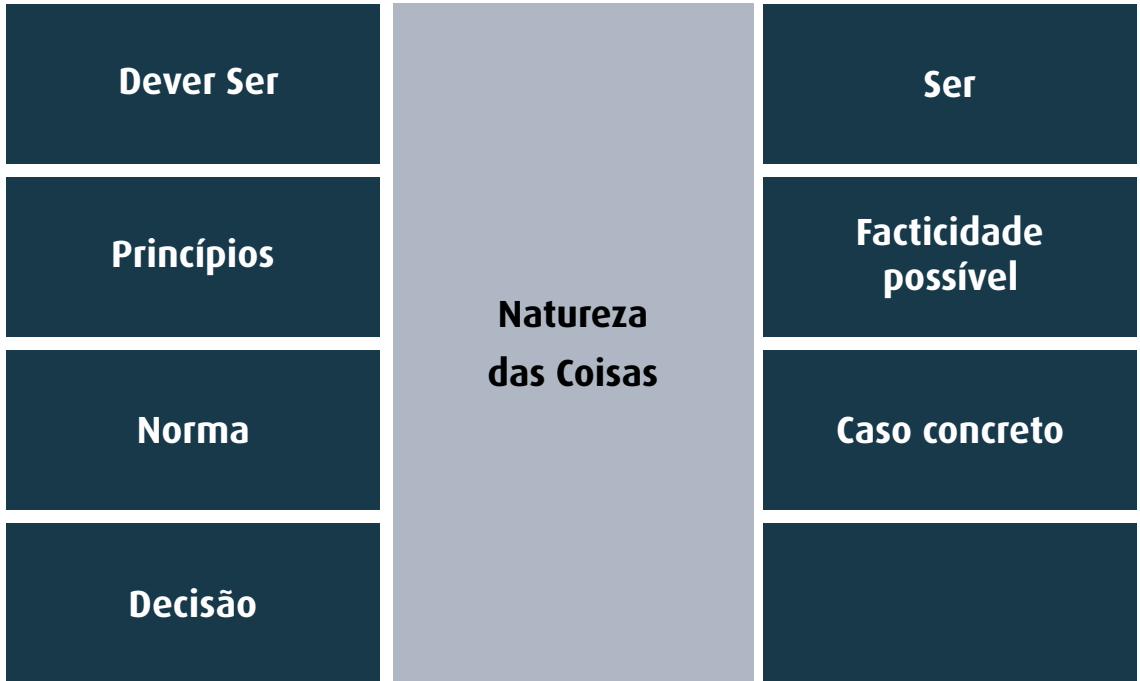


Pedro Pais de Vasconcelos

Última lição

A Natureza das Coisas

**Faculdade de Direito
Universidade de Lisboa
23 de maio de 2016**



DIREITO CIVIL E NATUREZA DAS COISAS

Cumprimentos

Deixem-me que, em primeiro lugar agradeça a todos os que aqui vieram para me acompanharem na minha última lição. Não é que eu não vá continuar com as minhas aulas até ao fim do ano letivo – mudar de repente seria pedagogicamente mau – e que não vá continuar a dar aulas em cursos de doutoramento, mas é oficialmente o termo da minha docência nesta Faculdade e nesta Universidade. É assim que sucede quando se chega aos 70 anos e é bom que assim seja. É preciso dar lugar aos mais novos.

Quero agradecer, em primeiro lugar **aos alunos**, que são quem sempre me motivou a dar aulas. Há qualquer coisa de fascinante no ensinar, o seguir o olhar dos alunos e discernir se estão a acompanhar e a entender, ou se já descolaram, já desligaram, já deixaram de seguir. Nota-se perfeitamente no olhar. De colorido torna-se cinzento. É então preciso recuar, voltar para trás e seguir um outro caminho de explicação até repescar os alunos que ficaram para trás, às vezes é mesmo preciso contar uma história a propósito, de preferência uma história real ou verosímil e de preferência com graça, para os acordar. É depois, mais tarde, imensamente compensador encontrar os antigos alunos, já como juristas profissionais, como advogados, juízes, procuradores, notários, conservadores – sei lá – e ver como funcionam. Ensinar é criar valor, valor cultural, ensinar o Direito é criar os instrumentos da Justiça e os seus principais protagonistas. Muito obrigado meus alunos!

Agradeço também aos **meus colegas** que comigo comungam nesta tarefa nobre de investigar e aprender ... para ensinar. Foi um longo caminho, desde 1977, como Assistente, como Professor Auxiliar, como Professor Associado, como Professor Catedrático, que todos caminhámos e continuamos a caminhar, no mesmo trilho, com as mesmas dificuldades. Um país é o que for a sua universidade. Embora nem toda a gente dê por isso, nós todos, em conjunto, concordantes e discordantes, estamos investidos na mesma tarefa e na mesma missão de ensinar, de preparar os mais novos, de criar valor.

Agradeço ainda aos meus **colegas de curso**, que aqui vejo em grande número e que recordo com as suas caras de meninos. Cada um seguiu o seu caminho, muitos perdemo-nos uns dos outros. Todos evoluímos e já não somos exatamente quem éramos. Mas é sempre uma grande alegria por tê-los aqui comigo, é uma grande alegria estarmos juntos outra vez, principalmente no Anfiteatro 1, por onde todos nós começámos há imensos anos.

E – *last but not least* – aos **meus amigos** que aqui quiseram vir para me acompanhar nesta ocasião. Depois de tanto me aturarem a mania de dar lições a tudo e a todos, a propósito e a despropósito, ainda quiseram ouvir mais uma. Muito obrigado a todos.

Mas é tempo de começar a aula.

I. Introdução

Todas as pessoas sabem ou julgam saber o que é o Direito Civil e, quando não sabem exatamente, sabem-no aproximadamente. Num sentido amplo o velho *Jus Civile* é hoje o Direito Privado. Dum modo aproximado, pode dizer-se que é o Direito que rege as relações entre pessoas comuns, na sua qualidade de pessoas comuns – eu, tu, ele, nós, vós, eles. É do direito dos *cives*.

O Direito Privado e vou referi-lo dum modo muito alargado, abrangendo todo o direito privado – e até mais do que isso – tem desde sempre um enorme peso tradicional e cultural e, mais recentemente, desde a Revolução Francesa, uma influência crescente na legislação do Estado.

Durante muitos séculos foi um Direito cujo conteúdo e sentido eram encontrados na tradição e na razão, sempre orientado à Justiça. Pouco se legislava em Direito Civil, por que se sabia quase sempre o que era, e o que era ia passando de geração em geração de boca a ouvido, de texto em texto. Era o Direito Comum – o *Jus Commune*.

O Código de Napoleão recolheu e legislou o que havia de fundamental no Direito Civil. Ainda aí o Direito Civil era, em muito, o que já estava na doutrina tradicional, mas inovou no que era imposto pela Revolução Francesa, principalmente a propósito da liberdade da pessoa e da liberdade económica – na propriedade e no contrato.

Nos últimos 200 anos, na sequência da Revolução Francesa, o Estado Legislador foi-se transformando no único criador do Direito, assumindo-o como coisa sua, à qual tem o poder de fazer o que entender. O Direito foi assim assumido como instrumento de governação e de controlo social. Todos nós

estamos cansados de ouvir os responsáveis do Estado dizer, perante cada problema, que é preciso produzir legislação. Nem tudo é mau e nem tudo foi mau, mas houve perversões graves e conhecidas do controlo do Estado sobre o Direito, que no limite acabaram por se traduzir no bloqueio do controlo do Direito sobre o Estado. Disso foi um exemplo a legislação alemã de 1933, mas não foi o único exemplo. Neste momento, o Estado controla o Direito, quando devia ser o Direito a controlar o Estado. Logo após a segunda guerra, e mesmo antes do seu termo, tornou-se premente a necessidade de encontrar uma terceira via na metodologia jurídica, entre o jusnaturalismo e o positivismo que, nas suas várias versões se acusavam mutuamente de culpados pela desgraça.

A terceira via foi construída na linha da Natureza das Coisas, também com cambiantes várias, mas com um sentido comum de recusa ao Estado Legislador do monopólio da produção do Direito, fosse qual fosse o conteúdo que lhe fosse dado, e também pela recusa de um conteúdo substancial material imutável do qual não se pudesse fugir e que negasse às pessoas a autoria da determinação dos conteúdos do Direito e da sua concretização.

Ainda antes (1942), mas principalmente após o fim da II Guerra, já Radbruch pensara e escrevera sobre a Natureza das Coisas e, depois, uma multiplicidade dos mais importantes autores da filosofia e da metodologia jurídica. Em várias linhas do pensamento, que vão do neokantismo de Radbruch, ao neohegelianismo de Larenz, ao existencialismo de Maihofer, a Natureza das Coisas trouxe ao Direito uma nova maneira de se fazer, seja como fonte de direito concreto, seja como método jurídico, seja como operador (catalisador) concretização (Arthur Kaufmann). Esta linha de pensamento continua hoje tão importante e atual como quando foi inicialmente construída e urgentemente necessária para a procura da Justiça.

II. A ponte entre o ser e o dever-ser

Kant deixou ao Direito uma herança de morte: o divórcio entre o ser e o dever-ser. Passou a entender-se, a partir dele, que do ser não decorre o dever ser e, vice versa, que do dever ser não decorre o ser. Foi assim que o dever ser perdeu o contacto com a realidade – com a realidade do ser. E assim o Direito se transformou numa ordem de controlo social orientada apenas pela eficiência e de costas viradas para a Justiça. Não admira que assim se tenham cometido injustiças e brutalidades inacreditáveis. Foi um mal que assim sucedeu no século XIX e se agravou no século XX e assim se continuou no século XXI. A busca da eficiência jurídica no controlo social, em divórcio com a Justiça, continua a causar desgraça e injustiça.

E, no entanto, a velha definição de Justiça – de Ulpiano – continua certa: *constans ac perpetua voluntas suum quique tribuendi*. A vontade, o esforço, constante e perpétuo, de dar a cada um o que lhe cabe. É uma vontade, um esforço, uma tensão de hoje, de ontem, de amanhã, constante e perpétua, sem princípio e sem fim, que não acaba nunca porque a Justiça nunca se alcança; pode aproximar-se mais ou menos e afasta-se com certeza sempre que o esforço diminui. E, quando se pensa que se alcançou e que se conseguiu finalmente a Justiça, como na maldição de Sísifo, a Justiça afasta-se, recua e quase se perde de vista. Sem desesperar, sem perder o alento, é preciso recomençar, e persistir como na maldição de Sísifo. É assim eternamente, que a Justiça não se alcança neste mundo, mas nem por isso se deve deixar de lutar por ela.

O Direito não é uma simples ordem de controlo social, um conjunto de regras de comportamento

gerais e abstratas com coercibilidade – como nos ensinaram aqui em 1965 – é uma ordem orientada à Justiça. Se for apenas dirigida à eficiência e valorativamente neutra, eticamente neutra, não será Direito. Porque a orientação à Justiça é um pressuposto ontológico do Direito, sem a orientação à Justiça, não há Direito. Pode haver outra coisa qualquer, mas não há Direito.

A missão do Direito e dos Juristas é levar, conduzir, carregar, pressionar o ser na direção do dever-ser, transformar o **dever ser que é no ser como deve ser**. Para isso, é preciso reconstruir a ponte entre o dever ser e o ser que foi quebrada.

A ponte entre o ser e o dever ser veio a ser construída com a Natureza das Coisas.

III. A Natureza das Coisas

A Natureza das Coisas recolhe o seu nome na tradicional *Rerum Natura* e pede-lhe emprestado algum do seu sentido, mas com uma modificação profunda. Não é uma natureza que as pessoas e as coisas tenham de permanente e imutável, determinada pelo Criador na Criação, também não é o presente estado das coisas, seja ele qual for – é algo de mais complexo.

Na esteira de Pufendorf, a Natureza das Coisas distingue *enthia physica* e *enthia moralia*. Pufendorf diz, de modo expressivo, que os *enthia physica* são o que Deus fez e os *enthia moralia* são o que o homem fez. É semelhante.

Os *enthia physica* são as realidades do mundo físico, como diz a expressão, com que o homem contacta e que o envolvem, que o condicionam e que o limitam. São as coisas, as pedras, os rios, as aves, as forças da natureza, a sequência dos dias e das noites, as forças cósmicas, etc.

Os *enthia moralia* são as realidades morais e culturais em que as pessoas vivem, os usos, os costumes e as ideologias, as maneiras de viver, as religiões, as éticas e as morais, as estéticas, as ciências, a memória e a história, etc.

Tanto os *enthia physica* como os *enthia moralia* limitam, influenciam e condicionam a ação humana na vida. O Direito, como disciplina ética que é, realiza-se em comportamentos e ações humanas e, por isso, é também limitado, influenciado e condicionado pelos *enthia physica* e pelos *enthia moralia* que constituem a Natureza das Coisas. Esta é a consequência trivial da verdade nada trivial de que o Direito só rege sobre pessoas e só pode o que as pessoas puderem.

E assim, é totalmente ineficaz uma lei ou um comando jurídico que revogue a lei da gravidade, que proíba que o quadrado da hipotenusa seja igual à soma do quadrado dos catetos ou revogue a lei da morte ou que ordene a felicidade de todos. É impossível.

Não é, já, ineficaz, mas é insensata, uma lei ou um comando jurídico que determine o que é perigoso ou imprudente, que decrete, por exemplo, limites de velocidade de circulação na estrada que sejam irrazoáveis, impostos injustos, políticas criminais contraproducentes, qualifique como crimes condutas que não atentem contra o bem comum nem contra a vida em sociedade e que a generalidade das pessoas considera lícitas e aceitáveis.

Os *entia physica* e os *entia moralia* tanto limitam e forçam, como condicionam e influenciam o Direito.

IV. A operação da Natureza das Coisas

A Natureza das Coisas opera tanto ao nível da legislação como ao nível da concretização. É essa uma das importantes diferenças em relação ao método positivista que deixa na totalidade ao Estado legislador o conteúdo material das leis, sejam as leis constitucionais, sejam as leis materiais, reconhecendo-lhe a legitimidade ilimitada da concretização da *volonté generale* ou da vontade de um chefe iluminado. A Natureza das Coisas atua também, deve atuar, ao nível da legiferação.

Para a operacionalidade do método da Natureza das Coisas é necessário pôr em contacto o dever ser e o ser, mediados pela Natureza das Coisas. A mediação entre o ser e o dever ser deve ser feita a dois níveis, ao nível da legislação – da criação da norma - e ao nível da concretização – da aplicação da norma aos factos concretos.

Operação da Natureza das Coisas ao nível da legislação

Um primeiro nível é o da legislação. A esse nível procede-se à relação entre os princípios e valores ético-jurídicos que preenchem o dever-ser e a facticidade hipoteticamente possível.

Tanto na identificação dos valores como na da facticidade possível tem uma intervenção determinante a Natureza das Coisas. A apreensão do que sejam os valores relevantes, assim como na da facticidade que é efetivamente possível resulta fundamentalmente da cultura, dos usos, dos costumes e da moral vigente apreciadas de acordo com a experiência e a sedimentação histórico-

cultural e com as relações, situações e posições socialmente típicas. A compreensão do que seja a facticidade possível é feita com recurso à experiência, à memória e à história. Se o valor ético-jurídico da vida humana se colhe na cultura e na moral, a possibilidade fáctica de que as pessoas se matem umas às outras decorre da história, da memória e da experiência da vida. Em ambos os casos trata-se de *entia moralia*.

Explicitando melhor, ao ser legislado, por exemplo, o Regulamento do Betão Armado, não pode ser ignorada a resistência dos materiais – *entia physica* – porque, se não for assim, os edifícios entrarão em ruína. Também na legislação de direito fiscal não podem deixar de ser tidas em consideração a justiça e eficiência fiscal assim como as consequências económicas - *entia moralia*. Também na legislação sobre o casamento não podem deixar de ser condicionantes os usos, os costumes e as convicções morais dominantes - *entia moralia* – nem na legislação sobre impedimentos matrimoniais e sobre filiação podem ser ignoradas as condicionantes genéticas – que são *entia physica*. Do mesmo modo é sem sentido que seja introduzido na lei penal um tipo de crime cuja conduta típica não seja considerada gravemente reprovável pela consciência ética geral.

A intervenção da Natureza das Coisas ao nível da legislação tanto pode ser impositiva como pode ser apenas influenciante. Os *entia physica* são muitas vezes impositivos, como bem se compreende – a lei não pode alterar os ciclos solares ou lunares. Outras vezes são simplesmente influenciantes – a lei deve ter em conta as diferenças de idades na fixação dos limites da menoridade, ou do início da responsabilidade criminal.

Operação da Natureza das Coisas ao nível da concretização

O segundo nível é o da concretização, que culmina com a decisão jurídica do caso concreto. A concretização inclui a interpretação da lei e a sua aplicação ao caso.

Logo na clássica tarefa de interpretar a lei, a Natureza das Coisas intervém, como manda o artigo 9º do Código Civil, na reconstituição do pensamento legislativo a partir do texto, na tomada em consideração da unidade do sistema jurídico, das circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada. Na interpretação da lei, de qualquer lei até da lei constitucional, deve ainda ser chamado a contribuir o modo como, na sua génese, no seu processo legislativo, foi tida em consideração e respeitada a Natureza das Coisas e corrigido quando não tenha sido suficientemente ou não tenha sido bem tida em consideração. Tratar-se-á então de uma interpretação corretiva *praeter legis* ou mesmo contra *legis* mas *secundum jus*. Assim sucedeu num caso célebre em que uma lei que incriminava a violação – referindo apenas a violação de mulheres por homens – e que veio a ser interpretada e aplicada a um caso de violação de um homem por uma mulher, ou como os casos, também conhecidos, em que o tribunal julgou como ataque com arma, o ataque com ácido e o ataque com um cão, sem violar o princípio da legalidade criminal – *nullum crimen sine lege*. Foi assim também que causou enorme escândalo e divertimento um caso real que se passou num país que intencionalmente omito, em que numa empresa havia um patrão masculino e dez empregadas femininas, o patrão veio a ser acusado por assédio sexual a nove das dez empregadas e à décima por discriminação.

E quando se trata da regulação do poder paternal – desculpem-me, da responsabilidade parental – não é possível decidir com justiça, justeza e adequação de cada uma das soluções em questão, sem ter em atenção a Natureza das Coisas, os *entia physica* e os *entia moralia* de um modo global e misto, na tomada em consideração do envolvimento cultural e económico da família e de cada um dos cônjuges, no envolvimento afetivo dos filhos, na sua idade, nas condições de estabilidade familiar.

E isso é muito claro na determinação da medida da pena nas condenações criminais – a Natureza das Coisas dá o critério, apontando para penas mais leves ou mais pesadas, e para penas privativas da liberdade ou, por exemplo, para trabalho a favor da comunidade e qual trabalho, conforme a personalidade do condenado, a intensidade da sua culpa, a reprovabilidade da conduta, o alarme social causado e até a pressão da opinião pública.

É assim que, por respeito aos *entia moralia*, as questões de Direito Comercial não devem ser trabalhadas e concretizadas do mesmo modo e de acordo com o mesmo método que as de Direito Civil, porque se trata de ramos do Direito diferentes em que os valores não são os mesmos. Na concretização do direito mercantil, pesam relativamente mais a celeridade, a segurança, a proteção de terceiros e a tutela da aparência; no Direito Comercial a qualidade das inferências de aplicação é aferida mais pela excelência da conclusão do que pela certeza das premissas... e tudo isto são *entia moralia*.

E por isso, por exemplo, a questão da vinculação das pessoas coletivas não deve ser tratada da mesma maneira em Direito Civil, em Direito Comercial e em Direito Administrativo. Isto é particularmente

importante sempre que se trate de apreciar questões atinentes ao princípio da especialidade em empresas públicas com estrutura de sociedades comerciais, ou mesmo em sociedades comerciais concessionárias de serviços públicos.

E do mesmo modo na concretização dos contratos, principalmente dos contratos comerciais que têm muito menos lei, quando é necessário decidir em matéria não expressamente estipulada, quando é necessário aferir sobre a impossibilidade ou dificuldade do cumprimento, sobre os deveres acessórios, sobre a alteração de circunstâncias. Também na concretização do regime dos negócios usurários, do aproveitamento por uma parte da inferioridade da outra, na apreciação concreta da situação de inferioridade, e na determinação do caráter excessivo (?) ou injustificado (?) do benefício obtido. Pode seguir-se numa série infundável, na concretização das deliberações sociais abusivas ou do próprio abuso do direito, para não ir tão longe como a nulidade por contrariedade aos bons costumes. É hoje duma dramática atualidade a responsabilidade dos administradores – gestores – perante os credores: até onde vai o dever de zelo dos administradores, quais são os preceitos da lei especialmente destinados à proteção dos credores (art. 79º CSC)?

A Natureza das Coisas na concretização da boa fé

Na concretização da boa fé relacional, no relacionamento, no diálogo pessoal entre dois ou mais intervenientes – quase sempre entre apenas dois – a concretização pela Natureza das Coisas, Maihofer propõe uma terceira formulação da *regra de ouro*:

- na mais antiga formulação, a regra de ouro tem uma versão positiva – *age com os outros como queres que eles ajam contigo* – e uma versão negativa muito conhecida – *não faças aos outros o que não queres que te façam a ti*;
- na versão kantiana de carácter generalizante, a regra de ouro tem a fórmula – *age como se a máxima de tua ação devesse tornar-se, através da tua vontade, uma lei universal*;
- na versão de Maihofer a regra de ouro é reformulada: no agir perante o outro, a pessoa que age deve colocar-se na posição da outra e, nessa posição, deve discernir qual é a expectativa da outra em relação ao seu agir e deve respeitar essa expectativa.

É também este o modo de operar quando se tem de decidir sobre o tempo de pré-aviso na denúncia de relações contratuais sem prazo definido: a parte que projeta denunciar o contrato deve colocar-se na posição da contraparte e tendo em consideração tudo o que sabe sobre a posição da outra e as condicionantes em que o contrato se executa, discernir de quanto tempo a outra necessita como antecedência do pré-aviso para que a denúncia não lhe cause danos, ou lhe cause o mínimo dano possível (princípio do mínimo dano). Pode mesmo ser exigível da parte, que

indague e pergunte mesmo à outra parte de quanto tempo necessita, sem todavia ficar vinculada a aceitar exigências ou pretensões desrazoáveis e que lhe tragam um sacrifício em concreto inexigível. Do mesmo modo, no cumprimento – e também no cumprimento defeituoso ou mesmo no incumprimento – cada parte deve colocar-se na posição da outra e a partir daí discernir o que é que lhe causa menor dano ou que não lhe causa dano.

O mesmo se aplica no que respeita ao dever de renegociar o contrato em boa fé. Nos contratos duradouros as partes não conseguem prever a evolução futura das circunstâncias do cumprimento, o que pode conduzir a situações de desequilíbrio e dificuldades contratuais inesperadas – não estou ainda a falar de anormais – no cumprimento. Poderá então suceder que uma das partes suscite a questão da renegociação do contrato. Para tanto é necessário apurar qual é a equação económica do contrato, tal como foi inicialmente celebrado, e projetar para uma nova formulação do mesmo contrato adaptado à evolução das circunstâncias. Para tanto, cada uma das partes deve colocar-se na posição da outra – reciprocamente – e avaliarem as expectativas de cada uma.

É nesta mesma linha que deve ser concretizada a alteração de circunstâncias – art. 437º CC – não já uma alteração inesperada, imprevista, mas a alteração anormal, que é uma coisa diferente.

A Natureza das Coisas na concretização de posições ou relações socialmente típicas

Vale ainda a pena dedicar a atenção especial aos casos em que a concretização opera em posições socialmente típicas e relações socialmente típicas.

Há muitas posições e relações no direito privado que são socialmente típicas. É o caso, entre muitas outras, da relação entre pais e filhos, entre marido e mulher, entre médico e doente, entre advogado e cliente: são relações que envolvem posições também elas socialmente típicas, de pai ou mãe e de filho, de marido e de mulher, de médico e de doente, de advogado e de cliente. Estas relações e posições têm, na Natureza das Coisas - *entia moralia* – conteúdos de valor – de dever-ser e de dever-agir – que estão estabelecidos e estabilizados, que são típicas na sociedade e na vida, e que transportam consigo uma normatividade própria. Poder-se-á discutir se são usos ou se são costumes, mas é certo que são recebidos pelo Direito como *entia moralia* – e de acordo com a cláusula dos bons costumes – e como tal têm influência nas expectativas relacionais do agir corretamente.

O seu conteúdo concreto não está, nem tem de estar, nem deve estar na lei, pelo menos completamente. Tem de ser concretizado, caso a caso, conforme a situação em que se encontrem a duração do relacionamento e o modo do relacionamento anterior, o envolvimento do relacionamento no meio circundante, de modo a se poder concluir qual é o modo de agir que cada uma das posições-em-relação espera da outra, tem uma expectativa de comportamento da outra, de que a outra se comporte deste modo e não se comporte daquele modo, e se essa expectativa merece ser juridicamente protegida pela boa fé. É este o modelo que permite ajuizar, por exemplo, do abuso do

direito por *venire contra factum proprium*.

É este também o modo de concretização das relações e dos poderes e deveres recíprocos entre advogado e clientes, entre médicos e doentes, nas relações socialmente típicas que envolvam um particular investimento na confiança.

Conclusão

A Natureza das Coisas como terceira via, alternativa aos positivismos e aos jusnaturalismos, tem exercido sobre mim uma influência crescente, desde o início da minha caminhada docente nesta Faculdade. Por influência dos livros que fui lendo, dos problemas que fui tendo de resolver, dos diálogos que fui mantendo e do prazer de ensinar, pela missão de preparar as novas gerações de juristas. De as convencer que um jurista é responsável pela procura da Justiça, e que lhe cabe – como Sísifo – o esforço, que nunca acaba, de empurrar, monte acima, o *ser* para mais perto do *dever-ser*, e retomar esse esforço sempre e sempre sem nunca chegar a alcançar. É da Natureza das Coisas que os juristas não sejam mercenários das leis, mas também decorre da experiência da vida que os juristas profissionais tenham de ser remunerados e que não é possível nem razoável exigir deles que trabalhem *pro bono*. Mas é da Natureza das Coisas que os juristas, nas tarefas e formulação da lei e de decisão do caso nunca percam de vista e nunca percam a consciência de que o Direito é orientado à Justiça e que se deixar de o ser já não é Direito – é Torto.

Se estiver sempre presente na construção das leis – na teoria da legislação e na prática legislativa – e se estiver sempre presente na concretização do Direito – nos tribunais e fora deles, nas decisões concretas – a Natureza das Coisas contribuirá para aproximar a vida jurídica do dia a dia da justiça concreta. Isto é: para aproximar pouco a pouco, mas com persistência – *o ser como é do ser como deve ser*, isto é, da Justiça concreta.

E é com a justiça concreta que tem a ver a própria existência desta Faculdade, deste curso e do meu ensino.

Muito obrigado.

