XIX, por THON: o direito subjectivo seria, para ele, uma fonte de pretensões eventuais, expressa, em termos práticos, na tutela acordada pelas normas aos interesses de um particular contra particulares⁹⁴². Repare-se que a “fonte de pretensões eventuais” implica, para o beneficiário, a possibilidade de exigir condutas a outrem, em termos judiciais.

Este centrar do direito subjectivo na particular protecção que ele envolva conheceu uma divulgação superior ao que, por vezes, se julga. Assim, NAWIASKY vem defini-lo como “... uma norma jurídica estabelecida a favor de uma pessoa cuja tutela depende da vontade individual desta; ou então o poder de disposição sobre a tutela jurídica estadual, posto a

⁹³⁹ LÉON DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 2ª ed. (1920), 12 e *Traité de droit constitutionnel*, 1, 3ª ed. (1927), 144.

⁹⁴⁰ DUGUIT, *Les transformations générales* cit., 13-14.

⁹⁴¹ Cf. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel* cit., 1, 3ª ed., 217 ss.. Já se tem pretendido integrar HANS KELSEN entre os negativistas. Na base dessa ideia a redução, feita por Kelsen, do direito a normas e à sua escala, acabando por explicar que ele é o dever de outrem – cf. *Teoria pura do direito*, 4ª ed., trad. port. B. MACHADO (1976), 184 ss. (186). Hoje tem-se, no entanto, Kelsen na conta dos que admitem o direito subjectivo; cf. FRANÇOIS LONGCHAMPS, *Quelques observations sur la notion de droit subjectif dans la doctrine*, APD IX (1964), 63.

⁹⁴² AUGUST THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht – Untersuchung zur allgemeinen Rechtslehre* (1878), 218; há trad. italiana, de 1939; cf., af. 133.

favor de um interesse individual”⁹⁴³. Outros autores recuperam-na, sublinhando os aspectos objectivos ou normativos do direito e diferenciando-os, depois, através do nível da intervenção jurisdicional.

Não se deve minimizar o peso desta concepção, tanto mais que ela tende, continuamente, a reaparecer, podendo mesmo conduzir à preversão da moderna escola jurídico-formal, abaixo referenciada. Haverá, pois, que prestar a maior atenção às críticas infuscas em que ela incorre, e que abaixo serão referidas.

IV. A orientação neo-empírica é propugnada por KARL LARENZ, como modo de contrariar a moderna escola jurídico-formal, abaixo referida. LARENZ, analisando o conceito de direito subjectivo, passa em revista as teses tradicionais que rebate, sem dificuldades de maior⁹⁴⁴. Hesitando em aceitar a formalização do direito subjectivo, LARENZ vê-se, porém, confrontado com a extraordinária diversidade das figuras que, em concreto, lhe podem ser reconduzidas. Ora uma definição material que cubra todas as hipóteses está para além das possibilidades de redução dogmática proporcionadas pela actual Ciência do Direito e não consegue, a nível de linguagem, uma instrumentação capaz de lhe dar corpo.

Perante isto, LARENZ, limita-se a dizer que, em termos concretos, quando “... alguém tenha um direito subjectivo, isso significa que algo, pelo Direito, lhe compete ou é devido”. Não haveria aqui, assumidamente, uma definição, mas, tão-só, um conceito aberto ou um conceito de enquadramento⁹⁴⁵. LARENZ acaba, pois, por desistir duma definição cabal, optando por enumerar uma série de figuras subjectivas típicas⁹⁴⁶.

⁹⁴³ HANS NAWIASKY, *Teoria general del derecho*, trad. cast. (1962), 218. Concepções proteccionistas próximas do negativismo surgem na escola de Uppsala: LUNDSTER define o direito subjectivo como uma “caracterização resumidora de certas posições protéticas”, cf. GRÖNFORS, *Das subjektive Recht und der Persönlichkeitschutz im skandinavischen Privatrecht*, em COING/LAWSON/GRÖNFORS, *Subjektives Recht* (1959), 39-53 (40) e KASPER, *Das subjektive Recht* cit., 115.

⁹⁴⁴ KARL LARENZ/MANFRED WOLF, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 8ª ed. (1997), 272 ss.. Apesar da 8ª ed. se dever a MANFRED WOLF, os troços apontados correspondem, de facto, ao pensamento de LARENZ. Na 9ª ed. (2004), já citada, WOLF mantém essa orientação básica, embora mais matizada; cf., af. 243.

⁹⁴⁵ LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil*, 8ª ed. cit., 276.

⁹⁴⁶ Vale a pena, a título ilustrativo, indicar a enumeração de LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil*, 8ª ed. cit., 284 ss., a qual altera as enumerações antes feitas nessa obra, pelo próprio LARENZ: I) Direitos absolutos de senhorio, os quais abrangem: a) direitos de personalidade; b) direitos reais; c) direitos sobre bens imateriais; II) Direitos de família pos-

Outros autores, como MEDICUS, desvalorizam a discussão em torno do conceito de direito subjectivo, negando-lhe reflexos práticos e questionam o papel central dessa figura⁹⁴⁷. Há um misto de empirismo e de negativismo.

87. Segue; refutação

I. As construções negativistas, protecctionistas e neo-empíricas têm uma apreciação conjunta e implicam, depois, ponderações sectoriais.

No conjunto, elas não têm em conta a autonomia ôntica do direito subjectivo, dada a existencialidade própria que, como fenómeno de cultura, claramente sedimentado pela História, lhe assiste. O direito subjectivo existe, pela positiva e como figura geral: negá-lo, retirar-lhe importância, reduzi-lo à defesa (termo negativo) ou proclamar a impossibilidade de o definir, substituindo-o por uma listagem é, no fundo, assumir um voluntarismo ingénuo. Por tal via, o espírito humano não actua, de modo eficaz, no Direito, modificando-lhe as estruturas ou as soluções. A Ciência do Direito tem de ser capaz de exprimir, entendendo-o, o direito subjectivo; é duvidoso que o faça quando se mostre incapaz de articular uma simples definição. Negar o direito subjectivo ou deformá-lo é desconhecer a sua omnipresença técnica e o seu radicar ideológico. Há irrealismo acientífico.

II. Passemos, agora, às ponderações sectoriais.

Um puro negativismo poderia sempre ser encarado desde que o direito subjectivo fosse um mero expediente técnico. A sua substituição por outro expediente mais elaborado seria, apenas, questão de tempo. Nesta linha, haveria que ponderar as construções de DUGUIT, também em termos técnicos, para apurar se, efectivamente e enquanto instrumentos

⁹⁴⁵soais; III) Créditos; IV) Preensões; V) Direitos potestativos; VI) Direitos participativos; VII) Expectativas. Essa mesma obra, na 9ª ed. cit., 249-278, já apresenta uma enumeração ligeiramente diversa: as expectativas são desdobradas em direitos de aquisição e direitos de repartição.

Sem entrar numa apreciação aos termos apontados por LARENZ/WOLF — o que, aliás, exigiria um desenvolvimento relativo a diversas disciplinas jurídicas — deve frisar-se que elas funcionam como uma descrição e não enquanto *classificação*, dada a heterogeneidade das figuras elencadas.

⁹⁴⁷ DIETER MEDICUS, *Allgemeiner Teil*, 8ª ed. cit., 33-34.

jurídicos, elas surgem mais aptas do que as estruturas que pretendiam substituir. Dispensa-se, no entanto, o encetar de tal operação. O direito subjectivo não é uma simples construção técnica: ele tem um nível significativo-ideológico profundo. No direito subjectivo joga-se um modo de pensar próprio do sistema cultural do Ocidente e não, apenas, uma conjunção jurídica. O direito subjectivo deve ser preservado, na precisa medida em que a cultura que o suporta o deva, também, ser.

III. O protecctionismo envolve dois aspectos inaceitáveis. Por um lado, ele postula, no Direito, sempre ou em primeira linha, medidas de protecção jurisdicional ou — pois disso no fundo se trata — de coacção. Ora, na grande maioria dos casos, tudo se passa sem necessidade de intervenção dos tribunais e, menos ainda, sem qualquer aplicação, pela força, de sanções. Procurar definir o direito subjectivo com base no esporádico é tomar, por regra, a excepção, numa orientação que deforma toda a realidade a definir. Acresce ainda que — como é sabido — vastas áreas jurídicas não assentam na coacção, enquanto se desenha, em todo o Direito civil, uma tendência salutar para, progressivamente, abolir quaisquer manifestações de força⁹⁴⁸; nada disso põe em causa o direito subjectivo.

Para além do desvio que sempre implica um sobrevalorizar da protecção coactiva, as tendências protecctionistas incorrem na crítica de não alcançarem o essencial do direito subjectivo. Perante esta figura, o titular pode agir em certos moldes, que a ele cabe escolher. O protecctionismo não refere esse aspecto, nem, muito menos, diz o que pode fazer o titular; apenas afirma o que os outros não devem fazer. Não há equivalência entre a posição positiva do titular e as posições negativas dos não-titulares: o primeiro disfruta de múltiplas possibilidades, ditadas pela natureza do objecto do direito e pelas regras aplicáveis, enquanto os segundos se devem remeter a simples abstenções⁹⁴⁹. No fundo, o protecctionismo pressuporia o recurso extremado a relações jurídicas, para tudo explicar. Ambos claudicam.

Sérias razões gerais e de fundo recomendam, pois, a não aceitação de esquemas protecctionistas ou similares.

⁹⁴⁸ Cf. *infra*, 384 ss.

⁹⁴⁹ Em rigor, casos surgem nos quais os não-titulares devem fazer mais do que respeitar a posição do titular. Mas a afirmação feita no texto mantém-se, ainda então: as adscrições dos não-titulares não dão, por reflexo simétrico, o conteúdo da posição do titular.

IV. O neo-empirismo traduz desde logo – e à primeira vista – um retrocesso. Ainda que complexa, a situação, no que toca ao direito subjectivo, não surge desesperada ao ponto de se deverem ignorar gerações de estudiosos que dedicaram esforços à sua reformulação.

Não haja dúvidas quanto à natureza altamente abstracta da definição de direito subjectivo a adoptar – e seja ela qual for: a variedade das concretas figuras jussubjectivas é tão rica, que apenas a nível de grande abstracção se tornará possível uma fórmula que a todas cubra. Mas por muito abstracta que ela seja, ainda se poderão, dela, retirar múltiplas e enriquecedoras vantagens.

A construção de LARENZ tem implicações jurídico-filosóficas profundas, que ele não refere, mas que se adivinham sob o seu texto. Não pode, aqui, ser-lhes feita mais do que uma breve referência.

LARENZ preocupou-se com a natureza que tem por “formal” da justiça auto-apelidada “moderna escola jurídico-formal” e, no fundo, com a natureza abstracta da definição de direito subjectivo: terá, nela, visto uma cedência à gnoseologia neo-kantiana, responsável pelo desabar conceptual da sistemática integrada. Contrapondo-lhe um elenco descritivo, LARENZ procura explorar as vias da renovação neo-hegeliana, arimo seguro na superação das dissociações provocadas no Direito pelo pensamento de KANT⁹⁵⁰.

A superação profunda do conceptualismo de génese neo-kantiana não se completa, no entanto, pela substituição de definições abstractas, ergo “formais”, por elencos técnicos, “formais” também, aliás: eles não são figurativos – tão-só ilustrativos – surgindo incapazes de exprimir as emanações da ideia objectiva que lhes subjaz. Deve deixar-se bem claro que o conceito formal é substantivo, por síntese forma-substância; mas não se assumindo como tal, ele torna-se cientificamente nocivo.

V. Na actualidade, a tendência do pensamento ocidental orienta-se para o abandono dos grandes sistemas filosóficos que, em exclusivo, deturpam a chave de toda a verdade. Pelo contrário: perante um qualquer problema, as diversas orientações existentes são chamadas a depor, a todas elas se recorrendo, pois, para melhor conhecer a realidade. Sem dúvida que poderá haver predomínios de certas concepções: mas não controlos absolutos.

⁹⁵⁰ Cf. *infra*, 366, certas aplicações desta metodologia, aquando da introdução da ideia de “institutos jurídicos”.

No Direito civil, verdadeiro mosaico de estratificações histórico-culturais, mais se intensifica este pano de fundo. De todo o modo, parece desenharse uma tendência para reaproveitar os clássicos, com relevo para KANT.

O direito subjectivo não deixa de acusar esta mesma realidade. Não se julga possível formulá-la tendo simplesmente em conta a concepção jurídico-filosófica considerada ideal: o trabalho de reconstrução tudo deve ponderar.

88. A escola jurídico-formal

I. O direito subjectivo não é mero expediente técnico. Num movimento forçado pelos juracionalistas e pelos liberais, mas que deixou marcas permanentes na nossa cultura, o direito subjectivo implica valorações fundamentais do sistema, traduzindo todo um modo de pensar o Direito e a sociedade que, embora em permanente renovação, o conservam como referência. O direito subjectivo assume assim, um nível significativo-ideológico que lhe tem conferido, ao longo da História, uma vitalidade extraordinária.

Nas décadas de trinta e de quarenta do século XX, pensamentos totalitários de diversa índole e uma guerra, a nível mundial, de inconcebível violência, levaram mais longe do que nunca os atentados contra o pensamento liberal e os valores mais perenes que se lhe devem, como o da igualdade formal e o da dignidade da pessoa. Tais atentados foram significativamente precedidos e acompanhados por ataques teóricos ao direito subjectivo: procurou-se substituí-lo pelas ideias de dever e de responsabilidade⁹⁵¹.

A tomada de consciência ocorrida depois da segunda guerra mundial, que acentuaria a necessidade de manter, sindicantes, as referências fundamentais da cultura europeia⁹⁵², provocou uma chamada de atenção para o relevo significativo-ideológico do direito subjectivo: este mantém viva, dentro do espaço jurídico, a ideia de liberdade que, a cada um, compete⁹⁵³.

⁹⁵¹ KASPER, *Das subjektive Recht* cit., 110 ss. e RAISER, *Lehre vom subjektiven Recht* cit., 465.

⁹⁵² FRANÇOIS LONGCHAMPS, APD IX (1964), 55; ROLAND MASPÉTIOL, *Ambigüité du droit subjectif: méthyphysique, technique juridique ou sociologie*, APD IX (1964), 72, refere a existência de sistemas extra-europeus que desconhecem a presença de direitos subjectivos: assim os sistemas hindu e islâmico.

⁹⁵³ H. COING, *Zum Geschichte des Begriffs “subjektives Recht”* (1959), em COING

II. Há, pois, que assumir a dimensão significativa profunda do direito subjectivo, enquanto bastião da liberdade – ou seja: livre arbítrio – de cada um. Mas não se trata de uma liberdade abstracta: para essa, há outros instrumentos em jogo, designadamente o da autonomia privada, abaixo examinada⁹⁵⁴. Antes figura uma liberdade concreta, uma liberdade no disfrutar de vantagens precisas, relacionadas com a afectação de bens, que, assim, ficam na disponibilidade da actuação do sujeito⁹⁵⁵.

Podemos distinguir⁹⁵⁶:

- a liberdade privada, assente em relações jurídicas criadas pelo próprio;
- a tutela de liberdades de actuação;
- a liberdade perante intervenções estaduais.

O direito subjectivo é a omnipresença de uma ordem de liberdade e de autodeterminação: dá corpo à mais profunda essência do Direito civil, essência essa que se manifesta, ainda, na liberdade contratual, na liberdade de apropriação e, até, na liberdade de tomar decisões eficazes *post mortem*⁹⁵⁷.

III. A afirmação de liberdade que implica o direito subjectivo não é uma proposição de princípio, de eficácia mais do que problemática: antes implica uma liberdade real, de projecção económica, sem a qual todos os indivíduos passarão a viver das graças do poder estabelecido. Pode, naturalmente, discutir-se até onde vai – ou deve ir – tal liberdade e, sobretudo, se ela pode abranger o aproveitamento de bens produtivos e do trabalho alheio e em que medida; mas suprimi-la, no todo, seria negar um importante vector da nossa civilização que se estende pelos sistemas jurídicos continentais e anglo-saxónicos.

LAWSON/GRÖNFORS, *Das subjektive Recht* cit., 7-23 (23). Repare-se que este fenómeno se integra num movimento mais vasto, que teria demonstrações tão diversas como o "renascimento" do Direito natural e a descoberta, nas várias disciplinas, de níveis constitucionais.

⁹⁵⁴ Cf. *infra*, 391 ss.

⁹⁵⁵ Cf. JOACHIM HRUSCHKA, *Kants Rechtsphilosophie als Philosophie des subjektiven Rechts* cit., 1986/1.

⁹⁵⁶ LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil*, 9ª ed. cit., 240-241.

⁹⁵⁷ Cf. JAN SCHAPP, *Über die Freiheit im Recht*, AcP 192 (1992), 355-389 (355 ss.), sublinhando as origens kantianas das fórmulas subjacentes.

Sem dúvida que a liberdade em jogo no direito subjectivo não pode ser entendida em termos individualistas puros, ao sabor de um liberalismo primitivo. Toda a evolução industrial e pós-industrial ensinou a necessidade de lhe introduzir limites, com inevitáveis reflexos no próprio direito subjectivo⁹⁵⁸ ou antes: em certas formas de concretização do seu exercício. Assim, a liberdade jurídico-subjectiva deve ser complementada com as ideias de cooperação⁹⁵⁹, de participação e de responsabilidade⁹⁶⁰ ou de deveres iminentes⁹⁶¹.

Estes elementos – e muitos outros que se poderiam acrescentar – recordam que o direito subjectivo se subordinará sempre ao Direito objectivo, tal como este é dado pelo sistema historicamente vigente. Trata-se de um conjunto que deve actuar no regime do direito subjectivo; mas no próprio conceito, ele deverá, pelo menos, deixar a marca de que o direito subjectivo se integra numa ordem jurídica, que o institui e assegura: não é, pelas razões antropológicas e de fundo, acima alinhadas quanto à teoria da vontade, nada de inato às pessoas.

IV. As referências efectuadas mostram como, no segundo pós-guerra, se reacendeu a relevância significativo-ideológica do direito subjectivo.

Na actualidade, porém, tal relevância tem regredido. Há três gerações de juristas que não se pode falar, pelo menos no Ocidente, de sérios atentados aos valores humanos encobertos por "ordens jurídicas" que os legitimem⁹⁶². A liberdade política dominante permite que quaisquer desvios sejam directamente combatidos, sem complexas figuras ideológicas. Salvo casos pontuais sem relevância continental, designadamente após o desmoronar dos regimes soviéticos, não há pensamentos anti-liberais, que critiquem a liberdade em abstracto. A regressão dos aspectos significativo-ideológicos do direito subjectivo veio trazer, para o primeiro plano, o seu papel técnico, num curioso paralelo histórico com a sucessão SAVIGNY-JHERING.

⁹⁵⁸ Cf. SCHAPP, *Das subjektive Recht* cit., 119.

⁹⁵⁹ Cf. H. CONG, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 3ª ed. (1976), 53.

⁹⁶⁰ Cf. F. WIEACKER, *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft* (1952), 25.

⁹⁶¹ Cf. RAISER, *Die Lehre von subjektiven Recht* cit., 473.

⁹⁶² Os atentados que ocorrem (*maxime*: o terrorismo e os genocídios nos balcãs) são, de imediato, qualificados como tal, perante as ordens ocidentais.

O direito subjectivo é, por esta via, chamado a desenvolver um máximo de eficácia expositiva e de coerência sistemática, num prisma de Direito positivo destinado a constituir soluções concretas.

Torna-se impossível sintetizar, na fórmula do direito subjectivo, tudo o que a ela se possa abrigar: as figuras singulares de direito são infinitas, na sua variedade. Por isso, há que captar o essencial, num prisma técnico. Particularmente, abdica-se, no direito subjectivo, de dizer o que se protege: apenas releva o como se faz a protecção⁹⁶³.

Assim surge a moderna escola jurídico-formal⁹⁶⁴.

No essencial, ela acentua o pendor técnico-jurídico do direito subjectivo. A sua derivação deve processar-se a partir da norma jurídica⁹⁶⁵: uma vez que a ordem jurídica assenta em normas, o direito subjectivo é, ele próprio, norma ou produto de normas⁹⁶⁶. A justificação jurídico-subjectiva torna-se, também, técnico-utilitária: o direito subjectivo é necessário porque, no Direito civil, as concretas posições jurídicas das pessoas não podem ser determinadas através de regras objectivas, mas sim graças à actuação de vontades individuais⁹⁶⁷.

Cabrá, depois, discutir-se se, como quer BUCHER, o direito subjectivo implica normas que conferem poderes ou, simplesmente, na versão de KALINOWSKI, normas permissivas⁹⁶⁸.

⁹⁶³ JOSEF AICHER, *Das Eigentum als subjektives Recht - Zugleich ein Beitrag zur Theorie des subjektiven Rechts* (1975), 22.

⁹⁶⁴ Cf. SCHAFF, *Das subjektive Recht* cit., 90.

⁹⁶⁵ Vide já HANS KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed. (1960), 140 e *Allgemeine Rechtslehre* (1925, reimpr. 1966), 55.

⁹⁶⁶ Trata-se de uma asserção básica quase consensual, na actualidade; ela é compartilhada por autores tão diversos como: EUGEN BUCHER, *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis* (1965), 55; JÜRGEN SCHMIDT, *Aktionsberechtigung und Vermögensbeurteilung - Ein Beitrag zur Theorie des subjektiven Rechts* (1969), 13; JOSEF AICHER, *Das Eigentum* cit., 20; de novo: JÜRGEN SCHMIDT, *Nochmals zur "formalen Struktur" der subjektiven Recht*, RTh 10 (1979), 71-79; FUENSALIDA, *Observaciones críticas en tema de derecho subjectivo*, ADC 34 (1981), 3-39 (6). Vide, ainda, PAWLOWSKI, *Allgemeiner Teil*, 6ª ed. cit., 138-139.

⁹⁶⁷ BUCHER, *Das subjektive Recht* cit., 60.

⁹⁶⁸ Cf. GEORGES KALINOWSKI, *Logique et philosophie du droit subjectif*, APD IX (1964), 37 ss..

89. Solução preconizada →

I. Na posse de todos estes elementos, pode ensaiar-se uma tomada de posição. Deve, no entanto, ter-se presente que, mais importante do que apontar - ou querer apontar - uma solução definitiva, numa pretensão que logo, só por si, se revelaria acientífica, é descobrir o sentido de uma evolução, os seus factores e a sua concatenação, passada, presente e, na medida do razoável, futura.

A moderna escola jurídico-formal marca um ponto de relevo. O direito subjectivo é um importante instrumento dogmático, actuante em múltiplas soluções concretas. Não deve esquecer-se este aspecto, pois os reflexos negativos de uma má fórmula de base multiplicam-se, depois, em cadeia. Trata-se, ainda, de um instrumento dogmático inevitavelmente abstracto, pela sua generalidade: mas não tanto que perca o seu contacto com a própria ordem jurídica. A referência às normas é útil e parece assente.

Mas não pode abdicar-se, sem mais, do nível significativo-ideológico do direito subjectivo.

II. Aspectos importantes do liberalismo jurídico conservam-se vivos nas actuais sociedades ocidentais abertas. O facto de, pelo menos quanto sabemos, elas não terem alternativas não deve apagar os valores fundamentais da liberdade pessoal em que assentam.

O direito subjectivo é sentido, na nossa cultura, não como uma mera instrumentação técnica, a manipular pelos juristas, mas antes como uma valia pessoal, a conquistar, preservar e defender. As constituições modernas - com particular relevo para a Constituição portuguesa de 1976 - bem como outros instrumentos jurídicos e políticos, fazem, do direito subjectivo, uma utilização crescente: direitos fundamentais, direitos humanos, direitos dos trabalhadores e direitos das minorias, como exemplo. Foi-se tão longe nesta via que, por vezes, se chama "direito subjectivo" a realidades que, por razões técnicas, já não comportam tal qualificativo⁹⁶⁹.

⁹⁶⁹ Cf. PAUL ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques* (1967), 47 ss.. Sobre o relevo, nesta dimensão, dos direitos subjectivos há importantes contributos anglo-saxónicos; cf. R. DWORKIN, *Taking rights seriously* (1977). A escola económica do Direito opera, por seu turno, com um conceito amplo de propriedade dando, assim, o seu contributo para o papel insubstituível do direito subjectivo. Cf. SCHAFER/OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 3ª ed. cit., 515 ss..

III. Propõe-se, como definição de direito subjectivo, a seguinte fórmula: permissão normativa específica de aproveitamento de um bem.

Ela resulta — ou procura resultar — de uma síntese, emergente de quanto foi dito e expressa nos termos que seguem.

O direito subjectivo é sempre técnico: traduz a presença, no seu âmbito, de uma linguagem clara e eficiente, que permita percorrer a via que, à fonte, liga o caso concreto. Mas é, também, significativo-ideológico: traduz a projecção, também nesse âmbito, da competente fenomenologia social subjurídica. Apresentado como pedra angular do privatismo, o direito subjectivo não deve alhear-se de nenhum desses aspectos: ficaria mais pobre, pois o oscilar repetido entre ambos exprime a essencialidade dos dois.

Síntese não é somatório: implica um estádio diferente, na evolução global da ideia em que, de algum modo, se encontram e superam os seus antecedentes.

IV. Uma técnica jurídico-subjectiva, porque relativa ao Direito e ao sujeito, é significativo-ideológica; um jussubjectivismo significativo-ideológico, porque jurídico, é técnico. Nessa linha, o considerar o direito subjectivo como uma permissão normativa de aproveitamento específico é integrar a "moderna escola jurídico-formal", correspondendo às necessidades técnicas que a ditaram. Mas é ainda introduzir, no coração do Direito privado, e em condições que facultaram uma divulgação máxima, a permissibilidade, isto é, o âmbito de liberdade concreta, reconhecido ao sujeito. O direito subjectivo tem limites. Mas parte-se da permissão para os deveres, o que alarga a primeira e obriga a assumir, com clareza, os segundos. Verificaremos, ao longo do estudo do Direito civil português, as potencialidades dogmáticas da definição proposta⁹⁷⁰. Adiantamos, desde já, que ela permite resolver o tema das classificações dos direitos subjectivos e o da defesa por eles propiciada. Quanto às classificações: elas podem depender da mera natureza do bem. Assim, teremos direitos de personalidade, direitos de crédito ou direitos reais consoante a permissão vise um bem de personalidade, uma prestação ou uma coisa corpórea. No tocante à defesa: uma permissão específica, numa simples operação de

⁹⁷⁰ Surgiram, na alguma literatura, observações críticas à noção que preconizamos e que, no essencial, radicam na não-consideração da evolução histórica do tema e das coordenadas filosóficas e significativo-ideológicas que o enformam. Para a sua refutação remete-se para a 2ª ed. da presente obra, 168-170.

lógica deontica, será uma não-permissão (logo: uma imposição ou uma proibição) para os não-titulares. Não é necessário multiplicar as normas.

V. O tema do direito subjectivo tem sido objecto de uma reflexão atenta, na Faculdade de Direito de Lisboa.

MANUEL GOMES DA SILVA, depois de sujeitar outras construções a cuidada crítica, vem definir *direito subjectivo* como "a afectação jurídica dum bem à realização de um ou de mais fins de pessoas individualmente consideradas"⁹⁷¹. Tal definição — por vezes injustamente criticada⁹⁷² — teve uma influência marcante nas obras posteriores da Faculdade⁹⁷³. Não é muito correcto rejeitá-la sem ter em conta todo o desenvolvimento que a facultou. De qualquer modo, sempre se apontam os seguintes aspectos, pelos quais se propõe fórmula diversa:

— a *afectação jurídica de um bem*: por certo que, na presença de um direito subjectivo, há uma afectação jurídica de um bem; mas esta não equivale, necessariamente, ao direito, isto é, há afectações jurídicas de bens que apenas implicam deveres, ou poderes-deveres, e não direitos, por o seu destinatário não ser livre, aquando do aproveitamento;

— à *realização de um ou mais fins de pessoas individualmente consideradas*: esta fórmula não evita totalmente a crítica anterior; por outro lado, e pretendendo embora introduzir, no direito subjectivo, um factor personalista, ela conduz a latitudes diversas: se apenas as pessoas determinam os fins, não há que referi-los, antes cabendo acentuar a liberdade de o fazer, se tais fins derivam da lei, há um restringir do direito subjectivo, no seu próprio interior, sem necessidade e em termos que, no limite, podem pôr em crise a sua essência.

⁹⁷¹ M. GOMES DA SILVA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar* cit., 1. 85.

⁹⁷² Assim, CASTRO MENDES, *Teoria geral* cit., 1. 323, censurava-lhe o não se reportar à posição do sujeito, mas sim, ao que parece, à do bem. Ora isso pressuporia uma prévia justificação da necessidade de partir do sujeito (resquício do primado da vontade), que CASTRO MENDES não realiza e deixa no ar um não-personalismo de GOMES DA SILVA, o que não tem cabimento, como adiante se verá.

⁹⁷³ Cf., como exemplos, DIAS MARQUES, *Teoria geral* cit., 1. 245 e MENEZES CORREIA, *Direitos reais* cit., 1. 296 ss. (*maxime*, 307), numa concepção que, depois, abandonamos. Esclareça-se ainda que o próprio PAULO CUNHA não a adoptava por preocupações didácticas, embora, nas suas aulas, seguisse os diversos passos da demonstração de GOMES DA SILVA e adoptasse, dela, noções importantes, como a de *poder*. A não-aceitação, por PAULO CUNHA, dessa posição, explicará as opções de CASTRO MENDES.

A fórmula de GOMES DA SILVA é tecnicamente avançada: evita o *escolho da vontade*, previne o *obstáculo da protecção* e não cai na *confusão entre direito e poder*. Mas não teve em conta o nível significativo-ideológico da jussubjectivação – isto é, a liberdade – nem a necessidade de a integrar na ordem jurídica. Digamos que ela deve ser completada com o produto das reflexões feitas por muitos pensadores, nos últimos sessenta anos. Toda a correspondente literatura, acima citada, deve estar presente.

VI. Regressando à fórmula que propugnamos: um último passo poderia ser dado, definindo-se o direito subjectivo apenas como uma *permissão normativa específica*.

Seria a solução ideal; mas ela conduziria a, do direito subjectivo, fazer um conceito analítico, e não compreensivo.

Ora o Direito positivo vigente, fruto da História e da cultura e não de construções racionais, reporta os direitos subjectivos aos bens. Assim, sob o pano de fundo da permissão aferida ao bem podem, por desfibramento, relevar-se várias “permissões de actuação” e outras realidades.

Tudo isto deve, no entanto, continuar objecto de reflexão, numa posição metodológica e pedagógica tanto mais importante quanto é certo que as várias posições disponíveis convidam ao aprofundamento e à opção, dever indeclinável de todo o universitário.

§ 22.º AS MODALIDADES DE DIREITO SUBJECTIVO

90. Direitos comuns e direitos potestativos

I. Os direitos subjectivos são susceptíveis das mais diversas classificações. Num sistema baseado, para mais, no fenómeno da subjectivação jurídica, pode-se proclamar que boa parte dos regimes nele previstos assentam no firmar e no desenvolver de múltiplas figuras de direitos subjectivos.

A inclusão, aqui e agora, de uma rubrica sobre as modalidades de direitos subjectivos tem objectivos mais modestos; trata-se, simplesmente, de facultar quadros linguísticos e conceptuais genéricos, em termos de propiciar uma doutrina geral do Direito civil, aproveitando o ensejo para colorir a noção, de si muito abstracta, do direito subjectivo.

II. Uma primeira e muito importante distinção contrapõe os direitos comuns aos direitos potestativos⁹⁷⁴.

Trata-se de uma diferenciação estrutural.

➔ O direito subjectivo comum traduz-se numa permissão específica de aproveitamento de um bem, nos termos que, acima, ficaram explicitados.

➔ O direito potestativo implica um poder de alterar, unilateralmente, através de uma manifestação de vontade, a ordem jurídica. Assim, o direito de propriedade é um direito subjectivo comum: implica a permissão normativa específica, plena e exclusiva, de aproveitamento de uma coisa corpórea. Já o “direito” de aceitar uma proposta contratual é potestativo: o

⁹⁷⁴ Entre nós, cf.: MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral* cit., 1, 12 ss.; CASTRO MENDES, *Teoria geral* cit., 1, 363 ss.; MOTA PINTO, *Teoria geral*, 3ª ed. cit., 172 ss.; CARVALHO FERNANDES, *Teoria geral* cit., 2, 3ª ed., 552 e CAPELO DE SOUSA, *Teoria geral* cit., 1, 184-185.

destinatário de tal proposta pode aceitá-la; fazendo-o, ele altera, de modo unilateral, a ordem jurídica, visto promover o aparecimento do contrato ⁹⁷⁵.

Verifica-se pois que, em rigor, o direito subjectivo comum deriva da incidência de uma norma permissiva – logo de uma norma de conduta – enquanto o direito potestativo é fruto de uma norma que confere um poder, isto é, de uma norma que, em si, nada diz quanto à forma por que as pessoas devam actuar, antes e apenas lhes facultando a aludida possibilidade de alterar a ordem jurídica ⁹⁷⁶.

III. Esta diferenciação estrutural explica as dificuldades que o direito potestativo provoca na doutrina. Fosse o direito subjectivo um conceito analítico – portanto dominado por preocupações lógicas e racionais – e haveria que, dele, retirar a figura potestativa. Não é esse o caso: o direito subjectivo é compreensivo e surge dado pela História. Ele inclui, à partida, o direito potestativo ⁹⁷⁷.

A justificação reside no que segue.

O direito potestativo é, na verdade, o produto de normas que conferem poderes. Trata-se, no entanto, de poderes atribuídos ao beneficiário através do intermeiar de normas permissivas, isto é: ao titular cabe, segundo o seu livre-arbítrio, actuar ou não o poder que a norma lhe concede. Por essa via, o poder que a lei confira ao titular é visto como um bem, que ele aproveitará, ou não, como quiser.

Deste modo se poderá compreender a inclusão dos “direitos” potestativos na figura mais extensa dos direitos subjectivos.

⁹⁷⁵ O direito potestativo ficou ligado aos trabalhos de SACKEL – *Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts*, FS R. Koch (1903), 205 ss., reimpr. em separata em 1954 – que no princípio do século, lhe estudou as grandes linhas; quanto à sua história, cf. ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil* cit., 1, § 73.º, I, 3 (441, n. 12); vide, ainda, BÖTTICHER, *Bestimmung auf das Gestaltungsrecht und Gestaltungs-Klagerecht*, FS Dölle I (1963), 41; KENT LEVERENZ, *Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts*, Jura 1996, 1-9, e PAWLOWSKI, *Allgemeiner Teil*, 6ª ed. cit., 151-152.

⁹⁷⁶ C. HERBERT L. A. HART, *O conceito de Direito*, trad. port. ARMANDO RIBEIRO MENDES (1968), 44 ss. e *passim*.

⁹⁷⁷ Cf. LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil*, 9ª ed. cit., 266 ss.; HUBNER, *Allgemeiner Teil* cit., 186 ss.; MEDICUS, *Allgemeiner Teil*, 8ª ed. cit., 39 ss.. Refira-se, ainda, o clássico italiano SALVATORE PULEO, *I diritti potestativi (individuazione delle fattispecie)*, 1959.

IV. Os direitos potestativos comportam, por seu turno, múltiplas classificações ⁹⁷⁸.

Assim:

– direitos potestativos autónomos e integrados ⁹⁷⁹, conforme surjam de modo isolado – por exemplo, o direito de aceitar a proposta contratual – ou se integrem em direitos subjectivos mais amplos, como simples faculdades ou, até, como poderes – por exemplo, o “direito” de preferência dos comproprietários – artigo 1409.º/1;

– direitos potestativos com destinatário e sem destinatário, consoante as alterações que eles promovam se dêem (também) na esfera jurídica de outrem – por exemplo, a aceitação da proposta contratual – ou na do próprio titular – por exemplo, o “direito” de ocupação – artigo 1318.º; repare-se que no primeiro caso é, em regra, necessária uma declaração de vontade ao passo que, no segundo, basta um comportamento; quando tenham destinatário, este encontra-se na situação de sujeição;

– direitos potestativos de exercício judicial ou extrajudicial; no primeiro caso, o titular tem de dirigir-se ao tribunal para desencadear os efeitos que a lei coloca na sua disponibilidade – por exemplo, a “denúncia” do contrato de arrendamento pelo senhorio, segundo o artigo 70.º do R.A.U., correspondente ao antigo artigo 1097.º do Código Civil; no segundo, pode fazê-lo independentemente dessa formalidade;

– direitos potestativos constitutivos, modificativos ou extintivos, em função de darem lugar, pelo seu exercício, a uma nova situação jurídica – por exemplo, a constituição de “comunhão forçada”, artigo 1370.º ou de servidão legal de passagem, artigo 1550.º –, de alterarem uma situação preexistente – por exemplo, a mudança na servidão, artigo 1568.º – ou de extinguirem essa mesma situação – por exemplo, o “direito” de propor o divórcio, artigo 1773.º ⁹⁸⁰.

V. Os direitos potestativos, para além de, em primeira linha, comportarem um “bem” traduzido na possibilidade de desencadear os efeitos

⁹⁷⁸ Particularmente, LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil*, 9ª ed. cit., 267 ss..

⁹⁷⁹ Ou independentes ou não independentes; cf. LEVERENZ, *Die Gestaltungsrechte* cit., 3/II.

⁹⁸⁰ Outros exemplos podem ser confrontados em MOTA PINTO, *Teoria geral*, 3ª ed. cit., 175 ss..

classificação dos direitos potestativos

jurídicos que a lei lhes atribua, apontam, em regra, para outras realidades presentes depois da sua actuação. Assim, os direitos potestativos poderão ser créditos, reais, de família, sucessórios, intelectuais, etc., consoante, uma vez actuados, promovam o aproveitamento dos tipos de bens correspondentes a essas categorias civis. Têm um espectro largo de actuação⁹⁸¹ e – num ponto a conferir caso a caso – são transmissíveis, nos termos gerais⁹⁸².

91. Modalidades quanto ao objecto

I. O direito subjectivo pode sofrer múltiplas e enriquecedoras classificações em função do seu objecto, isto é, do tipo de *boni* de cujo aproveitamento nele se trate.

Em traços muito largos, os bens – ou coisas, na tradição românica – comportam as distinções que seguem:

- bens patrimoniais: os que tendo natureza económica, sejam avaliáveis em dinheiro; podem ser:
 - corpóreos, quando tenham existência física, sendo pois apreensíveis pelos sentidos; abrangem ainda realidades materiais e energéticas;
 - incorpóreos, quando resultem de meras criações do espírito humano, sendo apreensíveis apenas pelo intelecto; abrangem:
 - bens intelectuais, por exemplo, a obra de arte, enquanto objecto de exploração económica⁹⁸³;
 - prestações, isto é, condutas humanas;
 - realidades jurídicas, por exemplo, o “poder” de provocar efeitos de direito ou as vantagens derivadas da titularidade associativa;
 - bens não patrimoniais, quando não tenham natureza económica, nem se exprimam, à partida, em dinheiro⁹⁸⁴, podem ser:

⁹⁸¹ Cf. MICHAEL BECKER, *Gestaltungsrecht und Gestaltungsgrund*, AcP 188 (1988), 24-68 (25 ss.).

⁹⁸² Vide ANJA VERENA STEINBECK, *Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten* (1993), 38 ss..

⁹⁸³ Em rigor, a obra é independente da sua fixação ou materialização; cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil/Direito de Autor e Direitos Conexos* cit., 57 ss. (62 ss.).

⁹⁸⁴ Embora possam dar lugar, quando violados, a indemnizações compensatórias, calculadas em dinheiro.

- pessoais, quando se reportem à própria pessoa – por exemplo, vida ou integridade pessoal – ou a realidades com ela conexas – por exemplo, bom nome e reputação, direito moral de autor ou aspectos pessoais dos direitos associativos;
- familiares, sempre que surjam no âmbito da família.

II. Em função destas classificações, os direitos subjectivos podem ser patrimoniais e, então, materiais, energéticos ou incorpóreos, intelectuais, créditos ou relativos a realidades jurídicas (potestativos, associativos, etc.) ou não patrimoniais, e nessa altura, pessoais ou familiares.

Tenha-se apenas presente que estas classificações não são, de modo algum, exaustivas e que têm em vista, sobretudo, os aspectos relevantes para o Direito civil.

92. Modalidades quanto ao regime

I. A classificação anterior poderia ter um alcance decisivo quando o Direito civil se estruturasse segundo variáveis puramente racionais. O objecto do direito subjectivo ditaria então, no essencial, o seu regime.

Na verdade, aspectos marcantes das regulações aplicáveis aos diversos direitos derivam dos objectos que, neles, estejam em causa. Mas outros factores interferem de tal modo que, no final, se chega a resultados por vezes muito distantes dos prenunciados pelos objectos em jogo.

II. O regime aplicável aos direitos subjectivos – que, pela importância destes, acaba por se assimilar, na prática, ao regime geral do Direito civil – foi-se desprendendo, ao longo da História, de acordo com necessidades pontuais ou com os puros acasos das descobertas científicas. Daqui resulta que direitos pautados por se reportarem a objectos idênticos acabam por pertencer a áreas caracterizadas por terem regimes diversos – por exemplo, o arrendamento e o usufruto; ambos relativos a coisas corpóreas, foram imputados, respectivamente, aos direitos de crédito e aos direitos reais, por força dos acidentes que presidiram, no Direito romano, à criação destes institutos⁹⁸⁵.

⁹⁸⁵ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Da natureza do direito do locatário* (1980), com indicações. Justamente pelas razões culturais aludidas no texto, entendemos hoje que o direito do locatário é um direito pessoal de gozo.

Por isso, ao lado de uma classificação de direitos baseada no seu objecto, deve ter-se presente uma outra que atine no regime. Normalmente, a última é apresentada como se reportando ao objecto dos direitos, o que não é exacto: apenas o regime decide, em última instância.

Esta submissão dos direitos subjectivos a regimes de recepção histórica não deve ser tomada como fatalidade, à qual os juristas se devam submeter. Sem dúvida que a base do Direito é histórico-cultural; mas sobre ela actua a Ciência do Direito, com as suas preocupações redutoras e, daí, normalizadoras e racionalizadoras.

Há, pois, uma tensão jurídico-científica sobre regimes históricos, sobretudo quando estes se apresentam irracionais, por via de acidentes de percurso que os hajam vitimados.

Uma torção possível consiste em — sem justificação bastante — conferir regimes diferentes a direitos que tenham o mesmo objecto. A Ciência jurídica intentará, então, remediar tal disfunção.

Existe, por tudo isto, como que uma pressão para identificar as classificações de direitos subjectivos, assentes nos seus objectos, com as derivadas dos correspondentes regimes. Mas tal pressão é, em permanência, contrariada por forças opostas, que correspondem à autonomia histórico-cultural dos níveis juspositivos.

Mantêm-se, pois, distantes as classificações quanto ao objecto e quanto ao regime.

III. Os termos das modalidades dos direitos subjectivos quanto ao seu regime implicam, para serem conhecidos e apreciados, uma antecipação das regras aplicáveis, o que está, agora, fora de causa.

No entanto, pode-se indicar o elenco mais impressivo, que distingue:

- direitos de crédito;
- direitos reais;
- direitos de família;
- direitos das sucessões,

conforme se lhes apliquem as regras próprias das quatro correspondentes disciplinas civis. À tetrapartição referida haveria que acrescentar, pelo menos, os direitos das pessoas, como abrangendo aqueles que se rejam pelas normas que, sobretudo no Livro I do Código Civil — artigo 66.º e ss. — formam um conjunto jurídico próprio.

IV. A concluir, deve frisar-se que a existência e o relevo da classificação dos direitos subjectivos quanto ao regime não se devem prestar a inversões metodológicas. Um direito merece certa qualificação por lhe corresponder um regime; e não, de modo algum, lhe será aplicável o regime, por se lhe haver previamente atribuído uma qualificação determinada.

O regime é, pois, causal; atribuir essa função à qualificação (ao conceito) equivale a incorrer no método da inversão, denunciado, há mais de um século, como grave desvio da jurisprudência dos conceitos.

§ 23.º OUTRAS SITUAÇÕES ACTIVAS

93. Poderes e faculdades

I. Os direitos subjectivos não esgotam o rol das *situações jurídicas activas*, isto é, das situações que colocam determinados efeitos na pendência da vontade do próprio sujeito a quem elas assistam. Há que contar com outras situações, diferentes das jurídico-subjectivas, quer pelos contornos conceptuais quer, sobretudo, pelos regimes que, depois, irão implicar.

Deve no entanto prevenir-se que a impressividade da figura do direito subjectivo leva, muitas vezes, a doutrina e a própria lei a chamar "direitos" a posições activas que o não são. Por exemplo, segundo o artigo 1305.º do Código Civil:

O proprietário goza de modo pleno e exclusivo *dos direitos de uso, fruição e disposição* das coisas que lhe pertencem (...).

Os "direitos" que compõem o direito de propriedade não são, por certo, direitos subjectivos, pelo menos no mesmo sentido.

Esta matéria, na tradição de PAULO CUNHA, era tratada como relativa às "figuras afins" do direito subjectivo⁹⁸⁶.

II. Como primeira situação jurídica activa diferente da do direito subjectivo surge o poder. Durante muito tempo – e ainda hoje, nalguns autores – assistiu-se a uma insanável confusão entre direito e poder, confusão essa que redundava, designadamente, em se definir o próprio direito como um poder, da vontade, jurídico ou outro.

⁹⁸⁶ Na exposição de PAULO CUNHA, o poder não se incluía entre o elenco de figuras afins, por ter sido tratado a propósito do direito subjectivo. Figuras afins eram os interesses reflexivamente protegidos e os indirectamente protegidos, as expectativas e os poderes funcionais.

Entre nós, e mercê dos estudos de MANUEL GOMES DA SILVA, atingiu-se uma definição satisfatória: poder é a disponibilidade de meios para a obtenção de um fim⁹⁸⁷. Algumas considerações complementares são, contudo, essenciais.

O poder é uma situação analítica; obtém-se por via lógica e surge como factor componente elementar das realidades jurídicas. Além disso, ele configura-se como uma situação simples: nada mais se pode, dele, retirar.

Em regra, o direito subjectivo compreende, no seu conteúdo, múltiplos poderes, bem como, ainda, outras figuras que, com os poderes, se não confundem. Mas os poderes também se podem incluir em situações mais vastas que, globalmente consideradas, sejam passivas: por exemplo, o poder que o devedor tem de determinar o objecto, em prestações genéricas – artigo 539.º – ou de o escolher, nas prestações alternativas – artigo 543.º.

III. Os poderes comportam várias classificações. Assim:

- poderes materiais ou poderes jurídicos, consoante os meios disponíveis sejam de actuação material ou de actuação jurídica; neste último caso, há ainda que lidar com poderes constitutivos, modificativos ou extintivos, em função do tipo de eficácia jurídica que desencadeiam;
- poderes de gozo, de crédito, de garantia ou potestativos, conforme tais meios tenham por fim o aproveitamento de uma coisa corpórea, a exigência de uma conduta (= pretensão), a actuação dos esquemas da responsabilidade patrimonial ou a produção de efeitos de Direito⁹⁸⁸; estes termos classificatórios não devem ser confundidos com os direitos subjectivos mais vastos, em que se integrem, e que compreendem outras realidades, variadas e diversas;
- poderes autónomos ou integrados, em consonância com a sua independência ou com a sua integração em figuras mais vastas; cabe ainda falar em poderes instrumentais, quando se encontrem ao serviço directo de outras realidades.

⁹⁸⁷ GOMES DA SILVA, *O dever de prestar* cit., 40 ss. (45).

⁹⁸⁸ Trata-se de uma classificação apresentada para ordenar estruturalmente os direitos subjectivos, por GIORGIANNI, mas que, pela sua natureza analítica, melhor opera perante poderes.

Muitas outras distinções seriam possíveis, designadamente alargando a figura a esquemas próprios do Direito público.

IV. Ao lado dos poderes surgem as facultades. Muitas vezes, o termo facultade é usado em Direito sem qualquer preocupação científica e sem significado preciso. Chega mesmo, nalguns Autores, a ser equiparado aos poderes. Outra via, já ensaiada, consiste em reservar as facultades para os poderes materiais. Mas a sua utilização frequente para designar poderes jurídicos desaconselha-o.

Na base deve entender-se que o progresso científico de qualquer disciplina fica comprometido quando ela não seja capaz de fixar uma linguagem técnica precisa. Não se admite, pois, que o termo “facultade” surja, em textos jurídicos, imerso em confusão. Equiparar a facultade ao poder equivale a desperdiçar uma locução que poderá, depois, fazer falta, para exprimir fenómenos caracterizáveis e diversos.

Propõe-se, pois, um significado autónomo para facultade: conjunto de poderes ou de outras posições activas, unificado numa designação comum.

A contraposição entre poderes e facultades é de apreensão fácil, se se atentar em que os primeiros correspondem a realidades analíticas e, as segundas, a realidades compreensivas; este mesmo estado de coisas deixa entender como ficam as facultades à mercê das designações linguísticas disponíveis.

Por exemplo:

- o titular de um direito sobre uma coisa poderá ter a facultade de construir; ela implica múltiplos poderes e outras realidades diversas, a ponderar caso a caso, através da análise da situação considerada;
- esse mesmo titular terá o poder de alienar a construção; tem uma disponibilidade de meios para prosseguir esse fim.

Os “direitos” de uso, fruição e disposição elencados no artigo 1305.º do Código Civil são, na realidade, facultades.

94. Protecções reflexas e indirectas

I. A técnica da subjectivação jurídica – que caracteriza, em profundidade, os sistemas românicos ou, mais longe ainda, os sistemas ocidentais

de facto
para todos

— assenta na atribuição, pela positiva, de um espaço de liberdade aos sujeitos beneficiários. A partir daí se infere a protecção de que ele disfruta: o beneficiário pode aproveitar certo bem; o não-beneficiário não o deve fazer. Nesse sentido, desenvolveu-se, historicamente, o Direito privado.

II. Há, no entanto, outra técnica para conferir vantagens às pessoas: consiste ela em fazer incidir, numa generalidade de pessoas, normas de comportamento que acabem por acautelar certos interesses. Assim, haverá um beneficiário ao qual, não sendo atribuída qualquer permissão, se concede uma certa tutela, através dos deveres assacados a terceiros: surge uma protecção reflexa.

Por exemplo, ninguém tem o direito a que os outros sejam vacinados ou a que os importadores paguem taxas alfandegárias; mas a existência de normas com esse conteúdo protege, sem dúvida, interesses particulares.

III. A existência de protecções reflexas faculta, no Direito público, particulares esquemas de acção: assim as denúncias, às autoridades, de certos ilícitos ou os direitos de acção para defesa desses interesses difusamente acautelados⁹⁸⁹. Na tradição de PAULO CUNHA, pode-se ir mais longe e referir interesses indirectamente protegidos, como aqueles que, não dando embora lugar a direitos subjectivos, disfrutam de uma tutela eficaz, que preserve os bens em jogo. Segundo PAULO CUNHA, tal sucederia, por exemplo, através da acusação penal deduzida pelo Ministério Público⁹⁹⁰.

No Direito privado, essa defesa está menos caracterizada pois, quando exista, logo tende a corporizar um direito subjectivo. Ela consubstancia-se, no entanto, em dois casos, onde a ideia de protecção indirecta parece clara:

- no do artigo 483.º/1 do Código Civil, quando se atribui o dever de indemnizar, àquele que, mesmo sem inobservar o direito de outrem, viole qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios;

⁹⁸⁹ Estes esquemas tendem a apresentar natureza supletiva, isto é: só operam na falta de verdadeiros direitos subjectivos; cf. RPt 22-Mai.-1997 (OLIVEIRA VASCONCELOS) CJ XVII (1997) 3, 196-199 (1997f). Em geral e sobre estes temas dispomos hoje da excelente monografia de MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos*, 2003.

⁹⁹⁰ CARVALHO FERNANDES, *Teoria geral* cit., 2.ª ed., 595, exemplifica com as regras de trânsito e as normas de saúde pública.

— no dos artigos 25.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, que aprovou o regime das cláusulas contratuais gerais, com a redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de Agosto; prevê-se, aí, uma acção inibitória destinada a proibir as cláusulas ilegais⁹⁹¹.

95. Expectativas

I. As expectativas surgem como uma categoria de posições activas, marcadas por uma imprecisão acentuada. Apenas com um recurso preliminar à Lei, temos:

— artigo 78.º: o destinatário de uma carta não confidencial só pode usar dela nos termos que não contrariem a expectativa do autor; “expectativa” é, aqui, a confiança que emerge da própria carta ou das circunstâncias que a rodeiam, própria do autor, de que a carta não seguirá um destino anómalo;

— artigo 81.º/2: a limitação voluntária dos direitos de personalidade, quando legal, é sempre revogável ainda que constituia a obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte: “legítimas expectativas” equivale a danos emergentes e lucros cessantes; uns e outros não podem ser considerados “danos” uma vez que a revogação foi legítima; além disso, perante a causalidade normativa, haverá um cômputo mais reduzido da responsabilidade, uma vez que não se incluem as “expectativas” extraordinárias ou especulativas;

— artigo 245.º/1: a declaração não séria, feita na expectativa de que a falta de seriedade não seja desconhecida, carece de qualquer efeito: “expectativa” é, aqui, a convicção psicológica do declarante.

Em compensação, a lei não usa o termo expectativa onde seria de esperar que o fizesse: assim no artigo 273.º, onde se fala no “adquirente do direito” sob condição ou no artigo 1271.º, quando se determina que o possuidor de má fé responda pelo valor dos frutos “... que um proprietário diligente poderia ter obtido”. Torna-se ainda frequente, na doutrina, o uso

⁹⁹¹ Vide, ALMEIDA COSTA/MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais* (1986),

de "expectativa" para designar o benefício representado por factos futuros, de eficácia incerta, especialmente no Direito das sucessões.

II. Podemos fazer uma distinção prévia:

- a expectativa de mero facto, que traduza uma hipótese de evolução futura à qual uma pessoa empreste maior ou menor verosimilhança, mas que o Direito não reconheça; por exemplo: as expectativas de um bom resultado desportivo;
- a expectativa jurídica.

Neste último caso, mandam as boas regras que, para expectativa, se encontre um sentido útil próprio, diferente do do direito subjectivo. Sinuemos, assim, a expectativa no domínio dos factos jurídicos complexos de produção sucessiva, isto é: em conjunções nas quais se requeira, para o aparecimento de determinado efeito jurídico, uma sucessão articulada de eventos, que se vão produzindo no tempo⁹⁹². Pois bem: desde que se inicie esse processo, o beneficiário tem uma esperança (*spes iuris*) crescente de, no seu termo, ver constituir um direito ou vantagem similar. Ele tem uma expectativa. Tudo está em saber se o Direito tutela ou não a expectativa e em que medida, quando o faça.

III. A expectativa não se deve confundir com determinados direitos que garantam vantagens futuras ou eventuais. Quando muito, poder-se-ia dizer que tais direitos são dobrados por expectativas, as quais poderiam, por seu turno, ser de facto ou jurídicas. Podemos distinguir⁹⁹³:

- direitos de adjudicação ou de aquisição automática (*Anfallrecht*) correspondentes a situações nas quais o beneficiário, por mero efeito da lei, irá adquirir um novo direito: por exemplo, o direito aos frutos, do possuidor de boa fé (1270.º/1);

⁹⁹² No essencial, era a posição de PAULO CUNHA, que não vemos razões para alterar. Cf. DIAS MARQUES, *Teoria geral* cit., 1, 272 ss.; CASTRO MENDES, *Teoria geral* cit., 1, 375 ss. e CARVALHO FERNANDES, *Teoria geral* cit., 2, 3ª ed., 595 ss.. Sobre o tema, em especial: MARIA RAQUEL REI, *Da expectativa jurídica*, ROA 1994, 149-180 e CAPELO DE SOUSA, *Teoria geral* cit., 1, 237-242: este Autor faz uma crítica contudente às noções que apresentámos na 1ª ed. deste *Tratado* (e que mantemos, no essencial); ele acaba, contudo, por apresentar um texto materialmente compatível com o nosso próprio discurso o qual, de resto, não é inovatório.

⁹⁹³ LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil*, 9ª ed. cit., 275-276.

-- direitos de apropriação (*Aneignungsrechte*), equivalentes às ocorrências que permitam ao beneficiário, através de uma declaração de vontade, adquirir um novo direito: por exemplo, os direitos do promitente adquirente ou do preferente;

-- direitos de candidatura (*Anwartschaftsrechte*) pelos quais o beneficiário ocupa uma posição tutelada que lhe irá facultar vantagens: o herdeiro legítimo.

Repare-se: todas estas figuras podem ser consideradas expectativas quando sejam encaradas não em si e pelo regime, delas, directamente resulte, mas antes pelas eventualidades futuras que possam originar.

IV. A verdadeira expectativa jurídica retrata a posição do sujeito inserido na sequência que irá conduzir a um verdadeiro direito, mas antes de este surgir. Essa sequência pode resultar:

- de normas legais explícitas; por exemplo, a expectativa do preterente, só por o ser;
- de negócios jurídicos: a aquisição condicionada;
- de conceitos indeterminados: a confiança da pessoa que adira ao *factum proprium* de outra, isto é: que acredite na manutenção de algo que é dito ou feito, em nome da boa fé.

Agora, das duas uma: ou o Direito tutela a expectativa tal como ela surge ou é e poderemos falar num verdadeiro direito subjectivo, ainda que intercalar (e ao qual chamaremos expectativa só para melhor o inserir na sequência processual) ou o Direito dispensa, à expectativa, uma tutela meramente processual, tendo em vista o direito definitivo que irá surgir e ocorrerá uma expectativa jurídica *proprio sensu*. A busca de um sentido útil para a expectativa constitui um exercício interessante, que permite esclarecer diversos aspectos. Todavia, e tendo em conta o individualismo de muitos autores, torna-se difícil estabilizar a terminologia. Ao falar-se de "expectativas" é mister explicar, assim, o que se pretende, de facto, transmitir.

96. Poderes funcionais

I. Os denominados poderes funcionais -- ou poderes-deveres, ou direitos-deveres -- podem definir-se genericamente como obrigações específicas de aproveitamento de um bem.

Vê-se como têm natureza híbrida: há aproveitamento de um bem, no que surge como uma vantagem; esse aproveitamento não é, porém, permitido, mas obrigatório: o titular deve agir – e muitas vezes, dentro de certos limites. Não será correcto atribuir-lhe a mesma estrutura do (verdadeiro) direito subjectivo, uma vez que falta, aqui, o essencial dessa figura jurídica: a permissão.

Assim, o poder paternal – artigos 1885.º e seguintes – implica a atribuição, aos pais, de certos “direitos” em relação aos filhos que são, em simultâneo, “deveres”. Trata-se de poderes funcionais. Repare-se que a posição é activa, por implicar sempre uma margem de escolha, a cargo do titular. Esta figura floresce no Direito público.

II. A doutrina tradicional, que fazia intervir o “interesse” no próprio conceito de direito subjectivo, apurava aqui uma dissociação entre os “poderes” do direito funcional e os interesses por ele servidos. Julga-se que esta via é pouco convincente: um bom exercício do poder paternal é sempre do interesse dos pais e dos filhos, seja ele entendido em sentido objectivo como no subjectivo.

Também aqui se comprova a natureza empírica, pré-científica, do conceito de interesse.

97. Excepções

I. Em sentido material, a excepção é a situação jurídica pela qual a pessoa adstrita a um dever pode, licitamente, recusar a efectivação da pretensão correspondente⁹⁹⁴. Por exemplo, o vendedor pode recusar a entrega da coisa enquanto o comprador não lhe pagar o preço: é a excepção do contrato não cumprido – artigo 428.º/1 do Código Civil.

Contrapõe-se-lhe o sentido processual⁹⁹⁵. No processo, a excepção é um meio de defesa do réu que ocorre sempre que este alegue factos que obstem à apreciação do mérito da acção ou que, servindo de causa impe-

⁹⁹⁴ ANDREAS VON TUHR, *Der Allgemeine Teil* cit., 1, 218. Cumpre, ainda, referir a monografia clássica de ENZO BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale* (1936).

⁹⁹⁵ Quanto às origens: SANTOS JUSTO, *Direito privado romano* cit., 1, 321 ss. e MEDICUS, *Allgemeiner Teil*, 8ª ed. cit., 43-44.

Em HERBERT ROTH, *Die Einrede des bürgerlichen Rechts* (1988), 8 ss., podem ser vistos elementos relativos às excepções aquando da preparação do BGB; cf. a rec. de CHRISTOPH KRAMPE, AcP 191 (1991), 163-171.

ditiva, modificativa ou extintiva do direito invocado pelo autor, determinem a improcedência total ou parcial do pedido: tal a fórmula do artigo 487.º/2, do Código de Processo Civil.

II. Descritivamente, as excepções materiais são susceptíveis de várias classificações⁹⁹⁶.

Assim, as excepções são fortes ou fracas, consoante permitam ao seu beneficiário deter um direito alheio ou apenas, enfraquecê-lo, respectivamente.

As excepções fortes são, por seu turno, peremptórias quando detêm a pretensão por tempo indeterminado e dilatórias se apenas o fazem por certo lapso de tempo.

Torna-se menos fácil exemplificar, à luz do Direito português, estas diversas figuras: na verdade, o Código Civil, apesar de no seu artigo 847.º/1, a), referir expressamente a figura da “excepção material”, acabou por não dar corpo a boa parte das excepções consagradas na tradição românica⁹⁹⁷.

De qualquer modo, sempre se poderiam apontar:

- excepção forte peremptória: a prescrição – artigo 300.º e ss.;
- excepção forte dilatória: o benefício da excussão – artigo 638.º/1;
- excepção fraca: a excepção do contrato não cumprido – artigo 428.º/1 – ou o direito de retenção – artigo 754.º.

III. Uma análise aprofundada destas figuras obrigaria a mergulhar fundo nos competentes regimes, distribuídos por várias disciplinas civis. No entanto, algumas prevenções não podem deixar de ser feitas.

Muito utilizada na pandectística⁹⁹⁸, a técnica da excepção caíria em progressivo esquecimento; veio, no entanto, a ser reanimada por autores

⁹⁹⁶ GÜNTHER JAHR, *Die Einrede des bürgerlichen Rechts*, JuS 1964, 125-132, 218-224 e 293-305 (220 ss.), SCHLOSSER, *Selbständige peremptorische Einrede und Gestaltungsrecht im deutschen Zivilrecht*, JuS 1966, 257-268 (261 ss.), HERBERT ROTH, *Die Einrede* cit., 37 ss., e PETER GRÖSCHLER, *Zur Wirkungsweise und zur Frage der Geltendmachung von Einrede und Einwendung im materialen Zivilrecht*, AcP 201 (2001), 48-90.

⁹⁹⁷ Assim, no BGB encontra-se uma série muito mais diversificada de excepções: cf. *Da boa fé* cit., 735 ss.

⁹⁹⁸ Cf. SAVIGNY, *System*, 5 (1841), §§ 325.º-226.º (160); WINDSCHEID, *Die actio des römischen Civilrechts* (1856), 226-227; VANGEROW, *Pandekten*, 7ª ed. cit., 242; DERNBURG/BERGMANN, *Pandekten*, 7ª ed. cit., I § 137.º (317).

recentes e, designadamente, por MEDICUS⁹⁹⁹. Não obstante, uma análise aturada tem vindo a pôr em dúvida a sua autonomia¹⁰⁰⁰.

Na verdade, a excepção forte peremptória apenas levaria à extinção do direito definitivamente paralisado, devendo, em consequência, ser tratada como modo de extinção¹⁰⁰¹, as excepções dilatórias e as excepções fracas, por seu turno, apenas expressariam limitações no conteúdo dos direitos que, supostamente, viriam bloquear. Deveriam, assim, ser tratadas a propósito do conteúdo em questão.

Uma particularidade impede, no entanto, de levar até às últimas consequências esse movimento: ainda quando se inscreva negativamente no conteúdo dos direitos, que vai restringir, a excepção opera pela vontade do seu beneficiário. Tem, pelo menos, essa autonomia¹⁰⁰².

IV. Existindo excepções materiais¹⁰⁰³, alguns autores consideram-nas como direitos enquanto outros se lhes reportam como poderes¹⁰⁰⁴. Entre os que vêem, nelas, direitos, há ainda duas posições: os que as explicam como contra-direitos¹⁰⁰⁵ e os que vêem nelas direitos potestativos¹⁰⁰⁶. Os elementos já disponíveis permitirão resolver o problema e, em simultâneo, tratar a sua própria operacionalidade.

As excepções, enquanto situações pelas quais uma pessoa pode recusar uma pretensão, correspondem a poderes em sentido técnico: trata-se de uma figuração analítica que traduz, com efectividade, a disponibilidade de meios para obtenção de um fim. Além disso, elas integram a categoria dos poderes potestativos, uma vez que visam a produção de efeitos jurídicos, que alteram, efectivamente, a ordem existente.

⁹⁹⁹ D. MEDICUS, *Anspruch und Einrede als Rückgrat einer zivilistischen Lehrmethode*, AcP 174 (1974), 313-331 (326, defendendo as suas vantagens pedagógicas) e *Allgemeiner Teil*, 8.ª ed., 44 ss.

¹⁰⁰⁰ Cf. *Da boa fé* cit., 736 ss., com indicações.

¹⁰⁰¹ Vide a conclusão de HERBERT ROTH, *Die Einrede des Bürgerlichen Rechts* cit., 320.

¹⁰⁰² Cf. como aplicação actual da figura, o dispositivo do artigo 422.º/3, 2.ª parte, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 379/86, de 11 de Novembro; vide, MENEZES CORDEIRO, *A excepção do cumprimento do contrato-promessa*, TJ n.º 27 (1987), 1-5.

¹⁰⁰³ Contrapõem-se, elas, às processuais, que têm um alcance diverso.

¹⁰⁰⁴ VON TUER, *Allgemeiner Teil* cit., 1, 288 e já LANGHEIMER, *Anspruch und Einrede nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch* (1903), 43.

¹⁰⁰⁵ LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil*, 9.ª ed. cit., 329 e HÜBNER, *Allgemeiner Teil* cit., 206.

¹⁰⁰⁶ ERNST WOLF, *Allgemeiner Teil*, 3.ª ed. cit., 121.

Acontece, no entanto, que as excepções tanto podem surgir isoladas, como integradas em situações mais vastas. No primeiro caso, elas tendem a ser referidas como “direitos” – por exemplo, o direito de alegar a prescrição. No segundo, elas vêm mencionadas como integrando o conteúdo de certos direitos subjectivos – por exemplo, o direito de retenção que, além do poder de recusar a entrega da coisa, inclui toda uma série de outros poderes e faculdades – vide, os artigos 758.º e 759.º – acontecendo mesmo, nesta hipótese, que os próprios direitos subjectivos globais surjam referidos como excepções.

IV. Apesar das limitações geradas pelos factores referidos, a excepção pode manter-se, no rol das posições activas; ela permite o enriquecimento dos instrumentos de análise disponíveis no Direito, analisando-se, em última instância, num poder caracterizado pela sua feição negativa, a nível de actuação.

§ 24.º SITUAÇÕES PASSIVAS

98. Obrigações e deveres

I. Os desenvolvimentos comuns dedicados à parte geral do Direito civil dão, tradicionalmente, um maior relevo às situações activas do que às passivas. Estas tendem, muitas vezes, a ser consideradas apenas na disciplina do Direito das obrigações e, ainda aí, com um desenvolvimento circunstancial.

O melhor método aponta, no entanto, para a necessidade de abordar e desenvolver a matéria numa disciplina geral: ela interessa, efectivamente, a todo o Direito civil.

Nas situações passivas, o sujeito fica colocado no âmbito de aplicação de normas proibitivas ou impositivas; em rigor, como se verá, uma outra ocorrência é, também, possível: a de, sobre ele, recair o produto das normas que, a outrem, confiram poderes.

II. A situação passiva de base, compreensiva, equivalente, de certo modo, ao direito subjectivo, é a obrigação. O Código Civil define mesmo esta figura ao dispor, no artigo 397.º: "obrigação é o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação" 1007.

Não compensa, contudo, considerar a obrigação como o vínculo em si, em toda a dimensão e, como tal, abrangendo as posições do credor e do devedor, numa situação de grande complexidade. Em jogo está tão-somente a posição do devedor, isto é, da pessoa que "...fica adstrita para com outra à realização de uma prestação". Para quem queira adoptar a técnica (inadequada) da relação jurídica, a obrigação (e não o "dever") corresponderá à posição do denominado sujeito passivo.

1007 Cf., para mais desenvolvimentos, *Direito das obrigações*, 1.º vol. (1987, reimpr.), 9 ss..

Como qualquer outra figura, a obrigação permite, pela análise, des-
cobrir no seu seio diversas realidades jurídicas 1008. Assim, sem preo-
cupações de exaustividade:

- o dever de efectuar a prestação principal; este dever pode, con-
soante as circunstâncias, analisar-se em múltiplos subdeveres, im-
plicando condutas materiais ou jurídicas;
- o dever de efectuar as prestações secundárias, isto é, prestações que
tenham sido acordadas para complementar a principal;
- os deveres acessórios, cominados pelo Direito, para que toda a
actividade se desenvolva dentro do sistema 1009;
- certas sujeições como, por exemplo, a de ser interpelado - artigo
805.º/1 - isto é, a de ver o credor exigir o cumprimento, posto o
que, se o não fizer, incorrerá em mora, com sanções;
- determinados poderes, como o de se apresentar a cumprir, devendo
o credor aceitar - artigos 777.º/1 e 813.º;
- algumas excepções, como a do contrato não cumprido - artigo
428.º/1 - ou a retenção - artigo 754.º - sendo certo que esta cons-
titui um verdadeiro direito.

Repare-se que a obrigação não é um somatório: ela tem uma unidade
intrínseca, permitindo não só comunicar, em termos de operacionalidade
dogmática, toda uma riqueza que, por enumeração, sempre ficaria incom-
pleta, mas também exprimir algo de mais amplo do que a soma das suas
parcelas.

Além disso, o essencial dos regimes aplicáveis dirige-se à obrigação,
como um todo; compete depois à Ciência do Direito, com os instrumentos
de análise de que dispõe, proceder às concretizações sectoriais necessárias.

III. O dever é a situação analítica passiva de base. O dever traduz a
incidência de normas de conduta: impositivas ou proibitivas. A pessoa
adstrita a um dever encontra-se na necessidade jurídica de praticar ou de
não praticar certo facto 1010.

1008 Cf. *Direito das obrigações* cit., I, 219 ss, pelo prisma da posição do credor.

1009 A concatenação destes três aspectos fica clara com um exemplo: numa obri-
gação de entrega de uma máquina, o devedor deve ceder o aparelho ao credor (prestação
principal) levando-o embrulhado a casa deste (prestações secundárias, por hipótese acor-
dadas) e com as indicações sobre o funcionamento, se for um modelo novo (dever acce-
sório, independente de acordo e por exigência da boa fé).

1010 Recorde-se a definição de "obrigação", inserida no Código de SEABRA: "...a

Em regra, uma obrigação pode decompor-se em múltiplos deveres - e,
ainda, noutras realidades. Mas os deveres aparecem também no conteúdo dos
próprios direitos subjectivos, contribuindo para a sua delimitação negativa.
Isto é: na complexidade que enforma muitos dos direitos da actualidade, a
Ordem Jurídica não pode explicitá-los apenas com recurso a normas permis-
sivas: estas têm de ser como que recortadas através de normas de dever 1011.

Os deveres têm, assim, um relevo universal.

IV. As obrigações e os deveres são susceptíveis de inúmeras classifi-
cações 1012. Atendendo ao seu objecto - a conduta devida ou prestação -
apresenta-se, como significativa, a que distingue as obrigações de *dare* das
de *facere*.

Na obrigação de *dare*, o adstrito deve entregar uma coisa a outrem.
Na obrigação de *facere*, o adstrito deve desenvolver uma actividade
em prol de outrem. Surgem, aqui, três sub-hipóteses:

- obrigações de *facere* propriamente ditas ou de facto positivo: deve-
-se desenvolver uma actividade em si;
- obrigações de *non facere* ou de facto negativo: deve-se abster de
certa actuação;
- obrigações de *pau* ou de suportação (PAULO CUNHA): deve-se sofrer
que alguém desenvolva, na sua esfera, uma actividade que, em
princípio, não poderia ter lugar.

Os deveres seguem também esta classificação, com as adaptações
necessárias.

99. Sujeições

I. As sujeições são as situações jurídicas passivas correspondentes
aos direitos potestativos. Está numa sujeição a pessoa que possa ver a sua

necessidade moral de praticar ou de não praticar certos factos" - artigo 2.º, 2ª parte.
Tratava-se, na realidade, de uma noção de dever.

1011 Ainda aqui seria possível distinguir duas hipóteses: ou os deveres aparecem
como modo de suprir as insuficiências linguísticas que impeçam uma explicação cabal
com recurso, apenas, a locuções permissivas ou eles correspondem a imediatas neces-
sidades substantivas, isto é, à intenção normativa de associar, à posição subjectiva,
adstricções particulares.

1012 Cf., quanto às primeiras, *Direito das obrigações* cit., I, 301 ss..

posição alterada por outrem, unilateralmente. Por exemplo, o proponente fica numa sujeição: a de ver o destinatário, através da aceitação, constituir um contrato em que ele seja parte.

II. Alguma doutrina comum, impressionada pela aparente simetria direito potestativo-sujeição, intentava descobrir, nela, uma relação jurídica. Trata-se, no entanto, de uma posição metodologicamente incorrecta e com inconvenientes práticos.

Na relação jurídica, duas posições são simétricas no sentido de projectões uma da outra. O direito duma pessoa (por exemplo, receber 100) é o efeito do dever de outra (pagar os 100). Na dupla direito potestativo-sujeição, embora haja, de facto, uma relação entre elas, falta a aludida projecção simétrica: o exercício do poder em nada depende da pessoa colocada em sujeição.

Em termos práticos, a nocividade da extensão, a estas figuras, da relação jurídica, é ainda mais patente.

A pessoa que integre o pólo passivo de uma verdadeira relação jurídica deve comportar-se de certa forma. Aquela que, pelo contrário, se encontre numa sujeição, nada pode, sequer, fazer e logo nada deve fazer: apenas lhe cabe, passivamente, aguardar que o titular do direito potestativo actue, ou não, essa posição. Resultam daqui regimes profundamente diferentes: os deveres implicam condutas e, daí, todo um complexo de regras destinado à sua regulação; as sujeições, pelo contrário, nada implicam. Assim como os direitos potestativos, as sujeições são, como tais, situações absolutas.

III. No Direito público, a figura da sujeição tem um papel relevante. De facto, ela traduz, por definição, uma ideia de autoridade/subordinação que não é de regra, no Direito privado. Mas este conhece a figura que, aliás, elaborou.

100. Ónus e encargos

I. Na doutrina comum, o ónus responderia à situação na qual alguém deva adoptar certa atitude, caso pretenda obter certo efeito. Por exemplo, se alguém quiser ganhar uma acção em juízo, tem o ónus de provar factos alegados.

O ónus não é um dever: por via dele, não há que adoptar uma certa conduta, porque o resultado por ele propiciado é facultativo. Em última

análise, poder-se-ia, assim, dizer que o ónus assenta numa permissão: permanece essa que, a não ser actuada num certo sentido, conduz a consequências desagradáveis para o destinatário da mesma, ainda que não assimiláveis a sanções.

II. Toda esta construção deve ser revista.

Na base da construção tradicional do ónus encontra-se a ideia de que as sanções coactivas devem presidir sempre a quaisquer deveres jurídicos. Justamente o ónus seria uma "permissão" – a expressão falta, mas a ideia é essa – por, a não ser acatado, provocar consequências desagradáveis diferentes. Mas a coeribilidade não é característica da norma jurídica, como é sabido; resta agora, no plano dogmático, retirar as devidas consequências dessa afirmação.

III. A figura do ónus deve ser remetida para o domínio processual: traduz, aí, deveres no processo com a particular índole de terem consequências substantivas.

No Direito civil, cabe introduzir uma nova figura: a do ónus material ou encargo 1013. O encargo corresponde estruturalmente a um dever, segue, no entanto, um regime particular: é um dever de comportamento que fundamente, embora também no interesse de outras pessoas, não possa, por estas, ser exigido no seu cumprimento –

Atente-se no seguinte exemplo:

- o comprador de uma coisa verifica que ela tem determinado defeito; disfruta do regime inserido nos artigos 913.º ss. do Código Civil;
- segundo o artigo 916.º/1, ele deve denunciar ao vendedor o vício da coisa, salvo se este tiver usado dolo;
- seria, contudo, perturbador para a ordem jurídica e o tráfego negocial que, a todo o tempo, os compradores se apresentassem, perante os vendedores, denunciando vícios; por isso, e no interesse dos próprios vendedores, os compradores deverão efectuar tais denúncias num prazo curto: trinta dias depois de conhecido o defeito e dentro de seis meses após a entrega da coisa – art.º 916.º/2;
- e se não o fizerem? Caducam determinados remédios destinados a enfrentar os vícios – artigo 917.º.

1013 Propõe-se o termo "encargo" para exprimir a *Obliegenheit*: esta foi introduzida, como figura geral civil, por REIMER SCHMIDT, *Die Obliegenheiten* (1953), sendo hoje pacífica. Cf. LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil*, 9ª ed. cit., 234-235 ss..

O encargo é, pois, aqui, o "dever" de denunciar o vício dentro de certo prazo; não tendo sido respeitado, desaparece, por caducidade, o poder de denúncia.

IV. Deve frisar-se que o encargo – ou ónus material – tem uma configuração tal que se apresenta como realidade analítica; sendo embora um dever, ele tem uma especificidade de base que justifica a sua autonomização.

Atente-se ainda em que ele não contrapõe com nenhuma posição activa que lhe surja como simétrica. É, pois, uma situação absoluta.

101. Deveres genéricos

I. Deveres genéricos são situações jurídicas passivas que se traduzem em posições absolutas, isto é, sem relação jurídica.

O Direito atribui determinadas posições activas, *maxime* direitos subjectivos. Quando o faça está, automaticamente, a excluir do âmbito beneficiado todos quantos não sejam titulares da situação considerada.

Noutros casos, o Direito veda, de modo directo, certos comportamentos ou impõe outros, sem que, correlativamente, se possam descobrir direitos.

Por exemplo:

– ao admitir um princípio – depois desdobrado em múltiplas regras – de apropriação privada, o Direito está, automaticamente, a diminuir, aos não-proprietários, um dever genérico de respeito;

– ao impor, em termos gerais, obrigações de silêncio, durante a noite, o Direito impõe a todos o correspondente dever genérico de respeito, sem que se visualize alguém com um particular "direito ao silêncio".

Normalmente, a figura que surge é a de deveres genéricos; pode, porém, com base nos critérios acima referenciados, apurar-se a presença de obrigações genéricas, quando a situação considerada seja compreensiva.

II. Os deveres genéricos não assentam, como foi dito, em qualquer relação jurídica. Tornaram-se, por isso, inatingíveis enquanto não foi possível superar essa técnica.

O facto de o dever genérico não ter como correspondente um direito subjectivo explica a sua generalidade: eles não dão lugar a comportamen-

tos que possam, exclusivamente, ser exigidos por um sujeito a outro. Uma generalidade de pessoas pode, verificadas as competentes condições, exigir a sua observância a uma generalidade de outras.

A inobservância de deveres genéricos conduz ao dever de indemnizar, nos termos do artigo 483.º/1, do Código Civil.

102. Deveres funcionais

I. Os deveres funcionais – melhor seria chamar-lhes, na generalidade dos casos, "obrigações funcionais" – traduzem situações passivas nas quais uma pessoa se encontra, por força da sua presença em determinada posição.

Assim, nos termos do artigo 65.º do CSC, no seu n.º 11014,

Os membros da administração devem elaborar e submeter aos órgãos competentes da sociedade o relatório da gestão, as contas do exercício e demais documentos de prestação de contas previstos na lei, relativos a cada exercício anual.

O simples facto de se ser administrador duma sociedade comercial envolve o surgimento das relatadas obrigações.

II. O dever funcional traduz algo de estruturalmente semelhante aos poderes funcionais, mas com um importante acrescento, rico em consequências a nível de regime: os comportamentos que ele postule podem, directamente, ser exigidos por certas pessoas, mantendo-se embora uma larga margem de discricionariedade por parte do obrigado.

III. Entre as especificidades do seu regime avulta uma marcante característica genética: os deveres funcionais não têm – ou não têm necessariamente – uma específica fonte, antes surgindo com a simples ocorrência do condicionalismo funcional donde promanam. Muitas vezes eles são associados, de modo automático, pela inserção do sujeito num certo *status* ou situação funcional.

1014 Na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 328/95, de 9 de Dezembro.

CAPÍTULO VI
INSTITUTOS CIVIS GERAIS

§ 25.º INSTITUTOS CIVIS

103. Noção, natureza e sentido

⇒ 103. 377

I. O Direito pode analisar-se em normas e princípios. A norma é uma proposição que associa a certos acontecimentos – a previsão – determinados efeitos jurídicos – a estatuição. O princípio é também uma proposição; limita-se, porém, a imprimir uma certa direcção aos modelos de decisão jurídica que, com ele, tenham determinado contacto.

Por exemplo:

- os contratos devem ser cumpridos: trata-se de uma norma que associa, à ocorrência do contrato, a necessidade de o acatar;
- os homens são iguais: surge um princípio que, nas mais diversas situações onde se trate de homens, depõe no sentido de serem considerados por forma igual entre si.

A dogmática opera com recurso a ambas as realidades 1015.

1015 Convém ter presente que, apesar de situações intermédias de qualificação problemática, os princípios se mantêm distintos das normas. Eles apresentam, designadamente, as seguintes particularidades: 1) Não valem sem excepção. 2) Podem entrar, entre si, em oposição ou em contradição, mantendo-se, não obstante, válidos e eficazes. 3) Não têm pretensão de exclusividade, admitindo que um mesmo efeito seja alcançado, com consequências similares, por vectores diferentes. 4) Adquirem um sentido próprio apenas num conjunto móvel de complementações e delimitações e requerem, para a sua realização, um concretizar através de subprincípios e valores singulares, dotados de conteúdo material próprio. Cf. MENEZES CORDEIRO, *Princípios gerais de Direito*, Enc. Pólis 4 (1986).

II. A doutrina geral do Direito teria dificuldades em apresentar-se apenas na base de normas e de princípios. Qualquer decisão jurídica concreta, por simples que se apresente, é sempre fruto de modelos de decisão que integram numerosas normas e princípios, em articulação mútua.

Além disso, verifica-se que a norma, essencialmente analítica, tem um âmbito de aplicação muito restrito; qualquer disciplina jurídica, a ser descrita na base de normas, implicaria toda uma antecipação do seu regime regulativo. O princípio, por seu turno, ainda que de lata aplicação, apresenta-se muito abstracto: apenas utilizando conjunções múltiplas é possível exprimir um mínimo de conteúdo prescriptivo. Um estudo baseado em princípios – e apenas em princípios – descambaria com facilidade num conjunto de trivialidades, sem projecção dogmática.

Estas dificuldades podem ser superadas com recurso a um instrumento jurídico conhecido, ainda que pouco trabalhado pela Ciência do Direito: o instituto jurídico 1016.

O instituto jurídico é um conjunto concatenado de normas e de princípios que permite a formação típica de modelos de decisão.

III. A noção proposta requer algumas complementações.

O instituto não é um modelo de decisão: ele apresenta-se, com efeito, ainda como uma realidade demasiado abstracta para acompanhar, com precisão mínima, a riqueza dos problemas concretos.

O instituto não equivale ao somatório de normas e de princípios que, eventualmente, o compoñham e que possam ser apurados: ele assume qualidades sistemáticas internas, apresentando uma riqueza que supera a soma das parcelas.

O instituto não implica a definição ou a consciência de todos os seus componentes: ele pode ser indicado em termos integrados, através de um núcleo figurativo central e de elementos periféricos mais precisos.

O instituto não é uma instituição ou, pelo menos, não depende do destino ou do sentido que se queira atribuir a tal realidade: o instituto pretende ser, apenas, um instrumento jurídico-científico, posto ao serviço da dogmática jurídica.

O esquema proposto pode ser explanado com recurso a um exemplo.

A propriedade é um instituto. Em termos analíticos descobrem-se, nela, várias normas e princípios; havendo propriedade há, por certo, uma

1016 Cf. CLAUDIUS-WILHELM CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff*, 2ª ed. cit., 50-51, e JOSEF ESSER, *Grundsatz und Norm* (1956), 324 ss.

regra de apropriação privada, um princípio de defesa, um de responsabilidade, um de aquisição e de transmissibilidade e inúmeras normas de conteúdo e limitativas. Ao falar-se na propriedade, exprime-se mais do que somando, apenas, os seus componentes: muitos destes podem, aliás, ficar implícitos ou surgir, mesmo, pressupostos ou desconhecidos.

A propriedade – nesta acepção ampla, e não enquanto direito subjetivo concreto dito “propriedade” 1017 – não é um modelo de decisão: faculta, sim, de modo cómodo, os traços típicos característicos a utilizar, depois, na composição de um número indeterminado de modelos de decisão.

IV. O critério que deve presidir à formação de qualquer instituto é, predominantemente, um critério científico: só faz sentido autonomizar uma certa articulação normativa quando ela apresenta uma unidade interna induzida da múltipla formação de modelos de decisão. Por isso, o instituto comporta normas e princípios articuláveis, que obedecem aos mesmos vectores científicos e que despenhem, no processo de concretização do Direito, um papel harmónico e funcional.

Não deve, no entanto, esquecer-se a dimensão cultural do Direito. Por esta via, os institutos são, muitas vezes, pontos históricos de referência, com os quais os juristas aprendem e se habituam a pensar e que, por isso, se tornam sugestivos. A capacidade comunicativa dos institutos vem, assim, a aumentar ao longo da evolução do Direito: eles podem, desse modo, na linguagem dos juristas, comunicar, com simplicidade e eficácia, um considerável número de dados.

A esta luz devem entender-se os institutos civis: compostos de normas e princípios privados comuns, eles são um instrumento da Ciência Jurídica civil e apresentam-se como um produto da tradição civilística.

V. A ideia de instituto foi utilizada, com êxito, por SAVIGNY: ela exprimiria uma ordenação jurídica pensada e formada de relações da vida, apresentada como realidade orgânica 1018. SAVIGNY não preconiza a sua obtenção pela dedução, mas sim pela contemplação intuitiva da realidade: uma abstracção subsequente conduziria às regras jurídicas.

1017 Portanto: o direito real especial regulado nos artigos 1302.º e seguintes, do Código Civil.

1018 SAVIGNY, *Methodenlehre* cit., 9; cf. LARENZ, *Methodenlehre*, 5ª ed. cit., 14. A noção surgia em GUILHERME MOREIRA, *Instituições* cit., 1, 122, que definia o instituto jurídico como “...sistema de normas que regula um determinado grupo de relações jurídicas”.

A construção savignyana perdeu-se, depois, na evolução conceptualista que se lhe seguiu: a "contemplação" das relações da vida tinha, em si, os germes da gnoseologia apriorística kantiana, de tal modo que conduziu à comum abstracção jurídica. A superação possível, ainda hoje, postula o recurso à evolução da ideia, de cariz hegeliano.

Pode considerar-se que na elaboração conceptualista, o instituto jurídico foi tratado como um conceito geral-abstracção. Para a sua elaboração retira-se, de uma realidade, um certo número de características tidas por comuns a uma série de outras realidades; deste modo, ele representa necessariamente um empobrecimento perante as realidades a retratar¹⁰¹⁹. Os inconvenientes são conhecidos quando, dos conceitos, se pretenda pura e simplesmente retirar um regime: no regresso à realidade através da substituição ou de figuras similares, as qualidades suprimidas pela conceptualização abstracta – logo amputante – vão, na falta de outros esquemas, ser substituídas pelo empirismo, pelo sentimento ou pelo arbítrio.

Mas agora, o instituto jurídico deve ser apreendido como um conceito geral-concreto: ele não é formado pelo estudioso antes existindo, como princípio ou ideia objectiva, imanente às realidades, limitando-se o estudioso a apreendê-lo por meio da razão¹⁰²⁰. Em termos práticos, o conceito geral-concreto não se apresenta através de uma definição abstracta, mas com recurso a uma série marcante de aspectos que brotam da mesma realidade e a ela são reconduzidos.

Os juristas conhecem, na prática, os conceitos-gerais concretos; como exemplifica LARENZ, retomando HEGEL, a propriedade, de difícil definição abstracta, torna-se mais clara quando apresentada com recurso às suas características marcantes: o controlo directo com a coisa, o poder de transformação da coisa, o da exclusão de quaisquer terceiros, etc.¹⁰²¹. O artigo 1305.º é, disso, um exemplo excelente.

¹⁰¹⁹ O empobrecimento é tanto maior quanto mais vasta for a realidade subjacente, a integrar no conceito – o que faz baixar o número de requisitos compartilhados. A extensão e a compreensão de um conceito estão, de facto, numa relação de proporcionalidade inversa.

¹⁰²⁰ GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL, *System der Philosophie I – Die Logik* (1830) = *Sämtliche Werke*, publ. H. GLOCKNER (1929), §§ 163 e 164 (358 ss. e 361 ss.). Vide, sobre o tema, LARENZ, *Methodenlehre*, 5ª ed. cit., 440 ss.

¹⁰²¹ LARENZ, *Methodenlehre*, 5ª ed. cit., 443.

104. Justificação

I. A justificação para o recurso a *institutos* na apresentação da doutrina geral do Direito civil advém – ou advirá – de quanto acima foi dito. Com as precisões seguintes.

A situação jurídica constitui a peça fundamental do Direito realizado – isto é, do Direito em sentido próprio. A sua riqueza impede, no entanto, uma comunicação viável: o Direito não pode ser ministrado a nível de situação, sob pena de empirismo ou de incomunicabilidade.

Os princípios jurídicos apresentam-se demasiado abstractos ou vagos para possibilitar todo um regime que implicaria aliás, desde logo, o recurso, também, a normas.

As meras descrições não alcançam relevo científico e têm utilidade questionável.

II. As críticas feitas à parte geral dos códigos de inspiração germânica deixam clara a necessidade de se proceder a uma apresentação geral da dogmática civil, antes de penetrar no Direito positivo. A leitura das múltiplas tentativas feitas nesse sentido¹⁰²² deixa entender uma deficiência na instrumentação utilizada. Não basta recorrer a situações jurídicas; por seu turno, o apelo a princípios ou a descrições manifesta-se insatisfatório.

Como proposta de solução para o que se apresenta como um problema de construção científica e de explanação didáctica sugere-se o instituto, na acepção acima preconizada.

O instituto filia-se no que pensamos ser a actual metodologia jurídica, com o primado do caso, com a unidade do processo de realização do Direito e com a assunção da síntese entre racionalidade e cultura que enforma a Ciência jurídico-civil. Além disso, ele comporta potenciais bastantes para superar o conceptualismo¹⁰²³ numa via que deu provas históricas de adequação.

III. As considerações acima efectuadas, a nível micro-jurídico, sobre o potencial interno dos institutos, entendidos como conceitos gerais-concretos, podem ser extrapoladas para o próprio plano global do Direito civil.

¹⁰²² Assim, MOTA PINTO, *Teoria geral*, 3ª ed. cit., 71 ss. e CARVALHO FERNANDES, *Teoria geral* cit., 1, 3ª ed. cit., 68 ss. CAPELO DE SOUSA, *Teoria geral* cit., 1, 45 ss., chega a uma enumeração de treze princípios.

Já com elementos mais integrados, RAMM, *Einführung* cit., 1.º vol., G 18 ss.

Ao traçar uma dogmática geral assente em institutos está-se a indagar a ideia objectiva do Direito civil, a ele imanente e expressa nos seus traços mais característicos.

Não se enjeita a possibilidade, aberta pelos estudos de CLAUDE WILHELM CANARIS, de elaborar um sistema de Direito civil, apoiada numa articulação de princípios teleologicamente entendida, ainda que com limitações internos e externos.

Mas o sistema é uma tarefa, um utensílio, sempre presente e actante, que não faria sentido apresentar acabado. Não teria manuseamento possível, pela vastidão dos seus elementos e pelo número infinito de combinações que sempre possibilitaria.

Como produto da Ciência, o sistema pressupõe um prévio conhecimento da realidade. Tal conhecimento postula o domínio do regime jurídico-positivo em causa, o qual é precedido pela apreensão da dogmática para tanto necessária. E neste ponto, como factores exemplares e impressivos, actuam os institutos civis.

105. Sequência

I. A sequência deve ser firmada pelos institutos civis mais relevantes do actual Direito positivo português.

Exclui-se, naturalmente, uma apresentação de todos ou, sequer, da maioria dos institutos vigentes: isso implicaria, sem mérito, uma antecipação de matéria dispersa hoje por várias disciplinas académicas.

Tão-pouco há que recorrer a critérios quantitativos, seja sublinhando os institutos mais referidos na lei civil, seja optando por aqueles que maior número de decisões jurídicas, designadamente judiciais, potenciem.

Relevam, assim, os institutos exemplares que se projectem, mercê das suas próprias características, a partir do espaço jurídico-civil. Na sua determinação intervêm tanto critérios científicos como culturais: eles apresentarão uma particular projecção em termos de resolução jurídica de casos concretos e eles surgirão como realidades vocacionadas para, de um determinado sistema jurídico, apresentarem as características mais marcadas.

II. Na sequência, referir-se-ão, pois, os institutos seguintes:

- a personalidade e a sua tutela;
- a autonomia privada;

- a boa fé;
- a imputação dos danos;
- a propriedade e a transmissão.

Está fora de causa explanar, ainda que de modo sintético, o regime associado a estas realidades; nuns casos, elas corporizam áreas pioneiras do desenvolvimento civil que, nas suas implicações, obrigam a lidar com o conjunto da ordem jurídica privada - o caso da boa fé; noutros, elas correspondem a grandes disciplinas civis, cujo estudo cabal se espraia por outras disciplinas - o caso da imputação dos danos.

Mas estes cinco institutos dão, no seu conjunto e ao que se julga, corpo a uma doutrina geral do Direito civil.

§ 26.º A PERSONALIDADE E A SUA TUTELA

106. A pessoa humana no Direito civil

I. O Direito, enquanto fenómeno histórico e cultural, é uma criação humana, no mais largo sentido dessa ideia: surge como obra humana, é utilizado por pessoas, serve os seus interesses e os seus fins e sofre as vicissitudes que a Humanidade lhe queira imprimir. Neste sentido, a pessoa humana não constitui qualquer instituto jurídico. Ela está presente em cada solução ou em cada norma, mas não integra modelos de decisão específicos que, de modo particular, a tenham em conta.

A referência, no domínio de uma rubrica destinada a analisar institutos gerais, à pessoa humana, visa apreender e comunicar os complexos de normas e de princípios que tenham em vista a realidade "pessoa humana" ou, simplesmente, "pessoa". Ainda aí se torna possível trabalhar com uma acepção ampla: os diversos institutos civis — naturalmente dirigidos a pessoas — podem ordenar-se em função desses destinatários naturais e indispensáveis.

LARENZ/WOLF, a propósito do que consideram o "personalismo ético" como fundamento do BGB, analisam, sucessivamente 1023.

1. A protecção da pessoa;
2. O reconhecimento da pessoa como sujeito;
3. A liberdade de actuação pessoal: autonomia privada e direito subjectivo;
4. A consideração pela solidariedade entre as pessoas;
5. A responsabilidade da pessoa;
6. A tutela da confiança.

Não se duvida de que tais proposições – enquanto comunicarem algo que transcenda a pura generalidade – possam ser analisadas à luz de institutos ligados à personalidade e à sua tutela ou, muito simplesmente, sejam utilizáveis para arquitectar modelos de decisão nos quais participem elementos atinentes à pessoa ¹⁰²⁴.

Interessa, contudo, uma aceção mais restrita. A personalidade humana vai, aqui, relevar enquanto factor de polarização de soluções, isto é, enquanto elemento susceptível de inflectir, induzir ou provocar decisões jurídicas num sentido que, histórica ou comparativamente, poderia ser diverso ¹⁰²⁵.

II. Em termos dogmáticos, uma pessoa é um centro de imputação de normas jurídicas. Nesse sentido, pode ou não haver coincidência entre a pessoa para efeitos de Direito e a pessoa enquanto indivíduo da espécie *homo sapiens*; o assunto será considerado a propósito das pessoas. Mas desta feita, trata-se de pessoa em sentido biológico.

O papel da pessoa (biológica) é directo, desde logo, na própria dogmática; tende a haver uma correspondência entre ela e os centros de imputação de normas jurídicas, directa ou instrumentalmente, em moldes que, com facilidade, se deixam antever. Todavia, isso não faculta qualquer instituto: a presença de um centro de imputação de normas não equivale, por si, a qualquer modelo de decisão. Mas para além desse (e de muitos outros) aspectos genéricos, a pessoa (biológica) conduz ao aparecimento de verdadeiros institutos, portanto a conjuntos articulados de normas e de princípios que permitam a figuração de modelos de decisão típicos.

III. Na base dos institutos ligados à pessoa, encontram-se as situações jurídicas de personalidade, a entender como as que, de modo directo, se prendam a bens de personalidade, quer impondo condutas que lhes digam respeito (deveres de personalidade) quer permitindo o seu aproveitamento (direitos de personalidade).

¹⁰²⁴ Considerados em si mesmos, eles não poderiam facultar tal dimensão. Repare-se que a decisão tomada a favor de uma pessoa – p. ex., o cumprimento de um contrato ou o respeito pela propriedade – tende sempre a ser uma decisão contra outra pessoa.

¹⁰²⁵ Aponta-se, assim, para uma certa relativização desta problemática, o que não deixa, também, de corresponder à realidade: a propósito da pessoa, considera-se um aspecto (e não o outro) porque, num momento histórico antecedente, ele não foi reconhecido ou porque, na própria época em causa, ele é contestado, inobservado ou está em perigo.

Como será retomado, a opção por um ou por outro dos dois esquemas figurativos de situações tem muito de linguístico; por exemplo, tanto daria recordar a proibição de matar como sublinhar o direito à vida. Mas na realidade, ela encobre importantes vectores culturais e mesmo políticos: a referência a situações de personalidade pelo prisma permissivo, dando uma feição de disponibilidade à protecção conferida, alarga-lhe, extraordinariamente, o âmbito: pela técnica própria da jussubjectivação, o recurso a um direito obriga, desde logo, todos ao seu respeito.

O primeiro instituto – ou subinstituto – ligado à personalidade humana e à sua tutela é, deste modo, o das situações de personalidade onde ávulta, na actualidade, a categoria dos direitos de personalidade ¹⁰²⁶.

IV. A ideia de direito de personalidade – como tantas vezes ocorre com as noções mais evidentes que, por isso, requerem um maior esforço de abstracção – surgiu tardiamente na dogmática jurídica ¹⁰²⁷. A sua definição é algo circular; cite-se OTTO VON GIERKE:

Chamamos direitos de personalidade aos direitos que concedem ao seu sujeito um domínio sobre uma parte da sua própria esfera de personalidade. Com este nome, eles caracterizam-se como “direitos sobre a própria pessoa” distinguindo-se com isso, através da referência à especialidade do seu objecto, de todos os outros direitos... Os direitos de personalidade distinguem-se, como direitos privados especiais, do direito geral da personalidade, que consiste na pretensão geral, conferida pela ordem jurídica, de valer como pessoa. O direito de personalidade é um direito subjectivo e deve ser observado por todos ¹⁰²⁸.

Ficam, pois, abrangidos direitos que recaem sobre bens pessoalíssimos, como o direito à vida, à integridade física, à imagem ou ao nome.

A evolução posterior sedimentaria os direitos de personalidade como uma figura civil ¹⁰²⁹ a qual, incluída na parte geral dos códigos de tipo

¹⁰²⁶ A presente rubrica é meramente introdutória; o tema é aprofundado no presente *Tratado* IV/3, 29 ss., com bibliografia.

¹⁰²⁷ Cf. ROBERT SCHEYHNG, *Zur Geschichte des Persönlichkeitsrechts im 19. Jahrhundert*, AcP 138 (1959/60), 503-525 com elementos pandectísticos e HANS HATTENHAUER, *Grundbegriffe des bürgerlichen Rechts* (1982), 12 ss.

¹⁰²⁸ OTTO VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht* 1 (1895), 702-703, transcrito também em HATTENHAUER, *Grundbegriffe* cit., 13.

¹⁰²⁹ SCHWERTNER, *Das Persönlichkeitsrecht in der deutschen Zivilrechtsordnung* (1977) 79 ss., quanto à situação actual. Entre nós, o desenvolvimento mais notável deve-se, ainda, a PAULO CUNHA, *Teoria geral de Direito civil* (ed. 1971-72), 111 ss..

germânico, integra o elenco positivo da parte geral do Direito civil: a seu tempo compete estudá-la. Anote-se apenas, desde já, que ela não deve ser reduzida a um somatório de direitos subjectivos, antes abrangendo, em geral, diversas situações jurídicas: opera como elemento paradigmático de uma disciplina objectiva: o *Direito da personalidade*.

V. Uma tendência constante em toda a evolução recente da tutela da personalidade humana exprime um alargamento dos institutos destinados a prosseguí-la.

Os direitos de personalidade apenas traduzem, em termos descritivos, um núcleo basilar de bens pessoais juridicamente reconhecido. Mas a pessoa humana é bem mais rica, promovendo novos e variados meios dogmáticos para a sua defesa e requerendo círculos alargados de influência para a sua realização. Todo o Direito privado se ordena nessa linha. Certas figuras acusam, no entanto, a sua presença em moldes mais directos, havendo, pois, que lhe fazer uma particular referência. São eles:

- os direitos fundamentais;
- a responsabilidade patrimonial;
- os danos morais;
- a família.

Tal a sequência.

107. A eficácia civil dos direitos fundamentais

I. Os *direitos fundamentais* são posições jurídicas atribuídas pela *Constituição*, com particular solenidade¹⁰³⁰. O seu critério é o da *fonte* da sua atribuição. A esta luz, e de acordo com CASTRO MENDES, cabe distingui-los de outras figuras que, com eles, aparecem estreitamente ligados¹⁰³¹:

- os *direitos de personalidade*, que se reportam aos bens de personalidade (critério do objecto);
- os *direitos originários*, que resultam da própria natureza do homem e que o Direito se limita a reconhecer (critério da pré-positividade);

¹⁰³⁰ Com outras indicações, cf. o presente *Tratado* I/3, 86 ss.

¹⁰³¹ Cf. JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direitos, liberdades e garantias — alguns aspectos gerais*, em *Estudos sobre a Constituição*, 1 (1977), 93-107 (107) e *Teoria Geral do Direito civil*, 1.º vol. (1978, reimpr. 1986), 310-311. Foram introduzidas algumas alterações no modo de referenciar os respectivos critérios.

- os *direitos do homem*, que aparecem por serem próprios de qualquer pessoa, onde quer que ela se encontre (critério da titularidade);
- os *direitos personalíssimos*, que se caracterizam por não poderem ser transferidos (critério da intransmissibilidade);
- os *direitos pessoais* — nesta acepção — que têm natureza não patrimonial (critério da patrimonialidade).

A Constituição de 1976 compreende, na verdade, uma Parte I — *Direitos e deveres fundamentais*, onde sobressaem dois títulos: o II — *Direitos, liberdades e garantias* e o III — *Direitos e deveres económicos, sociais e culturais*.

O conjunto de figuras aí abrangido é extenso e variado¹⁰³².

II. Os *direitos fundamentais* dobram uma série de figuras que disfrutam de protecção noutros níveis, designadamente no civil. A sua natureza reparte-os por várias disciplinas, que vão desde o Direito de personalidade ao Direito processual penal¹⁰³³, ao Direito público e ao Direito do trabalho, quando se atente na materialidade dos bens neles em jogo, ou na substancialidade das soluções que propiciem.

Eles relevam aqui, no entanto, por razões de tipo formal.

Em termos históricos e dogmáticos, os direitos fundamentais traduzem posições da pessoa contra o Estado¹⁰³⁴. Na sua grande maioria, eles eram já conhecidos muitos antes de se falar em Direito constitucional; a novidade residuiu pois na sua referência com uma particular solenidade, por forma a procurar controlar o Estado e o poder político.

¹⁰³² Quanto aos direitos fundamentais vide os múltiplos escritos de JORGE MIBANDA, entre os quais: *Direito constitucional/Direitos fundamentais* (1984), *Direitos fundamentais* (1987) e *Direitos fundamentais na ordem constitucional portuguesa*, Revista Española de Derecho Constitucional, 6 (1986), 107-138, *Direitos fundamentais/Introdução geral* (1989) e *Manual de Direito constitucional*, IV — *Direitos fundamentais*, 3.ª ed. (2000).

¹⁰³³ Cf. MARIA FERNANDA PALMA (org.), *Jornadas de Direito processual penal e direitos fundamentais* (2004).

¹⁰³⁴ Liderante na superação desta ideia, BVerfG 15-Jan.-1958, BVerfGE 7 (1958), 198-230. Trata-se de uma posição já conhecida e, depois, mantida pela jurisprudência de trabalho; assim BAG 3-Dez.-1954, BAGE 1 (1955), 185-196 (187 e 193) (onde foi considerado legítimo o despedimento de um trabalhador por uso de autocollantes políticos, por se entender que a liberdade de expressão não joga apenas contra o Estado, mas sim contra todos) e BAG 29-Jun.-1962, BAGE 13 (1964), 168-182 (onde a mesma afirmação é feita a propósito da liberdade de associação).

A preocupação de bem delimitar o Estado nas suas funções levou ao alargamento dos catálogos consagrados aos direitos fundamentais: a experiência mostra que meras referências vagas ou de princípio podem mais facilmente ser contornadas, sobretudo pelo legislador ordinário. Além disso, foram engendrados traços especiais para o seu regime, no plano constitucional, com relevo para a aplicabilidade directa – artigo 18.º da CR – numa conjunção que, no essencial, visa conter o legislador ordinário – assim, os seus n.os 2 e 3 1035.

O que mais não fora, a princípio, do que uma mera técnica de formulação e de eficácia orgânica de certos direitos subjectivos acabaria por ganhar uma relevância substantiva. Por duas vias:

- pela própria completeza da análise constitucional;
- pelo peso argumentativo que a presença, no texto constitucional, facultava a certos factores jussubjectivos.

Os direitos fundamentais – designadamente quando sejam direitos de personalidade, mas não necessariamente – alcançam, na sua formulação constitucional, um nível de pormenor que escapa, em regra, aos correspondentes ramos substantivos. No que toca ao Direito da personalidade (civil), tudo se perde em pouco mais do que formulações genéricas como as do artigo 70.º do Código Civil. Num efeito de retorno, eles facultam, pois, aos civilistas, instrumentos de análise de inegável utilidade que, por proporcionar um melhor conhecimento, não devem ser esquecidos.

A possibilidade de, em modelos de decisão, incluir argumentos dotados de cobertura constitucional pode influenciar decisivamente a solução concreta, ao abrigo de esquemas como os da interpretação conforme com a Constituição¹⁰³⁶ ou equivalentes¹⁰³⁷.

¹⁰³⁵ Ao dispor de modo expresso que os direitos fundamentais são directamente aplicáveis, a Constituição pretendeu não os colocar na dependência do legislador ordinário, mas sem tomar posições dogmáticas sobre construções jurídico-científicas. Quanto ao referido artigo 18.º da CR, cf. G. CANOTILHO/V. MOREIRA, *Constituição anotada*, 3.ª ed. (1993), 144 ss. e JORGE MIRANDA, *O regime dos direitos liberdades e garantias*, em *Estudos sobre a Constituição*, III (1979), 41-102 (77 ss.).

¹⁰³⁶ Referimos, por todos, JÖRN LÖDEMANN, *Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*, Jus 2004, 27-30. A própria Constituição deve, em momento prévio, ser interpretada, então se impondo alguns cânones; cf. MARTIN BULLINGER, *Fragen der Auslegung einer Verfassung*, JZ 2004, 209-214.

¹⁰³⁷ Quanto ao alcance, dessa “interpretação” cf., com indicações, o *Manual de Direito do Trabalho* cit., 154 ss.. Há numerosa jurisprudência do nosso Supremo que, a

III. Obtém-se, assim, uma ideia de penetração civil dos direitos fundamentais: estes facultam um estudo analítico e uma redobrada protecção de certas figuras civis tradicionais.

A referência a uma eficácia perante terceiros, eficácia reflexa, eficácia privada ou simplesmente, eficácia civil dos direitos fundamentais ganharia dimensões substantivas renovadas, ao propiciar soluções diferentes.

O fenómeno pode analisar-se em dois planos:

- o da sua penetração dogmática;
- o do seu alcance material.

A penetração dogmática dos direitos fundamentais no Direito civil poder-se-ia dar de modo directo 1038 ou através da concretização de certos indeterminados 1039: no primeiro caso, ela passaria desde logo dos textos fundamentais às decisões civis; no segundo, ele contribuiria para precisar, em casos concretos, princípios como os da boa fé ou dos bons costumes.

O seu alcance material permite-lhe passar por três fases:

- a das pretensões contra o Estado por acções deste que conduzissem à sua violação 1040, os direitos fundamentais assegurariam um espaço livre da ingerência estadual;

propósito de conflitos de direitos, apela a direitos de personalidade ou a direitos fundamentais, para decidir. Assim e como exemplos: STJ 27-Mai.-1997 (CARDONA FERREIRA), CJ/Supremo V (1997) 2, 102-105 (104/II), RCB 8-Jul.-1997 (FRANCISCO LOURENÇO), CJ XXII (1997) 4, 23-26 (25/II), REV 2-Out.-1997 (MOTA MIRANDA), CJ XXII (1997) 4, 275-277 (276/II), REV 16-Out.-1997 (MOTA MIRANDA), *idem*, 278-279, RPI 2-Fev.-1998 (SIMÕES FREIRE), CJ XXIII (1998) 1, 203-207 (206/II), STJ 6-Mai.-1998 (FERNANDES MAGALHÃES), CJ/Supremo VI (1998) 2, 76-78 (77/II) = BMJ 477 (1998), 406-411 (411), STJ 2-Jun.-1998 (FERNANDO FABIÃO), CJ/Supremo VI (1998) 2, 106-108 (107/II), STJ 22-Out.-1998 (NORONHA NASCIMENTO), CJ/Supremo VI (1998) 3, 77-79 (78/II) = BMJ 480 (1998), 413-418, RPI 8-Mar.-1998 (MANUEL GONÇALVES FERREIRA), CJ XXIV (1999) 2, 177-180, RLx 15-Jun.-1999 (BETTENCOURT FARIA), CJ XXIV (1999) 3, 115-117 (117/II) e RLx 14-Out.-1999 (CATARINA MANSO), CJ XXIV (1999) 4, 125-127 (127/II). Outras indicações constam deste *Tratado*, I/3, § 6.º.

¹⁰³⁸ HANS CARL NIPPERDEY, *Grundrechte und Privatrechte*, FS Molitor (1962), 17-33 (26).

¹⁰³⁹ PAUL MIKAT, *Gleichheitsgrundsatz und Testierfreiheit*, FS Nipperdey I (1965), 581-604 (590) e HARALD BOGS, *Die Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts* (1966), 137.

¹⁰⁴⁰ RÜDIGER BREUER, *Grundrechte als Anspruchsnormen*, FG 25. BVerwG (1978), 89-119 (89 e 95 ss.).

- a das pretensões contra o Estado por omissões deste que facultem a violação dos direitos fundamentais por terceiros - *maxime* por outros particulares¹⁰⁴¹; o espaço assegurado livre contra o Estado não poderia ser invadido por terceiros;
- a das pretensões contra terceiros - *maxime* particulares - por acções que contundam com os direitos fundamentais: é a sua eficácia reflexa ou civil¹⁰⁴².

Em nome desta eficácia civil, foram tomadas decisões tais como:

- o director da casa de imprensa de Hamburgo lança uma campanha de boicote a um filme dirigido por um realizador implicado em campanhas anti-semitas nazis; condenado civilmente, ele viria, no entanto, a ser ilibado pelo tribunal constitucional, que entendeu ter ele agido nos domínios da livre exteriorização do pensamento, garantidos pela lei fundamental¹⁰⁴³;
- um marido move contra a mulher uma acção de divórcio: casara quando ela professava certa religião, igual à dele; ora, supervenientemente a mulher veio a converter-se a determinado credo religioso, descurando a casa e a educação dos filhos; apesar de se terem demonstrado esses factos, veio-se a entender que a mulher agira nos termos da sua liberdade religiosa, não se justificando o divórcio¹⁰⁴⁴.

1041 JÜRGEN SCHWABE, *Bundesverfassungsgericht und "Drittwirkung" der Grundrechte*, AöR 100 (1975) 442-470 (443 ss.). Cf. DIETER FLOREN, *Grundrechtsdogmatik in Vertragsrecht/Spezifische Mechanismen des Grundrechtsschutzes gegenüber der gerichtlichen Anwendung von Zivilrecht* (1999), 19 ss. e LARENZ/WOLFF, *Allgemeiner Teil*, 9ª ed. cit., 88-90.

1042 Esta posição tende a ser adoptada pelos autores que defendem a actuação directa dos direitos fundamentais, já que estes se apresentariam como absolutos; cf. além de NIPPERDEY *supra* cit., autores como LAUFKE, LEISNER e RAMM, citando diversa jurisprudência; cf. HÖNNER, *Allgemeiner Teil* cit., 59. Trata-se de uma posição particularmente criticada por CLAUDIUS-WILHELM CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht*, AcP 184 (1984) 201-246 (204 ss.).

1043 BVerfGE 15-Jan.-1958, BVerfGE 7 (1958), 198-230. Os tribunais constitucionais assumem, assim, um papel importante neste tipo de concretização; cf. UWE DIEBICHSEN, *Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht - ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre*, AcP 198 (1998), 171-260 (172 e 199 ss.).

1044 BGH 24-Out.-1962, BGHZ 38 (1963), 317-322 (319-320, 325 e 332). Cf. já BGH 6-Abr.-1960, BGHZ 33 (1961), 145-163 (145 e 150), onde se afirmara também a liberdade de consciência, a propósito de opções religiosas.

- um chefe de orquestra é despedido por actuação contrária ao (bom) gosto da entidade empregadora; o despedimento é considerado ilícito por se entender que ele actuara ao abrigo da sua liberdade de criação artística¹⁰⁴⁵.

IV. A eficácia civil dos direitos fundamentais tem levantado dúvidas crescentes na doutrina; não lhe será estranho o facto de se ter chegado a patentes exageros, nesse domínio¹⁰⁴⁶. Designadamente, ela foi utilizada:

- para restringir áreas de liberdade: uma pessoa não poderia, por hipótese, prejudicar ou diferenciar, num testamento, as beneficiárias (femininas), por contundir contra a não-discriminação das pessoas em função do sexo, garantida na Constituição;
- para justificar o incumprimento das obrigações: as pessoas poderiam eximir-se ao acatamento de certos deveres em nome da sua liberdade de consciência; por exemplo, o médico ou o enfermeiro assalariados poderiam recusar-se a colaborar em práticas de interrupção da gravidez ou o trabalhador de confissão judaica recusar-se a trabalhar ao sábado, etc.¹⁰⁴⁷.

Ora se em casos-limites a eficácia civil dos direitos fundamentais não ofereceria dificuldades - até como expressão dos meros direitos (civis) de personalidade - algumas das consequências a que conduz obrigam a reponderar o fenómeno, limitando-o a uma mera eficácia mediata¹⁰⁴⁸.

1045 BAG 15-Ag.-1984, BAGE 46 (1986), 163-174 (173).

1046 Cf. PAWLOWSKI, *Allgemeiner Teil*, 5ª ed. cit., 74 e, em particular, o citado estudo de CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht*, com resposta em JÜRGEN SCHWABE, *Grundrechte und Privatrecht*, AcP 185 (1985), 11-8 e réplica em AcP 185 cit., 9-12.

1047 Cf., entre outros, BOSCH/HABSCHEID, *Vertragspflicht und Gewissenskonflikt*, JZ 1954, 213-217, A. BLOMEYER, *Gewissensprivileg im Vertragsrecht?*, *idem*, 309-312 e F. WIEACKER, *Vertragspflicht und Gewissenskonflikt*, JZ 1954, 213-217, A. BLOMEYER, *Gewissensprivileg im Vertragsrecht?*, *idem*, 309-312 e F. WIEACKER, *Vertragsbruch aus Gewissensnot*, *idem*, 466-468, HORST KAUFMANN, *Die Ehre der entgegenstehende Gewissenspflicht*, AcP 161 (1962), 289-316 (313 ss.) e HEINRICH HIEFFTER, *Auswirkung der Glaubens- und Gewissensfreiheit im Schuldverhältnis* (1968), 60 ss.. Entre nós, vide JOSÉ LAMEGO, "Sociedade aberta" e liberdade de consciência - O direito fundamental de liberdade de consciência (1985).

1048 Götz Hueck, *Der Grundsatz der gleichmässigen Behandlung im Privatrecht* (1958), 100-105 e CANARIS, *Grundrechte* cit., *maxime* 245.

Deve ter-se presente que os direitos fundamentais, na sua efectivação, traduzem com frequência um peso ou um sacrifício para outrem: outros particulares. Esses particulares, ao contrário do próprio Estado, são também titulares de direitos fundamentais. O peso desses direitos deve ser distribuído por toda a sociedade, através do Estado, não podendo concentrar-se numa única pessoa: isso iria, aliás, contra a própria igualdade.

A doutrina tem-se inclinado para admitir apenas a referida eficácia mediata dos direitos fundamentais¹⁰⁴⁹: eles só interfeririam no campo civil através da concretização de conceitos indeterminados – v.g., boa fé ou bons costumes – numa posição já mencionada ¹⁰⁵⁰.

V. As prevenções feitas pela doutrina actual contra uma eficácia civil dos direitos fundamentais têm razão de ser. A actuação do Estado é qualitativamente diferente da das pessoas privadas, não podendo, por isso, ser feitas transposições automáticas. Por exemplo, parece evidente – perante a nossa cultura – que o Estado deve tratar todas as pessoas de modo igual. Mas um particular não está nas mesmas condições: ele poderá, arbitrariamente, escolher contrair com uma ou outra pessoa, sem justificações nem preocupações igualitárias, salvo particulares limites impostos no caso concreto pela boa fé ou pelos bons costumes. Há, pois, que distinguir, sob as construções linguísticas jussubjectivas, o sentido de certos direitos fundamentais: quando dirijam comandos ao Estado, não cabe, deles, extrapolar regras directas para os particulares.

Nos restantes casos, os direitos fundamentais podem ser directamente atendidos, em termos civis, tanto mais que eles apenas tendem a reforçar posições já consagradas, maxime pelo Direito da personalidade. Ainda aí, no entanto, com limitações que lhes restituam o seu verdadeiro sentido normativo e, designadamente:

- com adequação axiológica;
- com adequação funcional.

A adequação axiológica recorda que os direitos fundamentais não acautelam, somente, certos valores; antes o fazem por forma adequada ou, noutro prisma, perante violações que eles considerem adequadas. Apenas nessa dimensão eles podem surtir efeitos civis. Por exemplo, a recusa em celebrar um contrato – maxime de prestação de serviço ou de trabalho –

¹⁰⁴⁹ LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil*, 9ª ed. cit., 89.

¹⁰⁵⁰ Cf. as apreciações críticas de CANARIS, ob. cit., 222 ss..

pode pôr em perigo a vida ou a integridade da outra parte; mas o direito à vida, como fundamental que é, não exige, aqui, a celebração do contrato (em princípio) por não haver adequação axiológica em tal dimensão.

A adequação funcional obriga a atinar nas próprias violações em si: também estas podem situar-se no termo de funções estranhas ao direito fundamental considerado, quer por conflitos de deveres em que este ceda – por exemplo, o soldado na guerra pode matar e, provavelmente, deverá mesmo fazê-lo – quer por simples alheamento ou desconexão – por exemplo, a pessoa que professasse uma religião que proibisse o trabalho não poderia, legitimamente, receber sem trabalhar, em nome da liberdade de consciência.

VI. Os direitos fundamentais têm um papel na argumentação, permitindo tornar mais consistentes soluções apoiadas noutros níveis normativos.

Eles contribuem para a concretização de conceitos indeterminados. Eles admitem, por fim, uma aplicação directa quando o seu sentido normativo, em termos de adequação axiológica e funcional, a tanto dê lugar. Resta acrescentar que esta matéria deve ser acompanhada, com cuidado, pelo Direito civil, em especial quando estude os direitos de personalidade.

108. Os direitos fundamentais no Direito europeu

I. O Direito europeu tem vindo a desenvolver alguns conceitos próprios. Para tanto, utiliza muitas vezes o fundo comum dos diversos ordenamentos, particularmente nas áreas do Direito civil e do Direito constitucional. Nestas condições surgem os direitos fundamentais, contrapostos à categoria das liberdades fundamentais.

Os direitos fundamentais europeus correspondem a uma transposição comunitária da evolução processada depois da II Guerra Mundial, nos diversos países do Ocidente e, em especial, na Alemanha¹⁰⁵¹. Traduzem, no essencial, posições reconhecidas às pessoas, que se prendem à sua pró-

¹⁰⁵¹ CHRISTIAN WALTER, *Geschichte und Entwicklung der Europäischen Grundrechte und Grundfreiheiten*, em DIRK EHLERS (publ.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten* (2003), 1-19 (1 ss.). Como referência, ANDREW CLAPHAM, *Human Rights and the European Community: A Critical Overview* (1991) e ANTONIO CASSESE/ANDREW CLAPHAM/JOSEPH WELER (ed.), *Human Rights and the European Community: Methods of Protection*, 2 volumes (1991).

pria existência, desenvolvimento e dignidade e que devem ser respeitadas, em primeira linha, pelo Estado¹⁰⁵² ou, aqui, pelos Estados-membros¹⁰⁵³.

II. Embora tendo disponíveis os diversos catálogos nacionais¹⁰⁵⁴, o legislador comunitário não logrou, ainda, aprontar a competente enumeração¹⁰⁵⁵. O Parlamento Europeu deliberou, em 8-Abr.-1997¹⁰⁵⁶, a preparação, pela União Europeia, de uma Declaração Europeia dos Direitos Fundamentais. Sem efeitos. Nova deliberação, em 17-Fev.-1998¹⁰⁵⁷: com idêntica ausência de resultados. O Conselho, na Cimeira de Nice, em 7-Dez.-2000, proclamou a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia¹⁰⁵⁸. Esta não se tornou, porém e ainda, num texto efectivamente vinculativo¹⁰⁵⁹. Finalmente, a matéria foi acolhida na Constituição Europeia¹⁰⁶⁰.

III. Apesar dessa falha legislativa, a jurisprudência europeia tem vindo a reconhecer e a aplicar os diversos direitos fundamentais¹⁰⁶¹. O Tribunal de Justiça Europeu deriva a sua competência, nesse domínio, simplesmente do artigo 220.º II do Tratado da União¹⁰⁶²:

1052 DIRK EHLERS, *Die Grundrechte des europäischen Gemeinschaftsrechts*, Jura 2002, 468-477 (468 ss.).

1053 MATTHIAS RUFFERT, *Die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft als Verpflichtete der Gemeinschaftsgrundrechte*, EuGRZ 1995, 518-530.

1054 NAGEL, *Wirtschaftsrecht der Europäischen Union*, 4.ª ed. cit., 61.

1055 LECHNER, *Einführung in das Europarecht*, 2.ª ed. cit., 116.

1056 JOCE 1997 Nr. C-132, 31, de 28-Abr.-1997.

1057 JOCE 1998 Nr. C-80, 43, de 16-Mar.-1998.

1058 JOCE 2000 Nr. C-364, 1-21, de 18-Dez.-2000. De referir a obra colectiva publ. JÜRGEN MEYER, *Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union* (2003), 634 pp., bem como a publ. GIUSEPPE FRANCO FERRARI, *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza* (2001), 275 pp.

1059 Cf. CHRISTIAN CALLIES, *Die Europäische Grundrechts-Charta*, em DIRK EHLERS, *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten* (2003), 447-466 e *Die Charta der bindlichkeit*, EuZW 2001, 261-268 (267).

1060 Cf. o *Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa*, artigos II-61.º a II-65.º, na ed. ANA MARIA GUERRA MARTINS/MIGUEL PRATA ROQUE (2004), 80-81.

1061 HANS-WERNER RENGELING, *Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft/Bestandnahme und Analyse der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Schutz der Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze* (1993), 11 ss. e *passim*.

1062 Cf. a prenot. de CHARLOTTE GAITANIDES aos artigos 220.º a 245.º, no VON DER GROEBEN/SCHWARZE, *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 4.º vol. (2004), 298 ss.

No âmbito das respectivas competências, o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Primeira Instância garantem o respeito do Direito na interpretação e aplicação do presente Tratado.

A propósito de diversos casos concretos, o Tribunal tem vindo a concretizar importantes direitos fundamentais, muitos deles direitos de personalidade, com o maior relevo. De entre os direitos fundamentais reconhecidos pelo Tribunal de Justiça, passamos a enumerar:

- a dignidade da pessoa¹⁰⁶³;
- o direito de propriedade¹⁰⁶⁴;
- a liberdade geral de comércio¹⁰⁶⁵;
- a liberdade de emprego e de ocupação económica¹⁰⁶⁶;
- a liberdade de associação¹⁰⁶⁷;
- a inviolabilidade do domicílio¹⁰⁶⁸;
- o respeito pela esfera privada¹⁰⁶⁹;
- a protecção de dados pessoais¹⁰⁷⁰;
- a liberdade religiosa¹⁰⁷¹;
- a tutela da família¹⁰⁷²;

1063 TJEU 30-Abr.-1996 (P/S.), Proc. 13/94, EuGHE 1996, I, 2159-2167 (2165, n.º 22, com referências a uma discriminação atenuada da dignidade e da liberdade).

1064 TJEU 13-Dez.-1979 (Liselotte Haue), Proc. 44/79, EuGHE 1979, 3727-3729 (3728, n.º 4). Cf. RENGELING, *Grundrechtsschutz* cit., 30 ss.; CHRISTIAN CALLIES, *Eigenumsgrundrecht*, em DIRK EHLERS, *Europäische Grundrechte* (2003) cit., 381-397.

1065 TJEU 21-Mai.-1987 (Walter Rau), Proc. n.º 133 a 136/85, EuGHE 1987, III, 2334-2344 (2339, n.º 19).

1066 TJEU 13-Dez.-1979 (Liselotte Haue), Proc. 44/79 cit., 3729 (n.º 7). Cf. MATTHIAS RUFFERT, *Grundrecht der Berufsfreiheit*, em DIRK EHLERS, *Europäische Grundrechte* (2003) cit., 364-380. Cf. RENGELING, *Grundrechtsschutz* cit., 58 ss.

1067 TJEU 15-Dez.-1995 (Bosman), Proc. n.º 415/93, EuGHE 1995, I, 5040-5082 (5065, n.º 79).

1068 TJEU 21-Ser.-1989 (Hoechst AG), Proc. 46/87, EuGHE 1989, 2919-2935 (2924, n.º 17, com a referência de que só se reconhece esse direito a pessoas singulares).

1069 TJEU 8-Abr.-1992 (R.F.A.), Proc. 62/90, EuGHE 1992, I, 2601-2611 (2609, n.º 23).

1070 TJEU 7-Nov.-1989 (Adams), Proc. 145/83, EuGHE 1985, 3557-3593 (3587, n.º 34), surgindo como um dever de sigilo.

1071 TJEU 27-Out.-1975 (Vivien Prais), Proc. 130/75, EuGHE 1975, 3, 1589-1600 (1599, n.º 12/19).

1072 TJEU 18-Mai.-1989 (R.F.A.), Proc. 249/86, EuGHE 1989, 1286-1294 (1290, n.º 11). Cf. RENGELING, *Grundrechtsschutz* cit., 98 ss.

- a liberdade de opinião¹⁰⁷³;
- o princípio geral da igualdade¹⁰⁷⁴.

Surgem, ainda, denominados direitos processuais¹⁰⁷⁵, cuja lista se tem vindo a alargar, na jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu¹⁰⁷⁶.

IV. Os direitos fundamentais comunitários não apresentam uma feição puramente defensiva. Eles vêm inflectir regras comunitárias básicas, dando corpo a desempenhos da União¹⁰⁷⁷. A preocupação de igualizar, também neste nível, os diversos Estados já permitiu que, aos direitos fundamentais europeus, se chamasse o "motor da União"¹⁰⁷⁸.

Trata-se de um aspecto para o qual os estudiosos e os práticos devem estar sempre atentos: ele funciona como um excelente tópico argumentativo.

109. A responsabilidade patrimonial

I. A responsabilidade patrimonial constitui uma importante projecção da ideia básica do reconhecimento da personalidade humana e da sua tutela, que não tem sido considerada pela doutrina, a tal propósito. Ela dá, no entanto, uma importante dimensão da natureza humanista do actual Direito civil e condiciona, de perto, muitas soluções de Direito privado.

¹⁰⁷³ TJE 17-Jan.-1984 (VBVB e VBBE), Procs. n.ºs 43 e 63/82, EuGHE 1984, 19-71 (62, n.ºs 33 e 34: reconhece o direito, mas afasta a sua aplicação *in casu*). TJEI 25-Jul.-1991 (Holanda), Proc. n.º 353/89, EuGHE 1991/I, 4088-4103 (4097, n.º 30).

¹⁰⁷⁴ TJE 25-Nov.-1986 (Klensch), Procs. n.ºs 201 e 202/85, EuGHE 1986, 3503-3512 (3507, n.º 9: "a proibição de discriminação é apenas a manifestação específica do princípio geral da igualdade, que pertence aos princípios fundamentais do Direito comunitário"). TJEI 13-Abr.-2000 (Karlsson), Proc. n.º 292/97, EuGHE 2000-I, 2760-2785 (2775, n.º 39, retomando a fórmula). Cf. RENGELING, *Grundrechtsschutz* cit., 137 ss., THORSTEN KINGREEN, *Gleichheitsrechte*, em DIRK EHLERS, *Europäische Grundrechte* (2003) cit., 398-420.

¹⁰⁷⁵ JÖRG GUNDES, *Verfahrensgrundrechte*, em DIRK EHLERS, *Europäische Grundrechte* (2003) cit., 421-446.

¹⁰⁷⁶ Com indicações, KOENIG/HARATSCH, *Europarecht*, 4.ª ed. (2003), 36.

¹⁰⁷⁷ GÜNTHER HIRSCH, *Gemeinschaftsgrundrechte als Gestaltungsaufgabe*, em KARL F. KREUZER/DIETER H. SCHEUING/ÜLRICH SIEBER, *Europäisches Grundrechtsschutz* (1998), 7-24.

¹⁰⁷⁸ GÜNTHER HIRSCH, *Die Grundrechte in der Europäischen Union*, RdA 1998, 194-200 (200/I).

No fundo, a responsabilidade patrimonial permite responder à questão básica das consequências (civis) do incumprimento. Fã-lo, porém, em termos totalmente condicionados pelo facto de lidar com seres humanos cuja personalidade disfruta, no Direito civil, da maior tutela.

II. Numa posição mais lógico-teórica do que histórica, admite-se que, nas sociedades primitivas, as situações jurídicas fossem acauteladas e protegidas pelos seus próprios titulares, eventualmente auxiliados por familiares, dependentes ou amigos. Por outro lado, perante o incumprimento de deveres, a posição mais simples consistia em fazer sofrer o responsável, seja como modo de o levar a cumprir (efeito compulsório) seja a título de mera retorsão (efeito retributivo). Ainda no tocante ao cumprimento, quando ele não fosse materialmente possível, poderia sê-lo sempre pessoalmente, *maxime* pelo trabalho do responsável, produzido na qualidade de escravo.

Justiça privada e suportação pessoal das consequências do incumprimento seriam pois as antigas regras vigentes na matéria. Contra elas iniciou o Direito uma caminhada secular, até chegar ao regime actual da responsabilidade patrimonial.

III. A evolução pode ser seguida no antigo Direito romano.

A Lei das XII Tábuas tentava já pôr cobro à justiça privada, regulando as consequências pessoais do incumprimento das obrigações. Assim 1079:

- como ponto de partida, a dívida devia ser confessada ou devia verificar-se a condenação judicial do devedor no seu cumprimento; prevenia-se, deste modo, qualquer arbítrio no domínio da existência da própria posição a defender;
- de seguida, havia que esperar trinta dias, durante os quais o devedor tentaria ainda arranjar meios para cumprir;
- decorridos os trinta dias, dava-se a *manus iniection indirecta*: o devedor era preso pelo tribunal (se fosse pelo próprio credor, ela

¹⁰⁷⁹ Cf. SEBASTIAO CRUZ, *Da "solutio" - terminologia, conceito e características, e análise de vários institutos afins*, I - *Épocas arcaica e clássica* (1962) 27 e 55 e *Direito romano*, 1.º vol., 4.ª ed. (1984) 185 ss. e OKKO BEHRENS, *Der Zwölfjahresprozess - Zur Geschichte des römischen Obligationenrechts* (1974), 125 ss.. A matéria subsequente consta da Tábua II, cuja reconstrução pode ser confrontada em SCHÖLL, *Legis duodecim tabularum reliquae* (1864), 122-124 = CORTELLINI, *Leggi delle XII Tavole* (1900), 40-42.

seria *directa*) e, não pagando, era entregue ao credor que o levava para sua casa, em cárcere privado; aí podia ser amarrado, mas devia ser alimentado, conservando-se vivo;

— durante sessenta dias ficava o devedor assim preso, nas mãos do credor, que o levaria consecutivamente a três feiras, com grande publicidade, para que alguém o resgatasse, pagando a dívida; nesse período, ele poderia pactuar com o credor o que entendessem ou praticar o *se nexum dare*, entregando-se nas suas mãos como escravo;

— se passado esse tempo nada se resolvesse, o credor podia tornar o devedor seu escravo, vendê-lo fora da cidade (*trans Tiberim*) ou matá-lo, *partes secanto* (esquartejando-o); havendo vários credores, as *partes* deviam ser proporcionais à dívida; mas se alguém cortasse mais do que o devido, a lei não previa especial punição.

Toda esta minúcia — que chegava ao ponto de fixar o peso máximo das grilhetas com que podia ser preso o devedor e de determinar o mínimo de alimentos que lhe deviam ser dados, enquanto estivesse no cárcere privado — traduzia já, ao contrário do que possa parecer, um progresso importante na caminhada tendente a tutelar a personalidade humana. As pessoas deviam ser tratadas segundo certas regras que asseguravam, pelo menos, a sua sobrevivência.

IV. Novos passos foram dados, ainda no Direito romano. A *Lex Poetelia Papiria de nexis*, de 326 a. C., reagindo a graves questões sociais entretanto suscitadas¹⁰⁸⁰, veio proibir o *se nexum dare* e evitar a morte e a escravidão do devedor.

Depois, admitiu-se que, quando o devedor tivesse meios para pagar, a ordem do magistrado se dirigisse à apreensão desses meios e não à prisão do devedor: pela *missio in possessionem* os bens eram retirados e vendidos, com isso se ressarcindo o credor.

A *Lex Julia* veio prever que o próprio devedor tomasse a iniciativa de entregar os seus bens aos credores — *cessio bonorum* — evitando a intromissão infamante do tribunal.

¹⁰⁸⁰ As peripécias que terão levado à aprovação desta lei podem ser seguidas em *Titus Livius, Ab urbe condita* 2.23 = FOSTER, *Livy in fourteen volumes*, ed. bilingue (1967), 1.º vol., 291-293 e passim; cf. JEAN IMBERT, "Fides" et "nexum", *St. Arango-Ruiz* (1953), 339-363 (342, 343 e 355) e SEBASTIÃO CRUZ, "Solutio" cit., 1, 37, nota 58.

A partir de 491, por decisão do Imperador ZENÃO, a prisão do devedor deixou de ocorrer na casa do credor, processando-se em cadeia do Estado.

A prisão por dívidas manteve-se, depois, por largos séculos: quem não cumprisse as suas obrigações civis era preso até que o fizesse. Em Portugal, ela foi abolida por Lei de 20 de Junho de 1774¹⁰⁸¹ a qual, no seu § XIX, a propósito de arrematações judiciais, mandava que, não tendo o executado mais bens, "...nem os mostrando o credor exequente, ou que o executado os oculta com dolo ou má-fé, mandará nos Autos, que se não prosiga mais na execução".

V. Na actualidade prevalece o regime da responsabilidade patrimonial. O devedor que não cumpre as suas obrigações apenas se sujeita a que sejam apreendidos bens seus — os bens penhoráveis¹⁰⁸² — os quais serão vendidos para satisfação dos credores. Se tais bens não existirem ou forem insuficientes, haverá rateio, ficando todos prejudicados por igual.

Este aspecto não esgota, porém, o domínio da responsabilidade patrimonial. Podemos considerar, mais lámente, que o alcance das diversas prevaricações civis é sempre apenas patrimonial.

Quem violar o direito alheio deve indemnizar — artigo 483.º/1, do Código Civil. Quem não cumprir uma obrigação deve, também, indemnizar — artigo 798.º do Código Civil. E se não o fizer voluntariamente, são apreendidos bens, nos termos acima apontados e regulados no processo executivo.

Ninguém pode ser fisicamente obrigado a fazer seja o que for, no Direito civil. Apenas o património de cada um responde pelas prevaricações — se existir e na medida das suas forças. A responsabilidade patrimonial constitui um grande progresso histórico no domínio do reconhecimento da personalidade humana e da sua tutela.

¹⁰⁸¹ Foi, uma medida pioneira; em França, tal só sucederia em 1867 e na Alemanha, em 1868. Também em Inglaterra ela persistiu ao longo do século XIX, sendo de recordar as críticas que lhe dirigiu CHARLES DICKENS, nos seus romances. Alguns resquícios, já pouco significativos, desse regime, desapareceram com as alterações introduzidas no Código de Processo Civil pelo Decreto-Lei n.º 368/77, de 3 de Setembro. Quanto à Lei de 20 de Julho de 1774, cf. FIGUEIREDO MARCOS, *A legislação pombalina* cit., 148-149.

¹⁰⁸² Cf. artigos 822.º a 824.º-A do Código do Processo Civil; também neste campo se nota o influxo da tutela da personalidade, já que certos bens de uso pessoal e similares não podem ser apreendidos.

Devemos, todavia, alertar para um certo retrocesso que representa uma preocupação actual de eficácia de certos comandos. A introdução das sanções pecuniárias compulsórias (829.º-A), apesar de apenas atingir os patrimónios das pessoas, corresponde, na prática, a uma inversão na regra de que ninguém, no Direito civil, pode ser compelido a fazer seja o que for. Uma vez que a sanção pecuniária compulsória pode ultrapassar em muito o dano efectivamente causado pelo incumprimento, a pessoa pode, de facto, ser obrigada ao facto, em termos correntes. Não há estudos conhecidos que justifiquem tal opção, pelo menos genericamente.

110. Os danos morais

I. O dano corresponde à supressão de uma vantagem, actual ou previsível, atribuída pelo Direito.

O dano moral corresponderia à supressão de vantagens não patrimoniais. O seu reconhecimento, no Direito civil, teria o relevo de conduzir à sua ressarcibilidade¹⁰⁸³: repare-se que dadas as regras da responsabilidade patrimonial, o único caminho que resta perante quem cometa danos morais residirá na exigência de uma indemnização: de outro modo, os bens não patrimoniais ficariam sem protecção sancionatória.

II. A ressarcibilidade dos danos morais provocou dúvidas sérias ao longo da História. Dos artigos 2384.º e 2387.º do Código de SEABRA pretendia retirar-se a sua irressarcibilidade, argumentando-se com a impossibilidade de trocar valores morais por dinheiro e com o "grosseiro materialismo" que a posição inversa implicaria. Com isto, as posições das pessoas ficariam diminuídas: elas apenas valeriam na medida em que fossem de teor económico.

III. Estas concepções arcaicas ainda se reflectiram no Código Civil, apesar de este, em obediência aos ventos históricos, ter admitido a ressarcibilidade dos danos morais. O artigo 496.º/1 limita-se a afirmar:

Na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito.

¹⁰⁸³ Cf. o presente *Tratado IV*, 109 ss..

Não oferece dúvidas o alargamento deste preceito menos consensual¹⁰⁸⁴. O artigo 70.º/1 refere, de modo claro, a protecção legal "...contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral".

Numa evolução que pode ser seguida nas diversas ordens jurídicas¹⁰⁸⁵, é hoje seguro que os danos morais dão lugar a indemnização, ainda que, como é natural, com um alcance meramente compensatório.

A tutela da pessoa assim o exige. A jurisprudência tem considerado, e bem, que as próprias pessoas colectivas podem sofrer danos morais, os quais devem ser ressarcidos¹⁰⁸⁶.

Finalmente: a ressarcibilidade dos danos morais dá corpo a um papel preventivo e dissuasor da responsabilidade civil que, no domínio da defesa da pessoa, tem o maior interesse.

111. A família

I. A família traduz, em Direito, um conjunto de situações relativas a pessoas ligadas entre si por casamento, parentesco, afinidade e adopção – artigo 1576.º do Código Civil. Essas noções vêm definidas nos artigos 1577.º, 1578.º, 1584.º e 1586.º, em termos que não deixam dúvidas.

O Código Civil português, em obediência ao modelo germânico já criticado, separou a matéria das pessoas – artigos 70.º e seguintes – da da família – artigos 1576.º e seguintes. E isso apesar de alguns institutos incluídos na parte geral se reportarem, de modo manifesto, a situações de tipo familiar – por exemplo, artigos 122.º e seguintes, relativos à menoridade. A aproximação desses valores dispersos deve ser doutrinariamente feita.

II. A família, na sequência de dados psicológicos, sociológicos, morais e culturais em que não cabe agora insistir, constitui um alargamento

¹⁰⁸⁴ A jurisprudência tem tido, aí, um papel de relevo; assim, em REv 2-Jul.-1998 (FONSECA RAMOS), CJ XXIII (1998) 4, 255-257, já se considerou (e bem) que o não-uso de uma piscina podia originar danos morais indemnizáveis.

¹⁰⁸⁵ Na ordem jurídica alemã, por exemplo, a evolução processou-se contra a própria letra da lei, o que acabou por levantar o problema da constitucionalidade de interpretação criativa *contra legem*. O Tribunal Constitucional respondeu, porém, pela afirmativa, em BVerfG 14-Fev.-1973, BVerfGE 34 (1973), 269-293.

¹⁰⁸⁶ STJ 17-Nov.-1998 (GARCIA MARQUES), CJI/Supremo VI (1998) 3, 124-130 (127/III).

primordial das esferas das pessoas. Em termos causais, ela antecede-as mesmo, uma vez que, por razões estruturais, os seres humanos dependem, totalmente, durante uma significativa percentagem do seu tempo de vida, da família, nas mais diversas dimensões.

Um reconhecimento da personalidade humana sem o da família não seria possível; impõe-se, pois, a conexão. As consequências dogmáticas desta aproximação estão, ainda, por explorar.

III. Aponta-se, com frequência, uma fragilidade crescente da família. Cada vez mais reduzida, ela tenderia para uma relativa instabilidade. Alguma literatura recente detecta porém, embora com cautela, uma inversão do fenómeno: a coesão familiar estaria a aumentar, ainda que apontando para uma família de tipo diverso¹⁰⁸⁷. Não há, ainda, uma distanciação histórica, que permita conclusões. De todo o modo e um tanto paradoxalmente: a fragilidade da família, a dar-se, vai obrigar a intervenções mais fundas e cuidadas do legislador, para salvar o essencial¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸⁷ Vide FRANCIS FUKUYAMA *The Great Disruption/Human Nature and the Reconstitution of Social Order* (1999, reed., 2000); em português: *A grande ruptura/A natureza humana e a reconstituição da ordem social*, trad. por MÁRIO DIAS CORREIA, 2000.

¹⁰⁸⁸ Cf. BIRGIT NIERMANN, *Aktuelle Entwicklungen im Familienrecht*, MDR 2000, 613-620.

§ 27.º A AUTONOMIA PRIVADA

II.2. Noção e modos de concretização

I. A autonomia privada conhece, em Direito, uma dupla utilização¹⁰⁸⁹.

Em termos amplos, ela equivale ao espaço de liberdade reconhecido a cada um dentro da ordem jurídica: engloba tudo quanto as pessoas podem fazer, num prisma material ou num prisma jurídico.

Em termos restritos, a autonomia privada corresponde ao espaço de liberdade jurídica, isto é, à área reservada na qual as pessoas podem desenvolver as actividades jurídicas que entenderem.

Uma discussão antiga curava de saber se essa liberdade era originária ou derivada: no primeiro caso, ela corresponderia a um dado imane das pessoas, dotadas, por si mesmas, do poder de criar Direito; no segundo, ela ocorreria por concessão do Direito. Várias implicações históricas e metodológicas actuaram neste domínio; a natureza originária da autonomia privada liga-se a um individualismo mais marcado, traduz o domínio do "dogma de vontade" e implica a inclusão no Direito de factores que o transcendem; a sua essência derivada obedece a vectores de realismo mas faculta um positivismo profundo, de feição, por vezes, normativista.

O Direito postula um sistema aberto, interna e externamente, pelo que não tem sentido limitá-lo a hierarquias de fontes, de leis ou de normas. Mas com essa prevenção, surge hoje, como dado irresistível da moderna antropologia e do actual pensamento existencial, o facto de o Direito ser

¹⁰⁸⁹ Quanto à autonomia privada e suas concretizações, cf. JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato/As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual* (1997). Numa aceção mais restrita, pode-se usar a ideia de "negociabilidade" ou "capacidade negocial": a susceptibilidade de concluir livremente negócios jurídicos; cf. HANS-GEORG KNOTHE, no *Ständingers Kommentar BGB* I, §§ 90-133 (2004), prenot. §§ 104-115, Nr. 1 ss. (164 ss.), com indicações e LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil*, 9ª ed. cit., 446 ss.; fica envolvida a capacidade de exercício, num esquema que, entre nós, tem tratamento dogmático autónomo; vide *Tratado IV*, 293 ss.

comunicado e mesmo imposto, pela aprendizagem ou, de modo genérico, por via cultural, do exterior.

A autonomia privada corresponde assim a um espaço de liberdade jurídica atribuído, pelo Direito, às pessoas, podendo definir-se como uma permissão genérica de produção de efeitos jurídicos.

II. A autonomia privada deixa à liberdade humana a prática de factos jurídicos, portanto de ocorrências que, por integrarem previsões normativas, desencadeiam efeitos de Direito. O facto voluntário – portanto o facto cuja ocorrência depende da vontade das pessoas e cujos efeitos se produzem porquanto queridos por essa vontade e na medida em que o sejam¹⁰⁹⁰ – pode enquadrar-se perante duas situações permissivas distintas¹⁰⁹¹:

- a liberdade de celebração;
- a liberdade de estipulação.

Na liberdade de celebração, a autonomia privada permite praticar ou não praticar o acto e, portanto, optar pela presença ou pela ausência de determinados efeitos de Direito, a ele associados.

Na liberdade de estipulação, a autonomia vai mais longe: ela permite optar pela prática do acto e, ainda, seleccionar, para além da sua presença, o tipo de efeitos que se irão produzir.

Quando haja apenas liberdade de celebração, fala-se de actos jurídicos em sentido estrito; havendo liberdade de celebração e de estipulação, surge o negócio jurídico¹⁰⁹².

O alcance dogmático destas contraposições é considerável; a elas haverá que regressar.

III. A autonomia privada pode actuar em planos diversos, assumindo significados distintos.

Em termos formais – e independentemente, portanto, da concreta medida de efeitos que, em cada sociedade, possam por ela ser desencadeadas

¹⁰⁹⁰ Portanto e tendo em vista o contrato: os efeitos produzem-se por força da lei, mas assentando na ideia imaneente de que a palavra será cumprida; cf. CHRISTIAN FRIEDRICH, *Der Vertrag als Rechtsquelle*, ARSP 85 (1999), 348-361.

¹⁰⁹¹ Cf. STJ 9-Jul.-1998 (TORRES PAULO), BMI 479 (1998), 580-590 (584).

¹⁰⁹² Há outros entendimentos; o que figura no texto é tradicional na Faculdade de Direito de Lisboa, devendo-se a PAULO CUNHA. Não há nenhuma vantagem em provocar flutuações terminológicas: não é aí que se aloja o progresso de qualquer disciplina científica.

dados – a autonomia privada corresponde à impossibilidade em que se encontra o Direito de prever todos os efeitos concretos. O Estado ou as outras instâncias de aplicação jurídica não podem fixar, caso a caso, as múltiplas consequências jurídicas do dia-a-dia: há que remeter muitas delas para os vários operadores jurídicos: as diversas pessoas¹⁰⁹³.

Em termos materiais – e implicando já uma reserva considerável de poderes para as pessoas – a autonomia privada liga-se a certas liberdades económicas fundamentais, como sejam a de trabalho e a de empresa. As constituições referem-na, muitas vezes, apenas a este propósito, assim se jogando uma variável político-económica própria de cada sociedade.

Mas a mera existência da autonomia privada, pelas razões formais acima apontadas, não é inócu. Facultando a livre opção de sujeitos, ela introduz, em todo o Direito, uma ideia de liberdade; as consequências não podem deixar de assumir uma feição material¹⁰⁹⁴. Pela positiva, temos a liberdade de agir e, pela negativa, a defesa contra intromissões exteriores¹⁰⁹⁵. Ambos esses aspectos modelam o regime da autonomia privada.

IV. O Direito privado é dominado pela igualdade e pela liberdade. Nesta, assume um papel de relevo a livre produção de efeitos jurídicos.

O papel da autonomia privada, enquanto instituto civil geral, não carece de maiores comentários. Acrescentaremos apenas que a recente evolução das sociedades e do próprio Planeta, num sentido favorável ao mercado e à democracia dá, à autonomia privada, um papel renovado.

113. Áreas de incidência

I. A autonomia privada é um instituto geral de todo o Direito privado. Ela pode ser apresentada como liberdade ou autonomia contratual ou como liberdade ou autonomia negocial, quando tenha em vista a celebração de contratos ou de negócios. Trata-se, porém, da mesma realidade, que vale igualmente como princípio que a sustenta¹⁰⁹⁶.

¹⁰⁹³ Cf. MEDICUS, *Allgemeiner Teil*, 8.ª ed. cit., 74.

¹⁰⁹⁴ Cf. SOUSA FRANCO, *Nota sobre o princípio de liberdade económica*, BMI 355 (1986), 11-40.

¹⁰⁹⁵ JAN SCHAFF, *Über die Freiheit im Recht* cit., 355.

¹⁰⁹⁶ GÜNTHER HÖNN, *Zur Problematik der Privatautonomie*, Jura 1984, 57-74 (57).

del. p. 200
A. P. 200

No entanto, ela apresenta áreas de incidência variável, consoante as opções feitas pelo Direito positivo e os valores em jogo em cada uma delas¹⁰⁹⁷.

II. O domínio por excelência da autonomia privada é o Direito das obrigações. Segundo o artigo 405.º,

1. Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste Código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver.

2. As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei.

Surgem, claras, a liberdade de celebração e a liberdade de estipulação, em termos que abrangem toda a matéria, salvo disposição em contrário. Deste modo, pode considerar-se que as diversas regras do Direito das obrigações tendem a ser supletivas: aplicam-se apenas quando não sejam afastadas pela vontade das partes¹⁰⁹⁸.

O relevo da autonomia privada no Direito das obrigações comunica-se ao Direito comercial e ao Direito do trabalho; neste proliferam contudo regras injuntivas, tal como ocorre nalgumas áreas contratuais (por exemplo, o arrendamento).

III. No Direito da personalidade, a autonomia privada tem o seu lugar: as situações nele em jogo podem ser livremente utilizadas, mas com dois limites:

- a ordem pública deve ser respeitada – artigo 81.º/1 – sendo certo que, neste domínio, ela tenderá a apresentar limites mais vinculados do que nas áreas patrimoniais;
- as limitações voluntárias são sempre revogáveis – artigo 81.º/2 – o que traduz necessariamente um enfraquecimento das disposições autonómicas.

Em Direitos Reais ocorrem, também, certas limitações; para além de proliferarem as hipóteses de actos jurídicos em sentido estrito – portanto,

¹⁰⁹⁷ DIETER MEDICUS, *Abschied von der Privatautonomie?*, FS 30. Münchener Juristischen Gesellschaft (1996), 9-25 (9 ss.).

¹⁰⁹⁸ Para maiores desenvolvimentos, cf. *Direito das obrigações* cit., I, 71 ss.

sem liberdade de estipulação, como no apossamento, na ocupação, no achamento, ou na acessão, artigos 1263.º, a), 1318.º, 1323.º e 1325.º – verifica-se que as diversas figuras reais estão sujeitas a uma regra da tipicidade – artigo 1306.º/1; só são possíveis quando previstas, de modo expreso, por lei¹⁰⁹⁹.

No Direito da família, a autonomia domina, embora com limitações¹¹⁰⁰. Os actos familiares pessoais implicam apenas liberdade de celebração; quando praticados, os efeitos desencadeados são, tão-só, os previstos por lei: por exemplo, o casamento – artigo 1577.º – a perfilhação – artigo 1849.º – o consentimento para adopção – artigo 1981.º – etc.. Os actos familiares patrimoniais apresentam já alguma liberdade de estipulação, pautada embora por numerosas limitações legais – por exemplo, o artigo 1698.º.

No Direito das sucessões, a autonomia privada controla o importante negócio do testamento – artigo 2179.º – que, no entanto, é sempre revogável; a matéria dos pactos sucessórios está, contudo, fortemente limitada – artigos 1699.º/1 e 1700.º e seguintes. A autonomia privada ocorre, ainda, em diversos aspectos¹¹⁰¹.

IV. As limitações à autonomia privada não devem fazer esquecer que ela domina, por definição o Direito privado. Por isso e por extensas que se apresentem, elas nunca chegam a suprimi-la: as diversas situações civis relevantes repousam sempre na liberdade das pessoas. O próprio legislador deve ser sempre cauteloso, quando imponha limites, perguntando-se qual o sistema alternativo possível¹¹⁰².

¹⁰⁹⁹ Cf. HERBERT LESSMANN, *Die willentliche Gestaltung von Rechtsverhältnissen im BGB/Inhalt und Grenzen des Parteivollens bei der Willenserklärung*, JA 1983, 341-346 e 403-408 (344/II).

¹¹⁰⁰ Vide PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Autonomia da vontade e negócio jurídico em Direito da família (Ensaio)* (1986), 20 e passim. RITA LOBO XAVIER, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre cônjuges* (2000), 113 ss. e passim, LESSMANN, *Die willentliche Gestaltung* cit., 403/II e BARBARA DAUBNER, *Reichweite und Grenzen der Privatautonomie im Ehevertragsrecht*, AcP 201 (2001), 295-332 (296) ss..

¹¹⁰¹ Cf. LESSMANN, *Die willentliche Gestaltung* cit., 405/II e CAPELO DE SOUSA, *Teoria geral* cit., I, 63-64.

¹¹⁰² Vide MEDICUS, *Abschied von der Privatautonomie?* cit., 24-25.

114. Tendências actuais

I. O desenvolvimento das sociedades no período pós-industrial tem provocado várias críticas às estruturas liberais, promovendo múltiplas limitações à autonomia privada. Tal sucede por via jurídica, designadamente nas áreas sensíveis do arrendamento e do trabalho; mas isso acontece, ainda, no simples plano dos factos, onde por razões práticas ou de mera opção dos sujeitos mais poderosos, a liberdade jurídica se cife na (livre) submissão a esquemas pré-estabelecidos¹¹⁰³. O Direito interveio estabelecendo esquemas de controlo interno¹¹⁰⁴ (portanto: quanto às concretas soluções fixadas pelas partes) e de controlo externo¹¹⁰⁵ (portanto: em que condições se contratou).

Esta evolução obriga a perguntar pelo futuro da autonomia privada e pela sua própria situação actual¹¹⁰⁶.

II. A existência – e mesmo ampliação – de limites não deve fazer perder de vista o essencial. Muitas vezes, a autonomia privada torna-se perceptível justamente pela contraposição dos limites que lhes sejam impostos; de outro modo, ela passaria despercebida na massa informe de um jogo sem regras.

Além disso, verifica-se que as dificuldades práticas por vezes colocadas à autonomia privada promovem seja medidas jurídicas tendentes à sua preservação – por exemplo, as regras atinentes às cláusulas contratuais gerais, abaixo estudadas – seja uma transposição para níveis colectivos – por exemplo a autonomia laboral colectiva, ao abrigo do qual sindicatos e associações de empregadores celebram convenções colectivas de trabalho¹¹⁰⁷. A autonomia privada enriquece-se, assim, com novas manifestações, quando contradição. Além disso, ela tenderá a associar-se a uma ideia de auto-responsabilidade¹¹⁰⁸. No fundo, o principal limite imposto à autonomia privada resulta das autonomias dos outros¹¹⁰⁹.

¹¹⁰³ Cf. *infra*, 593 ss..

¹¹⁰⁴ ULRICH KNOBEL, *Wandlungen im Verständnis der Vertragsfreiheit* (2000), 51 ss..

¹¹⁰⁵ KNOBEL, *Wandlungen cit.*, 73 ss..

¹¹⁰⁶ Vide MEDICUS, *Abschied von der Privatautonomie?* cit., 11 ss..

¹¹⁰⁷ Cf. *Manual de Direito do Trabalho cit.*, § 16.º e ss..

¹¹⁰⁸ KNOBEL, *Wandlungen cit.*, 216 ss..

¹¹⁰⁹ CHRISTOPH G. PAULUS/WOLFGANG ZANKER, *Grenzen der Privatautonomie*, JuS 2001, 1-9 (2).

III. A experiência actual da prática jurídica em diversos domínios permite ainda ir mais longe: a autonomia privada, quer pela particular legitimidade que faculta às soluções que dela promanam – elas são sempre, por definição, consensuais – quer pelo próprio equilíbrio que confere às decisões que provoquem, tem sido usada, com êxito, fora do Direito civil.

A mera referência a tratados e convenções internacionais, a contratos administrativos¹¹¹⁰ e a contratos económicos¹¹¹¹ ou ao Direito da concorrência, fortemente incrementado pelo Direito comunitário, permitem documentar essa afirmação.

Para além do ambiente geral de liberdade económica e de livre iniciativa, podemos considerar que os esquemas técnicos próprios da autonomia privada e das técnicas de contratação que ela dinamiza penetram fundo nas mais diversas áreas, com relevo para o Direito público.

¹¹¹⁰ Cf. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos* (1987), 440 ss. e *passim* e WOLFRAN HÖFLING/GÜNTER KRINGS, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag: Begriff, Typologie, Fehlerlehre*, JuS 2000, 625-632.

¹¹¹¹ Isto é, contratos de Direito da economia.

ideia geral

§ 28.º A BOA FÉ

115. Evolução e sentido

I. A boa fé surge referida no Código Civil português vigente em setenta artigos, dispersos pelos seus cinco livros. Institutos parcelares, de índole muito variada, têm-na em conta e fazem dela o seu cerne.

As razões desse emprego multifacetado e o seu sentido actual só são compreensíveis perante a evolução geral do instituto ao longo da História.

Das questões em causa pode, tão-só, dar-se aqui um breve apinhado¹¹¹².

II. No início, encontra-se a *fides* romana, do período arcaico. Em termos semânticos, ela tinha, então várias acepções: *sacras*, expressas no culto da deusa *Fides* e patentes em sanções de tipo religioso contra quem defraudasse certas relações de lealdade; *fáticas*, presentes em garantias de tipo pessoal, prestadas pelos protectores aos protegidos; *éticas*, expressas nas qualidades morais correspondentes a essas mesmas garantias. As dúvidas levantadas por estas proposições levaram os especialistas a uma reconstrução histórica do tema a partir de aplicações concretas. Verificou-se, assim:

- uma *fides*-poder, própria das relações entre o *patronus* e o *cliens*, que evolui para a virtude do mais forte;
- uma *fides*-promessa, característica de quem assumisse determinada adstrição que, centrada primeiro num ritual exterior, progride depois para a ideia de respeito pela palavra dada;
- uma *fides*-externa, que sujeitava os povos vencidos ao poder de Roma.

¹¹¹² Sobre esta matéria pode confrontar-se, com diversas indicações, MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito civil* cit. e *A boa fé nos finais do século XX*, ROA 1996, 887-912.

Esta evolução da *fides* antiga permite documentar três pontos: ela perde força significativa, como o prova a sua presença em situações diversas e, até, contraditórias; ela conheceu uma utilização pragmática, sem preocupações teóricas; ela traduz um divórcio entre a linguagem comum e a linguagem jurídica.

No limite, a *fides* aparece sem um sentido útil preciso, transmitindo uma vaga ideia apreciativa. Estava, assim, disponível para dar cobertura a inovações jurídicas.

III. O Direito romano assentava em acções. Nele, o protótipo da situação jurídica activa era protagonizado não por um direito subjectivo, mas por uma *actio*: a pessoa que pretendesse uma tutela jurídica dirigia-se ao pretor e solicitava uma acção; este, quando entendesse o pedido juridicamente justificado, concedia a *actio*, expressa numa fórmula, dirigida ao juiz, segundo a qual, se se provassem determinados factos alegados pelo autor interessado, o réu deveria ser condenado; no caso negativo, seguir-se-ia a absolvição.

As *actiones* dadas pelo pretor, mesmo quando de origem consuetudinária, baseavam-se sempre em leis expressas. Chegou-se, assim, a um esquema formal, bastante rígido, incapaz de se adaptar e de enquadrar situações económico-sociais inteiramente novas. O bloqueio tornou-se claro quando as conquistas romanas através do Mediterrâneo vieram colocar o Direito perante tarefas antes desconhecidas, designadamente nas áreas das trocas comerciais.

O pretor interveio: em casos particulares, ele veio conceder acções sem base legal expressa, assentes, simplesmente, na *fides*, precedida do adjectivo *bona*: *bona fides* ou *boa fé*.

A inovação deve-se, provavelmente, ao próprio QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA — apontado como o primeiro cientista do Direito, no séc. I a. C. — e permitiu criar, enquanto *bonae fidei iudicia*, figuras como a tutela, a sociedade, a fidúcia, o mandato, a compra e venda e a locação. Nos séculos subsequentes, a lista foi aumentando. As figuras jurídicas introduzidas pelo engenho criativo romano, em nome da *bona fides*, foram ainda dobradas por um novo regime jurídico. Sem entrar em particularidades técnicas, pode dizer-se que esse regime era de maior elasticidade do que o anterior, permitindo encontrar soluções mais consentâneas com a realidade e em termos que possibilitavam uma ponderação dos interesses em presença.

A *bona fides* permitiu, no Direito romano clássico, a criação de figuras essenciais que constituem ainda hoje, o cerne do moderno Direito

das obrigações; além disso, ela facultou um esforço geral no sentido de desformalizar o Direito, de modo a obter soluções fundadas no próprio mérito substancial das causas a decidir. Mas essa vitória foi a sua perda momentânea: criados os institutos e implantado o regime, a *bona fides* perdeu um sentido técnico preciso, tornando-se apta, apenas, para transmitir uma vaga ideia apreciativa.

IV. Ainda no Direito romano, tornou-se necessário, em determinado momento da sua evolução, aperfeiçoar institutos nos quais uma pessoa, por exercer certos poderes, se tornava titular da posição jurídica correspondente. Tal sucedeu com a *usucapio*, base da actual usucapião — artigos 1287.º e ss. do Código Civil — pela qual quem tivesse em seu poder, durante determinado período, uma coisa, se tornava seu proprietário. O aperfeiçoamento destinava-se a possibilitar o funcionamento desse instituto apenas a favor de quem não estivesse consciente de prejudicar outrem. E para o efeito, recorreu-se à locução *bona fides*: quem estivesse de *boa fé* (= desconhecesse lesar outrem) beneficiaria de regras mais favoráveis.

A subjectivação da *bona fides*, assim alcançada — pois ela passa a exprimir um estado do próprio sujeito — deve ser entendida como um fenómeno de colonização linguística técnica: o termo estava disponível tendo, por isso, sido utilizado pelos juscientistas na criação do Direito.

Nas compilações de JUSTINIANO, onde, apesar das interpolações, se reflectem os diversos passos do Direito romano ao longo duma evolução secular, os múltiplos empregos da *boa fé* conduzem à diluição do instituto: contagiada pela retórica grega, a *bona fides* chega a uma situação singular: ela surge, a cada passo e a propósito dos mais diversos institutos e, quando isolada, nada quer dizer.

V. No Direito canónico, a *bona fides* conserva uma utilização subjectiva semelhante à que se viu consubstanciar no Direito romano, a propósito da *usucapio*. O teor geral do canonismo conduziu, no entanto, a alguns desvios, conferindo à *boa fé* tonalidades éticas que se podem exprimir equiparando-a à ausência de pecado. A *boa fé* não implica só ignorância: exige ausência de censura.

No Direito germânico desenvolveu-se, com raízes próprias, também uma ideia de *boa fé* (*Treu und Glauben*): ela partiu das ideias de crença, confiança, honra e lealdade à palavra dada. Posteriormente, ela veio a *objectivar-se*, exprimindo valores ligados ao ritual, ao padrão social e à exterioridade do comportamento, de modo a ajuizar do seu acordo com

bitolas sócio-culturais de actuação, sem a intervenção da Ciência do Direito. A boa fé traduz a tutela da aparência.

VI. A evolução posterior, até aos nossos dias, liga-se à riqueza dos fenómenos culturais no Direito, patentes nas recepções do Direito romano. Num primeiro momento, a boa fé da recepção é fundamentalmente subjectiva, traduzindo um estado de ignorância do sujeito, em termos de promover a aplicação de um regime mais favorável. Com o humanismo, os estudiosos vieram a descobrir um emprego polissémico da boa fé nas fontes. E em obediência ao sistema periférico por eles preconizado, os humanistas reuniram as referências dispersas feitas à boa fé pelos textos romanos.

Os jusracionalistas aproveitaram também a expressão *bona fides*, rica em história, designadamente para melhor justificar a necessidade de respeitar os contratos celebrados. O uso assim feito era fraco: o contrato deve, como é evidente, ser respeitado, sem que o apoio da boa fé seja útil.

A prática que antecedeu a codificação francesa dava, à boa fé, um relevo subjectivo, nos termos por que, desde o Direito romano tardio, ela era conhecida.

No espaço alemão ocorreu, no entanto, um fenómeno diverso, de maior importância: no termo de uma confluência entre a boa fé germânica e os textos romanos, sempre presentes mercê da recepção, verificou-se, desde o princípio do século XIX, o recurso à *bona fides* por parte dos tribunais comerciais, como forma de enquadrar questões inteiramente novas, ligadas ao surto económico então verificado. O fenómeno foi tanto mais importante quanto é certo que, mercê da situação política interna então vivida, não era possível dotar o espaço alemão de leis comerciais unitárias e actualizadas. O progresso foi simplesmente assegurado pelos tribunais comerciais, em decisões baseadas na boa fé.

VII. Nas diversas codificações, a boa fé teria um destino bastante diferente.

O Código NAPOLEÃO, fiel às tradições em que assentou, consagrou a boa fé com duas acepções: o alcance subjectivo, pelo qual a boa fé corresponde a um estado de ignorância do sujeito, que merece, do Direito, a concessão de um regime mais favorável e o alcance objectivo, de cariz jusracionalista, em cujos termos a boa fé reforça o vínculo contratual. A evolução subsequente daria conteúdo, apenas, à primeira versão. A boa fé objectiva, tolhida pela fraqueza do seu uso contratual e bloqueada pela

incapacidade da doutrina francesa em elevar-se seja acima da exegese, seja acima da sistemática central, perdeu-se, não tendo conteúdo útil e não dando lugar, até aos nossos dias, a quaisquer soluções particulares.

O Código alemão, na sequência, também, das suas raízes, deu uma dupla dimensão à boa fé. Em sentido subjectivo (*guter Glaube*) ela exprime a não-consciência de prejudicar outrem; em sentido objectivo (*Treu und Glaube*) ela corporiza-se numa regra de conduta, a observar pelas pessoas no cumprimento das suas obrigações. Posteriormente, assistiu-se a uma aplicação prática intensa de ambos os termos e a um enorme desenvolvimento do segundo. Na linha possibilitada por uma Ciência jurídica sensível às realidades e capaz – através dos mecanismos da sistemática integrada – de alterar, em função delas, o próprio sistema, a boa fé esteve na base de praticamente todas as inovações jurídicas verificadas, no Direito civil, nos últimos cem anos¹¹¹³.

VIII. No espaço jurídico português, a boa fé traduz os passos acima esquematizados, com algumas adaptações. O Código de SEABRA sofreu, como é conhecido, o influxo do modelo napoleónico e da Ciência jurídica francesa, embora com raízes profundas na tradição românica nacional. No tocante à boa fé, isso traduziu-se, desde logo, na salvaguarda do instituto, em acepção subjectiva. A objectiva – numa originalidade única – desapareceu pura e simplesmente do texto do Código. Na verdade, o conhecimento havido de que a consagração objectiva da boa fé, no texto napoleónico, não tivera quaisquer efeitos práticos recomendou, naturalmente, a sua proscrição.

A viragem cultural para a pandectística teve como efeito uma redescoberta da boa fé objectiva; agora, no entanto, ela apresentava-se já como instituto comprovado pelas múltiplas inovações que fora capaz de propiciar e não como mera referência genérica.

O Código Civil de Vaz SERRA, neste seguimento evolutivo, veio pois:

- consagrar a boa fé subjectiva de feição românica e tradicional;
- consagrar a boa fé objectiva, de origem românico-germânica, dinamizada pela terceira sistemática e evolução subsequente;

¹¹¹³ Quanto ao Direito alemão, a obra de referência sobre a boa fé mantém-se a de JURGEN SCHMIDT, no *STÄUBINGERS Kommentar*, § 242 (1995). Com elementos de diversos países, cf. *La bonne foi*, Travaux AHC XLIII (1992) cit. e REINHARD ZIMMERMANN/SIMON WHITTAKER (ed.), *Good Faith in European Contract Law* (2000).

– referenciar, expressamente, vários institutos – ou subinstitutos – que não constavam do Código alemão e que foram alcançados, no correspondente espaço, apenas por via científica e jurisprudencial, assente na boa fé.

Num aparente paradoxo que só a natureza cultural do Direito permite explicar, pode assim afirmar-se que o Código português foi o que mais longe levou as potencialidades históricas da boa fé; para tanto, aproveitou as lições de História e de Ciência do Direito universal.

IX. O sentido actual da boa fé exige, para ser referenciado em termos assumidos – uma vez que, subjacente, está ela, por definição, a todos os passos jurídico-científicos – uma longa pesquisa que atente em todos os subinstitutos que a ela recorram e, ainda, nas diversas soluções que eles propiciem. Algumas das conclusões assim obtidas podem ser sumariadas como segue.

O Direito é uma Ciência que se constitui na resolução de casos concretos. Porquanto Ciência, o Direito surge sistemático por natureza. O sistema deve, porém, ser entendido em termos integrados – portanto com um núcleo de princípios e uma periferia actuante, ambos interligados por vias de sentido duplo – e com uma série de limitações originadas, entre outros aspectos, por lacunas e por quebras ou contradições no seu seio. Apesar de tudo, há um sistema nas ordens jurídicas da actualidade, traduzido pela preocupação científico-cultural de descobrir uma unidade figurativa e ordenadora ou um fio condutor que reúna os diversos institutos que a História colocou nos espaços jurídicos dos nossos dias. Esse sistema tem exigências que se mantêm, de modo contínuo – ainda que com efeitos e configurações muito variáveis – nos diversos pontos onde o Direito deva intervir.

A boa fé tem justamente esse papel: ela traduz, até aos confins da periferia jurídica, os valores fundamentais do sistema; e ela carrega, para o núcleo do sistema, as necessidades e as soluções sentidas e encontradas naquela mesma periferia.

116. Boa fé objectiva e subjectiva; concepção psicológica e ética

I. Na sequência da evolução histórica acima sumariada, a boa fé concretiza-se, no Direito civil português vigente, num instituto objectivo e num instituto subjectivo.

A boa fé objectiva remete para princípios, regras, ditames ou limites por ela comunicados ou, simplesmente, para um modo de actuação dito “de boa fé”: artigos 3.º/1, 227.º/1, 239.º, 272.º, 334.º, 437.º/1 e 762.º/2, respectivamente. A boa fé actua como uma regra imposta do exterior e que as pessoas devem observar.

Nalguns casos, a boa fé surge como um correctivo de normas susceptíveis de comportar uma aplicação contrária ao sistema; noutros, ela surge como a única norma atendível¹¹¹⁴. Em todos eles, todavia, ela concretiza-se em regras de actuação. Em Direito, quem diz regras de actuação diz regras de proibição. Assim, a boa fé objectiva abrange regras como as do artigo 15.º da LCCG, que considera nulas determinadas cláusulas contrárias à boa fé.

II. Na boa fé subjectiva está em causa um estado do sujeito. Esse estado é caracterizado, pela lei portuguesa, ora como um mero desconhecimento ou ignorância de certos factos – artigos 119.º/3, 243.º/2, 1260.º/1 e 1340.º/4 – ora como um seu desconhecimento sem culpa ou uma ignorância desculpável – artigos 291.º/3 e 1648.º/1 – ora, finalmente, pela consciência de determinados factores – artigo 612.º/2¹¹¹⁵. Estas flutuações do legislador português encobrem uma querela clássica, resolvida no século XIX, mas que, ao que supomos por falta de divulgação científica, não tem encontrado, entre nós, uma saída uniforme.

Vamos, por isso, fazer uma referência breve às duas concepções então em presença.

III. A boa fé subjectiva podia ser usada em dois sentidos diversos:

- um sentido puramente psicológico: estaria de boa fé quem pura e simplesmente desconhecesse certo facto ou estado de coisas, por muito óbvio que fosse;
- um sentido ético: só estaria de boa fé quem se encontrasse num desconhecimento não culposos; noutros termos: é considerada de má fé a pessoa que, com culpa, desconheça aquilo que deveria conhecer.

¹¹¹⁴ Cf. REV 25-Fev.-1988 (CARDONA FERREIRA), BMT 374 (1988), 553-554.

¹¹¹⁵ Trata-se da *boa má fé* na acção pauliana, instituto onde ela assume uma feição especial; cf. RPT 19-Mai.-1997 (ASÍLIO VASCONCELOS), CJ XXII (1997) 3, 188-190 (189).

A concepção ética postula a presença de deveres de cuidado e de indagação: por simples que sejam, sempre se exigiria, ao agente, uma consideração elementar pelas posições dos outros.

A opção por uma ou por outra das duas concepções não deve ser feita de ânimo leve: ela é obra de toda uma tradição científico-cultural, que não pode ser alijada.

IV. No Direito romano, a *bona fides* subjectiva tinha a ver, apenas, com o conhecimento humano ¹¹¹⁶. Ela seria, então, puramente psicológica. Mas no período intermédio, como reflexo, entre outros, do pensamento jurídico-canônico, a boa fé enriqueceu-se com um contributo ético: apenas o desconhecimento não-censurável seria relevante.

No século XIX, particularmente por via dum certo regresso a um romanismo mais primitivo, o problema voltou a colocar-se. Ficaria célebre uma polémica entre WÄCHTER ¹¹¹⁷ e BRUNS ¹¹¹⁸: o primeiro optando por uma concepção psicológica e, o segundo, por uma concepção ética, no sentido acima referido ¹¹¹⁹. A posição ética de BRUNS viria a prevalecer, estando hoje consagrada nos ordenamentos alemão e italiano ¹¹²⁰. Há três argumentos decisivos que amparam essa opção:

- a juridicidade do sistema: o Direito não associa-consequências a puras casualidades como o ter ou não conhecimento de certa ocorrência; o Direito pretende intervir nas relações sociais; ora, ao lidar com uma boa fé subjectiva ética ele está, de modo implícito, a incentivar o acatamento de deveres de cuidado e de diligência;
- a adequação do sistema: uma concepção puramente psicológica de boa fé equivale a premiar os ignorantes, os distraídos e os egoístas, que desconhecem mesmo o mais evidente; paralelamente, ir-se-ia penalizar os diligentes, os dedicados e os argutos, que se aperceberiam do que escapa ao cidadão comum;

¹¹¹⁶ Sobre esta matéria e a evolução subsequente, com indicações, cf. *Da boa fé* cit., 177 ss.

¹¹¹⁷ CARL GEORG VON WÄCHTER, *Die bona fides insbesondere bei der Erstzung des Eigentums* (1871).

¹¹¹⁸ CARL GEORG BRUNS, *Das Wesen der bona fides bei der Erstzung/Ein prakisches Gutachten nebst einem theoretischen Nachtrag* (1872).

¹¹¹⁹ A polémica pode ser seguida em *Da boa fé* cit., 307 ss.

¹¹²⁰ Cf., por exemplo, FRITZ BAUR/JÜRGEN F. BAUR/ROLF STÖRNER, *Sachenrecht*, 17ª ed. (1999), 602-603.

- a praticabilidade do sistema: não é possível (nem desejável) provar o que se passa no espírito das pessoas; assim e em última análise, nunca se poderá demonstrar que alguém conhecia ou não certo facto; apenas se poderá constatar que o sujeito considerado, dados os factos disponíveis, ou sabia ou devia saber, em qualquer das hipóteses, há má fé.

V. Os referidos argumentos jogam plenamente no Direito português. Além disso, há que interpretar sistematicamente as múltiplas referências feitas, na lei civil, à boa fé. Por tal via, chegamos à solução de que a boa fé subjectiva é, entre nós, sempre ética: só pode invocar boa fé quem, sem culpa, desconheça certa ocorrência.

Alguma doutrina menos atenta - e sem, sequer, dar razões - mantém uma referência à boa fé "psicológica" com isso provocando hesitações na jurisprudência ¹¹²¹. Trata-se dum ponto a corrigir, sob pena de enorme retrocesso científico, numa área que há bem mais de cem anos estava conquistada pela Ciência do Direito.

117. Concretizações objectivas; os princípios mediantes

I. A boa fé objectiva concretiza-se, essencialmente, em cinco institutos, todos de filiação germânica:

- a *culpa in contrahendo* - artigo 227.º/1;
- a integração dos negócios - artigo 239.º;
- o abuso do direito - artigo 334.º;
- a modificação dos contratos por alteração das circunstâncias - artigo 437.º/1;
- a complexidade das obrigações - artigo 762.º/2.

Antes de fazer uma breve referência a estes institutos, cumpre sublinhar que nenhum deles deriva da boa fé, em termos conceptuais: de resto, pela sua vaguidade, nem seria possível retirar da boa fé seja o que for. Todos estes cinco institutos tiveram origens históricas diferentes, concretizando-se, por várias vias, antes de se acolherem à boa fé. Apenas a

¹¹²¹ Assim, cf. o de resto cuidadoso e bem documentado acórdão do STJ 26-Abr.-1995 (MIRANDA GUSMÃO), BMJ 446 (1995), 262-280 (271-272). No sentido da boa doutrina cf. STJ 25-Mai.-1999 (FRANCISCO LOURENÇO), CJI/Supremo VII (1999) 2, 110-112 (111/II).

reconstrução possibilitada pela terceira sistemática levou a uma certa aproximação dogmática entre eles.

II. A *culpa in contrahendo* corresponde a uma descoberta de RUDOLF VON JHERING, abaixo examinada¹¹²². No fundamental, ela diz-nos que antes da formação do contrato, as partes já têm diversos deveres a respeitar e, designadamente, deveres de protecção, de lealdade e de informação. Tais deveres visam prevenir que, nessa fase pré-contratual, alguma das partes possa atingir a confiança da outra, provocando-lhe danos. Além disso, eles recordam que a negociação contratual, embora livre, não deve ser usada para fins danosos, alheios à finalidade em jogo: a de procurar a eventual celebração dum contrato.

A integração dos negócios, também abaixo examinada¹¹²³, desenvolveu-se a partir das regras de interpretação negocial e, designadamente, quando elas tiveram de enfrentar uma especial escassez de material expressamente subscrito pelas partes. Nessa eventualidade, o intérprete-aplicador deverá ter em conta a lógica imanente ao negócio e as exigências substanciais do sistema, de acordo com as expectativas que as partes tenham, legitimamente, depositado no processo.

O abuso do direito teve origem na jurisprudência francesa de meados do século XIX, embora tenha sido retomado, em termos muito diversos, pelo pensamento jurídico alemão. Hoje, ele agrupa distintas figuras, a analisar em sede própria¹¹²⁴.

A modificação dos contratos por alteração das circunstâncias surgiu nos comentadores do século XIII; sofreu, depois, uma evolução atornentada até ser, já neste século, aproximada da boa fé¹¹²⁵. No fundamental, este instituto permite, em certas condições, modificar ou resolver contratos que, mercê de alterações registadas após a sua conclusão, venham a assumir feições injustas para alguma das partes. Trata-se dum instituto do Direito das obrigações, que recorda a materialidade do sistema e a defesa das expectativas justificadas das partes.

A complexidade das obrigações advém, ela própria, da junção de dois institutos: a violação positiva do contrato, assente numa descoberta de

STAUB, em 1902 e a ideia da obrigação como uma estrutura complexa, desenvolvida nos princípios do século XX por vários autores¹¹²⁶. Acolhida, no artigo 762.º/2, sob a referência à boa fé, a complexidade das obrigações promove, a propósito de cada vínculo, um conjunto de deveres de protecção, de lealdade e de informação que asseguram, nesse nível, a tutela da confiança das partes e do princípio de que, em qualquer caso, prevalecem os interesses reais protegidos do credor¹¹²⁷. Também este instituto pertence ao Direito das obrigações.

III. Os cinco referidos institutos tornam-se incompreensíveis e inaplicáveis sem a intervenção da Ciência do Direito. Com efeito, eles lidam com conceitos indeterminados e com construções técnicas de alguma complexidade. Todos eles têm origem na resolução de questões concretas e não, propriamente, em desenvolvimentos teóricos. Além disso, todos eles requerem uma sindicância muito atenta da Ciência do Direito, com recurso a proposições firmes e pensadas: de modo algum eles poderão propiciar um Direito assente no sentimento ou um mero decisionismo imponderado.

Em medidas diversas, em todos eles afloram dois princípios que – trata-se duma imagem científica auxiliar – actuem como factores de mediação entre a boa fé e o instituto considerado: o princípio da confiança e o princípio da primazia da materialidade subjacente. Tais princípios são induzidos das concretizações da boa fé e, depois, usados na consecução de novas soluções.

118. A tutela da confiança

I. A confiança das pessoas é protegida desde o Direito romano, documentando-se, também, no Direito comparado¹¹²⁸. A protecção mantém-se,

¹¹²⁶ Cf. *Da boa fé* cit., 586 ss.. Em geral: GIOVANNI MARIA UDO, *La buona fede nell' esecuzione del contratto* (2004), especialmente 237 ss..

¹¹²⁷ Cf. o caso decidido em STJ 14-Jan.-1997 (TORRES PAULO), CJI/Supremo V (1997) 1, 42-44 (44T); em nome da boa fé, é responsável o dono dum ginásio quando um praticante é ferido por um aparelho mal montado.

¹¹²⁸ BASILE JONESCO, *Les effets juridiques de l' apparence en droit privé* (1927), 14 ss., HERBERT MEYER, *Das Publizitätsprinzip im Deutschen Bürgerlichen Recht* (1909), 9 ss., e MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé* cit., 1235 ss.. A grande obra de referência sobre a tutela da confiança é o escrito magno de CLAUS-WILHELM CANNARIS, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht* (1983, reimpr.).

¹¹²² *Infra*, 497 ss..

¹¹²³ *Infra*, 769 ss..

¹¹²⁴ Cf. o presente *Tratado* I/4, Na 2ª ed. deste tomo, vide I/1, 241 ss..

¹¹²⁵ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Da alteração das circunstâncias/A concretização do artigo 437.º do Código Civil à luz da jurisprudência posterior a 1974* (1987, com diversas reimpressões).

por certo, hoje em dia, tendo sido, aliás, consideravelmente alargada. Mas é uma protecção delicada: o reconhecimento geral e absoluto da tutela da confiança levaria a que boa parte das soluções cominadas, em termos expressos, fosse desviada a favor daquilo em que, por uma razão ou outra, as pessoas acreditassem.

O Direito positivo tem uma palavra importante a dizer. A ponderação de análises históricas e comparativas mostra que ele é influenciado por factores sócio-culturais. Assim, no Direito privado, quando se pretenda sedimentar um sistema que dê primazia à manutenção estática dos bens, a confiança é postergada; quando, pelo contrário, as preferências caminham para a sua circulação, a confiança é protegida.

Neste domínio como noutros, não há modelos puros; apenas oscilações em favor de um ou de outro dos extremos possíveis. No entanto, não é arriscado adiantar que o momento actual é de dinamismo no aproveitamento de bens e de segurança na posição dos administrados: a confiança surge, em consequência, valorizada.

II. No Direito português vigente – de acordo, aliás, com o que ocorre nas outras ordens jurídicas – a protecção da confiança efectiva-se por duas vias:

- através de disposições legais específicas;
- através de institutos gerais.

As disposições legais específicas de tutela da confiança surgem quando o Direito retrate situações típicas nas quais uma pessoa que, legitimamente, acredite em certo estado de coisas – ou o desconheça – receba uma vantagem que, de outro modo, não lhe seria reconhecida. Como meros exemplos, é o que sucede com a posição dos sujeitos perante certos actos de associações e sociedades civis puras – artigos 179.º, 184.º/2 e 1009.º – perante a procuração – artigo 266.º – perante a anulação ou declaração de nulidade dos actos jurídicos – artigo 291.º – e perante a aquisição de coisa a comerciante – artigo 1301.º – ou a herdeiro aparente – artigo 2076.º/1.

III. Os institutos gerais susceptíveis de proteger a confiança aparecem ligados aos valores fundamentais da ordem jurídica e surgem associados, por forte tradição românica, a uma regra objectiva da boa fé. Preconiza-se, a propósito dessa tutela da confiança, no Direito positivo português vigente, a construção seguinte:

- a confiança é protegida quando se verifique a aplicação de um dispositivo específico a tanto dirigido;
- fora desses casos, ela releva quando os valores fundamentais do ordenamento, expressos como boa fé ou sob outra designação, assim o imponham.

IV. Um estudo aturado das previsões legais específicas que tutelem situações de confiança e das consagrações jurisprudenciais dos institutos genéricos, onde tal tutela tenha lugar, permite apontar os pressupostos da sua protecção jurídica¹¹²⁹. São eles:

- 1.º *Uma situação de confiança* conforme com o sistema e traduzida na boa fé subjectiva e ética, própria da pessoa que, sem violar os deveres de cuidado que ao caso caibam, ignore estar a lesar posições alheias;
- 2.º *Uma justificação para essa confiança*, expressa na presença de elementos objectivos capazes de, em abstracto, provocarem uma crença plausível;
- 3.º *Um investimento de confiança* consistente em, da parte do sujeito, ter havido um assentir efectivo de actividades jurídicas sobre a crença consubstanciada;

¹¹²⁹ Intentou-se proceder a tal análise no escrito *Da boa fé* cit., 443 ss., 742 ss. e *passim*, com tentativa de síntese a pp. 1243 ss.. Posteriormente, o tema foi tratado, em moldes paralelos, pelo saudoso Professor BAPTISTA MACHADO, *Tutela da confiança e "venire contra factum proprium"* (1985) = *Obra dispersa* I (1991), 345-423 (416 ss.), com uma aruminação semelhante dos pressupostos de tutela da confiança.

O enunciado dos pressupostos acima apontado, por vezes com algumas adaptações, veio a ser adoptado pela jurisprudência; assim, STJ 5-Mar.-1996 (MIRANDA GUSMÃO), CJSupremo IV (1996) 1, 115-118 (118/II), STJ 28-Nov.-1996 (MIRANDA GUSMÃO), CJSupremo IV (1996) 3, 118-121 (121/II), RLX 12-Jun.-1997 (CARLOS VALVERDE), CJ XXII (1997) 2, 110-114 (113/II), STJ 14-Out.-1997 (MIRANDA GUSMÃO), CJSupremo V (1997) 3, 71-76 (74/II), STJ 5-Fev.-1998 (TORRES PAULO), BMJ 474 (1998), 431-435 (434), RPt 10-Mar.-1998 (AFONSO CORREIA), CJ XXIII (1998) 2, 194-198 (198/II), STJ 25-Jun.-1998 (MIRANDA GUSMÃO), CJSupremo VI (1998) 2, 138-143 (142), RPt 26-Nov.-1998 (OLIVEIRA VASCONCELOS), CJ XXIII (1998) 5, 203-205 (205/II), STJ 27-Abr.-1999 (FERREIRA RAMOS), CJSupremo VII (1999) 2, 60-63 (62/II), RLX 20-Mai.-1999 (FERREIRA GRÃO), CJ XXIV (1999) 3, 104-107 (106/II), STJ 25-Mai.-1999 (FERNANDES MAGALHÃES), CJSupremo VII (1999) 2, 116-118 (118/II), RPt 9-Mar.-2000 (JOÃO BERNARDO), CJ XXV (2000) 2, 190-195 (194/II) e RPt 20-Mar.-2001 (AFONSO CORREIA), CJ XXVI (2001) 2, 183-190 (190/II).

4.º *A imputação da situação de confiança criada à pessoa que vai ser atingida pela protecção dada ao confiante:* tal pessoa, por acção ou omissão, terá dado lugar à entrega do confiante em causa ou ao factor objectivo que a tanto conduziu.

A *situação de confiança* pode, em regra, ser expressa pela ideia de boa fé subjectiva: a posição da pessoa que não adira à aparência ou que o faça com desrespeito de deveres de cuidado merece menos protecção ¹¹³⁰.

A *justificação da confiança* requer que esta se tenha alicerçado em elementos razoáveis, susceptíveis de provocar a adesão de uma pessoa normal ¹¹³¹.

O *investimento de confiança* exige que a pessoa a proteger tenha, de modo efectivo, desenvolvido toda uma actuação baseada na própria confiança, actuação essa que não possa ser desfeita sem prejuízos inadmissíveis; isto é: uma confiança puramente interior, que não desse lugar a comportamentos, não requer protecção ¹¹³².

A *imputação da confiança* implica a existência de um autor a quem se deva a entrega confiante do tutelado. Ao proteger-se a confiança de uma

¹¹³⁰ Assim, quem aja negligentemente, sem as cautelas requeridas pelo contrato, não pode invocar a tutela da boa fé: STJ 9-Jan.-1997 (Sousa Inês), CJ/Supremo V (1997) 1, 35-37.

¹¹³¹ Desta forma, a jurisprudência tem recusado a tutela *ex bona fide* nos casos em que a invocada situação de confiança se tenha formado contra normas de Direito público, conhecidas pelo interessado que, assim, não poderia deixar de conhecer a precariedade da sua posição; é o que sucederia nos casos em que, tendo sido indeferido um pedido de construção, os interessados, não obstante, construíram, vindo, depois, invocar abuso do direito do Estado de demolir; assim: STJ 20-Jan.-1994 (RAÚL MATEUS), BMJ 433 (1994), 495-508 (506-507), STJ 2-Out.-1997 (ALMEIDA E SILVA), CJ/Supremo V (1997) 3, 48-51 e REv 20-Nov.-1997 (MOTA MIRANDA), CJ XXII (1997) 5, 264-267 (267). Na mesma linha de valoração, só pode prevalecer-se da boa fé e do abuso do direito aquele que, sem culpa grosseira, desconhecisse certa invalidade – STJ 11-Mar.-1999 (GARCIA MARQUES), CJ/Supremo VII (1999) 1, 152-155 (153/II).

¹¹³² Assim: verificam-se os pressupostos do divórcio; todavia, o cônjuge interessado demorou a formulação do competente pedido, vindo a fazê-lo tardiamente; não há abuso uma vez que não se provou que, por via da demora, o cônjuge culpado tivesse orientado diversamente a sua vida: STJ 28-Jun.-1994 (SA Couto), CJ/Supremo II (1994) 2, 157-159. Essa mesma ideia terá, porventura, sido expressa em STJ 22-Fev.-1994 (PAIS DE SOUSA), CJ/Supremo II (1994) 1, 124-126 (125/I), onde se diz que, para haver protecção: “não basta dar o dito por não dito”: há um suplemento de substância que pode ser expresso pelo investimento de confiança.

pessoa vai-se, em regra, onerar outra; isso implica que esta outra seja, de algum modo, a responsável pela situação criada ¹¹³³.

V. Os quatro requisitos acima apontados devem ser entendidos e aplicados com duas precisões importantes.

As previsões específicas de confiança dispensam, por vezes, algum ou alguns dos pressupostos referidos ¹¹³⁴. Por exemplo, a aquisição *a non domino*, pelo registo, prevista no artigo 17.º/2 do Código do Registo Predial de 1984 – exemplo claro de tutela da confiança – opera a favor do terceiro que esteja de boa fé (a *situação de confiança*), que tenha agido com base no registo prévio, a favor do alienante (a *justificação da confiança*) e que tenha adquirido a título oneroso (o *investimento de confiança*): não é necessária a imputação dessa confiança à pessoa que vai ser prejudicada pela aquisição tabular.

Os requisitos para a protecção da confiança articulam-se entre si nos termos de um *sistema móvel* ¹¹³⁵⁻¹¹³⁶. Isto é: não há, entre eles, uma hierarquia e não são, em absoluto, indispensáveis: a falta de algum deles pode ser compensada pela intensidade especial que assumam alguns – ou algum – dos restantes. A mobilidade, assim entendida, dos requisitos em causa, ilustra-se, desde logo, com as situações acima sumariadas da aquisição pelo registo. Outro exemplo sugestivo: no caso da confiança possessória –

¹¹³³ Não haverá, deste modo, protecção quando o agente tenha uma posição especial que justifique o “atentado à confiança” por ele perpetrado; assim, pode um trabalhador impugnar a caducidade do contrato de trabalho, por invocada incapacidade e, depois, reformar-se por invalidez: RCb 3-Mar.-1998 (GONÇALVES AFONSO), CJ XXIII (1998) 2, 68-71; também se admite que um trabalhador inicie uma relação laboral meses depois de ter pedido a reforma por invalidez: STJ 8-Out.-1997 (MARTOS CANAS), BMJ 470 (1997), 469-482; não foi considerado abuso do direito o invocar a nulidade do contrato de trabalho por falta de habilitações legais do trabalhador, mau grado ter já decorrido algum tempo de laboração: STJ 29-Abr.-1998 (VITOR DEVEISA), CJ/Supremo VI (1998) 2, 270-273.

¹¹³⁴ Podem, sem dúvida, fazê-lo, uma vez que se trata de normas legais expressas; o limite estará, como é natural, na existência de fontes superiores de sinal contrário.

¹¹³⁵ A ideia de sistema móvel foi apresentada há mais de meio século por WALTER WILBURG, *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht* (1950), tendo sido divulgada por CLAUD-WILHELM CANARIS: refira-se *Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht*, cit., 301 ss., 312, 373, 389 e 529. A sua aplicação ao Direito português não oferece dificuldades e é útil, num prisma instrumental. Cf. *Da boa fé* cit., 1248, 1262 e *passim*.

¹¹³⁶ Cf. um apelo expresso à ideia de sistema móvel em STJ 5-Fev.-1998 (TORRES PAULO), BMJ 474 (1998), 431-435 (433).

que também não oferece dúvidas, por ser objecto de normas específicas – a falta de justificação e, até, de boa fé subjectiva é compensável pelo intensificar do investimento de confiança: a posse não titulada ou, até, de má fé, não deixa de levar à usucapião, desde que haja um alongamento dos prazos da sua duração.

VI. A tutela da confiança, genericamente dispensada pela boa fé, tem uma teleologia relevante para se determinar o âmbito da protecção. À partida, podemos considerar a confiança como um elemento imprescindível na manutenção do grupo social. Na sua falta, qualquer sociedade humana se esboroa. Em termos interpersonais, a confiança instalada coloca os protagonistas à mercê uns dos outros: o sujeito confiante abranda as suas defesas, ficando vulnerável. Seguidamente, todos os investimentos, sejam eles económicos ou meramente pessoais, postulam a credibilidade das situações: ninguém dá hoje, para receber (apenas) amanhã, se não houver confiança nos intervenientes e nas situações. Por fim, a confiança e a sua tutela correspondem a aspirações éticas elementares. A pessoa defraudada na sua confiança é, desde logo, uma pessoa violentada na sua sensibilidade moral. Paralelamente, o agente que atinja a confiança alheia age contra um código ético imediato.

A confiança torna-se um elemento importante. O Direito não o pode ignorar: tratar um sujeito confiante pela mesma bitola dispensada a um outro não-confiante equivale a tratar o diferente de modo igual. Haveria, então, uma violação do princípio da igualdade, previsto no artigo 13.º da Constituição.

Podemos ir mais longe. O princípio da igualdade implica a harmonia e a adequação do sistema no seu conjunto¹¹³⁷. Em jogo estará, sempre, uma confiança conforme com o sistema. E assim sendo, encontraremos, na tutela da confiança, um modo de concretização dos valores últimos do sistema.

VII. A tutela da confiança tem ainda constituído um princípio fecundo para a concretização de diversos outros institutos. Pensamos, designadamente, na responsabilidade pela confiança¹¹³⁸, agora desligada da ambiên-

¹¹³⁷ Cf. CLAUD-WILHELM CANARIS, *Pensamento sistemático*, 2ª ed. cit., 224 ss..

¹¹³⁸ Como obra de referência: MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil* (2004), 974 pp.. Esta matéria tem conhecido desenvolvimentos significativos na doutrina sulça; referimos: FABIO DELCÔ, *Die Bedeutung des Grundsatzes von Treu und Glauben beim Ersatz reiner Vermögensschäden* (2000), 31 e 133 e PETER

cia contratual acima referenciada. Sirva de exemplo o caso decidido em RPt 7-Jun.-2004: no decurso de uma prova desportiva, verifica-se um despiste que projecta um guarda o qual atinge, por seu turno, um espectador. Este confiara na segurança inspirada pela organização; estabelecera-se uma relação de confiança nesse sentido, surgindo, agora, a inerente responsabilidade¹¹³⁹.

Também no campo do Direito do consumo, a confiança representa a base explicativa para a concretização da responsabilidade¹¹⁴⁰.

119. A primazia da materialidade subjacente

I. A tutela da confiança constitui um princípio fundamental de concretização da boa fé objectiva. Mas ela não esgota o âmbito regulativo desta. Na base das múltiplas soluções práticas propiciadas pela boa fé¹¹⁴¹, encontramos um segundo e também fundamental princípio: o da primazia da materialidade subjacente.

II. A ideia que aflora na regra da primazia da materialidade subjacente é de fácil exteriorização: o Direito visa, através dos seus preceitos, a obtenção de certas soluções efectivas; torna-se, assim, insuficiente a adopção de condutas que apenas na forma correspondam aos objectivos jurídicos, descurando-os, na realidade, num plano material. A boa fé exige que os exercícios jurídicos sejam avaliados em termos materiais, de acordo com as efectivas consequências que acarretam.

Num exemplo académico, seria contrário à boa fé e, a esse título, abusivo, o comportamento do devedor que, obrigado a colocar determinada quantidade de tijolos num prédio do credor, os descarregasse no fundo dum poço: ainda quando o local da entrega ficasse ao critério do devedor, deve entender-se que a opção não poderia ser feita em termos danosamente inúteis.

LOSER-KROON, *Kritische Überlegungen zur Reform des privaten Haftpflichtrechts/Haltung aus Treu und Glauben, Verursachung und Verjährung*, ZSR 2003, 127-228 (133). No Direito alemão e à luz da jurisprudência temos um sempre assinalável regresso de CANARIS ao tema: CLAUD-WILHELM CANARIS, *Die Vertrauenshaftung im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, FG (Wissenschaft) 50 Jahre BGH, 1 (2000), 129-197.

¹¹³⁹ RPt 7-Jun.-2004 (SANTOS CARVALHO), CJ XXIX (2004) 3, 190-194 (194/1).

¹¹⁴⁰ BERTINA HEIDERHOFF, *Grundstrukturen des nationalen und europäischen Verbrauchervertragsrecht* cit., 331 ss..

¹¹⁴¹ Cf. *Da boa fé* cit., 1252 ss..

III. Para facilidade de concretização – e sempre na base duma pesquisa assente em casos práticos – podemos apontar três grandes vias de realização do princípio ora em estudo:

- a conformidade material das condutas;
- a idoneidade valorativa;
- o equilíbrio no exercício das posições.

A conformidade material exige que, no exercício de posições jurídicas, se realizem, com efectividade, os valores pretendidos pelo ordenamento: não, apenas, o ritualismo exterior. Será pois contrária à boa fé qualquer conduta que apenas na forma dê corpo ao que o Direito determine.

A idoneidade valorativa recorda a harmonia do sistema. Este não admitiria que alguém utilize a própria situação jurídica que tenha violado para, em função do seu ilícito, tirar partido contra outrem. Assim – e se normas específicas não existissem – seria contrário à boa fé provocar um dano e exigir, a outrem, a sua reparação.

O equilíbrio no exercício das posições jurídicas recorda a permanente necessidade de sindicar, à luz da globalidade do sistema, as diversas condutas, mesmo permitidas. Temos, por esta via, dois tipos de posturas vedadas pela boa fé:

- o acto emulativo e, portanto: a actuação gratuitamente danosa para outrem, tal como sucedeu com a chaminé falsa de Colmar¹¹⁴²;
- a actuação gravemente desequilibrada, ou seja: a conduta que, para conseguir uma vantagem mínima para o próprio gere um dano máximo para outrem.

IV. A primazia da materialidade subjacente não tem, à partida, o potencial inovatório da tutela da confiança. No fundo, ela conduz a uma melhor articulação do sistema com a periferia, permitindo uma interpretação e uma aplicação melhoradas das mais diversas mensagens normativas.

Por esta via, poderíamos ser levados a pensar que a primazia da materialidade subjacente iria perdendo terreno à medida que o ordenamento lograsse densificar as suas normas e soluções. O caso da chaminé falsa de Colmar só é pensável num sistema que não contenha normas de

controlo sobre edificações ou, ainda, normas de protecção à saúde e ao ambiente equilibrado. É inevitável uma certa perda de importância, por esta via. Mas à medida que as sociedades se aperfeiçoem, o sistema torna-se mais exigente. Áreas antes a ele alheias exigem, subitamente, soluções que o prolonguem. A boa fé, apelando para a primazia da materialidade subjacente, está vocacionada para o fazer.

120. Aspectos evolutivos

I. Durante boa parte do século XX, a boa fé teve um papel decisivo no apuramento de importantes subinstitutos acima referidos: a *culpa in contrahendo*, o abuso do direito, a complexidade intra-obrigacional, a integração dos contratos e a alteração das circunstâncias. As exigências do sistema nas respectivas áreas de aplicação permitiram a formação de domínios articulados dotados de modelos de decisão mais precisos. Os subinstitutos em causa foram-se autonomizando dos postulados de origem, num movimento consagrado pela reforma do BGB alemão de 2001/2002, ao codificar a *culpa in contrahendo*, a violação positiva do contrato e a alteração das circunstâncias¹¹⁴³. Pergunta-se, deste modo, se a boa fé não terá cumprido o seu papel: permitiu ao ordenamento conquistar novas áreas problemáticas, apurando soluções adequadas. Isto feito, ela perderia conteúdo prescriptivo.

II. Parcialmente, assim é. O tratamento actual da boa fé na Alemanha perdeu extensão, dada a reordenação da matéria subsequente à reforma de 2001/2002. No nosso Direito, o mesmo deslizar parece natural, tanto mais que dispomos, no Código de Vaz Serra, de elementos codificados relativos aos institutos *ex bona fide*. Não obstante, os subinstitutos *ex bona fide* não são de Direito estrito. Será sempre inevitável, na sua aplicação, um apelo às origens e uma sindicância com recurso ao sistema. E no Direito português essa necessidade mais se acentua perante a expressa referência feita à boa fé nos subinstitutos dela derivados: artigos 227.º/1, 239.º, 334.º, 437.º/1 e 762.º/2.

Digamos que, mau grado um movimento que, através da consagração de subinstitutos mais precisos, conduz à depuração da boa fé, esta mantém um papel ordenador e dogmático auxiliar.

¹¹⁴³ Cf. o nosso *Da modernização do Direito civil* cit., 111 ss.

¹¹⁴² Um caso em que um vizinho, só para prejudicar outro, manda construir uma chaminé falsa monstruosa: Címp Colmar 2-Mai.-1855, D 1856, 2, 9-10.

III. Não será credível, todavia, afirmar que o Direito já cobre, com completude e diferenciação, todos os problemas carecidos de colocação jurídica. Nas conjugações de problemas e de interesses apela, em primeira, para as virtualidades criativas do sistema. A boa fé, directamente ou através dos seus princípios mediantes – a tutela da confiança e a primazia da materialidade subjacente – pode ser chamada para enquadrar questões novas. Pense-se nas cláusulas contratuais gerais¹¹⁴⁴, na defesa do consumidor¹¹⁴⁵, no levantamento da personalidade colectiva¹¹⁴⁶ ou na procuração aparente¹¹⁴⁷. A boa fé irá manter o seu papel como expressão de capacidade reprodutiva do sistema. Como alternativa: encontrar outra designação. Não vemos, porém, razão para abandonar a velha *bona fides*: uma presença constante e calorosa na caminhada bimilenária do nosso Direito civil.

§ 29.º A IMPUTAÇÃO DE DANOS

121. O dano e a sua suportação

I. Em Direito, o dano ou prejuízo traduz-se na supressão ou diminuição duma situação favorável que estava protegida pelo ordenamento.

A ocorrência de danos é uma possibilidade constante no mundo do Direito, dada a contingência e a precariedade das realidades humanas. Os danos podem assumir diversas naturezas, sujeitando-se a múltiplas classificações¹¹⁴⁸:

- danos morais e danos patrimoniais, consoante a natureza das vantagens suprimidas;
- danos lícitos e danos ilícitos, em função do tipo de actuação que lhes tenha dado azo;
- danos naturais e danos humanos, em consonância com essa mesma realidade;
- danos ressarcíveis e danos compensáveis, de acordo com a postura que uma eventual indemnização possa, perante eles, assumir;
- danos emergentes e lucros cessantes, conforme eles derivem da supressão de utilidades ou, pelo contrário, correspondam à não obtenção de vantagens que, de outra forma, seriam aguardadas.

Há numerosas outras possibilidades, a considerar no estudo dogmático da matéria.

II. A regra básica no tocante aos danos é a da sua suportação pela própria esfera onde ocorram. Falando-se, a tal propósito, em risco, como traduzindo a aptidão que uma esfera tenha para suportar os danos que,

¹¹⁴⁴ Artigo 15.º da LCCG; vide *infra*, 630-632.

¹¹⁴⁵ Artigo 6.º do Anteprojecto PINTO MONTEIRO: "Na ponderação do princípio da boa fé dever-se-á especialmente ponderar, entre outros factores, a necessidade de assegurar a defesa do consumidor".

¹¹⁴⁶ Presente *Tratado* I/3, 617 ss.

¹¹⁴⁷ Presente *Tratado* I/4, n.º 49.

¹¹⁴⁸ Cf. HANSJÖRG OTTO, no *Staudingers Kommentar*, §§ 255-304 (2004), § 280, E (436 ss.).

porventura sobrevenham, poder-se-á dizer que cada um corre o risco de ver suprimidas as vantagens que antes lhe coubessem 1149.

Esta suportação natural dos danos pelas esferas onde se verificarem as correspondentes desvantagens tem uma dupla justificação, prática e valorativa.

Em termos práticos, pode dizer-se que a suportação do dano na esfera onde ocorra corresponde à natureza das coisas e faculta uma solução rápida e eficaz para a sua problemática. Como será referido, a solução de transferir ou repercutir um dano, que se verifique numa esfera, para esfera diversa da inicial, implica a movimentação de toda uma complexa disciplina civil, com questões difíceis; vão elas desde a identificação da esfera responsável, até à própria avaliação do dano e passando pela forma do ressarcimento. Todas essas operações só são possíveis em casos marginais; na grande maioria das situações, o Direito verga-se à natureza.

Em termos valorativos, a suportação do dano pela esfera onde ocorre corresponde, em geral, à solução mais justa. Qualquer dano pressupõe a prévia atribuição de uma vantagem, em termos particularizados. Ao fazer correr contra o beneficiado o risco do súbito desaparecimento da sua vantagem, o Direito dá livre curso a uma forma de justiça distributiva: *ubi commodum, ibi incommoda*. E a contraprova torna-se edificante: o fazer correr o risco por quem não tenha tido o benefício das vantagens, enquanto elas existiam, seria uma fórmula maior de injustiça.

As considerações expendidas são dobradas por profundas considerações históricas e culturais.

III. Em aplicação da regra básica da suportação dos danos, acima apontada, pode considerar-se, por exemplo:

- que o desaparecimento das vantagens de personalidade — *maxime* a morte — corre por conta do atingido;
- que a destruição ou a deterioração de uma coisa corpórea é sofrida pelo proprietário ou por quem, sobre ela, tenha outro direito;
- que a impossibilitação de uma obrigação é suportada pelo credor.

1149 GERHARD KEDEL, *Empfiehl es sich den Einfluss grundlegender Veränderungen des Wirtschaftslebens auf Verträge gesetzlich zu regeln und in welchem Sinn?* Gutachten 40. DfT (1953), vol. I, 137-236 (200) e ERWIN DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2ª ed. (1996), I.

As regras mais complexas de atribuição de bens são acompanhadas pelas equivalentes regras de suportação de riscos.

122. Imputação e responsabilidade civil

I. Em situações particulares, a regra apontada da suportação dos danos pelas esferas onde ocorram é desviada por normas diversas que obrigam à sua imputação — isto é, à sua atribuição — a outras esferas.

Surge, aqui, a responsabilidade civil. Enquanto situação, ela pode ser definida como a ocorrência jurídica na qual um dano registado numa esfera é imputado a outra. A imputação faz-se através de uma obrigação a obrigação de indemnizar.

A obrigação de indemnizar pode isolar-se pelas suas coordenadas e, designadamente:

- pela sua fonte: ela deriva de um dano e de uma imputação;
- pela seu conteúdo: a indemnização, isto é, a prestação equivalente a um determinado dano;
- pelo seu objectivo: a supressão de um dano, que vai ser repercutido na esfera adstrita a tal operação.

II. A situação mais simples na justificação de ocorrência de responsabilidade civil — portanto, de repercussão de danos em esferas nas quais elas não hajam, precisamente, ocorrido — é a da prática de factos ilícitos danosos: quando alguém, violando normas de Direito, provoque danos em esfera alheia, ocorre um condicionalismo que explica a quebra do princípio acima enunciado; o dano há-de ser suportado por quem o provoque e não em definitivo, pela esfera onde se tenha registado.

Esta derivação da responsabilidade civil corresponde à sua evolução histórica, a partir do antigo Direito romano¹¹⁵⁰. Resultaram, daí, consequências que se prolongaram até aos nossos dias. Assim:

- a responsabilidade civil assentou, primeiro, em cenários estritos tipificados na lei; ela concretizava-se apenas quando se verificassem factos específicos e não, em geral, sempre que alguém causasse danos ilícitos;

1150 Quanto à origem e à evolução histórica da responsabilidade civil cf. o nosso *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais* (1997), 399 ss., com indicações.

- a responsabilidade civil desenvolveu-se, dogmaticamente, em torno da prática ilícita de danos, excepcionalizando todas as suas outras manifestações e apoiando-se, no apuramento dos seus pressupostos, apenas nas previsões de ilicitude civil;
- a responsabilidade civil apresentou-se sistematicamente como uma sanção - por vezes mesmo como uma punição - passando para segundo plano o seu fito essencial - a mera imputação de danos.

Todas estas sequelas foram historicamente superadas. Todavia, elas deixaram resquícios dogmáticos que permitem a vitalidade do instituto.

A responsabilidade civil tende a assentar em cláusulas gerais - por tanto em descrições genéricas de realidades fácticas, por oposição aos clássicos catálogos de factos imputados. O exemplo mais acabado é, quanto à responsabilidade por actos ilícitos, o do artigo 483.º/1 do Código Civil.

A responsabilidade civil não deveria assentar dogmaticamente na prática de factos ilícitos nem desenvolver, em tais bases, os seus pressupostos: o essencial da sua concretização residiria, tão-só, no dano e na imputação. Todavia, e porque historicamente a responsabilidade se desenvolveu em torno dos factos ilícitos, a doutrina destes funciona como a grande matriz de todo este instituto.

A responsabilidade civil visa, por fim, a supressão de um prejuízo; não tem, à partida, escopos punitivos nem sequer, de modo necessário, sancionatórios. Não obstante, o aspecto sancionatório e retributivo da responsabilidade civil tem conhecido um incremento recente.

III. Por razões de ordem técnica, a responsabilidade civil efectiva-se através de vínculos obrigacionais: as obrigações de indemnizar. Por isso, e num fenómeno típico de absorção estrutural, ela é tratada e estudada em Direito das obrigações.

Apesar desse fenómeno, deve ficar claro que a responsabilidade civil se ergue como um instituto geral de todo o Direito privado. Os danos que ela vai apagar são os desencadeados por supressões ocorridas em qualquer disciplina civil, desde o Direito da personalidade ao das sucessões.

Ela releva, pois, nas suas generalidades, na parte geral do Direito civil.

123. Títulos de imputação

I. A responsabilidade civil afirma-se sempre em detimento de regra basilar da suportação dos danos pela esfera onde ocorram. Por isso, ela só

se concretiza na presença de particulares eventos que, em termos jurídicos, justifiquem a imputação desses danos a uma esfera diferente; constituem tais eventos os títulos de imputação.

Nos primórdios, os títulos de imputação de danos redundavam sempre na prática de ilícitos danosos.

A revolução industrial e as consequências económico-sociais dela derivadas vieram provocar novas formas de pensar o problema.

Na verdade, em múltiplas ocasiões se verificou que certas pessoas recolhiam particulares benefícios por serem detentoras de meios perigosos para terceiros. Quando tal suceda, afigura-se razoável, ao Direito, fazer correr o risco dos danos provocados por tais meios não contra quem os suporta, mas contra aquele que deles se aproveite, independentemente do perpetrar de quaisquer factos ilícitos.

Chegou-se, assim, a um multiplicar de títulos de imputação.

II. No Direito actual, os títulos de imputação ordenam-se, com frequência, em três categorias:

- a imputação por facto ilícito ou por incumprimento;
- a imputação pelo risco;
- a imputação por facto lícito ou pelo sacrifício.

A imputação por facto ilícito ¹¹⁵¹ tem lugar quando alguém, ilicitamente e com culpa, viole um direito alheio ou uma disposição destinada a proteger os seus interesses - artigo 483.º/1. A lei autonomiza a hipótese de o direito violado ser um crédito - artigo 798.º; nessa altura, a responsabilidade diz-se contratual ou obrigacional, obedecendo a pressupostos diversos.

A imputação por facto ilícito postula duas instâncias de controlo do sistema sobre a sua estatuição:

- a ilicitude: o dano deve ser provocado em violação a normas jurídicas e sem que ocorra uma causa de justificação (por exemplo, a legítima defesa);
- a culpa: a acção deve assentar numa tal relação de meios-fins que o agente incorra num juízo de censura, seja por ter pretendido directa, necessária ou eventualmente atingir as normas violadas,

¹¹⁵¹ Ainda dita delitual, extra-obrigacional ou aquiliana (da *Lex Aquilia de damno*, de 286 a. C., segundo alguns autores, que lhe firmou as bases).

(dolo), seja por não ter pretendido pautar-se pelos deveres de cuidado que ao caso caibam (negligência).

De resto, a acção deve ter sido desencadeada pelo imputado e o dano há-de ocorrer numa confluência meios-fins do agente.

III. A imputação pelo risco tem lugar quando o Direito faça correr por determinada esfera a eventualidade de danos registados em esferas diferentes; independentemente de qualquer facto ilícito, tal só sucederá em situações previstas na lei com esse efeito – cf. artigo 483.º/2.

Em regra, as imputações pelo risco jogam contra o beneficiário de meios perigosos: utilização de animais – artigo 502.º – de veículos – artigo 503.º – de instalações de energia eléctrica ou gás – artigo 509.º, etc.. Mas elas podem ocorrer por razões de oportunidade – artigo 500.º – ou por profundas motivações de tipo social, como sucede no campo dos acidentes de trabalho, repercutidos na esfera do empregador – artigos 281.º e 303.º/1, do Código do Trabalho.

De natureza excepcional, no seu início, as imputações pelo risco devem hoje ser apresentadas como desvios à regra de suportação dos danos nas esferas onde ocorram, e nada mais.

A imputação pelo risco não postula, por definição, qualquer acção destinada a provocar danos; assim sendo, não há que procurar o surgimento do dano numa confluência com os meios-fins do agente (o chamado “nexo de causalidade”) mas, tão-só, numa sequência socialmente adequada à sua suscitação.

A imputação pelo risco, também dita objectiva por dispensar qualquer actuação do sujeito, deve promover uma definitiva emancipação da imputação de danos perante a responsabilidade aquiliana. Reside, aqui, uma área importante de evolução juscientífica da responsabilidade civil nos próximos tempos.

IV. A imputação por facto ilícito ou pelo sacrifício postula o cometimento voluntário de um dano, mas em termos tais que a sua prática não possa ser considerada como ilícita. Não obstante, o Direito, tendo em conta que o autor do dano pode, dele, retirar vantagens, considera como injusto uma sua suportação, apenas, pelo titular da vantagem frustrada. Estabelece uma imputação dos danos verificados ao autor do comportamento, ainda ilícito – artigo 339.º/2, 2ª parte.

§ 30.º A PROPRIEDADE E A SUA TRANSMISSÃO

124. A propriedade; aceções e justificação

I. A propriedade constitui um instituto civil geral que ocupa um lugar dogmático e significativo-ideológico de relevo, no espaço jurídico.

A sua utilização intensiva em diversos domínios tem provocado uma refracção linguística múltipla, de tal modo que o termo “propriedade” é, hoje, polisémico. Cabe afinar a terminologia.

A propriedade pode figurar:

- direitos subjectivos;
- uma relação entre os direitos subjectivos e o seu objecto;
- o próprio objecto dos direitos subjectivos em causa.

A primeira aceção surge como a mais correcta, ainda que comporte diversos entendimentos que devem ser esclarecidos; a segunda deve ser substituída pela expressão *titularidade*; a terceira corresponde a *bens* ou a *coisas*, sendo preferível o recurso a estas designações.

II. Tomada em aceção jurídico-subjectiva, a propriedade pode traduzir:

- em sentido amplo, o conjunto dos direitos patrimoniais privados – por exemplo, o artigo 62.º/1 da Constituição da República;
- em sentido estrito, o direito real regulado nos artigos 1302.º e seguintes do Código Civil e que pode ser definido como a permissão normativa plena e exclusiva de aproveitamento de uma coisa corpórea.

Ainda aqui novas distinções seriam possíveis. Fala-se, efectivamente, em propriedade pública para isolar o direito subjectivo patrimonial constituído não por normas civis mas por normas administrativas – e, de novo, se poderia lidar com uma propriedade pública em sentido amplo,

depo
Sendo
propriedade
e bem
de uso
comum

equivalente a todos os direitos patrimoniais públicos ou em sentido restrito, quando apenas relevasse o Direito patrimonial público. Mas a propriedade pública pode ainda traduzir o(s) direito(s) patrimonial(ais) privado(s) que se encontrem na titularidade do Estado ou de outras entidades públicas.

No Direito civil, a propriedade é sempre a estabelecida por normas de Direito privado, seja quem for o seu titular; fica no entanto subjacente que a "propriedade privada" corresponde, em termos paradigmáticos, a que se encontra na titularidade particular.

III. A propriedade tem um relevo jurídico que transcende o de uma mera espécie de direito subjectivo.

Em termos dogmáticos, ela comporta, pela sua impressividade, traços comuns a todos os direitos que, por razões histórico-culturais, foram desenvolvidos a seu respeito. Assim, ainda hoje, o Livro III do Código Civil está despojado de uma parte geral; a propósito do direito de propriedade surgem depois os princípios que deveriam corresponder a essa parte.

Em termos significativo-ideológicos, ela corporiza as representações políticas, históricas ou sociais que se prendem à apropriação privada da riqueza e, designadamente, da riqueza produtiva. Nesta dimensão ficam em causa quaisquer direitos privados.

IV. A propriedade é explicada, desde os tempos antigos, com recurso aos dois esquemas primordiais da sua constituição: a ocupação e o trabalho.

A ocupação faculta a apropriação a quem se apossa de bens sem dono; o trabalho permite-a àquele que, pelo seu labor, produza novos bens. A manutenção subsequente remonetaria sempre a esses esquemas iniciais.

A legitimidade de todo esse processo seria aferida pela *liberdade*: sem um mínimo de bens postos à disposição exclusiva de cada um, as hipóteses de auto-realização e de livre escolha ficarão submetidas às graças do poder estabelecido.

125. Conteúdo; disponibilidade e transmissão

I. O conteúdo da propriedade – em sentido amplo ou restrito, sempre com a indicação de que, nesta última acepção, ela é paradigmática – depende, desde logo, dos bens sobre que recaia. As possibilidades do beneficiário serão muito diversas consoante se trate de um terreno ou de um bem móvel de consumo.

Como permissão de largo alcance, a propriedade deixa ao arbítrio do beneficiário tudo quanto não seja proibido ou, muito simplesmente, afastado do núcleo permissivo inicial. A permissão básica pode analisar-se em faculdades, poderes, deveres ou encargos, embora os primeiros devam ser estruturalmente dominantes.

De entre as faculdades clássicas atribuídas ao proprietário – cf. o artigo 1305.º do Código Civil – contam-se as de uso, fruição e disposição: o uso corresponde à utilização da coisa, segundo as suas naturais qualidades; a fruição integra a possibilidade de, sobre ela, desenvolver actividades produtivas; a disposição põe a tónica na natureza permissiva do conjunto e na possibilidade da sua transmissão.

II. A disponibilidade e a transmissibilidade constituem aspectos marcantes da propriedade que, nessa medida, são extrapoláveis para os outros direitos patrimoniais.

Tratando-se de direitos, eles apresentam sempre uma estrutura permissiva: o seu exercício fica na disponibilidade do sujeito, que pode renunciar à sua posição, recluir a dívida, abandonar a coisa, etc.. Em termos materiais – e nos limites do conteúdo do seu direito – ele poderá transformar o objecto do seu direito ou mesmo destruí-lo.

A transmissão – que implica uma faculdade jurídica normalmente inscrita no conteúdo dos direitos patrimoniais e, por excelência, no da propriedade – equivale à possibilidade de usar os bens enquanto valores de troca, fazendo-os circular na sociedade, seja onerosa, seja gratuitamente.

Inicialmente limitada à propriedade – artigo 1305.º – a transmissibilidade veio, no termo de uma evolução milenária, a enformar os diversos direitos patrimoniais privados, caracterizando, nessa medida, todo o Direito privado; cf. os artigos 424.º e ss., 577.º e ss., 589.º e ss. e 595.º e ss..

126. A transmissão por morte

I. A propriedade anda associada, designadamente nos seus níveis representativos, ao tema da sua transmissão por morte. A garantia constitucional atinge-a, aliás, também nesse aspecto – artigo 62.º/1, da Constituição. Essa transmissibilidade é muito extensa, de tal modo que o Direito, querendo precisar-lhe os contornos, se pronuncia pela negativa, dizendo apenas o que não constitui objecto de sucessão – artigo 2025.º do Código Civil.

Fica pois assente a sobrevivência da propriedade – dos direitos patrimoniais privados – à vida dos seus titulares, numa posição que aparenta o maior relevo, quer num prisma psicológico quer nas dimensões económicas, políticas e sociais. Boa parte da estruturação jurídico-privada disso depende: torna-se, assim, possível tratar a matéria jurídico-civil como se as diversas situações jurídicas fossem imunes à morte dos seus titulares; elas continuam sempre nos sucessores.

II. A transmissibilidade, por morte, dos direitos patrimoniais privados é, muitas vezes, associada à lógica da apropriação privada. Trata-se, porém, duma associação, em si, menos clara: bem podia haver propriedade privada, revertendo tudo para o Estado, com a morte do seu titular.

Dois factores contribuirão para esclarecê-la:

- a família: boa parte da transmissão por morte dos bens opera no quadro da família; fica explicada, pois, à luz das representações familiares, sociológicas e culturais;
- as posições passivas: a generalidade das posições activas tem, como contrapartida, posições passivas de outros sujeitos; ora elas ficariam gravemente prejudicadas quando estas se extinguíssem por morte dos vinculados; havendo transmissão por morte, elas poderão sempre ser actuadas contra os sucessores.

A transmissão da propriedade por morte garante, efectivamente, a sua lógica interna; mas fá-lo, sobretudo porque ao assegurar a subsistência das obrigações perante a morte do obrigado, assegura as correspondentes posições activas.

PARTE II

NEGÓCIO JURÍDICO

127. Razão de ordem; a rejeição da relação jurídica

I. O estudo da parte geral do Direito civil coloca problemas delicados, de um ponto de vista científico como num prisma pedagógico.

Por um lado – e afastadas as leituras positivistas que viam no método de exposição uma mera questão de sistema externo, indiferente para as soluções materiais – há que procurar uma sequência que faculte o melhor aproveitamento possível das comunicações jurídico-civis visualizadas pelas fontes, afirmando e repercutindo o seu significado profundo e sempre atualizável.

Por outro lado, cabe encontrar uma fórmula expositiva que permita, também quanto possível, minorar o calvário pedagógico resultante, nas palavras de FRANZ WIEACKER, da parte geral dos códigos civis.

II. As exposições tradicionais baseadas nos “elementos da relação jurídica” devem ser abandonadas.

Contra a relação jurídica depõem todos os motivos que se viu desaconselharem uma estratificação da parte geral ou, se se quiser, que vedam a conceptualização estereotipante do Direito civil.

Retomando esses motivos, pode proceder-se à sua sistematização como segue:

- motivos metodológicos: a relação jurídica é uma emanção da parte geral pufendorfiana, que perpetua e reproduz em todos os meandros do Direito civil; ora o Direito civil não é nenhum *a priori*, antes devendo ser captado pelo estudo da História, da cultura e das fontes;
- motivos dogmáticos: a relação jurídica, como foi visto, apenas ocorre nas denominadas situações relativas; a sua generalização constitui uma fonte de distorções nas diversas disciplinas e, sobretudo, naquelas que não sejam dominadas por esquemas obrigacionais, como sucede em direitos reais;
- motivos significativo-ideológicos: a relação jurídica é despersonalizada, relegando a pessoa para uma segunda linha e esquecendo, desse modo, o cerne imprescindível do Direito civil;

- motivos pedagógicos: a relação jurídica impede uma reanimação do estudo da parte geral e dificulta a abertura de novas rubricas; ela encerra a matéria nos seus quatro pretensos elementos, inviabilizando uma distribuição dinâmica da matéria;
- motivos científicos: a relação jurídica ergue-se como um obstáculo eficaz à procura de soluções novas, mais justas e mais adequadas.

III. A anteposição de uma primeira parte dedicada à doutrina geral corresponde já à necessidade de substituir a relação jurídica. Há, agora, que a levar até ao fim.

Certos limites de ordem prática opõem-se, no entanto, a uma reformulação mais cabal da exposição do Direito civil. A repartição germânica das disciplinas jurídicas está consagrada no Código Civil e nas leis que aprovam os planos de estudo das Faculdades de Direito. Desconhecê-la em absoluto conduziria a não acompanhar todo o Direito privado positivo, inserido no Código Civil e poderia ocasionar conflitos de competência entre as várias disciplinas legalmente previstas. A solução ideal terá, assim, de ser sacrificada à solução possível e esta, por seu turno, não poderá descurar o teor jurídico-positivo do Livro I do Código Civil.

IV. O *Livro I - Parte geral* - do Código Civil apresenta uma sistematização interna que importa recordar no essencial:

TÍTULO I - Das leis, sua interpretação e aplicação

- Capítulo I - Fontes do direito (artigos 1.º a 4.º)
- Capítulo II - Vigência, interpretação e aplicação das leis (artigos 5.º a 13.º)
- Capítulo III - Direitos dos estrangeiros e conflitos de leis (artigos 14.º a 65.º)

TÍTULO II - Das relações jurídicas

- Subtítulo I - Das pessoas* (artigos 66.º a 201.º)
- Capítulo I - Pessoas singulares (artigos 66.º a 156.º)
- Capítulo II - Pessoas colectivas (artigos 157.º a 194.º)
- Capítulo III - Associações sem personalidade jurídica e comissões especiais (artigos 195.º a 201.º)
- Subtítulo II - Das coisas* (artigos 202.º a 216.º)
- Subtítulo III - Dos factos jurídicos* (artigos 217.º a 333.º)
- Capítulo I - Negócio jurídico (artigos 217.º a 294.º)
- Capítulo II - Actos jurídicos (artigo 295.º)
- Capítulo III - O tempo e a sua repercussão nas relações jurídicas (artigos 296.º a 333.º)

Subtítulo IV - Do exercício e tutela dos direitos (artigos 334.º a 396.º)

Capítulo I - Disposições gerais (artigos 334.º a 340.º)

Capítulo II - Provas (artigos 341.º a 396.º)

O Título I transcende o Direito civil: contém matéria geral e abrange o Direito internacional privado. O Título II, pelo contrário, surge no núcleo do Direito civil, de novo se perfilando, por seu intermédio, a técnica da relação jurídica, na sequência tradicional: sujeitos, objecto e facto (e ainda, de certo modo, "garantia").

Nada impede, no entanto, a sua redistribuição¹¹⁵².

V. Uma das críticas de fundo feitas à relação jurídica e à sua técnica reside na subalternização da pessoa, por ela induzida. A subalternização em causa deriva da consideração dogmática da pessoa como um elemento - entre outros - da relação jurídica, em vez de a colocar no centro de gravidade de todo o civilismo. O problema tem a ver com a concepção de base que preside à sistemática da relação jurídica e não, como é natural, com a presença - ou não - da pessoa no 1.º Subcapítulo dedicado à matéria.

Viu-se, no domínio dos institutos gerais do Direito civil, como a personalidade se desdobra em regras e princípios que dão, ao ordenamento civil, uma feição própria. No desenvolvimento subsequente, haverá a opor-tunidade de, por forma repetida, verificar como os diversos dispositivos têm em vista a pessoa, independentemente de tratarem dela, em exclusivo ou de modo primordial.

VI. O Direito é uma fenomenologia histórico-cultural, comunicada pela linguagem e dependente, nos seus múltiplos aspectos, de aprendizagem. O homem recebe-o do exterior, submetendo-se-lhe na medida em que ele chegue, e se lhe imponha.

Uma visão conceptual determina pontos fixos, reduzidos em termos de simplificação e procura, depois, retirar deles consequências.

Uma leitura humanista - no sentido mais compreensivo da expressão - ocupa-se dos efeitos jurídicos utilizando, para melhor os compreender e exprimir, figuras apresentadas como seus suportes.

Por exemplo:

¹¹⁵² Defendendo a manutenção da relação jurídica, pelo menos na parte geral: CAPELO DE SOUSA, *Teoria geral* cit., I, 162 ss. A coerência obrigaria a propugná-la nas partes especiais, o que não é, de todo, praticável (nem praticado).

numa visão conceptual, uma pessoa, porque é pessoa e porque, por hipótese, tem a titularidade de um direito, pode vender; a personalidade e o bem surgem como causas do efeito "venda", numa visão filosófica e antropológicamente integrada, a pessoa apresenta-se (é reconhecida) como pessoa e como titular para que venda – e logo porque o faça ou possa fazer; a personalidade e o bem são consequências do efeito que – esse sim – justifica o direito.

Os efeitos são, assim, um *prius* perante a pessoa e os bens.

Aliás, a própria metodologia conceptual, procurando definir pessoa (= susceptibilidade de ser titular de direitos ou adstrito a obrigações, na noção comum), fá-lo a partir dos bens e visando definir bens (= o que pode ser objecto de "relações" jurídicas, também na noção comum), fá-lo a partir dos efeitos: uma construção inversa baquearia, por falta, além do mais, de quadros linguísticos.

VII. Em termos pedagógicos – e numa linha que as próprias definições comuns, acima antecipadas, permitiram documentar – afigura-se preferível seguir os fenómenos na sua marcha natural, do mais simples ao mais complexo e da causa à consequência, ao inverso.

Na parte geral, como, em todo o Direito civil, é inevitável trabalhar com noções que apenas mais adiante serão explicadas, ou pressupor demonstrações ainda por efectuar. Mas esses desvios, a vários títulos nocivos, devem ser evitados sempre que possível.

Definir, por exemplo, capacidade de exercício como "medida de direitos a exercer pessoal e livremente", para só depois definir "direito" e, mais tarde ainda, o "exercício pessoal e livre" é levar demasiado longe a inversão conceptual. Repare-se que a via contrária – definir efeito, então bem e, depois, pessoa – é possível, tanto mais que as noções aí em falta podem, mais facilmente, ser pressupostas.

VIII. Está-se, pois, em condições de, por razões filosóficas, científicas e pedagógicas, apontar uma inversão sistemática grave na doutrina comum que, apegada à relação jurídica, apresenta, sucessivamente, os sujeitos, o objecto e o facto.

A sequência deve ser justamente a oposta: facto, objecto e pessoa, destino último de todo o Direito civil. O "facto", por seu turno, releva enquanto produto de algo que sucedeu, isto é, enquanto efeito, de modo a

prevenir novos causalismos conceptuais, como haverá a oportunidade de verificar, quando se referir a natureza da acção humana. Na linguagem da terceira sistemática, o núcleo dogmático da eficácia jurídica é constituído pelo negócio.

Por isso, a sequência¹¹⁵³ será a seguinte:

- Parte II – Negócio jurídico;
- Parte III – Coisas;
- Parte IV – Pessoas;
- Parte V – O exercício jurídico.

Acrescente-se apenas que esta metodologia, na linha de múltiplos aspectos já versados, pretende, efectivamente, concretizar novas vias científicas e pedagógicas de elaborar a "teoria geral" do Direito civil.

Mas ela não salta na escuridão: desde THIBAUT, nos princípios do século XIX e até MEDICUS, no actual ensino da parte geral na Faculdade de Direito de Munique ou LEIFOLD, na de Freiburg, que vias similares – ainda que com outras justificações – têm sido utilizadas, com êxito¹¹⁵⁴.

A Ciência do Direito, particularmente no campo do Direito civil, não pode ser impermeável à inovação e ao progresso; muito menos deve regredir. Finalmente: os universitários, em especial os nacionais, devem abandonar a postura de desconfiança apriorística perante qualquer novidade.

¹¹⁵³ Trata-se da sequência seguida na 3ª ed. I/1, na 2ª I/2 e na 1ª I/3 e que nos propomos conservar para o futuro.

¹¹⁵⁴ Sobre toda esta matéria, cf. a nossa *Teoria geral do Direito civil/Relatório cit.*, *passim*.

CAPÍTULO I
ACÇÕES E FACTOS JURÍDICOS

§ 31.º EFICÁCIA JURÍDICA

128. Eficácia jurídica; situação e modelo de decisão

I. Há eficácia jurídica quando algo ocorra no mundo do Direito, isto é, sempre que se verifiquem determinadas consequências nas quais, através de critérios reconhecidos, ainda que discutíveis, seja possível apontar as características da juridicidade. As consequências juridicamente relevantes são sempre respeitantes a pessoas: sem Humanidade, não há Cultura, não há Ciência e logo Direito. Assim sendo, a eficácia jurídica reporta-se, de modo necessário, a situações jurídicas, nos termos acima definidos 1155. A situação jurídica, por seu turno, resulta de uma decisão jurídica, ou seja, assume-se como o acto e o efeito de realizar o Direito, solucionando um caso concreto.

A decisão jurídica é uma decisão humana, em sentido cognitivo-volitivo: implica Ciência – ou seria arbitrária – e implica opção – ou surtiria automática. A opção, ainda que pressupondo sempre uma margem maior ou menor de manobra, baseia-se em factores colhidos nas fontes e que, por se mostrarem aptos a inflectir a vontade humana, se apresentam como argumentos em sentido próprio. Os argumentos relevantes perante cada caso concreto concatenam-se, com as suas conexões, os seus valores e o seu peso relativo, em modelos de decisão, isto é, em complexos articulados que habilitem o intérprete-aplicador a decidir com legitimidade.

II. A eficácia jurídica resulta assim, afinal, de modelos de decisão, emergindo estes de argumentos, o que é dizer, dos factores que compõem um regime jurídico-positivo aplicável.

1155 Cf. *supra*, 303 ss..

Estudar a eficácia jurídica implica o levantamento, a análise e a explicação dos regimes que a ditam e a justifiquem. Numa linguagem tradicional – e prevenindo, pelas explicações acima alinhadas, o perigo de retrocessos conceptuais ou subsumitivos – poder-se-ia dizer que a eficácia jurídica é o produto da aplicação de regras jurídicas (normas e ou princípios).

III. O ponto de partida para o estudo dogmático do Direito civil há-de, em quaisquer circunstâncias, ser constituído pela eficácia jurídica e não por normas ou fontes. Convém, efectivamente, ter presente que todo o esforço desenvolvido pela Ciência jurídica, a partir dos finais do século XX, para superar o irrealismo metodológico, assenta na natureza constitutiva dessa mesma Ciência e no facto, hoje já não discutível, de apenas no caso concreto decidido aparecer o verdadeiro Direito. Além disso, estamos numa área em que a adequação metodológica conduz a uma melhoria substancial do próprio sistema de exposição da matéria: um ganho pedagógico a aproveitar.

129. Eficácia constitutiva, transmissiva, modificativa e extintiva

I. A eficácia é a dimensão dinâmica das situações jurídicas: do movimento depende a existência.

Tendo em conta a ordenação, perante a situação jurídica, da eficácia, pode-se falar em eficácia constitutiva, transmissiva, modificativa e extintiva:

- constitutiva, caso se forne (se constitua) uma situação antes inexistente na ordem jurídica: por exemplo, há eficácia constitutiva quando, nos termos do artigo 1263.º, a) alguém se aposse duma coisa, fazendo surgir uma situação possessória;
- transmissiva, sempre que uma situação já existente, na ordem jurídica, transite da esfera de uma pessoa para a de outra; por exemplo, celebrado um contrato de compra e venda, a propriedade da coisa transmite-se do vendedor para o comprador, segundo o artigo 879.º, a);
- modificativa, na hipótese de uma situação centrada numa determinada pessoa aí se conservar com alterações no seu conteúdo; o negócio anulável que, nos termos do artigo 288.º, seja confirmado, altera-se, por ter sido sanado;

– extintiva, por fim, na eventualidade de se dar o desaparecimento, da ordem jurídica, de uma situação antes existente: cumprida uma obrigação, esta extingue-se.

II. A doutrina comum chama, à constituição, “aquisição originária” e à transmissão, “aquisição derivada”¹¹⁵⁶. trata-se, efectivamente, de designações equivalentes entre si, enfocando embora os fenómenos pelo prisma das esferas jurídicas.

Em princípio, evitar-se-á o termo “aquisição”, para prevenir dúvidas. Registe-se ainda que, em certos casos, pode extinguir-se uma situação e, de seguida, constituir-se nova situação, em tudo idêntica à anterior, mas noutra esfera jurídica. Não há, quando isso suceda, transmissão: exige-se, porém, uma cuidada análise do caso concreto para evitar as dúvidas que a extinção-constituição sempre provocam.

III. Em certas hipóteses, um efeito pode revelar-se, em simultâneo, constitutivo e modificativo. Assim, o proprietário que hipoteca um terreno – artigos 686.º ss. – constitui o direito de hipoteca a favor do credor hipotecário e modifica a sua própria situação de propriedade a qual, a partir de então, passará a estar onerada pela garantia. Fala-se, a tal propósito em “aquisição derivada constitutiva” (MOTA PINTO) o que não é totalmente exacto¹¹⁵⁷.

Estas diversas modalidades de eficácia têm importância por conduzirem à aplicação de regimes próprios diferenciados, ao longo das diversas disciplinas civis. Os modelos civis vêm, depois, repercutir-se em todas as áreas do ordenamento.

130. Transmissão e sucessão

I. Ainda que discutível¹¹⁵⁸, pode-se operar uma distinção entre transmissão e sucessão, integrando então esta apenas um conceito amplo de transmissão.

¹¹⁵⁶ MOTA PINTO, *Teoria geral*, 3ª ed., cit., 359 ss.

¹¹⁵⁷ De facto, não há dificuldade em fazer depender uma *constituição* da preexistência de situações anteriores; não há transmissão porque estas não transitam de esfera.

¹¹⁵⁸ Entre nós, a distinção é defendida por OLIVEIRA ASCENÇÃO, mas posta em dúvida por GALVÃO TELLES; particularmente relevante no Direito das sucessões, ela transcede, no entanto, o seu âmbito estrito.

Na transmissão, verifica-se a passagem de uma situação jurídica da esfera de uma pessoa, para a de outra: na sucessão, ocorre a substituição de uma pessoa por outra, mantendo-se estática uma situação jurídica; qual, por isso, estando inicialmente na esfera de uma pessoa, surge, depois da troca, na de outra.

II. Aparentemente idênticas, nos seus resultados, transmissão e sucessão acabariam, no entanto, por implicar eficácias diferentes, donde o seu particular interesse: na transmissão, a situação transferida poderia sofrer certas alterações de elementos circundantes, enquanto na sucessão, ela manter-se-ia totalmente idêntica.

Assim:

uma situação de posse — isto é: de controlo material de uma coisa corpórea — diz-se de boa fé quando o possuidor ignorasse, no início, prejudicar o direito de outrem — artigo 1260.º¹¹⁵⁹; havendo transmissão, ela poderá tornar-se de má fé sempre que, no momento da operação, o transmissário soubesse estar a prejudicar outrem; na sucessão, pelo contrário, o sucessor recebe exactamente o que se encontrava na esfera do antecessor.

III. A base legal de distinção reside, sobretudo, na contraposição dos regimes da sucessão na posse e da acessão da posse, consagrados nos artigos 1255.º e 1256.º do Código Civil.

Havendo sucessão na posse, segundo o artigo 1255.º, esta continua nos sucessores, independentemente da apreensão material da coisa: ela mantém todas as suas características e dispensa qualquer manifestação de vontade ou actuação similar específica. Pelo contrário, na transmissão referida no artigo 1256.º¹¹⁵⁹, a posse pode mudar de características — poder ter “natureza diferente” — e depende, na sua continuidade, de uma manifestação de vontade do transmissário.

¹¹⁵⁹ Em vez de referir a “transmissão”, a lei mencionou o “...houver sucedido na posse de outrem por título diverso da sucessão por morte...”, numa complicação que tem sido criticada pela doutrina. Cf. MENEZES CORDEIRO, *A posse: perspectivas dogmáticas actuais*, 3.ª ed. (2000), 109 ss.

31. Eficácia pessoal, obrigacional e real; outros tipos

I. A eficácia pode ainda classificar-se consoante a natureza das situações jurídicas a que se reporte.

Assim, há eficácia pessoal quando a situação jurídica que se cons- titui, transmite, modifique ou extinga não tenha natureza patrimonial.

A eficácia revela-se obrigacional sempre que alguma dessas quatro situações se reporte a obrigações obrigacionais e real quando tal ocorra perante situações próprias de coisas corpóreas.

Nalguns casos, a lei refere expressamente a eficácia real — por exem- plo, artigo 413.º — ou obrigacional — artigo 1306.º¹¹⁶¹, *in fine* (“natureza obrigacional”); noutros, apenas uma ponderada consideração de cada caso poderá elucidar a natureza da situação.

II. Ainda de acordo com a natureza das situações em jogo, outros tipos de eficácia podem ser isolados. A tal propósito, remete-se para as classificações de direitos subjectivos, acima efectuada¹¹⁶⁰.

32. O papel dos factos jurídicos

I. A decisão constitutiva do Direito, que solucione o caso concreto, opera uma síntese entre os elementos normativos que compõem o modelo de decisão e os factos subjacentes nele envolvidos.

Embora a fonte da produção de efeitos — portanto, de eficácia — só possa residir na vontade do intérprete-aplicador¹¹⁶¹, não restam dúvidas de que esta acompanha certos factos, mais precisamente os factos que o Direito considere relevantes e aos quais, por isso, entenda associar deter- minados efeitos.

São os factos jurídicos, classicamente utilizados como referenciais para as ulteriores tomadas de decisões jurídicas e, daí, para a própria efi- cácia jurídica.

¹¹⁶⁰ Cf. *supra*, n.º 335 ss.

¹¹⁶¹ Tal vontade, volta a repeli-se, não é — não pode ser — arbitrária, antes devendo obedecer a directrizes mais ou menos estritas, comandadas e controladas pela Ciência jurídica, em conformidade com o Direito positivo.

II. O aprofundamento da linha acima referida acabaria por conduzir à afirmação da função puramente legitimante dos factos jurídicos: a sua presença tornaria legítimas determinadas decisões.

Mais um passo e seria possível considerar que a legitimação se bas-taria com a sua invocação pela entidade decidente.

Estes aspectos, que não devem dispensar uma actuação sindicante da Ciência Jurídica, são importantes: eles recordam que não há, nos factos isoladamente tomados, um papel juridificador: este assiste ao Direito, à sua Ciência e aos seus cultores.

§ 32.º FACTOS, ACÇÕES E NEGÓCIOS JURÍDICOS

133. Factos jurídicos; modalidades

I. Como foi referido, o facto jurídico é, normalmente, definido como um evento ao qual o Direito associa determinados efeitos. Numa técnica normativa linear, poder-se-ia dizer que o facto jurídico se apresenta como a realidade apta a, integrando uma previsão normativa, desencadear a sua estatuição.

Esta visão mecanicista pode ser utilizada, por razões de comodidade linguística. Previne-se, no entanto, para a sua natureza figurativa: o facto jurídico apenas justifica que uma decisão, tomada com base em modelos que o tenham em conta, seja legítima. Nenhuma norma opera, por si, de modo automático.

II. Os factos jurídicos são susceptíveis de múltiplas classificações.

A mais simples distingue, nos factos jurídicos em geral ou *laro sensu*, os factos jurídicos em sentido estrito (*stricto sensu*) dos actos jurídicos, consoante, para efeitos de eficácia, eles sejam considerados como eventos naturais ou, pelo contrário, como manifestações de vontade humana.

Repare-se que, em rigor, o facto jurídico *stricto sensu* pode redundar numa manifestação de vontade humana que, no entanto, não releve, enquanto tal, em termos de eficácia: o Direito trata-a como uma ocorrência. Tal sucede com a gestão de negócios — artigos 464.º e ss. — e em várias hipóteses de enriquecimento sem causa — artigos 473.º ss..

III. Os factos jurídicos *stricto sensu* abrangem eventos da mais diversa natureza. Torna-se, portanto, problemático fazer uma sua teorização, que não seja pelo prisma da eficácia. Assim, o que pode haver de comum entre uma inundação, que acciona os mecanismos de um contrato de seguro, uma extracção da lotaria, que confere direitos a determinados prémios e o nascimento de uma pessoa, que dá lugar a um novo centro de

imputação de normas jurídicas é, justamente, a presença de eficácia jurídica.

IV. Os actos jurídicos podem processar-se no espaço conferido às pessoas pela autonomia privada. Quando tal ocorra, eles comportam a classificação, já apresentada, de actos jurídicos em sentido estrito e negócios jurídicos, consoante impliquem, apenas, liberdade de celebração ou, pelo contrário, assentem, simultaneamente, na liberdade de celebração e na de estipulação. Pelo contrário, os actos podem ter lugar em áreas não-permitidas. Trata-se, então, de actos ilícitos, aos quais o Direito associa efeitos próprios.

Na base destes fenómenos encontra-se a acção humana. Há que lhe extrapolar a estrutura e o conteúdo.

134. A acção humana

I. A acção humana traduz o essencial da eficácia jurídica: recorda-se que o Direito privado surge, por definição, como uma zona de liberdade, onde as pessoas são convidadas a agir.

Não obstante, o tema da acção tem escapado à sua sede natural: a parte geral do Direito civil. Relegada para o Direito das obrigações, a propósito da responsabilidade civil 1162 e aprofundada no Direito penal 1163, a acção humana tem vindo a ser estudada quando assumia uma feição patológica.

Há um desvio metodológico que deve ser reparado: a acção humana, na grande generalidade dos casos, é conforme com o Direito e interessa, sobretudo, ao Direito civil.

II. O conceito de acção sofreu uma evolução histórica marcada 1164. Ela começou por ser entendida em sentido naturalístico: seria uma modificação do mundo exterior, causalmente ligada à vontade. Mas por esta

1162 Cf., por exemplo, *Direito das obrigações* cit., 2, 322 ss.

1163 Cf., por exemplo, FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal* (1975), 122 ss.

1164 Vide as ob. e loc. cit. nas notas anteriores; têm particular interesse, quanto à matéria que segue, os clássicos HANS WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 8.ª ed. (11.ª ed. de *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen*) (1963), § 8 (28 ss.), KARL ENGEL, *Der finale Handlungsbegriff*, em *Probleme der Strafrechtsentwicklung* (1944), 141 ss. e HANS-HEINRICH JESCHECK, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung*, FS E. Schmidt (1961), 139 ss.

via, a acção humana mal se distinguiria de uma "actuação" desenvolvida por um animal ou por um autómato: tudo se passaria dentro de comuns relações de causa-efeito, explicáveis pela causalidade, no seu sentido mais mecanicista.

Intentou-se, então, introduzir um sentido normativista da acção. Este, adaptado ao Direito civil – uma vez que foi elaborado tendo em conta as necessidades do penalismo – dirá que, na acção, se assiste a uma afirmação ou a uma negação de valores. Desta feita, o naturalismo já não é puro, facultando-se mesmo uma dimensão explicativa da eficácia jurídica. Mas há, ainda, alguns óbices. Pergunta-se, no fundamental, se a particular aptidão da acção humana para afirmar ou enformar valores lhe advém, apenas, da identidade do agente – isto é, do facto de ele ser uma pessoa humana – ou se a acção humana, porque humana, é estruturalmente diferente de quaisquer outras "acções".

No fundo, a concepção normativista não ultrapassava, ainda, o estádio do naturalismo ou do causalismo mecanicista.

III. O passo seguinte foi dado pela teoria de acção final ou finalismo, desenvolvida na Alemanha por HANS WELZEL e, entre nós, autonomamente, por MANUEL GOMES DA SILVA 1165.

O seu enunciado é simples, embora surjam, depois, implicações complexas.

A acção humana não pode ser entendida como puramente causal, no sentido do agente provocar, de forma mecânica, determinadas alterações no mundo exterior: a acção é final porque o agente, consubstanciando previamente o fim que visa atingir põe, na prossecução deste, as suas possibilidades.

1165 HANS WELZEL era um penalista; a transposição do finalismo para o Direito civil foi obra de NIPPERDEY, justamente na parte geral do Direito civil: ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*, 15.ª ed. (1960), 2, § 137, I (860-861). As dificuldades depois denotadas têm a ver com o papel redutor pedido à acção no domínio da omissão e da negligência. Elas resultam, no fundo, da inserção da matéria no domínio patológico da responsabilidade civil. Cf., ainda, a bibliografia indicada no *Direito das obrigações* cit., 2, 326.

MANUEL GOMES DA SILVA, pelo contrário, faz do conceito final de acção um instrumento de ordem geral, outro tanto sucedendo com OLIVEIRA ASCENÇÃO.

Outros civilistas, independentemente de WELZEL e mesmo antes dele, adoptaram posições finalistas, com destaque para MANUOK, abaixo referido.

O que distingue a acção humana de qualquer "outra" é a sua estrutura interna: a "acção" não-humana traduz-se na sucessão mecânica de causa-fim, sendo este determinado por aquela; na acção humana, há uma prefiguração do fim que determina o movimento para o alcançar e os meios para tanto seleccionados: o próprio fim é a "causa".

IV. Assim se compreende que actuações humanas naturalisticamente idênticas possam ter conteúdos e efeitos muito diferentes, consoante os fins que as animem e justifiquem. Num exemplo clássico, a pessoa que se levanta, num recinto, pode expressar alguém que vai saudar um amigo, pode equivaler ao participante que faz um lance num leilão ou pode trazer um deputado, no decurso de uma votação no Parlamento.

Poder-se-ia aproveitar a contraposição entre actos e negócios, abaixo analisada¹¹⁶⁶, para circunscrever a ideia de acção, no Direito civil: nos actos *stricto sensu*, o acto seria causal, mantendo-se final apenas no negócio.

Julga-se, no entanto, que o finalismo deve ser levado até ao fim. O acto jurídico em sentido estrito é sempre uma acção humana que, como tal, é considerada pelo Direito. Quando este dispense a finalidade, deparamos já com um facto jurídico em sentido estrito, nos termos que acima foram explicitados.

No exemplo da ocupação – artigo 1318.º –, alguém adquire, de facto, a propriedade de uma coisa apenas por se apossar dela, isto é, por a colocar na sua esfera exclusiva de actuação, independentemente de pretender ser seu proprietário. A lei admite, aliás, a ocupação por parte de quem nem tenha o uso da razão¹¹⁶⁷; há, no entanto, a finalidade de captar a coisa e é a tal acção que o Direito, depois, atribui a eficácia constitutiva da propriedade. A pessoa que, contra a sua vontade, fique pegada a uma coisa móvel sem dono (*nullius*), não se torna proprietária.

O que se passa tem outra dimensão: o Direito, por vezes, exige uma finalidade mais profunda – ou mais pormenorizada – do que noutras. Mas quando abdicasse totalmente de tal factor, haveria já apenas um facto jurídico e não um verdadeiro acto em sentido próprio, isto é, uma actuação humana¹¹⁶⁸.

¹¹⁶⁶ *Infra*, 447 ss.

¹¹⁶⁷ Cf. o artigo 1266.º, que possibilita tal asserção.

¹¹⁶⁸ Assim, no exemplo de OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil/Teoria geral II* cit., nota 6: mover o dedo indicador sem qualquer fim – portanto: reflexamente ou por sonambulismo – não é acto nem acção: surge como um simples facto; caso tenha consequências, elas não seriam no âmbito humano: não se lhes aplica o artigo 295.º.

135. Actos lícitos e ilícitos

I. O acto é lícito quando se processe ao abrigo de uma permissão específica, de uma permissão genérica ou, simplesmente, quando seja irrelevante para o Direito. Assim, ele pode ocorrer enquanto exercício de um direito subjectivo, como actuação processada dentro de uma permissão global de que a autonomia privada é o mais fecundo exemplo ou na qualidade de atitude indiferente para a ordem jurídica.

Este último aspecto é relevante e recorda a *liberdade*, como ponto essencial do Direito privado: afinal, o acto lícito acabará por ser aquele que não contrarie o Direito, isto é, que não seja proibido, directa ou indirectamente¹¹⁶⁹.

Os actos lícitos são, muitas vezes, actos jurídicos pois, além de não desconformes com o sistema, o Direito ainda lhes associa determinados efeitos.

II. Os actos ilícitos correspondem a comportamentos humanos desconformes com o Direito, por implicarem actuações proibidas ou por redundarem no não acatamento de atitudes prescritas. As menções proibitiva ou impositiva das regras atingidas pode ser expressa ou resultar, implícita, de conjunções normativas mais ou menos complexas¹¹⁷⁰.

A ilicitude pode provocar um juízo jurídico de censura: a *culpa*.

O acto ilícito pode produzir ainda alguns dos efeitos que se destinava a desencadear, segundo o seu autor, ou pode ficar paralisado; pode, ainda, acarretar sanções de diversa natureza.

Em qualquer caso, o regime jurídico dos actos é muito diferente, consoante a sua natureza lícita ou ilícita.

136. Actos e negócios; conceito e relevância

I. Como houve a oportunidade de considerar, aquando do estudo do instituto da autonomia privada, os actos jurídicos em sentido amplo repararam-se em actos jurídicos em sentido estrito (*stricto sensu*) e em negócios

¹¹⁶⁹ A "proibição indirecta" resulta de se ter prescrito o contrário, portanto de normas impositivas.

¹¹⁷⁰ Cf., por exemplo, ALFRED MANIGK, *Das System der juristischen Handlungen im neuesten Schrifttum*, Jb 83 (1933), 1-107 (6-7) e PAWLOWSKI, *Allgemeiner Teil*, 6ª ed. cit., 162-163.

def
Acto
ilícito

jurídicos, consoante postulem mera liberdade de celebração ou, mais longe, assentem na liberdade de celebração e na liberdade de estipulação.

II. Ao fazer assentar a distinção entre acto e negócio na ausência ou na presença da liberdade de estipulação pretende-se, segundo a tradição de PAULO CUNHA, pôr cobro a uma complexa discussão travada em torno dessa classificação.

A distinção entre as duas categorias surgia já no Direito comum e, em particular nos trabalhos de SAVIGNY 1171, tendo sido conservada, ainda que com pouca clareza, na pandectística 1172. A ideia básica que presidiu a autonomização dos actos jurídicos em sentido estrito era puramente negativa: eles corresponderiam aos actos jurídicos que não pudessem consistir-se em negócios jurídicos 1173. Mas pouco se avançava no sentido de precisar, pela positiva, o seu conteúdo.

A justificação de motivos que acompanha o projecto do BGB apresentou, no entanto, uma noção que faria carreira: os meros actos jurídicos distinguir-se-iam dos negócios porquanto "...provocam efeitos de Direito para cuja verificação, segundo a ordem jurídica, é indiferente se foram, ou não, queridos pelos seus autores" 1174. Esta ideia emerge repetidamente nos diversos autores, até hoje 1175, ainda que, por vezes, tenha perdido a clareza inicial 1176. A matéria sofreu de certo desinteresse que o tema vem

1171 Cf. SAVIGNY, *System* cit., § 104 (3,6).

1172 Vide WINDSCHEID/KIPP, *Pandekten*, 9ª ed. cit., 308, em nota (§ 68, a), que chama a atenção para as dificuldades da contraposição e citam a bibliografia mais significativa sobre o tema, do século XIX. Tem ainda hoje interesse confrontar a monografia clássica de PETER KLEIN, *Die Rechtshandlungen im engeren Sinn/Eine Untersuchung auf dem Gebiete des deutschen bürgerlichen Rechts* (1912), 1 ss..

1173 Cf. KLEIN, *Die Rechtshandlungen im engeren Sinn* cit., 1, 18 e *passim*.

1174 *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, I – *Allgemeiner Teil* (1896), 127. Trata-se de uma ideia patente já em SAVIGNY, que falava em "actuações livres que não se destinam a escopos jurídicos de tal modo que a sua eficácia jurídica surge subjacente à consciência".

1175 Cf. ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*, 15ª ed. cit. 2, 863 (§ 137, III). LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil*, 9ª ed. cit., 396 e HÜBNER, *Allgemeiner Teil* cit., 254. Vide, ainda, as cuidadas considerações de FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II – *Das Rechtsgeschäft*, 4ª ed. cit., 104 ss.. Entre nós, também OLIVEIRA ASCENÇÃO, *Direito civil/Teoria geral* II cit., 38 e *passim*, embora dispensando a análise das origens, parece enveredar por esta via.

1176 Cf. a evolução apontada por VINCENZO PANUCCIO, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà* (1966), 3 ss..

merecendo, desde a primeira metade do século XX 1177. Mais recentemente, ela foi reanimada através do papel conferido a "actos semelhantes a negócios" 1178.

A doutrina alemã distingue 1179, entre os actos negociais, os actos semelhantes aos negócios, os actos reais e os actos de cortesia. Os actos semelhantes a negócios seriam aqueles que produziram efeitos independentemente de uma vontade a tanto dirigida 1180. Os actos reais correspondem a modificações introduzidas nas coisas corpóreas, com consequências de Direito 1181. Os actos de cortesia manter-se-iam fora do campo do Direito. Justifica-se a autonomização dos actos semelhantes a negócios, mas agora pelo prisma do nosso próprio critério: seriam aqueles que, embora sem liberdade de estipulação, se poderiam inserir na lógica negocial, por exemplo, a proposta. O regime seria mais proximamente o dos negócios, numa afirmação a confirmar ponto por ponto.

III. Em Portugal, a distinção penetrou com dificuldade: a própria doutrina da terceira sistemática começou, pura e simplesmente, por recusar o negócio jurídico, preferindo a ideia napoleónica de acto jurídico (amplo), como abrangendo tudo 1182.

1177 Aparecem referidos, sobre o tema, apenas os estudos antigos de KLEIN, acima citados e de ALFRED MANIGK; deste, vide *Zum Begriff des Rechtsgeschäfts*, DJZ 1902, 279-282, *Willenserklärung und Willensgeschäft für Begriff und ihre Behandlung nach Bürgerlichem Gesetzbuch/Ein System der juristischen Handlungen* (1907), 634 ss., *Das System der juristischen Handlungen im neuesten Schrifttum*, JbB 83 (1933), 1-107 e *Das rechtswirksame Verhalten/Systematischer Aufbau und Behandlung der Rechtsakte des Bürgerlichen und Handlungsrechts* (1939), 465 ss..

Em Itália, além da monografia de PANUCCIO, *Le dichiarazioni* cit., cf. GIUSEPPE MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano* (1955).

1178 Cf. ERNST A. KRAMER, no *Münchener Kommentar*, 1º vol., 4ª ed. (2001), prenot. § 116, Nr. 35 (1072-1074) e BERNHARD ULRICH, *Geschäftähnliche Handlungen*, NW 2003, 2053-2056.

1179 LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil*, 9ª ed. cit., 396 ss. e REINHARD SINGER, no *Staudingers Kommentar BGB* I, §§ 90-133 (2004), prenot. §§ 116-144, Nr. 2 (427).

1180 ULRICH, *Geschäftähnliche Handlungen* cit., 2053, com indicações: uma noção que remonta aos *Motive* do BGB.

1181 MEDICUS, *Allgemeiner Teil*, 8ª ed. cit., 84-85.

1182 GUILHERME MOREIRA, *Instituições* cit., 1, 387, em nota, dá conta do negócio jurídico, usado pelos "jurisconsultos alemães", como sendo a "...declaração de vontade privada destinada a produzir efeitos jurídicos ou a criar, modificar ou extinguir direitos subjectivos". Acrescenta ainda – uma clara referência implícita aos actos jurídicos em sentido estrito – que, assim sendo, "...não devem rigorosamente haver-se como negócios