

SOBRE A DISTINÇÃO ENTRE POSSE E DETENÇÃO

Pelo Prof. Doutor Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde()*

SUMÁRIO:

1. A delimitação do problema. 2. O conceito de *corpus*. Conteúdo e configuração. 3. Exercício direto e indireto do *corpus*. 4. O *animus*. Os diferentes significados. 5. A solução do Direito português. Respostas doutrinárias e apreciação crítica. 5.1. A teoria dos atos facultativos; 5.2. A teoria da intenção declarada; 5.3. A teoria da causa. As respostas atuais. 6. Orientação adotada. As situações de detenção. 6.1. O exercício do poder de facto sem intenção de agir como beneficiário do direito; 6.2. Os actos de mera tolerância; 6.3. O exercício da posse em nome alheio. 7. Conclusões. O *corpus* como critério de distinção entre a posse e a detenção.

1. A delimitação do problema

O problema central em torno do qual se ergueram as modernas teorias da posse consiste em apurar se a posse se basta com o controlo fáctico de uma coisa corpórea em termos correspondentes ao exercício de um direito real (ou de outra natureza, desde que tenha por objeto aquele tipo de coisas) e que se exprime pelo conceito de *corpus* ou se, além dessa atuação, é ainda necessário que o

(*) Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

exercente aja com uma determinada intencionalidade específica (*animus*).

A distinção entre posse e detenção representaria o normal corolário destes enunciados nucleares. De acordo com a primeira linha de orientação, havendo *corpus*, existe posse a não ser que a situação seja legalmente desqualificada para simples detenção, enquanto a segunda corrente de pensamento considera que não basta o *corpus* à existência de posse, exigindo, para a diferenciar da detenção, que a atuação material seja comandada por um certo propósito do agente.

Cumpra assim averiguar a estrutura da posse, examinando, primeiro, o significado, conteúdo e alcance do conceito de *corpus*; em seguida, avaliar o sentido da exigência de *animus*, para depois firmar a orientação adotada e extrair finalmente as conclusões que se afigurem pertinentes.

2. O conceito de *corpus*. Conteúdo e configuração

I. Os estudos históricos revelam ser extremamente duvidoso que, mesmo em tempos primitivos, a posse — que, nessa época, mereceria a proteção do Direito sobretudo por estritas razões de paz e ordem pública — tenha exigido uma situação de efetivo domínio físico sobre uma coisa⁽¹⁾.

De todo o modo, independentemente das dúvidas que ainda possam subsistir sobre a sua configuração histórica inicial, as novas necessidades jurídicas criadas pela expansão romana cedo terão ditado a espiritualização da posse, admitindo-se que pudesse ser adquirida com a percepção visual da coisa e a correspondente

⁽¹⁾ Como refere OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Reais*, 5.^a ed. (reimpressão), Coimbra Editora, 2000, pp. 62 e 83, é duvidoso que a posse tenha sido concebida, em tempo algum, como uma realidade meramente material ou que tivesse alguma vez pressuposto formas de conexão material da pessoa e da coisa. Admitindo que, originariamente, o *corpus* se pudesse traduzir na retenção material e efetiva da própria coisa, em virtude de a organização estatal não assegurar a suficiente tutela dos interesses particulares, JOSÉ DIAS MARQUES, *Prescrição aquisitiva*, Lisboa, 1960, p. 26.

intenção de apropriação (*oculis et affectu*), acompanhada do seu ingresso na esfera de controlo do agente. O processo de desmaterialização também se terá manifestado ao nível da *conservação* da situação possessória, sendo inquestionável que, por exemplo, o *dominus* mantinha a posse sobre os escravos fugitivos ou dos que estavam embarcados em navios⁽²⁾.

II. Atualmente, a espiritualização da base de facto que suporta a posse é veiculada pelo conceito pós-romano de *corpus*, que exprime a situação própria de quem, sendo *titular de um poder de controlo material* sobre uma coisa, pode conferir-lhe as afectações que, pela sua própria natureza, seja capaz de admitir, enquanto a noção de detenção designa a situação da pessoa que, tendo a coisa fisicamente em seu poder, se limita a exercer os correspondentes poderes de facto⁽³⁾.

Desta dissociação, resulta que a posse pode ou não coabitar com a detenção, alternativas que cabem na formulação do art. 1252.º, Código Civil⁽⁴⁾, ao prever a possibilidade de a posse ser exercida pessoalmente ou por intermédio de outrem. O vínculo entre comitente e comissário (art. 500.º), designadamente, na concretização paradigmática que lhe é dada pela relação laboral, constitui um campo exemplar de demonstração; é ao trabalhador que, enquanto comissário/detentor, compete velar pela conservação e boa utilização dos bens e equipamentos de trabalho que lhe forem confiados pelo

(2) Sobre a origem e a evolução histórica da posse, MANUEL RODRIGUES, *A posse: estudo de direito civil português*, Almedina, Coimbra, 1980, 3.ª ed., pp. 15, 47 e 71 ss, MENEZES CORDEIRO, *A Posse: perspectivas dogmáticas actuais*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2004 (reimpressão), pp. 15 ss e JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, Coimbra Editora, 2008, pp. 514 ss. ANTONIO ORTEGA C. DE ALBORNOZ, *Derecho Privado Romano*, Málaga, 1999, p. 140, exemplifica o processo de espiritualização da posse com o caçador que ao lançar o laço, adquiria a posse da peça, desde que esta fosse presa sem possibilidade de se escapar, não se exigindo portanto a presença física daquele. Saliendo também a progressiva desmaterialização da posse realizada pelo Direito romano, OLIVEIRA ASCENÇÃO, *Direito Civil — Reais*, p. 62.

(3) Como assinalava MARTIN WOLFF, *Das Sachenrecht*, (trad. Blas Pérez González, José Alguer), Volume I, 1936, Barcelona, Bosch, p. 28, o conceito de *corpus*, enquanto senhorio de facto sobre a coisa, não tem base legal direta, sendo obra da doutrina jurídica.

(4) Doravante, todos os preceitos legais citados sem indicação da respetiva fonte, reportam-se ao Código Civil português.

empregador (art. 128.º/1, alínea g), CT), o qual exerce a posse por seu intermédio, nos termos da segunda alternativa do art. 1252.º/1, visto ser ele (empregador) o titular do poder final de decisão sobre os exatos termos em que a coisa deve ser utilizada pelo trabalhador no cumprimento da prestação laboral.

No atual Código português, a desmaterialização do *corpus*, no sentido em que é independente do efetivo contato físico com a coisa, é ainda veiculada por diversas disposições, em especial, pelos arts. 1257.º/1 e 1264.º, que dispõem, respetivamente, sobre a conservação e aquisição da posse. A primeira disposição determina que a posse se mantém enquanto existir *a possibilidade* de a continuar e o segundo preceito permite a aquisição da posse nos contratos reais *quod effectum*, ainda que o transmitente do direito (e anterior possuidor) *mantenha a detenção da coisa*. Exprime-se assim a dimensão teleológica e funcional do *corpus*, que se basta com a pertença da coisa à esfera de domínio do possuidor, isto é, com um *status quo* que permita ao agente renovar, sempre que queira, a sua atuação material sobre a coisa⁽⁵⁾.

Além da espiritualização do *corpus*, também o próprio instituto possessório, globalmente considerado, se foi desmaterializando, havendo casos excecionais em que a lei, atendendo a interesses dignos de proteção jurídica, admite a existência de posse sem que haja sequer *corpus*, como sucede com os sucessores que continuam *ope legis* a posse do *de cuius*, independentemente da apreensão material da coisa (art. 1255.º) e com a posse concedida ao esbulhado pelo art. 1267.º/1, alínea d), no ano subsequente ao esbulho, de modo a permitir-lhe o recurso à acção de restituição⁽⁶⁾.

(5) Defendendo a configuração teleológica e funcional do *corpus*, já DIAS MARQUES, *Prescrição aquisitiva*, p. 29, apoiando-se nas pertinentes disposições do Código de Seabra. Acentuando igualmente a espiritualização do *corpus*, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Reais*, p. 83, JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, pp. 548 ss e MARTIN WOLFF, *Das Sachenrecht*, pp. 30 e 46, em face do disposto nos §§ 855 e 868, BGB, que dispõem, respetivamente, sobre a execução da posse pelos detentores e posse mediata, considerando que esta última se baseia numa inequívoca espiritualização do conceito de poder efetivo sobre a coisa.

(6) A razão de ser da solução prevista no art. 1255.º representa, segundo explicam PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Coimbra Editora, 2.ª ed., 2010 (reimpressão), Livro III, pp. 12-13 (nota 2 ao art. 1255.º) e Volume VI, 1998 (reimpres-

Para o estudo da posse enquanto realidade normativa e face a estes elementos fornecidos pelo Direito positivo português, pode assim sintetizar-se uma primeira conclusão sobre o seu processo de desmaterialização que se manifesta em dois planos distintos. Um, ao nível do *corpus* enquanto substrato de facto que suporta a posse, outro, ao nível da sua própria configuração institucional.

Em termos prototípicos, a posse radica na existência de *corpus*, conceito normativo construído pela dogmática jurídica, que exprime o senhorio fáctico sobre uma coisa corpórea, dispensando-se, porém, qualquer ligação física efetiva entre o sujeito e a coisa, uma vez que aquele poder de facto pode ser exercido por outrem sob a sua direção.

III. A concreta configuração do *corpus* é eminentemente variável, dependendo das circunstâncias do caso. O exato conteúdo dos respetivos poderes de controlo oscila em função de diversos factores, *v. g.*, o âmbito do direito a que a posse se reporta, como sucede, por exemplo, quando se constituem por negócio jurídico vários direitos sobre a mesma coisa a favor de diversos sujeitos. O conteúdo do *corpus* do possuidor que o exerce em termos de propriedade plena e que corresponde à situação possessória paradigmática, é forçosamente mais amplo do que aquele que o exerce por referência a uma propriedade onerada (*v. g.*, por um usufruto, servidão predial ou inclusive locação), assim como o *corpus* dos vários compossuidores se tem que delimitar mutuamente de modo a não privar nenhum do uso a que tem direito (art. 1406.º/1).

Em suma, como a posse se exerce por referência a um direito, seja real (ou pessoal de gozo), que tem por objeto uma coisa corpórea e por escopo o aproveitamento das utilidades que essa coisa

são), p. 5 (nota 6 ao art. 2024.º), um corolário do próprio conceito legal de sucessão (art. 2024.º), que exprimiria uma relação de verdadeira identidade entre as situações anteriormente encabeçadas pelo falecido e as de que os seus sucessores passam a ser titulares. Embora não seja possível desenvolver este assunto, sempre se adianta que a solução do art. 1255.º somente parece ter cabimento em relação aos herdeiros, uma vez que os legatários, enquanto credores da herança, apenas podem adquirir a posse com a entrega da coisa, ainda que os efeitos da aceitação se retrotraiam ao momento da abertura da sucessão por força do art. 2050.º, n.º 2.

possa proporcionar, o conteúdo do *corpus* vai inevitavelmente ajustar-se ao tipo de aproveitamento que caracteriza o direito em causa, seja o gozo da coisa, a sua afetação em garantia de cumprimento de uma obrigação ou a aquisição de outro direito, conforme se trate respetivamente de posse reportada a direitos reais (ou pessoais) de gozo, garantia (penhor, direito de retenção) ou aquisição (promessa com eficácia real, acompanhada da tradição da coisa).

A característica variabilidade do *corpus* manifesta-se dentro dos próprios direitos reais de gozo — que constituem o campo, por excelência, de manifestação do fenómeno possessório — porquanto também aí a extensão do *corpus* irá reflectir o tipo mais ou menos amplo de gozo facultado pelo concreto direito em causa. O *corpus* possessório ao alcance, por exemplo, do proprietário ou usufrutuário que cederam a coisa em locação, limitar-se-á basicamente à percepção das rendas devidas, uma vez que o uso da coisa pertence ao locatário, estando sob a sua detenção material, para viabilizar o exercício do respetivo direito. De igual modo, o conteúdo do *corpus* exercido em termos de um direito de usufruto, fica necessariamente aquém do *corpus* exercido por referência à propriedade plena, porquanto o integral poder de transformação que integra o gozo do proprietário não onerado⁽⁷⁾, está limitado no usufruto pelo dever do usufrutuário respeitar a forma e a substância da coisa (art. 1439.º), assim como, inversamente, o *corpus* que se exerça em termos de gozo da propriedade de raiz (onerada por um usufruto) circunscreve-se ao aproveitamento das utilidades residuais não atribuídas ao usufrutuário (réditos que não constituam frutos em sentido técnico), comprimido que está o gozo do nu proprietário pelo uso e fruição concedidos ao usufrutuário⁽⁸⁾.

Este estado de coisas apenas se alterará no sentido do *corpus* em termos de propriedade plena, caso, por hipótese, o locatário ou o usufrutuário procedam à inversão do título (arts. 1263.º, alínea *d*

(7) Sobre a pertença do poder de transformação ao gozo e não, como era tradicionalmente encarado, à faculdade de disposição, JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, p. 322.

(8) Sobre a diferente configuração que o *corpus* possessório pode assumir, MOTA PINTO, *Direitos Reais*, Coimbra, Almedina, 1975, pp. 181-183.

e 1265.º), opondo-se à posse do locador ou do nu proprietário e iniciando uma posse em termos de propriedade ou se, pelo contrário, o proprietário desapossar o locatário ou o usufrutuário, privando-o do controlo material sobre a coisa, através da chamada *usucapio libertatis* (art. 1574.º, aplicável por analogia aos outros direitos reais — e pessoais — de gozo menores, além das servidões prediais).

3. Exercício direto e indireto do *corpus*

À semelhança da generalidade das situações jurídicas activas, que admitem a normal dissociação entre titularidade e exercício, os poderes que compõem o *corpus* tanto podem ser exercidos direta e pessoalmente pelo próprio possuidor, como de forma indireta por terceiros que ele habilite, não se exigindo, portanto, que esses poderes configurem um contacto material efetivo com a coisa. É esse o sentido fundamental que decorre do já mencionado art. 1252.º, ao permitir que a posse seja exercida por intermédio de outrem, de que é exemplo típico a actuação do comissário ou do representante, cuja admissibilidade na posse, enquanto direito patrimonial, é inquestionável⁽⁹⁾.

I. Segundo alguma doutrina, o exercício da posse por intermediário compreenderia fundamentalmente dois grupos de casos, conforme os poderes de facto sejam exercidos em cumprimento de um dever jurídico — legal ou negocial — ou no âmbito de um direito próprio que conceda o domínio físico da coisa.

Os casos do primeiro grupo são exemplificados com relações dominadas pelos vetores autoridade *versus* subordinação, em que a obediência se afirma corresponsiva do poder de dar ordens (comissários, *maxime*, trabalhadores subordinados e serviços em geral, como caseiros, jardineiros ou empregados domésticos). Estão

⁽⁹⁾ Sobre o exercício de direitos (e da posse em especial) por intermédio de outrem, JOSÉ DIAS MARQUES, *Prescrição aquisitiva*, pp. 16 ss. Defendendo a admissibilidade da representação na posse, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Reais*, p. 82.

abrangidos aqui os casos de simples detenção, em que o detentor nada mais é do que a *longa manus* do possuidor, atuando sob a sua direcção.

Os casos do segundo grupo podem conhecer diferentes origens, derivando nomeadamente, do desmembramento de um direito real de gozo maior (v. g., propriedade onerada por um usufruto ou servidão predial ou um usufruto onerado por uma servidão ou direito de superfície)⁽¹⁰⁾, da constituição de direitos pessoais de gozo (locação, comodato, depósito, parceria pecuária) ou da própria compropriedade, como resulta do art. 1406.º/2, que trata o comproprietário como detentor em relação às quotas dos seus consortes. Diz-se então que os titulares, seja do direito real menor, seja do direito pessoal de gozo, possuem em nome do titular do direito de base ao abrigo do qual se constituiu a sua posição jurídica, sendo, nessa qualidade, detentores, sem prejuízo da sua condição de possuidores em nome próprio relativamente ao direito real (ou pessoal) de que são efetivos titulares.

A inexistência no Direito português de disposições congéneres dos §§ 855 e 868 BGB que dispõem, respetivamente, sobre o detentor e o possuidor mediato, explica provavelmente que parte da doutrina englobe de modo indiferenciado as duas esferas de situações no campo de aplicação do art. 1252.º/1. Porém, o segundo grupo de casos, que corresponde basicamente à chamada posse mediata, representa uma concretização do fenómeno da sobreposição de posses, com as consequentes interferências no conteúdo do *corpus* dos diferentes possuidores, apresentando, por isso, particularidades que não podem ser aqui examinadas. De facto, quando existe justaposição de posses, a coisa apenas está sob o domínio material de um dos possuidores que, em virtude de agir por referência a um direito próprio, não é propriamente um executor da posse de outrem⁽¹¹⁾, ao contrário dos que somente exercem o poder de facto

⁽¹⁰⁾ O usufrutuário pode onerar o seu direito nos termos do art. 1444.º/1, constituindo, por exemplo, outros direitos reais (ou pessoais) de gozo (ou de garantia), dispendo o art. 1460.º/1 expressamente nesse sentido quanto às servidões prediais.

⁽¹¹⁾ Salientando esta diferença fundamental entre o simples detentor e o possuidor imediato, MARTIN WOLFF, *Das Sachenrecht*, pp. 41 ss.

em cumprimento de um dever jurídico, únicos a que, em rigor, se deve aplicar a segunda alternativa do art. 1252.º/1⁽¹²⁾.

II. Por seu lado, o art. 1252.º/2 estabelece uma presunção de posse em nome próprio por parte de quem exerce o poder de facto (a não ser que não tenha iniciado a posse, ressalva que constitui o sentido da remissão para o art. 1257.º/2).

A razão de ser da presunção reside na quase impossibilidade prática de se fazer a prova da posse em nome próprio que não coincida com a prova do próprio direito, o qual pode inclusive não existir. Cabe portanto a quem se arroga a posse, provar que o detentor não é possuidor, podendo fazê-lo por qualquer meio, nomeadamente, pela exibição do título que exclua a posse do detentor, demonstrando que este apenas possui em nome alheio⁽¹³⁾.

Cumpra ainda ter em conta que, embora em regra, o sujeito que exerce o poder de facto seja também detentor, essa dupla qualidade não tem necessariamente que se reunir na mesma pessoa. O detentor, ou seja, a pessoa que detém a coisa em seu poder, pode não ser o sujeito que *exerce a posse em nome de outrem* a que se refere o art. 1252.º/1. Precisamente por este motivo, é que o art. 1252.º/1 apenas se refere ao exercício da posse por intermédio de outrem, sem acrescentar *e que tenha a detenção da coisa*, como fez a parte final do art. 1140.º do Código Civil italiano⁽¹⁴⁾; será o caso, por exemplo, do procurador que se serve de auxiliares na execução da procuração (art. 264.º/4), aos quais seja confiada a detenção da coisa, sendo todavia a posse exercida por intermédio do procurador.

⁽¹²⁾ Concorde-se por isso com PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Livro III, p. 7 (nota 1 ao art. 1252.º), quando apenas exemplificam o exercício da posse por intermediário com hipóteses que consideravam ser de mera detenção, embora a doutrina atual as englobe no âmbito da posse.

⁽¹³⁾ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, p. 8 (nota 2 ao art. 1252.º).

⁽¹⁴⁾ Chamando a atenção para o significado que decorre da diferença de redação entre os dois diplomas, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Livro III, p. 7 (nota 1 ao art. 1252.º), frisando que pode o terceiro, tal como o próprio titular, não ter de facto a detenção da coisa e, apesar disso, haver *posse*.

4. O *animus*. Os diferentes significados

Segundo os seus autores, o sistema possessório instituído pelo Código de 1966 obedece à concepção dita “subjetivista”. Ao elemento objectivo *corpus*, poder que se manifesta quando alguém atua de forma correspondente ao exercício do direito de propriedade ou de outro direito real (art. 1251.º), acresceria o elemento subjetivo *animus*, definido como a intenção de exercer, como titular, um direito real sobre a coisa (art. 1253.º, alínea *a*), *a contrario sensu*, assim se distinguindo da detenção, caracterizada pelo simples exercício daquele poder de facto, desprovido da referida intenção⁽¹⁵⁾.

Os modernos antecedentes históricos da solução acolhida no art. 1253.º, alínea *a*), recuam ao debate científico travado sobre o sentido que se devia extrair dos textos romanos sobre a posse e que precedeu a codificação alemã. Nesse quadro, foram erguidos os pilares fundamentais que ainda hoje sustentam as principais teorias sobre a posse e cujos enunciados têm sido, de resto, generosamente expostos e analisados pela doutrina portuguesa. De um lado, perfilaram-se as orientações subjetivistas, encabeçadas por SAVIGNY; de outro, as correntes objetivistas, encimadas por IHERING⁽¹⁶⁾.

I. As teses subjetivistas defendem que a posse é constituída por dois elementos autónomos, o *corpus* e o *animus*, cuja reunião é indispensável à sua existência. Sem o *corpus*, o *animus* constitui uma mera atitude interna de índole psicológica e sem o *animus*, o *corpus* reduz-se a uma situação material, desprovida de relevância

(15) PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, pp. 5 (nota 6 ao art. 1251.º) e 8-10 (notas 1 e 2 ao art. 1253.º). A exigência de *animus* pelo art. 1253.º, alínea *a*), inclinou a doutrina portuguesa maioritária no sentido do subjetivismo. Além dos autores adiante citados, refira-se ainda, sem quaisquer pretensões de exaustividade, ORLANDO DE CARVALHO, *Introdução à posse*, RLJ, n.ºs 3780 ss (1989-1990), HENRIQUE MESQUITA, *Direitos Reais*, Coimbra, 1967, p. 68, PAULA COSTA E SILVA *Posse ou posses?* pp. 26 ss, 32-33, MARGARIDA COSTA ANDRADE, *(Alguns) aspectos polémicos da posse de bens imóveis no Direito Português*, Cadernos do Centro de Estudos Notariais e Registais (CENOR), n.º 1, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 91 (considerando que o Código adotou uma orientação subjetivista mitigada).

(16) FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *Das Recht des Besitizes*, Gießen, 1803 e RUDOLF VON IHERING, *Der Besitzwille*, Jena, 1889.

jurídica. Porém, dentro do universo subjetivista formaram-se diferentes concepções de *animus* que importa conhecer.

Para SAVIGNY, tratar-se-ia do *animus domini*, isto é, a intenção de exercer em nome próprio o direito de propriedade. Atendendo contudo a que as legislações admitiam, ao lado da posse em termos de propriedade, a posse por referência a outros direitos reais, a restrição ao *animus domini* revelava-se insustentável, pelo que o subjetivismo posterior generalizou o conceito, sustentando o chamado *animus possidendi*, definido, por uns (num sentido tautológico) como a vontade de ter a coisa para si e, por outros, enquanto intenção do sujeito de exercer o direito real, como sendo o seu titular e que se traduziria na prática dos correspondentes actos materiais. Todavia, dado que a posse, tal como alguns a entendiam, podia também abranger direitos não reais, como a locação, acentuou-se a tendência generalizadora, definindo-se agora o *animus* como a intenção de exercer sobre as coisas um poder no próprio interesse (*animus sibi habendi*)⁽¹⁷⁾.

Embora divergindo no tocante ao conteúdo do *animus*, estas correntes subjetivistas estão unidas pelo denominador comum de se basearem na indagação da vontade concreta do possuidor. Atendendo contudo à dificuldade de se perscrutar caso a caso essa intenção específica, autonomizou-se uma variante do pensamento subjetivista, assegurada pela chamada teoria da causa, que desconsidera a realidade psicológica do agente, encarando o *animus* como realidade normativa, que seria determinável em função da natureza da situação ou do negócio jurídico que estivesse na origem da posse. Embora se situe, pela metodologia que preconiza, numa zona de fronteira entre o objetivismo e o subjetivismo possessório, a teoria da causa é, em regra, apresentada como uma orientação subjetivista, em virtude de não prescindir da autonomia do elemento *animus*⁽¹⁸⁾.

(17) Entre nós, encontram-se exposições desenvolvidas sobre o objetivismo e o subjetivismo possessório, em MANUEL RODRIGUES, *A posse*, pp. 69 ss., MENEZES CORDEIRO, *A Posse: perspectivas dogmáticas actuais*, pp. 21 ss., MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, 4.^a ed., Almedina, 2013, pp. 109 ss., JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, pp. 529 ss.

(18) MANUEL RODRIGUES, *A posse*, p. 77, define-a como uma teoria de transição, embora a considere, de algum modo, mais objetiva do que subjetiva.

Segundo esta tese, haveria que distinguir dois grupos de casos, conforme a posse se fundasse, ou não, num título específico de investidura. O primeiro compreende as hipóteses mais simples, em que o *corpus* possessório se fundamenta na existência de um título, o qual, enquanto facto gerador da posse, modela o correspondente *animus*. Logo, independentemente da concreta intenção declarada com que aja o possuidor, existirá um *animus* de, por hipótese, proprietário ou usufrutuário, conforme a investidura na posse se baseie, por exemplo, em um negócio de alienação da propriedade ou de constituição de usufruto.

Quando, pelo contrário, se exerce o *corpus* sem que exista um título de investidura, a identificação do concreto direito a que a posse se reporta dependerá de se conseguir — ou não — inferir um preciso sentido da índole objetiva dos exatos actos praticados, não sendo agora possível recorrer ao *animus* normativo, precisamente por nestes casos faltar uma causa à posse. Deste modo, se alguém, por exemplo, circunscrever a utilização de um prédio alheio à simples circulação em determinados locais, esse *corpus* exprimirá um *animus* correspondente a um direito de servidão de passagem. Todavia, nas mais das vezes, o *corpus* consubstancia-se numa atuação indiscriminada, que se dispersa em múltiplas direções, aproveitando os diferentes tipos de vantagens que a coisa pode proporcionar, pelo que se torna inconcludente para exteriorizar o concreto direito a que a posse se reporta. Ora, não sendo o *corpus* unívoco, há que inferir o *animus* de propriedade, não só por ser o direito real paradigmático, em face do qual se demarcam todos os outros mas ainda por ser o único cujo conteúdo típico faculta precisamente ao exercente as múltiplas utilidades indiscriminadas que podem ser proporcionadas pelo aproveitamento das coisas corpóreas⁽¹⁹⁾.

II. Pelo contrário, o pensamento objetivista dispensa uma intencionalidade específica mas não destitui a posse de qualquer elemento voluntário, porquanto o *corpus* não poderia existir sem o *animus* nem este sem aquele. Ambos nascem em simultâneo pela

(19) Neste sentido, DIAS MARQUES, *Prescrição aquisitiva*, p. 35.

incorporação necessária da vontade no controlo da coisa, não resultando a posse da sua simples reunião, porque, a ser assim, cada elemento teria uma existência prévia separada. *Corpus* e *animus* relacionam-se tal como a palavra e o pensamento. Na palavra, incorpora-se o pensamento até então puramente interno; no *corpus*, incorpora-se a vontade até aí puramente interna. Logo, o *corpus* é um facto da vontade, no sentido em que exprime a intenção de controlo de uma coisa, não havendo portanto *corpus* quando alguém é obrigado, por hipótese, a conservar uma coisa em seu poder, pois nesse caso, falta-lhe o seu controlo material que reside precisamente no coator, assim como também não existe obviamente *corpus* quando nem sequer há consciência de que se tem uma coisa em seu poder. Em suma, o *corpus* possessório é sempre a materialização da consciência e vontade de controlo material da coisa⁽²⁰⁾.

5. A solução do Direito português. Respostas doutrinárias e apreciação crítica

I. A solução professada pelo art. 1253.º, alínea *a*) tem sido fonte de polémica inesgotável. De facto, como observa MENEZES CORDEIRO, a detenção tem sido historicamente identificada com a posse em nome alheio. Abrangida esta última pelo art. 1253.º, alínea *c*), que qualifica como detentores os representantes e mandatários do possuidor, e, de um modo geral, todos os que possuem em nome alheio, ter-se-ia esgotado o universo da detenção, inviabilizando um campo próprio de aplicação para a alínea *a*)⁽²¹⁾.

⁽²⁰⁾ Tornou-se célebre, a este propósito, o exemplo de ausência de *corpus* dado por RUDOLF VON JHERING, *Der Besitzwille: zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode*, Jena, 1889 (reimpressão: Scientia Verlag, Aalen, 1968), da pessoa a quem, durante o sono, alguém colocava uma coisa na mão.

Entre nós, o pensamento objetivista está exposto e analisado de forma desenvolvida em MANUEL RODRIGUES, *A posse*, pp. 77-81, MENEZES CORDEIRO, *A Posse: perspectivas dogmáticas actuais*, pp. 25-26 e 51 ss, JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, pp. 531 ss, MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, pp. 111 ss (em JHERING, o *animus* é apenas o *animus possessionis*, o qual se reporta unicamente à mera consciência e vontade de controlo da coisa).

⁽²¹⁾ *A Posse: perspectivas dogmáticas actuais*, p. 64.

5.1. A teoria dos atos facultativos

De todo o modo, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA preenchem a previsão constante do art. 1253.º, alínea *a*), com os atos facultativos (que supõem a inércia do titular do direito), exemplificando com o aproveitamento pelos proprietários dos prédios inferiores das águas que brotam naturalmente de qualquer fonte ou nascente situada nos prédios superiores (art. 1391.º); esse mero aproveitamento não representa posse de que possa resultar o direito à água, sendo indispensável que se crie um estado de coisas incompatível com o direito de livre disposição do proprietário do prédio sobre as nascentes que nele existam⁽²²⁾.

Este ponto de vista constitui uma verdadeira petição de princípio, dando-se por demonstrado aquilo que carece de demonstração. *Quid juris*, se os proprietários dos prédios inferiores aproveitarem as águas vertentes dos superiores com intenção de agir enquanto beneficiários do direito? Intenções, não há quem as possa impedir. Segundo o art. 1253.º, alínea *a*), interpretado *a contrario sensu*, haveria, então, posse. De resto, a ilação mais razoável que se pode extrair desse exercício aponta justamente no sentido oposto ao pretendido, visto que o aproveitamento é uma faculdade legal e não um dever jurídico; logo, a atuação, se denuncia algum intuito, é o de agir como beneficiário do direito correspondente, seja a título de propriedade ou de servidão. Assim sendo, na falta de uma qualquer norma jurídica que dispusesse em sentido diferente, o dito aproveitamento poderia materializar o direito à água.

Porém, a desqualificação daquele aproveitamento é de facto determinada por várias disposições legais, devidamente conjugadas. Intervém, em primeiro lugar, o art. 1389.º, que consigna o direito do dono do prédio onde haja alguma fonte ou nascente de água a servir-se dela e dispor do seu uso livremente, sem prejuízo dos direitos que *terceiro haja adquirido ao uso da água a título justo*, o qual, segundo o art. 1390.º/1, consiste em qualquer meio legítimo de adquirir a propriedade de imóveis ou constituir servi-

(22) *Código Civil Anotado*, pp. 9-10 (nota 2 ao art. 1253.º).

dões. Contudo, segundo o art. 1390.º/2, a usucapião só é atendível quando acompanhada da *construção de obras visíveis e permanentes* no prédio onde exista a fonte ou nascente, que revelem a captação e a posse da água nesse prédio, pelo que, apenas através deste comportamento, se poderá constituir uma posse reportada ao direito à água que nasce em prédio alheio, tanto podendo ter por conteúdo o seu uso pleno, sem qualquer limitação, como o de aproveitar noutro prédio, de forma circunscrita às necessidades deste último. No primeiro caso, constituiu-se uma propriedade, no segundo, uma servidão. Ora, como os próprios PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA reconhecem, a normal fruição pelos proprietários dos prédios inferiores de águas de fontes ou nascentes localizadas em terrenos superiores, poderia veicular a intenção de agir *uti dominus*, representando uma situação de posse equívoca que se quis evitar, impondo aos titulares dos prédios inferiores a obrigação de realizar obras nos prédios superiores nos termos exigidos pelo art. 1390.º/2⁽²³⁾.

Deste modo, a descaracterização do aproveitamento das águas é obra de puras determinações jurídicas que abstraem, por completo, das eventuais intenções com que atue o titular do prédio inferior. A razão pela qual o simples aproveitamento das águas que brotam dos prédios superiores não constitui uma atuação possessória, resulta por um lado do art. 1390.º/2, que exige, para haver usucapião, a *construção de obras visíveis e permanentes* no prédio onde exista a fonte ou nascente, que revelem a captação e a posse da água nesse prédio e, por outro, do art. 1391.º que, após autorizar o aproveitamento daquelas águas pelo dono do prédio inferior, determina que a *privação desse uso* por efeito de novo aproveitamento feito pelo proprietário da fonte ou da nascente, não constitui violação do direito do dono do prédio inferior.

Por consequência, nem sequer se pode concordar com os termos em que PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA enunciam a situação. Ao contrário do que defendem, não se trata de uma hipótese de *corpus* sem *animus* mas de um caso em que nem sequer há *corpus*;

(23) *Código Civil Anotado*, p. 306 (nota 4 ao art. 1390.º).

o simples aproveitamento das águas facultado pela primeira parte do art. 1391.º não exprime nenhum poder de controlo sobre a coisa por lhe faltar autonomia legal, uma vez que a lei permite que o proprietário do prédio superior lhe ponha livremente termo a todo o tempo, privando o dono do prédio inferior desse uso em virtude de outra afetação que lhe decida dar. Em conclusão, não há posse porque não há *corpus* e não há *corpus* porque as normas aplicáveis negam ao dono do prédio inferior qualquer poder de controlo sobre as águas que brotam do prédio superior, cujo proprietário é titular de um direito de livre disposição sobre as águas que haja no seu prédio, que se revela *incompatível* com o seu aproveitamento alheio em termos de *corpus* possessório.

Por conseguinte, esta compreensão do problema também diverge do comum pensamento objetivista, para o qual o caso seria um exemplo de falta de posse por descaracterização para detenção de uma situação de *corpus* possessório. Mas não: este é um exemplo de ausência de posse porque falta esse *corpus* ao simples aproveitamento das águas vertentes. Para que se forme *corpus*, é necessário que o dono do prédio inferior leve a cabo a atuação tipificada no art. 1390.º/2 que requer a *construção de obras visíveis e permanentes* no prédio onde exista a fonte ou nascente, que revelem a captação e a posse da água nesse prédio. A exigência é coerente, porque só assim se impede ao dono do prédio superior o exercício do direito de livre disposição sobre as águas existentes no seu prédio. O aproveitamento das águas vertentes ao abrigo da primeira parte do art. 1390.º, representa o *exercício* permitido de um simples poder de facto que não exterioriza a titularidade de qualquer *poder de controlo* sobre as águas, o qual se mantém no dono do prédio superior, a quem a segunda parte do art. 1390.º assegura o direito de livre disposição. O *corpus*, importa recordá-lo, não consiste no exercício de poderes de facto sobre a coisa, sendo antes um conceito normativo que exprime um *poder de controlo*, que tanto pode ser exercido pelo próprio, como por outrem.

5.2. A teoria da intenção declarada

I. Por seu lado, OLIVEIRA ASCENSÃO sustenta que a intenção a que se reporta o preceito teria que ser exteriorizada por uma declaração portadora de um sentido contrário ao resultante do próprio comportamento. Seria o caso do vizinho do emigrante que, apercebendo-se de bens deixados ao abandono, deles tomasse conta, embora declarando categoricamente que o fazia em nome do emigrante, a quem restituirá tudo logo que regresse ou daquele que cultivava terrenos alheios declarando que o faz para o dono da terra. A intenção exigida pelo art. 1253.º, alínea *a*) seria a “intenção declarada”, só essa podendo relevar, pois trata-se de um elemento objectivo facilmente reconhecível; assim como se pode adquirir a posse por inversão do título (art. 1265.º), bastaria, reciprocamente, a declaração, para desvalorizar a indicação fornecida pelo *corpus*⁽²⁴⁾.

PAULA COSTA E SILVA veio preconizar uma orientação próxima, situando-se o respetivo ponto de partida na diferença de comportamentos entre possuidor e detentor que se deparam ao observador externo, pois essa seria a única base de que seria possível extrair conclusões.

Essa destrinça de comportamentos representaria a diferente projecção dos fins colocados pelo próprio agente. A intenção não seria, pois, um mero facto interno, a que ninguém tivesse acesso mas a que se pudesse apurar por via da interpretação dos respectivos comportamentos concludentes, que constituiriam, de resto, o

(24) *Direito Civil — Reais*, p. 88. A tese foi acolhida por JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, pp. 542-545 e CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, 6.ª ed., Quid Juris, 2009, pp. 286-287, embora este último, com os exemplos que dá, extravase da orientação de OLIVEIRA ASCENSÃO para novos limites que ela já não comporta: o vizinho que habitualmente presta contas ao emigrante sobre a exploração do seu terreno ou deposita na sua conta bancária o respectivo rendimento líquido, exterioriza apenas em termos *tácitos* a intenção de não agir como beneficiário do direito. Não cremos que este comportamento indirecto baste para satisfazer a exigência de exteriorização imposta por OLIVEIRA ASCENSÃO, para quem, recorde-se, a declaração oposta ao comportamento tem que se revelar “facilmente reconhecível”; se bem o interpretamos, esta cognoscibilidade tem que se aferir em termos sociais e não apenas do ponto de vista do titular, como resulta dos exemplos dados por CARVALHO FERNANDES (para os empregados bancários que recebem os depósitos na conta do emigrante, não é minimamente perceptível a proveniência dos rendimentos).

único meio possível de a aferir, dado que os fins não exteriorizados são inalcançáveis.

A demonstração é dada por um Código Civil que um professor toma de empréstimo a um aluno. Caso se abstenha de rasurar ou dobrar folhas, corrigir gralhas de impressão, etc., conduzir-se-ia de uma forma que indiciava não ser titular do correspondente direito; decidindo-se a praticar esses mesmos actos, o observador concluiria a intenção de se comportar *uti dominus*, ou seja, como proprietário.

Em suma, tanto a qualificação da posse como da detenção atendem às finalidades de quem exerce poderes de facto sobre uma coisa, as quais se revelarão através da conduta adoptada, em concreto, pelo agente: considerando-se proprietário, agirá como tal; caso contrário, abster-se-á de praticar actos que apenas num contexto real se podem conceber⁽²⁵⁾.

Adiante, enfrenta as árduas dificuldades suscitadas pela *protestatio*, procurando definir a melhor solução no caso de o sentido veiculado pelo comportamento ser contraditado por uma declaração de sinal contrário. Trata-se, de facto, de uma questão-chave para testar o êxito da teoria, cujo enunciado aponta para a prevalência da declaração sobre um comportamento próprio de quem age como titular.

Para PAULA COSTA E SILVA, a declaração expressa só poderá sobrepor-se ao comportamento concludente, se o sentido deste último for equívoco, pois havendo dúvidas, deve vingar o sentido que resulta do meio directo de manifestação da vontade, que veicula pontos de apoio mais sólidos para o seu efectivo apuramento do que a declaração tácita. De nada valerá, portanto, ao ladrão surpreendido em flagrante delito a furtar uma carteira, alegar que apenas tinha a mão em bolso alheio sem intenção de se apoderar dela mas já a declaração expressa poderá servir para decidir qual a vontade real, caso do comportamento resulte que o agente tanto pode ter querido **a**, como **b** ou **c**; neste caso, a declaração directa que aponte para um destes sentidos, será definitiva para apurar o signi-

(25) PAULA COSTA E SILVA, *Posse ou posses?* Coimbra Editora, 2005, pp. 22-32.

ficado com que deve valer o comportamento. Em contrapartida, cessa a relevância da *protestatio* se apontar para o sentido **d**(²⁶).

II. Apesar de defender uma inequívoca concepção objectivista, ao sustentar que, havendo *corpus*, em princípio há posse, a não ser que a causa da situação a desvalorize para mera detenção(²⁷), a proposta apresentada por OLIVEIRA ASCENSÃO acaba por se abandonar ao mais extremo subjectivismo, ao admitir que uma vontade declarada, contrária ao sentido do comportamento, possa aniquilar o seu significado jurídico(²⁸).

Sempre que o controlo material da coisa se faça em termos correspondentes ao exercício de direitos reais, estão em causa direitos oponíveis a todos que, por isso, devem ser reconhecíveis por qualquer um. Em se tratando de bens móveis não sujeitos a registo, a função de publicidade desempenhada pela posse reveste-se de importância basilar, por neste caso ser esse justamente o único meio de prosseguir esse objectivo. É essa materialidade objectiva consubstanciada no domínio fáctico da coisa que torna a posse perceptível para terceiros(²⁹), criando na comunidade uma convicção fundada sobre a sua conformidade de fundo, que entraria em crise pela relevância de uma declaração contrária que apenas serviria para introduzir, sem vantagem alguma, um factor de insegurança injustificável, afetando a fluidez da vida jurídica, sobretudo, quando fosse produzida por quem viesse exercendo e mantivesse, após a declaração, aquele controlo material de forma duradoura, pública e pacífica. Só assim se compreende a excepcional relevância que a posse exercida em termos cognoscíveis pelos interessados (art. 1262.º) assume na conformação do respectivo regime legal, em especial, para efeitos de contagem dos prazos de perda da posse (art. 1267.º/2), caducidade das acções de manutenção e restituição (art. 1282.º) e usucapião (arts. 1297.º e 1300.º).

(²⁶) *Posse ou posses?* pp. 38-50.

(²⁷) *Direitos Reais*, p. 93.

(²⁸) A propósito da hipótese inversa de determinação do *animus*, perguntava retoricamente MANUEL RODRIGUES, *A posse*, p. 76, se ele se poderia provar pela declaração do detentor, concluindo que não seria sério.

(²⁹) Conforme sublinha CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, p. 92.

Em suma, aceitar que uma declaração do próprio agente possa desqualificar uma situação possessória comprometeria não só a sua função de publicidade como surgiria totalmente ao arrepio das valorações e escopos legais que a comandam.

Em segundo lugar, a solução também é insólita por outras razões fundamentais.

Por um lado, porque quem não quer ser possuidor, não tem que o dizer, basta-lhe abandonar a coisa⁽³⁰⁾.

Por outro, porque faz depender uma valoração puramente jurídica de uma declaração do interveniente; ainda que alguém actuasse por forma correspondente ao exercício de um direito de propriedade ou outro direito real, não haveria posse, porque o agente assim o declarava. Para salvaguardar um qualquer campo de aplicação para o art. 1263.º, alínea *a*), inutiliza-se o enunciado central da posse (art. 1251.º), criando-se um conflito escusado entre normas e usurpando uma prerrogativa exclusiva do legislador, único que pode descaracterizar um determinado comportamento, desvalorizando-o para uma simples detenção a que, no ordenamento português, não corresponde qualquer estatuto jurídico específico.

Seja como for, há que enfrentar a questão: tal declaração, uma vez emitida, produzirá alguma relevância jurídica? Cremos que sim mas apenas no sentido em que consubstancia uma renúncia aos *commoda possessionis* que se encontram na sua livre disponibilidade, ou seja, que não se pretende prevalecer, designadamente, do direito aos frutos que assiste ao possuidor de boa-fé (art. 1270.º) nem do regime aplicável às benfeitorias estabelecido pelos arts. 1273.º e 1275.º nem do direito de usucapião (arts. 1287.º e seguintes), continuando, portanto, a responder pela perda e deterioração da coisa se tiver procedido com culpa (art. 1269.º), pelos respectivos encargos nos termos do art. 1272.º e, em geral, pelas demais situações jurídicas passivas que integram o estatuto do possuidor.

(30) Em termos lapidares, MENEZES CORDEIRO, *A Posse: perspectivas dogmáticas actuais*, p. 62. Curiosamente, JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, p. 542, também reconduz a declaração ao abandono, assim retirando autonomia àquela.

Por seu lado, também não se afiguram procedentes os exemplos do vizinho que toma conta dos bens do emigrante em estado de abandono ou de quem cultiva um terreno alheio, declarando que o faz em nome ou por conta do *dominus*, pois apenas servem para convocar a aplicação das regras da gestão de negócios; de resto, se o gestor declarar que age em nome do “principal”, o estado de coisas é descaracterizado para simples detenção por força do disposto no art. 1253.º, alínea *c*), como sucede com todos os que agem *contemptatio domini*⁽³¹⁾.

Em quarto lugar, a reciprocidade com a inversão do título da posse não vinga, pois esta não se basta nem com uma mera declaração nem com o simples comportamento; a oposição exigida pelo art. 1265.º postula a prática de actos materiais ou jurídicos que materializem a declaração, não sendo, por exemplo, suficiente que o inquilino declare ao senhorio que não lhe paga mais rendas por se considerar proprietário ou que se limite a não pagar rendas, bem como, findo o usufruto, que o usufrutuário declare ao nu proprietário que não entrega a coisa, alegando que a adquiriu a terceiro. Importa ainda que, além da declaração, tanto no primeiro como no segundo caso, se não pague rendas ou se recuse a entrega da coisa usufruída mas sempre em nome do direito que se arroga. Em suma, a inversão do título só se produz caso declaração e comportamento apontem, ambos, no mesmo sentido, ao passo que, agora, se pretende que declaração e comportamento desqualifiquem uma situação, ainda que veiculem conteúdos materiais opostos.

Em quinto, a irrelevância geral da *protestatio facta contraria nihil relevat* funda-se em razões decisivas na estruturação do jus-privatismo. Enquanto reverso da autodeterminação, a autoresponsabilidade impede que as pessoas se eximam das vinculações que inerem ao significado objectivo dos seus comportamentos voluntários, assim também se garantindo a indispensável protecção da segurança do tráfego. Conforme salientava BAPTISTA MACHADO, está em causa “o princípio ético-jurídico da responsabilidade da pessoa pelos seus actos, enquanto a mesma pessoa se integra numa

(31) MENEZES CORDEIRO, *A Posse: perspectivas dogmáticas actuais*, p. 63.

comunidade em que lhe é reconhecida a «credibilidade» própria de uma pessoa de juízo⁽³²⁾.

Neste contexto, também assume relevância o lugar paralelo fornecido pelo art. 236.º, que exprime igualmente o primado da autoresponsabilidade, ao impor a prevalência da aceção objectiva da declaração que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, extraia do comportamento do declarante; não se exige, sequer, a inequivocidade dos factos concludentes, pois não se requer que a dedução seja forçosa, bastando que, conforme os usos sociais, o sentido prevalecente tenha cabimento com toda a probabilidade⁽³³⁾.

Ora, não se exigindo a consciência subjectiva pelo declarante desse significado implícito, é frontalmente contraditório que se admita a relevância de uma contradecaração ulterior, consubstanciada na *protestatio facta contraria*.

Dir-se-á, contudo, que esse relevo apenas foi defendido por um certo sector doutrinário se o comportamento comportasse vários sentidos possíveis e a *protestatio* se limitasse a fixar uma dessas aceções, assim se impedindo a aniquilação do princípio da autoresponsabilidade. Trata-se de uma concepção particularmente elaborada que requer um desenvolvimento separado.

III. A solução seria razoável caso fosse viável mas não é. A problemática da *protestatio* só se suscita quando exista *oposição* entre duas declarações, tácita e expressa, em termos de esta contradizer a primeira⁽³⁴⁾. Ora, uma conduta que comporte vários signifi-

⁽³²⁾ *Tutela da confiança e “venire contra factum proprium”*, RLJ, Ano 118.º, n.º 3735, p. 170. Sublinhando a importância do princípio que preside à recusa de relevância da *protestatio*, MENEZES CORDEIRO, *A Posse: perspectivas dogmáticas actuais*, p. 62. Igualmente, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, p. 125, realça a irrelevância da *protestatio*.

⁽³³⁾ Nestes exactos termos, CARLOS ALBERTO MOTA PINTO/ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/PAULO MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, 4.ª ed., p. 423.

⁽³⁴⁾ Sobre os termos em que se equaciona a *protestatio*, JOÃO DE CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, Volume II (edição revista), AAFDL, 1985, p. 83 e CARLOS ALBERTO MOTA PINTO/ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/PAULO MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, pp. 427-428. Embora na linha de MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, 4.ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 1974, Volume II, pp. 140-141,

cados possíveis, sem que um se consiga juridicamente superiorizar aos restantes, não é, por definição, concludente, mas inconclusiva, não constituindo, portanto, um comportamento com valor declarativo, pois apenas o é aquele cujo sentido se deixa apreender⁽³⁵⁾. Se existem vários sentidos possíveis, nenhum dos quais conseguindo prevalecer sobre os demais segundo o critério da impressão do destinatário, pura e simplesmente a declaração não produz efeitos por falta de inteligibilidade⁽³⁶⁾; logo, a declaração expressa posterior não representa a *protestatio*, porque não existe uma outra, anterior, a que ela venha opor-se. Em tais casos, a declaração expressa é a única.

A *protestatio* pressupõe, por definição, a ausência de dúvidas sobre o sentido da primeira declaração, só assim se justificando que o declarante se proponha anulá-lo. Não se “protesta” contra dúvidas, para evitar equívocos mas contra um determinado sentido com que a anterior declaração concludente vai valer e que o declarante quer remover; precisamente por não haver dúvidas, se compreende o interesse que comanda a *protestatio*. Daí, o próprio enunciado do aforismo, qual seja o de se protestar contra o significado de factos *contrários*; ora, de um facto só se pode dizer que é contrário a outro, quando este revista um sentido preciso, contra o qual se dirige o protesto e não quando sejam vários os sentidos possíveis que comporta.

Não se quer, obviamente, com isto dizer que um comportamento indirecto não pode consentir vários sentidos, quando até as

comecem por admitir que a *protestatio* tenha lugar quando haja receio sobre o sentido que possa ser imputado à declaração, todo o desenvolvimento posterior é feito na perspectiva do texto, ou seja, a que encara a *protestatio* como uma contradecaração. Ora, uma genuína *contradecaração* só o é caso se oponha ao sentido de uma outra que a antecedeu, já não caso se limite a esclarecer qual o significado com que deve valer.

⁽³⁵⁾ Sobre a declaração enquanto comportamento dotado de fim comunicativo, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, Coimbra Editora, 2.^a ed., 2003, Volume II, p. 43.

⁽³⁶⁾ Caso a dúvida a que se chegue no termo do labor interpretativo for insanável, mesmo face ao disposto no art. 237.^o, a declaração é ineficaz ou nula, segundo defendem, respectivamente, CARLOS ALBERTO MOTA PINTO/ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/PAULO MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 447, por aplicação, ao menos, analógica, do art. 224.^o/3 e CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 369.

próprias declarações expressas estão sujeitas a essa inevitabilidade, imposta pelos limites da comunicação humana, qualquer que seja o meio pelo qual se manifesta. Essa pluralidade de sentidos — que já, antes, admitimos — é não só claramente viável como está, inclusive, pressuposta na lei quando se admite que a declaração se deduza de factos que, *com toda a probabilidade*, a revelam. Porém, quando se der tal fenómeno de polissemia, uma de duas soluções se verifica: ou bem que, havendo dúvidas, apenas um daqueles significados vai prevalecer, por ser o que mais justificadamente se pode deprender dos factos subjacentes ou, então, nenhuma das possíveis acepções pode vingar, pois são vários os sentidos que, em pé de igualdade, objectivamente se podem extrair, uma vez que aqueles factos os consentem a todos. No primeiro caso, *sibi imputet*, isto é, à luz do princípio da autoresponsabilidade, a *protestatio* não releva, porque a declaração, uma vez emitida, desprende-se do seu autor e ingressou no círculo social a que se dirigia, submetendo-se ao seu significado objectivo mais plausível; no segundo, não existe, em rigor, *protestatio*, porque nenhum sentido prevaleceu sobre os demais, tudo se passando como se nunca tivesse havido uma declaração prévia, somente se devendo atender à segunda, que irá valer segundo a acepção apurada em consonância com os critérios adoptados pelo art. 236.^o(37).

IV. A transposição desta delicada problemática para a matéria da posse, defronta obstáculos consideráveis que ainda agravam a sua complexidade, porquanto a posse se concretiza no controlo material de uma coisa corpórea, exercido nos termos de um *direito subjectivo* cujo conteúdo faculte esse controlo.

(37) Para MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II, *Parte Geral* — *Negócio Jurídico*, 4.^a ed., 2014, a *protestatio* traduz, num complexo de atuações, a parcela que, por surgir em oposição ao conjunto mais significativo, não deve ser tida em conta. Importante, a este propósito, a solidez com que foi refutada a relevância da *protestatio* em RC 29-05-2007 (VIRGÍLIO MATEUS), <www.dgsi.pt>: a declaração contratual do réu surge como *protestatio facta contraria*, que como é sabido é irrelevante: a actuação voluntária de possuidor não é descaracterizada pelo facto de o agente produzir meras afirmações em contrário; o comportamento concludente (traduzido na actuação sobre a coisa) não é prejudicado pela declaração de sinal contrário, para efeitos contratuais ou de posse”.

Ora, a lei não diz, nem tem ou pode dizer, como esses direitos são exercitáveis. Limita-se a fixar o respectivo conteúdo típico, determinando — confinando-nos ao âmbito de alguns direitos reais de gozo — que o proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição (art. 1305.º), que o usufrutuário goza temporária e plenamente uma coisa ou direito alheio, sem alterar a sua forma ou substância (art. 1439.º) ou que o superficiário pode construir ou manter uma obra ou plantações em terreno alheio (art. 1525.º) e assim sucessivamente, nada mais.

Com efeito, os direitos subjectivos são, por definição, espaços de liberdade jurídica individual, cujo concreto modo de desfrute não é passível de redução normativa, apenas se desvendando com o próprio exercício, que os vivifica permanentemente. Não representam, portanto, simples construções técnicas, antes revestindo, como tem vindo incansavelmente a salientar MENEZES CORDEIRO, um profundo nível significativo-ideológico, enquanto bastião de liberdade, ou seja, pilar e reduto de livre arbítrio, uma vez que as concretas virtualidades oferecidas por estas posições jus-privatísticas não são determináveis por regras objectivas mas apenas mediante a actuação voluntária dos titulares⁽³⁸⁾.

Consequentemente, a imposição de funções, ditas sociais ou económicas, cercearia essa liberdade, submetendo o exercício a bitolas prévias. Decerto que os direitos estão sujeitos a limites mas externos; de resto, não há códigos de conduta vinculativos dos titulares⁽³⁹⁾.

Esta afirmação dos direitos subjectivos como espaços, por excelência, de liberdade jurídica individual, não constitui uma grandiloquente, mas oca, proclamação de princípio, antes conhecendo implicações dogmáticas decisivas de valor transversal. A propósito da improficuidade da teoria do escopo da norma enquanto critério de imputação (na causalidade delimitadora da responsabilidade) dos danos resultantes da violação de direitos

⁽³⁸⁾ *Tratado de Direito Civil Português*, Tomo I, 2009, I — *Parte Geral*, 3.ª ed., 2007, pp. 325, 328 e 330.

⁽³⁹⁾ Fundamental, novamente, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I — *Parte Geral*, Tomo IV — *Exercício Jurídico*, 2007, p. 355.

subjectivos, não mediada pela interposição de normas de protecção, já tivemos oportunidade de assinalar que a exacta determinação das concretas utilidades oferecidas pelos direitos subjectivos é necessariamente remetida ao alvedrio do próprio sujeito. O único escopo das normas que concedem e tutelam direitos subjectivos não pode ser senão o de garantir o correspondente campo de liberdade de actuação, não precisando a sua atribuição de quaisquer outras justificações que servissem, depois, entre outras possíveis finalidades, para delimitar os danos indemnizáveis ou controlar o respectivo exercício⁽⁴⁰⁾.

Daqui decorrem, entre outros corolários — que não vêm, agora, ao caso — que não existem exercícios típicos ou atípicos, uma vez que o desempenho dos sujeitos não se submete a padrões normalizados, objecto de prévia e heterónima definição. Não se pode por isso sustentar que haja um modo de agir próprio de proprietário ou usufrutuário, etc., que se deixe revelar através da conduta adoptada, sendo, portanto, inviável determinar que alguém age como possuidor e outrem como detentor, apenas porque certos comportamentos parecem mais “normais” que outros. De alguém que use um chapéu sempre preso ao cinto, não se pode dizer que não é proprietário, só porque nem uma única vez o coloca na cabeça; quando muito, poder-se-á concluir que se trata de um proprietário excêntrico, que dá uma utilização inabitual ao objecto, nada mais⁽⁴¹⁾.

Não existem, assim, condutas sociais típicas que individualizem o exercício de direitos, pois o feixe de comportamentos que comportam é de uma variedade de tal forma indiscriminada que não se deixa parafrasear por critérios normativos; paralelamente, o zelo e o cuidado individual também se manifestam em termos tão discrepantes que impedem a formação de padrões de desempenho,

(40) RUI ATAÍDE, *Causalidade e imputação objectiva na teoria da responsabilidade civil. A sobreposição das concepções normativas*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, Volume III, pp. 181-237 (202-203).

(41) Vem isto a propósito do sugestivo exemplo trabalhado por PAULA COSTA E SILVA, *Posse ou posses?* pp. 37-37, sobre a troca de papéis sociais entre um motorista e o proprietário do automóvel.

que permitissem, depois, distinguir quem age ou não *uti dominus*. De uma pessoa que deteriora ou destrói um objecto, não se pode dizer que não é possuidor mas apenas detentor, porque se fosse possuidor procederia como um titular diligente, uma vez que, ao lado destes, também há os que não são diligentes. Logo, no plano do exercício de direitos, não se afigura praticável — ao menos, no comum dos casos — perscrutar intenções exteriorizadas através de comportamentos; nem ao nível da sua objectivação se pode, pois, reconhecer uma intervenção útil à intenção para afirmar ou afastar a posse⁽⁴²⁾.

A “importação” da categoria da concludência negocial para a determinação ou afastamento do *status* possessório revela-se, em suma, improdutivo. À partida, o exercício dos poderes de facto, *qualquer que seja a feição que assuma*, a ser concludente para algum efeito, é-o sempre para afirmar a posse e nunca para a negar; neste sentido, nunca pode suscitar dúvidas, dado faltar um “código” de apreciação de comportamentos à luz do qual se pudessem gerar equívocos. A indiscutível proficiência das declarações concludentes na formação do negócio jurídico — sobretudo, no domínio fundamental dos contactos sociais típicos — filia-se num factor que, aqui, está ausente: determinados comportamentos só conseguem valer como meios declarativos indiretos porque lhes está previamente associado um preciso significado social tabelado no concreto contexto em que são levados a cabo. Quem guarda a sua viatura num parque de estacionamento ou viaja num transporte público, exprime a intenção de auferir as respectivas utilidades típicas, não podendo, pois, desonerar-se das corresponsabilidades vincula-

(42) Como afirmava JOSÉ DIAS MARQUES, *Prescrição aquisitiva*, p. 33, os actos de exercício dos direitos, enquanto encarados na sua pura materialidade, nem sempre têm uma significação unívoca, raramente a tendo, até. No mesmo sentido, MANUEL RODRIGUES, *A posse*, p. 76, frisando que todos os factos que poderiam valer como sintomas reveladores, tanto podem ser praticados pelo possuidor como pelo detentor, assim como LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, p. 137, observando que a posse se caracteriza pelo exercício de poderes correspondentes a um direito, independentemente da diligência com que são exercidos. Não por acaso, autores subjetivistas como MOTA PINTO, *Direitos Reais*, p. 185, reconhecendo a inviabilidade de se demonstrar o concreto *animus* do agente, recorriam ao seu título de investidura para solucionar as dúvidas, professando implicitamente a teoria da causa.

ções. Em contrapartida, os comportamentos que corporizam o exercício de direitos não têm carácter tabelado; pelo contrário, são livres, razão pela qual por mais “atípicos” que se revelem, podem ser sempre “concludentes”(43).

5.3. A teoria da causa. As respostas atuais

Inicialmente, MENEZES CORDEIRO também aderiu à tese dos actos facultativos(44), vindo mais tarde a abandoná-la. Hoje, entende que, para preencher o campo de aplicação do art. 1253.º, alínea *a*), apenas sobra o exercício do poder de facto sobre bens do domínio público (art. 1267.º/1, alínea *b*), bem como a sonegação de bens da herança nos termos do art. 2096.º/2; em qualquer dos casos, por via da teoria da causa, não haveria *animus* nem posse(45).

Por seu lado, LUÍS MENEZES LEITÃO considera que o art. 1253.º, alínea *a*), abarcaria as situações em que havendo poderes de facto sobre uma coisa, os mesmos correspondessem ao conteúdo de um direito ao qual a lei não reconhece a tutela possessória, como o hóspede no contrato de hospedagem ou o titular do direito real de habitação periódica(46).

Ambas as orientações podem ser inseridas na área de influência da teoria da causa, uma vez que recusam, por manifesta impropriedade, a indagação do concreto *animus* do agente, transferindo a averiguação da posse para o plano normativo, pelo que não ultrapassam — nem em rigor, se propõem fazê-lo — o “nó górdio” representado pelo subjetivismo psicológico consagrado no art. 1253.º, alínea *a*). Com efeito, em qualquer das hipóteses legais indicadas, nada impede que o agente se conduza com o *animus* próprio do titular, embora em nenhum dos casos seja possuidor apenas e tão-

(43) Sobre a progressiva absorção desta modalidade das “relações contratuais de facto” pelas declarações concludentes, revitalizando a irrelevância da *protestatio*, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II — Direito das Obrigações, Tomo II, 2010, pp. 639-640.

(44) *Direitos Reais*, Lex, Lisboa, 1993 (reimpressão), pp. 398-399.

(45) *A Posse: perspectivas dogmáticas actuais*, p. 65.

(46) MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, p. 117.

-só porque intervêm normas legais que descaracterizam essa atuação. Não é, portanto, a falta de intenção do agente que desqualifica o seu comportamento mas a lei, pois ainda que tal intenção exista, continua a não haver posse por *mister legal*, qualquer que possa ser o concreto *animus* do agente⁽⁴⁷⁾.

6. Orientação adotada. As situações de detenção

I. A nosso ver, o espaço ocupado pela discussão em torno do *animus* nos estudos jurídicos portugueses sobre a posse, revela-se totalmente desproporcionado em relação à sua importância dogmática. A única intenção relevante para a aquisição da posse consiste em se querer obter o controlo material da coisa. Nesta medida, o *animus* é imanente ao *corpus*, nada lhe acrescentando, pois não cabe admitir que alguém possa constituir um poder de controlo sobre uma coisa sem o querer adquirir, ou seja, não se obtém automaticamente a posse de coisas que ingressem por mera casualidade na respetiva esfera de domínio físico.

Deste modo, nenhuma necessidade da vida jurídica exige, por exemplo, que se conceda a posse de coisas que sejam sorrateiramente introduzidas nos bolsos de alguém, nem sendo tão-pouco de lhe reconhecer qualquer pretensão de entrega contra o terceiro que as subtraiu, enquanto o sujeito permanecia sem sentidos. O passageiro do avião ou do comboio em cujo colo caia a mala de um terceiro que se encontrava mal arrumada na bagageira, também não obteve a sua posse, precisamente por o ingresso da coisa na sua esfera de domínio não ter obedecido a um acto de vontade. De igual modo, ninguém se torna possuidor dos frutos de uma árvore alheia que tombem na sua propriedade, pelo simples facto de eles terem tombado mas apenas pelo seu apossamento (art. 1263.º, alínea *a*), o qual veicula justamente a intenção de se adquirir o correspondente *corpus*, assim como também não é pelo facto de uma

(47) Exactamente neste sentido, PAULA COSTA E SILVA, *Posse ou posses?* p. 20, referindo-se especificamente à orientação sustentada por MENEZES CORDEIRO.

carta dirigida a terceiro, ter sido, por lapso, introduzida na nossa caixa de correio, que se obtém a sua posse, enquanto não houver igualmente apossamento. Exemplos do mesmo tipo podem repetir-se à exaustão, exprimindo todos a mesma ideia fundamental de só haver *corpus* quando existe controlo material da coisa obtido por acto de vontade⁽⁴⁸⁾.

Entendido o *animus* nestes termos, torna-se compreensível a solução legal que permite às pessoas privadas do uso da razão adquirirem a posse sobre as coisas passíveis de ocupação (art. 1266.º). Aqui somente se requer consciência e vontade natural de se obter o controlo material de uma coisa, sem qualquer outra intencionalidade que exija uma especial capacidade de avaliação jurídica que, por definição, não está obviamente ao alcance dos dementes. De outro modo, a exigir-se uma intenção específica do possuidor — *maxime*, a vontade de agir como proprietário (*animus domini*) — a aquisição da posse por pessoas privadas do uso da razão teria que ser indevidamente explicada como significando a abertura de uma exceção⁽⁴⁹⁾.

A impraticabilidade geral do subjetivismo psicológico é, enfim, confirmada pela própria prática judiciária. Confrontados com a exigência impossível de afirmar por via directa o *animus* do agente, os Tribunais portugueses recorrem à presunção estabelecida no art. 1252.º/2, segundo a qual, em caso de dúvida, se infere a posse naquele que exerce o poder de facto. A orientação foi finalmente consagrada em Assento do Supremo Tribunal de Justiça (hoje com o valor de jurisprudência uniformizada), que votou por unanimidade o entendimento de que “podem adquirir por usuca-

(48) Em MARTIN WOLFF, *Das Sachenrecht*, p. 53, encontram-se alguns exemplos particularmente ilustrativos de situações em que não se chega a constituir posse por falta de vontade na obtenção do poder de facto, apesar de as coisas estarem fisicamente na esfera do agente (v. g., uma pessoa desmaiada não obtém a posse de coisas que lhe sejam postas em cima).

(49) Como fazem PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, pp. 31-32 (nota 3 ao art. 1266.º), ao contrário de MARTIN WOLFF, *Das Sachenrecht*, p. 54, para quem a vontade de adquirir a posse não tem que ser juridicamente qualificada, podendo também um incapaz obtê-la, desde que a sua vontade seja suficientemente madura para instaurar o controlo material da coisa. No mesmo sentido, REINHARD GAIER, MK, 5.ª ed., 2009, Band 6: *Sachenrecht* §§ 854-1296, § 854, p. 22, exigindo apenas uma vontade natural de obter o controlo fáctico da coisa.

pião, se a presunção de posse não for ilidida, os que exercem o poder de facto sobre uma coisa”, revelando que o proclamado subjetivismo só se revela viável pela demonstração do exercício do poder de facto, que constitui ironicamente o elemento nuclear da orientação objetivista⁽⁵⁰⁾.

II. As tentativas empreendidas pelo nosso pensamento jurídico para preservar um campo útil de aplicação para o art. 1253.º, alínea *a*), têm sido vitimadas pelo exacerbado carácter doutrinário que inquinou a efetividade da disposição. Falta coerência interna ao sistema legal português que rege a posse, quando a pretende distinguir da detenção, sem que haja, sequer, interpretação sistemática que a salve, pois como assinala MENEZES CORDEIRO, a falta de *animus* deveria caracterizar, na lógica subjectivista, todos os casos de detenção⁽⁵¹⁾.

De facto, enquanto o art. 1253.º, alínea *a*) elege a ausência de intenção como factor de desqualificação da actuação correspondente ao exercício do direito de fundo, as alíneas *b*) e *c*) abstraem, por inteiro, da intenção para decidir sobre a valoração como detenção das situações subjacentes. Na primeira hipótese, é a inexistência de intenção que decide da qualificação; nas restantes, quer haja ou não intenção, a conduta é sempre desvalorizada para mera

⁽⁵⁰⁾ STJ 14-05-1996, Processo 085204 (AMÂNCIO FERREIRA), <www.dgsi.pt> (BMJ N.º 457, 1996, pp. 55 ss). A solução tem sido mantida, disso sendo exemplo STJ 04-12-2007, Processo 07A2464 (AZEVEDO RAMOS), <www.dgsi.pt> (“Embora não tivesse resultado provado que os réus praticassem tais actos *com ânimo de exercerem o direito de propriedade sobre o mesmo prédio*, como tinham invocado, sempre se poderá afirmar que subsiste uma *situação de dúvida*, por também não se ter apurado que tenham agido como simples detentores. Assim, é de *presumir* que os réus agiram como verdadeiros possuidores, nos termos do art. 1252.º, n.º 2, do C.C., pois, em caso de dúvida, presume-se a posse naquele que exerce o poder de facto”). No mesmo sentido, STJ 25-03-2010 Processo 1277/08.9TBCBR.C1.S1 (SOUSA LEITE), <www.dgsi.pt> (“por ser difícil, se não impossível, fazer a prova da posse em nome próprio, que não seja coincidente com a prova do direito aparente, o n.º 2 do art. 1252.º do CC, talqualmente o fazia o art. 481.º, § 1.º do Código de Seabra, dispõe que “*em caso de dúvida, presume-se a posse naquele que exerce o poder de facto*”). Escrevendo muito antes desta jurisprudência, já MOTA PINTO, *Direitos Reais*, p. 191, reconhecia que, sendo a prova do *animus* muito difícil, havia que recorrer à presunção legal fixada no art. 1252.º/2.

⁽⁵¹⁾ *A Posse: perspectivas dogmáticas actuais*, p. 64.

detenção, tornando patente a total quebra de unidade das soluções legais⁽⁵²⁾.

Com efeito, também aqueles que se aproveitam da tolerância do titular do direito (alínea *b*), bem como os representantes, mandatários e, de um modo geral, todos os que possuem em nome alheio (alínea *c*), podem desenvolver tais actividades com o mais intenso *animus*, sem que isso lhes valha para evitar a degradação do seu comportamento para simples detenção, além de a própria materialidade do comportamento realizado por quem pratica actos ao abrigo de simples tolerância ou pelo procurador que, v. g., recebeu poderes para vender um livro, em nada ser — ou ter que ser — diferente do que seria desenvolvido pelo próprio *dominus*. Também aqui, como sempre, o comportamento não consegue evidenciar qualquer motivação específica que denuncie a mera detenção. A não ser a desqualificação legal, as hipóteses previstas nas alíneas *b*) e *c*) do art. 1253.º poderiam aliás corresponder a actuações possessórias, por via da presunção de posse favorável a quem exerce o poder de facto quando, havendo dúvidas, a posse é exercida por intermédio de outrem (art. 1252.º/2).

Salvo melhor demonstração, o art. 1253.º, alínea *a*) está próximo de constituir uma norma “vazia” ou, pelo menos, redundante, representando, inclusive, um insofismável retrocesso jurídico face ao pensamento cristalino exposto pelo VISCONDE DE SEABRA no século anterior⁽⁵³⁾.

(52) Não é, portanto, possível concordar com PAULA COSTA E SILVA, *Posse ou poses?* pp. 32-33 e JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, p. 544, quando defendem que o sistema legal de posse mantém coerência interna.

(53) Como salientava com clareza lapidar o VISCONDE DE SEABRA, ninguém pode adivinhar o ânimo com que se detém uma coisa, o qual apenas se pode revelar pelos factos consequentes, visto se tratar de um facto psicológico que se não pode conhecer *a priori* mas apenas a simples detenção, acrescentando, em seguida, que as palavras *animus sibi habendi* não eram necessárias na definição, porquanto esse ânimo aparecerá, quando seja preciso, nos factos, sendo de resto indiferente, apenas servindo para dar lugar a disputas. Concluía, rematando que quase todos os autores gastavam muito tempo com a definição da posse, considerando como seu elemento essencial o *animus sibi habendi* mas que o Código se desprendera de todas essas ficções e subtilezas imaginadas, tomando-a no seu primeiro e característico elemento, o facto visível da detenção (JOSÉ DIAS FERREIRA, *Código Civil Portuguez Annotado*, Volume II, 1871, pp. 8-9).

Vazia, porque ninguém consegue invadir as representações psicológicas de terceiros para determinar as finalidades que se propõem subjectivamente atingir, além de o conteúdo declarativo dos comportamentos não valer segundo as motivações que determinaram os respectivos autores mas de acordo com o seu significado social, objectivamente apurado. Não existindo, contudo, modos “típicos” ou “atípicos” de exercer direitos porque, enquanto espaços de soberania, a sua concreta vivificação é fixada pelos respectivos titulares, a “concludência” dos respectivos comportamentos aponta de forma quase invariável para actuações correspondentes ao exercício de determinados direitos.

6.1. O exercício do poder de facto sem intenção de agir como beneficiário do direito

Mas ainda que não se entenda que o art. 1253.º, alínea *a*), constitui uma disposição vazia propriamente dita, a norma afigura-se redundante (o que constitui outra forma de vacuidade), porque as únicas situações jurídicas que lhe podem ser reconduzidas por não estarem abrangidas pelo disposto nas alíneas *b*) e *c*), são aquelas cuja *individualidade normativa* consiste precisamente no exercício de poderes de facto sobre uma coisa sem a intenção de se agir como beneficiário do direito. Trata-se, em suma, de aplicar o pensamento da *teoria da causa* para afastar a posse nas hipóteses em que a própria cobertura normativa já exclui a intenção de agir como titular. A inutilidade da norma torna-se assim patente, por se tratar de casos que seriam sempre de detenção, sem que o art. 1253.º, alínea *a*), apresente, por isso, qualquer mais-valia⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵⁴⁾ Algumas demonstrações efetuadas pelos próprios PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, p. 8 (nota 2 ao art. 1252.º), apontam neste preciso sentido. A propósito do art. 1252.º/2, consideravam que cabe a quem se arroga a posse, provar que o detentor não é possuidor, podendo fazê-lo por qualquer meio, nomeadamente, pela exibição do *título* que exclua a posse do detentor, demonstrando que este apenas possui em nome alheio (o itálico é da nossa responsabilidade). As aplicações efetuadas por MENEZES CORDEIRO e MENEZES LEITÃO — acima reproduzidas — constituem outros exemplos possíveis de concretização da alínea *a*) do art. 1253.º, apurados à luz da teoria da causa que,

I. É o caso, entre outros, do mandato não representativo.

Nos termos do art. 1157.º, o mandatário com ou sem representação actua sempre *por conta do mandante*, devendo praticar os actos compreendidos no mandato segundo as instruções do mandante (art. 1161.º, alínea *a*). O elemento qualificador “agir por conta” exprime precisamente a ideia de os efeitos jurídicos do acto ou actos a praticar pelo mandatário se destinarem, mediata ou imediatamente, à esfera do mandante enquanto *dominus negotii*⁽⁵⁵⁾.

Relativamente ao mandato com representação, a problemática da posse é resolvida pela solução expressa oferecida pelo art. 1253.º, alínea *c*), que considera como detentores todos os que possuem em nome alheio, significando portanto que a posse se mantém na esfera do mandante/representado. No concernente ao mandato sem representação, a orientação doutrinal maioritária considera, pelo contrário, que o mandatário é o possuidor, porquanto nos termos do art. 1180.º adquire os direitos e as obrigações decorrentes dos actos que pratica⁽⁵⁶⁾.

Contudo, ser titular dos direitos e estar vinculado às obrigações emergentes dos actos praticados, não significa necessariamente que o mandatário se torne possuidor. Não existe para a posse qualquer norma que replique o art. 408.º/1, pelo que, ao contrário das consequências reais e obrigacionais que se radicam na sua esfera por força do art. 1180.º, a transmissão da posse para o mandatário não se verifica por mero efeito quer do próprio mandato outorgado pelo mandante, quer dos negócios que celebre com o terceiro contratante. A interposição real significa tão-só que se

para MENEZES CORDEIRO, *A Posse: perspectivas dogmáticas actuais*, p. 65, constitui a única saída possível para ressaltar o *animus* do art. 1253.º, alínea *a*).

⁽⁵⁵⁾ Sobre o significado do elemento qualificador “agir por conta”, JANUÁRIO GOMES, *Em tema de revogação do mandato civil*, Coimbra, Almedina, 1989, pp. 91-95, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, Tomo IV — *Exercício Jurídico*, p. 63, MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Coimbra, Almedina, Volume III — *Contratos em Especial*, 9.ª ed., 2014, pp. 392-393, MARIA JOÃO TOMÉ, *Sobre o contrato de mandato sem representação e o trust*, ROA, Ano 67, Volume III — Dez. 2007, p. 61.

⁽⁵⁶⁾ Assim, MENEZES CORDEIRO, *A Posse: perspectivas dogmáticas actuais*, p. 61, com o apoio, entre outros, de MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, p. 117 (e nota 298), e ALBUQUERQUE, PEDRO DE, *Direito das Obrigações — Contratos em especial*, I-1. Almedina, 2008, p. 127.

radicam na esfera do mandatário sem representação, enquanto parte dos negócios que celebre, os respetivos efeitos obrigacionais e reais, não tendo de *per si* qualquer projeção necessária sobre a posse da coisa transacionada. Este entendimento representa tão-somente a simples aplicação ao mandato sem representação do pensamento mais geral da teoria da posse, que consagra a sua dissociação da titularidade do direito a que se reporta, em termos de o titular não ter que ser o possuidor nem inversamente o possuidor ter que estar investido na titularidade.

Com efeito, enquanto situação jurídica abstracta, a posse é independente dos direitos a que se reporta, conhecendo factos aquisitivos próprios, que estão elencados no art. 1263.º. Será portanto indispensável à transmissão da posse para o mandatário — tanto no mandato para alienar, como no mandato para adquirir — que se produza a seu favor uma causa de aquisição derivada, seja a tradição, seja o constituto possessório (art. 1263.º, alíneas *b*) e *c*), respetivamente)⁽⁵⁷⁾.

No respeitante ao mandato sem representação para alienar, a solução é independente da opção entre as teses que sustentam a transferência direta *recta via* do mandante para o terceiro e as que preconizam a dupla transferência fiduciária, segundo a qual o mandatário adquiriria previamente ao mandante a propriedade dos bens, com a obrigação de a retransmitir ao terceiro com quem contratasse. Ainda assim, a prévia aquisição pelo mandatário dos direitos que deverá retransmitir ao terceiro, não implica obrigatoriamente que se torne possuidor, não só por a fisiologia do mandato para alienar não exigir que haja tradição, dado não ser indispensável à sua boa execução mas também por não se afigurar curial que o mandante se pretenda despojar da posse da coisa, privando-se dos respetivos meios de defesa mesmo se eventualmente a entregar ao mandatário para facilitar o cumprimento do mandato. Tudo dependerá das circunstâncias do caso mas nada impede que se constitua uma situação de posse mediata ou que o mandante conserve mesmo o exclusivo controlo material da coisa, ainda que

(57) Por razões óbvias, é falho de sentido equacionar neste caso as hipóteses de aquisição originária da posse (apossamento ou a inversão de título).

detida pelo mandatário segundo as instruções que lhe sejam confiadas (art. 1161.º, alínea *a*), o qual será então um mero detentor nos termos do art. 1253.º, alínea *a*), porque embora seja titular e aja como titular, actua contudo por definição (art. 1157.º) com *animus aliena negotia gerendi*, ou seja, sem a intenção de atribuir a si próprio os efeitos da respetiva atuação⁽⁵⁸⁾.

De igual modo se deve entender no concernente ao mandato sem representação para adquirir, em que se afigura incontroversa a tese da dupla transferência, em face do disposto no art. 1181.º/1, preceito que aliás se revela fundamental no sentido que se preconiza. Se recai sobre o mandatário, justamente porque age por conta do mandante, o dever de lhe retransmitir os direitos adquiridos em execução do mandato, bem como o de lhe entregar tudo o que por essa via recebeu (art. 1161.º, alínea *e*), falta-lhe o controlo material da coisa adquirida e que tipifica o *corpus* possessório, visto que os poderes que sobre ela exerça estão funcionalmente subordinados ao dever obrigacional de a entregar ao mandante, nem sendo sequer de excluir que a coisa adquirida nunca chegue a estar sob o domínio físico do mandatário, se este, em cumprimento das instruções transmitidas pelo mandante, acordar com o terceiro que este a coloque sob a esfera de controlo do *dominus* ou, inclusive, por via de *acordo prévio de constituto possessório*, querendo-se com isto dizer não que o efeito típico do constituto possessório se produz antecipadamente em relação ao momento da celebração do contrato real *quod effectum* entre o mandatário e o terceiro mas tão-só que a verificação desse efeito é imputável a um acordo prévio celebrado entre mandante e mandatário com esse conteúdo⁽⁵⁹⁾.

(58) REINHARD GAIER, MK, § 868, pp. 93-94, considera que, em função das circunstâncias do caso, o mandatário tanto pode ser *detentor* como *possuidor imediato* das coisas que lhe sejam entregues pelo mandante, assinalando que a existência de posse mediata, posse imediata ou de uma situação de simples detenção, depende dos factores relevantes na hipótese concreta, não sendo decisiva a qualificação jurídica da relação que lhe sirva de base. Também MARTIN WOLFF, *Das Sachenrecht*, pp. 43-44, entende que, entre os demais casos de posse imediata além dos explicitamente previstos no § 868, se encontra o mandato para alienar e a gestão de negócios sem mandato.

(59) REINHARD GAIER, MK, § 868, pp. 88 (enquanto *constituto possessório antecipado*, a posse mediata pode ser acordada antes da aquisição da posse imediata, nascendo simultaneamente com esta), 94 (se o mandatário, ao executar o mandato, receber uma

A não ser assim, a dogmática da posse estaria desarmada perante a hipótese contrária de o mandatário que recebeu a coisa do terceiro e, violando o mandato, se recusa a entregá-la ao mandante, ser considerado em *pé de igualdade* com o mandatário que simplesmente a conserva em seu poder para a entregar ao mandante em cumprimento do mandato. Ambos, então, seriam possuidores, apesar da radical oposição de significado que inere às respectivas atuações: no primeiro caso, o comportamento do mandatário que incumprir o mandato é idóneo ao preenchimento dos pressupostos da inversão de título, ao passo que no segundo o mandatário executa o mandato em conformidade com o dever legal que sobre si impende de receber e manter a coisa em seu poder para a entregar ao mandante.

II. Outra hipótese de ausência de posse pela sua própria caracterização legal, respeita à pessoa que, encontrando uma coisa perdida e não sabendo a quem pertence, anuncia o achado do modo mais conveniente (art. 1323.º). A conduta do achador não conforma obviamente uma situação de *corpus* possessório, pois o controlo da coisa tem que se concretizar num comportamento que, qualquer que seja o seu conteúdo, exteriorize o exercício de um direito; ora, o anúncio do achado representa, precisamente, a nega-

(coisa de um terceiro, então o mandante pode tornar-se possuidor mediato por constituto possessório antecipado), 95 e 96 (aplicação do entendimento defendido para o mandato à gestão de negócios, por ao nascimento da posse mediata não ser necessária uma vontade de aquisição da posse pelo possuidor mediato e ao contrato de comissão, respetivamente). Observam PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, p. 8 (nota 2 ao art. 1252.º), que, no caso de a detenção ser exercida pelo gestor, o *dominus* terá de provar o condicionalismo de facto próprio da gestão de negócios. Caracterizando a detenção no interesse de outrem (não qualificada) como aquela em que o poder de facto é exercido para cumprir uma obrigação, casos, designadamente, do depositário, mandatário e comissário, JOSÉ ANDRADE MESQUITA, *Direitos pessoais de gozo*, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 206-207. Em sentido semelhante, já MANUEL RODRIGUES, *A posse*, p. 112, definindo a detenção como exercício de poderes materiais sobre uma coisa no interesse exclusivo de outrem. Todavia, não perfilhamos a referência ao “interesse exclusivo de outrem”, uma vez que, por exemplo, no caso do mandato, a actuação do detentor (mandatário) pode também veicular um interesse seu ou de terceiro, sem que esse eventual concurso de interesses tenha necessariamente que se projetar na alteração da sua qualidade de detentor. Considerando o conceito de interesse demasiado “desfocado” para decidir a distinção entre posse e detenção, REINHARD GAIER, MK, § 855, p. 33.

ção de um tal exercício, consistindo, pelo contrário, no cumprimento de um dever legal que exprime a ausência de intenção de agir como titular.

6.2. Os actos de mera tolerância

O art. 1253.º, alínea *b*), engloba também no universo da detenção os chamados actos de mera tolerância, ou seja, aqueles que são praticados com o consentimento expresso ou tácito do titular, seja por razões de obsequiosidade, de boa vizinhança ou outras, sem que exista a intenção de conceder qualquer direito ao agente, apenas se distinguindo dos actos facultativos por estes pressuporem uma inação do titular de que resultam vantagens reflexas para o terceiro, não havendo por isso razão para se lhes aplicar regime diferente do que está legalmente previsto para os actos de mera tolerância⁽⁶⁰⁾.

São situações relativamente comuns na vida social, em que o titular facilita a outrem a prática de determinados actos que se traduzem no aproveitamento de utilidades contidas no seu direito (*v. g.*, atravessar prédio alheio para encurtar distâncias, ocupações precárias de edifícios, sementeiras ou edificações autorizadas numa parcela do terreno vizinho) e que, por veicularem, em regra, um espírito desinteressado de colaboração, não podem ser penalizados com a aquisição da posse pelo exercente, mantendo-se no titular o direito de lhes pôr termo a todo o tempo⁽⁶¹⁾.

⁽⁶⁰⁾ Em MANUEL RODRIGUES, *A posse*, p. 196, encontram-se alguns exemplos sugestivos de actos facultativos: aproveitamento de águas que brotam do prédio superior por inércia do respetivo titular, não vedar o prédio rústico, não o demarcar, não adquirir meação na parede confinante, etc.

⁽⁶¹⁾ A concretização jurisprudencial auxilia a compreensão do tipo de situações envolvidas nos actos de mera tolerância. Em STJ 29-04-1992, Proc. N.º 081671 (MARTINS DA FONSECA), <www.dgsi.pt>, disse-se que “Todo o poder de facto sobre a coisa sem o “animus”, constitui simples detenção, como actos de mera tolerância, consentidos pelo titular do direito”; em STJ 23-09-1999, Proc. N.º 99B572 (PEIXE PELICA), <www.dgsi.pt>, considerou-se que configurava um acto de mera tolerância o consentimento pelo réu que o autor mantivesse abertas quatro janelas que deitavam directamente sobre o seu prédio. Como o A. reconheceu expressamente que com tal permissão não se visava constituir qualquer servidão de vistas e que o R. ficava com o direito de “justapor a sua parede” à parede

6.3. O exercício da posse em nome alheio

As situações de detenção que se encontram previstas no art. 1253.º, alínea *c*), compreendem dois grupos de casos.

O primeiro identifica-se com as hipóteses de simples detenção, em que se não afirma qualquer direito próprio sobre a coisa, como é, em regra, o caso dos comissários (em especial, dos trabalhadores subordinados), procuradores, gestores de negócios ou mandatários (com representação), os quais, por exercerem o poder de facto em cumprimento de um dever legal ou negocial, devem cumprir as ordens e as instruções vinculativas que lhes sejam dirigidas; além dos representantes em sentido técnico (arts. 258.º e seguintes), estão ainda incluídos os que agem materialmente ao serviço do dominus (*v. g.*, auxiliares), ainda que sem representação formal.

O segundo grupo de casos de posse em nome alheio concretiza o fenómeno da sobreposição de posses, em que vários sujeitos possuem a coisa em termos de direitos de âmbito distinto, por relação a direitos reais menores (*v. g.*, propriedade/usufruto, usufruto/serviço predial) ou a outros direitos de gozo (proprietário ou usufrutuário *versus* locatário ou comodatário), cumulando essa qualidade com a de simples detentores da coisa por referência ao direito de base ao abrigo do qual se constituiu a sua posição jurídica.

Embora tecnicamente ambas as situações consubstanciem o que a lei designa por exercício da posse em nome alheio, estão todavia separadas por uma natureza jurídica irreduzivelmente diversa: no primeiro círculo de hipóteses, o exercente do poder de facto não tem *corpus*, ao invés do que se verifica no segundo grupo, em que existe uma pluralidade de possuidores⁽⁶²⁾.

do prédio do A. "tapando desse modo as referidas janelas", deu-se como assente que essa permissão configurava um acto de mera tolerância, entendendo-se em STJ 18-10-2012, Proc. N.º (ORLANDO AFONSO), <www.dgsi.pt>, que a permanência do réu na casa, após passagem à situação de reforma, configura uma simples detenção por acto de mera tolerância da autora, com o consentimento (ao menos tácito) desta, mas sem que assim tivesse aquela pretendido atribuir um direito aos réus, pelo que aquela conservou a faculdade de, a qualquer momento, pôr fim à actividade tolerada.

⁽⁶²⁾ Não decerto por acaso a exposição de PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Livro III, pp. 10-11 (nota 4 ao art. 1253.º), apenas é exemplificada

Logo, não é fiel à realidade das coisas, como acima se sublinhou (*supra* 3, I), afirmar que o possuidor que não conserva a coisa, exerce o seu poder de facto através do possuidor que a detém, como sucede no primeiro grupo de casos em que o detentor não é titular de um *corpus* próprio, limitando-se a exercer um *corpus* alheio. No segundo círculo de hipóteses, o possuidor imediato controla a coisa ao abrigo de um direito próprio, sem ter que obedecer a ordens ou instruções daquele, ao contrário do que acontece com o simples detentor. Logo, o *corpus* do possuidor mediato assume uma fisionomia *desmaterializada*, necessariamente diferente da que o caracteriza no âmbito da posse exclusiva, ainda que os poderes de facto sejam exercidos por intermédio do detentor.

7. Conclusões. O *corpus* como critério de distinção entre a posse e a detenção

A polémica entre objetivismo e subjetivismo baseou-se nas divergências de interpretação sobre o significado atribuído às fontes romanas, ao conferirem os meios de defesa da posse ao credor pignoratício, negando-os ao locatário, comodatário e depositário. Como o Direito em vigor reconhece a tutela possessória em todas essas hipóteses, aquelas aporias estão atualmente superadas, devendo por isso ser reconsiderados os termos em que tem sido travado o debate sobre a estrutura da posse⁽⁶³⁾.

A orientação que se perfilha sobre a estrutura da posse é decididamente objetivista, uma vez que, além do controlo voluntário da coisa, não é de exigir qualquer *animus* que, acrescendo ao *corpus*, qualifique a posse. De todo o modo, não se afigura exato dizer-se, sem mais, que a detenção seja uma situação possessória descaracterizada por uma norma legal, como revelam os casos quer de pura

com situações jurídicas que os autores reconduziam à simples detenção mas que a doutrina atual engloba também no âmbito da posse.

⁽⁶³⁾ Propondo também o reequacionamento do debate em virtude de estar supe-
rada a base da polémica, MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, p. 115.

detenção, quer as hipóteses de sobreposição de posses, que reúnem na mesma pessoa a dupla qualidade de detentor em relação a um direito alheio e possuidor por referência a um direito próprio⁽⁶⁴⁾.

A detenção não é posse porque lhe falta o *corpus*, sendo esta a razão de o simples exercício dos poderes de facto ser desqualificado pelas pertinentes disposições legais. Dizer-se tão só que uma certa situação de facto não é posse por pura determinação legal, sugere puro arbítrio legislativo. A decisão legal é contudo fundada, porque se baseia na ausência de *corpus*, não se podendo portanto concordar com a tese que o *corpus* também está presente na detenção. Ao usufrutuário, enquanto detentor em termos de direito de propriedade, não assiste qualquer *corpus* por relação a esse direito, assim como também não o tem o locatário no tocante ao direito de propriedade ou de usufruto, ao abrigo do qual se celebrou o contrato de locação mas apenas em relação ao próprio direito pessoal de gozo de que é titular. Como logo de início se observou, a detenção limita-se a designar a situação de alguém que, tendo uma coisa fisicamente em seu poder, exerce poderes de facto sobre ela, sem que esse exercício signifique obviamente que o exercente seja titular de qualquer *poder de controlo* sobre a coisa, não o sendo decerto sempre que atua sob as ordens ou instruções de outrem. Não é demais insistir que o *corpus* não é o exercício de poderes de facto mas um conceito normativo que exprime um *poder de controlo* sobre a coisa, que tanto pode ser exercido pelo próprio, como por outrem sob a sua direção.

Os casos de simples detenção — ou seja, aqueles em que o detentor não reúne também a condição de possuidor por referência a outro direito — revelam-se ainda mais flagrantes, porquanto

⁽⁶⁴⁾ A opinião em crítica teria quiçá mais fundamento face a um ordenamento como o alemão que, por via do § 860, BGB, concede ao detentor (mero exercente dos poderes de facto segundo o § 855) os meios de tutela da posse atribuídos ao possuidor pelo § 859 (sem que o argumento seja minimamente decisivo, uma vez que sempre se poderá sustentar que o alargamento dessa proteção se destina a servir o direito do possuidor). Esta orientação é contudo intransponível para o Direito português, que desconhece uma disposição congénere. Segundo o entendimento defendido pela doutrina portuguesa, os meios de tutela da posse são atribuídos exclusivamente a possuidores, quer o sejam em termos de direitos reais (ou pessoais) de gozo, garantia ou aquisição e nunca aos simples detentores. Entre nós, só existe tutela possessória quando há posse, ao contrário do Direito alemão.

agora o agente não é titular de qualquer *corpus* próprio, limitando-se a exercer um *corpus* alheio, atuando para o *dominus* e sob a sua direção.

Em suma, aquilo que distingue a posse da detenção é a existência ou não de *corpus*, havendo que averiguar a correta qualificação da situação, em face do jogo concertado das várias normas aplicáveis ao caso. Tomando como paradigma a posição típica do trabalhador subordinado, afigura-se falho de sentido jurídico dizer que tem *corpus*, embora desqualificado para detenção por uma norma legal. O assalariado é *ab initio* um mero detentor dos bens e equipamentos de trabalho que lhe forem confiados pelo empregador, porque existe uma disposição legal segundo a qual ele cumpre a prestação laboral sob a *autoridade* do empregador (art. 11.º, CT); é esta a norma que nega o *corpus* possessório ao trabalhador subordinado relativamente às coisas que detenha para cumprimento da prestação⁽⁶⁵⁾, permitindo qualificá-lo como detentor. Caso queira agir como possuidor, terá que inverter o título, afetando as coisas do empregador aos seus próprios fins em oposição às vinculações laborais.

Este resultado corrobora a conclusão extraída acima da análise dos chamados atos facultativos que, segundo PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, preencheriam a previsão constante do art. 1253.º, alínea a). O simples aproveitamento das águas vertentes pelos donos dos prédios inferiores (art. 1391.º, primeira parte) não constitui um caso de *corpus* desqualificado para detenção por uma norma legal, constitui antes um caso de mera detenção por lhe faltar o *corpus*, visto que o dito aproveitamento se subordina ao direito de livre disposição daquelas águas pelos donos dos prédios de que brotem, os quais podem a todo o tempo privar os donos dos prédios inferiores do seu uso (art. 1391.º, segunda parte) que, para adquirirem posse reportada a um direito às águas, terão que levar a cabo as obras exigidas pelo art. 1390.º/2.

Lisboa, Abril de 2015

(65) Excluindo-se assim os casos em que a coisa lhe seja afeta não para cumprimento da prestação laboral mas para fins próprios, como, por exemplo, o automóvel que lhe é cedido pelo empregador para sua utilização pessoal.

PERSONALIDADE vs. CAPACIDADE JURÍDICA — UM REGRESSO AO *MONISMO CONCEPTUAL*?

Pelo Prof. Doutor Diogo Costa Gonçalves

SUMÁRIO:

1. Origem da distinção.
2. Revisão crítica: sobreposição conceptual.
3. Cont.: contaminação valorativa.
4. Cont.: o problema da relativização da personalidade e a universalidade sistemática dos conceitos.
5. Tautologia da distinção: ensaio de retorno ao monismo conceptual.
6. O destino da personalidade jurídica: perspetivas.

1. Origem da distinção

I — A distinção entre capacidade e personalidade jurídica é bastante recente na cultura jurídica europeia. Contrariamente ao que vimos suceder quanto a outros conceitos fundamentais da teoria geral do Direito civil, a escola da exegese e a pandectística não contribuíram para a distinção dos conceitos.

O séc. XIX viveu, na verdade, marcado por um *monismo conceptual*, expresso na utilização exclusiva de apenas uma das noções ou, em alguns casos, na utilização sinónima dos termos⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Com efeito, o conceito de *capacidade jurídica* foi introduzido na doutrina alemã por THIBAUT, na sua obra *System des Pandektenrecht*, 1803, §§ 188 e ss. (neste sentido, FRITZ FABRICIUS, *Relativität der Rechtsfähigkeit*, 1963, p. 37).

II — Nas fontes oitocentistas, o silêncio quanto aos conceitos é a nota.

O Código NAPOLEÃO desenvolveu com detalhe o gozo dos direitos civis e as situações de incapacidades, mas não ofereceu um conceito técnico de capacidade jurídica nem de personalidade. Do mesmo modo, também o *BGB* conheceu o conceito de capacidade, mas não o definiu⁽²⁾.

III — Em Portugal, no período da pré-codificação não é possível identificar uma utilização distinta dos conceitos e, em rigor,

Rapidamente, porém, se divulgou a sua identificação com o conceito de personalidade. Em PUCHTA, a personalidade jurídica surge como a “*possibilidade subjetiva de uma vontade jurídica, de um poder jurídico, a capacidade para direitos (Fähigkeit zu Rechten), a característica em virtude da qual o Homem é sujeito de relações jurídicas*” (*Pandekten*, 9.^a ed., 1863, §22, p. 37).

SAVIGNY apenas utiliza o conceito de capacidade, entendido como possibilidade de titular direitos e deste modo ser parte em certa relação jurídica: “*Quem pode ser titular ou sujeito de uma relação jurídica? Esta questão tem que ver com a possibilidade de ter direitos, ou capacidade jurídica (...)*” (*System des heutigen römischen Rechts*, II, 1840, § 60.^o, 1).

ARNDTs toma os conceitos por equivalentes — “*Pessoa em sentido jurídico é um indivíduo que é ou pode ser sujeito de direitos. Nos casos em que alguém é reconhecido como tal, existe personalidade, capacidade jurídica*” (L. ARNDTS R. VON ARNESBERG, *Lehrbuch der Pandekten*, 14.^a ed., 1889, § 24.^o, p. 32) — e mais sinteticamente VON GIERKE: “*chama-se personalidade à capacidade de ser sujeito de direito*” (*Deutsches Privatrecht*, I, cit., p. 265).

Esta orientação perdurou ao longo do séc. XX, podendo ser encontrada em autores como FRITZ RITTNER (*Die werdende juristische Person*, 1973, p. 251), KARSTEN SCHMIDT (por exemplo, *Verbandszweck und Rechtsfähigkeit im Vereinsrecht*, 1984, p. 10), HANS J. WOLFF (*Organschaft und juristische Person*, I, cit., p. 128), et alia.

Na escola da exegese, o cenário foi idêntico, pese embora o menor rigor conceptual. MARCADÉ, por exemplo, distingue entre *jouissance des droits civils* do *l'exercice de droits civils*, mas o desenvolvimento da distinção não permite a aproximação ao conceito de personalidade, antes à distinção hodierna entre capacidade de gozo e exercício (*Cours élémentaire*, I, 4.^a ed., 1850, pp. 82 e ss.).

De um modo geral, o conceito de capacidade encontra-se omnipresente mas os comentadores do Código NAPOLEÃO não o identificam claramente nem oferecem dele uma definição precisa. Em autores como ÉMILE ACOLLAS, por exemplo, a propósito das *personnes de pure création juridique*, surge também a utilização equivalente dos conceitos de personalidade e capacidade: “*Il y a des êtres de pure création juridique, que la loi, organe de la collectivité des citoyens, investit de la personnalité et qui sont considérés comme capables de droit et d'obligations*” (*Manuel de Droit Civil à l'usage des étudiants*, 1869, p. 16).

(²) Sublinhando este aspeto, cf. MATHIAS LEHMANN, “Der Begriff der Rechtsfähigkeit”, *AcP* 207 (2007), pp. 225-255 (226).

nem sequer uma utilização técnico-jurídica. O Código SEABRA viria a acolhê-los no art. 1.º, como sinónimos.

IV — Os primeiros comentadores do Direito codificado perpetuaram a confusão terminológica favorecida pelo Código.

BRUSCHY, por exemplo, definia *personalidade jurídica* como consistindo em haver *capacidade de direitos e obrigações*⁽³⁾. ABEL ANDRADE dotava o conceito de capacidade de uma conotação qualitativa, ao identificá-lo com a *natureza* do ente jurídico⁽⁴⁾. Do mesmo modo, DIAS FERREIRA, tratando de precisar o uso do termo pessoa em sentido jurídico, utilizava os termos capacidade e personalidade como sinónimos:

“(…) no actual estado do direito philosophico se emprega mais particularmente a palavra pessoa, quando se quer designar o homem pelo lado juridico, ou se faz referencia propriamente á sua capacidade juridica, comquanto não haja homens sem personalidade, isto é, sem possuírem direitos absolutos, e a faculdade juridica de adquirirem os hypotheticos”⁽⁵⁾.

V — Durante o séc. XX, enquanto em outras latitudes se mantinha a equiparação conceptual oitocentista⁽⁶⁾, no espaço jurídico alemão começou a formar-se uma progressiva distinção entre capacidade e personalidade.

O lugar dogmático da distinção nascente foi o *direito das corporações*. Em 1918, HAFF distinguia entre corporações com e sem personalidade jurídica, classificando a *Gesamthand* como *Persenvereinigung* à qual faltava *Rechtspersönlichkeit*⁽⁷⁾: na *Gesamt-*

⁽³⁾ BRUSCHY, *Manual do Direito Civil Portuguez segundo a novissima legislação*, I, 1868, p. 2.

⁽⁴⁾ ABEL DE ANDRADE, *Commentario ao Codigo Civil Portuguez (Arts. 395.º e ss.)*, 1895, pp. 3-4.

⁽⁵⁾ JOSÉ DIAS FERREIRA, *Codigo Civil Portuguez Annotado*, I, 1870, p. 7.

⁽⁶⁾ Assim, por exemplo, em França, *personnalité juridique* continua a significar a capacidade de direitos e obrigações (cf. GÉRARD CORNU, *Droit Civil. Introduction — Les personnes, les biens*, 11.ª ed., 2003, p. 209). O mesmo acontece Suíça: cf. PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID, *Das schweizerische Zivilgesetzbuch*, 11.ª ed., 1995, pp. 69 e ss.

⁽⁷⁾ KARL HAFF, *Institutionen der Persönlichkeitslehre und des Körperschaftsrechts*, 1918, p. 61.

hand o sujeito de direito não era a comunidade em si mesma considerada mas sim a totalidade dos seus membros que, em mão comum, titulavam direitos e obrigações. A atuação da *Gesamthand* no comércio jurídico consistia assim numa *capacidade jurídica meramente formal*⁽⁸⁾.

A distinção assinalada introduziu um *dualismo conceptual* no discurso jurídico que se encontra presente em abundante literatura. Não poucas vezes, a exposição da disciplina da *juristische Person* é feita a partir do binómio *Persönlichkeit / Rechtsfähigkeit*⁽⁹⁾. Em outros autores, assume-se expressamente a conotação qualitativa do conceito *Rechtspersönlichkeit*⁽¹⁰⁾.

De modo geral, a distinção é conhecida ainda que não se aprofunde o conteúdo conceptual reservado a cada um dos conceitos.

VI — O desenvolvimento progressivo desta orientação deve ser articulado com a denominada *justificação tradicional da capacidade jurídica (traditionelle Begründung der Rechtsfähigkeit)*⁽¹¹⁾. A tese tradicional vê na capacidade a possibilidade jurídica de titulação de direitos subjetivos os quais, na orientação também ela tradicional, são entendidos como o poder da vontade juridicamente relevante.

Ora, o reconhecimento de uma vontade jurídica exige que, como condição prévia, se identifique um sujeito ou pessoa a quem tal vontade se impute. O conceito de *Rechtspersönlichkeit* indica justamente essa qualidade jurídica de pessoa, pressuposto da capacidade.

Em ENNECERUS/KIPP este entendimento encontra-se bem ilustrado:

“O conceito de direito (subjetivo), reconhecido pelo ordenamento como um poder relevante dirigido à satisfação de interesses humanos, requer um sujeito a quem o poder é conferido, um sujeito jurídico ou, como igualmente se diz no discurso jurídico, uma pessoa. A personali-

⁽⁸⁾ HAFF, *Institutionen*, cit., pp. 66-68.

⁽⁹⁾ Por exemplo, ERICH STEFFEN, *Das BGB Kommentar RGRK*, 1982, § 21.º.

⁽¹⁰⁾ HERMANN FAHSE, *Soergel Kommentar zum BGB*, I, 13.ª ed., 2000, § 1.º, 2 e ss.

⁽¹¹⁾ Por exemplo, ALEXANDER MESCHKOWSKI, *Zur Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft — Die Verpflichtungs- und Vermögensfähigkeit*, 2006, p. 34.

*dade não é um direito subjetivo mas sim uma qualidade jurídica, pres-
suposto de todos os direitos e obrigações, da capacidade jurídica”*⁽¹²⁾.

A personalidade jurídica surge, assim, como um conceito qualitativo, como uma qualidade jurídica (*rechtliche Eigenschaft*) em virtude da qual se é pessoa em Direito e que, do mesmo modo, expressa o denominador comum a todos os sujeitos jurídicos. É-se pessoa (seja qual for a natureza) porque se possuiu a qualidade da *Rechtspersönlichkeit*. A capacidade jurídica poderá ser imanente à personalidade⁽¹³⁾, não podendo existir separadamente desta, mas surge conceptualmente distinta.

VII — Paralelamente a esta evolução, a distinção que remonta a SAVIGNY entre *Rechtsfähigkeit* e *Handlungsfähigkeit*⁽¹⁴⁾ foi-se sedimentando. O leque conceptual alarga-se significativamente: termos como *Geschäfts-*, *Handlungs-* e *Deliktsfähigkeit*, coabitam agora com a utilização dos conceitos *Rechtspersönlichkeit* e *Rechtsfähigkeit*⁽¹⁵⁾, o que exige um progressivo esforço de *distinguere et definire*.

Neste processo o legislador viria a jogar, porém, um papel decisivo ao assumir em importantes diplomas normativos a distinção conceptual entre capacidade e personalidade jurídica.

Assim, por exemplo, na *AktG* 1937, a sociedade anónima surgiu definida no § 1.º como uma sociedade “*mit eigener Rechtspersönlichkeit*”⁽¹⁶⁾. A este contributo, some-se o que já dispunha o § 124 *HGB* acerca da capacidade das *oHG* e *KG*. Também no § 11.º *InsO* o legislador construiu a disposição normativa mediante o recurso conceptual aos conceitos *juristische Person*, *Rechtspersönlichkeit* e *Rechtsfähigkeit*.

(12) LUDWIG ENNECERUS/THEODOR KIPP/MARTIN WOLFF, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, 1926, § 76.º, p. 185.

(13) MESCHKOWSKI, *Zur Rechtsfähigkeit*, cit., p. 35.

(14) SAVIGNY, *System*, II, cit., § 60.

(15) Veja-se uma proposta de distinção dos conceitos in FABRICIUS, *Relativität der Rechtsfähigkeit*, cit., pp. 31 e ss.

(16) Com referências, cf. KARSTEN SCHMIDT, “Grundlagenungewissheit der Gesetzgebung oder der Rechtsfortbildung im Gesellschaftsrechts? — Rechtsfähigkeit und Rechtspersönlichkeit als Beispiele”, *Von der Sache zum Recht (FS Volker Beuthien 75. Geburtstag)*, 2009, pp. 211-233.

VIII — Temos, portanto, que uma distinção dogmática que não sem resistência foi sendo recebida na doutrina, impôs-se como um dado sistemático, por via normativa.

A conclusão não se fez esperar: se o legislador distingue, é mister reservar para os conceitos conteúdos próprios. As tentativas ficam porém aquém do esperado: sublinha-se o carácter teórico e tautológico da distinção e, em alguns casos como em MATHIAS LEHMANN, chega a assumir-se que em causa está o fim didático de ilustrar dois tipos de atribuição de capacidade⁽¹⁷⁾.

IX — A distinção alemã entre capacidade e personalidade jurídica comunicou-se, naturalmente, a outras ordens jurídicas.

Em Itália a influência napoleónica cedo foi temperada por uma progressiva receção do pensamento germânico e pela tradução dos seus melhores autores, entre eles DERNBURG. Também aqui é possível encontrar uma clara distinção entre personalidade e capacidade jurídica.

O nervo central da lição italiana sobre esta matéria assenta (i) na distinção entre *capacità giuridica* ou capacidade de gozo e *capacità di agire* (ou de exercício)⁽¹⁸⁾; (ii) acompanhada de uma identificação entre a capacidade de gozo e a personalidade jurídica.

Esta orientação surge defendida em RUGGIERO, cuja obra *Istituzioni di Diritto Civile*, conheceu tradução para português, em 1934. Para o autor, a capacidade jurídica (de gozo) é apresentada como a *idoneidade para ser sujeito de direito* e, neste sentido, identifica-se com o conceito de personalidade jurídica. A capacidade de agir, ou capacidade em sentido próprio, é tomada no sentido de exercício, pelo sujeito, de posições jurídicas⁽¹⁹⁾.

No mesmo sentido segue STOLFI, também citado em autores portugueses: a capacidade jurídica é a qualidade de ser sujeito de

⁽¹⁷⁾ MATHIAS LEHMANN, “Der Begriff der Rechtsfähigkeit”, cit., p. 245.

⁽¹⁸⁾ Para ilustração do ambiente juscientífico italiano em finais de oitocentos no que à capacidade jurídica diz respeito, ENRICO CIMBALI, *Della capacità di contrattare secondo il codice civile e di commercio*, 1887, pp. 127 e ss. As referências à doutrina alemã são constantes.

⁽¹⁹⁾ ROBERTO RUGGIERO, *Instituições de Direito Civil*, I, 1934, pp. 339-341.

direito, coincidindo assim com o conceito de personalidade. A *capacità di agire*, correspondente à *Geschäftsfähigkeit* ou *Handlungsfähigkeit* alemã, consubstancia uma medida do exercício da atividade jurídica⁽²⁰⁾.

Esta doutrina é comum, com cambiantes de intensidade, a COVIELLO⁽²¹⁾, MAZZONI⁽²²⁾, VENZI⁽²³⁾, *et alia*.

X — Em Portugal, a influência germano-italiana cedo se fez sentir. Logo em GUILHERME MOREIRA, os elementos essenciais da distinção personalidade e capacidade jurídica surgem já identificados, tal como viriam a sedimentar-se na escola. *Personalidade*, para o autor, corresponde à qualidade jurídica de ser pessoa, à suscetibilidade de direitos e obrigações (tal como referia o art. 1.º do Código SEABRA)⁽²⁴⁾. Já *capacidade* é entendida como a “*medida do poder jurídico*” ou a “*susceptibilidade do exercício pessoal dos poderes que por lei são atribuídos a uma pessoa*”⁽²⁵⁾.

CABRAL MONCADA viria a aperfeiçoar esta distinção, sustentando que a personalidade é a mesma para todos os sujeitos, enquanto suscetibilidade genérica. Já o conceito de capacidade expressa o *quantum* de direitos e obrigações que pode cada sujeito titular e exercer⁽²⁶⁾.

CUNHA GONÇALVES segue a mesma distinção, pondo a tónica, porém, não tanto na dimensão qualitativa/quantitativa dos conceitos, mas antes na dimensão estática/dinâmica da abordagem. A personalidade, enquanto suscetibilidade de direitos e obrigações, pressupõe uma compreensão estática da pessoa, separada do seu agir. *In actu*, a pessoa é exercício de direitos e obrigações.

⁽²⁰⁾ NICOLA STOLFI, *Diritto Civile*, I, II (*Parte Seconda*), 1931, pp. 19 e ss.

⁽²¹⁾ NICOLA COVIELLO, *Manuale di Diritto Civile Italiano*, I (*Parte Geral*), 3.ª ed., 1924, pp. 143 e ss.

⁽²²⁾ EMIDIO PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*, II, 4.ª ed., 1904, pp. 34 e ss.

⁽²³⁾ GIULIO VENZI, *Manuale del Diritto Civile Italiano*, 1925, pp. 56 e ss.

⁽²⁴⁾ GUILHERME MOREIRA, *Instituições de Direito civil português*, I, 1907, p. 153.

⁽²⁵⁾ GUILHERME MOREIRA, *Instituições*, I, cit., pp. 170 e 171. O autor acusa a receção da distinção entre capacidade de gozo e de exercício, sem que no entanto lhe dedique maior atenção.

⁽²⁶⁾ CABRAL DE MONCADA, *Lições de Direito Civil (Parte Geral)*, 2.ª ed., 1954, p. 263.

Daqui decorre a seguinte sistematização: personalidade jurídica é apenas sinónimo de capacidade de gozo. Em ambos os conceitos subjaz a consideração estática do sujeito, a sua qualidade de pessoa. Neste sentido, *Rechtspersönlichkeit* e *Rechtsfähigkeit* são conceitos idênticos. A capacidade de agir ou de exercício é de outra grandeza: *Handlungsfähigkeit* é distinto de *Rechtspersönlichkeit*. Em causa está uma compreensão da realidade jurídica *in actu*⁽²⁷⁾.

A sistematização de CUNHA GONÇALVES é comum a JOSÉ TAVARES. Personalidade e pessoa são tomados como conceitos jurídicos sinónimos⁽²⁸⁾: capacidade de gozo e personalidade jurídica não se distinguem. Já capacidade de exercício surge entendida como a idoneidade do sujeito para praticar atos jurídicos⁽²⁹⁾. No mesmo sentido segue MANUEL DE ANDRADE, sublinhando que o conceito de personalidade e capacidade de gozo se implicam mutuamente⁽³⁰⁾.

A distinção entre os conceitos torna-se, assim, *communio opinio* na primeira metade do séc. XX.

XI — A situação dogmática então vivida favorecia a distinção normativa dos conceitos na nova codificação civil em preparação: foi o que sucedeu.

A MANUEL DE ANDRADE coube a elaboração de um projeto de articulado para o novo Código Civil, relativo à personalidade jurídica. Aí se distinguiu claramente entre *personalidade jurídica*, *capacidade de direitos* e *capacidade para atos jurídicos*⁽³¹⁾. Não se oferece qualquer definição dos conceitos.

(27) CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, I, 1929, pp. 168-170.

(28) JOSÉ TAVARES, *Os princípios fundamentais do Direito Civil*, II (1928), p. 5.

(29) JOSÉ TAVARES, *Os princípios fundamentais*, II, cit., pp. 25-26.

(30) MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, I (*Sujeitos e objecto*), por FERRER CORREIA e RUI DE ALARCÃO, 1960 (reimp. 1992), pp. 30 e ss.

(31) MANUEL DE ANDRADE, “Esboço de um anteprojecto de código das pessoas e da família na parte relativa ao começo e termo da personalidade jurídica, aos direitos de personalidade, ao domicílio”, *BMJ* 102 (1961), pp. 153-166.

*Artigo 1.º**(Começo da personalidade)*

§ 1.º — *A personalidade jurídica adquire-se pelo nascimento completo e com vida.*

§ 2.º — *Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento.*

§ 3.º — *Reputa-se já concebido o nascituro que vem a nascer nos trezentos dias subsequentes.*

*Artigo 2.º**(Capacidade de direitos)*

As pessoas podem ser sujeitos de quaisquer relações jurídicas, em igualdade de condições, sempre que a lei não determine outra coisa.

*Artigo 3.º**(Capacidade para actos jurídicos)*

Podem ser partes em contrato ou noutro acto jurídico, agindo por si ou por meio de procurador, todas as pessoas não exceptuadas por lei”.

O articulado de MANUEL DE ANDRADE transitou, com ligeiras alterações de redação, para o texto da *1.ª Revisão Ministerial* (arts. 44.º e ss).

XII — Na *2.ª Revisão Ministerial*, porém, a distinção entre *capacidade de direitos* e *capacidade para atos jurídicos* desaparece. Mantém-se apenas o articulado referente à capacidade de direitos, sob a designação *capacidade jurídica*, e com a seguinte redação:

*Artigo 67.º**(Capacidade jurídica)*

As pessoas podem ser sujeitos de quaisquer relações jurídicas, salvo disposição legal em contrário. Nisto consiste a sua capacidade jurídica.

O texto da 2.^a Revisão transitou para o *Projeto de 1966* e veio a conhecer força de lei. Nas últimas décadas, a distinção entre personalidade e capacidade e entre capacidade de gozo e de exercício tornou-se um lugar comum na cultura jurídica portuguesa, não conhecendo críticas de relevo⁽³²⁾.

O dualismo conceptual domina, assim, o discurso jurídico.

2. Revisão crítica: sobreposição conceptual

I — A distinção entre personalidade e capacidade jurídica, se consolidada, não é isenta de dificuldades. A primeira dificuldade está associada a uma sobreposição conceptual e linguística entre personalidade jurídica e capacidade de gozo.

Para este facto chamava a atenção, desde logo, MANUEL DE ANDRADE:

“A capacidade jurídica, enquanto capacidade de gozo de direitos, ou simplesmente de direitos (Rechtsfähigkeit), como hoje costuma dizer-se lá fora, é inerente à personalidade jurídica. São mesmo conceitos idênticos (art. 1.º do Cód. Civ.).

Não se pode ter personalidade e ser-se inteiramente desprovido de capacidade. Nem o contrário. O que pode é ser mais ou menos circunscrita a capacidade jurídica de uma pessoa; e quando se alude à possibilidade deste fenómeno e aos termos em que ele se verifica, usa falar-se antes de capacidade que de personalidade”⁽³³⁾.

⁽³²⁾ Por todos, cf. JOÃO DE CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil* (Lições 1978-1979), I, 1995, pp. 119 e ss.; CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a ed. (António Pinto Monteiro/Paulo Mota Pinto), 2005, pp. 193 e ss.; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Teoria Geral*, I (*Introdução. As pessoas. Os bens*), 2.^a ed., 2000, pp. 134 e ss. e 143 e ss.; MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IV (*Parte Geral — Pessoas*), 3.^a ed., 2011, pp. 358 e ss.; PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.^a ed., 2012, pp. 33 e ss. e 80 e ss. e *Contratos Atípicos*, 2.^a ed., 2009, pp. 35-37; CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, 6.^a ed., 2012, pp. 195 e ss.; HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A parte geral do Código Civil Português — Teoria Geral do Direito Civil*, 1992, pp. 308 e ss.; PAULO CUNHA, *Teoria Geral do Direito Civil* (1971/1972), 6.^a aula 12-nov.-1971 e CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 1995, *passim*.

⁽³³⁾ MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, I, cit., pp. 30-31.

II — O que afirma o autor merece ser ponderado com cuidado.

O conceito de *capacidade*, enquanto medida concreta de uma suscetibilidade abstrata (de uma qualidade jurídica), não é inteligível no discurso jurídico se, no ato comunicativo em causa, não se pressupuser a existência dessa mesma suscetibilidade. É uma exigência *lógico-jurídica*: certo sujeito só é capaz de um direito ou obrigação se, em abstrato, for suscetível de direitos e obrigações.

É mister portanto concluir que se há capacidade jurídica é porque existe personalidade jurídica (observação, contudo, capaz de causar algum embaraço, como melhor veremos a propósito da relativização da personalidade).

Personalidade e a capacidade jurídica são independentes de uma concreta situação jurídica. *A* pode ser capaz do direito de propriedade e, contudo, nunca vir a ser proprietário. Tem a *potência* (personalidade e capacidade jurídica) para tal, mas isso não garante que receba em ato o que a potência permite.

III — O que fica dito não oferece especiais dúvidas. Já mais complexa é a afirmação de MANUEL DE ANDRADE segundo a qual “*não se pode ter personalidade e ser-se inteiramente desprovido de capacidade*”. Isto porque, no plano estritamente conceptual, é possível ao jurista conceber a personalidade jurídica, com um conteúdo útil, sem que o mesmo conceito exija a determinação concreta dos direitos e obrigações em causa (*i.e.*: a capacidade).

A afirmação é, contudo, verdadeira se atendermos no facto de que o que se está a afirmar é a impossibilidade de certo sujeito *ter* personalidade sem capacidade, e não a impossibilidade de *conceber* a personalidade sem capacidade.

No plano puramente abstrato, é possível conceber os dois conceitos separadamente. Porém, na concretização do processo aplicativo do Direito, *a capacidade consome a personalidade*.

IV — Com efeito, ser suscetível de direitos e obrigações é sempre ser suscetível de *certos* direitos e obrigações. A atribuição a determinado sujeito de personalidade jurídica é esvaziada de sentido se não for acompanhada de uma concretização dos direitos e

obrigações que, *in casu*, tal sujeito pode ser titular. É que *direitos e obrigações* não existem em estado puro. Não são enteléquias no ordenamento. Poderão ser tomados como conceitos técnico-jurídicos de natureza abstrata, mas são principalmente realidades sócio-culturais que convocam a aplicação de regimes normativos concretos, com uma função juseconómica e uma concreta dimensão valorativa.

Quando se afirma que alguém é suscetível de direitos e obrigações, não se está a querer dizer que é suscetível de uma abstração técnico-jurídica, mas sim que lhe pode ser aplicado certo regime normativo.

Podemos ir mais longe: a personalidade jurídica, enquanto suscetibilidade abstrata e conceito estritamente qualitativo, apenas «*existe*», por si e desligada da capacidade, quando independente de um sujeito. No momento em que a personalidade *inere* a um concreto sujeito (por reconhecimento ou atribuição normativa), ela confunde-se com a noção de capacidade de gozo e perde autonomia.

Compreende-se, portanto, que uma significativa orientação doutrinária presente em Itália e Portugal tenham tomado por *materialmente equivalentes* a personalidade e a capacidade de gozo, mesmo preconizando uma *distinção formal* dos conceitos.

3. Cont.: contaminação valorativa

I — O que fica dito não é tudo, se ignorarmos a acentuada dimensão valorativa subjacente à distinção entre personalidade e capacidade jurídica. Ela justifica, em última instância, o sucesso consagrado de uma distinção conceptual quase exclusivamente baseada na *insustentável leveza* de um critério qualitativo vs. quantitativo.

II — A técnica jurídica da *personificação* surge associada, por via de regra, à atribuição da personalidade jurídica que, deste modo, aparece como a qualidade de ser pessoa, em Direito.

Ora, o conhecimento de experiências histórico-jurídicas que negaram ao Homem a qualidade de pessoa, bem como a existência de *incapacidades*, eivaram o discurso de uma dimensão valorativa a que deveria ser alheia a crescente tecnicização dos conceitos. Sentiu-se a necessidade, no fundo, de enfatizar a qualidade jurídica de pessoa — a mesma para todos —, ainda que *in casu* se estivesse a lidar com situações de incapacidade⁽³⁴⁾.

Deste modo, o conceito técnico de personalidade jurídica sofreu uma *contaminação valorativa* do universo significativo-ideológico associado à própria noção de pessoa. Os ventos do *personalismo jurídico*, largamente difundidos no séc. XX, favoreceram, aliás, tal contaminação.

III — Este facto, porém, evidencia as limitações associadas à aplicação do conceito de personalidade jurídica a entes inumanos. É que estes não carecem de uma ponderação valorativa semelhante à que se faz quanto às pessoas físicas.

Se do ponto de vista axiológico, é reconhecido sentido na afirmação que a pessoa humana goza sempre de personalidade jurídica enquanto expressão da sua própria qualidade ontológica; quanto à pessoa coletiva tal não acontece: a personificação só se justifica em razão de uma medida concreta de capacidade.

Não há substrato ôntico que suporte, portanto, a dimensão valorativa associada ao conceito.

4. Cont.: o problema da relativização da personalidade e a universalidade sistemática dos conceitos

I — A última observação conduz-nos pela mão a uma segunda dificuldade associada à distinção entre personalidade e capacidade jurídica: a questão da *relatividade* dos conceitos, em particular da personalidade jurídica.

⁽³⁴⁾ Chamando a atenção para este facto, MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, cit., IV, p. 359.

O entendimento da *capacidade jurídica* como um conceito relativo foi especialmente divulgado por FABRICIUS, a quem se atribui a paternidade da *Theorie der relativen Rechtsfähigkeit*.

Segundo o autor, a capacidade não deveria ser entendida como abstração conceptual axiologicamente determinada (em especial pelo princípio da igualdade) mas antes conhecida a partir de um concreto regime normativo⁽³⁵⁾ e tendo em conta as naturais diferenças no plano da atuação dos diversos sujeitos de direito individualmente considerados⁽³⁶⁾.

Daqui resultava que a atribuição de capacidade jurídica nunca seria absoluta (mesmo para as pessoas físicas), estando sempre sujeita a *certa medida*. Dever-se-ia, portanto, falar em capacidade jurídica parcial (*Teil-Rechtsfähigkeit*) ou relativa (*relative Rechtsfähigkeit*).

A ordem jurídica — a manter-se a identificação entre *Rechtsfähigkeit* e *Person* — poderia operar assim personificações mitigadas, ou limitadas a certo âmbito de atividade jurídica, dando origem a uma graduação do conceito de pessoa (*Gradualisierung des Personkonzepts*)⁽³⁷⁾ e à criação de pessoas jurídicas parciais (*juristische Teil-Person*)⁽³⁸⁾.

⁽³⁵⁾ FABRICIUS, *Relativität der Rechtsfähigkeit*, cit., p. 235 e passim.

⁽³⁶⁾ FABRICIUS, *Relativität der Rechtsfähigkeit*, cit., p. 55, superando a mera distinção entre pessoas físicas e jurídicas.

⁽³⁷⁾ Com desenvolvimento, cf. REINHARD DAMM, “Personenrecht — Klassik und Moderne der Rechtsperson”, *AcP* 202 (2002), pp. 841-879, 866 e ss.

⁽³⁸⁾ A teoria de capacidade jurídica relativa ou parcial nasce, em primeiro lugar, das insuficiências do entendimento tradicional da capacidade jurídica. Na concepção clássica, os sujeitos de direito têm a exclusividade da capacidade jurídica: não há capacidade afora da personalidade jurídica, de onde apenas os sujeitos de direitos (a quem se reconhece a qualidade da *Persönlichkeit*) são juridicamente capazes.

FABRICIUS começa por proceder a uma análise dos dados normativos conhecidos para constatar que tal exclusividade não é exatamente correta. Em causa está, desde logo, a situação jurídica do nascituro, à luz do § 1923 *BGB*, e o reconhecimento de certa capacidade à *nicht rechtsfähige Verein*, tidas como *nicht juristische Person* (*Relativität der Rechtsfähigkeit*, cit., pp. 5 e ss.).

Desta observação conclui o autor que não apenas as pessoas (naturais ou jurídicas) são juridicamente capazes; a ordem jurídica reconhece também, para alguns efeitos, capacidades a realidades não personificadas.

A construção de FABRICIUS, para ser bem compreendida, exige que se sublinhe que o autor, se parte da distinção entre construções sociais (*soziale Gebilden*) com e sem capa-

II — A *Theorie der relativen Rechtsfähigkeit* esteve longe de conhecer uma recepção entusiasta no espaço germânico. De modo geral, reconhece-se-lhe o valor de apontar as insuficiências da construção tradicional e, sobretudo, de sublinhar a existência de capacidade para além dos casos admitidos de personificação⁽³⁹⁾.

Apontaram-se-lhe, porém, severas críticas. Desde logo, a confusão no plano da normatividade entre os factos e o discurso deontico. A par desta, surgia ainda a crítica de uma utilização terminológica incorreta: a capacidade devia ser entendida como uma qualidade *objetiva* e não *subjéctiva*. O sujeito de direito goza de capacidade jurídica (em geral) independentemente das posições jurídicas que, em concreto, logre titular. Daqui resultaria que a capacidade jurídica seria sempre uma qualidade geral e não gradual.

Neste sentido, sublinha ALEXANDER MESCHKOWSKI:

“A capacidade é uma atribuição objetiva, que existe quando pode ser atribuído um direito ou uma obrigação. Esta qualidade, porém, é vista como uma característica geral e não gradual do objeto reconhecido como sujeito de direito. Ela é sempre referente a uma concreta posição jurídica, resultante de previsão legal (Tatbestand), de onde é mais correto descrever como capacidade abstrata do que como capacidade concreta”⁽⁴⁰⁾.

cidade jurídica, não assume o dualismo conceptual marcado pela distinção entre personalidade e capacidade.

Com efeito, no autor, o conceito de capacidade jurídica está largamente associado ao substrato natural da vontade e à concreta possibilidade de atuação do sujeito. Na análise histórico-dogmática que sustenta, visa justificar, justamente, a presença, no conceito jurídico, de elementos associados à natural capacidade de atuação dos sujeitos (*Relativität der Rechtsfähigkeit*, cit., pp. 37 e ss., em especial, pp. 43 e ss.).

Valeu-lhe, tal opção, a crítica de ignorar a distinção entre *Sein* e *Sollen*, no plano da cientificidade do Direito: *“A compreensão de uma capacidade jurídica parcial faz desaparecer os limites entre a normatividade e ser, na medida em que de determinados factos tira conclusões sobre a capacidade jurídica”*. (LEHMANN, “Der Begriff der Rechtsfähigkeit”, cit., p. 235).

Não distinguindo os conceitos, e partindo do § 1.º *BGB*, a capacidade jurídica parcial surge como a mensuração da própria subjetividade jurídica: ser-se-á mais ou menos pessoa quanto maior ou menor a medida da capacidade.

⁽³⁹⁾ Neste sentido, MESCHKOWSKI, *Zur Rechtsfähigkeit*, cit., pp. 49-50.

⁽⁴⁰⁾ MESCHKOWSKI, *Zur Rechtsfähigkeit*, cit., p. 50.

E, noutro registo, LEHMANN:

“Se se define a capacidade jurídica como a capacidade de ser titular de direitos e obrigações, então não pode haver «um momento intermédio». Ou se é capaz de ter direitos ou se não é. Ambas as afirmações relacionam-se entre si como as afirmações «a» e «não a»: tertium non datur.

Isto parece ser também reconhecido por alguns representantes da Teilrechtsfähigkeit. Apenas assim se pode explicar que coloquem o atributo «Teil» em parêntesis à frente do conceito Rechtsfähigkeit. Na verdade, a «(Teil-)Rechtsfähigkeit» é já ela plena Rechtsfähigkeit porque se existe a capacidade jurídica mesmo apenas quanto a uma parte do Direito, então isso implica afirmar simultaneamente que a pessoa é considerada capaz para a atribuição de direitos e obrigações”⁽⁴¹⁾.

Tudo ponderado, estar-se-ia perante uma construção sugestiva, porém, dogmaticamente incorreta e, em parte, tautológica.

III — O interesse pela *Theorie der relativen Rechtsfähigkeit* foi, contudo, reavivado em inícios do século com a decisão do BGH de 29-jan.-2001 e com os ricos desenvolvimentos doutrinários e jurisprudenciais que se lhe seguiram⁽⁴²⁾.

IV — Em Portugal, o problema da relativização dos conceitos é também ele abordado mas com um enquadramento distinto, determinado por dois fatores:

- (i) Mercê do dualismo conceptual dominante, ao conceito de *capacidade* preside já uma ideia de quantidade ou medida, de onde a relatividade da capacidade jurídica é de fácil aceitação sem que os autores tenham porque alterar os padrões dogmáticos gerais em que vêm argumentando;
- (ii) Enquanto que no § 1.º *BGB* permanece a atribuição da *capacidade* com o nascimento, a opção do legislador

⁽⁴¹⁾ LEHMANN, “Der Begriff der Rechtsfähigkeit”, cit., p. 235.

⁽⁴²⁾ Com referências, cf. o nosso *Pessoa coletiva e sociedades comerciais — Dimensão problemática e coordenadas sistemáticas da personificação jurídico-privada*, 2015, pp. 566 e ss.

português de 1966 foi (conceptualmente) distinta: com nascimento completo e com vida adquire-se a *personalidade jurídica*, que se extinguirá com a morte natural (arts. 66.º e 68.º CC).

V — Daqui decorre que os núcleos problemáticos subjacentes à *Theorie der relativen Rechtsfähigkeit*, com base nos quais FABRICIUS procede à sustentação juspositiva da sua tese, viriam a ser equacionados, em Portugal, sob a égide da personalidade jurídica.

Assim, o problema da situação jurídica do nascituro foi entre nós reconduzido à questão de saber se a pessoa concebida e não nascida goza de personalidade jurídica (não obstante o regime disposto no art. 66.º CC)⁽⁴³⁾. Do mesmo modo, a atribuição normativa de capacidade (mormente capacidade judiciária) a realidades não personalizadas colocou a questão de saber se, afinal, a atribuição da personalidade jurídica não podia ser gradual ou relativa, conduzindo ao reconhecimento de *juristische Teil-Personen* ou, na terminologia de PAULO CUNHA, *pessoas coletivas rudimentares*.

VI — Com efeito, à semelhança da doutrina tradicional alemã, também em Portugal domina a construção segundo a qual, para haver capacidade jurídica, basta a suscetibilidade da titularidade concreta de um único direito ou obrigação. Se a certa realidade se reconhece a titularidade de um único direito ou obrigação que seja, então tal significa que estamos perante um caso de capacidade jurídica e, logo, de personalidade jurídica (caso contrário não haveria capacidade), de onde se deve afirmar que tal realidade se encontra juridicamente personificada.

Exemplo paradigmático deste entendimento pode ser encontrado em OLIVEIRA ASCENSÃO:

(43) Para um enquadramento geral, MÁRIO BIGOTTE CHORÃO, “O problema da natureza e tutela jurídica do embrião humano à luz de uma concepção realista e personalista do direito”, in *O Direito*, n.º 123 (1991), ano IV, pp. 571-598; GABRIEL ÓRFÃO GONÇALVES, “Da personalidade jurídica do nascituro”, in *FDUL*, Vol. XLI (2000), n.º I, pp. 525-539; DIOGO LEITE DE CAMPOS/STELA BARBAS, “O início da pessoa humana e da pessoa jurídica”, in *ROA*, ano 61 (2001), n.º III, pp. 1257-1268; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, I, 2.ª ed., 2000, pp. 50 e ss.; MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, cit., T. IV, pp. 364-365.

“Quem tiver capacidade tem necessariamente personalidade, pois este conceito é prévio (...). É-se mais ou menos capaz mas não se é mais ou menos pessoa”.

E antes afirma:

“(...) desde que uma entidade seja titular de situações jurídicas, é pessoa, seja qual for o número dessas situações. No limite, podemos dizer que quem tem uma única situação é já pessoa. Se a tem é porque tem a suscetibilidade de ser titular. Isto é muito importante para o esclarecimento dos casos duvidosos, pois basta a determinação de um direito para ter de se concluir que há personalidade jurídica”⁽⁴⁴⁾.

VII — O problema coloca-se quando a atribuição de capacidade é feita quanto a realidades que «resistem» à personificação, quer por razões histórico-dogmáticas, quer porque o âmbito concreto da suscetibilidade de direitos e obrigações é tão circunscrito e instrumental que desdiz da dimensão significativo-ideológica da personificação e da sua real utilidade heurística.

Um exemplo paradigmático desta hipótese é o condomínio, ao qual a lei, não reconhecendo personalidade jurídica, atribui capacidade de representação (art. 1436.º, al. *i*) capacidade judiciária (arts. 1433.º, n.º 6 e 1437.º CC e art. 12.º, al. *e*) CPC) e uma estrutura organizativa.

Para estes casos, há duas hipóteses: ou (*i*) não se retiram todas as consequências da atribuição de capacidade em nome de outras dimensões axiológicas e dogmáticas convocadas no processo aplicativo do Direito (como sejam, no caso do condomínio, a sua ligação congénita a formas jurídicas de propriedade)⁽⁴⁵⁾; ou (*ii*) se obe-

⁽⁴⁴⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil*, cit., pp. 145 e 135, respetivamente.

⁽⁴⁵⁾ É, no fundo, o denominador comum das diversas orientações dogmáticas que vêm na propriedade horizontal uma forma de propriedade ou, pelo menos, um direito real. Com desenvolvimento e referências, cf., por exemplo, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Reais*, 5.ª ed., 1993 (reimp. 2000), pp. 463 e ss.; MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, 3.ª ed., 2012, 2009, pp. 312 e ss.; MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais*, 1979, reimp. 1993, pp. 639 e ss.; JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, 2008, pp. 738 e ss.; A. SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, 4.ª ed., 2012, pp. 329 e ss. e CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, 6.ª ed., 2009, pp. 399 e ss.

dece à estrita lógica jurídica e reconhece que, havendo capacidade, há personalidade jurídica.

Nesta última hipótese, a noção de personalidade parcial ou rudimentar ajudará a explicar que a ordem jurídica pode reconhecer uma suscetibilidade de direito e obrigações circunscrita a certo universo de titularidade⁽⁴⁶⁾.

VIII — Temos, portanto, que os termos em que a questão da *Teilrechtsfähigkeit* foi colocada em Portugal determinou a sua circunscrição problemática à personalidade coletiva, e, deste modo, uma igual circunscrição da dimensão valorativa da personalidade ao caso das pessoas físicas.

Vimos já como o conceito de personalidade jurídica surge axiologicamente mesclado com a tradução da juridicidade da realidade pessoal. Com este enquadramento, teria sido impensável uma relativização da personalidade das pessoas físicas: o humano ou é ou não é pessoa, não o pode ser em certa medida. Daí que os termos da discussão em torno da personalidade jurídica do nascituro sejam sempre saber se goza ou não de personalidade (se é ou não pessoa) e nunca a relativização da sua personalidade jurídica. A dimensão ético-jurídica da discussão impede tal argumentação.

Ao contrário, no caso das pessoas coletivas, não existe uma pessoa humana como substrato real do conceito técnico. A personalidade jurídica podia assim ser discutida separadamente da dimensão valorativa identificada.

Por esta razão se compreende que, na doutrina portuguesa, a personalidade jurídica parcial ou limitada seja sempre *personalidade coletiva limitada*, como dizia MANUEL DE ANDRADE, por oposição a uma *personalidade coletiva plena*⁽⁴⁷⁾. Do mesmo modo, fala-se em pessoas coletivas rudimentares e não em pessoas rudimentares.

A relativização da personalidade é sempre um problema de personificação coletiva.

⁽⁴⁶⁾ É a posição de RUI PINTO DUARTE quanto ao condomínio, vendo nele uma pessoa coletiva rudimentar. Cf. *Curso de Direitos Reais*, 2.ª ed., 2007, p. 125.

⁽⁴⁷⁾ MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, I, cit., pp. 52-53.

IX — A relatividade da personalidade coletiva coloca dificuldades sérias à distinção e articulação entre os conceitos personalidade e capacidade.

Se personalidade coletiva é personalidade jurídica, então as pessoas coletivas rudimentares são uma quantificação de um conceito qualitativo (que, enquanto expressão da qualidade de pessoa é inquantificável) e a manutenção da distinção entre capacidade e personalidade torna-se cada vez mais insustentável: na medida em que a personalidade é quantificada, confunde-se com a própria noção de capacidade (também ela suscetibilidade abstrata).

Do mesmo modo, uma *personificação relativa* de realidades supra-individuais, em oposição ao carácter absoluto da personalidade das pessoas físicas, parece comprometer a unicidade conceptual em que nos movemos.

Poder-se-á falar ainda em personalidade jurídica como conceito universal no discurso jurídico?

5. Tautologia da distinção: ensaio de retorno ao *monismo conceptual*

I — A distinção entre personalidade e capacidade jurídica íntegra, no presente, o património comum da cultura jurídica portuguesa. É um pilar do *de jure personarum* no sistema jurídico nacional. Mas nem por isso se furta ao crivo da crítica.

As insuficiências apontadas à distinção foram já ilustradas. Retenhamos os seus traços fundamentais:

- (i) A distinção entre a natureza *qualitativa* do conceito personalidade, por oposição à natureza *quantitativa* da capacidade, não conhece relevância no plano da resolução de casos concretos e apenas se justifica pela dimensão valorativa que lhe subjaz.

Não fora em causa estar a qualidade de pessoa — e o universo significativo que a mesma convoca — a conceptualização de uma suscetibilidade qualitativa de

direitos e obrigações não teria sido possível ou, pelo menos, sustentável.

- (ii) A distinção entre personalidade e capacidade apenas é concebível no puro plano abstrato. A personalidade jurídica, enquanto suscetibilidade abstrata e conceito estritamente qualitativo, apenas «*existe*» por si e desligada da capacidade quando pensada independentemente de um sujeito. No momento em que, no discurso jurídico, a personalidade é predicada quanto a um concreto titular — *i. e.*: quando o conceito é utilizado no processo aplicativo do Direito — ela confunde-se com a noção de capacidade e perde autonomia⁽⁴⁸⁾.
- (iii) Por fim, a relativização da personalidade jurídica na dogmática portuguesa (*maxime* na doutrina das pessoas rudimentares) traz duas grandes dificuldades de sustentabilidade do tradicional quadro conceptual.

⁽⁴⁸⁾ Tal é verdade quanto às pessoas singulares: ser suscetível de direitos e obrigações é sempre — no homem individualmente considerado — ser suscetível de *certos* direitos e obrigações. O *hominum*, em concreto, nunca recebe a personalidade jurídica em estado puro, como mera suscetibilidade abstrata, mas sempre por referência a concretos direitos e obrigações, desde logo os emergentes da sua própria estrutura ontológica.

Por maioria de razão, o mesmo se diga quanto às pessoas coletivas. Na ordem jurídica, apenas se reconhece uma realidade inumana como *persona*, porque ela titula, ou para que ela titule, uma medida concreta de suscetibilidade de direitos e obrigações. A personificação coletiva serve sempre a capacidade jurídica. Mais: a medida da personificação (a admitir a sua relativização, como no caso das pessoas rudimentares ou da *juristische Teil-Person*) decorre de uma medida concreta de capacidade.

Uma vez que, quanto às pessoas coletivas, a dimensão valorativa do conceito de *personalidade* carece de sentido, a atribuição de personalidade jurídica é sempre feita em função da capacidade, e em bom rigor, como sustenta BEUTHIEN, confunde-se com ela: “*Ter personalidade jurídica não significa outra coisa que ser pessoa, titular de direitos e obrigações. A personalidade jurídica da pessoa coletiva confunde-se portanto com a capacidade.*” [cf. VOLKER BEUTHIEN, “Zur Begriffsverwirrung im deutschen Gesellschaftsrecht”, *JZ* (2003) 14, pp. 715-722 (718)].

Veja-se ainda, a este propósito, a distinção de PAIS DE VASCONCELOS entre personalidade jurídica enquanto conceito *geral concreto* e *geral abstrato in Contratos Atípicos*, 2.^a ed., cit., pp. 35-36.

Em primeiro lugar, conduz à quantificação de um conceito qualitativo. Se a distinção entre personalidade e capacidade é feita exclusivamente a partir da afirmação qualitativa da primeira e quantitativa da segunda, tratar a personalidade com certa medida é quantificar um conceito qualitativo e comprometer a própria possibilidade de distinção: se, afinal, o conceito de personalidade é quantitativo (podendo-se ser mais ou menos pessoa), nada o distingue da capacidade.

Em segundo lugar, na medida em que a relativização da personalidade jurídica apenas se coloca quanto às pessoas coletivas (a pessoa singular nunca é *Teil-Person*) fica comprometida a unicidade e universalidade dos conceitos.

Na verdade, o problema da relativização da personalidade jurídica apenas foi colocado entre nós a propósito das pessoas coletivas, pelas razões já apontadas, e apartado da dimensão axiológico-valorativa que o conceito importa no caso da personalidade singular. Daqui decorre uma *personalidade jurídica singular absoluta*, por oposição a uma *personalidade jurídica coletiva relativa*, que dá origem a vários graus de personificação.

Uma tal distinção, inevitável, compromete irremediavelmente a unicidade do conceito.

II — Das insuficiências apontadas cumpre retirar consequências.

Todo o labor juscientífico dirige-se, em primeiro lugar, à obtenção de uma *dimensão explicativa* do Direito vigente, facultando ao intérprete-aplicador um quadro compreensivo que o ajude a apreender a decisão, a recolocar a *quaestio juris* e a construir um padrão de fundamentação na decisão de casos concretos.

À dimensão explicativa deve somar-se uma *dimensão heurística*, a partir da qual se desenvolvem os próprios dados do sistema e se apontam renovadas soluções normativas.

Do mesmo modo, deve ainda reter-se que estando subjacente ao discurso jurídico uma *intenção problemática*, é em função da capacidade de resposta ao universo problemático em causa que o sucesso de uma distinção conceptual deve ser apreciado.

III — Ora, o universo jus-problemático que surge como o *locus naturalis* da distinção entre personalidade e capacidade é o da *atuação jurídica*. Com efeito, o conceito de capacidade jurídica começa por estar, na pandectística, intimamente relacionado com a noção de relação jurídica ou atuação jurídica em sentido lato. Assim surge em SAVIGNY: ser juridicamente capaz era poder estar em relação⁽⁴⁹⁾.

O desenvolvimento posterior do *direito subjetivo* ditaria a aproximação de capacidade ao conceito de direito. Como o conceito de direito é tendencialmente estático, esta evolução conferiu naturalmente alguma estaticidade ao próprio conceito de capacidade, favorecida aliás pela distinção entre *Rechtsfähigkeit* e *Handlungsfähigkeit*.

Mas o núcleo jus-problemático permanece intangível: em causa está, fundamentalmente, uma questão de *actio juris*: que direitos podem ser titulados e acionados na ordem jurídica⁽⁵⁰⁾.

IV — Esta observação permite-nos uma importante *delimitação negativa*: o universo jus-problemático subjacente à distinção entre personalidade e capacidade é absolutamente alheio à preocupação pela tradução valorativa, no plano da juridicidade, da realidade pessoal.

Daqui decorre que a distinção entre personalidade e capacidade jurídica não deve estar condicionada pela dimensão axiológico-valorativa a que já fizemos referência. Esta surge como um *corpo estranho* na distinção, quando atendemos à unidade de sentido jus-problemática em resposta. Um *corpo* cuja presença se compreende pelos circunstancialismos históricos já conhecidos,

⁽⁴⁹⁾ Com desenvolvimento, cf. o nosso *Pessoa coletiva e sociedades comerciais*, cit., pp. 253 e ss.

⁽⁵⁰⁾ Neste sentido, é significativo que UWE JOHN, por exemplo, considere como primeiro elemento do próprio conceito de pessoa (*Rechtsperson*), singular ou coletiva, a *unidade de ação autónoma* (*selbständige Handlungseinheit*). Cf., do autor, *Die organisierte Rechtsperson*, 1977, p. 74 e *passim*. Ser pessoa em sentido técnico-jurídico é, para UWE JOHN, agir, *atuar*. Não será de estranhar, portanto, que o núcleo jus-problemático subjacente à personalidade e capacidade seja a *actio juris*, a atividade jurídica. É que essa é precisamente, como sublinha o autor, a nota essencial ao conceito de *Rechtsperson*.

mas ainda assim *estranho* e cuja presença está na origem de muitas das tensões assinaladas.

V — Procuremos, portanto, delinear uma distinção entre capacidade e personalidade jurídica a que seja alheia a dimensão valorativa reconhecida a este último conceito... Tal distinção, porém, não se afigura possível. Se se excluir a dimensão valorativa, a distinção entre uma suscetibilidade qualitativa de direitos e obrigações, enquanto conceito destinado a indicar a qualidade de ser pessoa, e uma medida concreta de suscetibilidade torna-se tautológica.

O conceito-medida de capacidade comporta, por si, a suscetibilidade abstrata, suscetibilidade essa que, como vimos, sem dimensão valorativa, não existe em estado puro no processo aplicativo do Direito.

Temos portanto que, em atenção ao núcleo problemático em que nos movemos, os conceitos de personalidade e capacidade jurídica obtêm, *in solidum*, a mesma eficácia dogmática: falha a possibilidade de distinção.

VI — Basta-nos, assim, um único conceito para operar o processo aplicativo do Direito: o conceito de *capacidade jurídica*.

A capacidade consiste na suscetibilidade da titularidade de direitos e obrigações. É um conceito *qualitativo* (como sublinhava BEUTHIEN)⁽⁵¹⁾ na medida em que expressa uma aptidão ou faculdade, inerente a certo sujeito.

Mas é igualmente um conceito *quantitativo*, já que qualidade e quantidade não se excluem: a qualidade da capacidade jurídica é atribuída ao sujeito em certa medida de direitos e obrigações (capacidade de gozo)⁽⁵²⁾.

(51) VOLKER BEUTHIEN, “Zur Begriffsverwirrung ...”, cit., p. 718 (35): “O conceito de Rechtsfähigkeit deve ser entendido como qualitativo e não quantitativo”. Esta nota surge na exposição do autor como uma justificação da rejeição da *Teilrechtsfähigkeit*.

(52) Neste sentido, poder-se-á entender a capacidade como um *Ordnungsbegriff* e, como tal, suscetível de gradação. Cf. HEMPEL/OPPENHEIM, *Der Typusbegriff im Licht der Neuen Logik*, 1936, pp. 21 e ss.

VII — O retorno a um *monismo conceptual* não é uma opção isolada na dogmática continental; antes segue acompanhada, em especial na Alemanha, por autores como RITTNER⁽⁵³⁾, KARSTEN SCHMIDT⁽⁵⁴⁾ e WOLFF⁽⁵⁵⁾, por exemplo⁽⁵⁶⁾.

A argumentação em sistema monista evita muitos dos óbices apontados à distinção dos conceitos. Em particular, evita-se a relativização da personalidade jurídica e a graduação do conceito de pessoa, inevitável tendo em conta o direito positivo vigente; e garante-se a unicidade e universalidade de um conceito com o lugar sistemático que este está destinado a ocupar.

6. O destino da personalidade jurídica: perspetivas

I — Que fazer, então, do conceito de personalidade jurídica?

⁽⁵³⁾ FRITZ RITTNER, *Die werdende juristische Person*, cit., p. 251.

⁽⁵⁴⁾ Por exemplo, in KARSTEN SCHMIDT, *Verbandszweck*, cit., p. 10.

⁽⁵⁵⁾ HANS J. WOLFF, *Organschaft und juristische Person*, I, cit., p. 128.

⁽⁵⁶⁾ Porque ilustrativa, retenha-se a lição LEHMANN: “Rechtspersönlichkeit e Rechtsfähigkeit não são mais idênticas nos termos da lei. Isto deve ser lamentado, por várias razões. Por um lado, a identificação do conceito de Rechtsperson com o de Rechtsfähigkeit tem longa tradição. (...) Pese embora um termo linguístico não ser para sempre imutável, devem considerar-se pelo menos as raízes histórico-espirituais das tradições, com as quais se quebra.

Por outro lado, a diferença entre personalidade jurídica e capacidade jurídica é contrária à terminologia estrangeira. Em outros Estados, ambas são, simplesmente, equiparadas. Assim, o conceito alemão de personalidade jurídica é usado pelos nossos vizinhos suíços, tal como antes, no sentido de capacidade jurídica. Em Inglaterra e França designa-se com os conceitos “legal personality” ou “personnalité juridique” a característica de poder ter direitos e obrigações, ou seja, a capacidade jurídica no sentido alemão. Esta utilização linguística internacional tem, de facto, consequências para o nosso discurso jurídico. Escreve-se, por exemplo, na literatura jurídica alemã acerca da personalidade jurídica da União Europeia, quando se está a referir a sua capacidade jurídica. A nova distinção entre personalidade e capacidade jurídica introduzida no Direito das sociedades terá dificuldade em impor-se face à terminologia internacional utilizada. Existe aqui, de facto, uma nova confusão conceptual [por referência a BEUTHEN]. Isto é nomeadamente lamentável no contexto da unificação dos ordenamentos jurídicos europeus”. Cf. MATHIAS LEHMANN, “Der Begriff der Rechtsfähigkeit”, cit., pp. 241-242.

O retorno a um *monismo conceptual* pode determinar um de três resultados:

- (i) A manutenção do conceito de personalidade jurídica, com um uso semântico equivalente a capacidade, tal qual acontecia em vigência do Código SEABRA;
- (ii) O abandono do conceito, porque despiciendo e sem valia dogmática apreciável; ou
- (iii) A recondução do conceito a um novo padrão argumentativo-dogmático o que implicará a sua realocização sistémica.

II — Não é possível o labor juscientífico sem o respeito pela natureza cultural do Direito e pelo trilho histórico próprio de cada instituto. *Personalidade jurídica* é um conceito difundido, que integrou o património comum do discurso jurídico. Qualquer proposta de alteração semântica ou de abandono deve ser especialmente ponderada.

O regresso a um monismo conceptual que importe um uso indiferenciado dos termos personalidade e capacidade é atualmente, na cultura jurídica portuguesa, um retrocesso inaceitável: *legítimo*, do ponto de vista técnico, mas *inaceitável* tendo em conta a evolução histórico-cultural do sistema.

Com efeito, o esforço por fixar uma distinção entre personalidade e capacidade ocupou a fina flor da civilística portuguesa ao longo do séc. XX. Tornou-se uma *distinção de escola*, nela foram formados centenas de juristas e a sua existência doutrinal teve reflexos no esforço codificador de 1966.

Sustentar atualmente que não existe distinção entre os conceitos e que por isso se devem utilizar em sentido equivalente, como sinónimos, é ignorar um século de pensamento jurídico que permitiu a formação de um quadro mental aplicativo do Direito que não pode ser ignorado.

Uma coisa é afastar um conceito, porque esgotada a sua utilidade, condenando-o à museologia dogmática; outra, distinta, dizer que é o mesmo que a capacidade jurídica e, deste modo, negar-lhe identidade.

Esta última hipótese parece-nos de rejeitar.

III — Resta, portanto, ou o abandono do conceito entendendo que, uma vez superada a distinção, a personalidade jurídica é hoje um instituto do séc. XX jurídico e que nesse século deve ser deixado; ou a sua manutenção, com uma nova recondução dogmática.

IV — As preocupações axiológico-valorativas associadas à distinção dos conceitos de personalidade e de capacidade são nevrálgicas para o sistema. A afirmação de uma mesma qualidade jurídica de pessoa, reconhecida pelo ordenamento a todos, mesmo diante das situações de variação ou mitigação da concreta capacidade de direitos e obrigações, é uma ponderação jurídica nuclear que não pode ser desprezada.

Ora, é justamente esta função axiológico-valorativa que é servida pelo conceito de personalidade jurídica. Recorde-se o que ensina CARLOS MOTA PINTO:

*“São pessoas para o direito todos os homens ou só alguns?
E quais?”*

A estas perguntas dá o nosso atual direito a resposta contida no princípio humanista que, com vários fundamentos filosóficos (racionalistas, religiosos, etc.), corresponde ao ideal de justiça (a um princípio de direito natural «hoc sensu») vigente no espaço cultural onde nos situamos e no tempo em que vivemos. Reconhece-se personalidade jurídica a todo o ser humano a partir do nascimento completo e com vida (art. 66.º, n.º 1).

Dá-se, assim, expressão a uma exigência da natureza e da dignidade do homem que, de vários quadrantes, se afirma dever ser reconhecida pelo direito objetivo”⁽⁵⁷⁾.

Tal dimensão jusvalorativa, já o dissemos, é exclusiva da personalidade singular. Mas é também própria da *tutela da personalidade*, onde a tradução para o plano jurídico da concreta dimensão da realidade pessoal se torna o exercício central dessa disciplina⁽⁵⁸⁾.

O conceito de *personalidade jurídica* pode e deve, portanto, manter-se; mas a sua elaboração dogmática desloca-se agora para o

⁽⁵⁷⁾ CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral*, 4.ª ed., cit., p. 99.

⁽⁵⁸⁾ Cf. o nosso, *Pessoa e Direitos de Personalidade*, cit.

universo normativo do art. 70.º CC e para os padrões juscientíficos da tutela geral da personalidade⁽⁵⁹⁾.

V — A deslocação dogmática da personalidade jurídica para a tutela geral da personalidade permite identificar no conceito um *bem de personalidade* e, conseqüentemente, um direito de personalidade: o *direito à personalidade jurídica*⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁹⁾ Trata-se, no fundo, de rejeitar um *conceito geral abstrato* de personalidade jurídica, mantendo, todavia, a possibilidade do seu manuseamento enquanto *conceito geral concreto* (PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, 2.ª ed., cit., p. 35).

⁽⁶⁰⁾ O que ora fica dito carece, naturalmente, de um especial desenvolvimento que excede o âmbito do presente estudo. Para um enquadramento mais completo do substrato (jusfilosófico em que nos movemos, remetemos para o nosso *Pessoa e Direitos de Personalidade — Fundamentação ontológica da tutela*, 2008 e “Pessoa e Ontologia: uma questão prévia da ordem jurídica”, in *Estudos de Direito da Bioética* (OLIVEIRA ASCENSÃO), II, 2008, pp. 125-182.

Algumas precisões, ainda que sumárias, não poderão deixar de ser feitas.

Só o Homem é ontologicamente capaz de direitos e obrigações. Tal decorre da sua própria estrutura ôntica. Com efeito, a dimensão ontológica mais primária da pessoa humana corresponde a uma experiência de auto-posseção: para o Homem, “*viver é possuir-se*” (XAVIER ZUBIRI, *Estrutura dinamica de la realidad*, 1995, p. 247). Esta dimensão ôntica de auto-posseção — *ipseidade* —, que permite definir o *ato de ser* como *peçoal*, quando afirmada em razão do outro (alteralidade), torna-se uma realidade jurídica.

À *ipseidade* ontológica corresponde, no plano da juridicidade, ser seu de direito (*sui juris*), no sentido que atribuímos in *Pessoa e Direitos de Personalidade*, cit., p. 86).

Daqui decorre que a primeira e mais basilar tradução jurídica da realidade pessoal é o reconhecimento de que toda a pessoa pode ser titular de direitos e obrigações e é-o, desde logo, em relação à sua própria realidade ontológica. Só esta observação bastava para ver na personalidade jurídica um *bem de personalidade*.

Mas há mais. A pessoa humana não é uma realidade estática: o Homem é um ser em realização. Se para a pessoa humana “*viver é possuir-se*” também é verdade que a vida é experimentada por cada sujeito como tarefa (com desenvolvimento, cf. o nosso *Pessoa e Direitos de Personalidade*, cit., pp. 50 e ss.). De algum modo, «*viver é realizar-se*»: ser homem é fazer-se homem.

A realidade pessoal é sempre percecionada sob esta dupla perspetiva: saber que se é e sentir a tensão existencial de *ser mais*.

O Direito tutela, portanto, aquilo a que chamámos *realidade potencial da personalidade* (por oposição a uma realidade atual — *Pessoa e Direitos de Personalidade*, cit., p. 95). A própria CRP inscreve no catálogo dos direitos fundamentais o *direito ao desenvolvimento da personalidade* (art. 26.º, n.º 1), apontando para uma natureza dinâmica da tutela (por todos, JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, 2.ª ed., 2010, art. 26.º, pp. 611 e ss.).

Esta capacidade de ser, inscrita na estrutura ontológica da pessoa, atualiza-se (torna-se ato) mediante *exercício pessoal da liberdade* (axiologicamente orientada, como

A personalidade jurídica, enquanto bem de personalidade, corresponde à juridicidade da realidade pessoal e do seu desenvolvimento, enquanto expressão, no plano jurídico, da realidade ontológica da pessoa humana.

Gozar de um *direito à personalidade jurídica* é ser destinatário de uma permissão normativa específica, retirada do art. 70.º CC, dirigida ao aproveitamento de um bem concreto: a juridicidade da realidade pessoal.

Sublinhe-se, por fim, que o art. 26.º, n.º 1 da CRP refere expressamente um “*direito à capacidade civil*”, a par de outros direitos de personalidade⁽⁶¹⁾. Em causa está, fundamentalmente, o que identificamos como *direito à personalidade jurídica*.

VI — O mote que lançado carece, naturalmente, de maiores desenvolvimentos que poderão conduzir ao cinzelamento dos seus termos.

A argumentação em sistema monista facilita, intui-se, a interpretação dos arts. 66.º a 69.º CC. Recorde-se que a distinção entre capacidade e personalidade foi acentuada na 2.ª *Revisão Ministerial* — como tantas outras “originalidades” que a tal intervenção se

procurámos demonstrar no nosso *Pessoa e Direitos de Personalidade*, cit., *passim*). Ora, não oferece dúvidas reconhecer que, entre as diversas formas de atuação possíveis no processo de desenvolvimento da personalidade, está a possibilidade de assumir vínculos jurídicos. Tais vínculos ou situações jurídicas são mais do que a concretização de previsões normativas; antes correspondem à expressão jurídica da própria realidade pessoal.

O ordenamento não pode, portanto, deixar de reconhecer a juridicidade daqueles atos através dos quais se desenvolve e realiza a personalidade humana. Negar em absoluto a juridicidade do casamento, por exemplo, transformando-o em pura realidade *de facto*, corresponderia a uma violação dos direitos de personalidade dos cônjuges os quais, mais do que a co-habitar maritalmente, têm direito efetivamente a casar-se e a ver reconhecida na juridicidade do casamento (*matrimonium ipsum*) uma manifestação do desenvolvimento da sua personalidade.

Esta dimensão da tutela da personalidade é, no contexto atual, especialmente premente. Com efeito, há, na pós-modernidade, uma tendência acentuada para neo-totalitarismos, ainda que de índole democrática, que a pretexto de uma ideia difusa de igualdade e tolerância, acabam por subtrair a *libertas privata* dos sujeitos. Um direito à juridicidade da realidade pessoal torna-se assim um meio expedito de tutela da própria liberdade individual.

⁽⁶¹⁾ Com referências, JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Anotada*, I, 2.ª ed., cit., art. 26.º, pp. 626-627.

deve⁽⁶²⁾. O recurso aos trabalhos preparatórios e distinção preponderante entre capacidade de gozo (*Rechtsfähigkeit*) e a capacidade de exercício (*Handlungsfähigkeit*), que presidia ao espírito de MANUEL DE ANDRADE⁽⁶³⁾, pode ser revisitada com novos olhos.

Os aspetos valorativos associados ao começo da personalidade, muito historicamente condicionados, são agora deslocados para o âmbito do art. 70.º: a condição legal do nascituro — pese embora a necessidade de sublimação de alguns aspetos técnicos que se mantêm a nível de sistema externo — é fundamentalmente um problema de tradução, no plano da juridicidade, de realidade ontológica da pessoa concebida e não nascida.

Outros desenvolvimentos poderão ser oferecidos: um trilho de investigação que está ainda por percorrer.

⁽⁶²⁾ Sobre a origem dos preceitos, veja-se MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, T. IV, 3.ª ed., cit., pp. 360-361.

⁽⁶³⁾ MANUEL DE ANDRADE, “Esboço de um anteprojecto ...”, cit., pp. 153-166. Cf. ainda *Teoria Geral da Relação Jurídica*, I, cit., pp. 30 e ss.