

## EVOLUÇÃO JUSCIENTÍFICA E DIREITOS REAIS

Pelo Prof. Doutor António Menezes Cordeiro

### I — Evolução do Direito e evolução de Direitos Reais

#### 1. *Generalidades*

I. O Direito encontra-se em evolução permanente, quer em obediência às modificações sociais (1), quer em consonância com a sua própria dinâmica interna. As modificações registadas no tecido jurídico não são uniformes: em cada momento histórico, certas disciplinas jurídicas apresentam um dinamismo particular, superior às demais. Nesta panorâmica, existe divulgado o entendimento de que o Direito privado comum, com tónica, pois, no Direito das Obrigações e em Direitos Reais, se situaria numa zona de estabilidade acentuada, o que é dizer, pouco permeável a inovações. Francamente inexacto no tocante às Obrigações, esta asserção bem poderia colher em Direitos Reais (2). Há que averiguá-lo.

---

(1) Cf. JÜRGEN SCHMIDT, *Privatrecht und Gesellschaftsordnung*, RTh 6 (1975), 33-63 (33).

(2) A afirmação da natureza «estática e conservadora» de Direitos Reais — FRITZ BAUR, *Entwicklungstendenzen im Sachenrecht*, JurJb 8 (1967/68), 19-35 (19) — é comum entre os cultores dessa disciplina, sendo visualizada por vários ângulos; cf., entre nós, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil / Reais*<sup>4</sup> (1983), 30 e ss. e MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais / Sumários* (1984/85), 18 ss. (27 ss.). Quando especificamente estudada, a

II. As coordenadas evolutivas de Direitos Reais correspondem às do Direito privado e do Direito em geral, especialmente adaptadas à especificidade do seu objecto: o regime jurídico das coisas corpóreas<sup>(3)</sup>. Ou, pelo menos, haverá tensões consideráveis nesse sentido: a unidade da Ciência do Direito — já que a do sistema jurídico levanta dúvidas fundadas — e a própria identidade da sociedade que a crie e onde ela funcione, a tanto levam. Como ponto de partida para o progresso em Direitos Reais pode, pois, assentar-se em considerações globais.

A evolução do Direito exprime-se e resulta em modificações a nível de fontes e em alterações de âmbito científico. As modificações a nível de fontes derivam por norma, no espaço português, da promulgação de leis que venham corporizar soluções diferentes para os problemas carecidos de tratamento jurídico. As alterações de âmbito científico traduzem inovações nos processos de interpretação, aplicação e integração; tais inovações, sob uma quietude aparente dos factos normativos, conduzem a saídas jurídicas diversas das inicialmente existentes.

III. A tradição da elaboração jurisprudencial do Direito, por forma a dar corpo a novas mensagens científicas é, em Portugal, fraca. Os tribunais e, em geral, os órgãos de aplicação do Direito<sup>(4)</sup>, intentam, no seu labor jurífera, captar e

---

relação entre os direitos reais — *maxime* a propriedade — e a evolução económico-social é, naturalmente, apontada — cf. ANTON TAUTSCHER, *Der Wandel im Eigentumsrecht*, FS Wilburg (1965), 205-214. Falta, no entanto, uma projecção dogmática de tais constatações.

(3) O Código Civil, como se depreende do artigo 1302.º e de todo o regime implicado, só admite direitos reais sobre coisas corpóreas. Aceitou, pois, o esquema pandectístico. Cf. PALANDT/HEINRICH, BGB<sup>42</sup> (1983), § 90 (54), F. BAUR, *SachenR*<sup>11</sup> (1981), 10 e ENNECCERUS/WOLFF/RAISER, *SachenR*<sup>10</sup> (1957), 3.

(4) A tendência comum para atribuir ao juiz o primado da aplicação do Direito não deve fazer esquecer que, em qualquer sociedade, a maioria dos actos de aplicação jurídica não é de ordem judicial: os conservadores, os notários, os serviços administrativos e os próprios particulares quando, ao abrigo das suas competências ou, no último caso, no

concretizar, com fidelidade, a mensagem legislativa, tal como a entendam. A evolução jurídica processa-se, então, num plano de conexão estreita com as alterações legislativas. Mas mesmo em cenários deste tipo, deve vincar-se que inovação nas fontes e progressão juscientífica estão concatenadas, de tal modo que, por vezes, uma não prescinde da outra. Esta interligação fica patenteada nas quatro proposições seguintes:

- os tribunais são levados a decidir contra lei expressa, quando esta comporte normas insuficientemente estudadas e analisadas, de tal modo que, embora formalmente vigentes, elas surjam estranhas à cultura jurídica efectivamente vivida. Assim sucedeu, por exemplo, com o não reconhecimento da aquisição tabular — artigo 85.º do Código do Registo Predial de 1967 <sup>(5)</sup> — e com a recusa de aplicar o regime próprio da compra, *a non domino*, de coisa a comerciante, quando o adquirente esteja de boa fé <sup>(6)</sup> — art. 1301.º do Código Civil;
- os tribunais concretizam mais facilmente certos institutos reclamados pela Ciência do Direito e comportados numa determinada ordem jurídica, depois de colherem, na lei, um sinal aprovativo, mesmo quando a lei em causa não tenha aplicação ao caso considerado. Assim sucedeu com a eficácia jurídica da alteração das circunstâncias: introduzida pela doutrina e comportada

---

simples uso da autonomia privada, dão corpo ao programa jurídico, aplicam o Direito.

<sup>(5)</sup> Foi o que se verificou em STJ 13-Fev.-1979, BMJ 284 (1979), 179-185 (183-184), numa situação felizmente já corrigida em STJ 4-Mar.-1982, BMJ 315 (1982), 244-247 (246): este último acórdão reconheceu a aquisição tabular e apontou-lhe os requisitos, só não a tendo aplicado no caso aí em discussão por faltar um deles.

<sup>(6)</sup> STJ 30-Mar.-1982, BMJ 315 (1982), 296-298. Neste caso como no outro foram apresentadas explicações para a não aplicação das normas em jogo; o seu peso argumentativo não colhe, de tal forma que mais do que uma opinião entre outras possíveis, depreende-se, do conjunto, o não reconhecimento da lei expressa.

pela lógica global do Código de Seabra (7), ela não era reconhecida pela jurisprudência (8); passou a sê-lo, mesmo nas causas que se regiam pelo Código velho, depois da promulgação do Código Civil de 1966 (9) que a consagrou, de modo expresso, no seu artigo 437.º/1;

- o legislador é levado a intervir quando a instrumentação possibilitada pela Ciência do Direito não seja utilizada na prossecução de soluções novas requeridas por uma problemática em evolução. Assim sucedeu no domínio do arrendamento, face ao seguinte problema: embora sujeitos a escritura pública, numerosos contratos de arrendamento comercial haviam sido celebrados sem esse requisito, vigorando, pacificamente, por largos anos, entre as partes; as alterações monetárias desvalorizaram as rendas, levando os locadores a pedir a declaração de nulidade, por vício formal. O Direito poderia ter reagido por uma de duas maneiras: ou aceitando a constituição do direito do arrendatário por usucapião (10) ou admitindo a possibilidade de

---

(7) A alteração das circunstâncias foi introduzida na doutrina portuguesa, sob a forma da pressuposição windscheidiana, por GUILHERME MOREIRA, *Instituições de Direito civil português*, 1 (1907), 496-499 e retomada por J. G. PINTO COELHO, *Das cláusulas acessórias dos negócios jurídicos*, 2 (1910), 169-245, que a admitiam perante o próprio Código de Seabra; mais tarde, vários autores operariam a transposição para a denominada base do negócio, de OERTMANN.

(8) Houve uma aceitação fugaz da eficácia jurídica da alteração das circunstâncias em STJ 28-Nov.-1922, GRLx 37 (1923), 142-143, logo desmentida em STJ 30-Jul.-1926, RLJ 59 (1926), 149-152 — BFD 10 (1929), 192-197, numa linha confirmada por numerosas outras decisões; por último, STJ 17-Dez.-1968, BMJ 182 (1969), 394-398.

(9) STJ 1-Jul.-1969, BMJ 189 (1969), 265-270.

(10) Essa possibilidade derivaria, simplesmente, de se considerar o direito do arrendatário como real o que, há quatro décadas, ininterruptamente, vem sendo ensinado na Faculdade de Direito de Lisboa — assim, PAULO CUNHA, *Direitos Reais* (1949), 227 ss. e LUIS PINTO COELHO, *Direitos Reais* (1954), 127, numa posição que já defendera anteriormente — ou de admitir, por analogia, a aplicação, ao arrendamento, da usucapião — propõe-no MOTA PINTO, *Direitos Reais* (1972), 164.

bloquear a alegação de nulidades formais por abuso do direito (11). Ambas as soluções foram judicialmente recusadas (12), acabando o legislador, pelo Decreto-Lei n.º 67/75, de 19 de Fevereiro, por alterar o artigo 1029.º do Código Civil, estabelecendo uma invalidade mista de redução dogmática difícil: «... a falta de escritura pública é sempre imputável ao locador e a respectiva nulidade só é invocável pelo locatário ...»; — o legislador abandona à Ciência do Direito o papel de concretizar e tornar aplicáveis certos institutos propositadamente vagos e, designadamente, os que estatuem com recurso a conceitos indeterminados ou conceitos carecidos de preenchimento com valorações, tais como boa fé, bons costumes ou justa causa em Direito Civil (13).

IV. Para além disso, a interpenetração entre o progresso legislativo e a evolução juscientífica emerge, ainda, em momentos que não se ligam, de modo directo, com a aplicação do Direito. A função legislativa apoia-se, muitas vezes, numa

---

(11) Lançada pela jurisprudência alemã no princípio do século — RG 15-Nov.-1907, SeuffA 63 (1908), 349-350 — a possibilidade de paralisar a alegação de nulidades formais, ponderada já por MANUEL DE ANDRADE em *Sobre a validade de liquidação de partes sociais pelo último balanço*, RLJ 87 (1955), 305-309, mereceu uma referência particular em STJ 11-Mar-1982, BMJ 315 (1982), 249-254 (253-254) que, no entanto, não fez, dela, aplicação ao caso aí decidido.

(12) A natureza real do direito do arrendatário foi recusada em STJ 22-Nov.-1966, BMJ 161 (1966), 393-397 (396) — RLJ 100 (1967), 197-200 (199-200), com an. VAZ SERRA, 200-203 (202-203), concordante. A argumentação apresentada, nesse sentido, pelo acórdão, não tem, porém, qualquer valia científica: limita-se a afirmar que no então projecto de futuro Código Civil, o arrendamento consta do livro II consagrado ao Direito das Obrigações. A possibilidade de, por abuso do direito, bloquear a alegação de uma nulidade formal foi negada em STJ 17-Dez.-1974, BMJ 242 (1975), 257-261, p. ex.

(13) Entenda-se que tais conceitos, apesar de indeterminados, comportam uma concretização a efectuar segundo regras científicas precisas; como tal, implicam decisões susceptíveis de controlo.

elaboração científica prévia; pense-se no Código Civil de 1966, cuja redacção assentou em trabalhos de pesquisa que se prolongaram por mais de vinte anos. A lei inovatória provoca, por seu turno, surtos de investigação, a nível de Ciência do Direito.

A evolução global do Direito resulta, assim, da interacção entre a progressão legislativa e a inovação juscientífica. Para efeitos de análise, os dois aspectos podem ser cindidos; no termo, há que operar a síntese que reponha a realidade dos factos.

## 2. *A evolução legislativa em direitos reais*

I. O Código Civil de 1867 foi, no domínio dos direitos reais, pouco inovador, a nível de institutos concretos<sup>(14)</sup>. Proscreevou algumas formas de aproveitamento real das coisas e interveio para clarificar certos pontos controversos. Este estado de coisas é natural e compreensivo. A codificação de Seabra assentou em dois pilares fundamentais: a tradição do Direito comum português e o pensamento jurracionalista corporizado no Código Civil francês de 1804<sup>(15)</sup>. Mas no respeitante à linguagem e à concatenação interna das soluções preconizadas, ambas essas influências carregavam o Direito romano<sup>(16)</sup>. Não houve, pois, uma erupção de elementos diferentes, que pudesse conduzir a alterações substanciais. Acresce ainda que, em geral, as codificações não são inovadoras em si: apenas cristalizam, no momento em que sejam

---

(14) Tem-se como significativo do Direito anterior à codificação a teoria e a prática das velhas Ordenações, expressas, designadamente, nas obras de COELHO DA ROCHA e de CORREIA TELLES.

(15) A influência do Código Napoleão no Código de Seabra pode, em especial, ser confrontada em BARBOSA DE MAGALHÃES, *L'influence du Code Civil dans le Monde/Travaux de la semaine internationale du Droit* (1954), Portugal, 632-663 (633 ss.).

(16) No caso do Código Napoleão, a cepa românica fica clara nas obras dos grandes juristas franceses DOMAT e POTHIER, que possibilitaram a sua confecção.

elaboradas, a situação juscientífica que as precedeu. No que toca, mais precisamente, às codificações oitocentistas, registre-se que a sua acção se centrou, em particular, no denominado sistema externo, isto é, na ordenação exterior da matéria e na simplificação das suas estruturas expositivas, por forma a, mais cabalmente, as fazer corresponder à estruturação sócio-económica que visavam consolidar (17).

II. Na mesma linha, o Código Civil de 1966 introduziu poucas modificações no regime pré-vigente de Direitos Reais. Desta feita, o sentido profundo da codificação realizada visou consagrar na lei a recepção, operada pela doutrina portuguesa desde GUILHERME MOREIRA (18), do pensamento jurídico da pandectística, consagrado no Código Civil alemão de 1896. Para além da remodelação sistemática, vários institutos substantivos foram modificados ou introduzidos, nas diversas disciplinas civis. Em Direitos Reais, no entanto, as inovações foram pequenas: descontada uma redistribuição da matéria, apenas foram limadas algumas arestas, enquanto se procedeu à resolução de umas quantas querelas que ocupam as dou-

---

(17) Cf. GIOVANNI TARELLO, *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*<sup>3</sup> (1974), 27. Inovações importantes introduzidas aquando da codificação afirmaram-se, apenas, pela negativa: assim a supressão das regras dirigidas às antigas corporações. Cf. H. STEINDL, *Zur Genese des Privatrechts als «allgemeines Wirtschaftsrecht»*, FG Coing (1982), 349-382. O Direito privado, por vezes até por nada regular, entrega as questões directamente às leis económicas, aproveitando, para tanto, princípios que, como a autonomia privada, vinham já do Direito anterior. Quanto a este último ponto, D. GRIMM, *Soziale, wirtschaftliche und politische Voraussetzungen der Vertragsfreiheit|Eine vergleichende Skizze*, La formazione storica del diritto moderno in Europa (1977), 3, 1245 e H. STEINDL, *Überlegungen zum Verhältnis von Privatrecht, Gewerbefreiheit und Industrialisierung*, IC 15 (1981), 76-107 (79).

(18) Cf. GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *A Revista de Legislação e de Jurisprudência|Esboço da sua história*, sep. RLJ (1975), 1, 431<sup>1051</sup> ss. (434) e ORLANDO DE CARVALHO, *A teoria geral da relação jurídica|seu sentido e limites*<sup>2</sup> (1981), 76.

trina e jurisprudência anteriores (19). A própria introdução do direito de superfície teve alcance reduzido, uma vez que ela já operara em legislação extravagante (20). De novo jogaram aqui os elementos estabilizadores que já haviam actuado no trabalho de Seabra: a essência das codificações, que exprime o estado doutrinário anterior, mais do que optar por esquemas diferentes e não experimentados, o teor românico intenso da própria pandectística alemã que teve, aliás, em Direitos Reais, uma influência bem menor do que no Direito das Obrigações, e o dinamismo escasso da Ciência Jurídica, no campo de Direitos Reais.

III. O período de 1974-75 e as reformas legislativas que se lhe seguiram, com especial relevo para as alterações introduzidas no Código Civil pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, deixou, com alguma surpresa, quase incólume o dispositivo clássico de Direitos Reais. Para além da medida pontual da abolição da enfiteuse (21) e do dispositivo

---

(19) Por exemplo, no domínio da posse, o Código Civil de 1966 veio consagrar a autonomia entre o título e a boa fé — artigos 1259.º e 1260.º — autonomia essa que surgia duvidosa à face do artigo 476.º do Código de Seabra, tendo sido, no seu âmbito, defendida apenas, de modo incidental, pela *Revista de Legislação e de Jurisprudência* — RLJ 43 (1910), 152-155 — e, em termos conclusivos, por OLIVEIRA ASCENSÃO, *Lições de Direitos Reais* (1965, polic.), 276 ss.; no âmbito da accessão, o Código Civil veio considerar, no artigo 1340.º/4, de boa fé, o autor de incorporação que tivesse agido na base de autorização do dono do terreno, para pôr cobro às dúvidas surgidas durante a vigência do Código de Seabra e que foram resolvidas em sentido injusto por Assento do Supremo Tribunal de Justiça — STJ(P) 28-Nov.-1969, BMJ 191 (1969), 185-189 (189).

(20) A superfície foi introduzida no Direito português pela Lei n.º 2030, de 22 de Junho de 1948; não abrangia, então, a superfície vegetal e só era possível a favor do Estado.

(21) Operada através dos Decretos-Leis n.º 195-A/75, de 16 de Março e 233/76, de 2 de Abril, para a enfiteuse de prédios rústicos e urbanos, respectivamente. A Constituição da República proíbe expressamente o «regime do aforamento» no seu artigo 101.º/2: desconhecendo-se as possibilidades de, da enfiteuse, fazer um direito real *ad meliorandum*, com grandes potencialidades no domínio da Reforma Agrária, por exemplo, optou-se



que visou extinguir a colónia, direito real consuetudinário da Ilha da Madeira (22), não houve, na altura, inovações legislativas que tivessem projecção no tecido civil real. A própria Reforma Agrária, que provocou medidas legislativas capazes de exprimir novas fórmulas de aproveitamento da terra, operou num plano jurídico-cultural distante da técnica privada, relevando a nível de Direito Administrativo e de Direito Económico. Ideias novas, como a de posse útil que, segundo o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 496/79, implicaria um direito real específico, não tiveram, na realidade, projecção prática nem, muito menos, juscientífica (23). As alterações sucessivas introduzidas no arrendamento — e que, menos do que uma visão qualitativamente diferente dos interesses em presença, vieram tão só acentuar medidas de protecção ao locatário já habituais no Direito anterior — para além de, tradicionalmente, não serem incluídas no domínio de Direitos Reais, limitaram a sua actuação a um nível infra-científico. A introdução do direito real de habitação periódica, operado pelo Decreto-Lei n.º 355/81, de 31 de Dezembro (24), se exprime, na verdade, um sopro criativo no elenco envelhecido dos direitos reais, que desde a introdução do direito de superfície nunca mais fora tocado, não teve o sabor prático e científico de uma alteração de fundo na disciplina jurídica das coisas corpóreas.

---

por dar nível constitucional a uma matéria que, tradicionalmente, é regulada por lei ordinária. Esta curiosidade constitucional exprime bem, no seio da própria Lei fundamental portuguesa, a falta de criatividade legislativa, dentro da disciplina de Direitos Reais.

(22) Dispõe, nesse sentido o Decreto Regional n.º 13/77/M, de 18 de Outubro. O artigo 101.º/2 da Constituição proibiu, também, a colónia. Vale, sobre tal norma, a consideração feita na nota anterior.

(23) Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Reais*<sup>4</sup> cit., 427 ss. e MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais*, 1.º vol. (1979), 135 ss. e, para a crítica à Lei n.º 68/78, de 15 de Outubro, que a propósito das empresas em autogestão intentou dar colorido à posse útil, *A constituição patrimonial privada*, em *Estudos sobre a Constituição*, III (1979), 365-437 (432<sup>86</sup> ss.).

(24) Com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 368/83, de 4 de Outubro; sobre o tema, cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Reais*<sup>4</sup> cit., 474 ss. e A. LÚCIO VIDAL, *O direito real de habitação periódica* (1984).

IV. A evolução legislativa em Direitos reais, mesmo alargando a busca de forma a abranger as duas codificações portuguesas e o período posterior a 1974-75, é de pequena monta. Traduz, de modo sempre amortecido, as grandes viragens a nível jussistemático civil e implica, em geral, pequenas alterações destinadas a resolver problemáticas pontuais. Não é possível, nesta base, falar de coordenadas evolutivas de Direitos Reais que exprimam as tendências inovatórias do percurso dessa disciplina nos dois últimos séculos; muito menos será viável, atendendo apenas às fontes, indiciar os parâmetros capazes de, no futuro, informar uma evolução. Poderá, contudo, suceder que, sob um aparente imobilismo dos factos normativos, alterações ocorridas na Ciência do Direito venham ditar esquemas alterados na solução de casos concretos. Tal possibilidade deve ser apurada.

### 3. *A evolução da Ciência do Direito*

I. A evolução da Ciência do Direito acompanha o progresso contínuo da cultura, tornando-se difícil tipificá-la nalgumas proposições, sem a distorcer. O essencial comportar-se-á, contudo, nas indicações que seguem.

A última revolução de fundo ocorrida no jusprivatismo foi levada a cabo por SAVIGNY, no século passado (25).

---

(25) O essencial da revolução savignyana compreendia-se já na sua *Juristische Methodenlehre* (1802-1803), correspondente às lições proferidas por SAVIGNY, nesse ano, em Marburgo; tinha ele, então, vinte e quatro anos. Mencionadas já por KANTOROWICZ, *Miszellen/Savignys Marburger Methodenlehre*, SZRom 53 (1933), 465-471 (465), elas foram publicadas por G. WESENBERG, segundo a redacção de JACOB GRIMM, em 1951. Sobre este escrito vide KARL LARENZ, *Methodenlehre des Rechtswissenschaft*<sup>4</sup> (1979), 11-19, FRANZ WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*, trad. port. A. HESPAÑA (1980), 421, WOLFGANG FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, III — *Mitteleuropäischer Rechtskreis* (1976), 48 e 64 e *La concepción de la historia y del sistema en Savigny*, ACFS 18-19 (1978-79), trad. cast. sem ind. autor, 49-82 (58 ss.) e FRITZ SCHWARZ, *Was bedeutet Savigny heute?* AcP 161 (1962), 481-499 (484 e 489).

Consistiu, fundamentalmente, em preconizar uma sistemática jurídica de tipo integrado, em que o material juscultural pré existente, recolhido na periferia, graças à denominada elaboração do espírito do povo, habilmente transmutado em Direito romano, era reduzido, enriquecido, explicado e comunicado em função de postulados centrais, que facultando fórmulas novas de resolver questões concretas eram, em simultâneo, enriquecidos por estas (26). A evolução posterior foi acentuando ora um, ora outro, dos dois elementos da síntese savignyana. Assim, se a jurisprudência dos conceitos exacerbou os factores centrais do sistema, esquecendo as componentes periféricas do jurídico e descambando num logicismo conhecido, fonte de distorções e incapaz de explicar, em termos substanciais, as próprias soluções que dele se reclamavam, por força do conhecido método da inversão (27), a jurisprudência dos interesses, sólida na crítica ao estado juscientífico anterior, empolou factores periféricos, na altura sediados já em normas codificadas, sufragando um juspositivismo incapaz de dar corpo a soluções novas e de exprimir traços importantes da cultura jurídica do Ocidente (28).

---

(26) Em aspectos metodológicos tem um interesse especial, também, o escrito de SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814), de que existem várias edições recentes. A obra dogmática de Savigny, solidamente assente em estudos históricos — assim a sua monumental *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*<sup>2</sup> (1834 ss.) — cobre todo o Direito privado em geral, desde a posse ao Direito internacional privado; recordem-se os seus *Das Recht des Besitzes/Eine civilistische Abhandlung*<sup>6</sup> (1837), *System des heutigen römischen Rechts* 8(1940 ss.) e *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts* (1851 ss.).

(27) Cf. PHILLIP HECK, *Das Problem der Rechtsgewinnung*<sup>2</sup> (1932), 10.

(28) A jurisprudência dos interesses reveste-se de um relevo particular pela influência que exerceu na Faculdade de Direito de Coimbra — cf., p. ex., VAZ SERRA, *O papel do juiz na interpretação da lei*, ROA 1 (1941), 1, 2-13 (9), MANUEL DE ANDRADE, *Sentido e valor da jurisprudência* (1953), sep. BFD 48 (1972), 12, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Noções fundamentais do Direito Civil* 16 (1965), 188-189 e RUI DE ALARCÃO, *A confirmação dos negócios anuláveis* (1971), 182. Na sua versão mais conhecida, propugnada por HECK, quase sem alterações, durante meio século, a jurisprudência dos interesses bater-se-ia, no essencial, em duas frentes: contra a juris-

Num fenómeno basilar, de que só aos poucos vai havendo uma consciência, a metodologia jurídica não tem apresentado,

---

prudência dos conceitos e contra a escola do Direito livre — cf., p. ex., PHILLIP HECK, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz* (1933), 9 e *Die Leugnung der Interessenjurisprudenz durch Hermann Isay/Eine Erwiderung*, AcP 137 (1933), 47-65 (64), respectivamente. Na realidade, HECK bateu-se, sobretudo, numa terceira frente: a da defesa do juspositivismo. E isso quer afirmando a incapacidade do que chamava de Filosofia do Direito para intervir em casos concretos — p. ex., *Begriffsbildung* cit., 23 e *Rechtsphilosophie und Interessenjurisprudenz*, AcP 143 (1937), 129-196 (138) — quer assimilando os interesses às realidades da vida — p. ex., *Die reine Rechtslehre und die jungösterreichische Schule der Rechtswissenschaft*, AcP 122 (1924), 173-194 (176) e *Interessenjurisprudenz* (1933), 12. O discurso da jurisprudência dos interesses torna-se, assim, muito acessível, uma vez que permite ao jurista cingir a sua actividade a um diálogo estreito entre a lei positiva e os factos; mas com um preço elevado: deixa incompleta a superação do conceitualismo anterior que, por isso, tem a maior facilidade em reinstalar-se sob remodelações linguísticas aparentes e conserva, sem resposta satisfatória, as situações que, à face do Direito legislado, não tenham solução imediata. Estas afirmações, comprovam-se com o tratamento dado, às lacunas, pela jurisprudência dos interesses. HECK, com o fito primordial de criticar a jurisprudência dos conceitos, intenta descobrir no Direito uma natureza essencialmente lacunosa — p. ex., na sua recensão a FELLNER, *Die rechtliche Natur der Inhaberpapier*, ZHR 37 (1890), 277-284 (278), na sua recensão a L. VON BAR, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, ZHR 78 (1890), 305 e, ainda, em *Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue*, DJZ 1905, 1140-1142 (1140), em *Rechtsgewinnung*<sup>2</sup> cit., 1, em *Interessenjurisprudenz* cit., 20 e em *Grundriss des Schuldrechts* (1929, reimp. 1958), 11 — numa posição que se intensifica por, às lacunas, se assimilar a boa fé e princípios semelhantes, de aplicação geral. Ora, na integração da lacuna, o juiz, depois de ter isolado os interesses em presença e na impossibilidade de os ponderar à face de um juízo de valor retirado da lei, ainda que por «efeito remoto», ou de o fazer com recurso à analogia, deve tomar «... em consideração os juízos de valor dominantes na comunidade jurídica e o próprio juízo de valor do juiz» — HECK, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz* (1914), 225, 230 e 238. Repare-se, pois, que o critério último apresentado para solucionar uma situação, que se aponta como muito comum no Direito, é o sentimento do juiz. VIEHWEG pode, assim, aproximar a jurisprudência dos interesses da tópica — cf. a sua *Topik und Jurisprudenz*<sup>5</sup> (1974), 95 ss. Torna-se curioso, deste modo, notar uma ironia histórica que a perspectiva hoje possível já permite detectar: a segurança procurada pelos positivismos jurídicos é aparente e só tem consistência a nível linguístico; a natureza

a partir da jurisprudência dos interesses, fundamentada e divulgada no princípio deste século, uma relevância efectiva a nível de soluções novas <sup>(29)</sup>. Correntes do pensamento jurídico teórico têm-se, na verdade, sucedido <sup>(30)</sup>. Mas, por incidirem num discurso pré-elaborado, abstraído já da realidade vivida que, o Direito, em cada sociedade, é, elas assumem uma natureza metassistemática que bloqueia uma eficácia real, a nível de fontes como de soluções <sup>(31)</sup>. Domina, nos últimos cinquenta anos, um irrealismo metodológico que retira projecção efectiva às criações juscientíficas.

II. Recentemente, e mercê, sobretudo, de um labor que, mesmo a nível de discussão teórica dos problemas, tem por imprescindível a consideração permanente da dogmática jurídica, isto é, do Direito enquanto soluções reais e concretas, a Ciência Jurídica tem recuperado potencialidades que a habilitem, de novo, a intervir na realidade jurídico-social.

Como pano de fundo deve apontar-se o abandono das grandes construções explicativas globais <sup>(32)</sup>. Em períodos históricos recentes, apareceram concepções do Direito, em consonância, muitas vezes, com representações filosóficas mais

---

cultural, histórica e constituinte do Direito inviabiliza a sua recondução, apenas, ao *jus positum*: fazê-lo corresponde a deixar aos acasos da questão concreta e do subjectivismo, toda uma série de problemas importantes.

(29) Cf., um tanto nesse sentido, LARENZ, *Methodenlehre*<sup>4</sup> cit., 53-64 e REIMER SCHMIDT, *Die Bedeutung der Entwicklung von Wirtschaft und Wirtschaftsrecht für das klassische Privatrecht|Eine Skizze*, FS Niperdey I (1965), 687-699 (688). Referindo, em termos gerais, a pouca influência da discussão metodológica na aplicação actual, vide PAWLOWSKI, *Gedanken zur Methode der Gesetzesauslegung*, AcP 160 (1961), 209-237 (210-211). Esta afirmação é válida no Direito Privado.

(30) Como obra de referência para o confronto dessas correntes, vide, de LARENZ, a cit. *Methodenlehre*<sup>4</sup>.

(31) Esta afirmação, para não incorrer em círculos viciosos, só é demonstrável a nível dogmático: consegue-se cotejando a realidade da concretização do Direito, expressa na jurisprudência, com os ideários metodológicos em voga. Tentou-se, noutra local, levar a cabo essa tarefa.

(32) Cf., p. ex., HEINRICH HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*<sup>2</sup> (1977), 3 e 5.

amplas, que aspiravam a enquadrar e explicar globalmente a fenomenologia jurídica (33). Mas o Direito surge como um fenómeno cultural, mesmo num plano ontológico: é ditado por uma evolução histórica a qual, pela variedade e complexidade dos contributos que a informam, comporta uma tal riqueza intrínseca que se torna impossível proceder a reduções unitárias, uniformes e envolventes. As grandes construções globais foram, por isso, aumentar as fileiras do irrealismo metodológico.

Um segundo aspecto relevante do pensamento jurídico da actualidade, em torno do qual tem vindo a gerar-se consenso, reside no entendimento do Direito como meio destinado à solução de casos concretos (34). O Direito existe como ordem positiva, logo efectiva, corporizando-se na regularidade de certas manifestações sociais. A regulação jurídica exprime-se, apenas, no caso concreto, ainda que, nesse momento, se venha, afinal, a apurar a violação da norma aplicável. Fora do caso concreto há, tão só, especulação teórica que, mesmo ilumi-

---

(33) Como paradigmáticas, recordem-se as construções neo-kantianas de STAMMLER, a que se contrapuseram as respostas neo-hegelianas de ERICH KAUFMANN, de JULIUS BINDER e de KARL LARENZ, na primeira fase da sua obra. Seguiram-se outros ensaios, mais recentes.

(34) H. HENKEL, *Recht und Individualität* (1958), 12; K. LARENZ, *Wegweiser zu richterlicher Rechtsschöpfung/Eine rechtsmethodologische Untersuchung*, FS Nikiisch (1985), 275-305 (297), *Fall-Norm-Typus/Eine rechtslogische Studie*, FS Glockner (1966), 149-164 (153) e *Aufgabe und Eigenart der Jurisprudenz*, JuS 1971, 449-455 (450); H. COING, *Die Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik* (1959), 23; J. ESSER, *Interessenjurisprudenz heute*, JurJb I (1960) 111-119 (111); M. KRIBBLE, *Theorie der Rechtsgewinnung* (1967), 43 ss. e *Recht und praktische Vernunft* (1979), 18; W. KRAWITZ, *Das positive Recht und seine Funktion* (1967), 16; J. LLOMPART, *Juristisches und philosophisches Denken, ein Le raisonnement juridique* (1971), 85-91 (86); RALF DREIER, *Zur Selbstverständnis der Jurisprudenz als Wissenschaft*, RTH 2 (1971), 37-54 (43 e 45); W. MAIHOFER, prólogo a *Begriff und Wesen des Rechts* (1973), IX-XXXVIII; W. ROTHER, *Elemente und Grenzen des zivilrechtlichen Denkens* (1975), 12; H. ALBERT, *Traktat über rationale Praxis* (1978), 22 ss. e 65 ss.; CASTANHEIRA NEVES, *A unidade do sistema jurídico*, Est. T. Ribeiro, II (1979), 73-184 (73 ss.); H. ROTTLEUTNER, *Plädoyer für eine empirische Argumentationslehre*, ARSP NF BH 14 (1980), 87-118 (118).

nada, não é Direito. Esta realidade tem provocado um interesse crescente pela jurisprudência e, mais latamente, pela actividade de todos os órgãos de aplicação, entendidos, agora, como meios de concretização do Direito que, sem eles, ficaria remetido ao campo dos ideários programáticos.

III. A esses aspectos básicos somam-se alguns pontos fundamentais, nos quais a Ciência Jurídica actual tem vindo a insistir: a unidade do processo de concretização do Direito, o abandono efectivo do método da subsunção, a favor da aceitação da natureza cognitivo-volitiva da aplicação jurídica, a integração do processo hermenêutico e o universalismo da Ciência do Direito.

O pensamento metodológico tradicional distinguia, na concretização do Direito, várias operações diferenciadas: a localização da fonte implicada, a sua interpretação, a determinação dos factos relevantes, a sua qualificação e a aplicação da norma aos factos, havendo, ainda, que acrescentar a integração das lacunas, quando disso fosse o caso. Entende-se hoje que todas essas operações são meros quadros explicativos de uma actividade no essencial unitária, tendo um relevo máximo na justificação da decisão e não na sua busca. Especialmente visada é a unidade interpretação-aplicação<sup>(35)</sup>: perante uma questão, a solucionar em termos de Direito, o intérprete-aplicador delimita a norma do caso<sup>(36)</sup> e a matéria relevante, sem que, em rigor, se possa dizer que alguma delas seja causal em relação à outra: ambas intervêm na síntese valor-facto que é uma decisão jurídica. A ideia deve ser alargada à própria integração das lacunas<sup>(37)</sup>. Não se entenda, por aqui, que as categorias da interpretação, aplicação e integração devam ser, de modo

---

(35) F. MÜLLER, *Normstruktur und Normativität* (1966), 39; LARENZ, *Aufgabe und Eigenart der Jurisprudenz* cit., 453 e *Methodenlehre*<sup>4</sup> cit., 189 ss. e, em especial, GADAMER, *Wahrheit und Methode*<sup>4</sup> (1975), 307 ss. (312).

(36) Vide W. FIKENTSCHER, *Methoden* cit., IV — *Dogmatischer Teil* (1977), 202 ss.

(37) Propõe-o CASTANHEIRA NEVES, em estudo, ainda não publicado, sobre a interpretação da lei.

sumário, abandonadas, provocando, com isso, um empobrecimento do instrumentário jurídico: apenas que, ainda quando mantidas, elas devem ser destruídas por uma síntese final que exprima a realidade da unidade básica do processo de concretização do Direito. Este estado de coisas, constante de todas as decisões jurídicas, torna-se muito claro na «aplicação» de princípios e conceitos indeterminados: a interpretação isolada da «norma» que mande actuar de boa fé não conduz a lado nenhum; apenas a síntese judicial dos factos expressamente relevados com a ordem jurídica, à luz dos valores abrigados à boa fé, indicia o comportamento correcto (38).

IV. A crítica do método da subsunção, isto é, da passagem automática dos factos aos conceitos, como modo de confeccionar a denominada premissa menor do silogismo judiciário (39), propugnada pela Escola do Direito Livre e pela Jurisprudência dos Interesses (40), está há muito realizada. A alternativa, necessária para o seu abandono efectivo, embora conhecida desde o princípio do século, tem, contudo, tardado no seu aproveitamento. A passagem dos factos à realidade jurídica não corresponde a um processo automático e mecânico: é, sempre, uma decisão humana (41). Por isso, não pode

---

(38) J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts* (1956), 150-151, já havia deposto neste sentido.

(39) No silogismo judiciário, a premissa maior corresponde à regra jurídica obtida, da fonte, pela interpretação (p. ex., os contratos devem ser cumpridos) e a premissa menor a certos factos subsumidos em conceitos (p. ex., as declarações tais são um contrato): a conclusão é automática (p. ex., o contrato tal deve ser cumprido). Como se diz no texto, a subsunção manifesta-se na formação da premissa menor. E não na própria conclusão em si como, por vezes, se julga.

(40) HECK, *Gesetzesauslegung* cit., 160, *Begriffsbildung* cit., 90 ss., *Rechtsgewinnung*<sup>2</sup> cit., 5 e *Interessenjurisprudenz*, 20; quanto à Escola do Direito Livre pode citar-se, desde logo, OSKAR BÜLOW, *Gesetz und Richteramt* (1885), 29 ss., 32, 36 e 41 ss.

(41) Assim, H. ISAY, *Rechtsnorm und Entscheidung* (1929), 20 ss. e *passim*. Quanto à superação do esquema da subsunção, *vide* KARL ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*<sup>7</sup> (1977), 43 ss. e *passim* e, entre nós, CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto — questão-de-direito* (1967), 422 ss.



falar-se em esquemas cognitivos, no que toca à aplicação do Direito, mas num trajecto cognitivo-volitivo. Sendo assim, os diversos factores que hão-de modelar a decisão — já que esta não pode ser arbitrária — porquanto destinados a inflectir a vontade humana, apresentam-se como argumentos em sentido próprio. Esses argumentos, que engrenam formando modelos de decisão (42), apresentam-se ainda de valor desigual: colhendo a sua autoridade na lei, algum há-de ter o peso decisivo para ditar e justificar a decisão (43). Por vezes — a maioria? (44) — a determinação do argumento fundamental é tão clara que a saída final não oferece quaisquer dúvidas, aproximando-se do que poderia ser o efeito prático da subsunção, então convolada para uma analogia entre a figuração conceptual e o caso concreto (45) ou para uma comparação entre um juízo sobre um objecto concreto e outro sobre um abstracto (46). Mas noutros casos, o intérprete-aplicador confronta-se com uma falta de indicações ou com elementos contraditórios que obrigam a uma ponderação cuidada dos elementos em jogo. A Ciência da argumentação e a lógica jurídica (47), cujo influxo crescente no Direito actual é reconhe-

(42) Cf. WOLF-RÜDIGER BRETZKE, *Der Problembefugnis von Entscheidungsmodellen* (1980).

(43) Sobre o tema, NORBERT HORN, *Rationalität und Autorität in der juristischen Argumentation*, RTh 6 (1976), 145-160.

(44) MEYER-CORDING, *Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein?* (1973), 39-40, J. ESSER, *Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht*, AcP 172 (1972), 97-130 (109) e G. HASSOLD, *Rechtsfindung durch Konstruktion*, AcP 181 (1981), 131-142 (139).

(45) A. KAUFMANN, *Analogie und «Natur der Sache» | Zuleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus* (1965), 29.

(46) KARL MICHAELIS, *Über das Verhältnis von logischer und praktischer Richtigkeit bei der sogenannten Subsumtion (Eine Kritik der Kritiken am Subsumtionsbegriff)*, FS OLG Celle (1961), 117-149 (130).

(47) Como obras de referência, mencione-se, quanto à argumentação: R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation* (1978); C. CLEMENS, *Strukturen juristischer Argumentation* (1977); D. HORN, *Rechtssprache und Kommunikation* (1966); G. STRUCK, *Topische Jurisprudenz* (1971) e *Zur Theorie juristischer Argumentation* (1977). Quanto à lógica jurídica: U. KLUG, *Juristische Logik*<sup>4</sup> (1982); R. SCHREIBER, *Logik des Rechts* (1982); H. WAGNER/K. HAAG, *Die moderne Logik in der Rechtswissenschaft* (1970).

cido, ganham, então, uma amplitude particular. No seu termo, a carência de elementos pode levar o intérprete-aplicador, proibido de denegar justiça, a acolher-se a decisões tópicas (48).

V. A realidade hermenêutica, a entender, em fórmula lata, como o conjunto de procedimentos que, a partir da efectividade do Direito, imposta do exterior, à pessoa, permite confeccionar o modelo de decisão, tem, hoje, uma extensão maior e mais profunda. Perante o Direito, *maxime* uma fonte ou a própria lei, o intérprete-aplicador entende-o por conhecer, num momento prévio, a matéria e a linguagem que a transmite: o intérprete-aplicador tem, dele, um certo pré-entendimento (49). Este viabiliza, delimita e condiciona a apreensão da fonte em jogo a qual, por seu turno, orienta o sujeito e enriquece a sua disponibilidade para novos entendimentos. No processo do conhecimento, passa-se do pré-entendimento à fonte e inversamente, tantas vezes quantas as necessárias para o fazer corresponder aos elementos a captar os quais, por ele, se tornam operacionais. É o círculo ou espiral hermenêutica (50). O relevar do pré-entendimento permite focar o papel da tradição e da experiência na concretização do Direito e explica a obtenção de decisões acertadas, apesar de enfermarem de lapsos justificativos. Para além disso, traduz

---

(48) Ainda neste caso, a acumulação de decisões e o seu estudo, possibilitarão, pelo alargar do sistema, a obtenção de novas regras e, assim, a confecção de modelos de decisão futuros, informados por argumentos materiais.

(49) Cf. a ideia inicial em M. HEIDEGGER, *Sein und Zeit*<sup>10</sup> (1963), §§ 32 e 63 e as aplicações em GADAMER, *Wahrheit und Methode*<sup>4</sup> cit., 250 ss.; F. MÜLLER, *Normstruktur* cit., 60; J. HRUSCHKA, *Das Verstehen von Rechtstexten* (1972), 43; LARENZ, *Methodenlehre*<sup>4</sup> cit., 185; J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*<sup>2</sup> (1972), 137 e *passim*; H.-J. KOCH, *Zur Rationalität richterlichen Entscheidens*, RTh 4 (1973), 183-206 (197-198), H. ROTTELEUTNER, *Hermeneutik und Jurisprudenz*, em *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, publ. H.-J. KOCH (1976), 7-30 (10 ss.); G. CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do legislador* (1982), 11 ss.

(50) K. LARENZ, *Methodenlehre*<sup>4</sup> cit., 184.

a essência cultural do Direito, ministrado, desde a recepção do Direito romano, na Idade Média, a juristas profissionais, através das Universidades.

VI. Os três aspectos enfocados como explicitando as traves da Ciência Jurídica actual — a unidade do processo de concretização do Direito, o confeccionar de modelos de decisão, com o reabilitar da argumentação e da lógica e a espiral hermenêutica — não estão, de modo algum, desligados. Pelo contrário, eles correspondem a facetas diferentes que dão, do Direito, uma estrutura ontológica própria. A concretização do Direito corresponde a uma decisão humana na qual tudo joga: o pré-entendimento da matéria a tratar, das fontes e da solução final, o produto da sua confluência com a realidade juscultural exterior e a síntese dos factos com o Direito.

A este nível, o Direito surge como a Ciência da resolução jurídica de casos concretos; a sua natureza científica granjeia-lhe a universalidade: mais do que esta ou aquela saída real, na qual podem pesar certos particularismos, o Direito exprime um traçado cultural, coincidente em comunidades de civilização comungada. O Direito não tem, nesses termos, fronteiras.

VII. Estes aspectos basilares da Ciência do Direito actual comportam, na sua efectivação, a recepção de contributos jusculturais variados. A viragem decisiva para a solução concreta, que postulam e implicam, tem, em si, potencialidades bastantes para protagonizar a superação do irrealismo metodológico em que soçobrou a Teoria Jurídica do último meio século. Torna-se claro ainda que toda a estrutura jurídica existe e funciona na medida em que visa certas soluções: o dado jurídico é, por definição, teleológico, numa fenomenologia que se prolonga na necessidade complementante de, das decisões, ponderar as consequências<sup>(51)</sup>. É, no entanto, duvidoso que,

---

(51) A interpretação teleológica da lei generalizou-se, então em termos subjectivos, a partir da exigência de BIERLING, *Juristische Principien-*

desde já, se obtenham frutos generalizados. Na verdade, os pontos basilares apontados, sendo constitutivos, ocorrem no nível profundo da onticidade jurídica: eles funcionam porque o Direito existe e é independente da auto-consciência que, deles, se tenha. Mas enquanto fenómeno cultural, logo humanamente voluntário, o Direito implica sempre o manuseamento, e logo a consciência, dos seus maquinismos.

Em áreas tradicionalmente isoladas, como Direitos Reais, todo o esforço de reconstrução do jurídico tarda. E assim sendo, as soluções novas, ditadas por exigências actuais do Direito, carentes de justificações, amparam-se em cripto-fundamentações, meio privilegiado para conseguir saídas inconvenientes ou indemonstradas.

Vitimada pelo imobilismo legislativo e pelo irrealismo metodológico, a disciplina Direitos Reais pareceria condenada

---

*lebre* 4 (1911), 276, da indagação do escopo prosseguido pelo legislador. A objectivação subsequente levou a que, na interpretação das fontes, jogasse, como factor, o objectivo por ela pretendido o qual, por isso, haveria de ser pesquisado. Posta nestes termos, a defesa da ponderação justeleológica é formal: pouco adianta conhecer a finalidade abstracta da lei se ela não for, na decisão applicativa em si, prosseguida. A concretização do Direito não deve, por isso, ponderar apenas, a montante, o escopo legislativo; ela há-de, a jusante, atentar nos efeitos da applicação. A valoração dos efeitos da decisão constitui, assim, um elemento importante da interpretação-aplicação. Nesse sentido, p. ex., A. PODLECH, *Wertungen und Werte im Recht*, AÖR 95 (1970), 185-223 (198 ss.) e *Recht und Moral*, RTh 3 (1972), 129-148 (138); G. TEUBNER, *Folgenkontrolle und responsive Dogmatik*, RTh 6 (1975), 179-204 (182 e 200-201); R. DAMM, *Norm und Faktum in der historischen Entwicklung der juristischen Methodenlehre*, RTh 7 (1976), 213-248 (228); E. DÖHRING, *Die gesellschaftlichen Grundlagen der juristischen Entscheidung* (1977), 3; T. SAMBUC, *Folgenerwägung im Richterrecht* (1977), 138; T. W. WÄLDE, *Juristische Folgerorientierung* (1979), 24 ss.. W. FIKENTSCHER, *Methoden* cit., 5 — *Nachtrage* — *Register* (1977), 30 e 32 e *Synepäik und eine synepäische Definition des Rechts*, em *Entstehung und Wandel rechtlicher Traditionen* 2 (1980), 53-120, propugna a possibilidade de apurar um conjunto de regras — a sinépica — que habilitem o intérprete-aplicador a «pensar em consequências», como forma de conhecer e ponderar os efeitos das decisões jurídicas. A sinépica constitui um dos instrumentos a utilizar na superação do irrealismo metodológico.

a uma paralisia definitiva. Perder-se-ia, ainda que neste âmbito restrito, a apregoada ligação do Direito à vida e à cultura? Os instrumentos de análise, hoje disponíveis, vão permitir responder a esta questão.

## II — Factores evolutivos em Direitos Reais

### 4. *A construção científica*

I. A coordenada evolutiva basilar de Direitos Reais, que permite transcender o imobilismo legislativo aí reinante e superar as dificuldades de afirmação de uma metodologia jurídica que só aos poucos irá quebrando as barreiras que a reservam, apenas, aos iniciados, reside na sua integração sistemática.

O sistema jurídico viabiliza-se e realiza-se na medida em que seja possível reconduzir a um ou mais pontos de vista unitários os aspectos juridicamente relevantes<sup>(52)</sup> — *maxime*, normas e princípios. A sistemática jurídica não pode mais entender-se como dominada pelos axiomatismo e dedutivismo. Pelo contrário, há que caminhar para uma sistemática reformulada, com aceitação de um sistema aberto, móvel, heterogéneo e cibernético; aberto, em termos intensivos e extensivos, por admitir a intromissão de elementos a ele estranhos e por não recusar a problematicidade de questões que lhe sejam exteriores; móvel, por não postular hierarquias rígidas de valores e de proposições e por assentar na possibilidade da sua inter-substituição; heterogéneo por comportar factores indeterminados, lacunas e contradições de princípios; cibernético por reponderar as suas concepções básicas face ao resultado das aplicações jurídicas que propunha<sup>(53)</sup>.

---

(52) C.-W. CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*<sup>2</sup> (1983), 139 ss.

(53) A apresentação e a justificação dos postulados que devem presidir à reformulação preconizada da ideia de sistema foram desenvolvidas noutro local.

Se este entendimento do sistema é inovatório — embora assente numa realidade demonstrável e prévia — o seu papel efectivo na solução de casos concretos pertence à herança savignyana, ainda quando desapercibida, na altura, e esquecida, mais tarde. A interpretação sistemática operada no início do século passado deixou, de facto, intuir que não é indiferente, para a concretização jurídica, a ordenação que, aos seus elementos constituintes, se venha a dar. O próprio pré-entendimento é directamente dirigido pelo sistema usado no ministrar, ao intérprete-aplicador, da cultura jurídica decidente. O enquadramento dos factos relevantes e dos níveis jurídicos que, com eles, se vão sintetizar na decisão, depende, também, da redução unitária realizada do material jurígena (54).

---

(54) Preconiza-se, pois, a superação da distinção, apresentada por HECK, *Begriffsbildung* cit., 142-143, entre sistema interno e externo. Tal contraposição, que teria uma carreira larga até aos nossos dias, entende, no Direito, a presença de uma realidade material portadora de inter-conexões regulares — o sistema interno — e a existência de esquemas puramente explicativos e descritivos — o sistema externo. Este último seria substancialmente irrelevante, i. é: o modo adoptado para a exposição do jurídico não interviria nas decisões em si. Não é assim. O Direito consubstancia-se na regularidade das suas manifestações, como bem explica E. FECHNER, *Rechtsphilosophie/Soziologie und Methaphysik des Rechts*<sup>2</sup> (1962), 230; é recebido, por cada destinatário e pela sociedade em geral, do exterior, pela aprendizagem — cf. M. HEIDEGGER, *Sein und Zeit*<sup>10</sup> cit., § 13 e BAPTISTA MACHADO, *Antropologia, Existencialismo e Direito*, sep. RDES 12 (1965), 7, 9 e 74-75. Ora tudo isto funciona, em termos constitutivos, através da capacidade de comunicação de que é dotada a pessoa humana e, em geral, a própria sociedade. O universo do Direito, cujas proposições e consequências são, sempre, puras possibilidades linguísticasamente descritas — H. W. ERTMANN, *Eine eigenständige Rechtssprache*, RTh 9 (1978), 177-200 (179); cf. H. O. FREITAG, *Gewohnheitsrecht und Rechtssystem* (1976), 113 — e relativizadas à linguagem utilizada — JAN BROEKMANN, *Juristischer Diskurs und Rechtstheorie*, RTh 11 (1980), 17-46 (17) — tem existência humana e logo, simplesmente, existência, apenas na sua expressão exterior. Se esta dependência da linguagem não impede desenvolvimentos metalinguísticos, operados com base em meros encadeamentos de palavras que esqueçam a realidade a retratar, chegando, assim, às denominadas soluções linguísticas, postas em claro pela moderna Filosofia da linguagem — cf. F. HAFT, *Juristische Rhetorik* (1978), 66-67 — não é menos ver-

II. Num prisma mais ligado à decisão, pode dizer-se que, em cada problema concreto, não se aplica esta ou aquela normas particularmente vocacionadas para nele intervir: é sempre o Direito em bloco, com a sua cultura, a sua Ciência e a sua arte que, em cada saída jurídica, intervêm.

A integração sistemática de Direitos Reais exprime essa realidade. No enquadramento jurídico dos conflitos suscitados pelo aproveitamento das coisas corpóreas, não ocorre, apenas, o funcionar das normas clássicas, compreendidas no Livro III do Código Civil. Pelo contrário: toda a Ciência Jurídica se manifesta. Desse estado de coisas derivam consequências várias que, por comodidade, podem ser analisadas num nível juscientífico de construção e num nível de concretização: o primeiro

---

dade que só com recurso a exposições se torna possível apresentar construções alternativas que dêem corpo à realidade substantiva. A própria linguagem condiciona, assim, os conceitos materiais; mais do que isso: apresenta-se-lhes, num prisma óptico, indissociavelmente ligada; nessa linha, defende W. ROTHER, *Elemente und Grenzen des zivilrechtlichen Denkens* cit., 14, a existência de quadros especiais impostos pela linguagem. Como exemplo: os direitos reais dizem-se simples ou complexos consoante possam ser expressos, no seu conteúdo, com recurso a ideias primárias ou, pelo contrário, com apelo a figurações que traduzam, por si, outros direitos reais. Certos conceitos não surgem por impossibilidade linguística, obrigando a proposições complexivas. Tudo isto é fundamental a nível de regime.

O sistema externo depende do interno: de outro modo, representaria tão só um conjunto de soluções linguísticas. Mas o inverso não é menos verdadeiro: o modo de exposição utilizado, para além de onticamente constituinte, permite ordenações constitutivas, arranjos diferentes e sequências criadoras; a organização da matéria, sendo condicionante da apreensão, sem a qual não há Direito nem a sua Ciência, permite também apurar necessidades e lacunas ocultas, base primeira para a sua transposição. Registe-se, aliás, que a confecção de «sistemas externos» que, por representarem meras cadeias linguísticas, não correspondam aos «sistemas internos» a que se pretendam ligar, tão pouco é inóqua a nível de regulação: constitui porta aberta para saídas baseadas em cripto-fundamentações e, em crescendo, sediadas no formalismo, na equidade e no arbítrio. A contraposição heckiana em sistema interno e sistema externo deve, pois, ser superada, a favor do reconhecimento da síntese fundamental entre ambos.

prende-se com um enriquecimento geral da disciplina real, conseguido por meio de um conhecimento mais cabal da própria matéria classicamente atinente a Direitos Reais; o segundo implica o transcender dos quadros clássicos dessa mesma matéria.

III. Manietado pelo princípio da tipicidade<sup>(55)</sup>, o estudo dos Direitos Reais encaminhou-se, desde cedo, para a análise casuística das diversas figuras juscientíficas nas quais, por tradição, se descobriam as características da realidade. As obras dedicadas ao estudo de Direitos Reais consagravam pois, em modelo corrente, no estrangeiro como em Portugal<sup>(56)</sup>, algumas linhas introdutórias à matéria, centradas em torno do próprio conceito de direito real e das suas características; posto o que se dedicavam à posse, à propriedade, ao usufruto e assim por diante, esgotando-se na consideração alinhada de uns quantos institutos tidos por reais. Os próprios Códigos Civis — o português de 1966 é, nessa linha, um bom exemplo — compartilhavam este modo de operar quando estabeleciam os nexos regulativos das coisas corpóreas. Esta incipiência sistematizadora conduzia a duas incongruências: ora havia que repetir, a propósito de cada figura singular, uma única disposição comum aos diversos direitos reais<sup>(57)</sup>, ora se ficava

---

(55) Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Reais*<sup>4</sup> cit., 30. A existência de um *numerus clausus* de direitos reais resultava já, no Código de Seabra, de uma série de indícios — OLIVEIRA ASCENSÃO, *A tipicidade dos direitos reais* (1968), 89 — tendo sido expressamente cominada no artigo 1306.º/1, do Código actual. Também aqui não houve, pois, novidade. Quanto às dificuldades que o princípio da tipicidade dos direitos reais tem posto ao próprio aperfeiçoamento jurisprudencial desse ramo, refira-se MÜHL, *Treu und Glauben in Sachenrecht*, NJW 1957, 1657-1662 (1659, 2.ª col.). Este e outros factores têm conferido à doutrina de Direitos Reais uma rigidez face a quaisquer novidades, mesmo as mais comedidas, numa situação desconhecida no vizinho Direito das Obrigações.

(56) Exceptua-se, a esta orientação, a obra básica de OLIVEIRA ASCENSÃO, *Reais*<sup>4</sup> cit., com alguns antecedentes parciais.

(57) Por exemplo, a extinção dos direitos reais por renúncia vem referida no artigo 1476.º/1, e), para o usufruto, no artigo 1569.º/1, d), para a



na contingência de limitar regras de aplicação genérica a uma única das figuras reais — normalmente a propriedade<sup>(58)</sup> — deixando por esclarecer as regras em causa deviam ou não, ser generalizadas às demais figuras reais.

Ficou, assim, em aberto o desafio de uma confecção da teoria geral dos direitos reais<sup>(59)</sup> ao qual, aos poucos, se tem dado uma resposta.

IV. À medida que seja alcançada, a teoria geral de Direitos Reais não viabiliza apenas, no campo cognitivo, um domínio mais aperfeiçoado da matéria e uma melhoria nas fórmulas de comunicação e aprendizagem a ela atinentes. A teoria geral de Direitos reais permite obter e justificar soluções novas para os problemas jurídicos as quais se revelam, à partida, mais consentâneas com os objectivos globais e particulares prosseguidos pelo Direito na área da ordenação das coisas corpóreas.

Pergunte-se, por exemplo, pela generalidade ou especificidade das normas sediadas no Código Civil, no título reservado à propriedade. O conhecimento da sua teleologia interna e o embricar com a lógica própria das coisas corpóreas permitirá indagar se elas se incluem, ou não, na teoria geral. Sendo a resposta positiva, o escopo próprio de cada direito real considerado levará à sua aplicação, também nesse domínio. A acessão tem sido limitada, pela letra da lei e pela doutrina<sup>(60)</sup>,

---

servidão, no artigo 1175.º/5, para a titularidade de muro ou parede comum e no artigo 1411.º, para a comunhão.

(58) É o caso do próprio artigo 1306.º/1, que institui a tipicidade de todos os direitos reais e que, surgindo inserida a propósito da propriedade, se viu obrigado a apresentar o tema como reportado a «... restrições ao direito de propriedade ou de figuras parcelares deste direito ...».

(59) Cf. MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais*, 1.º cit., 37 e *Direitos Reais/Sumários* cit., 74.

(60) Artigos 1325.º ss. do Código Civil e OLIVEIRA ASCENSÃO, *Estudos sobre a superfície e a acessão*, sep. SI 1973, 73. Este Autor, em *Reais*<sup>4</sup> cit., 397, admite já que a acessão «... possa ter repercussões sobre outros direitos reais ...»; mas continua «... não temos motivo suficiente para

a uma forma de constituição da propriedade. O seu estudo revela, no entanto, que ela visa adequar o plano figurativo jurídico às alterações relevantes verificadas na configuração das próprias coisas. Este escopo é geral. E os diversos direitos reais singulares não podem abdicar da configuração da coisa sobre que recaiam, pois dela depende o seu regime <sup>(61)</sup>. A acessão é, assim, uma fórmula genérica de constituição de direitos reais e não, apenas, da propriedade <sup>(62)</sup>.

De modo paralelo, há que apurar se as normas repetidas a propósito de cada figura real singular são susceptíveis de comportar uma redução dogmática em termos de integrar um princípio. Sendo-o, pertencerão à teoria geral, onde as suas função e finalidade ganharão uma dimensão mais explícita. Esse conhecimento permite, depois, perante o direito real

abandonar a visão que resulta da lei, da acessão como causa específica de aquisição da propriedade».

(61) Por exemplo, o artigo 1455.º do Código Civil, relativo ao usufruto de matas e árvores de corte, depende, como é natural, da existência, no prédio usufruído, das aludidas matas ou árvores. Este caso é extremo: independentemente de regimes específicos, os conteúdos concretos de quaisquer direitos dependem da coisa sobre que recaiam.

(62) Assim, ponha-se o caso de existir uma superfície para edificação ou construção (*ad inaedificandum*) e de um terceiro estranho vir efectuar o implante. O superficiário não é, então, proprietário, mesmo para quem entenda — contra a opinião preferível, MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais*, 2.º (1979), 1020 — que o direito ao implante, quando este exista já, é de propriedade. Dever-se-ia chamar o fundeiro a exercer as pretensões que os artigos 1340.º ss. atribui ao proprietário do solo? A resposta é negativa. A faculdade de edificar compete ao superficiário; o implante efectuado por terceiro dá-se num espaço estranho ao fundeiro; àquele compete agir. Outro cenário: num prédio rústico sujeito a arrendamento rural, o arrendatário semeia com sementes alheias; a ele compete fazer sua a sementeira, pagando o valor das sementes e a indemnização a que haja lugar, nos termos do artigo 1339.º do Código Civil, devidamente estendido. Tudo isto é alargável aos diversos direitos reais, abrangendo as diversas modalidades de acessão. A regra geral será a seguinte: havendo concurso de direitos reais sobre a mesma coisa e ocorrendo os pressupostos da acessão, as faculdades dela derivadas competem ao titular do direito real em cujo conteúdo se inscreva a possibilidade de promover, na coisa, a alteração provocada pelo terceiro interventor.

onde, porventura, a aludida norma tenha sido omitida e face à especial natureza do direito em causa, determinar se, também aí, ela deve vigorar. É o caso da renúncia. Referida a propósito de várias figuras reais dispersas (63), a possibilidade de, por renúncia unilateral, se extinguir o direito de propriedade sobre imóveis foi omitida no Código Civil. Da própria natureza da propriedade como direito subjectivo, da possibilidade de a transmitir, consagrada na Constituição, artigo 62.º/1 e dos preceitos dispersos que admitem a renúncia de direitos reais, pode retirar-se a regra da renunciabilidade do domínio, mesmo quando referente a bens imóveis (64). O efeito prático dessa ocorrência será a reversão automática para o Estado — artigo 1345.º.

V. A apreensão do regime de Direitos Reais, num plano próprio da realidade subjacente e não, apenas, no nível estereotipado de uns quantos tipos singulares, habilita ainda o intérprete-aplicador a, mediante o estudo do sentido profundo dos regimes de outras figuras, reformular o elenco clássico dos direitos reais singulares, legados por qualificações históricas. Desde o momento em que, por exemplo, o fenómeno jurídico do gozo tenha sido ponderado — portanto, com a sua inclusão, a título próprio, na teoria geral de Direitos Reais — e em termos de, nele, se apurar uma regulação dirigida ao controlo das coisas corpóreas, sem a mediação de quaisquer devedores (65), fica aberta a porta à consideração, como

---

(63) Cf. *supra* nota 57.

(64) Nesse sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Reais*<sup>4</sup> cit., 316 ss. e MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais*, 2.º cit., 784 ss.

(65) Ficam, em especial, em causa os direitos denominados direitos pessoais de gozo. Essa categoria, apurada por GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui* (1940), logrou uma certa recepção verbal no Código Civil português de 1966, artigos 407.º e 1682.º A/1, a), o que, por si, não é vinculativo. De facto, seja qual for a natureza a atribuir a tais direitos, ficou claro, desde GIORGIANNI, que, no gozo, não há a mediação de qualquer devedor: ele verifica-se mercê da actividade do titular do direito sobre a coisa — cf. MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, 1.º (1980), 325 ss. (329). Por isso, contra o que,

reais, de institutos disseminados, por exemplo, no Direito das obrigações. É o caso clássico do direito do locatário, centrado no gozo da coisa e cuja natureza real tem vindo a impor-se (66). A determinação da natureza real dessa e doutras figuras, não tem o alcance de mera qualificação: ela facilita a aplicação, a nível concreto, de regras relevantes, como a usucapião e a acessão (67); os bons resultados conseguidos nessa aplicação exprimem, por seu turno, a contraprova da qualificação real feita dessas figuras controvertidas.

A construção científica de Direitos Reais arvora-se, assim, em coordenada evolutiva do seu regime, facultando, mesmo perante um imobilismo aparente da disciplina, a obtenção de soluções mais perfeitas e mais justas.

### 5. *A integração sistemática*

I. Não é apenas o esforço juscientífico de elaboração do regime de Direitos Reais que faculta o encontrar de soluções novas e adequadas: a integração sistemática da decisão jurídica

---

por vezes, se lê na literatura portuguesa como na estrangeira, os direitos «pessoais de gozo», na doutrina de GIORGIANNI e de seus seguidores, seriam, simplesmente, pessoais, não por recaírem sobre prestações, mas por apresentarem uma defesa parcelar que traduziria a sua falta de inerência. Mas a categoria torna-se impraticável à face do Direito positivo português: neste, ao contrário do Direito italiano e como resulta, por exemplo, dos artigos 1037.º/1 e 1133.º/1 do Código Civil, a protecção dos Direitos «pessoais de gozo» é total, não se distinguindo, nesse ponto, dos direitos reais. De qualquer modo, com ou sem autonomia, o simples aparecimento de uma referência a direitos «pessoais de gozo» denota uma tendência para o alargamento de traços clássicos do regime real. Na Alemanha, o espaço preenchido em Itália com os direitos «pessoais de gozo» é ocupado pela figura da «realização» (*Verdinglichung*) dos créditos, versada por GERHARD DULCKEIT, *Die Verdinglichung obligatorischer Rechte* (1951) e aprofundada por CANARIS, num artigo com o mesmo título, em FS Flume 1 (1978), 371-427.

(66) Cf. MENEZES CORDEIRO, *Da natureza do direito do locatário* (1980), com indicação da evolução doutrinária sobre o tema, em Portugal e no estrangeiro.

(67) *Idem*, 145 ss.

não se queda pelo espaço tradicional restrito do Direito das Coisas, antes abrangendo a globalidade de ordem jurídica.

O Código Civil, ao elaborar uma Parte Geral na qual têm assento matéria alegadamente comum a todo o Direito Civil, deu alguns passos no sentido de uma integração mais vasta da temática jurídica, ainda quando a presença de tal Parte Geral seja muito discutível (68). Tome-se o princípio do abuso do direito, formulado no artigo 334.º e a propósito do qual se instituiu, no campo jus-subjectivo em geral, a regra da boa fé. Todos os direitos reais lhe estão submetidos, com o efeito prático de que, a propósito da aplicação de cada norma real singular se dever, em simultâneo, actuar a bitola da boa fé. As potencialidades de, por esta via, fazer progredir o regime do Direito das Coisas, em áreas carecidas de soluções próprias diferenciadas, são enormes. Têm sido descuradas na realidade portuguesa, à minguia de integração sistemática e da própria elaboração científica de boa fé e do abuso do direito. Desenhem-se, porém, perspectivas frutuosas de mudança na jurisprudência.

Tome-se, por exemplo, o caso solucionado pelo Supremo

---

(68) Da origem jurracionalista — A. B. SCHWARZ, *Zur Entstehung des modernen Pandektensystems*, SZRom 62 (1921), 578-610 (588 ss.) — e remontando a PUFENDORF, a Parte Geral assenta numa metodologia jurídica central, dedutivística e conceitualista, contrastando com as restantes partes do Código Civil, de raiz histórica e cultural. Cf., ainda, WIEACKER, *Hist. do D. Pr. Moderno*<sup>2</sup> cit., 350 e 425 e W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert* (1958), 62-63. Desta assimetria resultam tensões metodológicas e substantivas, que levam a Parte Geral, ora a duplicar, ora a desamparar, ora a contradizer as denominadas partes especiais. Por isso, a Parte Geral, surgida no Código Civil alemão, foi criticada desde o início — cf., p. ex., E. ZITTELMANN, *Der Wert eines «allgemeines Teils» des bürgerlichen Rechts*, GrünhutZ 33 (1906), 1-32 — numa posição bastante conclusiva, a ponto de evitar a sua inclusão nos códigos civis suíço e italiano. Com elementos críticos, na actualidade, cf. WIEACKER, *Hist. do D. Pr. Moderno*<sup>2</sup> cit., 558-561, D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB* (1982), n.º 31 ss. (13 ss.), ORLANDO DE CARVALHO, *A teoria geral da relação jurídica*<sup>2</sup> (1981), 73 ss. e MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais* | Sumários cit., 59 ss.

Tribunal de Justiça, em 26 de Março de 1980 (69). Fora demolida uma edificação; em consequência, uma construção contígua ficou directamente exposta ao tempo, vindo a sofrer, com isso, infiltrações e danos. Nada, no regime aplicável expresso do Direito das Coisas, permite concluir pela existência de um dever de protecção contra o tempo, a cargo dos titulares de prédios contíguos e a favor dos seus vizinhos. Por outro lado, na situação considerada, não se estabelecera, a título convencional ou outro, qualquer dever específico com tal conteúdo. Não obstante, o Supremo entendeu que, por força do instituto do abuso do direito, haveria que, aquando da prática de demolições, tomar as precauções necessárias para o prevenir de danos nos prédios que, por força delas, iriam ficar expostos. E decidiu bem. O fenómeno da contiguidade de construções urbanas, estável por natureza, gera, nos titulares envolvidos, representações de confiança em que a protecção adveniente da contiguidade irá manter-se. Tal confiança é legítima, recíproca e conduz a expectativas que o Direito tutela. Não pode, sem mais, ser defraudada, sob pena de violação da boa fé (70).

---

(69) STJ 26-Mar.-1980, BMJ 295 (1980), 426-433 = RLJ 114 (1981), 35-40.

(70) Nasce, pois, por força da tutela da confiança, assegurada pela boa fé, um novo direito, numa figura que a doutrina alemã tem chamado de *Erwirkung* — cf. CANARIS, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*<sup>2</sup> (1983), 372, LARENZ, *SchuldR/AT*<sup>13</sup> (1982), 132 e STAUDINGER/SCHMIDT, *BGB*<sup>12</sup> (1981), § 242, n.º 514 ss. (176 ss.) — e que poderá, com vantagem, ser traduzida pelo latim *surrectio* (surgimento). Para o fenómeno do acórdão referido no texto preconiza ANTUNES VARELA, em anotação, RLJ 114 (1981), 40-41 e 72-79, outra leitura: haveria uma consagração da doutrina dos «deveres de prevenção do perigo». Originados na jurisprudência alemã dos princípios do século, tal teoria implica que quem tenha, no seu âmbito de actividade, fontes de perigo, deva tomar precauções para prevenir danos. Sobre o tema, assinala-se o estudo importante de CHRISTIAN VON BAR, *Verkehrspflichten/Richterliche Gefährdungsgebote im deutschen Deliktsrecht* (1980). O ponto fulcral da doutrina dos «deveres de prevenção do perigo», cuja transposição para o Direito civil português é, em qualquer caso, feliz, reside na existência de uma fonte efectiva de perigo da qual, depois, provenham danos. No caso do acór-

O desenvolvimento e a aplicação efectiva das cláusulas gerais, com relevo para a boa fé, pode, deste modo, proporcionar uma redistribuição importante dos deveres no âmbito dos regimes aparentemente estáticos do Direito das Coisas.

II. Não é, apenas, a Parte Geral do Código Civil que joga numa diferente concretização de Direitos Reais, obtida na base de uma integração sistemática alargada. Outras normas civis espalhadas, no Código, fora do seu Livro III, devem ser completadas.

Seja o caso do dispositivo votado às chamadas obrigações naturais — artigos 402.º ss. — caracterizadas, no essencial, por, mercê de diversas valorações jurídicas, terem uma tutela reduzida<sup>(71)</sup>, limitada, na prática, à *soluti retentio*. As valorações jurídicas que a tanto conduzam prendem-se, em casos clássicos, com o seu modo de constituição: por exemplo, o contrato de jogo ou de aposta — artigo 1245.º O contrato de jogo ou de aposta não é, porém, apenas idóneo para a constituição de obrigações: ao abrigo do consensualismo — artigo 408.º/1 — regra basilar do Direito português e de outros Direitos latinos da actualidade, esse contrato, como quaisquer outros, pode operar a transmissão de direitos reais. Fazendo-o, estes compartilham a desvalorização genética que justifica o regime de tutela enfraquecida conferido às obrigações naturais. Os direitos reais adquiridos por jogo ou aposta ficam, pois, na situação de «direitos reais naturais»: por força do artigo 1245.º do Código Civil, eles não podem ser judicialmente exigidos; mas, quando voluntariamente acatados pelo transmitente, reintegram a sua plenitude, tornando-se

---

dão, os danos registados tiveram origem não em quaisquer perigos inerentes à demolição em si, mas na simples exposição ao tempo do prédio contíguo ao demolido. Apenas a protecção da confiança pode, pois, alcançar o efeito pretendido.

(71) Vide MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações* 1.º (1980), 311 ss.

«civis» (72). A figura dos «direitos reais naturais», alcançada na base da integração sistemática real-obrigacional possibilita, depois, novos esquemas explicativos, com soluções diferenciadas em mira. Pergunte-se, por exemplo, pelo destino do direito real quando, por usucapião, seja constituído um direito incompatível na esfera de outrem. A doutrina tradicional propugnava, em tal condicionalismo, pela sua extinção (73). A solução é radical e não tem o amparo de qualquer norma específica. Sabe-se que, no domínio obrigacional, a prescrição de um crédito o coloca na situação das obrigações naturais (74). Com a usucapião deve suceder outro tanto: o antigo direito real que, por ela, seja atingido, não se extingue; disfruta, tão só, de uma protecção reduzida, com relevo prático no momento eventual em que o beneficiário da usucapião, reconhecendo a excelência do direito anterior, o efective, transferindo, para o seu titular, a coisa: o «direito real natural» derivado da usucapião recupera a sua plenitude. Este esquema permite ainda explicar, justificar e facultar certos aspectos do regime do direito real que, contra ele, veja funcionar a aquisição tabular, constante do artigo 17.º/2 do Código de Registo Predial de 1984. Indague-se qual a situação do direito da pessoa que veja, sobre a mesma coisa, formar-se, pelo registo, um direito real incompatível. A doutrina comum pronunciava-se pela extinção. Nada, na lei, o leva a afirmar. Ora, em três situações, pelo menos, o titular do direito real atingido pela aquisição tabular a favor de terceiro vê reanimar o seu direito: quando, tratando-se de dupla alienação com aquisição tabular pelo segundo transmissário, a coisa regresse à titularidade do

---

(72) A possibilidade de existência de uma «propriedade natural» já foi considerada por OLIVEIRA ASCENSÃO, *Reais*<sup>4</sup> cit., 350, que refere mesmo, ainda que em termos dubitativos, a sua aplicação no domínio da usucapião.

(73) Esta posição surgia ainda em MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais* 2.º cit., 787.

(74) É o que resulta do artigo 304.º/2 do Código Civil. Por isso, em rigor, a prescrição deve ser entendida como forma de modificação das obrigações e não de extinção. Este esquema atinge, de modo directo, os direitos reais que se sujeitam à prescrição.



transmitente; quando, depois da aquisição tabular, a coisa entre na esfera de terceiro que, *ab initio*, se encontre de má fé; quando o beneficiário da aquisição tabular reconheça o direito do titular prejudicado e lhe devolva a coisa. Tanto basta para considerar que a aquisição tabular não resolve os direitos com ela incompatíveis, antes os colocando, com graduações várias, em situação natural.

III. As soluções concretas proporcionadas por Direitos Reais evoluem, por fim, em obediência a uma integração sistemática que transcende o tecido civil (75). Joga, nesse sentido, em primeiro lugar, um conjunto extenso de normas de Direito público, especialmente vocacionado para intervir em certos domínios, como os da propriedade imobiliária. Quando se pretenda indagar o regime concreto que informa as situações jurídicas reais, no campo imobiliário, apenas se obterá uma imagem desfocada e insuficiente se se limitar a pesquisa ao Código Civil. A faculdade de edificar em solo urbano, por exemplo, encontra-se hoje sujeita a uma multiplicidade de diplomas de natureza administrativa, camarária e fiscal. As próprias edificações em solo rústico submetem-se a normativos distantes da clássica regulação românica, implícita nas codificações tradicionais. A propriedade de instalações industriais e comerciais, a propriedade automóvel, a propriedade rústica, o regime das águas, das minas, das termas, dos complexos hoteleiros, dos casinos, das obras de arte, de animais e tantos outros, implicam esquemas jurídicos próprios, de complexidade crescente, que actuam bem para além da disciplina consagrada de Direitos Reais. Esta confluência de regras públicas e mistas na determinação do conteúdo último dos direitos reais tem sido mesmo utilizada para explicar (76) o imobilismo aparente das fontes

---

(75) Em geral, JOHANNES M. SONTIS, *Strukturelle Betrachtungen zum Eigentumsbegriff*, FS Larenz (1973), 981-1002 (981), explica que a liberdade do proprietário depende, afinal, do conjunto da ordem jurídica.

(76) Cf. F. BAUR, *Entwicklungstendenzen im Sachenrecht* cit., 20 ss. A produção legislativa extravagante tem significado, por exemplo, no domínio das clássicas relações de vizinhança; vide HARRY WESTERMANN, *Die Funktion*

clássicas: as modificações a introduzir no seio dos direitos reais económica e socialmente mais sensíveis processam-se através de aditivos sediados no Direito administrativo, no Direito económico, no Direito agrário e no Direito do urbanismo.

A manutenção, através de codificações diversas e de reformas civis variadas, da integridade do regime jurídico real, resulta, afinal, aparente: toda a matéria tem sido abundantemente mexida, ao sabor das necessidades do momento e dos ventos da história, graças à intermeação de outras disciplinas jurídicas. A verdadeira solução concreta — e é nela, apenas, que surge o Direito — compreende-se, afinal, em latitudes distantes das iniciais, e em permanente movimento.

IV. A integração de Direitos reais intensifica-se, também, não apenas na horizontal, mercê da confluência, nas situações concretas, de regras variadas oriundas de outras áreas jurídicas: ocorre, também, uma integração vertical, resultante do aflorar, nos quadros jurídicos clássicos, de vectores profundos do sistema jurídico actual.

O simples apuramento da metodologia interpretativo-aplicativa conduz à evolução do regime dos direitos reais. O aprofundamento do sentido teleológico das normas, a aplicação das regras sinépicas e a integração, numa síntese com as normas, dos níveis fácticos a regular, permitem diversificar regras uniformes na aparência. Tome-se o exemplo da propriedade, cujo conteúdo surge generalizado pelo artigo 1305.º do Código Civil. Na realidade, os poderes do proprietário e, em geral, como já foi observado, os dos titulares dos diversos direitos reais, dependem da natureza da coisa-objecto. Só perante cada coisa em si se torna possível e produtivo interpretar as normas reais aplicáveis. O escopo das normas em causa, concretizável, de modo diverso, consoante o objecto em jogo, constitui um momento essencial; visualizado num

---

*des Nachbarrechts|Zugleich eine Untersuchung der Bedeutung eines Immissionsschutzgesetzes*, FS Larenz (1973), 1003-1026 (1003). Quanto à interpenetração de regras públicas e privadas, cf. JOSÉ OSVALDO GOMES, *Manual dos loteamentos urbanos*<sup>2</sup> (1983), 18 ss. e *passim*.

prisma dinâmico, ele conduz à funcionalização dos direitos reais, não numa função social descolorida, por geral, mas num determinar concreto, e logo actuante, do pretendido, com efectividade, pelo Direito, com a atribuição jurídica de cada coisa (77).

V. Instrumento privilegiado para introduzir, em cada momento jurídico concreto, as referências jurídicas fundamentais do sistema, como sejam, a protecção da confiança, a tutela da parte fraca, a presunção da igualdade e da liberdade e a harmonia nas relações sociais é, no quadro jurídico actual, o recurso, já referido, às cláusulas gerais, com tónica na boa fé e no abuso do Direito. O cenário abstracto dado por esses institutos deve ser complementado com valores mais concretos sediados, nas sociedades modernas, nos diplomas fundamentais. Os catálogos dos direitos humanos têm, assim, no próprio nível técnico dos direitos reais, um papel a desempenhar, do qual, aos poucos, surge uma consciência. Seja o domínio das relações de vizinhança: o acórdão da Relação de Lisboa, de 3-Nov.-1983, mandou cessar o funcionamento de um hidropressor, cujos ruído e trepidação incomodavam um condómino, por verificar que, além do dispositivo clássico das emissões, contido no artigo 1346.º e que possibilitava ao interessado proibir tal instrumentação, estava em causa o direito à saúde e o direito à vida do prejudicado (78). Todo o tema mais vasto do embricar dos

---

(77) Observa, com oportunidade, HANS-MARTIN PAWLOWSKI, *Substanz- oder Funktionseigentum? Zum Eigentumsbegriff des geltenden Rechts*, AcP 165 (1965), 395-420 (400), que as possibilidades do proprietário serão diferentes quando o seu direito recaia sobre um livro ou um automóvel; a adstricção à função da propriedade, nos diversos casos, pode, assim, proporcionar a confecção de novas categorias reais. Cf., nessa obra, 411 ss.

(78) RLx 3-Nov.-1983, CJ 8 (1978), 5, 103-104. O domínio das relações de vizinhança é muito importante para o firmar do verdadeiro regime dos direitos sobre imóveis — cf. H. WESTERMANN, *Die Funktion des Nachbarrechts* cit., 1006. Princípios como os da boa fé e ideias como a das relações comunitárias — estas últimas muito discutíveis — que depararam em Direitos Reais, com dificuldades de penetração têm, na vizi-

direitos fundamentais no Direito privado faz, aqui, a sua aparição. Traduz, no fundo, a exigência, por parte do sistema jurídico, da prossecução efectiva, a nível de cada decisão concreta, das suas exigências materiais, transcendendo a simples obtenção formal de esquemas primários que primeiro se ofereçam ao intérprete-aplicador.

Os direitos fundamentais podem ter uma aplicação directa no domínio dos direitos reais, implicando deveres dirigidos aos titulares ou corporizando direitos de terceiros<sup>(79)</sup>; nesse sentido a decisão, acima relatada, da Relação de Lisboa. Mas podem, também, agir mediatamente, na medida em que possibilitem o preencher das cláusulas gerais, com destaque para a boa fé<sup>(80)</sup>.

VI. A inter-acção direitos reais-direitos fundamentais surge, aliás, bilateral, o que a reforça. Classicamente conectada

nhança, encontrado um relativo acolhimento; *vide*, respectivamente, MÜHL, *Treu und Galuben im Sachenrecht* cit., 1657 ss., 1662 e KLEMENS PLEYER, § 1094 BGB und das «nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis», JZ 1957, 305-307. Em geral, F. BAUR, *SachenR*<sup>11</sup> cit., 210 ss. Reticente quanto à aplicabilidade do princípio da boa fé a Direitos Reais por, alegadamente, existir nela uma vocação para regular, apenas, apregoadas situações relativas, mostra-se HARRY WESTERMANN, *SachenR*<sup>5</sup> (1966), 11-12.

(79) Assim, o Tribunal Constitucional Alemão, em decisão de 8-Nov.-1972, BVerfGE 34 (1973), 139-154 (146), entendeu que «o princípio geral da igualdade, que é garantido no art. 3/1 da Lei Fundamental como direito fundamental das pessoas, deve ser observado como princípio jurídico estadual genérico (...) e, ainda aquando da determinação interna dos poderes e deveres do proprietário». HANS CARL NIPPERDEY, *Grundrechte und Privatrechte*, FS Molitor (1962), 17-33 (26), sublinha a aplicabilidade directa dos direitos fundamentais, a qual poderia dispensar a mediação de cláusulas gerais. Cf. JÜRGEN SCHWABE, *Bundesverfassungsgericht und «Drittwirkung» der Grundrechte*, AÖR 100 (1975), 442-470 (442).

(80) De facto, quando aplicáveis, as cláusulas gerais exprimem dados básicos do sistema, com enfoque particular para os direitos fundamentais. Cf. MEYER-CORDING, *Der Gleichheitssatz im Privatrecht und das Wettbewerbsrecht*, FS Nipperdey I (1965), 537-551 (542), PAUL MIKAT, *Gleichheitsgrundsatz und Testierfreiheit, idem* 581-694 (590) e H. BOGS, *Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts* (1966), 137.

com a liberdade, a propriedade não é, como se reconhece, indiferente para a concretização da dignidade humana<sup>(81)</sup>. Mas pode-se ir mais longe: quer num ponto de vista cultural, quer num prisma técnico, os direitos reais apuram e fornecem matrizes de protecção que podem, com interesse, ser utilizados no domínio dos direitos fundamentais<sup>(82)</sup>.

## 6. *Aplicação jurídica e controlo da decisão*

I. A aplicação do Direito surge, pois, como momento constituinte da própria fenomenologia jurídica, a qual, nela, se revela como ordem positiva efectiva. O tratamento da ordem jurídica como um todo integrado viabiliza, na aplicação, um potencial evolutivo inexistente na simples norma que, à primeira vista, seria convocada para regular o caso.

A actividade dos órgãos aplicadores do Direito surge, assim, como fundamental na caracterização e no conhecimento dos diversos Direitos positivos. Esse estado de coisas permite, ainda, num passo decisivo, transcender a separação clássica entre o Direito substantivo e o Direito adjectivo, sendo o primeiro composto pelas regras viradas, directamente, para o solucionar material dos problemas concretos e o segundo pelas normas dirigidas tão só aos órgãos de aplicação, instrumentalizados à prossecução das directivas substanciais. A regulação processual que vede, por exemplo, aos tribunais o conhecimento de determinadas matérias fora de certos prazos está, de facto, a delimitar direitos substantivos das partes, podendo afectar as suas posições materiais. Princípios como o ónus da prova constituem dados importantes da ordem global vigente.

---

(81) Cf. WALTER LEISNER, *Freiheit und Eigentum — die selbständige Bedeutung des Eigentums gegenüber der Freiheit*, FS Jahrreiss (1979), 135-148 (135 e 140).

(82) Cf. W. DÄUBLER, *Eigentum und Recht in der BRD*, in W. DÄUBLER/ /V. SIELING-WENDELING/H. WELKOBORSKY, *Eigentum und Recht/Die Entwicklung des Eigentumsbegriffs im Kapitalismus* (1976), 193 ss.

II. Estas afirmações são válidas, também, para actividades jurídicas instrumentais em relação ao Direito material: o registo e o notariado. Com exemplo no registo predial, o seu relevo substancial pode ser tipificado em cinco pontos:

- nos efeitos substantivos directos do registo: ao instituir a figura da aquisição tabular, o artigo 17.<sup>o</sup>/2 do Código do Registo Predial surge como fonte de direitos materiais das partes, alterando, nesse nível, o regime dos direitos reais; outro tanto acontece com o registo constitutivo da hipoteca<sup>(83)</sup>;
- nos efeitos substantivos indirectos: o efeito presuntivo geral, consagrado no artigo 7.<sup>o</sup> do Código do Registo Predial, com fortes implicações no ónus da prova, assume um papel de relevo na defesa material dos direitos reais;
- nos efeitos condicionantes do registo: ao exigir, no seu artigo 9.<sup>o</sup>/1, a existência de registo para a titulação dos actos relativos a prédios que lhe estejam sujeitos, o Código do Registo Predial limita, num ponto importante, os princípios substantivos da autonomia privada<sup>(84)</sup>;
- na actividade sindicante dos conservadores: ao determinar, no seu artigo 68.<sup>o</sup>, o princípio da legalidade, o Código do Registo Predial firma, a nível de registo, uma instância sindicante, obrigada, nesse momento, a conferir a própria idoneidade da aplicação feita, pelas partes, aquando da celebração dos seus negócios; o que é dizer: cabe, ao conservador, efectuar, ele pró-

---

(83) A prioridade do registo vem, assim, a assumir um papel económico e social de relevo; cf. GÜNTHER SCHNEIDER, *Rangfähigkeit und Rechtsnatur der Vormerkung*, DNotZ 1982, 523-539 (523).

(84) Isto é: por força deste dispositivo inovatório, introduzido pelo Código do Registo Predial de 1984, embora o registo não seja constitutivo por, ao contrário do Direito alemão, não ser necessário, por banda do transmissário, para lhe atribuir o direito em jogo, ele torna-se indirectamente necessário: o transmitente não pode, validamente, celebrar o contrato, se não tiver o registo a seu favor.

prio, nesse momento, a aplicação das normas substantivas em jogo e, no fundo, de toda a ordem jurídica nisso implicada;

- na própria regulação interna dos serviços do registo: tal actividade, mesmo em aspectos mais puramente instrumentais, interfere na produção de efeitos substantivos do registo e ainda nos seus papéis condicionantes e sindicantes: acaba, pois, por actuar sobre todo o Direito material em jogo nesses aspectos.

Conclui-se, pois, que as alterações, legislativas e científicas, que ocorram no domínio da aplicação do Direito, com inclusão das áreas dos registos e do notariado, são, elas próprias, factores evolutivos em Direitos Reais.

III. O relevo substantivo do Registo Predial tem uma acuidade particular pela entrada em vigor, no passado dia 1 de Outubro, de um novo Código do Registo Predial<sup>(85)</sup>. Esse diploma veio, em geral, dinamizar a actividade interna dos serviços do registo, conseguindo, só com isso, uma efectividade maior dos efeitos substantivos variados, que o registo predial já comportava. Tal aspecto foi ainda ampliado pelo dispositivo, acima aludido, do artigo 9.º/1 o qual, de modo indirecto, veio generalizar a obrigatoriedade do registo a todo o País<sup>(86)</sup>. Para a prossecução desse objectivo, o artigo 9.º/1 em causa recorreu ao esquema, a apreciar noutra ocasião, de condicionar a própria alienabilidade dos direitos à existência prévia de registo a favor do alienante. Com isso não se instituiu, apenas, a referida restrição à autonomia

---

(85) Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 224/84, de 6 de Julho. Em mais um exemplo de energia legiferante, este diploma segue-se ao Código do Registo Predial aprovado pelo Decreto-Lei n.º 304/83, de 29 de Junho, que nunca chegou a entrar em vigor. Os anteprojectos que estiveram na origem desses diplomas, bem como algumas observações críticas e outros elementos com interesse podem ser confrontados na revista *Regesta* / *Boletim da Associação Portuguesa de Conservadores dos Registos*.

(86) Para o confronto desta solução com o regime anterior vide MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais/Sumários cit.*, 133 ss.

privada: conseguiu-se um processo que equivale a submeter os negócios com eficácia real relativos a prédios à sindicância prévia dos serviços públicos do registo, com o relevo material que tal situação envolve. Todo o momento aplicativo resulta, deste modo, empolado.

A autonomização da categoria da inexistência do registo, levada a cabo pelo artigo 14.º do Código do Registo Predial de 1984, veio reduzir o âmbito da fé pública registal. Os efeitos presuntivos do registo e as hipóteses de aquisição tabular ficaram, com isso, restringidos, em obediência ao que se entendeu ser uma conceitualização mais perfeita dos vícios do registo. Consubstanciam-se, por esta via, novas modificações no regime material dos direitos reais.

IV. A decisão aplicativa revela, através dos factores que, sobre ela, interfirmam, dados importantes para a evolução das disciplinas jurídicas. Ela merece a maior atenção.

Viu-se como a aplicação é proporcionada por modelos de decisão compostos de argumentos os quais colhem, na ordem jurídica, um peso desigual que permite a solução<sup>(87)</sup>. A decisão aparece como legítima quando, por se apoiar no peso das proposições que a informem, compartilhe da justeza do sistema em que se inclua. A expressão dogmática dessa legitimidade assenta na justificação da decisão e na possibilidade do seu controlo<sup>(88)</sup>, conseguido por várias vias, *maxime* pelos recursos. A decisão dotada de legitimidade demonstrável gera o consenso nos destinatários, facto importante na sua eficácia. Se não pode negar-se que, na complexidade das sociedades actuais, como factor coadjuvante de legitimidade, surge o facto de a decisão jurídica ocorrer no termo de um

(87) *Supra* n.º 3, IV.

(88) Cf. WIEACKER, *Über strengere und un strenge Verfahren der Rechtsfindung*, FS W. Weber (1974), 421-443 (423-424); JÜRGEN SCHMIDT, «Begründung» — *Einige Probleme eines rechts-theoretischen Problems*, FS Schelsky (1978), 549-578 (550); J. ESSER, *Juristisches Argumentieren im Wandel des Rechtsfindungskonzepts unseres Jahrhunderts* (1979), 5-6.



processo idóneo (89) — p. ex., a decisão judicial, independentemente do seu mérito, gera consenso por provir de um órgão adequado, devidamente reconhecido — não deve reduzir-se a tanto a sua justeza (90): a materialidade da aplicação e a substancialidade dos argumentos decisivos que a informem são decisivos.

V. A decisão colhe a sua justeza na conformidade integral com o sistema jurídico que a propicia. A complexidade dos elementos que, nela depondo, a informam, torna-a possível, apenas, através do funcionamento da Ciência Jurídica que, assim, se afirma como prudencial. E à Ciência do Direito compete ainda assegurar o controlo das decisões, numa operação fundamental para alargar o consenso e, daí, a sua eficácia.

Nenhuma norma jurídica resolve, por si, problemas concretos ainda quando, no caso considerado, ela possa surgir como o argumento decisivo no modelo de decisão. Apenas a Ciência do Direito, na consideração da ordem global, pode fazê-lo. Este factor é decisivo na evolução das disciplinas jurídicas. Mas vai mais longe; permite atingir um dos níveis mais nobres e delicados da cultura jurídica: o da correcção de leis injustas ou inconvenientes.

O controlo, com referência a critérios superiores, das normas legisladas, imperfeitas porque humanas, é tão velho como o Direito. A instrumentação disponível para esse efeito, por natureza ou por conjuntura, tem limitações conhecidas. Como bastião seguro acaba, assim, por se impor, para esse efeito, o próprio Direito e a sua Ciência. A lei não se confunde com o Direito (91). Uma dogmática jurídica, radicada

---

(89) Em especial, N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*<sup>2</sup> (1975), 30 ss.

(90) Assim, *vide* as críticas a N. LUHMANN em J. Esser, *Vorverständnis*<sup>2</sup> cit., 207; ZIPPELIUS, *Legitimation durch Verfahren?*, FS Larenz (1973), 293-304 (302 e 304); J. LLOMPART, *Gerechtigkeit und geschichtliches Rechtsprinzip*, ARSP 67 (1981), 39-60 (50-51).

(91) P. BOCKELMANN, *Richter und Gesetz*, FS R. Smend (1952), 23-29 (39); A. KAUFMANN, *Gesetz und Recht*, FS E. Wolf. (1962), 357-397 (381); A. ARNDT, *Gesetzesrecht und Richterrecht*, NJW 1963, 1275-

na cultura que a suporte e na segurança das convicções científicas dos juristas que a sirvam, coloca, entre a fonte e a solução do caso concreto, um percurso que nenhuma lei pode dispensar e que o legislador não pode corromper<sup>(92)</sup>.

Reside, aqui, o «Direito natural» dos finais do nosso século: suprindo a inactividade legislativa, harmonizando as soluções desavindas ou disfuncionais dentro do espaço jurídico, complementando as mensagens apenas esboçadas pelo legislador e limando, no concreto, as saídas injustas, inconvenientes ou paradoxais, a Ciência do Direito afirma-se, em Direitos Reais como noutras disciplinas jurídicas, o motor fundamental de qualquer evolução jurídica.

---

-1284 (1273); O. BACHOF, *Grundgesetz und Richterrecht* (1959), 9, 15, 27, 37 e 43-44.

(92) Cf. N. ACHTERBERG, *Rechtstheoretische Grundlage einer Kontrolle der Gesetzgebung durch die Wissenschaft*, RTh I (1970), 147-155 (150 e 151).