

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE NOVA DE LISBOA

2º SEMESTRE 2018

DIREITO DAS PESSOAS E DA FAMÍLIA
PROFESSORA DOUTOR JOÃO ZENHA MARTINS



INÊS FELDMANN MOTA PIMENTEL CARREIRO

ANTÓNIO PAULO LOPES GARCIA

NOÇÕES GERAIS

→ Avaliação

- Exame + avaliação contínua (intervenções especialmente nos casos práticos disponibilizados online, 50%, “eu sou generoso”).

→ Material

- Código Civil, 66 e ss.
- CRP, parte dos direitos

→ Bibliografia – Manuais de TGDC

- Mota pinto
- Carvalho Pinto
- Menezes Cordeiro
- Vasconcelos
- Vol. III Contratos Ferreira de Almeida – sobre as pessoas coletivas

- Código Civil anotado

→ Aulas

- Primeira parte teórica + casos práticos

IMPORTANTE: Argumentação com cobertura legal – justificação acima da resposta

ENQUADRAMENTO TEÓRICO

Pessoas e Família são duas instituições relacionadas. O direito da família aparece cada vez mais centrado nos direitos dos menores e nas responsabilidades parentais. Aliás, o termo em utilização atualmente é “**crianças**” e não “menores”. Crianças como seres autónomos, sujeitos às diretrizes dos pais, mas cuja opinião deve ser escutada em toda e qualquer circunstância.

Poder paternal → poder-dever → responsabilidades parentais

Já não falamos em “poder”, mas em **poder-dever** ou responsabilidade, uma vez que não se cinge ao poder de comandar a vida de alguém, mas de superiorizar os interesses das crianças.

O termo “paternal” tinha como origem etimológica *pater*, o pai como condutor dos destinos dos filhos e da família. Esta ideia deixou de fazer sentido com a constituição de 1976 e a revisão do Código Civil. Nesse sentido, passamos a falar de responsabilidades **parentais**, dos pais e não do pai. Hoje, tanto a mulher como o marido têm iguais responsabilidades, direitos e deveres na condução dos destinos da vida dos seus filhos.

Princípio da Igualdade e Princípio da Liberdade

Liberdade – Por princípio, cada um é livre de constituir família e por termo às relações que bem entenda. Todas as relações existem se e enquanto se quiser, com exceção das relações filiais. Excluindo os filhos, todas as outras relações têm uma base contratual ou para-contratual, no caso da união de facto. Como qualquer contrato, cabe aos indivíduos, no exercício da sua autonomia privada decidir que relações querem ver na sua esfera jurídica.

Igualdade – Prende-se com as questões relacionadas com discriminação de género entre pai e mãe ou mulher e marido. Atualmente os direitos e deveres que existem no plano parental, no plano matrimonial e no plano das responsabilidades são os mesmos entre homem e mulher. A igualdade conjugal está constitucionalmente salvaguardada pelo **Art.º 36 nº 3 CRP**.

Este princípio está bem presente das decisões dos nossos tribunais. Se num primeiro momento era o pai o condutor da família e num segundo os tribunais tendiam a entregar as crianças às mães principalmente por questões biológicas ligadas ao aleitamento, agora prefere-se a estipulação da residência alternada em caso de divórcio para que pai e mãe tenham os mesmos direitos. Esta é a posição dominante, excetuando os casos em que isto viola o superior interesse da criança. Se, por exemplo, os pais viveram em cidades diferentes, a criança não pode ter residência alternada, porque não pode estar constantemente a mudar de escola de semana a semana.

É interessante notar que de todos os livros do nosso código civil, foi o livro da família o mais afetado por alterações e revisões desde o seu nascimento. Durante anos o foco central do direito da família era o casamento. Hoje, há cada vez menos casamentos, mais divórcios e mais crianças nascidas fora do casamento.

A problemática da União de Facto

Muitos casais têm preferido a união de facto ao casamento, mas acontece que esta **realidade em que duas pessoas se unem com o propósito de partilhar a vida** não está prevista no código civil. Esta falta de qualificação como realidade civil é problemática em diversos campos, desde logo a não inserção do unido de facto na **classe dos sucessíveis** prevista no **Art.º 2133**, afastando-o do conceito de família já que este a sucessão assenta na lógica de continuidade familiar.

Contudo, isto não é consensual e a doutrina diverge. Há autores que usam a não inclusão do unido de facto na classe dos sucessíveis como argumento para não o incluir nas realidades familiares. No entanto este argumento cai por terra porque parece forçado identificar o conceito de família a partir da classe dos sucessíveis quando esta inclui o Estado na sua **alínea e)**. Se inclui o Estado que não é família, como é que podemos partir deste artigo para definir o que é que família?

Ainda sobre a questão dos sucessíveis, o professor acredita que esta classe merece uma revisão no sentido de incluir o unido de facto, pelo menos antes do Estado, já que a ordem pela qual aparecem as alíneas é fundamental.

Além destes autores que falam na união de facto como sendo uma realidade para-familiar, surgem outros que consideram que a união de facto é uma realidade familiar e baseiam a sua posição naquilo que é a jurisprudência do tribunal europeu dos direitos do homem. Este aspeto é de particular importância porque, hoje em dia, o direito da família já não assenta numa base exclusivamente nacional.

O **Art.º 1576** identifica o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção como sendo as **fontes das relações jurídicas familiares**. Esta definição está errada logo à partida porque para além de não incluir a união de facto (o que é discutível dentro da doutrina), não inclui a filiação que é consensualmente considerada fonte de relação jurídica familiar.

Até poderíamos num primeiro momento pensar que a filiação caberia no parentesco, mas ao ler o **artigo 1578** que define este conceito como sendo o vínculo que une duas pessoas, em consequência de uma delas descender da outra ou de ambas procederem de um progenitor comum, percebemos que o parentesco é uma consequência da filiação, mas não a inclui. (DÚVIDA)

Em Portugal, **a união de facto não é levada a registo**. Esta é outra razão pela qual alguns autores defendem a sua exclusão da realidade familiar já que a família tem associada a si uma ideia de publicidade. O registo implica uma tipicidade, logo se é uma realidade que não está prevista, é insuscetível de ser levada a registo. Alguns autores rejeitam a união de facto exatamente por essa falta de publicidade social.

Nesta lógica de multiplicação das relações familiares, outra figura que importa destacar é o **apadrinhamento civil**. Esta é uma figura relativamente recente, tendo surgido em 2008. O apadrinhamento é um vínculo sócio-afetivo mais suave do que a adoção que visa enquadrar, do ponto de vista familiar, todas as crianças que estão institucionalizadas. Este instituto concede aos padrinhos o direito de contactar com a criança e de a acompanhar ao longo da vida.

É menos que uma adoção, mas é mais que nada. O apadrinhamento civil é uma relação jurídico-familiar levada a registo que releva principalmente no plano das obrigações de alimentos. Afasta-se da adoção pela falta de relevo no plano sucessório, por exemplo.

Família

A **família** é uma realidade jurídica que não é um centro de personalidade jurídica, mas é composta por pessoas singulares físicas que o são. Só podem fazer parte de uma família as pessoas singulares físicas, o que exclui, logo à partida, as pessoas coletivas. Os **Art.º 36 e 67**, ambos da nossa Constituição, são os dois principais preceitos no que toca à tutela da família.

A CRP de 1976 introduz um novo conceito de casamento mais laico, apesar de continuar a fazer referência à sua celebração religiosa. Ao contrário do que acontecia até 1977, os casamentos passaram a ser dissolúveis por divórcio, até mesmo os que foram celebrados pela igreja. Também existia antes uma distinção entre os filhos dentro e fora do casamento, sendo que estes últimos eram considerados “filhos de segunda” e estavam isentos de direitos sucessórios, distinção esta que também desapareceu, como se pode verificar pelo **Art.º 36 n.º 4 CRP**.

A família assenta muito no princípio da **igualdade**, tal como já tínhamos dito e isto reflete-se sobretudo ao nível da igualdade entre os cônjuges na sua relação com os filhos, como decorre do **Art.º 36 n.º3 CRP**. Apesar de ser considerada um dos pilares fundamentais da nossa sociedade, a família é uma instituição regulada pelo direito privado e está positivada num dos livros do CC. Assim sendo, o direito da família goza largamente dos princípios de liberdade e igualdade, como já vimos, e ainda do princípio da autonomia privada.

O **princípio da autonomia privada** é identificado com a **autonomia da vontade**, é o poder de livre exercício dos direitos atribuídos a uma determinada pessoa. É, assim, uma decorrência do princípio da liberdade. Contudo, este direito de livre exercício tem limites. No caso das responsabilidades parentais, por exemplo, há direitos, mas também há deveres que não podem ser esquecidos, estando ambos funcionalizados ao superior interesse das crianças.

Há direitos mais liberais do que outros, que podem inclusivamente estar sujeitos a uma matriz de exercício. A medida destas limitações é, muitas vezes, a assunção de outros princípios mais vastos, como o da boa fé.

O exercício dos direitos liga-se ainda a outro instituto que é a **responsabilidade civil**. Se um dos pais maltratar um filho terá, logicamente, de responder civilmente. A responsabilidade civil aqui aparece junto das responsabilidades parentais, mas esta não tem de estar associada a qualquer outro plano de responsabilidade (como laboral, disciplinar ou penal), é antes um princípio transversal. Podemos falar em responsabilidade civil seja por dolo ou por negligência porque o que está em causa é o ressarcimento dos danos causados.

Quando falamos em responsabilidade civil está sempre em causa uma relação apenas bidirecional, isto é, entre aquele que causou o dano e o lesado. Surge intrinsecamente associada à liberdade porque ser-se livre implica também ser-se responsável pelos atos praticados.

Outros princípios fundamentais do direito civil português são:

Personificação jurídica do Homem – traduz a qualidade de pessoa jurídica de todos os Homens, independentemente da idade, género ou qualquer outra qualidade. Esta qualidade inclui o reconhecimento dos direitos de personalidade e uma tutela quase absoluta de direitos que são indeligiáveis da condição humana e que tem reflexo a nível social nas relações das pessoas. Se estivermos perante um conflito entre direitos pessoais e direitos patrimoniais, por exemplo, prevalecem sempre os primeiros, tal como se lê no **Art.º 335 CC**.

Igualdade dos Homens perante a lei – o problema deste princípio é que, apesar de sermos todos iguais perante a lei, não o somos nas nossas relações interprivadas. Isto porque ninguém me pode obrigar a contratar com qualquer pessoa. A única desvantagem que posso ter se, por exemplo, só quiser contratar com mulheres, é reprovação moral ou social, juridicamente nada me vai acontecer.

Este princípio tem duas dimensões: a igualdade dos sujeitos perante a lei e a igualdade dos sujeitos nas relações entre si enquanto privados. Existem três posições maioritárias relativas a este tema: A primeira é a de que os direitos fundamentais gozam de aplicabilidade direta. A segunda determina que esses mesmo direitos fundamentais só se devem aplicar na presença de conceitos indeterminados. A última defende que estes não se devem aplicar quando existe uma relação de paridade entre os sujeitos, isto é, quando estão ao mesmo nível. Existe ainda uma quarta posição que não será examinada nesta cadeira, fruto do seu grau de complexidade. O professor Zenha Martins é de opinião de que deve prevalecer o princípio da autonomia privada e que o princípio da igualdade deve ser relativizado face a estas situações.

DIREITO CONSTITUCIONAL DA FAMÍLIA

→ Aula lecionada pela professora Zamira Assis

Nos nossos dias, o olhar jurídico sobre a família tem de ser o mais amplo possível, livre de preconceitos. O direito tratava a família com uma conceção patriarcal, com uma

figura feminina e outra masculina. Hoje a ideia de família abrange muito mais já que passou a ser admitido pela sociedade e mesmo pela dimensão jurídica o conceito de família com pessoas do mesmo sexo. Esta e outras são novas realidades familiares protegidas pela lei. Realidade que antes eram afastadas e direitos negados, agora são reconhecidas.

Daí que quando falamos de um **Direito Constitucional do Direito da Família**, alguns juristas consideram que deveria ser denominado por “Direito Constitucional Da Família”, uma vez que há mais do que uma forma juridicamente admitida para a relação da família. O nosso primeiro olhar constitucional sobre a família, deve atender às suas várias modalidades.

As **normas constitucionais** sobre o direito da Família são atemporais e devem prevalecer sobre as demais normas infraconstitucionais que existem. Os **princípios constitucionais da família** são normas de carácter constitucional que representam verdadeiros comandos jurídicos condutores das relações familiares.

- Princípio da igualdade dos cônjuges
- Liberdade de constituir família
- Liberdade de contrair casamento
- Liberdade de desconstituir casamento
- Direito ao planeamento familiar (concepção e contraceção)
- Proteção da filiação (não discriminação pela lei e dever de manutenção por parte dos pais)
- Proteção das responsabilidades parentais
- Realização pessoal dos membros da família
- Promoção da independência social e económica
- Equipamentos sociais de apoio à família (infância e terceira idade)
- Liberdade e apoio na educação dos filhos
- Harmonia dos impostos com os encargos familiares
- Carácter global e integrado das políticas para a família
- Conciliação da atividade profissional com a vida familiar.

Se antes o interesse da família estava acima dos interesses pessoais de cada membro da família, havendo uma visão institucionalista, agora prevalece o princípio da liberdade, não podendo os direitos de um membro da família ser afastado em prol da família como um todo.

Todos estes princípios acima elencados podem ser retirados do **Art.º 36º da CRP, Família, Casamento e Filiação**, que refletem na família as garantias já existentes no catálogo de direitos, liberdade e garantias presentes no texto constitucional. Estes princípios refletem-se nas relações entre os membros da família. Vejamos alguns deles.

O nº1 estabelece que **todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade**.

→ Constituir Família

O **casamento** não é a única forma de constituir **família**, embora seja visto como “o quadro institucional mais favorável em que a família se pode desenvolver”. Atendendo à possibilidade da **união de facto** e de **procriação sem casamento**, parece inevitável considerar que existe uma relação familiar em ambas as situações, embora a doutrina divirja, como já vimos.

○ **União de facto**

Será a União de facto família? Será uma relação semelhante ao casamento? Para que duas pessoas sejam consideradas unidos de facto, têm de **viver juntas, pelo menos dois anos**, porque esta relação pressupõe uma estabilidade cronológica.

A união de facto representa um reconhecimento legal da coabitação (divisão de cama e mesa, entre duas pessoas, sejam do mesmo sexo ou não), como uma relação de família, ainda que não siga o mesmo conceito de família referente ao casamento.

O Direito Brasileiro, consagra os mesmos direitos (ex. sucessórios) para uniões de facto ou casamentos. O Direito Português não consagra o mesmo regime. Em Portugal, o CC estabelece apenas o tratamento do casamento, sendo que é numa lei avulsa que é consagrado o regime da união de facto.

A relação dos filhos frente à situação jurídica dos progenitores foi descolada, ou seja, quer os filhos sejam provenientes de uma união de facto, de uma relação fora do casamento ou de uma relação de casamento, são tratados de igual forma no que toca aos seus direitos.

Opinião de Zamira, como defensora da equiparação da união de facto ao casamento: Segundo o número 1 deste artigo, qualquer um pode contrair casamento e constituir família, em condições de igualdade. Se o direito português consagra que só existe família se existir casamento, está a impedir o direito de constituir família aqueles que não pretendem contrair casamento. Ninguém pode ser impedido de constituir uma família com a pessoa que vive e de quem tem um filho, só porque não é casado com ela.

→ Contrair Casamento

Há uma liberdade e uma garantia para contrair o casamento, mas esta não é absoluta, uma vez que há pessoas que são impossibilitadas de casar ou de casar com determinada pessoa. Falamos aqui dos limites legais (idade, núbil, impedimentos).

- Escolha do cônjuge vs. monogamia.
- Formas indiretas: condição para empregar ou ser direito.
- Garantia de realização: casamento de recluso.
- Direito de não casar: “o estado da questão de união de facto”.
- Averiguação do “casamento por conveniência”.
- O casamento dentro da família protege a propriedade da família, ainda que a liberdade de contrair casamento afaste essa possibilidade.

O nº2 diz-nos que **a lei regula os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, por morte ou divórcio, independentemente da forma de celebração.**

Tal como o casamento atrai incidências, a dissolução do casamento tem que desfazer essas mesmas incidências. Independentemente da modalidade do casamento, seja ele civil ou católico, vigora agora a possibilidade de dissolução. A modalidade de celebração de casamento que normalmente vigora é o casamento civil religioso.

O nº3 estabelece que **os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos.** Isto significa que os cônjuges no exercício das responsabilidades parentais são iguais no que diz respeito à:

- **Capacidade civil** (antigamente, a mulher tinha que pedir autorização ao homem para determinadas coisas, agora isto não se verifica).
- **Capacidade política** (votar e ser votado).
- **Manutenção dos filhos** (sustento, alimentação).
- **Educação dos filhos** (igual autoridade do pai e da mãe, no seio da família).

O nº 4 estipula que **os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objeto de qualquer discriminação e a lei ou as repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas à filiação.**

Dentro deste princípio de igual filiação, é integrada também a **adoção ou procriação medicamente assistida**: um filho adotado é perante o direito, tratado de igual forma como um filho biológico.

O nº5 reitera que **os pais têm o direito e o dever de educação dos filhos.** O dever da educação dos filhos prende-se com a transmissão dos valores fundamentais aos filhos. Paralelamente, existe também um dever de educação formal, uma vez que existe obrigatoriedade do ensino formal, por 12 anos (patrocinado pelo Estado tal como assente no disposto no **art.º 67 nº2**).

O nº6 estabelece que **os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial.**

Isto porque a responsabilidade parental é um direito dos pais. Contudo, violando este direito, seja por incapacidade física, emocional ou económica, pode ser retirada a possibilidade de os pais contactarem com os seus filhos. A retirada da responsabilidade parental viola o **princípio constitucional da convivência entre pais e filhos**, pelo que só pode ser feita em casos extremos e estritamente necessários.

Por fim, o nº7 diz-nos que **a adoção é regulada e protegida nos termos da lei, a qual deve estabelecer formas celebres para a respetiva tramitação.** Isto significa que o Estado deve garantir que todo o processo de adoção corre dentro dos tramites normais, para que a criança não seja prejudicada.

Relação entre a Família e o Estado

A relação entre a família e o estado vem regulada no **Art.º 67**. No **nº1** lemos que **a família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à proteção da sociedade e do Estado e à efetivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros.**

Este artigo retrata a mudança do paradigma da família pois deixamos de ter uma conceção institucional para uma conceção personalista da realidade familiar onde cada membro deve ser protegido pelo direito, para que se possa desenvolver como pessoa, já que a família tem como fim a realização dos membros que a compõem.

Importa aqui referir o **desenvolvimento da pessoa na sua relação conjugal** e o **desenvolvimento da pessoa na sua relação filial**.

A relação de parentesco, no interior da família, é criada tendo em vista uma relação de autoridade dos membros entre si. Toda a família está organizada numa hierarquia de linhas de parentesco, numa relação de uma certa autoridade dos pais sobre os filhos.

No plano conjugal, na relação entre marido e mulher, a CRP consagra, como já vimos, o princípio da igualdade, não havendo qualquer relação de subordinação entre estes, visto que o marido tem os mesmos direitos e obrigações que a sua mulher. Já no plano da filiação o mesmo não se verifica. A ideia é permitir o desenvolvimento dos filhos no interior da família e ao mesmo tempo manter essa relação de hierarquia parental bem como a relação de igualdade entre os progenitores.

Para que seja possível estabelecer esta igualdade dentro do Direito da Família, o conceito de “poder ou autoridade paternal”, foi substituído, na Convenção sobre os Direitos da Criança (ONU) por “responsabilidades parentais”. No CC, ainda não é uniforme esta nomenclatura, pelo que é possível encontrar a expressão “poder paternal”.

Há muito pouco tempo a proteção à criança era inferior à proteção da família. Isto tinha como consequências como o direito de os pais castigarem os filhos como bem entendessem. Agora os pais têm sempre de colocar o superior interesse da criança acima dos seus.

No **nº2** lê-se que **o Estado reconhece a constituição da família e assegura a sua proteção, incumbindo-lhe, designadamente:**

- a) Promover a independência social e económica dos agregados familiares;
- b) Desenvolver uma rede nacional de assistência materno-infantil e realizar uma política de terceira idade;
- c) Cooperar com os pais na educação dos filhos;
- d) Promover, pelos meios necessários, a divulgação dos métodos de planeamento familiar e organizar as estruturas jurídicas e técnicas que permitam o exercício de uma paternidade consciente;
- e) Regular a procriação medicamente assistida.

- f) Regular os impostos e os benefícios sociais, de harmonia com os encargos familiares.
- g) Definir e executar uma política de família com carácter global e integrado.
- h) Promover a conciliação da atividade profissional com a vida familiar.

PESSOAS SINGULARES

O sujeito de direito, personalidade e capacidade jurídica

De acordo com o professor Mota Pinto, **sujeito de direito** é todo aquele que é suscetível de ser titular de direitos e obrigações, de ser titular de relações jurídicas. A **personalidade jurídica** traduz-se precisamente na aptidão para ser titular autónomo de relações jurídicas. Esta aptidão é nas pessoas singulares, os seres humanos, uma exigência do direito ao respeito e da dignidade que deve ser reconhecida a todos os indivíduos. Por ser pessoa, o sujeito de direito é necessariamente titular de um círculo de direitos de personalidade.

À personalidade jurídica é inerente a **capacidade jurídica ou capacidade de gozo de direitos**. O **Art.º 67**, traduzindo esta inerência de capacidade jurídica à personalidade, estatui que “as pessoas podem ser sujeitos de quaisquer relações jurídicas, salvo disposição legal em contrário: nisto consiste a sua capacidade jurídica”. Fala-se, pois, de capacidade jurídica para exprimir a qualidade ou condição jurídica do sujeito, isto é, exprimir a aptidão para ser titular de um círculo, com mais ou menos restrições, de relações jurídicas.

Em suma, a capacidade jurídica é a medida concreta de deveres e direitos de que se é titular. Se a personalidade jurídica é uma medida qualificativa, a capacidade apresenta, por sua vez, uma dimensão quantitativa, representando uma medida abstrata de tais direitos e obrigações.

Diferente da noção de capacidade jurídica é a de **capacidade de exercício de direitos**. Esta resume-se na idoneidade para atuar juridicamente, exercendo direitos ou cumprindo deveres, adquirindo direitos ou assumindo obrigações, por ato próprio e exclusivo ou mediante um representante voluntário ou procurador, isto é, um representante escolhido pelo próprio representado.

A pessoa dotada de capacidade de exercício de direitos age pessoalmente, ou seja, não carece de ser substituída, na prática dos atos que põe em movimento a sua esfera jurídica, por um representante legal (designado na lei ou em conformidade com ela), e atua autonomamente, isto é, não carece de consentimento anterior ou posterior ao ato, de outra pessoa. Podemos, portanto, considerar que a personalidade jurídica é um conceito qualitativo, enquanto que a capacidade jurídica é um conceito mais quantitativo, uma vez que releva para uma medida abstrata de direitos e deveres.

Dentro da capacidade para o exercício há ainda que fazer a distinção entre **capacidade de exercício** e **capacidade de gozo**. A primeira é a medida de posições jurídicas que a pessoa pode vir a encabeçar e a segunda é a medida de posições jurídicas

que ela pode exercer de forma pessoal e livre. Neste contexto, importa ainda referir o **Art.º 69** que determina a impossibilidade da renúncia total ou parcial da nossa capacidade jurídica.

Começo da personalidade jurídica e a condição jurídica dos nascituros

A base desta matéria é o **Art.º 66** que nos fala do começo da personalidade jurídica. Em termos jurídicos, o nascituro é um ente suscetível de ser titular de posições ativas e/ou passivas, é um centro de imputação de normas jurídicas, de direitos e de deveres. Podemos por isso dizer que o direito nasce das pessoas e para as pessoas. Neste contexto, a questão relativa à personalidade jurídica assume uma relevância acrescida.

Nos termos do **Art.º 66 n.º1** existem duas condições para que nos seja reconhecida a personalidade jurídica: **nascimento completo** e **com vida**. Embora o código de Seabra exigisse mais características como “nascer com figura humana” para que alguém tivesse personalidade jurídica, o atual **artigo 66** exige apenas duas condições:

- ➔ **Nascimento completo** – a doutrina discute em que é que consiste um nascimento completo. Durante algum tempo exigia-se o corte do cordão umbilical para que pudéssemos passar a considerar dois seres independentes. Hoje, esta exigência do corte do cordão umbilical já não é relevante porque se considera que já há personalidade jurídica antes desse momento.
- ➔ **Nascimento com vida** – No nosso ordenamento exigir vida é somente exigir que a criança não nasça morta. Outros ordenamentos têm sistemas mais exigentes. O Código civil espanhol, por exemplo, exige que a criança viva 24 horas para que adquira personalidade jurídica. Esta diferença, embora pareça meramente teórica, é relevante para efeitos sucessórios.

O nascituro, por ainda não ter nascido, não cumpre os requisitos apresentados pelo **Art.º 66 n.º1** para que possa ter personalidade jurídica, mas, como já vimos, pode ser titular de posições jurídicas. Esta aceção justifica-se pelo **Art.º 66 n.º2** que nos indica que os direitos que a lei lhes reconhece dependem do seu nascimento.

Os nascituros carecem ainda de capacidade de exercício, sendo que esta vai ser suprida pelo instituto da representação. As incapacidades estão previstas pelo **Art.º 122 e seguintes**, dos quais importa destacar o **Art.º 123** que nos indica que os menores carecem de capacidade para o exercício de direitos. Até ao nascimento, estamos perante a problemática dos direitos sem sujeito.

Ao abrigo da autonomia privada, nada obsta que se celebrem contratos patrimoniais em nome e por conta do nascituro. Pode então o professor comprar uma casa para a sua filha que ainda não nasceu? Como é que se configura do ponto de vista jurídico esta situação?

Do ponto de vista técnico, é possível. Contudo, a filha ainda não tem personalidade jurídica pelo que existem nuances a ter em conta. O **Art.º 952** diz-nos que são possíveis as doações a nascituros, mas que o contrato estará sujeito a uma condição

suspensiva, porque vai depender do nascimento completo e com vida do nascituro para a produção dos seus efeitos. Se tal condição não for verificada, o contrato torna-se insuscetível de produzir efeitos e o bem regressa á esfera jurídica inicial.

Utilizando o exemplo acima, imaginemos que a casa adquirida em nome e por conta do nascituro foi danificada por terceiro. Neste caso, o nascituro terá direito a indemnização pelos danos causados ao seu património. Isto porque existe uma expectativa que deve ser protegida.

Esta questão também se coloca ao nível de danos que o próprio nascituro sofra ainda no interior do útero materno. Se o nascituro for prejudicado por uma má conduta da mãe e/ou do médico, terá direito a ser indemnizado por isso, direito esse que depende do seu nascimento claro. Embora o dano possa ter sido infligido anteriormente ao seu nascimento, ele já tem os direitos à vida e à integridade física e moral reconhecidos. Por força da conjugação do **Art.º 70** com o **Art.º 483**, podemos reconhecer o direito a solicitar uma indemnização.

Também aos pais pode ser reconhecido um direito autónomo de indemnização em consequência de danos causados a um nascituro ou mesmo a um menor. Ou ainda se não for identificada qualquer malformação durante a gestão, mas o bebé nascer deficiente.

Ainda no contexto do **Art.º 66**, coloca-se outra questão: É possível que uma criança que nasceu com uma deficiência peça uma indemnização aos pais por terem permitido o seu nascimento? Esta é uma questão bizarra que se fundamenta na ideia de que um direito tem sempre um reverso. O direito a ter uma caneta inclui o direito a não a ter, podemos dizer o mesmo sobre o direito à vida?

A verdade é que o direito à vida não é um direito qualquer e não podemos dispor dele como se fosse um direito de propriedade sobre uma simples coisa. A possibilidade de exigir uma indemnização por um bebé ter nascido só seria possível se fosse provada a existência de um dano, atendendo ao próprio significado e intuito da indemnização. Ora, se a responsabilidade civil serve para compensar danos e a vida é ela mesma uma vantagem, não podendo ser considerada um dano, então não há qualquer reconhecimento ao direito de indemnização supracitado.

Termo da personalidade jurídica

Diz-nos o **Art.º 68 nº1** que **a personalidade jurídica cessa com a morte**. De acordo com o professor Mota Pinto, no momento da morte, a pessoa perde, assim, os direitos e deveres da sua esfera jurídica, extinguindo-se os de natureza pessoal e transmitindo-se para os sucessores *mortis causa* os de natureza patrimonial. Diz-nos ainda que qualquer falecimento, pondo termo à personalidade e desencadeando efeitos jurídicos significativos, deve ser declarado e registado na repartição do registo civil da área onde ocorreu ou se encontrar o cadáver. Podem ser obtidas certidões do registo de óbito, como acontece com os outros factos sujeitos a registo.

O **nº2** da mesma disposição fala-nos na **presunção de comoriência**, ou seja, quando certo efeito jurídico depender da sobrevivência de uma a outra pessoa, presume-se, em caso de dúvida, que uma e outra faleceram ao mesmo tempo. Esta **presunção de morte simultânea** pode ser afastada. Isto tem enormes efeitos práticos a nível sucessório, vejamos o seguinte exemplo: um casal tem dois filhos, A e B. Suponhamos que num acidente de viação morre o casal juntamente com o filho A. Se considerarmos as mortes simultâneas, a totalidade da herança dos pais sucede apenas para o filho sobrevivente B. Já se considerarmos simultâneas apenas as mortes dos pais, provando-se que o filho A morreu algumas horas mais tarde, a herança é dividida pelos dois filhos (A e B), passando a quota de A para o seu avô ainda vivo.

O **nº3** diz respeito às **pessoas desaparecidas** e diz-nos que se tem por falecida a pessoa cujo cadáver não foi encontrado ou reconhecido e que tenha desaparecido em circunstâncias que não permitam duvidar da sua morte. Nestes casos devem ser aplicadas as regras de morte presumida que se encontram no **Art.º 114 e seguintes**.

Qual é o estatuto dos cadáveres? O cadáver não é uma pessoa, dado que, nos termos do **Art.º 68 nº1**, a personalidade jurídica cessa com a morte. Por conseguinte, os cadáveres não podem ser titulares de direitos ou deveres, não têm personalidade jurídica, não são pessoas para o direito. Não existindo uma pessoa, é um bem patrimonial? Também não podem ser bens patrimoniais, nem podem estar sujeitos a qualquer tipo de negócio jurídico já que merecem uma certa proteção. Do ponto de vista técnico são coisas, mas coisas que estão fora do comércio jurídico (*res extra commercio*). A verdade é que devido à sua proximidade em relação à pessoa que lhe deu forma, o cadáver é tratado juridicamente no código civil no capítulo das pessoas e não das coisas, mais propriamente no **Art.º 71**.

→ Tutela *pos mortem*

Neste contexto, importa ressaltar os chamados **direitos pós eficazes**, ou seja, direitos que sobrevêm à celebração de qualquer contrato. São exemplos deles o direito ao nome, às cartas missivas confidenciais e o direito à vida privada. Exemplo de pós eficácia: se vender a minha casa, mas continuar a receber alguma correspondência naquela morada, eu tenho direito às minhas cartas. É um direito pós eficaz. A violação destes direitos é tutelada pelo **Art.º 71**, cujo **nº1** estabelece que os direitos de personalidade gozam igualmente de proteção após a morte do respetivo titular.

O **Art.º 71 nº2** apresenta a lista das pessoas que podem agir em defesa dos direitos do falecido referidos no **nº1** do mesmo artigo. Existem autores que defendem que é relevante a ordem pela qual estão ordenados os sujeitos, mas o professor Zenha Martins considera que não e que qualquer pessoa aqui enumerada pode agir em defesa da memória do falecido. Entende que a lógica de proteção do falecido patente no nosso ordenamento jurídico é ampla o bastante para que não seja necessário cumprir a ordenação sequencial deste artigo.

A tutela da memória esgota-se nos sujeitos previstos neste **nº2**, o que afasta outros sujeitos relevantes. Impõe-se aqui novamente a problemática do unido de facto que, por não constar desta lista, não poderá recorrer às providências adequadas para a defesa da memória do *de cujos*.

Na verdade, a tutela *post mortem* é mais uma tutela dos vivos. Já nada pode incomodar o falecido, é a família que sofre com as possíveis ofensas à memória ou difamações do falecido. Não se trata aqui de atribuir indemnizações ao falecido por danos à sua memória, mas sim aos seus familiares legitimados a agir. A ordenação do **nº2** tem relevância neste sentido.

Existem atualmente quatro teorias acerca da bitola da indemnização no que diz respeito à violação e ofensa à memória dos falecidos:

- **Teoria da sensibilidade do falecido** – diz-nos que a determinação da indemnização em caso de violação dos seus direitos de personalidade deve procurar reconstruir o que o próprio falecido sentiria se ainda fosse vivo. Esta primeira teoria é criticável se atendermos ao facto de que o *de cujos* já não pode ser incomodado uma vez que já cá não está.
- **Teoria da sensibilidade dos familiares vivos** – esta teoria leva em linha de conta o atentado aos sentimentos dos familiares vivos do *de cujos* em razão da ofensa à memória do ente querido desaparecido. A crítica feita a esta teoria é a de que a lei procura defender os direitos de personalidade do falecido e não dos seus familiares, por mais legítimos que estes sejam.
- **Teoria da ofensa à memória em abstrato** – segundo esta teoria não estão propriamente em causa os direitos de personalidade do falecido, mas antes o respeito à sua memória e à inobservância deste respeito. Isto depende apenas do perfil do falecido e da projeção que as suas atuações têm na sociedade. É este o fator determinante que vai ditar a medida da violação e das suas consequências indemnizatórias.
- **Teoria da memória em concreto** – esta teoria aceita a ideia do respeito devido à memória dos mortos, mas admite que as ofensas a esse respeito sejam sentidas pelos familiares vivos mais chegados. Portanto, a bitola da indemnização pela violação da memória do *de cujos* não reside nem na sensibilidade do falecido, nem na sensibilidade dos familiares, nem tão pouco no respeito pela memória abstrata do mesmo, mas sim no respeito concreto pela memória daquele, tal como é sentido e sofrido pelos familiares vivos.

Os tribunais portugueses assumem que a **tutela *post mortem*** é constituída por uma simbiose entre a terceira e a quarta teoria. Deve ser então constituída pela defesa da memória em abstrato, bem como pela ponderação da memória concretamente registada.

O **Art.º 71 n.º1** sobre a **natureza da tutela *post mortem*** é aparentemente contraditório quando levado à letra, tornando-se difícil de compreender como é que ainda podem existir direitos de personalidade se esta cessa com a morte. Há três teorias que explicam essa conjugação:

- **Prolongamento da personalidade** – consiste na visão de que a personalidade jurídica não cessa totalmente com a morte. Esta visão esbarra diretamente com o **Art.º 68 n.º1** que nos diz, sem qualquer reserva, que a personalidade jurídica cessa com a morte.
- **Teoria da memória do falecido enquanto bem autónomo** – a personalidade cessa efetivamente com a morte, daí que esta tutela não se destine à proteção dos seus direitos de personalidade, mas antes à proteção da sua memória. Segundo esta teoria, o que se tutela é tão somente memória do *de cujos*.
- **Teoria dos direitos dos vivos** – esta é a teoria que hoje é quase consensual. A tutela que aqui se discute visa a proteção das pessoas enumeradas pelo **Art.º 71 n.º2** no que toca a atos ofensivos à memória do falecido. É em função destes atos que se reconhece aos sujeitos enumerados no artigo já referido, uma indemnização por danos morais e/ou patrimoniais sofridos.

A tutela *post mortem* é, no fundo, o direito de reação que os familiares têm contra a violação da memória dos seus falecidos. Isto vai refletir-se nos direitos de personalidade que vão aparecer referenciados à memória do falecido que conferem direito a indemnização aos familiares sobreviventes que sofram com as ofensas ao ente querido falecido.

DOMICÍLIO

A matéria relativa ao domicílio está regulada pelo **Art.º 82 e seguintes**. O código civil não define o que é o domicílio, mas enumera uma série de espécies do mesmo, justamente no **Art.º 82**.

O domicílio é o lugar no qual juridicamente e para determinados efeitos jurídicos é possível encontrar a pessoa. Existem cinco grandes áreas de interesse associadas ao domicílio dos sujeitos:

- O tribunal competente para quaisquer ações é aquele que se encontra na área de domicílio do réu, isto é, as ações contra a pessoa são intentadas no seu domicílio;
- Explicitação do local de cumprimento das obrigações, ou seja, o cumprimento, regra geral, dá-se no local de domicílio do devedor;
- O elemento de conexão decisivo para a determinação, segundo o direito internacional privado, da lei aplicável a relações conexas com várias ordens jurídicas é, em alguns casos, o domicílio;
- A sucessão por morte abre-se no lugar do último domicílio do seu autor;

→ Serve ainda para a própria identificação e individualização do sujeito.

A par da noção de domicílio, o código civil trata ainda das noções de paradeiro e de residência. A noção de **paradeiro** encontra-se na parte do **Art.º 82 n.º2**, é o lugar onde a pessoa se encontra. É uma noção factual e é o último critério utilizado pelo legislador.

A **residência** é o lugar onde a pessoa normalmente vive e onde organiza a sua vida. É, à semelhança do paradeiro, uma noção factual. Esta é a definição de **residência habitual**, mas importa ainda referir que também existe a noção de **residência ocasional**. É o lugar onde, apesar de tudo e com alguma habitualidade, a pessoa nem sempre se encontra. Este é um critério subsidiário que apenas tem valor na falta de residência habitual, tal como resulta do **Art.º 82 n.º2**.

Voltando à questão do domicílio. O nosso domicílio é aquele que se encontra descrito no nosso cartão de cidadão, contudo, existem vários tipos de domicílio, de entre os quais destacamos:

- **Domicílio geral voluntário** – de acordo com o professor Mota Pinto, o domicílio voluntário geral é-nos fornecido pelo **Art.º 82** e coincide com o lugar de residência habitual. Não se trata do local onde a pessoa se encontra a cada momento, isto é, não coincide com o paradeiro, nem se confunde com a residência, dado que esta pode também ser ocasional. Em regra, o estabelecimento do domicílio, bem como o seu termo, resulta de um ato voluntário (de residir habitualmente num certo local ou de aí exercer uma profissão). Este ato voluntário não é, porém, um negócio jurídico, mas um simples ato jurídico, verificando-se, por força da lei, os respetivos efeitos jurídicos.
- **Domicílio profissional** – está regulado e definido pelo **Art.º 83**. Nos termos do **n.º1**, verifica-se para as pessoas que exercem uma profissão e é relevante para as relações que a esta se referem, localizando-se no local onde a profissão é exercida. O **n.º2** diz-nos que se a pessoa exercer a profissão em lugares diversos, cada um deles constitui domicílio para as relações que lhe correspondam (Exemplo – um professor universitário pode ter o seu domicílio profissional na faculdade, mas pode também exercer advocacia numa sociedade de advogados, onde terá outro domicílio profissional para as relações que integre enquanto advogado).
- **Domicílio eletivo** – encontra-se definido e regulado pelo **Art.º 84**. Como diz o professor Mota Pinto, é um domicílio particular, estipulado, por escrito, para determinados negócios. As partes convencionam que, para todos os efeitos jurídicos, se têm por domiciliadas em certo local, diferente do seu domicílio geral ou profissional.
- **Domicílio legal** – o nosso direito conhece alguns casos de domicílio legal, isto é, independentes da vontade dos sujeitos:

- **Domicílio dos menores e interditos** – diz-nos o **Art.º 85** que corresponde à residência da família, progenitor, tutor ou administrador, dependendo do caso concreto.
- **Domicílio dos funcionários públicos e agentes do Estado** – de acordo com o **Art.º 87**, têm um domicílio necessário que, de acordo com o **nº2**, é determinado pela posse do cargo ou pelo exercício das respetivas funções.
- **Domicílio dos agentes diplomáticos portugueses** – consideram-se domiciliados em Lisboa, tal como nos diz o **Art.º 88**, mais precisamente no Palácio das Necessidades, local atual da sede dos negócios estrangeiros.

AUSÊNCIA E MORTE PRESUMIDA

A **ausência** é um conceito relativo que significa um desaparecimento sem notícias. Pressupõe a existência de um património abandonado, ausência de representação legal ou procurador e é uma figura desencadeada por requerimento de um interessado ou pelo ministério público. Este instituto está regulado entre o **Art.º 89** e **Art.º 121**.

Temos ausência quando uma pessoa desaparece e há a necessidade de providenciar pelo destino dos seus bens. Passado mais algum tempo, entramos no instituto da **morte presumida**. Com ela, os bens são entregues aos herdeiros e o cônjuge passa a poder contrair novo casamento. Em todo o caso, se o ausente regressa ser-lhe-ão entregues os seus bens no estado em que se encontram.

De acordo com o professor Mota Pinto, o direito faculta a tomada de medidas tendentes a evitar os prejuízos decorrentes da falta de administração dos bens da pessoa ausente, assim como da impossibilidade de movimentar as relações de que o ausente era ou venha a ser sujeito.

Essas medidas, traduzidas no requerimento e instauração da **curadoria provisória** e da **curadoria definitiva**, têm subjacentes uma presunção de acordo com as regras da vida, de maior ou menor probabilidade de regresso do ausente, ou, ao invés, da sua morte. Nenhuma delas está dependente, para a sua instauração judicial, da anterior, podendo recorrer-se desde logo à declaração de morte presumida, se se verificarem os requisitos legais de que depende, independentemente de ter sido instaurada anteriormente a curadoria definitiva. O mesmo vale para esta em relação à curadoria provisória, a qual não funciona, pois, como pressuposto da curadoria definitiva.

Desta feita, a ausência conta com vários sub-institutos que importa analisar individualmente.

Curadoria provisória – Art.º 89 a 98

Para instaurar a curadoria provisória, o **Art.º 89 n.º1** prevê três pressupostos:

- Desaparecimento sem notícias;
- Necessidade de prover acerca da administração dos bens do desaparecido;
- Falta de representante legal ou procurador.

Quando estiverem reunidos todos estes pressupostos, deve o tribunal nomear para a pessoa desaparecida um **curador provisório**. No caso de haver representante, mas se este não quiser ou não puder exercer as suas funções, deve igualmente ser nomeado um curador provisório, tal como nos diz o **Art.º 89 n.º2**.

O **Art.º 89 n.º3** indica que pode ser designado, para certos negócios e sempre que as circunstâncias o exijam, um **curador especial**. Nos termos deste artigo, tem se entendido que esta curadoria especial pode ser deferida mesmo que exista procurador sempre que se entenda que a intenção do ausente seria desfraldada se esses negócios ficassem a cargo do representante e não do curador especial.

Tal como nos diz o professor Mota Pinto, a presunção de lei, nesta fase, é a de um possível regresso do ausente, como se comprova pelas soluções legalmente consagradas. Assim, tanto o Ministério Público como qualquer interessado têm legitimidade para requerer a curadoria provisória, nos termos do **Art.º 90**, e as providências cautelares indispensáveis (**Art.º 91**). A curadoria provisória deve ser deferida a uma das seguintes pessoas: cônjuge, algum ou alguns dos herdeiros presumidos, ou algum dos interessados na conservação dos bens, nos termos do **Art.º 92 n.º1**. As providências cautelares acima referidas são atos como a alienação de bens deterioráveis, pagamentos urgentes, entre outros.

Coloca-se a questão de saber se o juiz está vinculado à ordenação dos sujeitos feita no **Art.º 92 n.º1**, mas entende-se que não. Porém, a doutrina tem concordado que deve ser escolhido aquele que ficará como principal herdeiro, no caso de o desaparecido não voltar, ou então ao cabeça de casal (neste caso será o cônjuge do desaparecido).

Como já se disse, aquando da curadoria provisória há ainda grande esperança de que a pessoa volte, pelo que o interesse dominante é o do ausente. É por esta razão que, nos termos do **Art.º 93 n.º1**, é **obrigatória a inventariação dos bens** que tem de ser feita antes de serem entregues aos cuidados do curador, para que seja sempre possível determinar a posição exata do proprietário quando desapareceu. Esta disposição acrescenta que **o curador terá de prestar caução** sobre os bens sob pena de, nos termos do **n.º3**, ser substituído por outro que o faça. O **n.º2** diz que, em caso de urgência, podem ser dispensadas a caução e a inventariação. Contudo, esta dispensa não é definitiva.

Quando falamos em **caução** estamos a fazer referência a um valor certo e determinado pelo tribunal, que será entregue como garantia de que o curador vai exercer as suas funções de forma diligente e não estragar os bens. Se tudo correr bem, findas as suas funções, a caução é restituída ao curador. Caso contrário, perderá o direito a receber esse dinheiro de volta.

O curador pode ser substituído a requerimento do Ministério Público ou de qualquer interessado se se mostrar que a sua presença é inconveniente. Nas palavras do professor Mota Pinto, o curador funciona como um simples administrador. É por isso que se lê no **Art.º 94 n.º1** que o curador fica sujeito ao regime do mandato geral com as necessárias adaptações. Isto significa também que possui poderes gerais sobre o património que está à sua guarda. Importa desde já estabelecer um paralelo com o **Art.º 1159 n.º1** que nos indica que o mandatário apenas pode realizar atos de administração ordinária, sendo este o mesmo caso do curador provisório. Entende-se que o **ato de administração ordinária** é todo aquele que é indispensável à fruição do bem. Isto implica também que o curador não pode proceder à alienação dos bens.

Nos termos do **Art.º 94 n.º2**, cabe ao curador requerer os procedimentos cautelares necessários e intentar ações que não possam ser retardadas sem prejuízo dos interesses do ausente. Cabe-lhe ainda representar o ausente, bem como os seus interesses, em todas as ações contra ele propostas. Isto significa que o curador pode intervir judicialmente por nome e por conta do ausente se estiver em causa algo que o possa prejudicar.

Sendo o curador um simples administrador, o **Art.º 95** obriga-o a prestar contas ao tribunal da sua atividade anualmente ou sempre que requerido. É também dentro desta lógica que, nos termos do **Art.º 96**, o curador, por princípio, tem direito a uma remuneração equivalente a 10% da receita líquida que realizar. O problema é que muitas vezes não há qualquer receita líquida, como é o exemplo do curador que administra bens não geram frutos, caso dos carros ou casas.

No caso de não haver qualquer receita líquida, temos aqui uma lacuna oculta ou latente e esta situação deve ser construída a partir do espírito do sistema. Se se tratar de um familiar, em princípio essa relação será gratuita, mas se for um ente externo terá que ser estabelecida uma remuneração, por analogia com o **Art.º 1158 n.º2**. O juiz vai fixar a medida da retribuição pelas tarifas profissionais de gestão de património, pelos usos ou juízos de equidade. Isto significa que o curador provisório é um representante legal do ausente e se insere num estatuto próprio que aparece decalcado no estatuto do mandato. Isto é importante até para efeitos de responsabilização do mandatário.

Como já foi dito, as regras que se seguem aqui são as do mandato com as devidas adaptações, sobretudo no que diz respeito às regras de responsabilidade no caso de existir uma atuação dolosa ou negligente por parte do curador que afete de forma negativa o património do ausente.

Nos termos do **Art.º 94 n.º3**, o curador pode onerar ou alienar bens imóveis, objetos preciosos, títulos de crédito, estabelecimentos comerciais e quaisquer outros bens cuja alienação ou oneração não constitua um ato de administração, desde que tenha autorização do tribunal para tal. Estabelece-se aqui novamente um paralelo, desta vez com o **Art.º 1889** que determina a lista de atos de não administração sobre o património dos filhos que os pais não podem praticar sem autorização do tribunal.

Exemplo: se os meus pais (eu, menor) quiserem alienar uma casa que os meus avós me doaram, carecem de autorização judicial.

Sobre a locação (aluguer de bens móveis ou arrendamento de imóveis), prevista no **Art.º 1024**, considera-se o ato de administração ordinária se o prazo não for superior a 6 anos. Porém, o professor Zenha Martins não utiliza este critério para o mero arrendamento porque, na sua opinião, exorbita da administração ordinária, devendo para tal seguir-se o critério do **Art.º 1889**.

Não existe nenhuma relação contratual estabelecida pelo ausente e pelo curador provisório, é antes uma relação estabelecida por lei. Do ponto de vista da sua construção, o tribunal substitui-se ao ausente na posição de mandante. Isto tem implicações até ao nível da responsabilidade do curador.

Nos termos do **Art.º 98**, a **curadoria provisória termina**:

- a) pelo regresso do ausente;
- b) se o ausente providenciar acerca da administração dos bens;
- c) Pela comparência da pessoa que legalmente represente o ausente ou de procurador bastante;
- d) pela entrega de bens aos curadores definitivos ou ao cabeça de casal;
- e) Pela certeza da morte do ausente.

Atendendo à **alínea b)**, se o ausente pode providenciar acerca da administração dos seus bens é porque está vivo e é capaz, podendo por isso administrar os seus bens do sítio onde se encontra e da forma como entender.

Curadoria definitiva – Art.º 99 a 113

Tal como nos diz o professor Mota Pinto, a probabilidade de a pessoa ausente não regressar é nesta fase maior, visto que a lei só possibilita o recurso à **justificação de ausência** no caso de já terem decorrido 2 anos sem se saber do ausente, se este não tiver deixado representante legal ou procurador bastante, ou 5 anos no caso de ele ter deixado algum destes dois, nos termos do **Art.º 99**. Diz-nos o **Art.º 100** que a legitimidade para o requerimento da justificação de ausência cabe ao Ministério Público ou a algum dos interessados, sendo estes, além do cônjuge não separado judicialmente, os herdeiros do ausente e todos os que tiverem sobre os seus bens qualquer direito que dependa da sua morte.

A curadoria definitiva tem como pressuposto **não se saber se o ausente está vivo ou morto**. Para haver curadoria definitiva não tem de ter havido curadoria provisória, são duas realidades independentes. Podemos ter uma sem nunca ter tido ou chegar a ter a outra.

Justificada a ausência, o tribunal manda abrir os testamentos cerrados que existam, nos termos do **Art.º 101**, e manda entregar os bens aos legatários, nos termos do **Art.º 102**. O que acontece aqui? Por força do **Art.º 103 n.º2**, entanto não forem entregues os bens, a sua administração pertence ao cabeça de casal, aquele que gere a

herança depois da morte nos termos do **Art.º 2079 e seguintes**. Depois segue-se a partilha e, por fim, a entrega dos bens aos herdeiros do ausente à data das últimas notícias, tal com está disposto no **Art.º 103 n.º1**. Esta data é importante porque podem ocorrer algumas vicissitudes durante este período que sejam relevantes do ponto de vista sucessório, como por exemplo a morte de algum dos herdeiros.

Nos termos do **Art.º 104**, os herdeiros são tidos como curadores definitivos e não como proprietários dos bens que receberam. Apesar de não poderem dispor deles, têm direito aos frutos dos mesmos, nos termos do **Art.º 111**. As questões relativas ao aparecimento de novos interessados são reguladas pelo **Art.º 105**.

Apesar de nos estarmos a aproximar de uma solução final crivada pela morte, a curadoria definitiva não é permanente e, nos termos do **Art.º 107**, o tribunal pode ainda exigir caução aos curadores definitivos, apesar de não ser obrigatório. Em princípio só o fará se a caução se justificar pela natureza da posição jurídica em que ficam investidos os curadores definitivos, administradores de bens alheios, embora com a faculdade de fruição.

Põe-se aqui novamente o problema de ninguém querer prestar a caução. Ao contrário do que acontece com a curadoria provisória, a lei não oferece solução para este caso. Porém, existem três opções: recusa da justificação da ausência, dispensa da caução ou entrega dos bens a um fiel depositário que esteja fora do círculo dos herdeiros ou interessados. Esta última opção não era aceite ao início, mas tem vindo a ser aplicada ultimamente.

O cônjuge, nos termos do **Art.º 108**, pode requerer inventário e partilha, no seguimento do processo de justificação da ausência, e exigir os alimentos a que tiver direito. Nos termos do **Art.º 109 n.º1**, justificada a ausência, os curadores definitivos podem aceitar ou repudiar a sucessão do ausente, mediante a disposição dos respetivos direitos sucessórios. No entanto, o **Art.º 109 n.º2** estatui que o repúdio ou aceitação da herança estão sujeitos à condição resolutiva de sobrevivência do ausente. Esse repúdio não vai valer para o futuro.

Nos termos do **Art.º 112**, a **curadoria definitiva termina**:

- a) Pelo regresso do ausente;
- b) Pela notícia da sua existência e do lugar onde reside;
- c) Pela certeza da sua morte;
- d) Pela declaração de morte presumida.

Os casos de cessação da curadoria definitiva aqui previstos podem ser agrupados em duas classes pela forma como se tornam eficazes. Na verdade, o regresso do ausente e as notícias da sua morte previstos nas **alíneas a) e b)** não são causas imediatas da cessação da curadoria definitiva, configurando-se antes como factos que atribuem ao ausente a faculdade de requerer a entrega dos bens, mantendo-se o regime da curadoria enquanto essa entrega não for requerida, como determina o **Art.º 113 n.º2**. É o tribunal que nomeia o curador definitivo, e também é ele que faz cessar essa função.

As hipóteses das **alíneas c) e d)** produzem o seu efeito de outra forma. A certeza da morte transforma a partilha ocorrida no quadro da curadoria definitiva em partilha da herança, convertendo os herdeiros e legatários presumidos em herdeiros e legatários definitivos. Eficácia idêntica terá a declaração de morte presumida que vamos agora analisar, mas que, neste caso, sucede à curadoria definitiva e tem os mesmos efeitos que a morte por força do **Art.º 115**.

Morte presumida – Art.º 114 a 119

Aqui já não há qualquer expectativa acerca do regresso do ausente. Este instituto não depende da instauração de qualquer um dos outros e pode a **declaração de morte presumida** ser requerida por qualquer um dos interessados que tinha legitimidade para requerer a curadoria definitiva (**Art.º 100**).

É o **Art.º 114 n.º1** que remete para este outro regime ao mesmo tempo que apresenta os pressupostos que têm que estar cumpridos requerer a declaração de morte presumida:

- tenham decorrido **10 anos desde a data das últimas notícias**;
- tenham decorrido **5 anos se, entretanto, o ausente tiver completado 80 anos**;
- O **n.º2** acrescenta que, caso o desaparecido seja **menor**, é necessário que **decorram 5 anos sobre a data em que ele completaria a maioridade, se fosse vivo**, para que possa ser declarada a morte presumida. No fundo, o que este artigo nos diz é que a declaração de morte presumida só pode ser conferida a partir dos 23 anos.

Como já foi referido, a declaração de morte presumida produz os mesmos efeitos que a morte física, sendo que a única exceção é o casamento. Por outras palavras, a pessoa será considerada como falecida para todos os efeitos, exceto no que toca ao casamento: a declaração de morte presumida não dissolve o primeiro casamento, mas torna-o resolúvel ou dissolúvel em caso de regresso do ausente como prevê o **Art.º 115**.

Nas palavras do professor Mota Pinto, o casamento não cessa *ipso facto*, embora o **Art.º 116** dê ao cônjuge do ausente a possibilidade de contrair novo casamento sem necessidade de recorrer ao divórcio.

A partir deste momento, o primeiro casamento torna-se resolúvel. Se o ausente vier a regressar e o outro cônjuge houver, entretanto contraído novo casamento, a lei, em coerência com a faculdade que lhe concedeu para casar, teve de afastar qualquer classificação de bigamia. Daí ter estatuído, em caso de **regresso do ausente** ou de **superveniência de notícias de que era vivo quando foram celebradas novas núpcias**, considera-se o primeiro matrimónio dissolvido por divórcio à data da declaração de morte presumida. O regressado não pode, portanto, impugnar a segunda união matrimonial. A validade do segundo casamento não é afetada.

A não associação da morte presumida à dissolução do casamento acontece por razões sucessórias, já que, sendo o desaparecido presumido morto e dissolvêssemos o casamento, o cônjuge não seria herdeiro quando se abrisse a sucessão.

Convém salvaguardar que se o cônjuge não tiver um segundo casamento e o presumidamente morto regressar, legalmente é como se estivessem estado sempre casados.

Na data da sentença de morte presumida, abre-se a sucessão, passando os sucessores a ser tratados não como administradores (curadores) mas como proprietários dos bens, daí que não seja exigida caução, tal como nos diz o **Art.º 117**. Isto acontece também porque a declaração de morte presumida extingue qualquer curadoria pré-existente.

O **Art.º 118** estabelece que se se provar que o ausente morreu em data diversa daquela que consta da sentença de morte presumida, tem de ser repostos o mapa dos sucessores, cabendo o direito à herança àqueles que, na data da morte real, deveriam suceder-lhe.

Se o ausente, entretanto, regressar, ser-lhe-á restituído o seu património no estado em que este se encontrar, tal como nos diz o **Art.º 119 nº1**. Se os sucessores estiverem de má fé, isto é, se sabiam que o ausente estava vivo à data da declaração de morte presumida, diz-nos o **Art.º 119 nº3** que este terá direito a indemnização. É igualmente considerado de má fé aquele que não tomou as diligências necessárias para averiguar a sobrevivência do ausente.

MENORIDADE

Amplitude

A menoridade equivale a uma incapacidade de exercício. Nas palavras do professor Mota Pinto, o interesse determinante é o interesse do próprio incapaz. Nos termos do **Art.º 123** a menoridade é uma incapacidade geral, o menor não tem capacidade de exercício e não pode praticar a larga maioria dos atos jurídicos, mesmo que tenha autorização daqueles que o acompanham. Ainda no **Art.º 123** vemos que existem exceções a esta incapacidade, dado que o menor pode praticar os atos legalmente previstos.

O **Art.º 124** prevê o suprimento da incapacidade dos menores pelo **poder paternal** e, subsidiariamente, pela tutela. O conteúdo das responsabilidades parentais encontra-se no **Art.º 1878**. Nos termos do **Art.º 1877**, os filhos estão sujeitos às responsabilidades parentais até à maioridade ou emancipação.

Como já tínhamos dito, existem exceções à incapacidade dos menores e o artigo que trata desta matéria é o **Art.º 127**. Esta disposição é tão ampla que se pode afigurar como uma subversão à lógica de incapacidade geral dos menores e estabelece um princípio genérico de capacidade em relação a certas situações. Assim, nos termos do **Art.º 127 nº1**, o menor pode:

- a) Praticar atos de administração ou disposição dos bens que haja adquirido por seu trabalho;
- b) São válidos os negócios jurídicos próprios da vida corrente do menor, que, estando ao alcance da sua capacidade natural, só impliquem despesas, ou a disposição de bens de pequena importância. Este preceito não pode ser excessivamente relativizado e deve ser interpretado de forma objetiva;
- c) São válidos os negócios relativos à profissão, arte ou ofício que o menor tenha sido autorizado a exercer, ou os praticados no exercício dessa profissão, arte ou ofício. É importante não esquecer que o menor apenas pode exercer as atividades dispostas neste artigo quando autorizado pelos pais.

Existem ainda outras situações que fogem à regra geral de incapacidade dos menores, mas que estão fora do âmbito deste artigo:

- **Art.º 263**, o menor pode ser procurador, dado que este artigo apenas exige capacidade natural e de compreensão para tal. Mas este artigo tem de ser conjugado com o 127, o menor só pode ser representante em atos que ele só por si poderia praticar;
- Do ponto de vista da responsabilidade civil, o menor é responsável civilmente pela prática dos seus atos a partir dos 7 anos. O **Art.º 488 nº2** diz-nos que só há falta de imputabilidade aos menores de sete anos;
- **Art.º 1266**, em princípio o menor pode adquirir a posse de coisas, bastando para isso a capacidade de usar a razão, e o mesmo se vai passar a propósito da usucapião (**Art.º 1281**);
- **Art.º 1601**, pode contrair validamente casamento, desde que tenham idade superior a 16 anos;
- **Art.º 2189**, se emancipado, o menor pode fazer testamento;
- **Art.º 1850**, pode perfilhar quando tiver mais de 16 anos. Perfilhar é o reconhecimento jurídico da filiação biológica.

Voltando à questão do **casamento**. Tratam desta matéria o **Art.º 1601** e o **Art.º 1604 a)**. O **Art.º 1612** trata da autorização que deve provir de ambos os progenitores ou do tutor. Caso a autorização não seja concedida por ambos, temos de ir ao **Art.º 1649**, que determina uma série de sanções especiais para esta possibilidade, e conjugá-lo com o **Art.º 132**, que nos diz que o menor é emancipado de pleno direito após o casamento. Esta conjugação é necessária porque o casamento sem autorização dos progenitores limita a emancipação do **Art.º 132**. No que toca à administração dos bens que leve para o casal ou que posteriormente lhe advenham por título gratuito até à maioridade, continua a ser considerado menor, a título de exemplo.

Há ainda que ressaltar a questão da educação religiosa. Diz-nos o **Art.º 1886** que os pais decidem sobre a educação religiosa dos filhos até aos 16 anos. A partir desta idade, e em exceção ao **Art.º 123**, é reconhecida ao menor a plena capacidade de dispor da sua **liberdade religiosa**, podendo enveredar por uma profissão religiosa, ou até recusar-se à religião. Isto deve ser conjugado com o Art.º 11 da lei de liberdade religiosa.

Com a reforma de 1977, a incapacidade dos menores passou a terminar quando estes atingem a idade de 18 anos, nos termos do **Art.º 122**, ou quando se emancipam, se for esse o caso. O principal efeito da maioridade é o termo da incapacidade (**Art.º 129**) e a consequente aquisição de plena capacidade de exercício de direitos, ficando o maior, em princípio, “habilitado a reger a sua pessoa e a dispor dos seus bens” (**Art.º 130**). Este efeito também se produz por efeito de emancipação pelo casamento, nos termos dos **Art.º 132** e **Art.º 133**, como veremos. Hoje em dia o instituto da emancipação perdeu importância e a única situação que ainda é causa para tal é o casamento, visto que a idade núbil foi fixada nos 16 anos.

No que respeita à contagem do prazo, deve atender-se ao **Art.º 279 b)** aplicável por remissão do **Art.º 296**, pelo que o prazo aqui previsto termina às 24 horas do dia que corresponda, dentro do último ano (o décimo oitavo), a essa data.

Suprimento da incapacidade dos menores

A incapacidade dos menores é suprida pelo instituto da **representação**. Os meios de suprimento desta incapacidade são, em primeira linha, o poder paternal e, subsidiariamente, a tutela, tal como nos diz o **Art.º 124**.

Nos termos do **Art.º 1881 n.º1**, o poder de representação compreende o exercício de todos os direitos e o cumprimento de todas as obrigações do filho, excetuados os atos puramente pessoais, aqueles que o menor tem o direito de praticar pessoal e livremente e os atos respeitantes a bens cuja administração não pertença aos pais. Basicamente, em todas as situações que não estão legalmente excecionadas em relação ao princípio de incapacidade geral, são os pais que representam os filhos, agindo por sua conta e em seu nome.

Poder paternal

O conteúdo do poder paternal está regulado no **Art.º 1878 n.º1**, competindo aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens.

Como nos diz o professor Mota Pinto, estes poderes são conferidos aos pais, mas para que estes os exerçam no interesse dos filhos, isto é, para realizarem os interesses dos filhos e não os seus interesses. A funcionalização destes poderes é o que leva à sua qualificação como poderes funcionais ou poderes deveres, não sendo direitos subjetivos passíveis de serem exercidos no interesse do próprio titular.

Estado os progenitores casados, diz-nos o **Art.º 1901 n.º1** que os poderes parentais pertencem a ambos, sem que haja qualquer distinção entre poderes especiais do pai ou da mãe, em resposta ao princípio da igualdade. No caso de um dos progenitores praticar um ato sem o consentimento do outro, diz-nos o **Art.º 1902 n.º1** que se presume que age de acordo com o outro. A parte final do **Art.º 1902 n.º1** diz-nos que esta presunção é afastada nas situações em que a lei exige expressamente o consentimento de ambos ou quando estão em causa atos de especial importância (Exemplo – escolha do estabelecimento de ensino do menor, escolha de uma profissão até aos 16 anos, uma viagem ao estrangeiro, entre outros).

Diz o **Art.º 1906** que as responsabilidades parentais continuam a ser partilhadas por ambos os progenitores em caso de divórcio ou quando simplesmente não haja casamento. Neste segundo caso, por regra, as responsabilidades parentais são decalcadas no regime do casamento, com as devidas adaptações e especificidades estatuídas pelo **Art.º 1906**. O **Art.º 1906 n.º3 e 4** estipulam que, no que toca a atos de vida corrente do menor, é lícito que ele os realize apenas com a autorização do progenitor com o qual se encontra no momento, tendo este o dever de comunicar o sucedido com o outro progenitor.

O **Art.º 1888** elenca uma série de aspetos que não estão sujeitos à administração dos progenitores. O **Art.º 1889** determina os **atos cuja validade depende de autorização do tribunal**, mesmo que praticados pelos progenitores. Nos termos do **Art.º 1893**, os atos praticados pelos pais em contravenção do disposto no **Art.º 1889** são anuláveis a requerimento do filho, até um ano depois de atingir a maioridade ou ser emancipado, ou, se ele entretanto falecer, a pedido dos seus herdeiros, excluídos os próprios pais responsáveis, no prazo de um ano a contar da morte do filho.

Em caso de **impedimento por um dos progenitores**, por ausência, incapacidade ou outro impedimento decretado pelo tribunal, assume o outro a integralidade do poder paternal, nos termos do **Art.º 1903**. Em caso de **morte de um dos progenitores**, o poder parental fica integralmente a cargo do progenitor sobrevivente, como se lê no **Art.º 1904**.

O **Art.º 1913** fala-nos da **inibição de pleno direito do exercício das responsabilidades parentais**. O **n.º1** deste artigo apresenta três alíneas que elencam situações em que os pais ficam inibidos do pleno direito de representar os filhos:

- **a)** Os condenados definitivamente por crime a que a lei atribua esse efeito;
- **b)** Os interditos e os inabilitados por anomalia psíquica;
- **c)** Os ausentes, desde a nomeação do curador provisório.

Portanto, vemos que o ausente fica também inibido de exercer as responsabilidades parentais a partir do momento em que é nomeado o curador provisório. Diz-nos o **Art.º 1914** que esta inibição cessa com o termo da curadoria, no caso específico da alínea **c)** e, nos outros casos, quando é levantada a interdição ou inabilitação. Voltando ao caso da curadoria, não é o curador provisório que vai obrigatoriamente adquirir os poderes parentais e se o fizer não será certamente na

qualidade de curador, dado que esta é uma figura que apenas possui poderes para a administração do património.

Depois temos as situações mais graves, em que **os pais infringem culposamente os seus deveres para com os filhos**, daí resultando um grave prejuízo para estes. Quando é este o caso, temos o **Art.º 1915 n.º1** que nos indica que, a requerimento do MP, de qualquer um dos familiares ou aquele a quem a guarda da criança esteja entregue de facto ou de direito, pode ser intentada uma ação judicial que pode levar o tribunal a decretar a inibição das responsabilidades parentais. Diz-nos o **n.º2** deste artigo que a inibição pode ser total ou apenas limitar-se à representação e administração dos bens dos filhos, pode abranger ambos os progenitores ou apenas um deles e referir-se a todos os filhos ou apenas algum ou alguns. Nos termos do **n.º3**, salvo decisão em contrário, os efeitos da inibição que abranja todos os filhos estendem-se aos que nascerem depois de esta ser decretada.

A lógica patente no **Art.º 1913** tem mais a ver com o comportamento dos pais em sentido estrito, nem é necessária uma ação judicial destinada exclusivamente à inibição do poder paternal, é uma consequência de um ato negativo praticado por um dos progenitores. Já o **Art.º 1915** trata da questão da inibição do ponto de vista da relação entre os pais e filhos e não do comportamento dos pais de uma forma isolada. Exemplo disso é o facto de que todos os casos do **Art.º 1913** levaram à inibição total e perante todos os filhos (no caso de haver mais de um), enquanto que os casos do **Art.º 1915** podem apenas levar à inibição perante um deles. É importante não nos esquecermos de que todos estes preceitos devem ser interpretados de acordo com o espírito do **Art.º 36, Família, casamento e filiação, CRP**.

O **Art.º 1887** trata da problemática do **abandono do lar**. Estatui o **n.º1** que os menores não podem abandonar a casa paterna ou aquela que os pais lhes destinaram, nem dela ser retirados. Diz-nos o **n.º2** que se a abandonarem ou dela forem retirados; qualquer dos pais e, em caso de urgência, as pessoas a quem eles tenham confiado o filho podem reclamá-lo, recorrendo, se for necessário, ao tribunal ou à autoridade competente. Sobre este tema importa referir o **Art.º 36 n.º5 CRP** que diz que os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial.

Temos em seguida o **Art.º 1887A** que nos diz que **os pais não podem privar injustificadamente os filhos do contacto com os irmãos e ascendentes**. Estes ascendentes são normalmente os avós e bisavós, mas a jurisprudência mais recente já estendeu este preceito aos tios. Suscita-se aqui uma questão interessante que passa por perceber se este preceito se destina à proteção de um direito do menor, ou à proteção de um direito dos familiares de contactarem com o menor. Atualmente considera-se que é um direito misto, tanto do menor como dos familiares.

Retira-se desta disposição que os progenitores apenas se podem obstar a este espaço de convívio familiar se tiverem fundamentação adequada para tal. Este artigo é de aplicação frequente, sobretudo naqueles casos em que os pais têm uma má relação

com os outros familiares. No entanto, isto pode dar origem a situações patológicas, imaginando o caso em que os avós usam este espaço com o menor para dizer mal dos pais.

Pode existir ainda o desencadeamento de um mecanismo de **proteção dos bens dos menores**, nos casos em que os progenitores promovam uma má administração que possa inclusive levar a prejuízos. Este mecanismo está previsto no **Art.º 1920**. Não é tão grave como qualquer uma das inibições quer do **Art.º 1913**, quer do **Art.º 1915**, mas aplica-se àqueles casos em que o tribunal entende que os pais não são capazes de administrar de uma forma correta o património dos filhos.

Todas as inibições já estudadas, incluindo a que está presente no **Art.º 1920**, **têm que ser oficiosamente comunicadas ao registo civil**, tal como nos diz o **Art.º 1920 B**, sob pena de não terem efeito. O **Art.º 1920 C** indica-nos que as decisões judiciais a que se refere o **Art.º 1920 B** não podem ser invocadas contra terceiros de boa fé se não se mostre efetuado o registo, o mesmo se estende aos atos praticados pelo menor quando autorizado por um pai inibido de usar dos poderes paternos. O registo, neste caso, é uma condição suspensiva para que estas decisões tenham eficácia.

É preciso ter em atenção que estas inibições não se aplicam aos deveres dos pais para com os filhos, não poderíamos conceber que estes ficassem 100% desligados dos menores. Para esse efeito, continuam a ter as obrigações de alimentos e continuam a ter a obrigação de pagar a respetiva pensão. Se a situação do progenitor for tão degradante, ao ponto de não ter capacidade para tal, encarregar-se-á o Estado de atribuir um subsídio.

Suprimento do poder paternal

Tutela

Nas palavras do professor Mota Pinto, a tutela é o meio normal de suprimento do poder paternal. Estão integrados na tutela: o tutor, o conselho de família e, como órgão de controlo e vigilância, o tribunal de menores. Esta deve ser instaurada sempre que se verifique alguma das situações previstas pelo **Art.º 1921 nº1**:

- a) Se os pais houverem falecido;
- b) Se estiverem inibidos do poder paternal quanto à regência da pessoa do filho;
- c) Se estiverem há mais de seis meses impedidos de facto de exercer o poder paternal;
- d) Se forem incógnitos.

A tutela e o poder paternal não podem coexistir. Podemos inclusive retirar esta conclusão do **Art.º 1904** que nos diz que, em caso de morte de um dos progenitores, o outro assume a totalidade das responsabilidades parentais.

Nos termos do **Art.º 1923 a tutela e a administração de bens** (instituto a que vamos regressar) podem ser **promovidas oficiosamente pelo tribunal de menores** sempre que o menor se encontre numa das situações supracitadas. Tal como nos diz **Art.º 1924**, a tutela será exercida por um tutor e pelo conselho de família.

O tutor pode ser designado pelos pais ou pelo tribunal de menores, tal como estatui o **Art.º 1927**. No caso de ser designado pelos pais, seguimos as linhas de orientação do **Art.º 1928** (Exemplo – pais que têm um filho de 5 anos e estão ambos muito doentes, sabendo que podem vir a ficar incapazes de prover pelo sustento e educação do filho. Sendo este o caso, podem logo designar um tutor). No caso do exemplo apresentado, a tutela fica sempre sujeita a uma condição suspensiva, dado que se os pais recuperarem no entretanto, poderão reaver os poderes paternais. Quando é o tribunal a designar o tutor, vamos logo ao **Art.º 1931**.

De acordo com princípios de economia, há a ideia de que na tutela de dois ou mais irmãos o tutor seja só um. O **Art.º 1933** elenca uma vasta lista de **peçoas que não podem ascender à qualidade de tutor**. Para o professor Zenha Martins, este artigo encontra-se desatualizado: tomemos como exemplo a alínea **f)** que proíbe que os divorciados possam ser tutores. No limite, podemos até estar aqui perante uma inconstitucionalidade latente, dado que ninguém pode ser discriminado em função do seu estado civil.

Facto é que a tutela é um encargo para quem ascende à qualidade de tutor, sendo por isso que o **Art.º 1934 nº1** prevê as **situações de escusa de tutela**. Nos termos do **nº2** do mesmo artigo, o que for escusado da tutela, pode ser compelido a aceitá-la, desde que cesse o motivo de escusa. O intuito da tutela é reaproximar o menor da situação familiar normal o máximo possível, daí que todas as alíneas do **Art.º 1934 nº1** tenham a sua razão de ser, apesar de o professor Zenha Martins considerar que algumas delas são duvidosas.

Nos termos do **Art.º 1935 nº1**, o tutor tem os mesmos direitos e obrigações dos pais, mas com algumas modificações e restrições, e deve exercer a tutela com a diligência de um bom pai de família, tal como estatui o **nº2**.

Relativamente aos atos que digam respeito ao património do menor. O tutor só pode utilizar o possível rendimento de bens do tutelado para o seu sustento e educação, bem como a administração dos bens do mesmo. É por esta razão que o **Art.º 1937** o inibe de praticar uma série de atos. Nos termos do **Art.º 1939 nº1**, todos os atos praticados pelo tutor em contravenção com o **Art.º 1937** são nulos, sendo esta nulidade sanável por confirmação do pupilo mediante dois requisitos apresentados pelo **nº2**:

- Tendo atingido a maioridade ou tendo-se emancipado no entretanto;
- Não tendo a nulidade sido declarada por sentença com trânsito em julgado.

O **Art.º 1938** apresenta uma lista dos atos que, para serem praticados pelo tutor, carecem de autorização do tribunal. No **nº1 a)** começa desde logo por fazer uma remissão para o **Art.º 1889 nº1**, sendo que este artigo enuncia os atos para os quais até

os progenitores têm de ter autorização do tribunal. Por maioria de razão, não poderia ser imposto ao tutor um regime menos exigente do que aquele que é imposto aos pais. As restantes alíneas deste artigo enumeram uma série de atos para os quais os progenitores não carecem de autorização judicial para a sua prática, mas o tutor sim. Um exemplo disso mesmo é a alínea **c)**, aceitação de herança, doação ou legado.

Nos termos do **Art.º 1941**, os atos que, por exemplo em caso de urgência, forem praticados pelo tutor sem a necessária autorização podem posteriormente ser confirmados pelo tribunal de menores, depois de ouvido o concelho de família. De acordo com o **Art.º 1942 nº1**, o tutor tem direito a ser remunerado. Estatui o **nº2** do mesmo artigo que se remuneração não for fixada pelos pais do menor no ato de designação do tutor, pode o tribunal estipular um valor com duas condições, isto é, depois de ouvir o concelho de família e desde que esse valor não exceda 1/10 dos rendimentos líquidos dos bens do menor. Tal como exige o **Art.º 1944**, o tutor deverá apresentar contas da sua gerência no final desta ou sempre que o tribunal de menores o exija.

Estatui o **Art.º 1945** que o tutor é responsável pelo prejuízo que por dolo ou culpa causar ao pupilo. Há que conjugar este artigo com o **Art.º 799**, que nos fala da presunção de culpa. Neste caso ela não existe, dado que não há uma relação contratual entre o menor e o tutor. Nos termos do **Art.º 1946 nº1**, tem o tutor direito ao reembolso de todas as despesas que legalmente haja feito ainda que delas, sem culpa sua, nenhum proveito tenha provindo ao menor.

Nos termos do **Art.º 1948**, **pode o tutor ser removido** do cargo quando:

- **a)** O tutor que falte ao cumprimento dos deveres próprios do cargo ou revele inaptidão para o seu exercício;
- **b)** O tutor que por facto superveniente à investidura do cargo se constitua nalguma das situações que impediriam a sua nomeação (remissão para o **Art.º 1933**).

O **Art.º 1950** prevê as situações em que **o tutor pode pedir a sua exoneração** do cargo:

- **a)** Se sobrevier alguma das causas de escusa (**Art.º 1934**);
 - **b)** Ao fim de três anos, nos casos em que o tutor se podia ter escusado a aceitar o cargo, se subsistir a causa de escusa.
- **Conselho de família**

Como já tínhamos visto no **Art.º 1924**, a tutela é exercida por um tutor e pelo **conselho de família**. Estipula o **Art.º 1951** que o conselho é composto por um **agente do MP** e por **dois vogais, preferencialmente familiares do menor**, que são designados nos termos do **Art.º 1952**.

A principal função do conselho de família é **fiscalizar o modo como o tutor desempenha as suas funções**, bem como exercer as demais atribuições que a lei especialmente lhe confere, tal com dita o **Art.º 1954**. Essa fiscalização é exercida por um dos vogais do conselho de família que, nos termos do **Art.º 1955 nº1** é chamado de **protutor**. O **nº2** estabelece que o protutor deve, sempre que possível, representar a linha de parentesco diversa da do tutor.

Nos termos do **Art.º 1956**, o **protutor está ainda incumbido de outras funções** além das de fiscalização do tutor:

- **a)** Cooperar com o tutor no exercício das funções tutelares, podendo encarregar-se da administração de certos bens do menor nas condições estabelecidas pelo conselho de família e com o acordo do tutor;
- **b)** Substituir o tutor nas suas faltas e impedimentos, passando, nesse caso, a servir de protutor o outro vogal do conselho de família;
- **c)** Representar o menor em juízo ou fora dele, quando os seus interesses estejam em oposição com os do tutor e o tribunal não haja nomeado curador especial.

Nos termos do **Art.º 1961**, a **tutela cessa**:

- **a)** Pela maioria, salvo o disposto no **Art.º 131** (pendência da ação de interdição ou inabilitação):
- **b)** Pela emancipação, salvo o disposto no **Art.º 1649** (casamento sem autorização dos pais);
- **c)** Pela adoção;
- **d)** Pelo termo da inibição do poder paternal;
- **e)** Pela cessação do impedimento dos pais;
- **f)** Pelo estabelecimento da maternidade ou paternidade;
- **g)** Pela constituição do apadrinhamento civil.

Se, todavia, não estiverem reunidas as condições para que haja tutela, o menor é confiado à assistência pública e as funções de tutor ficam a cargo do diretor da instituição pública ou privada à qual o menor foi entregue. Neste caso, dispensa-se o conselho de família. Como previsto pelo **Art.º 1962**.

Administração de bens

Este é **outro instituto de suprimento do poder paternal**, mas menos grave do que a tutela já que existe quando não há uma total inibição dos poderes paternos, reportando-se apenas à administração de bens, tal como a própria epígrafe do **Art.º 1922** nos indica. Pode ser entendido como um instituto que **suprime parcialmente** o poder paternal e aplica-se nas seguintes situações:

- a) Quando os pais, mantendo a regência da pessoa do filho, foram excluídos, inibidos ou suspensos da administração de todos os bens do menor ou de alguns deles;
- b) Quando a entidade competente para designar o tutor confie a outrem, no todo ou em parte, a administração dos bens do menor.

Este instituto apenas pode existir conjuntamente com o poder paternal ou com o instituto da tutela. A designação do administrador dos bens é regulada no **Art.º 1967** e **1968**. O administrador é o representante legal do menor nos atos relativos aos bens cuja administração lhe pertença e os poderes são idênticos aos do tutor, tal como nos diz o **Art.º 1971**.

Efeitos da incapacidade dos menores

Nos termos do **Art.º 125** e tal como nos diz o professor Mota Pinto, os negócios jurídicos praticados pelo menor contrariamente à proibição em que se cifra a incapacidade estão feridos de **anulabilidade**. Segundo o **nº1**, as pessoas com legitimidade para arguir essa anulabilidade são:

- a) O representante do menor (progenitor, tutor ou administrador de bens), no prazo de um ano a contar do conhecimento do ato em causa;
- b) O próprio menor, dentro de um ano a contar da cessação da incapacidade, isto é, dentro de um ano a partir do momento em que atinge a maioridade;
- c) Qualquer herdeiro dentro do prazo de um ano a contar da morte, desse que o menor tenha falecido antes de ter expirado o prazo em que podia, ele próprio, requerer a anulação.

A anulabilidade pode ser invocada normalmente por via de exceção, sem dependência de prazo, se o negócio não estiver cumprido (Exemplo – com 15 anos celebrou um negócio sujeito à condição suspensiva de atingir os 18 anos. Durante esses três anos, tenho a possibilidade de requerer a anulação desse negócio). Isto de acordo com o que nos diz o **Art.º 287 nº2**.

Como dita o **Art.º 125 nº2**, a **anulabilidade é sanável mediante confirmação** do menor depois de atingir a maioridade ou ser emancipado, ou por confirmação do progenitor que exerça o poder paternal, tutor ou administrador de bens, tratando-se de ato que algum, desses pudesse celebrar como representante do menor.

Outro aspeto importante a reter neste ponto é que **o regime da anulabilidade é estabelecido no interesse do menor**. Este aspeto liga-se diretamente com o **Art.º 287 nº1** (Exemplo – eu, que tenho 40 anos, vendi a um menor um quadro do Picasso por apenas 60€ porque desconhecia o autor. Mais tarde apercebi-me do erro e quero anular com base na menoridade da outra parte, não o posso fazer porque a lei estabelece a anulabilidade do **Art.º 125** no interesse do menor ou dos pais).

O **Art.º 131** constitui uma exceção ao **Art.º 125 n.º1 b)**, na medida em que, no caso de estar pendente contra o menor uma ação de interdição ou inabilitação quando este atingir a maioridade, o poder paternal ou a tutela manter-se-ão até que a sentença transite em julgado. Isto redundaria no facto de que o menor, mesmo atingindo a maioridade, não pode requerer a anulação se se encontrar numa das situações descritas pelo **Art.º 131**.

Quanto ao **Art.º 125 n.º1 c)**, não basta que o sujeito em causa esteja elencado no **Art.º 2133**, é preciso averiguar se, de facto, é herdeiro. Por sua vez, este artigo levanta a questão em relação ao facto de o Estado, que é herdeiro de última instância, poder requerer a anulação dos atos do menor. Mas este é um problema que muito dificilmente terá implicações práticas, isto porque vamos seguir neste artigo a lógica sequencial do **Art.º 2133** e parece-nos, por isso, muito difícil que cheguemos ao Estado por esta via.

Em relação ao **Art.º 125 n.º2**, este preceito já não insere os herdeiros como sujeitos capazes de confirmar os atos do menor. Temos de separar a confirmação da anulação e, assim sendo, **apenas pode confirmar o ato do menor quem o poderia representar na altura em que realizou o ato**. Deste modo, são afastados desta opção os herdeiros e prevalece o elemento literal do **Art.º 125 n.º2**.

Nos termos do **Art.º 126**, o **direito de invocar a anulabilidade é precludido pelo comportamento malicioso do menor**, no caso de este ter usado de dolo ou má fé, a fim de se fazer passar por maior ou emancipado. Na linha do professor Mota Pinto, entende-se que ficam inibidos de invocar a anulabilidade **não só o menor, mas também os herdeiros ou representantes**. O especial merecimento de tutela da contraparte, que está na base da preclusão do direito de anular, implica que todos os legitimados sejam inibidos de exercer esse direito. Não parece que seja coerente com a *ratio* do preceito, nem dotada de justificação aceitável, a solução que pretende só se aplicar ao menor e já não aos seus representantes a preclusão estabelecida por este preceito.

No **caso de o menor ter usado de dolo para se fazer passar por maior**, a lei considera não existir, ou estar atenuado, o ónus de diligência do contratante que está em face do menor, donde resulta não ser invocável a anulabilidade seja por quem for. Está aqui patente a ideia de que esta norma não tem como objetivo apenas aplicar uma sanção ao menor que usou do dolo, mas antes proteger também os interesses do tráfego jurídico do declaratório. Por outro lado, não basta que o menor declare ou inculque ser maior. **São necessários artifícios, manobras ou sugestões de carácter fraudulento**, em resposta aos requisitos do **Art.º 253 n.º1**.

Quem defende o contrário diz que a falta de capacidade do menor vale também para a situação de dolo que criou. Mas a doutrina maioritária conclui que se o menor é imputável para celebrar o negócio, também o é para agir dolosamente, sabendo perfeitamente o que faz. Não poderíamos aceitar que as responsabilidades parentais surgissem aqui como uma válvula de escape.

O que está por detrás deste artigo, como já foi dito, é a tutela da confiança legitimamente criada no declaratório e que, por isso, não deve ser frustrada. Se, por outro lado, essa situação de confiança não se verificar, não estando cumpridos os quatro pressupostos já estudados, não há razão para obstaculizar a atuação do regime da anulabilidade.

Este **Art.º 126** aplica-se também à interdição quanto aos atos praticados após o registo sentença de interdição.

INTERDIÇÃO E INABILITAÇÃO

Os institutos da interdição e da inabilitação são distintos, mas ambos equiparáveis ao instituto da incapacidade genérica de exercício dos menores. Para todos os efeitos, **a interdição é substancialmente mais grave do que a inabilitação**. Para a inabilitação temos a assistência, ao contrário do que acontece com a menoridade e com a interdição onde temos a representação.

Através de uma rápida comparação entre o **Art.º 138, pessoas sujeitas a interdição**, e o **Art.º 152, pessoas sujeitas a inabilitação**, vemos que as condições apontadas pelo primeiro são permanentes, já as condições apresentadas pelo segundo não são tão graves quanto isso. Por outras palavras, os casos de inabilitação não são tão graves ao ponto de justificar a interdição. Isto leva-nos a concluir que a diferença está na gravidade das condições inabilitantes.

É curioso ver que o **Art.º 152**, sobre a inabilitação, refere o consumo reiterado de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes, enquanto que o **Art.º 138**, sobre a interdição, não faz referência a estas duas nuances. Face a esta diferença no elemento literal dos dois artigos, tem sido colocada a questão em torno de perceber se o uso reiterado de álcool ou de estupefacientes podem levar à interdição também. A resposta a esta questão tem sido afirmativa, no sentido de que o consumo abusivo destas substâncias pode levar à anomalia psíquica, que já se figura como uma das condições para a instauração do regime da interdição. Há que fazer um juízo de valor e utilizar critérios de equidade nestes casos.

A inabilitação diz respeito à inaptidão para reger o património. Por sua vez, sendo muito mais grave, **a interdição diz respeito à incapacidade de reger a própria pessoa, a vida pessoal e ainda o património**.

Do ponto de vista processual, ambos os institutos exigem um **interrogatório por parte do juiz** e ainda **um exame feito por um perito** no sentido de averiguar se o requisito cumpre ou não os pressupostos para a instauração de um dos institutos.

A jurisprudência tem considerado que os resultados do relatório do perito valem muito mais do que as respostas ao interrogatório, sendo aquele muitas vezes o elemento decisivo na decisão de instauração de um destes institutos.

Interdição

Pressupostos para a interdição

A incapacidade resultante da interdição é **apenas aplicável a maiores**, pois os menores, embora dementes, surdos-mudos ou cegos, estão protegidos pela incapacidade por menoridade. Sem prejuízo disto, **a lei permite o requerimento da interdição dentro do ano anterior à maioridade**, nos termos do **Art.º 138 n.º2**.

Nos termos do **Art.º 138 n.º1**, são fundamentos para a interdição as situações de **anomalia psíquica** (abrangendo, portanto, deficiências de intelecto, da afetividade ou da vontade), **surdez-mudez ou cegueira**, quando pela sua gravidade **tornem o interditando incapaz de reger a sua pessoa e os seus bens**. Quando a anomalia psíquica não vai ao ponto de tornar o demente inapto para a prática de todos os negócios, ou quando os reflexos de surdez-mudez ou da cegueira sobre o discernimento do surdo-mudo ou do cego não excluem totalmente a sua aptidão para gerir os seus interesses, o incapaz será inabilitado.

Os pressupostos do **Art.º 138 n.º1** que são fundamento para a interdição devem ser **habituais, duradouros e atuais**. Não basta, todavia, a existência das deficiências naturais supracitadas para existir a incapacidade. Torna-se necessária uma **sentença judicial que declare a incapacidade**, no termo do processo especial. Só então existirá a interdição e, conseqüentemente, a incapacidade para o exercício de direitos.

O regime da incapacidade por interdição é idêntico ao da incapacidade por menoridade, quer quanto ao valor dos atos praticados em contravenção da proibição em que ele se cifram, quer quanto aos meios de suprir a incapacidade, tal como nos diz o **Art.º 139**.

Legitimidade para o requerimento e suprimento da incapacidade dos interditos

Do ponto de vista da legitimidade para o requerimento da interdição, diz-nos o **Art.º 141 n.º1** que esta **pode ser requerida pelo cônjuge do interditando, pelo tutor ou curador deste, por qualquer parente sucessível ou ainda pelo MP**. Tem-se entendido que este preceito não goza de uma lógica sequencial e que apenas está aqui uma enumeração.

Nos termos do **Art.º 141 n.º2**, **se o interditando estiver sob o poder paternal, só têm legitimidade para requerer a interdição os progenitores e o MP**. Surge aqui a questão de perceber se pode ser apenas um dos progenitores ou se têm que ser os dois. Tem-se entendido que, apesar de este ser um ato de especial importância, basta que seja um. Isto porque o interesse em causa e aquele que o ordenamento jurídico visa tutelar é o do interditando e não a vontade dos progenitores. Esta questão tem que ser conjugada com o já referido **Art.º 138 n.º2**. No fundo, isto implica um prolongamento artificial do exercício dos poderes paternos, tal como confirma o **Art.º 144**.

A incapacidade do interdito é suprida mediante o instituto da **representação legal**. Estabelece-se uma tutela regulada pelas mesmas normas que regulam a dos menores e que é deferida pela ordem estabelecida no **Art.º 143**. Poderá haver lugar eventualmente à administração de bens. Os sujeitos a quem incumbe a tutela nos termos do **Art.º 143 n.º1** são então:

- **a)** Ao cônjuge do interdito, salvo se estiver separado judicialmente de pessoas e bens ou separado de facto por culpa sua, ou se for por outra causa legalmente incapaz;
- **b)** À pessoa designada pelos pais ou pelo progenitor que exercer o poder paternal, em testamento ou documento autêntico ou autenticado;
- **c)** Aos filhos maiores, preferindo o mais velho, salvo se o tribunal, ouvido o conselho de família, entender que algum dos outros dá maiores garantias de bom desempenho do cargo.

O **Art.º 143 n.º2** estatui que quando não seja possível ou razões ponderosas desaconselhem o deferimento da tutela nos termos do **n.º1**, deve o tribunal, depois de ouvido o conselho de família, designar um tutor. Tal como já foi dito, se a tutela couber aos pais do interdito, desempenham estas as suas funções de acordo com os poderes paternais descritos pelo **Art.º 1878**, por remissão do **Art.º 144**.

O **Art.º 145** estabelece o **dever que o tutor tem de cuidar especialmente da saúde do interdito, podendo para esse efeito alienar os bens deste, depois de obtida autorização judicial**.

O **Art.º 146** postula as **causas de escusa e exoneração do tutor**. Estatui o **n.º1** que o cônjuge do interdito, bem como os descendentes ou ascendentes deste, não podem escusar-se da tutela, nem dela ser exonerados, salvo se tiver havido violação do disposto no **Art.º 143**. O **n.º2** estabelece uma regra excecional face ao **n.º1** dado que **os descendentes podem ser exonerados a pedido ao fim de 5 anos, se existirem outros descendentes igualmente idóneos para o exercício do cargo**. Podemos entender que este preceito contém uma lógica de rotatividade entre os filhos do interdito.

Resta acrescentar sobre este ponto que **o juiz não está vinculado à medida pedida pelo requerente**, ou seja, pode dar-se o caso de o requerente pedir a interdição e o juiz optar por instaurar a inabilitação ou vice-versa. Isto em resposta ao princípio da oficiosidade: é o juiz quem avalia a situação e, contrapondo os factos aos pressupostos legais, decreta a medida mais adequada.

Nos termos do **Art.º 142 n.º1** pode ser nomeado, em qualquer altura do processo, um **tutor provisório** que celebre em nome do interditando, com autorização do tribunal, os atos cujo adiamento possa causar-lhe prejuízo.

Valor dos atos praticados pelo interdito

O regime legal, aplicável à generalidade dos negócios jurídicos, obriga-nos a distinguir três períodos:

→ Anteriormente à publicidade da ação

Acerca do regime destes atos, isto é, acerca das **condições de anulação**, rege o **Art.º 150**, cuja estatuição remete para o disposto acerca da **incapacidade accidental**. A incapacidade accidental está prevista e regulada no **Art.º 257**: a declaração negocial feita por quem se encontrava acidentalmente incapacitado de entender o sentido dela ou não tinha o livre exercício da sua vontade é anulável, desde que o facto seja notório ou conhecido do declaratário.

Não há, portanto, que fazer hoje qualquer distinção entre a hipótese de o incapaz por anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira vir a ser posteriormente interdito e a hipótese de nunca chegar a ser decretada a interdição, ao contrário do que acontecia no código de Seabra. De qualquer das formas, **a anulabilidade tem, como condições necessárias e suficientes, os seguintes requisitos**:

- Que, no momento do ato, haja uma **incapacidade de entender o sentido da declaração negocial ou falta de livre exercício da vontade**;
- Que a incapacidade natural existente seja **notória ou conhecida do declaratário**. Nos termos do **Art.º 257 n.º2** notório é um facto que uma pessoa de normal diligência poderia notar.

Neste caso há uma vantagem em relação às situações ditas normais de incapacidade accidental, pois **não é necessário demonstrar que o negócio tenha causado prejuízo ao interdito**. Esta é uma questão fundamental porque tem um grande impacto junto de terceiros.

→ Depois do registo da sentença de interdição definitiva

Os negócios jurídicos praticados neste período estão feridos de **anulabilidade**, nos termos do **Art.º 148**. Quanto ao prazo para a invocação da anulabilidade e às pessoas com legitimidade para a arguir, é aplicável com as necessárias adaptações o **Art.º 125**, por força do **Art.º 139**.

Podem assim requerer a anulação o **representante do interdito** durante a vigência da interdição, no prazo de um ano a contar do conhecimento do negócio, o **próprio interdito**, no prazo de um ano a contar do levantamento da interdição, e **qualquer herdeiro deste**, no prazo de um ano a contar da morte do incapaz. Por outro lado, trata-se de **uma invalidade sanável por confirmação** das pessoas com legitimidade para a invocar.

Resta acrescentar que **a anulação não pode ser excluída** mediante a alegação de intervalo lúcido do demente, falta de prejudicialidade do ato ou desconhecimento, pela contraparte, da interdição.

→ Na pendência do processo de interdição

Se o ato foi praticado depois de publicados os anúncios da proposição da ação, exigidos pelo código de processo civil, e a interdição vem a ser decretada, haverá lugar à **anulabilidade**, desde que se **mostre que o negócio causou prejuízo ao interdito**, nos termos do **Art.º 149**.

Se o sujeito morrer no decorrer da ação pode o processo continuar a pedido do representante para que se verifique se de facto seria decretada a interdição ou não. Isto só é possível se antes da morte já existir o relatório do perito e a necessária conclusão do mesmo, bem como do interrogatório promovido pelo juiz. Esta nuance insere-se no âmbito do **Art.º 148** e **Art.º 149**, sendo um caso de pós personalidade jurídica.

Cessação da incapacidade dos interditos

A incapacidade dos interditos não termina, sem mais, com a cessação da incapacidade natural. Torna-se necessário o **levantamento da interdição**. Podem requerer o levantamento o **próprio interdito** ou **qualquer das pessoas com legitimidade para requerer a interdição**. Tudo isto nos termos do **Art.º 151**.

Inabilitação

Ao contrário do que acontece com a interdição, para os casos sujeitos a inabilitação vigora o **instituto da assistência**. Isto porque **não são situações tão graves** como a interdição. Sem prejuízo do que foi dito, vamos aqui aplicar o regime da interdição com as devidas adaptações.

A inabilitação não gera uma incapacidade genérica, **reporta-se a determinados atos ou conjunto de atos**, pelo que a sentença tem de especificar quais os atos que têm de ser praticados pelo curador.

Pressupostos para a inabilitação

Trata desta matéria o **Art.º 152**. São então elegíveis para o instituto da inabilitação os sujeitos cuja anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira, embora de carácter permanente, não seja tão grave que justifique a interdição. Basicamente, são **indivíduos que se revelem incapazes de reger o seu património**, estando ainda incluídos aqueles que abusam de bebidas alcoólicas ou estupefacientes.

Visto que a inabilitação incide mais sobre questões patrimoniais, basta que se **prove a existência de um perigo atual de atos prejudiciais ao património**, mesmo que se não tenha verificado ainda um dano concreto.

A incapacidade dos inabilitados não existe pelo simples facto da existência das circunstâncias referidas no **Art.º 152**. Torna-se necessária uma **sentença de inabilitação**, no termo de um processo judicial, à semelhança do que acontece com as interdições. A sentença pode determinar uma extensão maior ou menor da incapacidade.

Meios de suprir a incapacidade por inabilitação

Já foi dito que a incapacidade dos inabilitados é suprida pelo **instituto da assistência**. Nos termos do **Art.º 153 n.º1**, os inabilitados são assistidos por um **curador**, ficando **sujeitos à sua autorização para os atos de disposição do seu património**, bem como todos aqueles que estiverem especificados na sentença de inabilitação. Nos termos do **Art.º 153 n.º2**, a autorização do curador pode ser judicialmente suprida.

Pode, todavia, determinar-se que a administração do património do inabilitado seja entregue pelo tribunal ao curador, tal como estatui o **Art.º 154 n.º1**. Se assim for, funciona como forma de suprimento da incapacidade o **instituto da representação**. Como já é perceptível, a pessoa encarregue de suprir a incapacidade dos inabilitados é designado pela lei por curador. Podemos dizer que, enquanto para a interdição a única forma de suprir a incapacidade por esta gerada é a representação, nos casos de inabilitação podemos ter a assistência e ainda a representação também, consoante o caso concreto.

Acrescenta o **Art.º 154 n.º2** que, no caso de o património ser entregue ao curador, haverá lugar à **constituição de um conselho de família e designação de um vogal que, como subcurador, exerça as funções que na tutela cabem ao protutor**. Nos termos do **n.º3**, o curador deve prestar contas da sua administração.

O curador, ao contrário do tutor, não pode tomar quaisquer medidas sobre a esfera pessoal do inabilitado, isto porque, como já vimos, a inabilitação tem uma incidência patrimonial e não pessoal.

Nos termos do **Art.º 142 n.º1** **pode ainda ser nomeado um tutor provisório** que pratique, com a autorização do tribunal, os atos cujo adiamento prejudique o interditando. Isto no decorrer da ação.

Valor dos atos praticados pelo inabilitado

A lei não regula diretamente este problema, sendo aplicáveis as disposições que vigoram acerca do valor dos atos dos interditos, por força do **Art.º 156**. Há que aplicar, portanto, os **Art.ºs 148, 149 e 150**.

As características da anulabilidade são, com as necessárias adaptações, as do **Art.º 125**, aplicável por remissão dos **Art.ºs 139 e 156**.

Quando cessa a incapacidade dos inabilitados

A incapacidade por inabilitação só cessa quando for levantada a inabilitação. O **Art.º 155** contém, acerca do **levantamento da inabilitação**, um regime particular. Estabelece-se, quando a inabilitação tiver por causa a prodigalidade ou abuso de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes, o seu levantamento exige as condições mínimas:

→ Prova de cessação daquelas causas de inabilitação;

- Decurso de um prazo de 5 anos sobre o trânsito em julgado da sentença da inabilitação ou da sentença que desatendeu um pedido anterior de levantamento.

Na opinião do professor Mota Pinto, a razão de ser do período de 5 anos é a sujeição do inabilitado a um período de prova, para evitar o risco de dissimulação ou fingimento, acerca da sua regeneração. Tal risco não existe, dadas as causas respetivas, nas interdições e na inabilitação por anomalia psíquica.

DIREITOS DE PERSONALIDADE

Designa-se por esta forma um certo número de **poderes jurídicos pertencentes a todas as pessoas, por força do seu nascimento**. Como nos diz o professor Mota Pinto, toda a pessoa jurídica é titular de alguns direitos e obrigações. Mesmo que, no domínio patrimonial lhe não pertençam por hipótese quaisquer direitos, o que é praticamente inconcebível, a pessoa é sempre titular de um certo número de direitos absolutos, que se impõe ao respeito de todos os outros, incluindo o Estado, e que incidem sobre os vários modos de ser físicos ou morais da sua personalidade. São os chamados **direitos de personalidade**.

As principais características dos direitos de personalidade são:

- **Generalidade** – isto significa que todos sem exceção gozam deles;
- **Absolutidade** – são absolutos, oponíveis a todos, por outras palavras, gozam de uma oponibilidade *erga omnes*. Assim, o direito de personalidade permite ao seu titular que exija que todos acatem as condutas necessárias à realização do seu direito. A violação de alguns desses aspetos de personalidade é mesmo um facto ilícito criminal, que desencadeia uma punição estabelecida no código penal. Isto reflete-se não só a nível de responsabilidade penal, mas também a nível de responsabilidade civil, tal como nos diz o **Art.º 70 nº2**.
- **Não patrimoniais ou extrapatrimoniais** – este é um aspeto um pouco mais delicado do que os anteriores. Estes direitos não têm, em si mesmos, um valor económico, mas é facto que as suas violações podem originar reparações em dinheiro. Esta questão tem ainda incidência a outros níveis. Tomemos como exemplo o direito à imagem, em relação ao qual o CC admite a possibilidade de ser transacionável, mas sempre de acordo com a figura específica de limitação voluntária dos direitos de personalidade, presente no **Art.º 81**.

Os direitos de personalidade incidem sobre a vida da pessoa, a sua saúde física, a sua integridade física, a sua honra, a sua liberdade física e psicológica, o seu nome, a sua imagem, a reserva sobre a intimidade da sua vida privada. É um círculo de direitos necessários, um conteúdo mínimo e imprescindível da esfera jurídica de cada pessoa.

Apesar de, na teoria civilista, estes direitos apenas corresponderem a relações entre os privados, equivalem aos direitos fundamentais em direito público e alguns deles nem pressupõem a existência de uma relação prévia (Exemplo – direito ao bom nome).

Diz-nos o **Art.º 70 n.º1** que **a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral**. Este preceito, bem como a sua epígrafe (“tutela geral da personalidade”) abrem a porta a mais direitos de personalidade do que aqueles que estão consagrados no CC, sendo exemplo disso o direito de liberdade de trabalho que, apesar de não estar aqui enumerado, é tutelado por recurso a esta disposição. Entre o **Art.º 70** e o **Art.º 81** estão identificados alguns dos mais importantes direitos de personalidade, muitos outros estão na Constituição e, como já foi dito, muitos outros são tutelados por este regime, apesar de não serem referidos nestes artigos.

O **Art.º 70 n.º2** prevê a **sanção a qualquer ofensa a estes direitos**, onde, além da **responsabilidade civil**, se prevê a faculdade de requerer as **providências adequadas** ao caso concreto.

Existia uma discussão em torno da questão de perceber se estes direitos se estendem às pessoas não humanas e coletivas, no sentido de ser ou não possível que gozem do mesmo catálogo que as pessoas singulares. Hoje já não existe esse problema por força do **Art.º 12 CRP** que veio **estender os direitos das pessoas singulares, nomeadamente os direitos de personalidade, às pessoas coletivas**. Estamos a falar do direito ao bom nome, à proteção das cartas missivas confidenciais e, até certo ponto, no direito à reserva da intimidade e da vida privada.

Dito isto, importa perceber que estes são **direitos indeligiáveis da pessoa humana e da sua dignidade**, sendo por isso indispensáveis para a realização do homem enquanto ser humano e na sociedade. Os direitos de personalidade correspondem sempre aos chamados **bens de personalidade**. Estes são **realidades capazes de satisfazer necessidades, objetivamente apreciados, ou apetências, em sentido subjetivo**. Existem três categorias de direitos de personalidade:

- Numa primeira categoria há uma perspetiva de o ser humano enquanto **ser biológico**, encontram-se aqui os direitos correspondentes à defesa da vida, da integridade física, da saúde e outras necessidades vitais como o descanso;
- Numa segunda categoria, perspetivamos o ser humano enquanto **ser moral**, neste sentido relevam aspetos como o nome, imagem e identidade.
- Por fim, temos a tutela do ser humano enquanto **ser social** e temos a proteção da família, bom nome, reputação e honra.

Estes direitos caracterizam-se ainda por uma **dupla inerência**:

- Numa primeira vertente temos a sua **intransmissibilidade**, isto é, a sua posição ativa não é transmissível. Isto significa que um direito de personalidade nasce na esfera do seu titular e aí permanece até à sua extinção e, nessa perspetiva, o direito de personalidade está indissociavelmente ligado ao bem de personalidade que se destina a proteger, podendo, conseqüentemente, ser acionado onde quer que esteja esse bem correspondente (Exemplo – uma circulação de escritos difamatórios sobre alguém. A pessoa pode atuar onde quer que se encontrem esses escritos). Isto significa também que o titular não carece de qualquer intermediário para o exercício dos seus direitos de personalidade.
- Numa segunda vertente, temos a sua **insubstituibilidade**, por outras palavras, não posso trocar o meu direito à imagem pelo direito ao nome de outra pessoa. Podemos limitar voluntariamente os nossos direitos de personalidade, mas nunca trocar ou substituí-los.

Prevalência dos direitos de personalidade sobre outros. Conflitos entre os primeiros.

Direitos de personalidade c. outros direitos

A primeira grande questão neste tópico prende-se sobre perceber se **os direitos de personalidade prevalecem sobre quaisquer outros de natureza diferente**.

Existe uma tendência muito nítida para fazer prevalecer os direitos de personalidade sobre os outros, não há, no entanto, nada que o determine. Temos normalmente sobre este tema a invocação do **Art.º 18 CRP**, em que se entende que o mais importante é **salvaguardar o núcleo essencial de ambos os direitos**. Outro preceito que trata deste tema é o **Art.º 335 n.º1**, estatui este que no caso de haver uma colisão entre direitos iguais ou da mesma espécie, **devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito**, sem maior detrimento para qualquer das partes.

O problema é que este **Art.º 335 n.º1** tem um pressuposto que restringe o seu âmbito de aplicação, ou seja, **trata de direitos “iguais ou da mesma espécie”**. Isto significa que em caso de colisão entre um direito de personalidade e um direito real, por exemplo, pouca ajuda será daqui retirada.

É neste sentido que surge o **Art.º 335 n.º2**, segundo os qual **deve prevalecer o direito que deva considerar-se superior, em caso de colisão de direitos de natureza diferente**. Este **n.º2** comporta dois problemas:

- Em primeiro lugar **não nos diz quais os direitos que devem ser considerados como superiores** nem apresenta qualquer critério para essa escolha;
- Em segundo lugar, **não existe qualquer relação de prevalência absoluta**.

Imaginemos que o professor vive no primeiro andar de um prédio que tem um bar no rés do chão. Acontece que esse bar é muito barulhento, mas tem licença de barulho até às quatro da manhã. Temos aqui a colisão entre o direito ao descanso do professor e o direito à livre iniciativa privada do dono do bar. Aplicando o **Art.º 335 n.º2**, se chegássemos à conclusão de que o direito ao sono, por ser um direito de personalidade, é mais importante do que o direito à livre iniciativa privada, então este segundo não poderia interferir de forma alguma com o primeiro.

Acontece que isto nunca é uma boa operação e **o ideal é sempre uma convivência saudável entre os dois direitos**, neste caso não parece correto que o direito ao repouso aniquile por completo o direito à livre iniciativa privada, nem que aconteça o contrário. A solução ideal é a **depuração do direito à livre iniciativa privada, mas procurando salvaguardar o seu núcleo essencial, tutelando simultaneamente o direito ao repouso**. Isto seria possível se fosse imposto ao dono do bar que adotasse, por exemplo, medidas de isolamento sonoro. Isto significa que o bar continuaria a funcionar e os problemas de repouso do professor seriam resolvidos.

O importante a reter neste tópico é que a prevalência de que fala o **Art.º 335** nunca é absoluta, **vamos tutelar na medida do possível os dois direitos, ainda que com preferência por um deles**. O direito que à partida seria preterido tem que ser salvaguardado, não podendo ser totalmente sacrificado.

Existem **duas coordenadas** das quais não nos podemos esquecer quando estamos perante uma **situação de colisão** entre um direito de personalidade e outro de natureza diferente:

- Em primeiro lugar, **existem direitos de personalidade que nunca podem ser postos em causa**, devendo por isso **vigorar em absoluto** e em todas as suas dimensões (Exemplo – direito à vida).
- Em segundo lugar, a própria **lei descarta a possibilidade de existirem limitações convencionais aos direitos de personalidade em certos casos** e, assim sendo, existem determinados negócios jurídicos que, quando incidentes sobre direitos de personalidade, são nulos. Um exemplo disso é que não podemos ceder o nosso direito à imagem por 50 anos.

Um importante aspeto a reter nesta matéria é que a preferência sobre um e outro direito nunca deve ser absoluta, sendo que devemos sempre procurar que pelo menos o núcleo essencial de ambos fique salvaguardado.

Conflitos entre direitos de personalidade

O segundo grande problema a ser tratado neste segmento é o da **concorrência entre dois ou mais direitos de personalidade**. Em princípio não existe qualquer hierarquização entre os direitos de personalidade, sendo que o único que pode ser destacado é o **direito à vida**, visto que os outros são igualmente considerados como fundamentais para a construção do Homem na sociedade.

Há um aspeto que não se encontra objetivado na lei, como nos diz o professor Paulo Cunha, **“o direito é puro bom senso refinado”**. A partir daqui, é relativamente óbvio que vamos preferir o direito à integridade física se este se encontrar num possível conflito com o direito às cartas missivas confidenciais. Isto até porque, em alguns casos, a violação do primeiro pode levar a danos irreversíveis ou definitivos (Exemplo – pessoa que perde um braço). Podemos então retirar daqui que **sempre que esteja em causa uma consequência irreversível, a tutela desse direito deve prevalecer sobre o outro que não leve a algo “tão radical”**.

Outras classificações no âmbito dos direitos de personalidade

Dentro deste tema, temos de fazer a distinção entre **direitos de personalidade necessários** e **direitos de personalidade eventuais**:

- Os **direitos de personalidade necessários** existem logo que exista uma **pessoa singular**, tais como o direito à vida, à integridade física e moral. Basicamente são **direitos que não existem em contexto de pessoas coletivas**, sob pena de considerarmos que a dissolução de uma sociedade ou extinção de uma associação significam violações do direito à vida. Outro exemplo é não podermos considerar que as pessoas coletivas têm direito à integridade moral, visto que não têm uma consciência ética.
- Quanto aos **direitos de personalidade eventuais**, estes **dependem da existência dos respetivos bens de personalidade que visam tutelar**. São exemplos desta categoria o direito ao nome e o direito às cartas missivas confidenciais.

Esta classificação tem muitos efeitos práticos, sobretudo no que diz respeito ao **ónus da prova**: nos primeiros basta invocarmos o direito e temos de provar apenas que houve uma clara e evidente violação. Já **no que diz respeito aos segundos, temos de alegar e provar a existência do próprio bem de personalidade e só depois é que vamos partir para a questão da violação em si**.

Olhando aos direitos de personalidade necessários, seria absurdo termos de provar a nossa vida ou a nossa condição física para termos direito à proteção do direito à vida e do direito à integridade física respetivamente. No que diz respeito ao segundo tipo, se queremos que haja a proteção da nossa correspondência privada, temos de provar em primeiro lugar que ela existe e só depois é que vamos provar que foi, de facto, violada.

O regime que encontramos no código civil permite ainda que façamos a distinção entre **direitos de personalidade limitáveis** e **direitos de personalidade ilimitáveis**. Exemplo da primeira categoria é o direito à imagem e da segunda o direito à vida.

Temos ainda a questão dos **direitos de personalidade patrimoniais**, que **facultam ao seu titular a possibilidade de deles retirar vantagens de tipo económico**, como é o caso do ator que rentabiliza a sua imagem para obter rendimentos. Do lado oposto temos os **direitos de personalidade não patrimoniais, que não têm uma dimensão económica**. Por princípio, os direitos de personalidade limitáveis coincidem com os direitos de personalidade patrimoniais, sendo que os direitos de personalidade ilimitáveis correspondem aos direitos de personalidade não patrimoniais.

Outra classificação que se põe é entre os **direitos de personalidade nominados** e os **direitos de personalidade inominados**. **Os primeiros estão referidos na lei e os segundos não, sendo que estes são abrangidos pela cláusula aberta do Art.º 70.** A existência desta cláusula é uma das razões que nos leva a admitir a existência de direitos de personalidade que, não estando catalogados na lei, são indispensáveis para o Homem. Um exemplo de um direito inominado que importa destacar é o direito ao descanso.

Finalmente, podemos ainda fazer a distinção entre os **direitos de personalidade típicos** e os **direitos de personalidade não típicos**. **Típicos são todos aqueles que dispõem de um regime consignado na lei**, o que diz respeito ao seu exercício e limitação (Exemplo – Art.º 75, cartas missivas confidenciais; Art.º 79, direito à imagem).

Regra geral, os direitos de personalidade típicos são nominados, mas podem não o ser. Exemplos de direitos típicos inominados são o direito à vida e o direito à integridade física. Estes são típicos, por força da aplicação do **Art.º 70 nº2**, mas, no entanto, mesmo sendo dos direitos mais importantes, não se encontram nominados.

A grande **vantagem dos direitos de personalidade que estão catalogados no Código Civil face aos que se encontram na Constituição** é que **nos primeiros temos a possibilidade de lançar mão de um conjunto de providência adequadas**, do ponto de vista da responsabilidade civil, e também um conjunto de providência cautelares. A isto acrescentamos ainda o **Art.º 81** que parametriza um **regime próprio para as limitações voluntárias aos direitos de personalidade**, coisa que não existe na Constituição.

Questões de direitos de personalidade relacionadas com as pessoas coletivas

Já sabemos que os direitos de personalidade foram historicamente desenvolvidos e vocacionados para as pessoas singulares, mas, hoje em dia, **todas as constituições políticas estendem às pessoas coletivas um conjunto destes direitos**.

Desde logo, nos anos 40, a jurisprudência encarregou-se de reconhecer a fruição de certos direitos de personalidade às pessoas coletivas. Isto porque, por exemplo, a desonra das pessoas coletivas, nomeadamente no que diz respeito ao seu direito ao bom nome, acaba por se repercutir nas pessoas singulares que a integram e que lhe servem de suporte.

Uma vez que a reação individual de cada um dos membros seria inviável, há que reagir coletivamente, ainda que os bens em jogo sejam indiscutivelmente bens de personalidade. Encontramos no **Art.º 484** a **tutela da ofensa ao crédito e ao bom nome das pessoas coletivas**, o qual estatui que o responsável por estes danos verá surgir na sua esfera jurídica uma obrigação de indemnizar.

Outro exemplo pertinente é o do **Art.º 280** que cria a **necessidade de sujeição aos bons costumes e à ordem pública**. É verdade que estes são conceitos que por vezes coincidem, mas não podemos cair no erro de considerar que são o mesmo. Ao nível das pessoas coletivas isto tem repercussões, sobretudo pela obrigatoriedade de regras de conduta sexual e familiar que se estendem a todas as sociedades. Voltaremos a estes conceitos.

A violação dos direitos de personalidade

A violação de um direito de personalidade implica, desde logo, **responsabilidade civil para aquele que ameaça ou pratica mesmo a violação**. A **indenização** neste contexto tem uma **função ressarcitiva**, mas pode ter também uma **função compensatória**, nos casos em que não seja possível reprimir o *status quo ante*, sendo exemplo disso mesmo a ocorrência de danos morais não patrimoniais. Além do exposto, existem muitos autores que defendem, na senda da lógica anglo saxónica, os chamados **punitive damages**, isto é, uma **indenização que tem por objetivo desincentivar o agressor** de praticar atos semelhantes no futuro.

Para efeitos indemnizatórios **tem de haver dolo ou mera culpa**, bem como um **nexo de causalidade entre o facto e o dano**. Estes são os requisitos do **Art.º 483** sobre a indenização.

Existem ainda outras questões no âmbito do **Art.º 70**. É exigível um certo **grau de gravidade** para que o direito possa intervir nestas situações, ou seja, os mecanismos facultados pelo **Art.º 70 nº2** não podem ser desencadeados por qualquer situação. O grande problema está em determinar este tal nível de gravidade, que não se traduz em montantes, números, mas antes no **grau de seriedade e juridicidade da situação concreta**.

Outra questão é aquela que anda em torno do conceito de **ameaça**, referido pelo **Art.º 70 nº2**. O termo “ameaça” é tido, neste contexto, como uma **ofensa iminente a um direito de personalidade, independentemente da intenção do possível agressor**. No caso de ser uma **ofensa**, já temos uma **ação consumada**. A grande diferença aqui é que, no primeiro caso, vão ser tomadas as providências adequadas para impedir a consumação da ameaça, enquanto que no segundo caso vão se tomadas medidas para atenuar os efeitos da ofensa já consumada.

No caso de uma publicação lesiva à honra e à boa imagem de um qualquer sujeito, o que se pode fazer é obrigar a mesma pessoa que fez esta publicação a publicar um outro artigo que desminta o anterior, pedindo desculpa ao visado pelos danos que hajam sido causados. Esta situação é muito comum no âmbito do abuso da liberdade de imprensa.

O conceito “**providências adequadas**” patente no **Art.º 70 nº2** é um conceito suficientemente amplo para **abranger tanto atuações positivas** (obrigações de *facere*) **como atuações negativas, ou omissões** (obrigações de *non facere*). Por exemplo, se o Manel é assediado constantemente por uma colega sua, pode requerer uma ordem judicial de afastamento, mas, por outro lado e noutra situação, podemos ter um ato administrativo que determine a demolição de um estabelecimento demasiado barulhento numa zona residencial. Noutros casos distintos, podemos ter ainda a destruição de documentos ou uma sanção pecuniária compulsória para que uma pessoa cesse determinado comportamento prejudicial.

Outro aspeto importante é o de que **os direitos fundamentais estão rodeados dos chamados deveres acessórios**, cujo objetivo é **assegurar a sua integridade, bem como a manutenção dos respetivos bens de personalidade** dentro de um aproveitamento ético.

Sobre este tema, temos, por exemplo, os deveres de informação que precedem qualquer ato médico. Isto entende-se porque, regra geral, um ato médico é um ato invasivo, que mexe com a integridade física da pessoa, logo mexe de certa forma com o seu direito à integridade física. Para que a pessoa aceite de forma livre e consciente essa intromissão, surge na esfera jurídica do médico o dever acessório de informação. **Este dever está funcionalizado de forma a garantir institucionalmente o direito de personalidade** à integridade física.

Como já vimos, nas situações de conflito entre direitos existe uma clara tendência em atribuir primazia aos direitos fundamentais, dado que estes se encontram catalogados na nossa Constituição. O grande problema é que existe uma cláusula aberta na própria Constituição que leva à ideia de que podemos “fundamentalizar” todos os direitos, sobretudo os de natureza patrimonial.

Outro critério que normalmente é rejeitado pela doutrina, mas **que tem tido uma relevante aplicação prática** é o da **antiguidade dos direitos**. Voltando do exemplo do bar barulhento: se o bar já existe há 10 anos naquele sítio e eu só me mudei para lá agora, deveria ter tido a diligência de me informar sobre esse aspeto quando comprei a habitação.

Acontece que, num espectro mais amplo, **o direito constituído em primeiro lugar**, neste exemplo o de exploração do bar que se consubstancia no direito à livre iniciativa privada, **origina uma situação de confiança jurídica digna de tutela**. Outro exemplo: se uma pessoa constrói uma casa nas imediações de uma fábrica extremamente barulhenta, não podemos exigir aos proprietários da fábrica, que já lá existia, que a encerrem do dia para a noite porque agora existe ali uma moradia. Neste exemplo da fábrica, a nossa tendência seria a de dizer que as pessoas têm direito ao descanso, à integridade física e psicológica, à saúde, entre outros. Mas, do outro lado, temos o direito à livre iniciativa privada que, além de ser um direito de personalidade, é um direito constitucionalmente protegido.

A antiguidade dos direitos tem sido assumida e bem, na opinião do professor Zenha Martins, como critério para determinar a resolução deste tipo de conflitos, tendo muito em vista a tutela da confiança legitimamente criada. A pessoa tem uma situação estável, confia nela e não é em função de uma alteração posterior que deve perder essa situação, bem como a sua tutela.

Além de ser um direito mais antigo, não nos podemos esquecer que a uma fábrica estão associados, em princípio vários, postos de emprego, logo há ainda que ter em conta o balanço entre o direito da família da casa (três ou quatro imaginemos) e os diversos trabalhadores que veriam o seu direito ao trabalho afetado se a fábrica fosse fechada. Isto porque não estaria apenas o direito à livre iniciativa do proprietário a ser suprimido, mas o de todos os trabalhadores que, em princípio, dependem daquela fábrica para o seu sustento.

Limitação voluntária dos direitos de personalidade

Só um Estado altamente paternalista impede que os cidadãos disponham dos seus direitos de personalidade, sendo estes considerados posições indissociáveis da própria personalidade das quais o sujeito pode retirar determinadas vantagens.

A disposição de um direito, mesmo que seja um direito de personalidade, é também uma forma de exercício desse direito. Deve reconhecer-se por princípio a possibilidade de obter vantagens com esse direito, vantagens essas que não seriam possíveis senão pela limitação voluntária do mesmo.

Aquilo que se proíbe de uma forma incontornável, tanto nos direitos fundamentais como nos direitos de personalidade, **é uma alienação ou limitação perpétua.** Isto significa que **a temporalidade é um requisito que tem que estar obrigatoriamente preenchido** nos casos de limitação dos direitos de personalidade.

Um aspeto importante no que diz respeito ao **Art.º 81** sobre a limitação voluntária dos direitos de personalidade é que **toda a limitação voluntária,** ato esclarecido e consciente, **é nula se for contrária à ordem pública,** isto é, o superior interesse da comunidade. Podemos então considerar que este artigo consagra um princípio de admissão no que diz respeito à limitação voluntária dos direitos de personalidade, mas essa possibilidade termina onde começa o conceito de ordem pública.

Além da ordem pública como condição de licitude para a disposição de um direito de personalidade, temos o **requisito da determinabilidade.** Não podemos dispor dos nossos direitos de personalidade em branco, **tem que estar densificado o suficiente,** ao ponto de ser reconhecido pelo ordenamento jurídico. Este requisito não é exclusivo da regulação dos direitos de personalidade e, no fundo, diz respeito à **determinabilidade do objeto do negócio jurídico.** Sobre este assunto temos o **Art.º 400** que nos diz que o objeto não tem que estar determinado, mas tem que ser determinável, **sob pena de o negócio jurídico em causa ser nulo.**

Além destes dois critérios, temos ainda a questão da **sujeição aos bons costumes,** referidos no âmbito do **Art.º 280** sobre os requisitos do objeto negocial. Isto aparece aqui porque a limitação voluntária dos direitos de personalidade pode ser vista como um negócio jurídico unilateral. Neste sentido, não pode essa limitação ser contrária à ordem pública, nem aos bons costumes. Apesar destes conceitos serem, por vezes, coincidentes, não são mesmo. **Tem-se feito uma aplicação do conceito dos bons costumes mais para questões relacionadas com a família e a sexualidade.**

De volta ao **Art.º 81.** A natureza dos direitos de personalidade corresponde a uma situação na qual se deve reconhecer ao titular a faculdade de livre disposição e fruição dessas posições jurídicas. **O direito de personalidade enquanto tal não é alienável na sua globalidade. Mas isto não impede a existência de restrições naturais** aos mesmos, que até podem passar pela transferência do seu gozo para outra pessoa.

Essa **limitação tem que ser sempre voluntária** e muitas vezes deriva da fisiologia do contrato que celebramos. O que é relevante no **Art.º 81** é que, além deste implicar a celebração de um negócio jurídico, faz com que exista uma expectativa em relação a esse mesmo negócio jurídico. Isto inviabiliza a aplicação de figuras como a sanção pecuniária compulsória.

Acontece que, em muitas das vezes que estamos a limitar voluntariamente um dos nossos direitos de personalidade, estamos a fazê-lo por meio de um negócio jurídico com outras pessoas, sendo um exemplo muito frequente disso os modelos que cedem

a sua imagem às companhias publicitárias. Dita o **Art.º 81 n.º2** que a limitação voluntária é sempre revogável, mas pode dar-se o caso de termos uma obrigação de indemnizar essa outra parte por danos causados às suas legítimas expectativas.

Com a exceção de determinados direitos que, por definição até tornam artificiosa a distinção entre aquele direito e a sua fruição (caso do direito à vida em que não podemos conceder a sua fruição a outras pessoas), a grande restrição que se aplica é o conceito da ordem pública e dos bons costumes, como já foi referido a propósito deste tema.

Análise individual dos direitos de personalidade presentes no código civil

Ofensa a pessoas já falecidas

Este direito vem previsto no **Art.º 71**. Temos aqui uma situação que diz respeito à memória do falecido. A doutrina diverge no que toca aos mecanismos à nossa disposição para nos defendermos das ofensas a este direito de personalidade. O **professor Oliveira Ascensão**, por exemplo, **defende que não podemos falar aqui em pedidos de indemnização e que a defesa deste direito se esgota na tomada de providências adequadas**. Este argumento tem por base o **Art.º 71 n.º2**, que refere precisamente a possibilidade de serem requeridas as “providências previstas no n.º2 do artigo anterior [**Art.º 70 n.º2**]”.

Por outro lado, o **professor Mota Pinto** entende que neste caso **pode haver responsabilidade civil**, isto é, pode surgir o direito de ressarcimento dos danos que tenham sido causados à memória do falecido. A base deste argumento está na base deste considerar que a tutela deste artigo incide também sobre as pessoas referidas pelo seu **n.º2**, nomeadamente o cônjuge sobrevivente, qualquer descendente, ascendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido. Neste ponto de vista, os interesses tutelados são também os dos seus familiares, logo surge na esfera jurídica destes o direito à indemnização pelos danos causados. São os **interesses reflexos**, na medida em que a tutela do interesse do falecido implica a tutela dos interesses dos seus familiares.

Interesse agora perceber se estas pessoas têm de agir de forma conjunta ou separada para desencadear estas providências. Isto importa esclarecer, nomeadamente para percebermos em caso de haver conflito entre os entes mencionados no **Art.º 71 n.º2**. Se, por exemplo, as filhas querem requerer as providências e o cônjuge sobrevivente se opõe, *quid juris?* Isto coloca também a questão de percebermos se aqueles entes foram postos naquela ordem por uma razão sequencial de prioridade ou não.

O problema da ordenação põe-se em dois planos distintos: por exemplo o cônjuge sobrevivente que está em conflito com o sobrinho, sendo que aquele quer intentar a ação, mas este já o tinha feito. Isto releva do ponto de vista da indemnização, dado que esta caberá, em princípio, a quem intentar a ação.

Concluimos então que **as providências podem ser requeridas de forma conjunta ou separada** e que **não existe qualquer sequência de prioridade** pela forma que estão dispostos os entes do falecido no **Art.º 71 n.º2**. O mesmo se diz em relação ao **Art.º 71 n.º3**, na medida em que qualquer das pessoas referidas no **n.º2** podem suprir a falta de consentimento. Neste caso o artigo já especifica que pode ser feita de forma conjunta ou separada.

Direito à integridade moral, ao bom nome e à reputação

Honra é a consideração pela integridade moral de cada ser humano. Há que saber distinguir:

- **honra social/externa**, que exprime o **conjunto de apreciações valorativas de que cada um goza na sociedade**;
- **honra pessoal/interna** corresponde à **autoestima ou imagem que cada um faz das suas próprias qualidades**.

Assim, a chamada honra social corresponde ao nome, à consideração que cada um de nós tem perante o coletivo, perante todos aqueles que nos rodeiam, o que por sua vez exprime o nosso bom nome. Neste sentido, **a honra não é um valor absoluto em si, é uma prática, uma fonte de vantagens de ordem pessoal e patrimonial**.

O nosso código civil não se refere expressamente ao direito à honra, mas **a sua tutela está associada ao direito à integridade moral e ao direito ao nome**. Porém, no **Art.º 484** encontramos a tutela da ofensa do crédito ou do bom nome. Esta exige **medidas de correção e reposição da verdade** que não se esgotam na responsabilidade civil. Se temos a possibilidade de receber uma indemnização por uma violação qualquer ao nosso crédito e bom nome, temos o reconhecimento de que vai ser possível requerer as providências necessárias tendo em vista a proteção desse direito.

Neste contexto, é importante olhar para o **Art.º 26 nº1 CRP**, onde se lê que “A todos são reconhecidos os direitos (...) ao bom nome e reputação (...)”. **Tem-se por atentado à honra quando um sujeito aponte a outro uma determinada característica negativa sem que a consiga provar**, isto porque se o fizer ficará, à partida, imune. Um outro aspeto importante é que tudo o que seja amputar a verdade (caso das meias verdades), bem como proceder à transmissão de um facto sugerindo algo inverso ao que resulta desse facto de modo a provocar valorações tendenciosas do mesmo, retirará àquele que usa estes expedientes a possibilidade de reivindicar a verdade dos factos que transmite (*veritas*) e poderá incorrer numa situação de atentado à honra.

Se a verdade não for cristalina e absoluta nestes casos, vamos assumir que existe um atentado à honra de outrem e, não correspondendo à *veritas*, caímos no âmbito do **Art.º 484**.

No caso de termos uma afirmação verdadeira que atente contra a honra das pessoas, podemos até desencadear este processo, isto porque nem tudo o que se diz ou se faz é para ser público, mas este aspeto veremos mais adiante quando estudarmos o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada.

Isto para dizer que **a forma como se obtém a verdade também tem influência** nestes casos, sendo que nem todas as formas de o fazer são, à partida, lícitas. Se, por exemplo, alguém coloca uma câmara na casa de outrem e depois vem narrar um acontecimento ou uma conversa, ainda que ela seja absolutamente verídica, foi obtida à custa da violação de um outro direito de personalidade, o direito à privacidade.

Neste caso, apesar de estarmos perante uma informação absolutamente verídica, não podemos ignorar que a conversa era sigilosa. Necessariamente houve aqui uma atuação ilícita e de má fé, pelo que o direito não pode fechar os olhos a este acontecimento apenas porque o conteúdo da informação é verídico. Isto significa que a *excepcio veritas*, só por si, não justifica tudo. Estas situações têm que ser avaliados casuisticamente.

Assumindo sempre que o direito à honra é um direito de personalidade, temos de introduzir dois critérios no que diz respeito à **fronteira com a liberdade de informação e comunicação**:

- **Absoluta veracidade** – ninguém pode divulgar informações falsas ou meias verdades;
- **Interesse político-social** – significa que tem de haver uma relação denexo entre a informação e o contexto em que a pessoa se situa. Isto aplica-se, por exemplo, quando falamos das dívidas de um político para com uma empresa concorrente num concurso público sobre o qual ele é que vai decidir. Caso contrário, não havendo um interesse político-social, a publicação de informações sobre a sua vida privada, no que toca às suas dívidas, seria tida como invasiva da sua esfera pessoal.

Ao contrário do que se possa pensar, isto não se cinge apenas aos jornalistas, sendo que inclui também trabalhadores que divulguem informações sobre a sua empresa, violando assim o seu dever de sigilo. É sempre necessário avaliar casuisticamente este tipo de divulgações que afetam o direito à honra e ao bom nome das pessoas singulares ou até coletivas.

Cartas missivas confidenciais

Este tema encontra a sua regulação entre o **Art.º 75** e o **Art.º 78**. Estes artigos inserem-se no âmbito dos bens protegidos, intimidade da vida privada e segredos pessoais. Isto porque **uma carta traduz um texto exarado em papel e com um destinatário**, sendo que **partimos do princípio que apenas aquele destinatário deverá ter conhecimento do seu conteúdo**.

Fazendo uma interpretação atualista, **aceitamos que a aplicação destes artigos se estenda também aos meios de comunicação confidenciais sem suporte de papel**, nomeadamente o correio eletrónico e qualquer outro método de comunicação que envolva a transmissão de dados pessoais.

O que faz com que uma carta seja missiva é a presunção de que uma carta destinada a uma pessoa em específico não se confunde com uma carta aberta ou em jornal de parede, mas a lei ainda vai mais longe do que isto. **É necessário que o destinatário guarde para si os elementos informativos do texto e não se possa aproveitar destes**, tal como estatui o **Art.º 75 nº1**.

Existem três teorias acerca da natureza confidencial das cartas missivas, ou seja, três situações que implicam este direito às cartas missivas confidenciais.

- Em primeiro lugar temos uma **teoria subjetivista**, em que a **natureza confidencial de uma carta resultará da vontade do se autor devidamente**

declarada. No entanto, esta **teoria foi afastada**, uma vez que a proteção da personalidade se aplica aos bens de personalidade, independentemente da vontade do sujeito, isto significa que **não é o titular do direito de personalidade que cria o bem de personalidade** (carta missiva, neste caso).

- ➔ Surgiram então as **teorias objetivistas**. Para estas, **a confidencialidade da carta resulta do seu teor**. Por exemplo, um advogado que escreve uma carta ao seu cliente, esta fica coberta pelo sigilo profissional, não sendo necessário que a confidencialidade seja expressa. O mesmo se aplica ao correio eletrónico de natureza privada que relevam para a intimidade do sujeito, já tendo este assunto sido sinalizado pelas partes como sendo do foro confidencial.
- ➔ A terceira e última teoria é a **teoria dos direitos de personalidade**, que pende para o seguinte:
 - A **confidencialidade é objetiva quando resulta de lei especial**, caso a lei que impõe o sigilo profissional;
 - Ou **quando resulta da boa fé**;
 - Ou **quando está em causa um direito de personalidade**.

Para esta teoria, **só quando está em causa um bem de personalidade é que estamos perante um caso digno da aplicação do Art.º 75**. Nas outras situações estaremos perante outros contextos, tais como a defesa do sigilo profissional e da boa fé. Trata-se de efetuar uma **leitura funcionalizadora da carta em relação ao bem que se encontra tutelado**. Nesta teorização dos direitos de personalidade, apenas quando está em causa o direito à imagem, à honra, ou ao crédito, é que aplicamos o **Art.º 75**. Isto **implica que a vontade do remetente da carta releve para a aplicação desta disposição e para a caracterização do documento como sendo uma carta missiva**.

Caso exista uma **violação do Art.º 75, aquele que a pratica incorre em responsabilidade civil** por todos os danos patrimoniais e morais que cause e podem ser ainda empreendidas diligências para fazer cessar o ilícito, como destruir a carta ou entregá-la ao remetente. Isto torna-se um pouco mais difícil de empreender quando estamos a falar de correio eletrónico.

A **confidencialidade une o remetente ao destinatário por intermédio de um vínculo de personalidade**. Esta união é **peçoalíssima e não se transmite aos sucessores do destinatário**, tal como estatui o **Art.º 76 n.º2**, ao dizer que o tribunal pode ordenar a restituição da carta em caso de morte do destinatário. No mesmo artigo, vemos ainda que pode também ser ordenada a destruição da carta, o seu depósito em mão idónea ou qualquer outra medida apropriada. Isto pode ser a requerimento do remetente ou, se este já tiver falecido, do cônjuge sobrevivente ou qualquer descendente, ascendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido (as mesmas pessoas enumeradas no **Art.º 71 n.º2**). Este preceito deve ser interpretado em termos restritivos.

O **consentimento para a publicação de uma carta missiva confidencial implica sempre o ato de despojar para sempre o bem de personalidade que a confidencialidade da carta visava tutelar**. O artigo que trata desta possibilidade é o **Art.º 76**.

Nestes casos, tem que se fazer intervir o **Art.º 81 nº2**, dado que, **se é uma limitação voluntária do direito à personalidade, tem o emissor todo o direito a revogar o seu consentimento.**

Apesar de existir esta possibilidade, tem-se entendido que existem certas matérias que, pelo seu carácter demasiadamente íntimo, não podem ser objeto de publicação, ainda que com o consentimento do seu autor. Isto implica uma **delimitação de um perímetro de indisponibilidade** no que diz respeito à disposição deste direito e um consentimento nestes casos seria considerado nulo.

Direito à imagem

A **imagem é a representação de uma pessoa na sua configuração exterior**. O destino que dá à imagem é, em certo sentido, dado à própria pessoa. O primeiro valor colocado em critério quando é violado o direito à imagem é o **resguardo ou intimidade da vida privada: proteger a imagem é proteger a intimidade e a tranquilidade de cada um** de nós. É perfeitamente compreensível que as pessoas não queiram ser reconhecidas em locais públicos devido a uma má fotografia sua que foi divulgada sem a sua autorização, que são os casos que o **Art.º 79 nº3** visa impedir.

Em segundo lugar, sempre que divulgamos uma imagem, raramente o fazemos em abstrato. **Em geral, associamos uma imagem da pessoa a uma qualquer notícia ou mensagem** que se queira transmitir e essa divulgação pode nem sempre ser aprazível para o próprio. **Aqui relevam também o direito ao bom nome, à honra e à reputação.**

Num terceiro plano, temos a **capacidade lucrativa que determinada imagem pode ter**. Ora, o ponto de partida aqui é que **o lucro possível deve reverter para o próprio e não para terceiros**. Há uma lógica de desconfiança quanto ao proveito lucrativo de que se possa retirar da utilização da imagem.

Diz-nos então o **Art.º 79 nº1** que **o retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio jurídico sem o consentimento dela**. Este número coloca ainda a questão de saber o que acontece à tutela do direito à imagem depois da morte, sendo que a autorização para a divulgação do retrato passa a pertencer aos referidos no **Art.º 71 nº2**. Falamos por isso num **direito pós eficaz**, isto é, que sobrevive à cessação da personalidade jurídica do retratado.

A verdade é que, **para estes casos do direito à imagem, aceita-se muitas vezes o consentimento tácito**, sendo esse o caso de uma pessoa que vai a um desfile, jogo de futebol ou qualquer outro evento público e sabe que, à partida, existe uma grande probabilidade de ser fotografada ou filmada por outras pessoas ou até mesmo por algum órgão de comunicação social.

Certo é que, **nos casos em que se exige consentimento expresso, este deve ser finalisticamente orientado**. Isto deve ser **interpretado de forma restritiva** e entra aqui muitas vezes o **princípio da proporcionalidade**. Por exemplo, se um professor pedir autorização aos alunos para tirar uma foto com eles dizendo que a vai publicar no Facebook, mas no dia a seguir essa fotografia aparece nos quadros de avisos da faculdade. Ora, uma vez que, em princípio, a margem de difusão do Facebook é substancialmente superior do que a dos quadros da faculdade, podemos argumentar que, por maioria de razão, se os alunos autorizaram que ele a colocasse no Facebook,

também autorizariam a sua colocação naquele sítio em que a margem de difusão é substancialmente menor. Apesar de tudo o que foi dito, o professor Zenha Martins entende que isto deve ser interpretado de forma restritiva.

O ordenamento jurídico tem olhado para estas situações como uma espécie de contrato, pelo que é também elemento essencial o prazo.

É preciso ter em mente que o **primeiro e principal limite** a estas atuações é a **ordem pública**, o que só por si acaba por ser um conceito demasiado amplo e elástico. Certo é que o **Art.º 79 n.º1** define o direito à imagem em termos muito amplos, mas o **n.º2** estabelece condições muito mais severas.

A doutrina tem desenvolvido a **teoria das três esferas**:

- **Esfera pública** – políticos, atores, desportistas, entre outros. Esta esfera implica **factos de interesse geral**;
- **Esfera individual social** – esta reporta-se ao **relacionamento social normal** que as diversas pessoas estabelecem com amigos, colegas e conhecidos;
- **Esfera privada** – esfera comum da pessoa **apenas acessível ao círculo familiar** ou aos amigos mais estreitos;
- **Esfera secreta** – abrange o âmbito da proteção do que **o próprio titular do direito de personalidade tenha decidido não revelar a ninguém**;
- **Esfera íntima** – reporta-se à **vida sentimental ou familiar no sentido mais estrito**. Tem uma tutela absoluta independentemente de quaisquer prévias decisões.

Tem-se entendido que **as esferas privada, secreta e íntima são inacessíveis sem autorização do próprio**. A grande exceção a essa inacessibilidade sem autorização são os retratos obtidos em locais públicos, de factos de interesse geral ou que hajam ocorrido publicamente. Aqui tudo depende das circunstâncias ou do destino das imagens captadas.

Imaginemos que estava na bancada de um jogo de futebol e depois apareço nas imagens usadas para um anúncio da Sagres. Por princípio, as imagens captadas durante o jogo apenas poderiam ser utilizadas para documentar o evento e nunca para fins publicitários que levarão a lucros económicos. Já se aparecesse na televisão no âmbito de um resumo do jogo não haveria problema.

Este exemplo resume-se ao consentimento tácito. Ao ir ao jogo de futebol sabia que me estava a sujeitar à captação de imagens minhas por parte dos meios de comunicação social.

Os valores acomodados em relação ao direito à imagem, neste sentido, são o suficiente para podermos autonomizar de igual forma o direito à palavra, dado que esta pode também ser gravada e reproduzida e a utilização desses meios pode, como já se disse, constituir uma ofensa ao que já foi exposto. Isto porque não existe um princípio de tipicidade dos direitos de personalidade e, por analogia, podemos estender o **Art.º 79** à tutela da palavra.

Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada

Este direito é tutelado pelo **Art.º 80** e acaba por ter um **âmbito mais residual**, já que o legislador autonomizou o direito à imagem e o direito às cartas missivas confidenciais. Cai no âmbito deste direito deste direito, por exemplo, a narração da vida privada de uma atriz famosa pela sua empregada doméstica.

O **Art.º 80 n.º1** apresenta um **dever absoluto de respeito** por este direito ao enunciar que “**todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem**”. Porém, o **Art.º 80 n.º2** que a extensão da **reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição da pessoa**.

Também neste direito surgem problemas de possíveis conflitos com outros, nomeadamente no que toca ao à liberdade de imprensa e liberdade de expressão. Aqui a questão não é muito diferente do que acontece no que toca ao direito à honra, pela credibilidade e impacto de que goza, a comunicação social tem de ter especial cuidado na divulgação de comunicações que possam agredir a privacidade, de tal modo que o dano causado acabe por ser irreparável. **As condições de licitude das ofensas à privacidade cometidas pela comunicação social acabam por ser as mesmas que se aplicam ao direito à honra**, isto é, **só a necessidade imperiosa do interesse público pode tornar lícita a ofensa**.

Tem-se entendido que **a vida privada cessa quando começa a vida pública**. Aqui **o fim pode justificar essa compreensão, limitação ou até amputação do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada**. Por exemplo, numa situação em que seja necessário provar a violação de um dever para obter o divórcio. A única forma de provar a violação do dever de fidelidade é provar o adultério, o que justifica uma invasão da esfera íntima da pessoa.

Não significa isto que todos os meios se tornem legítimos, mas outro exemplo é o facto de que se tem vindo a aceitar que alguém que tenha um crédito sobre outrem investigue a sua vida patrimonial, porque para passar para uma ação executiva deve conhecer os bens do seu devedor. Há que haver aqui muito **bom senso** e, acima de tudo, um certo parâmetro de **razoabilidade**.

A reserva sobre a intimidade da vida privada compreende outras dimensões. Tem-se entendido que nesta cabem também a **origem, identidade da pessoa, estado de saúde, opções estéticas, políticas** e até **religiosas**. Podemos aplicar a este direito a teoria das várias esferas, concebida para o direito à imagem de semelhante forma, tendo em vista facilitar a distinção entre os vários graus de privacidade.

O direito reconhece na privacidade um valor autónomo, na medida em que esta traduz a liberdade, independente de terceiros, que o sujeito pode tratar como bem entender. Mediante a leitura do **Art.º 80** vemos que o grande confronto aqui é entre a vida privada e a chamada vida pública. Vemos que em relação à esfera pública não existe a mesma proteção, pelo que podemos admitir que **este artigo apenas visa tutelar a esfera privada dos sujeitos**.

Depois desta exposição, podemos concluir que **a privacidade é um conceito objetivo**, mas, como nos indica o **Art.º 80 n.º2**, **a aplicação desta tutela acaba por ser altamente subjetiva**. Pedro Pais de Vasconcelos confirma, argumentando que os limites

da privacidade não são os mesmos, até para sujeitos dentro do mesmo círculo familiar. Diz ainda que esta medida, em relação ao mesmo indivíduo, pode variar de dia para dia consoante as circunstâncias em concretas em que se encontre.

Posto isto, acabamos por ser induzidos numa **aplicação restrita deste conceito objetivo**. Nos nossos dias, esta questão coloca-se muito relativamente ao controlo por microfones ou câmaras ocultas. No nosso sistema, por mais legítimo que seja o fim, usar microfones ou câmaras ocultas para saber sobre a vida privada das pessoas não é possível, dado que isso são mecanismos que num Estado de direito, à partida, exigem autorização judicial adequada.

Em segundo lugar, e isto acontece muitas vezes mesmo em matéria de prova, **aquelas que são ilicitamente obtidas são desconsideradas na sentença**, mas ainda assim dão por admitida a verificação daqueles factos que as provas contêm. Sem prejuízo de não serem formalmente usadas para estribar um juízo decisório, nomeadamente de natureza condenatória.

Outro dado importante sobre este direito é um dado subjetivo que se prende com a condição das pessoas: já vimos que a dimensão desta reserva varia de sujeito para sujeito e até de momento para momento consoante as circunstâncias em que a pessoa se encontra, assim sendo, **é perfeitamente normal que certas pessoas, pela sua condição social ou determinado cargo que ocupam** (Exemplo – políticos, governantes e figuras públicas) **vejam o seu direito sofrer compressões naturais**. Isto sem prejuízo da manutenção da sua esfera privada, mas é natural que estejam mais expostos do que as pessoas normais.

Existem violações à minha esfera que se forem feitas às de um político famoso, não serão consideradas violações, ou pelo menos não serão tão graves. Tomemos o exemplo de alguém que tenha normalmente um comportamento de procurar causar sensação em público. Sobre essas pessoas, mesmo que não exista um consentimento expresso, esse **histórico de “tentar apanhar as luzes da ribalta” legitima uma maior compressão da sua reserva privada**. Tudo isto tem que ser avaliado numa base muito casuística.

Ainda a propósito deste artigo, há mais uma questão que diz respeito ao **confronto entre revogação da limitação voluntária** a um direito de personalidade **com o incumprimento de um negócio** em que alguém limitava voluntariamente um bem de personalidade tutelado pelo seu correspondente direito de personalidade.

Já vimos que se tem admitido que, por princípio, pode haver limitações voluntárias. Não são, porém, admitidos negócios em que alguém consinta em que coloquem em causa a sua integridade física, ou que a pessoa se sujeite a experiências científicas, nomeadamente no que toca ao seu encarceramento absoluto. Também se tem admitido a possibilidade de uma pessoa se comprometer perante outra a usar só o seu nome completo para que não seja confundido com mais ninguém, por exemplo.

Uma coisa é a revogação da limitação voluntária ao direito de personalidade, outra completamente diferente é o incumprimento do contrato pelo qual se faz essa limitação. No caso dos *reallity shows*, por exemplo, existem cláusulas penais que fixam o valor da indemnização que a pessoa terá de pagar ao programa se o quiser abandonar.

A pessoa, em princípio, pode sempre revogar a sua limitação voluntária, ao abrigo do **Art.º 81 nº2**. Porém, visto que a cláusula penal, prevista pelo **Art.º 812**, se baseia no verdadeiro incumprimento, o titular do direito de personalidade perde a vantagem conferida pelo **Art.º 81 nº2**. Podemos admitir que **a vantagem da cláusula penal é o ónus da prova**. Por exemplo, se estabelecer com alguém que tenho de lhe entregar uma dada coisa até um certo dia e não entrego, e tenho uma cláusula penal, prevista pelo **Art.º 810**, que fixa a indemnização em X. O beneficiário da cláusula penal não tem de provar a dimensão dos danos em X (como teria de fazer se fosse mera responsabilidade civil); por sua vez, a outra pessoa, não querendo pagar aquele valor de indemnização, vai ter de fazer a prova negativa de que o dano não gerava danos de X, e pagar apenas o valor dos danos que conseguir provar.

PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O primeiro grande pressuposto da responsabilidade civil é **a existência de um facto** ilícito e danoso. Na maior parte dos casos olhamos para o regime do **Art.º 486**. A responsabilidade civil por omissão tem, por princípio, natureza excecional. A omissão apenas gera direito à indemnização nos casos especificados pela lei ou por força de um negócio jurídico. Tomemos por exemplo o **Art.º 492**, sobre o proprietário que deixa a sua obra ruir, bem como o **Art.º 493** sobre aquele que tem a seu cuidado coisa móvel ou imóvel, tendo a obrigação de a vigiar. Nestes dois casos, há responsabilidade civil por omissão ou falta de diligência, dado que os sujeitos em causa serão responsáveis pelos danos causados em ambos os casos.

O segundo pressuposto é a **ilicitude**, sendo que esta tem duas grandes variantes:

- ➔ A primeira tem que ver com **a violação de direitos subjetivos**;
- ➔ A segunda corresponde à ilicitude por **violação de disposições gerais destinadas a proteger direitos alheios**.

A violação dos direitos de personalidade enquadra-se na primeira situação, sendo que postula uma violação de direitos subjetivos. Depois surgem algumas questões relacionadas com a existência de um direito. Como vimos, entende-se que o direito à qualidade de vida prevalece sobre os direitos de carácter económico. Contudo, tem havido autores que defendem que, nos casos como o do bar com música alta que tem licenciamento para essa atividade, o licenciamento constitui uma presunção que de os direitos de personalidade de terceiros não são atingidos. O argumento é: se a atividade está licenciada é porque foram tomadas as diligências necessárias e, em princípio, essa atividade não ofende os direitos de terceiros. O professor Zenha Martins não concorda com esta tomada de posição.

Entra aqui também a questão relativa ao consentimento do lesado, na medida em que há direitos de personalidade que não são disponíveis mediante este mecanismo. Tomemos o exemplo do direito à integridade física, as pessoas não podem celebrar negócios jurídicos que ponham em causa a sua integridade física.

O próximo pressuposto é a **culpa**. Culpa é um **juízo de censurabilidade de uma determinada conduta**. Aí temos de ver se não existem causas de imputabilidade, nos termos do **Art.º 488** ou causas de extinção da culpa, como o medo desculpável, medo

invenível, estado de necessidade desculpante, entre outros. A **indagação da culpa** é uma tarefa muito importante em sede de responsabilidade civil e que tem um grande impacto ao nível da indemnização que possa vir a ser atribuída, de acordo com o **Art.º 474º**. Por exemplo, se for mera culpa ou negligência, a indemnização atribuída pode ser inferior ao dano causado.

O quarto pressuposto da responsabilidade civil é **concorrência de dano**. **Mesmo que exista um facto ilícito culposo, se não houver dano, não há lugar a responsabilidade civil**. Por exemplo, se tocar música para chatear o meu vizinho, mas ele está no estrangeiro, não existe qualquer tipo de dano. **Isto não significa que não possam ser desencadeadas providências cautelares ou atenuantes**. Não só os danos patrimoniais caem sobre a alçada da responsabilidade civil, também os danos não patrimoniais são ressarcíveis, tal como nos diz o **Art.º 496**.

O último pressuposto a preencher é a **imputação**. Isto significa que **os danos causados têm que ser imputáveis ao autor do facto**. Para este efeito exige-se que o juiz, ao decidir, se coloque na posição exata do agente e contraponha as circunstâncias factuais do caso à atuação que uma pessoa de normal diligência teria naquele caso concreto. **Tem-se reconhecido para este pressuposto a aplicação da teoria da causalidade adequada** ao invés da teoria da condição *sine qua non*. **Numa lógica de normalidade e causalidade adequada, não posso ser responsabilizada pelos efeitos inesperados que advêm do meu ato, pelo menos aqueles que eu, naquelas circunstâncias, nunca poderia ter previsto**. Exemplo, estamos a andar pelo corredor e deixamos cair a caneta, o segurança apanha-a e vem a correr atrás de nós para a entregar, mas enquanto faz isso tropeça e contrai um traumatismo craniano. É lógico que não posso ser responsabilizado por isso ter acontecido.

PESSOAS COLETIVAS

Espécies e caracterização

Como nos diz o professor Mota Pinto, **as pessoas coletivas são organizações constituídas por uma coletividade de pessoas ou por uma massa de bens, dirigidos à realização de interesses comuns ou coletivos, às quais a ordem jurídica atribui a personalidade jurídica**. São organizações integradas essencialmente por pessoas ou essencialmente por bens, que constituem **centros autónomos de relações jurídicas**. São autónomos mesmo em relação aos seus membros ou às pessoas que atuam como seus órgãos.

À categoria de pessoas coletivas pertencem o Estado, os municípios, os distritos, as freguesias, os institutos públicos, as associações recreativas ou culturais, as fundações, as sociedades civis, entre outros.

Quando falamos em pessoas coletivas estamos sempre a falar num **princípio de tipicidade**, ou seja, **não podem existir pessoas coletivas que não tenham correspondência na lei**. Além das supracitadas, existem outras figuras que não são bem pessoas coletivas, pelo menos à luz da sua definição jurídica, mas que vão ser objeto de estudo na cadeia, tais como as **associações sem personalidade jurídica** e as **comissões especiais**.

As pessoas coletivas são categorizáveis mediante a sua utilidade pública e ainda mediante os fins que se propõem a cumprir (desporto, turismo, transportes, outros). Recuperando os conhecimentos de direito administrativo, a utilidade pública é um estatuto concedido por um ato administrativo que comporta em si várias isenções, diferenciando assim as pessoas coletivas que recebem este estatuto das restantes.

Podemos ainda distinguir entre **pessoas coletivas nacionais**, sediadas em território nacional, **pessoas coletivas estrangeiras** e ainda **pessoas coletivas internacionais**. Estas últimas que retiram a sua personalidade jurídica da ordem internacional, são as chamadas organizações internacionais. Podemos ter ainda **pessoas coletivas comunitárias**.

Já se disse que as pessoas coletivas podem ser constituídas por uma massa de bens ou por um aglomerado de pessoas. Às primeiras damos o nome de **pessoas coletivas fundacionais** e as segundas são as **pessoas coletivas associativas**.

- As **pessoas coletivas associativas** têm um **substrato integrado por um agrupamento de pessoas singulares que visam um interesse comum**, egoístico ou altruístico. Essas pessoas ou associados organizam a associação, dão-lhe existência e cabe-lhes disciplinar a sua vida e destino. **Dirigem-na de dentro, tendo nas suas mãos, através da modificação dos estatutos ou de outras deliberações, a sorte da associação**. São elas as associações desportivas, culturais, recreativas, mutualistas, as sociedades comerciais, entre muitas outras.
- As **pessoas coletivas fundacionais ou fundações** têm um **substrato integrado por um conjunto de bens adstrito pelo fundador (pessoa singular ou coletiva) a um escopo ou interesse de natureza social**. O fundador pode fixar, com a atribuição patrimonial a favor da nova fundação, as diretivas ou normas de regulamentação do ente fundacional na sua existência, funcionamento e destino. **Criada a fundação, o fundador fica fora dela**. É a sua vontade que regula a fundação, mas tal como está fixada no ato de instituição ou nos estatutos, e não em renovadas manifestações. Ao contrário das associações ou sociedades, **a fundação é governada de fora. Os órgãos de administração da fundação, aos quais não é vedado o acesso ao fundador, devem obediência às determinações constantes da lei suprema da fundação, a qual não podem alterar**.

Temos ainda as **pessoas coletivas com fins lucrativos** e as **sem fins lucrativos**:

- **pessoas coletivas com fins lucrativos**. Quando o objeto se estabelece pela busca de lucros. Se tiver uma base associativa, estaremos perante uma **sociedade**.
- **pessoas coletivas sem fins lucrativos**. Quando não tem fins lucrativos estamos perante uma **fundação** ou, tendo uma base associativa, uma **associação**.

Esta distinção não é isenta de críticas, dado que uma sociedade pode também prosseguir fins beneméritos e o mesmo se diz em relação às associações que, para evitarem prejuízos (no limite, a insolvência) podem organizar atividades com fins lucrativos. Por isso, tem-se dito que **o fim lucrativo ou ausência dele não dita de modo fatal a posição da pessoa coletiva**.

A função económico-social do instituto da personalidade coletiva liga-se à realização de fins comuns ou coletivos, de carácter duradouro. Os interesses respeitantes a uma pluralidade de pessoas, eventualmente a uma comunidade regional, nacional ou ao género humano, são uma realidade inegável: são os referidos interesses comuns ou coletivos. Alguns desses interesses são duradouros, justificando a criação de uma organização estável.

Para a prossecução destes interesses comuns ou coletivos e duradouros pode ser conveniente ou até imprescindível estruturar uma coordenação de bens e de atividades pessoais dos interessados no espaço e no tempo. O tratamento jurídico desta organização de bens e pessoas como um centro autónomo de relações jurídicas permitirá alcançar com mais facilidade os interesses visados ou será mesmo a única forma de os alcançar.

Todas as relações jurídicas constituídas na atividade dirigida ao escopo visado são encabeçadas na **organização como centro de uma esfera jurídica. É ela o sujeito dessas relações jurídicas**, aplicando-se-lhes as normas jurídicas de direito privado nos mesmos termos em que se aplicam às pessoas singulares.

Elementos essenciais das pessoas coletivas

O direito consagra um princípio de tipicidade relativamente às formas que as pessoas coletivas podem assumir. Os tipos legais de pessoas coletivas têm quatro aspetos:

- **Órgãos essenciais;**
- **Modo de representação** (quem representa a pessoa coletiva e como é que o faz);
- **Regime da responsabilidade por dívidas;**
- Elementos que devem constar dos **estatutos da pessoa coletiva.**

Ato constitutivo

Relativamente aos **elementos essenciais**, estes dizem respeito aos elementos cuja verificação é necessária para que estejamos perante uma e aquela pessoa coletiva. Nos termos do **Art.º 158** e **Art.º 158 A**, **uma pessoa coletiva tem sempre subjacente um ato constitutivo.** Este encontra-se ainda referido no **Art.º 167**, sob a epígrafe “ato de constituição e estatutos” (das associações) e no **Art.º 168**, relativo ao modo como se efetuam alterações aos estatutos, neste caso mediante escritura pública. Relativamente às fundações, temos o **Art.º 186**.

Existem três teorias acerca do ato de constituição:

- **Teoria da norma** – defendida pelos organicistas, para os quais **o ato de constituição é uma fonte própria e autónoma que fixa regras para o futuro. Não corresponde a um contrato de negociação entre sujeitos.** Ao constituirmos uma associação, por exemplo, em termos de forma, o código civil estabelece dois mecanismos possíveis:

- **Escritura pública;**

- **Associação na hora**, ou seja, existem estatutos pré-aprovados que constituem uma associação em cerca de uma hora e já com todos os requisitos cobertos.

Em ambos os casos, os **estatutos são publicados no site do ministério da justiça**, no âmbito do controlo da legalidade.

Para que a associação tenha personalidade jurídica, tem que ser criada sob uma das duas formas supracitadas. Mediante estes mecanismos, constituiríamos uma **associação com personalidade jurídica**, mas não haveria uma negociação acerca da sua constituição, ou seja, quem concordasse estava dentro, quem não, estava fora. Daí dizer-se nesta teoria que não existe um contrato entre os intervenientes, já que estão sujeitos ao que a lei diz.

→ **Teoria do contrato** – as pessoas que defendem esta teoria vêem o ato constitutivo como um contrato de constituição, **um contrato de tipo organizatório que se destina a organizar a vida e o funcionamento de uma nova pessoa jurídica.**

Olhando para as duas teorias, podemos considerar que **a teoria da norma se aplica às fundações**, enquanto que **a teoria do contrato se aplica às sociedades.**

→ **Teoria mista** – para esta teoria, o ato de constituição tem natureza contratual. Contudo, apesar de o **ato de constituição assentar numa base contratual, os estatutos assumem uma forma mais normativa.**

No direito português não restam dúvidas de que o **ato constitutivo tem natureza contratual**, através do qual os fundadores se identificam nos termos da lei notarial aplicável e dão conta da vontade de constituir uma determinada pessoa coletiva, procedendo à aprovação dos seus estatutos.

Assim, **os estatutos são destacáveis do ato constitutivo e devem ser analisados como um documento autónomo que determina as características e o modo de atuação da respetiva pessoa coletiva.** Por exemplo, o facto de os estatutos conterem uma disposição ilegal, que posteriormente será anulada por força da lei que viola, não afeta em nada o ato constitutivo da pessoa coletiva. A verdade é que **o ato constitutivo e os estatutos são normalmente contemporâneos, mas não deixam de ser dois elementos autónomos e independentes.**

Estatutos

Em termos de **interpretação dos estatutos**, esta deve obedecer a **critérios mais rígidos e objetivos do que aqueles que são observados num mero contrato.** Esta lógica é evidenciada a partir do fenómeno de que os estatutos se depreendem da vontade das pessoas que intervieram no ato de constituição. Não faz, por isso, sentido interpretá-los à luz do **Art.º 236**, como se fossem uma declaração negocial, mas sim **de acordo com o Art.º 9 e Art.º 10 sobre a interpretação da lei e integração de possíveis lacunas.**

O código civil não impõe o conteúdo necessário dos estatutos de forma direta. Tem-se reconstruído esse **conteúdo necessário** a partir do **Art.º 167** para os estatutos das **associações** e do **Art.º 186** para os das **fundações.**

(conteúdo dos estatutos das associações)

O **Art.º 167**, apesar de fazer também referência ao ato de constituição, contém elementos que têm que estar integrados nos estatutos da pessoa coletiva. Diz-nos o **Art.º 167 n.º1** que **têm que estar integrados nos estatutos: os bens e serviços com que os associados concorrem para o património social; a sua denominação** (à semelhança da exigência de nome para as pessoas singulares, é aqui também necessário o mesmo critério para afastar possíveis confusões, o que significa que nenhuma pessoa coletiva pode ter o mesmo nome que outra); **o fim que será prosseguido** pela pessoa coletiva e a sua **sede**.

A **forma de funcionamento** das pessoas coletivas, bem como a sua **duração** (no caso de estas serem constituídas a termo), são elementos que estão sujeitos à regulação de várias normas injuntivas. Estes são também dois parâmetros que vão constar obrigatoriamente dos estatutos.

O **Art.º 167 n.º2** diz-nos que os estatutos “**podem especificar ainda**” os **direitos e obrigações dos associados**, as **condições para a admissão de novos** associados e ainda **os termos da extinção da pessoa coletiva**. A expressão retirada deste artigo significa que o **n.º2** apresenta elementos eventuais dos estatutos, enquanto que o **n.º1**, pelo contrário, indica elementos obrigatórios.

(o conteúdo dos estatutos das fundações está no Art.º 186 que abordaremos depois)

A sistematização destes elementos pode ser feita de acordo com uma lógica pessoal ou patrimonial, o que tem que ver com a necessidade de os associados, no caso das associações, e o património, no caso das fundações, concorrerem com bens ou serviços para as pessoas coletivas.

Olhando para o **Art.º 182 e)**, sobre as **causas de extinção das associações**, vemos que se não houver património, haverá uma decisão judicial que declarará a insolvência da associação. No caso das fundações, a insuficiência de bens justifica o seu não reconhecimento, tal como se lê no **Art.º 188 n.º2**.

A **denominação** da pessoa coletiva equivale ao seu nome, sendo este tutelado enquanto direito de personalidade pelo **Art.º 72**, já que o seu âmbito de proteção é estendido às pessoas coletivas. Existe, no entanto, algumas regras especiais.

A **sede** equivale ao domicílio dos particulares e deve ser fixado, como já vimos, nos estatutos da pessoa coletiva. Isto por força do **Art.º 167 n.º1**. Caso os estatutos não estabeleçam a sede da nova pessoa coletiva, o **Art.º 159** impõe que este seja o lugar em que funciona normalmente a administração principal.

Órgãos

Os órgãos das pessoas coletivas são **centros institucionalizados de poderes funcionais a exercer** pelo indivíduo ou pelo colégio de indivíduos que nele estiveram providos **com o objetivo de exprimir a vontade juridicamente imputável a essa pessoa**, tal como nos diz o professor Mota Pinto. De uma forma muito sucinta, **são as estruturas**

de organização humana permanentes que permitem à pessoa coletiva a sua autodeterminação, o exercício dos seus direitos e ainda o cumprimento das suas obrigações.

Sobre os órgãos, temos o **Art.º 162** que nos diz, em primeiro lugar, que estes são designados pelos estatutos da pessoa coletiva. Os órgãos absolutamente necessários são a **assembleia geral**, a **direção** e o **conselho fiscal**.

Neste contexto, o princípio mais importante que se retira do **Art.º 162** é o **princípio da separação de poderes**, na medida em que têm que existir no mínimo três órgãos distintos que exercem funções diferentes. Existe ainda o **princípio da colegialidade**, dado que existem órgãos que são obrigatoriamente constituídos por mais do que um sujeito, caso da assembleia geral. Outro importante é o **princípio da livre aceitação**, dado que ninguém pode ser forçado a exercer funções dentro de uma pessoa coletiva. E, por fim, o **Art.º 164 n.º2** diz-nos que as pessoas são responsáveis perante a pessoa coletiva pela sua vinculação.

Quando nos dirigimos aos titulares dos órgãos, fazemo-lo de acordo com as funções que exercem. Isto envolve também o **poder de representação**, neste uma **representação orgânica**. Esta representação é voluntária, sendo que está regulada pelo **Art.º 258**. Nos termos do **Art.º 163 n.º1**, devem os **estatutos indicar quem está encarregado de representar a pessoa coletiva**. No caso de silêncio por parte dos estatutos, define a lei que os poderes de representação pertencem à administração, tal com se lê no **Art.º 163 n.º1**.

Mediante a leitura do **Art.º 163 n.º2**, vemos que **a administração pode designar novos representantes** para determinadas situações. Diz ainda este artigo que essa designação apenas é oponível a terceiros que a conhecem, sendo então inoponível a terceiros de boa fé que desconheçam tal facto. Se o terceiro estiver perante um representante cujos poderes resultam dos estatutos este problema nunca existirá, pelo simples facto de que os estatutos são públicos e este passa então a ser um caso de falta de diligência do terceiro. Já se os poderes de representação forem atribuídos por deliberação da assembleia geral àquela pessoa, a questão é outra e impõe-se a regra do **Art.º 163 n.º2**.

Capacidade das pessoas coletivas

Em regra, a capacidade das pessoas coletivas é limitada pelo **princípio da especialidade**, ou seja, só possuem todos os **direitos e obrigações necessários à prossecução dos seus fins**, nos termos do **Art.º 160**.

Em sede de interpretação atualista, **tem-se entendido que este princípio é uma regra especial e que estas têm também todos os direitos inseparáveis da personalidade**, à exceção, claro, de certos aspetos centrados na personalidade singular, tais como o direito ao descanso e o direito à vida que apenas dizem respeito às pessoas singulares.

Se uma pessoa coletiva celebrar um negócio em violação da sua capacidade de gozo, dizem o **Art.º 280** e o **Art.º 294** que a consequência é a **nulidade**, isto quando estamos perante a violação de normas legais. Podemos ter ainda limitações estatutárias neste sentido, sendo que aí vigora o **Art.º 177** que determina a **anulabilidade** das deliberações contrárias à lei ou aos estatutos.

Responsabilidade das pessoas coletivas

Relativamente à questão da responsabilidade das pessoas coletivas temos o **Art.º 165** que nos remete para o **regime da responsabilidade do comitente do Art.º 500**, que acaba por ser igual ao **regime aplicado aos atos dos representantes legais ou auxiliares, do Art.º 800**.

Numa fase inicial, as pessoas coletivas eram insuscetíveis de serem responsabilizadas diretamente. Começou então por ser apenas a responsabilidade contratual e só depois a responsabilidade delitual, que nos leva ao **Art.º 500**.

Numa terceira fase passou a haver o entendimento de que **as pessoas coletivas respondem pelos atos dos titulares dos seus órgãos se estes agirem na qualidade de representantes da pessoa coletiva**. Neste sentido, entende-se que o **Art.º 165** não se esgota na responsabilidade das pessoas coletivas por atos de titulares dos seus órgãos e **abrange também os atos de todos os seus representantes**, que podem ou não ser titulares dos seus órgãos, como já vimos.

É verdade que **as pessoas coletivas** não são comerciantes, mas **podem desenvolver atividades para angariar meios que lhes possibilitem prosseguir os seus fins**, de acordo com o disposto no **Art.º 2 do código comercial**. Assim, não podemos descartar os casos de aproveitamento dos lucros das pessoas coletivas para fins pessoais. Nestas situações, tem-se recorrido ao levantamento da personalidade coletiva, o que conduz à responsabilização dos intervenientes ou dos titulares em causa. Isto com base no princípio da boa fé.

As associações e a liberdade de associação tal como estão previstos pela Constituição

O código civil prevê três tipos de associações: associações com personalidade jurídica, associações sem personalidade jurídica e as comissões especiais. Apesar de estas duas últimas não terem personalidade jurídica, não podem ser desligadas do conceito de associação.

Assim sendo, estão também abrangidas pelo **Art.º 46 CRP** sobre a liberdade de associação. O **Art.º 46 n.º1 CRP** dita que não se pode negar a qualquer pessoa o direito de aderir às associações existentes. A única exceção aqui pode ser a existência de fatores objetivos que impeçam a filiação (Exemplo – Associação de juízes, só os juízes é que podem entrar).

Outros corolários fundamentais do **Art.º 46 n.º2 CRP** são a proibição de intervenção do poder político na liberdade associativa, não podem as associações ser extintas pelo Estado ou por decisão judicial, salvo os casos previstos na lei (neste caso

temos o **Art.º 182 e Art.º 192**). Tudo isto resulta no facto de que as associações devem ter a possibilidade de prosseguir livremente os seus fins.

Temos ainda o princípio do *quórum* do **Art.º 116 CRP** que dita também que as deliberações em órgãos colegiais são tomadas à pluralidade dos votos. Esta disposição deve ser interpretada de acordo com as regras sobre as deliberações em assembleia geral.

As votações devem ser diretas e secretas, por força do **Art.º 2 CRP** e ainda **Art.º 3 CRP**. Está ainda consagrado o princípio da liberdade de propaganda eleitoral, pelo **Art.º 113 n.º2 a)**. Na senda deste artigo, importa também destacar o seu **n.º7** que sujeita o controlo da regularidade e validade dos atos de processo eleitoral aos tribunais.

Por fim, temos o **Art.º 118** que impõe o princípio da renovação aos cargos dos órgãos associativos. Diz-nos o seu **n.º1** que ninguém pode exercer a título vitalício qualquer cargo.

Associações

O código civil não nos oferece uma definição da associação, mas o conceito é extraível do **Art.º 46 CRP** sobre a liberdade de associação. Caracterizamos uma associação como um **centro coletivo de interesses que prossegue fins que não se identificam com o lucro económico dos seus associados**. Os fins podem ser ideais, altruísticos ou até económicos, mas não lucrativos, como é o caso das associações de solidariedade social.

As associações têm um substrato humano. A lei não estabelece um número mínimo de associados. Resulta do entendimento geral que são necessárias pelo menos 5 pessoas para constituir uma associação, devido à exigência de um mínimo de órgãos já referida. Porém, na opinião do professor Zenha Martins, 2 pessoas é o suficiente. Isto porque o presidente do conselho fiscal, órgão necessariamente independente dos outros dois, pode nem ser associado.

Diz-nos o **Art.º 157** que **as disposições do capítulo das pessoas coletivas são aplicáveis às associações** que não tenham por fim o lucro dos seus associados, isto é, **associações sem fins lucrativos**. Isto não significa que elas estejam proibidas de gerar lucro, até porque se assim fosse não seria possível o seu sustento. O ponto importante aqui é que esse **lucro não pode ser distribuído pelos associados**, dado que se assim fosse estaríamos no âmbito do **Art.º 980** que trata das sociedades civis.

Uma coisa são os fins prosseguidos pelos sujeitos, comuns a todos eles e suscetíveis de avaliação pecuniária, outra são os fins prosseguidos pela associação, que também pode ser um património (Exemplo: associação que gere um parque ou museu).

Para que se constitua uma associação, é necessário um património pré-existente, mas é impossível o notário, no ato de escritura, dizer que o património

existente não é suficiente para que a associação prossiga os fins aos quais se está a propor. Não podem existir impedimentos deste género ao direito de associação.

Na associação, tem sempre que haver uma **separação entre o património e os associados**, o que **implica uma desresponsabilização destes por dívidas da associação**.

Ora, **os associados não respondem pelas dívidas da respetiva associação**, sendo quem responde nesses casos é a própria pessoa coletiva, a associação. Só em alguns casos muito específicos e naturalmente patológicos é que é levantada a personalidade coletiva e são responsabilizados os associados.

Outro aspeto importante é o **controlo da legalidade ao qual as associações estão sujeitas**. A exigência de **escritura pública** imposta pelo **Art.º 158** é um exemplo disso. Isto implica que a nova pessoa coletiva seja controlada pela lei desde o início, nomeadamente pelo notário que regista o seu nascimento.

O **segundo controlo é feito pelo ministério público que pode a qualquer momento aceder aos estatutos** da associação que se encontram obrigatoriamente publicados no site do ministério da justiça, por força do **Art.º 168 n.º1**. Esta obrigação leva-nos também à **proibição das associações secretas**.

Se os estatutos não forem publicados, a constituição da associação torna-se contrária à ordem pública, o que faz com que sejam nulos. Aqui aplica-se o **Art.º 280**, por remissão do **Art.º 158 A**, na parte em que diz que “é nulo o negócio jurídico contrário à ordem pública”. Nestes casos, deve o ministério público promover a declaração judicial de nulidade, por força do **Art.º 158 A**. Esta contrariedade à ordem pública, promovida pela falta de publicidade dos estatutos, é também uma causa de extinção das associações, por força do **Art.º 182 n.º2 d)**.

Nos termos do **Art.º 168**, as associações só adquirem personalidade jurídica mediante a escritura pública. **No período entre a escritura pública e a publicação, o ato constitutivo e os estatutos não são oponíveis contra terceiros de boa fé**, nos termos do **Art.º 168 n.º3**.

Quando os estatutos contenham disposições ilegais, aplica-se o **Art.º 292** sobre a redução dos negócios jurídicos. Assim, **as disposições ilegais serão declaradas nulas, mas a validade dos estatutos como um todo não será afetada**.

No caso de não haver escritura pública, estaremos perante uma associação sem personalidade jurídica e aplicamos a regulação do Art.º 195 e seguintes.

Direitos e deveres dos associados

Os associados gozam de direitos gerais, mais conhecidos por **direitos associativos**. Aqui incluem-se direitos como o direito de voto na assembleia geral, o direito de acesso às instalações da associação, entre outros.

Os associados têm ainda **obrigações contributivas**, também conhecidas por **atribuições gerais**. Esta **contribuição é normalmente devida no momento da adesão e**

também periodicamente, sob a forma de quota. A quotização é um dos meios pelos quais a associação pode adquirir património e vem apresentada pelo **Art.º 167 n.º1**. A qualidade pessoal do estatuto de associado não desfigura a natureza patrimonial do contrato de associação.

A menção desta disposição não implica que haja contribuições iniciais patrimoniais. Há uma diferença entre o que é **concorrer com bens e serviços para a constituição da associação** e **concorrer com bens e serviços para o seu funcionamento e condições a desenvolver no futuro**. Há uma divergência na doutrina sobre se as contribuições iniciais têm ou não de ser referidas expressamente.

A estas, somam-se os **deveres acessórios decorrentes da boa fé**, impostos pelo **Art.º 762 n.º2**. Estamos aqui a falar de deveres de lealdade, transparência, não manchar o nome da associação, entre outros.

O **ingresso dos associados pode ser inicial ou superveniente**. A adesão tem sempre uma **natureza contratual** e o **Art.º 167 n.º2** estabelece que as condições de admissão podem estar nos estatutos. O professor Manuel Pita diz-nos que da leitura conjunta dos artigos desta secção, é legítimo concluir que não é obrigatório que o ato de constituição ou os estatutos tenham regras sobre as condições de admissão de novos sócios. Todavia, quando assim acontecer, não se poderá concluir que as portas estão fechadas à entrada de novos membros, mas apenas que a competência para deliberar sobre esse assunto é da assembleia de associados, por força do **Art.º 172 n.º1**. Neste domínio, vigora o chamado princípio da porta aberta.

O CC não regulou as causas de exclusão ou de exoneração dos associados, matéria deixada à autonomia estatutária (**Art.º 167 n.º2**), limitando-se a lei a determinar no **Art.º 181** os efeitos desses atos em relação ao associado, que, ao sair da associação, perde todos os direitos, incluindo os de natureza patrimonial, mas mantém todas as obrigações nascidas no tempo em que foi membro da associação.

Se o associado quiser abandonar a associação, estamos perante um ato pessoal e voluntário que decorre do **Art.º 46 CRP**, no âmbito da liberdade de associação. O **n.º3** desta disposição consagra o princípio da porta aberta, por força do qual ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação nem coagido por qualquer meio a permanecer nela.

Existe a possibilidade de um associado ser expulso da associação, o que não está previsto numa norma específica, mas vamos **por analogia ao Art.º 1003** que concebe esta possibilidade no âmbito das sociedades civis. Nos termos deste artigo, esta exclusão pode dar-se nos casos previstos no contrato de adesão, quando lhe seja imputável violação grave das obrigações para com a associação (**a**)), em caso de interdição ou inabilitação (**b**)), entre outras causas.

A possibilidade de exclusão é o único poder disciplinar referido pela lei. **Este fenómeno apenas é possível enquanto sanção**, não podemos expulsar um associado só porque nos apetece. Tem sido exigida previsão estatutária para que isto aconteça, o que

se retira do **Art.º 1003**. No que toca à competência para o exercício deste poder disciplinar, em caso de silêncio dos estatutos, presume-se que esta caiba à assembleia geral.

A natureza pessoal da qualidade de associado implica a sua **intransmissibilidade**. No entanto, tem-se admitido que, ao abrigo do **Art.º 180**, possa existir uma disposição estatutária em contrário. A doutrina tem restringido esta possibilidade às associações de natureza honorífica.

Ainda no que toca ao **Art.º 180**, tem surgido a questão em torno da possibilidade de o associado se poder fazer representar por outrem no âmbito do exercício do seu direito de voto. A parte final deste artigo veda essa possibilidade, ao instituir que “o associado não pode incumbir outrem de exercer os seus direitos pessoais”. Porém, a primeira parte do artigo dispõe que pode existir previsão estatutária em contrário.

O **direito de voto** dos associados é tutelado pelo **Art.º 176**. Em princípio, cada associado tem um voto, mas os estatutos podem fixar outras regras (Exemplo: pode dar-se o caso de o voto do presidente da associação valer o triplo do voto de um associado comum).

O **Art.º 176 nº1** determina que o **associado não pode votar nas matérias em que haja conflito de interesses** entre a associação e ele, seu cônjuge, ascendentes ou descendentes. A sanção cominada para a violação da proibição é, segundo o **nº2**, a **anulabilidade**. Ter-se-á, no caso concreto, de submeter a deliberação à prova de resistência, só anulando aquelas deliberações que não fossem adotadas sem o voto dado em conflito de interesses.

Assembleia geral

É o **Art.º 172 nº2** que indica quais as **competências legais atribuídas à assembleia geral**. São elas a destituição dos titulares dos órgãos da associação, a alteração do balanço, alteração dos estatutos, a extinção da associação e a autorização para esta demandar os administradores por factos praticados no exercício do cargo.

O **Art.º 172 nº1** estatui que competem ainda à assembleia geral todas as deliberações não compreendidas nas atribuições legais ou estatutárias de outros órgãos da pessoa coletiva. Significa isto que **a assembleia geral acumula todas as funções residuais**.

O professor Manuel Pita fala numa divisão entre a competência necessária (nº2) e competência residual (nº1). Deste modo, esta norma distribui as competências dos órgãos sociais de acordo com a seguinte matriz: cada órgão tem competências específicas; para as situações não previstas, a competência é da assembleia geral.

Assim, podemos concluir que a assembleia geral comporta três tipos de funções:

- ➔ **Funções legais – Art.º 172 nº2**
- ➔ **Funções residuais – Art.º 172 nº1**

→ Funções estatutárias

Se esta delimitação de competências não for respeitada, as deliberações tomadas neste sentido estão sujeitas à **anulabilidade**, regulada pelo **Art.º 178**. Nos termos do **Art.º 178 n.º1**, a anulabilidade prevista nestes artigos pode ser arguida dentro do prazo de **seis meses**, pelo **órgão da administração** ou por **qualquer associado que não tenha votado a deliberação**.

Neste sentido, temos ainda o **Art.º 177** que impõe a anulabilidade de todas as deliberações contrárias à lei ou aos estatutos. Por sua vez, as deliberações contrárias à ordem pública ou aos bons costumes são nulas, por força do **Art.º 280 n.º2**.

Tem-se entendido que para que a pessoa possa participar nas assembleias gerais não tem que ser maior de idade, podendo inclusive votar.

No que toca à **convocação**, rege o **Art.º 173**. Estatui o **Art.º 173 n.º1** que a assembleia geral tem que ser convocada pelo menos **uma vez por ano**, mas os estatutos podem impor a sua convocação por mais vezes. A assembleia geral pode ainda ser convocada, para um fim legítimo, por **1/5 dos associados**, se os estatutos não fixarem um limite superior, tal como dita o **Art.º 173 n.º2**. Por fim, diz-nos o **Art.º 173 n.º3** que, **no caso de a administração não cumprir o seu dever de convocar a assembleia geral, qualquer sócio pode convocá-la**.

O **Art.º 174** trata da **forma de convocação**. Diz-nos o **Art.º 174 n.º1** que a assembleia geral é convocada por **meio de aviso postal**, expedido para cada um dos associados com a **antecedência mínima de 8 dias**. Deste aviso deve constar o dia, a hora da reunião e a respetiva ordem do dia. A ordem do dia corresponde ao plano de trabalhos que será desenvolvido na reunião. Mediante o **Art.º 224 n.º1**, vemos que a convocatória só se torna eficaz quando chega ao poder do destinatário ou é dele conhecida.

Para que a assembleia geral funcione, tem que estar presente o presidente e, pelo menos, um secretário. O papel do presidente neste órgão é o de aceitar as propostas, propor discussão e ainda o chamado voto de qualidade em caso de empate.

O **Art.º 175** trata do modo de funcionamento da assembleia geral. Diz-nos o **Art.º 175 n.º1** que, para que esta funcione, **têm que estar presentes pelo menos metade do número total de associados**. Regra geral, as deliberações são tomadas por **maioria absoluta de votos dos associados presentes**, nos termos do **Art.º 175 n.º2**.

Existem, porém, situações em que se exigem maiorias mais agravadas. No caso do **Art.º 175 n.º3**, as deliberações sobre alterações dos estatutos exigem o voto favorável de **3/4 do número de associados presentes**. Temos ainda o **Art.º 175 n.º4** que indica que as deliberações sobre a dissolução ou prorrogação da pessoa coletiva requerem o voto favorável de **3/4 do número de todos os associados**.

Indica o **Art.º 175 n.º5** que os estatutos podem exigir um número superior de votos ao fixado nas regras anteriores. *A contrario*, entende-se que os estatutos não

podem prever maiorias menos agravadas do que as que estão previstas pelos números do **Art.º 175**.

Todas as deliberações que forem tomadas com maiorias inferiores às que estão previstas, quer na lei quer nos estatutos, são anuláveis por força do **Art.º 177**.

Conselho fiscal, Administração e outros órgãos.

Nos termos do **Art.º 170 n.º1**, sempre que os estatutos não prevejam outra forma, é a assembleia geral que elege os titulares dos órgãos da associação.

O **Art.º 170 n.º2** prevê que as funções dos titulares escolhidos ou designados são revogáveis. Quer isto dizer que podem ser destituídos das suas funções. No entanto, a revogação não prejudica os direitos fundados no ato de constituição.

Diz-nos o **Art.º 170 n.º3** que o direito de revogação pode ser condicionado pelos estatutos à existência de justa causa.

Fim prosseguido

Há algumas questões relativamente à ausência de fim lucrativo. **O fim não lucrativo das associações tem se identificado com a proibição de distribuição de lucros pelos associados**. Isto leva a que alguns autores levem os associados e as associações para um tronco comum: o fim não pode ser lucrativo. Surgiram neste contexto 4 grandes correntes no direito comparado:

- ➔ 1. Apenas devem desenvolver atividades não económicas
- ➔ 2. Devem única e exclusivamente ter um objeto altruísta
- ➔ 3. Podem desenvolver atividades económicas ou não, com objeto egoísta ou altruísta, desde que não radique em fins económicos
- ➔ 4. Têm de ter um fim essencialmente altruísta, isto são atividades que prosseguem o interesse social

À luz do **Art.º 160** (aplicável tanto a associações como fundações) admite-se que as associações possam ter atividades comerciais, aproximando-se das sociedades. Hoje reconhece-se uma capacidade genérica de exercício. A questão está na não distribuição dos lucros pelos associados. Podemos ter uma associação que seja sócia de uma sociedade comercial, podendo adquirir participações sociais.

A associação nacional de farmácias, em que os sócios são justamente as farmácias, está no limite desse “fim altamente altruísta”. É altruísta? visa a defesa da saúde pública. Contudo é claro que visa o lucro económico.

As atividades das associações não podem ultrapassar determinado montante e estas **atividades têm de estar subordinadas ao fim social**. A profissão do comércio está proibida. As associações só podem desenvolver atividades comerciais acessórias, não pode ser esse o foco da sua ação como se lê no **Art.º 14 Código Comercial**.

Associações sem personalidade jurídica

As associações sem personalidade jurídica são possíveis mediante duas situações:

- **A associação com personalidade jurídica é nula** (Exemplo: quando não é feita a escritura pública);
- **Os associados pretendem mesmo constituir uma associação sem personalidade jurídica.** Isto pode ter diversas razões, nomeadamente por ser uma alternativa menos dispendiosa, é mais maleável do ponto de vista dos estatutos, basta a existência de um órgão deliberativo e outro executivo, entre outras.
- **Uma associação que visa a obtenção da personalidade jurídica** é uma associação sem personalidade jurídica entre o momento da sua constituição e a escritura pública.

As associações sem personalidade jurídica vêm reguladas pelo **Art.º 195 e seguintes**. No entanto, dita o **Art.º 195 nº1** que à organização e administração das associações sem personalidade jurídica são aplicáveis as regras estabelecidas pelos associados e, na sua falta, **as disposições legais relativas às associações com personalidade jurídica.**

Percebemos que a liberdade de organização das associações sem personalidade jurídica é superior à que existe para as associações propriamente ditas, mas isto não significa que os associados tenham liberdade total. Tem que existir uma **estrutura organizativa mínima composta por um órgão deliberativo e por um órgão executivo.**

Esta imposição estava expressa no projeto do nosso código civil, mas acabou por ser retirada. No entanto, considera-se que estes são os meios jurídicos obrigatórios para que uma associação possa operar. A partir da existência destes, reconhece-se aquele que **centro autónomo de interesses é um ente que se distingue dos associados, embora sem personalidade jurídica.**

As associações sem personalidade jurídica não têm capacidade jurídica, situação que está na base do regime do **Art.º 197** aplicável às liberalidades. Embora não seja uma pessoa, pela falta de personalidade, a lei reconhece que seja um centro passivo de imputações. As doações feitas às associações sem personalidade jurídica consideram-se como feitas aos respetivos associados. Contudo, os bens deixados ou doados não entram na esfera jurídica dos associados para serem transferidos depois para o fundo comum. Como se determina no **nº2**, estes acrescem ao fundo comum diretamente.

Pode acontecer que a deixa ou doação tenha sido feita à associação a constituir, como prevê o **nº1 segunda parte**. Considera-se realizada sob condição suspensiva da aquisição da personalidade jurídica, caducando a disposição se o processo de criação da associação não estiver concluído no prazo de um ano.

A partir da leitura do **Art.º 201** e do **Art.º 201A**, vemos que as associações sem personalidade jurídica têm que ter um conteúdo estatutário mínimo. Deve ser publicada a **constituição**, a **sede** e o **programa**. O **Art.º 201 nº1** refere que no caso de restarem

alguns fundos após a prossecução do fim, devem estes ter a aplicação **prevista no ato constitutivo da associação ou no programa anunciado**.

Tem sido discutido o que é que acontece no caso de uma associação sem personalidade jurídica não publicar a sua constituição ou programa, tal como exige o **Art.º 201A**. Este artigo transporta consigo a lógica de proibição de associações secretas e também a ideia de angariar alguns fundos, dado que constituir uma associação, mesmo que sem personalidade jurídica, implica um pagamento.

Além disso, numa sociedade democrática, é sempre importante conhecer quantas associações existem, quais, bem como os fins que prosseguem. O interesse público assim o exige. No caso de alguma associação violar o disposto no **Art.º 201A**, deve o ministério público instaurar uma ação de extinção com base no fundamento de ser uma associação secreta, o que faz com que seja contrária à ordem pública. Só um magistrado judicial a requerimento do MP é que pode dissolver a associação em causa.

No que toca à **sede** da associação, cabe aos estatutos definir. Porém, no caso de silêncio destes, vamos recorrer ao **Art.º 159** do regime das associações com personalidade jurídica, que indica que esta será o local onde normalmente se exerce a administração principal.

Relativamente ao **património**. É certo que o **Art.º 201A** não exige a publicação do património existente, o que suscita a questão de saber se este é ou não um elemento essencial em contexto de associações sem personalidade jurídica. À partida, visto que o **Art.º 201A** não exige a sua publicação, a existência de património no contexto das associações sem personalidade é irrelevante.

Se o tiverem, o património corresponderá ao **fundo comum** que responde em primeira linha pelas dívidas da associação, tal como dita o **Art.º 198 n.º1**. Isto significa que tem que existir um fundo comum, mas ao mesmo tempo não existe um mínimo para esse fundo comum.

Ao contrário do que acontece nas associações com personalidade jurídica, nas associações sem personalidade jurídica pode dar-se o caso de os associados terem de responder pelas dívidas contraídas pela associação. Estatui o **Art.º 198 n.º1** que, na falta ou insuficiência do fundo comum, **responde o património daquele que tiver contraído as dívidas**. Acrescenta ainda que se o ato for praticado por mais do que uma pessoa, respondem todas solidariamente.

O **Art.º 198 n.º2** prevê ainda que, no caso de falta ou insuficiência do fundo comum ou do património dos diretamente responsáveis, **têm os credores ação contra os restantes associados, que respondem proporcionalmente à sua entrada para o fundo comum**. Esta disposição faz com que seja essencial que o contrato de associação, que será os estatutos, mencione o modo como os associados contribuem para o fundo comum.

As normas de responsabilidade civil são imperativas. Se houvesse um contrato que isentasse um ou mais associados da contribuição para o fundo comum, estaríamos

perante uma exclusão da responsabilidade civil que não pode acontecer. O professor Zenha Martins vai mais longe ainda, dizendo que as contribuições têm que ser iguais, sob pena de cairmos na mesma situação em que cairíamos se um dos associados estivesse isento de contribuir. Por tudo o que foi exposto, devemos ter em mente que este **Art.º 198 n.º2** é fundamental.

Apesar da opinião do professor, facto é que a solução do **Art.º 198 n.º2** torna possível que as contribuições sejam diferentes e a própria jurisprudência tem concedido esta possibilidade, mas desde que se preserve sempre o princípio da proporcionalidade. Assim, estamos a abrir esta porta apenas a situações de diferenças mínimas de contribuições e nunca a casos em que dois dos associados de cinquenta existentes, por exemplo, façam uma contribuição de 90% para o fundo comum, cabendo 10% aos restantes quarenta e oito associados.

Esta base serve também para as questões em que o direito de voto é diferente dentro da associação consoante o sócio. Aqui têm sido aceites critérios tais como a antiguidade do sócio dentro da associação e o cargo que ocupa. Podem estes ser fatores que concedem ao seu voto um peso superior ao dos restantes.

Associações com personalidade jurídica C. Associações sem personalidade jurídica

A diferença entre as associações com e sem personalidade jurídica está desvanecida. Facto é que as associações sem personalidade jurídica, além da questão do **Art.º 198** sobre a responsabilidade dos associados em caso de insuficiência do fundo comum, aproximam-se muito das associações com personalidade jurídica.

Aspetos como o facto de ambas terem um património comum, existir uma atribuição direta de bens para esse património comum, podem suceder por herança, ambas podem ser demandadas e podem também demandar e ambas têm personalidade tributária.

A verdade é que hoje em dia coloca-se muito a questão em torno de qual o critério relevante para distinguir uma da outra, o que por sua vez nos leva à questão de saber se existe mesmo um critério forte o suficiente para que uma tenha personalidade jurídica e a outra não. O professor Zenha Martins acredita que estas figuras carecem de uma revisão.

O critério distintivo durante muito tempo era o da estabilidade da organização. Acontece que esta era uma visão muito frágil, dado que podemos constituir uma associação com personalidade jurídica que só vai existir durante um curto período de tempo.

Depois começou a surgir o argumento de que as associações com personalidade jurídica eram muito relevantes para o interesse coletivo, enquanto que as associações sem personalidade jurídica cabiam mais na prossecução de interesses individuais. Este argumento, hoje em dia, não vale como parâmetro relevante.

Outro argumento era o da responsabilidade por dívidas que, no caso das associações sem personalidade, implica que os associados a tenham em caso de insuficiência do fundo comum e no caso das associações com personalidade essa possibilidade apenas existe quando os associados que contraíram a dívida o fizeram de forma ilícita. Este argumento também acabou por perder força. Chegamos à conclusão de que o conceito de personalidade coletiva, neste contexto, está em crise.

Facto é que as associações com personalidade jurídica têm um regime mais exigente do que os seus parentes sem personalidade jurídica. Isto para o professor Zenha Martins é altamente contraditório, dado que as associações sem personalidade jurídica podem ser constituídas numa folha de guardanapo. Sendo que a sua constituição é muito mais lisonjeira, deveriam estar sujeitas a um controlo de legalidade tão ou mais rígido do que aquele a que estão sujeitas as associações com personalidade jurídica. Esta é uma falha do sistema que pode dar azo a situações patológicas para o lado das associações sem personalidade jurídica.

Finalmente, existem algumas associações sem personalidade jurídica que são reconhecidas pelo Estado. Este é o caso de associações juvenis sem personalidade jurídica que são reconhecidas pelo instituto português da juventude.

Associações C. Sociedades

No que toca ao aspeto contabilístico, as associações podem gozar de um sistema contabilístico semelhante ao das sociedades. No caso dos imóveis onde a associação desenvolve a sua atividade, estes também não estão sujeitos às regras da locação.

Por outro lado, enquanto que as sociedades caem sobre a alçada do tribunal do comércio, as associações não. Cabe o patrocínio judiciário das associações aos tribunais cíveis.

Outro aspeto em que as associações se distinguem das sociedades é o seguinte: imaginemos que duas pessoas criam uma associação e uma delas morre. Se isso acontecer, a associação ficaria assim unipessoal, o que não é possível. Por seu lado, se isto acontecer em sede de sociedade é possível que esta assuma a forma de sociedade unipessoal.

Esta é uma questão muito debatida, dado que poderia ser admitido que a associação ficasse com apenas um sócio, nem que fosse apenas por um período transitório. O professor Zenha Martins concorda que este é um aspeto que deverá ser abordado numa próxima revisão ao regime das associações.

FUNDAÇÕES

Uma fundação, cujo regime vem previsto a partir do **Art.º 185**, é **uma massa de bens afeta a determinado fim de interesse social**. A principal diferença em relação às associações é a falta do substrato humano, temos antes um substrato exclusivamente patrimonial que fica ao serviço de um determinado fim. Nos termos do **nº1**, uma fundação pode ser instituída por ato entre vivos ou por testamento. O **nº2** impõe a

forma legal de escritura pública para o ato entre vivos, embora ressalve o disposto em lei especial.

Quem responde pelas dívidas da fundação é a própria fundação por meio do seu património. As fundações têm que ter um **interesse social**, sob pena de não serem reconhecidas, como se lê no **Art.º 188 nº3 alínea a)**. Esta disposição exige ainda um **património suficiente e adequado** na **alínea b)**, havendo aqui um juízo acerca da suficiência dos bens para a prossecução daqueles fins, o que em princípio não acontece com as associações.

A lógica constitutiva das fundações é completamente diferente. Quando falamos em ato entre vivos ou mesmo *mortis causa*, é sempre um **contrato unilateral** através do qual **o instituidor afeta um património a uma futura pessoa coletiva**.

A diferença entre uma fundação e uma deixa fiduciária é que, na segunda, os bens são deixados em propriedade de uma pessoa já existente, independentemente de ser singular ou não e **na fundação afetamos um património a uma pessoa coletiva a criar**, a pessoa ainda não existe aquando da afetação. Entre vivos, não há propriamente um beneficiário que possa aceitar essa doação patrimonial. Isto significa que o património não se destina a uma única pessoa, ao contrário de uma deixa fiduciária.

A fundação apenas vai surgir com o seu reconhecimento e este só é possível se existir o património necessário à prossecução do fim ao qual a fundação se propõe. Portanto, os três elementos necessários à existência de uma fundação são: haver **um património** e um **interesse social** para que haja um **processo de reconhecimento**.

Nos termos do **Art.º 175 nº3**, a doação do património é revogável até ao fim do processo de reconhecimento. É o **ato de reconhecimento que concede personalidade jurídica à fundação** e não podem existir fundações sem personalidade jurídica.

O **ato de instituição da fundação**, previsto no **Art.º 186**, deve indicar o fim da fundação e especificar os bens que lhe são destinados, sob pena de o negócio ser nulo por indeterminabilidade do objeto ao abrigo do **Art.º 280**. No ato de instituição ou nos **estatutos da fundação**, o instituidor tem de providenciar acerca da sede, organização e funcionamento, regular os termos da sua transformação ou extinção e fixar o destino dos respetivos bens, como se lê no **Art.º 186 nº2**.

O **Art.º 185 nº4** exige a publicação do ato de instituição da fundação e dos seus estatutos, sob pena de a fundação não produzir efeitos contra terceiros. Aqui temos uma remissão para o **Art.º 168** a propósito do princípio da publicidade nas associações.

É de realçar que **as fundações não surgem com expressão na liberdade de associação, são no fundo uma espécie de congelamento dos bens**.

O fundador tem o ónus de elaborar os estatutos. Se não o fizer de todo ou se os estatutos forem incompletos, a falta é suprida nos termos estabelecidos pelo **Art.º 187**. O **nº1** aplica-se nos casos de instituição por testamento, cabendo aos executadores testamentários a sua elaboração. O **nº2** atribui à entidade competente para o

reconhecimento a tarefa de elaborar ou completar os estatutos em todos os outros casos, incluindo a hipótese de o executor testamentário não os elaborar no ano posterior à abertura da sucessão.

Diz-se que a vontade do fundador comanda de fora a vida da fundação devendo ser respeitada sempre que possível pelos seus órgãos. Este princípio orienta, desde logo, a elaboração dos estatutos que, na medida do possível, devem ter em conta a vontade real ou presumível do fundador, como se prescreve no **nº3**.

Como já referimos a propósito da questão do património e da prossecução do fim visado, o **Art.º 188 nº3** apresenta uma série de causas que levam à recusa de fundações. Mas não são apenas essas as restrições. No direito português não são admitidas as chamadas fundações de família. A fundação pode ser recusada se os seus fins não tiverem interesse social ou se aproveitarem ao instituidor ou à sua família.

As fundações podem ou não desenvolver atividades económicas, o que implica que podem ou não deter estabelecimentos ou empresas, cujos lucros devem ser afetos ao património da fundação.

O **Art.º 162** que vimos sobre os órgãos das associações, também se aplica às fundações que, sendo uma pessoa coletiva, tem de ter uma administração e um órgão de fiscalização, o **conselho fiscal**. A **administração da fundação** é diferente das associações, neste caso **concentra os poderes comuns de gestão e representação**, bem como todos aqueles que numa associação caberiam a uma assembleia geral. **As administrações podem alienar património da associação ou da fundação**, nada existe contra esta possibilidade. Isto depreende-se da leitura do **Art.º 160** e dos poderes de representação que cabem aos administradores por força do **Art.º 163**. Contudo, **nada impede que o instituidor proíba essa alienação ou que a sujeite a determinados requisitos**.

Nos termos do **Art.º 189**, a **modificação dos estatutos** pode acontecer a todo o tempo, mas sempre sem alteração essencial do fim da fundação e de acordo com a vontade do instituidor, a menos que este proíba a modificação. Um caso especial da alteração dos estatutos é o previsto no **Art.º 191** sobre os casos em que o instituidor impõe um **encargo que se torna prejudicial à subsistência da fundação**.

As circunstâncias a que este artigo se aplica são naturalmente de ocorrência posterior à criação da fundação. Entre extinguir a fundação por impossibilidade de realização do fim e manter a sua existência, adequando-a às novas circunstâncias, a lei prefere o segundo termo da alternativa, permitindo a supressão, redução ou comutação dos encargos. A proposta deverá partir da administração e, antes de aprovada pela entidade pública, deverá ser ouvido o fundador, se vivo.

O **nº2** admite a hipótese de o encargo em benefício de terceiros ter sido o fim essencial da instituição, situação em que a lei abre à entidade competente para o reconhecimento duas vias para realizar a vontade do fundador: ou considera o cumprimento dos encargos como fim da fundação, ou incorpora a fundação noutra

pessoa coletiva, de natureza fundacional ou outra, que satisfará o encargo com o património incorporado.

O **Art.º 192** prevê as **causas de extinção das fundações**. Este é um preceito paralelo ao **Art.º 182** relativo às associações. A extinção da fundação pode revestir três modalidades: extinção imediata (**nº1**), extinção administrativa (**nº2**) e extinção judicial (**nº3**).

O **Art.º 194** fala-nos sobre os **efeitos da extinção**. A ocorrência da causa de extinção não mata a pessoa coletiva, apenas a torna moribunda, passando a ter uma capacidade limitada aos atos necessários à liquidação do seu património, que se traduz na ultimação dos negócios pendentes, venda do ativo para pagar o passivo e, finalmente, na atribuição do restante património de acordo com o **Art.º 166**.

COMISSÕES ESPECIAIS

As **comissões especiais** são **agregações restritas de pessoas que prosseguem fins distintos dos de distribuir lucros pelos seus membros**. A lei não define diretamente este tipo de pessoas coletivas, mas o **Art.º 199** contém os elementos do conceito de comissão especial e esclarece as fontes do seu regime.

As comissões especiais são uma organização voluntária de pessoas que se propõem a levar a cabo uma das realizações elencadas neste artigo ou outros atos semelhantes. Mas o preceito não nos esclarece sobre os meios a utilizar, questão que é referida no artigo seguinte, **Art.º 200**. Com base nele, alcançamos que para realizar a sua finalidade, a comissão irá proceder à recolha de fundos mediante subscrição pública e que os fundos recolhidos ficarão afetos ao fim enunciado, podendo ser administrados diretamente pela comissão ou por outras pessoas por ela encarregadas dessa tarefa.

Outro elemento caracterizador é a ausência de personalidade jurídica. A norma do **Art.º 199** admite que a comissão formada para uma daquelas finalidades se constitua como uma associação com personalidade jurídica, caso em que ficará sujeita ao regime aplicável às pessoas coletivas. Mas, para ser comissão sujeita ao regime especial estabelecido nesse capítulo, os seus membros devem prescindir da aquisição da personalidade coletiva.

As comissões especiais são assim organizações de pessoas que se propõem a uma das finalidades indicadas neste artigo ou outras semelhantes, a realizar com base em fundos angariados por subscrição pública. São criadas por contrato entre os organizadores, onde se deve indicar a ação a desenvolver, o programa a realizar e a sede, podendo conter também o destino a dar aos fundos recolhidos depois de cessar a sua atividade (**Art.º 201 nº1**). Em caso de extinção, não se aplica o **Art.º 166**. Se a comissão nada fizer e já tivermos entrado com património, diz-nos o **Art.º 200 nº3** que podemos reaver o valor que já tivermos doado para a comissão. O **Art.º 200 nº2** acrescenta que todos podem ser responsabilizados pessoal e solidariamente pelas dívidas da comissão.

O regime aplicável às comissões especiais é formado, em primeiro lugar, pelas regras especiais contidas nos **Art.º 200 a Art.º 201A**. Em segundo lugar, pelas regras estabelecidas pelos seus fundadores no contrato que as criou. Na falta de preceito legal especial e de norma estatutária, deverá recorrer-se ao regime previsto para o caso análogo que, no quadro dos valores do sistema, será encontrado no regime das associações, sem ou com personalidade jurídica. Note-se, no entanto, que não há uma remissão expressa para as normas da associação, ao contrário do estabelecido para as associações sem personalidade jurídica no **Art.º 195 n.º1**.