

COORDENAÇÃO  
ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO

# CÓDIGO CIVIL

## LIVRO DO CINQUENTENÁRIO

VOLUME I

HOMENAGEM AO PROF. DOUTOR  
FERNANDO PESSOA JORGE



**CIDP** | Faculdade de Direito  
Universidade de Lisboa

  
ALMEDINA

# BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS PODERES POTESTATIVOS

DAVID DE OLIVEIRA FESTAS\*

SUMÁRIO: 1. *Introdução*. 2. *Caracterização e estrutura*: 2.1. *Preliminares*; 2.2. *Estrutura e sinais distintivos*; 2.3. *Fundamento*; 2.4. *Classificações*. 3. *Exercício*: 3.1. *Preliminares*; 3.2. *Justificação*; 3.3. *Revogação*; 3.4. *Apoiação de condição ou termo*. 4. *Vicissitudes*: 4.1. *Transmissão*; 4.2. *Extinção*. 5. *Conceito*. 6. *Natureza jurídica*: 6.1. *Considerações gerais*; 6.2. *Poder potestativo, poder jurídico e competência*; 6.3. *Poder potestativo e capacidade*; 6.4. *Poder potestativo e liberdade*; 6.5. *Poder potestativo e direito subjetivo*.

## 1. *Introdução*\*\*

Os poderes potestativos foram tratados, pela primeira vez, enquanto figura dogmática unitária, por Zitelmann<sup>1</sup>, sob a designação de direitos do poder jurídico (“Rechte des rechtlichen Könnens”)<sup>2</sup>.

\* Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

\*\* O presente texto corresponde ao Relatório de Mestrado que apresentámos na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, na disciplina de Direito Civil, em Setembro de 2003; publicamo-lo com algumas alterações e sem atualizações.

<sup>1</sup> Abreviaturas: AcP (*Archiv für die civilistische Praxis*); BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*); CC (*Código Civil*); CPC (*Código de Processo Civil*); CRPR (*Código do Registo Predial*); CT (*Código do Trabalho*); CVM (*Código dos Valores Mobiliários*); Enc. Dir. (*Enciclopedia del Diritto*); Enc.Pólis (*Pólis/Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*); Fest. (*Festschrift*); Festg. (*Festgabe*); Jura (*Jura/Juristische Ausbildung*); JuS (*Juristische Schulung*); RAU (*Regime do Arrendamento Urbano*); RDE (*Revista de Direito e Economia*); RFDUL (*Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*); RJ

Esta formulação foi criticada por Seckel, que sustentou que a mesma padeceria de dois vícios<sup>3</sup>: o primeiro vício (externo) consistiria no desconforto polissilábico e na impossibilidade de declinar a designação “Rechte des rechtlichen Könnens”<sup>4</sup>; o segundo vício (interno) resultaria de todos os direitos subjectivos terem dentro de si um qualquer tipo de poder jurídico, pelo que este não representaria uma característica distintiva da figura, encontrando-se igualmente nos direitos absolutos e nos direitos relativos<sup>5</sup>.

(*Ratio Juris*); RTh (*Rechtstheorie/Zeitschrift für Logik und Juristische Methodenlehre, Rechtsinformatik, Kommunikationsforschung, Normen-und Handlungstheorie, Soziologie und Philosophie des Rechts*).

<sup>2</sup> Ernst Zitelmann, *Internationales Privatrecht*, Vol. II, Leipzig, 1898, pp. 32-53. A expressão foi acolhida posteriormente por diversos autores. *Vd.*, designadamente, Konrad Hellwig, *Anspruch und Klagerecht, Beiträge zum bürgerlichen und zum Prozessrecht*, 1967 (reimpressão: Leipzig, 1924), pp. 2-3. Carl Crome sugeriu ainda o termo “Gegenrechte”, em *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, Vol. I, Tübingen/Leipzig, 1900, pp. 176-178, que foi apenas acolhido como designação de uma categoria particular de poderes potestativos (*infra* analisada). Antes de Zitelmann alguns trabalhos já haviam versado com alguma autonomia figuras que hoje são incluídas no conceito de poder potestativo (como os *Erwerbsberechtigungen*), muito embora sem a extensão e o carácter unitário que posteriormente lhe foi atribuído. Sobre a história do conceito de direito potestativo *vd.*, entre outros, Giuseppe Messina, *Sui Cosidetti “Diritti Potestativi”*, in *Studi Giuridici in onore di Carlo Fadda*, Vol. 6, Napoli, 1906, pp. 279-330 (280 ss.); Ludwig Ennecerus/Hans Carl Nipperdey, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, Vol. I, 15.<sup>a</sup> edição, Tübingen, 1959, p. 441, n. 12; Hans Dölle, *Juristische Entdeckungen, in Verhandlungen des zweiundvierzigsten deutschen Juristentages*, Vol. II, Tübingen, 1959, pp. B1 a B22 (B10-B11); e, sobretudo, Rolf Steiner, *Das Gestaltungsrecht*, Zürich, 1984, pp. 80 ss. e 154 ss.

<sup>3</sup> Emil Seckel, *Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts*, Festg. Koch, Berlin, 1903, pp. 205-253 (209).

<sup>4</sup> O incómodo polissilábico e a impossibilidade de declinar a designação apontados por Seckel dizem respeito à língua alemã e é nesse contexto que devem ser compreendidos. Segundo o mesmo autor, as dificuldades principiariam na própria designação do titular do poder, interrogando-se Seckel se aquele deveria ser designado como “*Kannberechtigter*” (*Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts* cit., p. 209).

<sup>5</sup> A emancipação conceptual dos poderes potestativos deveu-se à necessidade de criar uma terceira categoria de direitos subjectivos, autónoma em relação às únicas categorias de direitos subjectivos então reconhecidas: os direitos absolutos e os direitos relativos. A criação dos poderes potestativos surgiu, assim, como resposta à dificuldade há muito sentida pela doutrina aquando da qualificação de alguns poderes potestativos como absolutos ou relativos, por força da sua configuração particular. *Vd.*, nomeadamente, Harmut Egger, *Gestaltungsrecht und Gleichbehandlungsgrundsatz im Arbeitsverhältnis*, Berlin, 1979, p. 27; Roland Steffen, *Selbständige Gestaltungsrechte?, Zugleich ein Beitrag zur Rechtsnatur*

Com base nestas críticas, Seckel designou a figura (em 1903) como direito conformativo (*Gestaltungsrecht*). Por sua vez, em Itália e no mesmo ano, Chiovenda, inspirado pela terminologia de Zitelmann, decide designar a nova realidade como *diritti potestativi*<sup>6</sup>, terminologia que deu origem à expressão direitos potestativos, acolhida pela doutrina portuguesa<sup>7</sup>.

A adopção de uma ou outra terminologia não deve ser entendida como uma mera tomada de posição numa querela terminológica, mas antes como reflexo da preocupação semântica de traduzir terminologicamente o objecto e alcance dos poderes potestativos. Em Direito, como afirma Carnelutti, “a propriedade das palavras é a disciplina da ciência”<sup>8</sup>, particularmente quando estão em jogo figuras jurídicas cujo criação e autonomização no quadro do ordenamento jurídico se justificam fundamentalmente pela sua função ordenadora<sup>9</sup>.

Tanto a designação italiana *diritti potestativi* como a alemã *Gestaltungsrechte* têm sido alvo de críticas severas. A expressão *diritti potestativi*, para além das críticas já apresentadas por Seckel à expressão *Rechte des*

*der zivilrechtlichen Gestaltungsrechte*, Würzburg, 1966, p. 23 e Peter Bydlinski, *Die Übertragung von Gestaltungsrechten*, Wien, 1986, p. 11.

<sup>6</sup> Giuseppe Chiovenda, *L’Azione nel Sistema dei Diritti*, in *Saggi di Diritto Processuale Civile*, Vol. I, Milano, 1993 (reimpressão), pp. 3-99 (20) que, como afirma Alessandro Levi, *Teoria Generale del Diritto*, 2.<sup>a</sup> edição, Padova, 1971, p. 290, foi “il primo ed il pie strenuo sostenitore italiano di tale categoria”.

<sup>7</sup> A adopção pela doutrina portuguesa da designação “direitos potestativos” ocorreu sem particulares reservas ou flutuações terminológicas. Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. I, Coimbra, reimpr. 1997, pp. 12-13, afirma mesmo que as diversas designações “reflectem de algum modo a essência ou natureza própria desta classe de direitos subjectivos”.

<sup>8</sup> Francesco Carnelutti, *Teoria Geral do Direito*, Coimbra, 1942, p. 259.

<sup>9</sup> Eduard Bötticher, *Besinnung auf das Gestaltungsrechte und Gestaltungsklagerecht*, Fest. Hans Dölle, Vol. I, Tübingen, 1963, pp. 41-77 (41), sustenta, na sequência de Dölle, que à semelhança de outras figuras de inegável interesse prático (como a *culpa in contrahendo* ou os *danos contratuais positivos*), também a “descoberta”, autonomização e dogmatização da figura do direito potestativo desempenharam, antes de tudo o mais, uma função ordenadora. Contudo, o paralelo entre a “descoberta” dos designados “direitos potestativos” e a figura da *culpa in contrahendo* deve ser cautelosamente estabelecido. Na verdade, como afirma Anja Verena Steinbeck, *Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten*, Berlin, 1994, p. 15, a criação da figura da *culpa in contrahendo* pretendeu, no caso do BGB, suprimir uma lacuna do sistema, enquanto a “descoberta” dos direitos potestativos permitiu ordenar num conceito superior vários direitos já reconhecidos.

*rechtlichen Könnens*, tem sido ainda censurada pelo facto de não favorecer a distinção entre direito e poder, mesclando na mesma expressão duas realidades que se tem procurado distinguir<sup>10</sup>. A expressão *Gestaltungsrechte* afigura-se também criticável pelo facto de não permitir uma delimitação rigorosa dos designados direitos conformativos em relação a outras figuras do ordenamento jurídico. Com efeito, encontram-se na ordem jurídica direitos que, muito embora sejam conformativos (v.g. o direito de celebrar um determinado contrato), não são tradicionalmente incluídos na categoria dos direitos potestativos<sup>11</sup>.

Na presente investigação empregaremos a terminologia poder potestativo. A referência a poder, ao invés de direito, pretende evitar o óbice da pré-compreensão e o acolhimento da designação *poder potestativo* não postula, em nosso entender, qualquer perda das potencialidades ordenadoras do conceito. As designações *direito* e *poder* não são incompatíveis, visto que todos os direitos contêm uma qualquer forma de poder. Acresce que a expressão *direito potestativo* ou a formulação *poder potestativo* também não são redundantes. Em qualquer um dos casos, não se trata apenas de exprimir terminologicamente um mero *direito que implica poder* ou um mero *poder que pode*, mas antes um direito que implica poder ou um poder que pode *de determinado modo*, qualificado como potestativo.

Assente a terminologia, cumpre assinalar que é a Seckel que se deve, senão a “descoberta jurídica” da figura<sup>12</sup>, certamente a sua emancipação

<sup>10</sup> Santi Romano, *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, Milano, 1953, p. 174. No mesmo sentido, Miguel Reale, *Situações Subjectivas e Direito Subjectivo*, in *Estudios de Filosofia del Derecho Y Ciencia Jurídica en Memoria y Homenaje al Catedrático Don Luis Legaz y Lacambra*, Vol. II, Madrid, 1985, pp. 319-329 (325) afirma que a designação *direitos potestativos* é imprópria na medida em que contém dentro de si “duas palavras inconciliáveis”.

<sup>11</sup> Sobre o conceito de conformação jurídica *vd.*, por todos, Steffen, *Selbständige Gestaltungsrechte*, cit., pp. 3 ss. Para além da questão de saber se deve ser acolhida a designação *direitos potestativos* ou *direitos conformativos*, dever-se-á ponderar ainda a oportunidade da pré-referência a direitos, que pressupõe a asserção, questionável, de que todos os designados *direitos potestativos* ou *direitos conformativos* são direitos subjectivos. Essa pré-referência, como assinala Bötticher, *Besinnung auf das Gestaltungsrechte und Gestaltungsrecht*, cit. p. 41, deve-se fundamentalmente a Seckel que, com a criação do termo *Gestaltungsrecht*, facilitou a recondução da figura ao universo dos direitos subjectivos.

<sup>12</sup> Alguns autores, mesmo reconhecendo a existência de trabalhos anteriores, atri-

conceptual nas vestes do direito conformativo<sup>13</sup>, definido por Seckel como “das subjektive (konkrete) Privatrecht, dessen inhalt ist die Macht zur Gestaltung konkreter Rechtsbeziehung durch einseitiges Rechtsgeschäft”<sup>14</sup>. Esta definição de Seckel tem sido acolhida pela generalidade da doutrina como ponto de referência numa matéria dominada por discordância doutrinária<sup>15</sup>, ainda que não seja imune a críticas e tentativas de reconstrução conceptual<sup>16</sup>.

As dificuldades e divergências resultantes da análise dogmática dos direitos potestativos devem-se à sua originalidade nos quadros da ordem jurídica, sendo inclusivamente considerados por alguma doutrina como um verdadeiro “fenómeno”<sup>17</sup>. O presente estudo visa analisar algumas das questões suscitadas pela inserção do poder potestativo nos quadros do Direito civil, procurando-se, após caracterização da figura, descobrir a sua estrutura, delimitar o seu conceito e apurar a sua natureza<sup>18</sup>.

buem a Seckel o que consideram ser uma verdadeira “descoberta jurídica”. *Vd.*, entre outros, Hans Dölle, *Juristische Entdeckungen*, cit., p. B10.

<sup>13</sup> Klaus Adomeit, *Gestaltungsrechte, Rechtsgeschäfte, Ansprüche, Zur Stellung der Privatautonomie im Rechtssystem*, Berlin, 1969, p. 7.

<sup>14</sup> Seckel, *Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts*, cit., p. 210.

<sup>15</sup> Como afirma Santi Romano, *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, cit., p. 177, o ponto que a propósito desta matéria se encontra mais assente é a observação de que se encontram na ordem jurídica situações em que a vontade de um sujeito se afirma produzindo efeitos jurídicos na esfera de outro sujeito, que não tem outra alternativa senão suportar essa produção.

<sup>16</sup> O consenso em torno da definição de Seckel foi quebrado, entre outros, por Adomeit, *Gestaltungsrechte, Rechtsgeschäfte, Ansprüche* cit., pp. 10 ss., defendendo que a unilateralidade não constitui parte essencial do conceito de direito potestativo.

<sup>17</sup> Michael Becker, *Gestaltungsrecht und Gestaltungsgrund*, AcP 188 (1988), pp. 24-68 (24).

<sup>18</sup> O conteúdo do poder potestativo, enquanto possibilidade de conformação unilateral da ordem jurídica, transcende os quadros do Direito civil, encontrando-se igualmente em outros ramos do direito, nomeadamente no Direito público (v.g. o poder de expropriação e *maxime* o poder legislativo), como observa Steffen, *Selbständige Gestaltungsrechte*, cit., p. 33. Alguns autores referem ainda a existência de *direitos fundamentais potestativos* (ou *competências*), correspondentes ao poder do particular de “produzir unilateralmente e inelutavelmente efeitos jurídicos que se impõem a todos ou, pelo menos, ao Estado” (José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.ª Edição, Coimbra, 2001, p. 177). Entre estes direitos fundamentais potestativos contam-se, designadamente, o direito de acesso à justiça (e especialmente o direito de acesso à justiça administrativa contra a administração), os direitos de participação política (como o

## 2. Caracterização e estrutura

### 2.1. Preliminares

Os poderes potestativos surgem na ordem jurídica portuguesa com configurações heterogéneas, podendo questionar-se a viabilidade de proceder a uma análise unitária dessa figura<sup>19</sup>. Essa heterogeneidade resulta do carácter eminentemente estrutural dos poderes potestativos, que permitiu que o legislador se socorresse deles em múltiplos contextos, bem como da possibilidade reconhecida a todas as pessoas de, ao abrigo da autonomia privada (artigo 405.º do CC), criarem os poderes potestativos mais diversos.

A acentuada heterogeneidade de situações em que se encontra prevista a figura do poder potestativo, muito embora não inviabilize o tratamento dogmático da figura, nem impeça a sua autonomização relativamente a

direito de voto e os direitos de acesso e de renúncia a cargos públicos) bem como alguns direitos incluídos em liberdades fundamentais (como o direito de contrair casamento ou de constituir associações). Sobre esta matéria *vd.*, por todos, Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit., pp. 177-178. Todavia, a expressão poderes potestativos é reservada pela generalidade dos autores aos poderes desse tipo que se encontram no Direito privado. *Vd.* Francesco Galgano, *Diritto Privato*, 2.ª Edição, Padova, 1983, pp. 22-23. Referindo-se à eficácia conformadora de alguns actos de soberania, *vd.* também Becker, *Gestaltungsrecht und Gestaltungsgrund*, cit., p. 29. A transversalidade do conteúdo dos poderes potestativos é ainda acentuada pelos autores que incluem os poderes potestativos no quadro mais amplo das competências que, segundo os mesmos, existem tanto no Direito público como no Direito privado. *Vd.*, entre outros, Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 3.ª Edição, Frankfurt am Main, 1996, pp. 212 ss. e Alf Ross, *Directives and Norms*, London, 1968, pp. 130 ss.

<sup>19</sup> Vejam-se, entre tantos outros, os poderes de: aceitar ou repudiar uma proposta contratual (artigos 217.º ss. do CC); resolver um contrato (artigos 432.º ss.); exigir o divórcio ou a separação judicial de pessoas e bens (artigos 1773.º ss. CC); exigir a divisão de coisa comum (artigos 1412.º e 1413.º do CC); aceitar ou repudiar a herança (artigos 2050.º ss. e 2062.º ss. do CC); despedir num contrato de trabalho (artigos 396.º ss. do CT – aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto); interpelar o credor para que cumpra, colocando-o em mora (artigo 805.º do CC); exigir a constituição de uma servidão de passagem (artigos 1550.º ss. do CC); exigir a modificação dessa servidão (artigo 1568.º do CC); preferir no caso de venda ou dação em cumprimento de quota de comproprietário (artigos 1409.º e 1410.º do CC); ocupar uma *res nullius* ou uma *res derelictae* (artigos 1318.º ss. do CC); o devedor escolher nas obrigações alternativas aquela que irá efectuar (artigos 543.º ss. do CC); adquirir até ao domínio total (artigos 194.º ss. do CVM).

situações jurídicas que lhe são paralelas, obriga, porém, a buscar cuidadosamente uma estrutura comum a todos os poderes potestativos, bem como um conceito que, sem perder a compreensão, todos abranja.

## 2.2. *Estrutura e sinais distintivos*

Importa analisar, de entre as características habitualmente atribuídas à generalidade dos poderes potestativos, quais delas devem ser consideradas verdadeiros sinais distintivos dos poderes potestativos.

A primeira característica do poder potestativo consiste no facto de este constituir um instrumento de conformação da ordem jurídica, cujo exercício determina a constituição, modificação ou extinção de situações jurídicas. A conformação jurídica consubstancia uma característica fundamental e um sinal distintivo do poder potestativo.

Depois, o poder potestativo caracteriza-se pelo carácter unilateral do seu exercício, que surge como a sua grande particularidade<sup>20</sup>. O carácter unilateral do seu exercício assume especial relevância estando em causa a alteração da esfera jurídica de uma outra pessoa, sujeita à conformação que o titular do poder potestativo poderá ou não efectuar. Na realidade, em parte substancial dos poderes potestativos e, porventura, naquela que mais impressiona, é conferida a um sujeito a possibilidade de, através de um acto jurídico unilateral<sup>21</sup>, produzir efeitos jurídicos na esfera jurídica de uma outra pessoa, sem a sua cooperação, sem o seu consentimento e até contra a sua vontade<sup>22</sup>. A essência do poder potestativo reside assim, fun-

<sup>20</sup> Dieter Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, 8.ª edição, Heidelberg, 2002, § 12 (79), p. 39.

<sup>21</sup> Cujas natureza jurídica é discutível. *Vd.*, por todos, Renato Oriani, *Diritti Potestativi, Contestazione Stragiudiziale e Decadenza, I Quaderni della Rivista di Diritto Civile*, Padova, 2003, p. 3.

<sup>22</sup> Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, Coimbra, 2002, p.152. A possibilidade de prescindir da colaboração daquele que se encontra em estado de sujeição conduz a que o direito potestativo seja por vezes qualificado como uma “*reinen Selbsthilfetechnik*”. *Vd.*, neste sentido, Becker, *Gestaltungsrecht und Gestaltungsgrund*, cit., p. 25. A independência de ajuda do destinatário da conformação surge como elemento caracterizador do poder potestativo, mas integrando-se os poderes potestativos de exercício judicial e extrajudicial num conceito mais vasto que abranja as duas categorias (na sequência de Seckel), o mesmo já não poderá dizer-se da independência relativamente ao

damentalmente, no facto de a *modelação* da ordem jurídica<sup>23</sup> ser efectuada de forma unilateral<sup>24</sup>.

Este entendimento, acolhido de modo praticamente consensual, foi contestado por Adomeit, que defendeu que os contratos, enquanto conformações *multilaterais* (ou *plurilaterais*), também deveriam ser incluídos na figura dos poderes potestativos<sup>25</sup>. Adomeit procede a uma análise crítica do conceito de direito potestativo apresentado por Seckel, propondo-se avançar relativamente à doutrina que tem tratado a figura<sup>26</sup>. A sua ambição é significativa: procurar compreender a relação entre direitos potestativos e negócios jurídicos, bem como satisfazer o postulado formal de uma “*widerspruchsfreien, vollständigen und mit einem Minimum von Elementen operierenden Begriffsnetz*”<sup>27</sup>.

Esse ensaio de compreensão implica, segundo Adomeit, sob uma perspectiva normativista, o abandono da ideia de unilateralidade e o alargamento do conceito de poder potestativo. O alargamento deverá ser realizado através da inclusão na categoria dos poderes potestativos das *conformações multilaterais*, entre as quais se incluem os contratos. A conformação através de negócio jurídico surge como a grande categoria geral, no seio da qual a conformação através de negócio jurídico unilateral deve ser configurada como um caso especial<sup>28</sup>.

poder judicial, que não se verifica no primeiro grupo. Cfr. Bötticher, *Besinnung auf das Gestaltungsrechte und Gestaltungsklagerecht*, cit., p.45.

<sup>23</sup> João Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, 1993, p. 90, nota 1, qualifica sugestivamente os poderes potestativos como “jurídico-modeladores”.

<sup>24</sup> *Vd.*, entre outros, Salvatore Puleo, *I Diritti Potestativi (Individuazione delle Fattispecie)*, Milano, 1959, p.1; Heinrich Lange/Helmut Köhler, *BGB Allgemeiner Teil*, München, 1977, p. 95. Estes últimos autores consideram ainda parte da essência do direito potestativo o carácter directo do seu exercício. Essa asserção apenas poderá valer relativamente aos poderes potestativos de exercício extrajudicial e não no que respeita aos poderes potestativos de exercício judicial, cujo exercício requer o recurso à via judicial.

<sup>25</sup> Adomeit, *Gestaltungsrechte, Rechtsgeschäfte, Ansprüche*, cit., pp. 10 ss.

<sup>26</sup> *Ibidem.*, p. 8.

<sup>27</sup> *Ibidem.*, p.9.

<sup>28</sup> *Ibidem.*, p.10. Adomeit reafirmou esta posição em *Zivilrechtstheorie und Zivilrechtsdogmatik – mit einem Beitrag zur Theorie der subjektiven Rechte*, in *Normlogik – Methodenlehre – Rechtspolitologie, Gesammelte Beiträge zur Rechtstheorie 1970-1985* (primeiramente publicado in Albert/Luhmann/Maihofer/Weinberger (Hrsg.), *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der*

Adomeit defende que o abandono do conceito de direito potestativo de Seckel, que considera limitado, possibilita a concepção da liberdade contratual geral, não como um simples princípio objectivo, mas antes como um direito potestativo<sup>29</sup>. O mesmo autor acentua que os fenómenos designados como liberdades e poderes têm estrutura análoga aos direitos potestativos. A conformação jurídica pode ser realizada tanto através de contratos como de negócios jurídicos unilaterais. Adomeit acrescenta que o proposto alargamento do conceito não deve impedir o reconhecimento das especialidades dogmáticas das conformações unilaterais, transformadas num sub-grupo do conceito geral<sup>30</sup>.

Na sua construção, Adomeit enquadra o conceito alargado de direito potestativo em conformidade com uma interpretação normativista e com uma concepção da ordem jurídica como pirâmide<sup>31</sup>. O direito potestativo não é mais do que a competência atribuída ao titular para estabelecer, modificar ou extinguir normas de conduta, sendo exercida através de negócio jurídico unilateral ou multilateral<sup>32</sup>. Consequentemente, a autonomia privada excede a liberdade contratual, sendo idêntica ao conjunto dos direitos potestativos existentes<sup>33</sup>.

Adomeit procura ainda chegar a um novo entendimento sobre a antinomia entre direitos dominiais e direitos potestativos: o direito potestativo é a posição criada através de uma norma de autorização (a autorização con-

*Rechtswissenschaft*, 1972, pp. 503 ss.), Berlin, 1986, pp. 64-86 (81), definindo negócio jurídico como o acto de exercício de um direito potestativo.

<sup>29</sup> Adomeit, *Gestaltungsrechte, Rechtsgeschäfte, Ansprüche*, cit., p. 12. Esta mesma ideia seria novamente apresentada por Adomeit, *Zivilrechtstheorie und Zivilrechtsdogmatik*, cit., p.81, observando que a liberdade contratual deve ser vista “als das jedem Zweierpaar («jeder Menge von Mindestens zwei Elemente») von Rechtsgenossen gemeinschaftlich gewährte Gestaltungsrecht, auf ihre Ansprüche oder Rechtspositionem einzuwirken”.

<sup>30</sup> Adomeit, *Gestaltungsrechte, Rechtsgeschäfte, Ansprüche*, cit., p. 13.

<sup>31</sup> *Ibidem.*, p. 17. Para uma exposição por Adomeit da teoria da pirâmide *vd. Heteronome Gestaltungen im Zivilrecht?*, (*Stellvertretung, Weisungsbefugnis, Verbandsgewalt*), in *Normlogik – Methodenlehre – Rechtspolitik, Gesammelte Beiträge zur Rechtstheorie 1970-1985* (primeiramente publicado em Fest. Hans Kelsen, 1971, p. 9 ss.), Berlin, 1986, pp. 51-63 (54 ss.).

<sup>32</sup> Adomeit, *Gestaltungsrechte, Rechtsgeschäfte, Ansprüche*, cit., p. 19 e, do mesmo autor, *Zivilrechtstheorie und Zivilrechtsdogmatik*, cit., p. 81.

<sup>33</sup> Adomeit, *Gestaltungsrechte, Rechtsgeschäfte, Ansprüche*, cit., p. 21.

siste em estabelecer, modificar ou extinguir normas de comportamento); o direito dominial é a posição criada através de uma norma de conduta<sup>34</sup>.

A construção de Adomeit constitui uma das principais tentativas de reconfiguração conceptual do poder potestativo e tem a virtude de recordar a proximidade entre os poderes potestativos e os negócios jurídicos, na medida em que ambos são institutos de conformação da ordem jurídica. Na realidade, a autonomia privada, concretizada através do negócio jurídico, assenta num princípio de auto-conformação de relações jurídicas pelos indivíduos, segundo a sua vontade<sup>35</sup>. Acresce que o pensamento de Adomeit tem também a virtude de realçar a importância dos negócios jurídicos unilaterais como uma figura de considerável importância no quadro da autonomia privada<sup>36</sup>.

Contudo, parece-nos que a sua construção não merece acolhimento. Antes de mais, pelos pressupostos normativistas de que parte e que são questionáveis<sup>37</sup>. Depois, porque opera, em larga medida, uma mera substituição de conceitos antigos por conceitos novos, que apresentam problemas idênticos aos conceitos tradicionalmente utilizados<sup>38</sup>: o contrato é designado como negócio conformativo multilateral e o (autêntico) poder potestativo como conformação unilateral. Por último, porque a construção de Adomeit identifica o todo com a parte, tratando uma realidade mais ampla (a *conformação jurídica*) como se esta coincidissem com uma realidade menos abrangente (os *poderes potestativos*).

<sup>34</sup> *Ibidem.*, p. 28.

<sup>35</sup> Werner Flume, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, Vol. 2 (*Das Rechtsgeschäft*), 4.<sup>a</sup> edição, Berlin/Heidelberg/New York, 1992, p. 1.

<sup>36</sup> Alfred Söllner, *Besprechung: Klaus Adomeit, Gestaltungsrechte, Rechtsgeschäfte, Ansprüche*, AcP 170 (1970), pp. 77-78 (78).

<sup>37</sup> Transcenderia o objecto da presente investigação uma exposição e apreciação crítica da construção normativista. Sobre esta matéria *vd.*, entre outros, Johann Braun, *Rechtsphilosophie im 20. Jahrhundert, Die Rückkehr der Gerechtigkeit*, München, 2001, pp. 13 ss. e António Braz Teixeira, *Sentido e Valor do Direito, Introdução à Filosofia Jurídica*, 2.<sup>a</sup> edição, Lisboa, 2000, pp. 61 ss. e 130 ss.

<sup>38</sup> Steiner, *Das Gestaltungsrecht*, *cit.*, pp. 150-151, que critica ainda a posição de Adomeit pelo facto de confundir os poderes potestativos com os *organistorische Rechte* (entre os quais se contam os poderes/direitos de representação), que também permitem a conformação de uma esfera jurídica alheia, mas não no interesse próprio do titular do poder. *Vd. ibidem*, pp. 27 ss. e 151.

O alargamento do conceito de poder potestativo acaba por retirar-lhe a sua autonomia e interesse dogmático, tornando inviável qualquer sistematização da matéria<sup>39</sup>. A aglomeração sob o mesmo conceito de figuras tão díspares como o poder de aceitar uma proposta contratual e a liberdade de duas pessoas celebrarem entre si um contrato, dificulta, senão mesmo impossibilita, um tratamento unitário da figura<sup>40</sup>. Adomeit pretendeu resolver as dificuldades de delimitação conceptual mediante o alargamento do conceito de poder potestativo e a posterior delineação, nos quadros de um conceito mais amplo, de diversas distinções internas. Contudo, a sua construção: por um lado, não resolve os problemas de delimitação conceptual existentes, transpondo-os apenas para os quadros de um conceito mais amplo, supra-ordenador; e, por outro lado, cria uma figura que perde compreensão.

Importa determinar se, para além da conformação jurídica e da unilateralidade, haverá outro sinal distintivo do poder potestativo.

É, por vezes, apontada como característica da estrutura do poder potestativo a existência de um destinatário do poder, sujeito a que o titular do poder potestativo o exerça, provocando assim uma alteração na sua esfera jurídica, sem a sua cooperação, sem o seu consentimento, ou mesmo contra a sua vontade. O destinatário da conformação encontra-se em estado de sujeição a partir do momento em que o titular do poder potestativo tem a possibilidade (*a potência*) de conformar unilateralmente a ordem jurídica. A sujeição que caracteriza a situação jurídica passiva do destinatário da conformação relativamente a outras não é a sujeição a que outrem decida exercer uma posição activa<sup>41</sup>, mas sim a sujeição enquanto impossibilidade de impedir a produção dos efeitos jurídicos em causa<sup>42</sup>.

A sujeição conhece, assim, dois momentos: um primeiro momento, *potencial*, que se inicia com a constituição do poder potestativo e termina com a produção dos efeitos do mesmo, em que os efeitos podem *poten-*

<sup>39</sup> Klaus-Peter Starke, *Rückgängigmachung Ausgeübter Gestaltungsrechte*, Bielefeld, 1985, p. 4.

<sup>40</sup> Steinbeck, *Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten*, cit., p. 20, nota 13.

<sup>41</sup> Também o devedor está sujeito, por exemplo, a que o credor exerça o seu direito de crédito.

<sup>42</sup> Sobre o estado de sujeição *vd.*, entre outros, Steffen, *Selbständige Gestaltungsrechte*, cit., pp. 32 ss.

cialmente ser produzidos e o destinatário está *potencialmente* sujeito a que estes se verifiquem; um segundo momento, *actual*, que se verifica no exacto momento em que o poder potestativo é exercido e o destinatário está *actualmente* sujeito à produção dos efeitos na sua esfera jurídica, nada podendo fazer para a impedir<sup>43</sup>. Sendo o poder potestativo exercido, este extingue-se, extinguindo-se igualmente o estado de sujeição. O destinatário vê a sua esfera jurídica conformada.

A discussão em torno da exigibilidade da existência de um estado de sujeição como sinal distintivo do poder potestativo provoca uma demarcação fundamental, nem sempre assumida, entre dois conceitos de poder potestativo, um mais restritivo e outro mais abrangente<sup>44</sup>.

De acordo com um primeiro grupo de autores, o poder potestativo reclama necessariamente a existência de um destinatário em estado de sujeição<sup>45</sup>. O modo de exercício do poder potestativo será assim, em regra, a emissão de uma declaração de vontade, dirigida ao seu destinatário, que uma vez eficaz provoca uma alteração na esfera jurídica do mesmo. A generalidade dos poderes potestativos assume esta configuração. É o caso dos poderes potestativos de aceitar uma proposta contratual, de exercer um direito de preferência ou de resolver um contrato, entre outros.

Diferentemente, um segundo grupo de autores defende um conceito mais abrangente de poder potestativo, no qual se incluem não apenas as

<sup>43</sup> Distinguindo igualmente um momento potencial e actual da sujeição *Vd.* José Zafra Valverde, *Sentencia Constitutiva Y Sentencia Dispositiva*, Madrid, 1962, p. 30.

<sup>44</sup> A exigência de um destinatário não é directamente afluída pela generalidade dos autores, nem objecto de particular problematização, pelo que as posições doutrinárias nem sempre se afiguram claras. Em todo o caso, as divergências subjazem às definições de poder potestativo apresentadas pelos autores e às respectivas construções, pelo que não se deve ignorá-las. Estas concepções têm em comum o facto de, em geral, entenderem, rejeitando a construção de Adomeit, que os poderes potestativos consubstanciam necessariamente o exercício unilateral de um poder, não abrangendo, assim, as designadas conformações multilaterais. Mas estão em causa questões diferentes: saber se o exercício do poder potestativo é ou não necessariamente unilateral; apurar se esse exercício, sendo unilateral, exige ou não a existência de um destinatário em estado de sujeição.

<sup>45</sup> *Vd.*, entre outros, Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, Vol. II, cit., p. 152; Luís A. Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, 3.<sup>a</sup> edição, 2001, pp. 552-554; Heinrich Ewald Hörster, *Nótula Referente a Alguns Aspectos Pontuais dos Direitos Potestativos*, RDE (XV), 1989, pp. 347-357 (348 e 352) e Steinbeck, *Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten*, cit., pp. 25-27.

situações em que exista um destinatário (são os poderes potestativos *interventivos*, com destinatário ou *hetero-conformadores*), como também um segundo grupo de casos em que, muito embora não exista um destinatário, seja concedida a um determinado sujeito a possibilidade de, unilateralmente e através de um comportamento, conformar, já não a esfera jurídica de outrem, mas apenas a sua própria esfera jurídica (são os poderes potestativos *sem destinatário*, ou *auto-conformadores*). Pode indicar-se o poder de ocupação como exemplo deste segundo grupo de poderes potestativos<sup>46</sup>.

Neste segundo grupo de situações, o exercício do poder potestativo não se traduz na alteração da esfera jurídica de *outrem*, mas sim numa alteração da ordem jurídica mediante uma conformação da esfera jurídica do titular do poder. Não há aqui um destinatário, nem um estado de sujeição que se contraponha ao poder potestativo<sup>47</sup>.

O acolhimento da concepção ampla de poder potestativo permite captar o fenómeno do poder potestativo em toda a sua riqueza e amplitude,

<sup>46</sup> Defendendo este conceito amplo de poder potestativo – que sufragamos – e a consequente inclusão do poder de ocupação no quadro dos poderes potestativos *vd.*, entre outros, Zitelmann, *Internationales Privatrecht*, Vol. II, cit., p. 47 ss.; Hellwig, *Anspruch und Klagrecht*, cit., p. 3; Seckel, *Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts*, cit., p. 213; Ennecerus/Nipperdey, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 442; Hugo Kress, *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts*, München, 1929, p. 15; Karl Larenz/Manfred Wolf, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 8.<sup>a</sup> edição, München, 1997, §15 (90), p. 309; Medicus, *Allgemeiner Teil*, cit., §12 (80), p. 39; Bydlinski, *Die Übertragung von Gestaltungsrechten*, cit., pp. 8 e 280; Kent Leverenz, *Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts*, Jura 1996, n.º 1, pp. 1-9 (1); Alfonso de Cossio Y Corral, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo I, Madrid, 1988, p. 134 e, na doutrina portuguesa, José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Teoria Geral*, Vol. III, *Relações e Situações Jurídicas*, Coimbra, 2002, p. 99; António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo I*, 2.<sup>a</sup> edição, Coimbra, 2000, p. 172. Poder-se-á debater, entre outras situações duvidosas, se o poder de aquisição de nacionalidade, quando tal facto dependa de uma opção, configura ou não um poder potestativo sem destinatário. Independentemente de eventuais dúvidas que possam ser suscitadas, esse poder parece ter um destinatário – o Estado de que a pessoa em causa é nacional, que se vê sujeito a que esta adquira a nacionalidade. Diferente é a questão de saber se este poder potestativo é absoluto ou relativo, ou seja, determinar se entre o titular do poder e aquele que se encontra em estado de sujeição há ou não uma relação jurídica.

<sup>47</sup> Dir-se-ia que aparentemente os poderes potestativos designados como sem destinatário teriam um destinatário: o próprio titular do poder, pois pelo menos a sua esfera jurídica seria conformada. Todavia, a autonomização de um destinatário pressupõe uma distinção ontológica entre aquele que exerce o poder e aquele que sofre os efeitos do mesmo, o que não sucede neste caso.

sem que este perca a necessária compreensão. De facto, tanto no caso dos poderes potestativos com destinatário como no caso dos poderes potestativos sem destinatário, o seu titular tem a possibilidade de *unilateralmente* conformar a *ordem jurídica* mediante a constituição, modificação ou extinção de situações jurídicas.

Não sendo de acolher a sujeição como elemento estruturante de todo e qualquer poder potestativo, a *unilateralidade* (entendida como existência de um poder que se exerce independentemente da vontade de *outrem*) e a *conformação da ordem jurídica* representam os únicos e verdadeiros sinais distintivos do poder potestativo. Sem unilateralidade pode haver conformação jurídica, mas não há poder potestativo. Verificados que estejam a unilateralidade e a conformação jurídica, há poder potestativo, ainda que não haja um destinatário dessa mesma conformação e, portanto, esteja apenas em causa uma conformação unilateral da ordem jurídica mediante conformação da esfera jurídica do titular do poder.

Todavia, no quadro dos poderes potestativos, a existência ou inexistência de um destinatário em estado de sujeição assume a maior relevância. De facto, sob o ponto de vista estrutural, as diferenças entre estes dois grupos de poderes potestativos são significativas.

Tratando-se de um poder potestativo sem destinatário ou de um poder potestativo *auto-conformador* está em causa apenas a possibilidade de um determinado sujeito alterar a ordem jurídica mediante uma conformação da sua própria esfera. O exercício do poder potestativo sem destinatário poderá ter eficácia reflexa na esfera de terceiros, mas não tem a esfera de terceiros como objecto de conformação, ou seja, o exercício do poder pode *afectar a esfera de outrem* mas não se exerce *sobre a esfera de outrem*<sup>48</sup>.

<sup>48</sup> Como se assinalou, a defesa de um conceito amplo de poder potestativo e a conseqüente inclusão deste tipo de poderes no quadro dos poderes potestativos é já feita por Seckel, *Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts* cit., p. 213, designando-os como "*Eigengestaltungsrechten*". Esta designação foi posteriormente acolhida por outros autores, que também distinguem (na sequência de Seckel), no quadro dos poderes potestativos, os *Eigengestaltungsrechten* (os já mencionados poderes potestativos sem destinatário ou auto-conformadores) dos *Eingriffsrechte* (os poderes potestativos interventivos, com destinatário ou hetero-conformadores), cujo exercício se traduz numa *intervenção* conformadora da esfera jurídica alheia. Neste sentido *vd.* também Bydlinski, *Die Übertragung von Gestaltungsrechten*, cit., p. 8.

Diferentemente, nos poderes potestativos interventivos, com destinatário ou hetero-conformadores há uma conexão entre dois sujeitos: um, do lado activo, com o poder de conformar a esfera jurídica de outrem e, naturalmente, também a sua<sup>49</sup>; outro, do lado passivo, sujeito à alteração da sua esfera jurídica sem que seja necessário o seu consentimento ou mesmo contra a sua vontade.

Pense-se em cada uma destas posições jurídicas<sup>50</sup>.

Antes de mais, do lado activo, encontramos um sujeito que tem o poder de alterar a esfera jurídica de uma outra pessoa. O poder, de acordo com a consagrada fórmula de Gomes da Silva, deve ser definido como “a disponibilidade dum meio para atingir determinado fim ou um conjunto de fins, cuja utilização o direito regula de modo unitário”<sup>51</sup>. O poder potestativo traduz-se na possibilidade (disponibilidade) de conformar unilateralmente a ordem jurídica e, nesse sentido, não se confunde com a pretensão nem com outras posições jurídicas activas<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> Bötticher, *Besinnung auf das Gestaltungsrechte und Gestaltungsklagerecht*, cit., pp. 48-49, realça justamente o facto de o poder potestativo surgir como um instrumento com dois gumes (caracterizando-se pela sua *Zweischneidigkeit*). Exemplificando: o exercício do poder potestativo de aceitar uma proposta contratual gera um contrato que vincula as partes e que, por isso mesmo, cria direitos e deveres não apenas para o proponente (que se encontrava em estado de sujeição), como também para o aceitante (que exerce o poder potestativo de que é titular). Do mesmo modo, o posterior e eventual exercício do poder de resolver o contrato extingue todas essas situações jurídicas, conformando as esferas jurídicas de ambas as partes e não apenas daquela que tomou a iniciativa da resolução.

<sup>50</sup> Por posição jurídica deve entender-se a “situação jurídica, relacional ou não, em que se encontra colocado alguém, no Direito” (Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, Vol. II, cit., p. 146). O conceito de posição jurídica encontra-se hoje despido de conotações ideológicas, mas radica em construções doutrinárias conotadas com o movimento nacional-socialista (com destaque para a construção de Larenz) que procuraram substituir a figura do direito subjectivo pela *Rechtsstellung* (Massimo La Torre, *Nostalgia for the Homogeneous Community – Karl Larenz and the National Socialist Theory of Contract*, RTh 30 (1999), 2, p. 179-226 (183 ss.)).

<sup>51</sup> Manuel Gomes da Silva, *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, Vol. I, Lisboa, 1944, p. 48.

<sup>52</sup> Sobre o conceito de pretensão, de uma perspectiva *jus-processualista*, *vd.*, por todos, Miguel Teixeira de Sousa, *O concurso de títulos de aquisição da prestação, Estudo sobre a dogmática da pretensão e do concurso de pretensões*, Coimbra, 1988, pp. 13 ss. Os direitos de crédito são direitos a prestações, dirigidos contra determinada pessoa e tendentes a obter a sua colaboração ou cooperação. Diferentemente os direitos reais são direitos sobre coisas, traduzindo-se num poder sobre elas. Sobre a distinção entre estas

Por sua vez, do lado passivo, encontramos o destinatário da conformação, tradicionalmente definido como estando em situação de absoluta sujeição, não sendo exigida a sua cooperação para que o efeito se produza, podendo este produzir-se mesmo sem o seu consentimento ou até contra a sua vontade. Trata-se, nas palavras de Santi Romano, de uma situação caracterizada pela necessidade jurídica de sofrer os efeitos resultantes do exercício do poder, sem qualquer possibilidade de se opor a eles<sup>53</sup>.

A posição de sujeição não tem propriamente a ver com o facto de a modificação na esfera jurídica do sujeito passivo ser vantajosa ou desvantajosa, muito embora alguns autores tendam, por vezes, a considerar, erroneamente, que a desvantagem do destinatário de não poder opor-se à

duas modalidades de direitos *vd.*, por todos, Inocêncio Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, 7.<sup>a</sup> edição, Coimbra, 1997, pp. 19 ss. Os poderes potestativos não se confundem, de facto, com qualquer uma destas situações jurídicas, sendo, por isso, frequentemente apresentados pelos defensores da inclusão dos poderes potestativos na categoria dos direitos subjectivos como um *tertium genus* relativamente aos direitos reais e aos direitos de crédito. *Vd.* nomeadamente Hans-Martin Pawlowski, *Allgemeiner Teil des BGB, Grundlehren des bürgerlichen Rechts*, 6.<sup>a</sup> edição, Heidelberg, 2000, § 3 II 1 (290), p. 139 e, na doutrina portuguesa, Hörster, *Nótula Referente a Alguns Aspectos Pontuais dos Direitos Potestativos*, cit., p. 347. Todavia, essa delimitação conceptual poderá pecar pelo seu carácter artificial, não se afigurando uma consequência necessária da distinção entre direitos reais, direitos de crédito e direitos potestativos (porque os primeiros dois são figuras jurídicas eminentemente funcionais e o último uma figura eminentemente estrutural). Na verdade, os poderes potestativos podem e frequentemente estão inclusos em direitos reais e direitos de crédito (embora aí não revistam a característica de direitos subjectivos, por falta de autonomia). Na medida em que se afiguram realidades estruturais, os poderes potestativos sobrepõem-se a outras categorias de direitos subjectivos (os direitos *reais* de aquisição são, por exemplo, *potestativos*). Os poderes potestativos surgem frequentemente associados a direitos reais e direitos de crédito e o seu exercício pode ter como resultado a criação ou actuação sobre direitos reais e sobre direitos de crédito. Como sugestivamente assinala Adomeit, *Zivilrechtstheorie und Zivilrechtsdogmatik*, cit., pp. 80-81 (embora à luz de quadros normativistas e de uma construção já *supra* rejeitada), “Gestaltungsrechte sind Rechte zweiten Grades, sie stehen nicht neben den Ansprüchen und absoluten Rechten, sondern «über» ihnen; sie geben ihrem inhaber eine Kompetenz, auf Ansprüche und absolute Rechte einzuwirken“.

<sup>53</sup> Santi Romano, *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, cit., p. 177. *Vd.* igualmente Chiovenda, *L'Azione nel Sistema dei Diritti*, cit., pp. 20-21.

conformação pretendida pelo titular implica forçosamente a produção de efeitos jurídicos desvantajosos<sup>54</sup>.

O que define a situação de sujeição não é o conteúdo dos efeitos produzidos, mas antes a impossibilidade de oposição à produção dos efeitos jurídicos em causa<sup>55</sup>, do mesmo modo que, do lado activo, o que define o poder potestativo não são os efeitos vantajosos que este possa produzir, mas antes a possibilidade de a conformação poder ser unilateralmente determinada.

Mesmo no caso dos designados poderes potestativos de oposição à conformação<sup>56</sup>, o destinatário encontra-se igualmente em estado de sujeição, já que, num primeiro momento, não consegue impedir a produção de efeitos na sua esfera jurídica. É-lhe concedida apenas a possibilidade de reagir posteriormente, eliminando, quando muito retroactivamente, os efeitos do poder potestativo inicial. Todavia, num primeiro momento, os efeitos produziram-se e, se o destinatário não reagir, considerar-se-ão produzidos desde a data da primeira declaração<sup>57</sup>.

Precisamente porque o estado de sujeição é, na realidade, um *ter de ser* e não um *dever ser*, em que o destinatário não se encontra obrigado a realizar qualquer conduta mas antes se vê forçado a suportar a produção dos efeitos jurídicos na sua esfera jurídica, não é concebível uma violação (*stricto sensu*) dos poderes potestativos, porque o seu exercício é intei-

<sup>54</sup> É o caso de Chiovenda, *L'Azione nel Sistema dei Diritti*, cit., p. 21 e, dubitativamente Santi Romano em *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, cit., p. 181, a propósito do poder em geral.

<sup>55</sup> E, por isso, se o aparente sujeito passivo pode aceitar ou rejeitar a produção dos efeitos jurídicos – como na aceitação ou rejeição da herança ou no legado – já não se trata de uma verdadeira situação de sujeição, como reconhece Santi Romano, *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, cit., p. 181. O potencial aceitante tem antes o poder potestativo de aceitar ou de rejeitar a herança ou legado.

<sup>56</sup> Os poderes potestativos de oposição à conformação, *infra* analisados, são uma modalidade particular de *contra-poderes* e permitem eliminar ou modificar a eficácia jurídica de outros poderes potestativos. Como exemplo de poder potestativo de oposição à conformação na ordem jurídica portuguesa poder-se-á apontar o artigo 89.º-B do RAU.

<sup>57</sup> Larenz/Wolf, *Allgemeiner Teil*, cit., § 15 (88), p. 309, referem que estes poderes conferem a possibilidade de eliminar ou modificar efeitos jurídicos, o que pressupõe que estes se tenham produzido. No mesmo sentido, *vd.* Medicus, *Allgemeiner Teil*, cit., § 12 (86), p. 41.

ramente independente da vontade do destinatário da conformação. Esta estrutura permite distinguir as figuras da sujeição e da obrigação.

Independentemente da insusceptibilidade de violação (*stricto sensu*) do estado de sujeição, o sujeito passivo ou um terceiro podem, em certos e contados casos, lesar e frustrar o exercício do poder potestativo. Assim, se *A* fizer a *B* uma proposta contratual de lhe vender um automóvel que seja eficaz durante determinado prazo fixado pelo declarante (artigo 228.º/1 *a*) CC), *A* estará sujeito, a partir do momento em que tal proposta se torne eficaz (nos termos gerais do artigo 224.º/1 do CC), a que *B* aceite a proposta que lhe foi dirigida, determinando, assim, a conclusão do contrato, sem que *A* possa opor-se: *A* encontra-se em estado de sujeição e *B* tem o poder potestativo de aceitar. Contudo, *A* pode impedir o exercício pleno e eficaz do poder potestativo de *B*, vendendo o automóvel a *C* antes que *B* aceite. Neste caso, *B* vê frustrado o seu poder potestativo de fazer nascer um contrato válido e eficaz, podendo gerar, quando muito, um contrato nulo, por se tratar de uma venda de bens alheios (artigo 892.º do CC).

Poderá ainda suceder que um terceiro impossibilite o exercício do poder potestativo, extraviando a declaração de aceitação ou impedindo que o destinatário da proposta aceite tempestivamente mas, também neste caso, não se trata de uma situação de violação do estado de sujeição, mas antes de uma actuação que frustra o exercício do poder potestativo<sup>58</sup>.

No âmbito dos poderes potestativos com destinatário, é ainda objecto de controvérsia a questão de saber se existe uma relação jurídica entre o titular do poder potestativo e aquele que se encontra em estado de sujeição.

<sup>58</sup> Referindo-se igualmente a esta possibilidade *vd.* Eduardo Santos Júnior, *Da Responsabilidade Civil de Terceiro Por Lesão do Direito de Crédito*, Coimbra, 2003, p. 71, nota 230 e p. 443, nota 1557. Contrariamente ao que defende este autor, não parece estar em causa uma contraposição entre a posição daquele que se encontra em estado de sujeição “nada podendo fazer para evitar a produção do efeito jurídico” e a posição do terceiro, que “poderá ainda interferir”. O destinatário da conformação e o terceiro encontram-se, neste ponto, em plano similar: nenhum deles consegue *violar* o estado de sujeição, porque não está em causa um dever; mas qualquer um deles pode interferir e/ou impedir o exercício do poder potestativo (assim, não é apenas o terceiro que pode impedir que a aceitação chegue ao proponente, já que também o proponente o poderá fazer). Tratando-se de um poder potestativo sem destinatário, *v.g.* o poder de ocupar uma *res nullius* ou *res derelictae* (artigo 1318.º do CC), poderá um terceiro igualmente impossibilitar o exercício do poder (por exemplo, mediante a destruição da coisa).

Segundo alguns autores, a resposta deverá ser positiva<sup>59</sup>. Diferentemente, outros autores sustentam que, ainda que haja aqui uma conexão entre pessoas, não há verdadeiramente uma relação jurídica já que falta um elemento característico: a existência de duas posições simétricas, em que cada uma se apresente como projecção da outra<sup>60</sup>.

Na realidade, no relacionamento entre o titular do poder potestativo e o destinatário da conformação existe uma conexão entre a posição do titular e a posição do destinatário. A conformação que o titular do poder potestativo pode exercer é exactamente a mesma que o destinatário se encontra sujeito a suportar. Há, neste sentido, simetria.

No entanto, a simetria aqui é bem diferente daquela que se verifica nas tradicionais relações jurídicas creditícias, em que o devedor se encontra obrigado a uma determinada conduta (activa ou omissiva) que o credor pode exigir. O destinatário da conformação não tem o dever de agir. Na sua esfera jurídica encontramos antes um *ter de suportar* a conformação da ordem jurídica. É este *ter de suportar* a produção unilateral de efeitos jurídicos na sua esfera que caracteriza a sujeição enquanto situação jurídica<sup>61</sup>.

Em suma, como sinais distintivos do poder potestativo podem ser apontados a *conformação da ordem jurídica* e o *carácter unilateral do exercício do poder*, sendo a existência de um destinatário em estado de sujeição

<sup>59</sup> *Vd.*, nomeadamente, Valverde, *Sentencia Constitutiva Y Sentencia Dispositiva*, cit., pp. 29 ss.

<sup>60</sup> Neste sentido, Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo I*, cit., p. 188. Contestando também a existência de uma relação jurídica *vd.* Santi Romano, *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, cit., p. 187.

<sup>61</sup> A pessoa em estado de sujeição tem ainda o *dever de não actuar* no sentido de frustrar ou impossibilitar o exercício do poder potestativo. Tratando-se de um poder potestativo de fundamento legal tal dever não parece decorrer da sua posição de sujeição, mas antes do dever geral de respeitar os direitos de qualquer terceiro, que vincula não apenas a pessoa em estado de sujeição, como também qualquer terceiro em condições para frustrar o exercício do poder. Estando em causa um poder potestativo de fundamento contratual, o dever de não frustrar ou impossibilitar o exercício do poder potestativo pode fundar-se em deveres principais, secundários ou acessórios de conduta, mas também aqui não parece resultar da própria situação de sujeição, que constitui uma situação jurídica elementar. Procurando resolver esta questão através da ideia de oponibilidade, *vd.* Santos Júnior, *Da Responsabilidade Civil de Terceiro Por Lesão do Direito de Crédito*, cit., p. 71, nota 230.

característica de apenas uma modalidade de poderes potestativos (os poderes potestativos interventivos, com destinatário ou hetero-conformadores).

### 2.3. *Fundamento*

O poder potestativo, enquanto possibilidade de conformação unilateral da ordem jurídica e, sobretudo, enquanto possibilidade de conformação unilateral da esfera jurídica de outra pessoa, confere ao seu titular um poder não despidendo que, em princípio, lhe estaria vedado.

Em regra, estando em causa a modificação dos limites entre duas esferas jurídicas é necessária a concordância dos sujeitos envolvidos. O tema foi analisado por Lothar Philipps através do recurso a diagramas<sup>62</sup>. O princípio da delimitação de esferas de interesses vigente no âmbito da autonomia privada postula que a esfera de interesses de *Alfa* seja, em princípio, uma zona proibida a *Beta* e vice-versa.

Nestes termos, compreende-se a especialidade dos poderes potestativos *com destinatário* ou *hetero-conformadores* na medida em que conferem ao seu titular o poder de interferir unilateralmente na esfera jurídica alheia que é, em princípio, uma área proibida. Esta eficácia de intervenção na esfera jurídica alheia, constitui uma das principais características e peculiaridades dos poderes potestativos hetero-conformadores<sup>63</sup>.

Considerando esta configuração, os poderes potestativos *legalmente* previstos, na medida em que permitem uma conformação unilateral não consentida, representam um desvio ao princípio das obrigações contratuais<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> Lothar Philipps, *Teoria das Normas, in Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*, (org. A.Kaufmann e W.Hassemer), Lisboa, 2002, pp. 353-365 (357).

<sup>63</sup> Steiner, *Das Gestaltungsrecht*, cit., pp. 55 ss. refere-se a este propósito a uma "Eingriffswirkung" e Bötticher, *Besinnung auf das Gestaltungsrechte und Gestaltungsklagerecht*, cit., p. 45 assinala que os poderes potestativos *hetero-conformadores* desempenham uma "Einbruchsfunktion".

<sup>64</sup> Medicus, *Allgemeiner Teil*, cit., § 12 (81), p. 40 e Starke, *Rückgängigmachung Ausgeübter Gestaltungsrechte*, cit., p. 7. Todavia, este desvio não se verifica relativamente aos poderes potestativos de fundamento contratual, como assinalam Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.<sup>a</sup> edição, Coimbra, 1986, p. 175, nota 1; Bötticher, *Besinnung auf das Gestaltungsrechte und Gestaltungsklagerecht*, cit., p. 45 e Leverenz, *Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts*, cit., p. 5.

Leverenz afirma tratar-se mesmo de um desvio ao princípio da paridade entre sujeitos jurídicos e ao monopólio da justiça do Estado<sup>65</sup>.

De facto, os poderes potestativos com destinatário introduzem nos quadros do Direito civil relações de tipo vertical, tradicionais no Direito público, mas habitualmente excluídas do Direito privado<sup>66</sup>, o que poderá contribuir para explicar que algumas ordens jurídicas tradicionalmente não acolham a figura<sup>67</sup>. Entende, assim, a generalidade da doutrina que esta possibilidade excepcional de conformação unilateral tem de se encontrar prevista numa de duas fontes: lei ou contrato<sup>68</sup>.

Essa afirmação suscita a questão de saber se é possível criar poderes potestativos através de negócio jurídico unilateral e não apenas através de contrato<sup>69</sup>. Parece-nos que não há impedimento a que alguém, nos quadros da autonomia privada e por negócio jurídico unilateral, confira a uma pessoa um poder potestativo sobre a sua esfera jurídica<sup>70</sup>, podendo essa pessoa rejeitar o poder potestativo que lhe seja conferido. Quem defenda que a proposta negocial tem a natureza de negócio jurídico unilateral<sup>71</sup>,

<sup>65</sup> O poder de subjugar o destinatário, existente nos poderes potestativos de exercício extra judicial, já foi justamente comparado ao poder que o juiz tem de emitir a sentença constitutiva, nos poderes potestativos de exercício judicial. *Vd.* Eduard Bötticher, *Besinnung auf das Gestaltungsrechte und Gestaltungsklagerecht*, cit., p. 42.

<sup>66</sup> Steffen, *Selbständige Gestaltungsrechte*, cit., p. 33 e, na doutrina portuguesa, Hörster, *Nótula Referente a Alguns Aspectos Pontuais dos Direitos Potestativos*, cit., p. 353 e Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo I*, cit., p. 30 afirmando que a figura do direito potestativo “documenta, em zonas pacificamente reconhecidas como privadas, a erupção dos vectores da autoridade e da competência”.

<sup>67</sup> Sobre este ponto *vd.* Becker, *Gestaltungsrecht und Gestaltungsgrund*, cit. p. 26, nota 8. Jean Dabin, *Le Droit Subjectif*, Paris, 1952, pp. 165 ss. e Octavian Ionescu, *La Notion de Droit Subjectif dans le Droit Privé*, Paris, 1931, pp. 140 ss., que não mencionam os direitos potestativos nas suas classificações de direitos subjectivos.

<sup>68</sup> Becker, *Gestaltungsrecht und Gestaltungsgrund*, cit., p. 28; Leverenz *Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts*, cit., pp. 5-6 (expondo igualmente as razões pelas quais a lei cria poderes potestativos) e ainda, especificamente a propósito da possibilidade de previsão contratual da “*Teilkündigung*”, *vd.* Klaus Schrooten, *Die Teilkündigung als Gestaltungsrecht im Bereich der Dauerschuldverhältnisse*, Köln, 1965, pp. 111-112.

<sup>69</sup> Bötticher, *Besinnung auf das Gestaltungsrechte und Gestaltungsklagerecht*, cit., pp. 53-54.

<sup>70</sup> Bötticher, *Besinnung auf das Gestaltungsrechte und Gestaltungsklagerecht*, cit., p. 53.

<sup>71</sup> Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo I*, cit., p. 361.

não poderá deixar de considerar essa situação como uma criação de um poder potestativo através de negócio jurídico unilateral, já que o proponente cria na esfera jurídica do destinatário o poder potestativo de aceitar, podendo, assim, determinar unilateralmente a celebração do contrato<sup>72</sup>.

<sup>72</sup> A qualificação do direito de aceitação de uma proposta contratual no quadro dos poderes potestativos deve-se, desde logo, a Seckel, *Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts*, cit., p. 207, tendo sido depois acolhida pela maioria da doutrina posterior, designadamente por Eberhard Kühne, *Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten*, Rostock, 1929, p. 52 e, na doutrina portuguesa, designadamente, Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo I*, cit., p. 172 e Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, Vol.II, cit., p. 152. Todavia, cedo surgiram autores contestando essa qualificação, designadamente Wolfgang Schlochoff, *Die Gestaltungsrechte und ihre Übertragbarkeit*, Breslau, 1933, p. 13; Steffen, *Selbständige Gestaltungsrechte*, cit., pp. 69 ss. e Bötticher, *Besinnung auf das Gestaltungsrechte und Gestaltungsrecht*, cit., p. 52.

Segundo Schlochoff, *Die Gestaltungsrechte und ihre Übertragbarkeit*, cit., p. 13, o afastamento desse direito de aceitação de uma proposta contratual do seio dos poderes potestativos é visível mediante um cotejo com o direito de preferência num contrato de compra e venda (cuja natureza jurídica foi, na doutrina portuguesa, analisada por Agostinho Cardoso Guedes, *A Natureza Jurídica do Direito de Preferência*, Porto, 1999, sobretudo p. 91 ss.). Ambos são exercidos através de uma declaração de vontade e têm por efeito a celebração do contrato entre o titular do poder potestativo e o oferente. Contudo, enquanto que no caso do direito de preferência a declaração de vontade é apenas um meio de exercer o direito potestativo, a declaração de aceitação da oferta é parte do novo contrato.

Muito embora as observações de Schlochoff sejam exactas, tal não basta, contrariamente ao que o autor sustenta, para afastar o direito de aceitação da proposta contratual do quadro dos poderes potestativos. Na verdade, também no direito de aceitação de uma proposta contratual se encontra um poder de unilateralmente conformar a ordem jurídica, justificando-se assim plenamente a sua inclusão no quadro dos poderes potestativos. Nem é verdade, contrariamente ao que defende Steffen, *Selbständige Gestaltungsrechte*, cit., pp. 74 ss. (no seguimento de Bötticher), que a inexistência de uma diferença *essencial* entre proposta e aceitação (já que ambas as declarações constituem elementos de *igual valor* na constituição do negócio jurídico) determine a impossibilidade de se referir a existência de um *estado de sujeição* do proponente em relação ao destinatário da proposta. Na verdade, a igualdade de valor entre proposta e aceitação não impede que a primeira crie um poder potestativo e a segunda não. O proponente está sujeito a que o aceitante *potestativamente* determine a conclusão do contrato, mas o destinatário da proposta não se encontra em estado de sujeição.

Poder-se-ia ainda contestar a qualificação do poder de aceitar uma proposta contratual como potestativo pelo facto de, neste caso, o estado de sujeição do proponente resultar de uma sua actuação voluntária, isto é, da formulação da proposta contratual. Já não haveria assim a unilateralidade característica dos poderes potestativos. Todavia, parece que a colocação voluntária do destinatário em estado de sujeição não determina (nem aqui, nem

Na atribuição de poder potestativo através de negócio jurídico unilateral situamo-nos ainda plenamente nos quadros da autonomia privada. É certo que o exercício do poder potestativo conforma, também aqui, não apenas a esfera jurídica do autor do negócio como também do destinatário, que recebe involuntariamente uma vantagem. Mas a autonomia privada não deixa de estar presente do lado do titular do poder potestativo: por um lado, porque pode renunciar à titularidade do poder potestativo; por outro, porque mesmo não o fazendo, não está obrigado ao seu exercício<sup>73</sup>.

Em todo o caso, lei e contrato representam os dois fundamentos mais comuns do poder potestativo. Na generalidade dos casos, é a lei que prevê os poderes potestativos. Contudo, nada impede que as partes atribuam contratualmente a uma delas um poder potestativo, ou que uma pessoa, através de negócio jurídico unilateral, atribua a outra o poder de constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas na sua esfera, desde que, em ambos os casos, não sejam desrespeitados os limites constantes do artigo 405.º do CC e, particularmente no segundo caso, seja conferida ao destinatário a possibilidade de extirpar da sua esfera o poder potestativo que unilateralmente lhe foi concedido.

#### 2.4. *Classificações*

O poder potestativo é uma figura eminentemente estrutural, susceptível de diversas classificações. Podem ser enunciadas, nomeadamente, as seguintes:

nos poderes potestativos *negociais*), a inexistência de um verdadeiro poder potestativo. Na verdade, independentemente de o poder potestativo do destinatário da proposta resultar de uma actuação voluntária do proponente, o destinatário da proposta tem o poder potestativo de conformar *unilateralmente* a esfera jurídica do proponente, sem a sua colaboração ou mesmo contra a sua vontade *actual* (que pode ser diferente da existente no momento da emissão da proposta contratual). É certo que, no limite, o poder potestativo do destinatário da proposta (ou do titular de qualquer poder potestativo de origem negocial) resulta da colaboração e da vontade daquele que agora se encontra em estado de sujeição. No entanto, a vontade que se encontra na origem do poder potestativo não condiciona nem limita o exercício do poder potestativo, contrariamente ao que sucede, por exemplo, nos direitos de crédito.

<sup>73</sup> Leverenz, *Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts*, cit., p. 7.

- a) Poderes potestativos legais e negociais<sup>74</sup> – consoante tenham fonte legal (v.g. o poder de ocupação de uma *res nullius* ou *res derelictae*, nos termos do artigo 1318.º CC) ou fonte negocial (v.g. o poder de resolução ou o poder de preferência contratualmente previstos).
- b) Poderes potestativos autónomos e não autónomos (ou *integrados*)<sup>75</sup> – conforme se situem isoladamente na ordem jurídica – por exemplo, o poder de aceitar ou rejeitar uma proposta contratual e o poder de ocupação de uma *res nullius* ou *res derelictae* (artigo 1318.º CC); ou, como sucede na generalidade dos casos, esses poderes se integrem em situações jurídicas mais vastas, sejam estas *direitos subjectivos* – por exemplo, o poder de constituição de uma servidão legal de passagem (artigo 1550.º CC), que se integra no direito de propriedade do titular do prédio encravado<sup>76</sup>, ou o poder de interpelação do credor para a constituição em mora do devedor (artigo 805.º/1 CC), que se integra no direito do credor – ou *deveres* – é o que sucede, por exemplo, com os poderes potestativos de invocar a prescrição ou de invocar a excepção de não cumprimento (em ambos os casos encontramos um poder potestativo, enquanto situação activa, integrado num dever, que configura uma situação passiva mais vasta).
- c) Poderes potestativos com destinatário (interventivos ou hetero-conformadores) e poderes potestativos sem destinatário (ou auto-conformadores)<sup>77</sup> – conforme: as alterações se produzam *também*

<sup>74</sup> Seckel, *Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts*, cit., p. 218; Steiner, *Das Gestaltungsrecht*, cit., pp. 70-71 e Bydliniski, *Die Übertragung von Gestaltungsrechten*, cit., p. 7.

<sup>75</sup> Seckel, *Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts*, cit., pp. 216-217; Schlochoff, *Die Gestaltungsrechte und ihre Übertragbarkeit*, cit., pp. 18-19 (que designa os direitos não autónomos como *accessórios*) e Bydliniski, *Die Übertragung von Gestaltungsrechten*, cit., pp. 9 ss.

<sup>76</sup> A qualificação do poder de constituir uma servidão como estando integrado no direito de propriedade não é pacífica, encontrando-se doutrina em sentido contrário – *vd.* José de Oliveira Ascensão, *As Relações Jurídicas Reais*, Lisboa, 1962, p. 331. Entendendo-se que o direito de servidão é um direito autónomo, tratar-se-á de um autêntico direito potestativo.

<sup>77</sup> Medicus, *Allgemeiner Teil*, cit., § 12 (80-82), pp. 39-40; Bydliniski, *Die Übertragung von Gestaltungsrechten*, cit., p. 8 e Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo I*, cit., p. 172. Trata-se da já mencionada distinção esta-

na esfera jurídica de outrem<sup>78</sup> (por exemplo, o poder de aceitar uma proposta contratual); ou as alterações se produzam apenas na esfera jurídica do titular (por exemplo, o poder de ocupação de uma *res nullius* ou *res derelictae* – artigo 1318.º CC). No primeiro grupo de casos o exercício opera mediante declaração de vontade. No segundo grupo de casos, exige-se apenas um mero comportamento.

- d) Poderes potestativos de exercício judicial e extra-judicial – consoante o exercício do poder potestativo seja ou não necessariamente judicial<sup>79</sup>. No primeiro caso, os poderes potestativos têm de ser judicialmente exercidos<sup>80</sup>. Neste caso, o titular do poder potestativo não tem a possibilidade de exercer directa e unilateralmente o seu poder, dependendo esse exercício de um processo de que a actuação do titular do poder configura apenas uma fase<sup>81</sup>. O exercício desta modalidade de poderes potestativos (na qual se incluem o poder de exigir o divórcio, o poder de anular um contrato ou uma deliberação social, ou ainda o poder de exigir a execução específica dum contrato-promessa) depende necessariamente do proferi-

belecida por alguma doutrina alemã entre os *Eingriffsrechte* e os *Eigengestaltungsrechten*, que postula o acolhimento de um conceito amplo de poder potestativo, nos termos *supra* enunciados.

<sup>78</sup> Na generalidade dos casos, à alteração na esfera jurídica do destinatário corresponde igualmente uma alteração na esfera jurídica do próprio titular do poder.

<sup>79</sup> Alguns autores procuram autonomizar os direitos potestativos de exercício judicial relativamente à categoria dos direitos potestativos *stricto sensu*, que compreenderiam apenas os de exercício extrajudicial. É o caso de Leverenz, *Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts*, cit., pp. 4-5 e 9. Trata-se de uma questão meramente terminológica, que não traduz diferentes concepções sobre a substância de qualquer uma das figuras jurídicas em causa. Na verdade, a própria terminologia germânica distingue os *Gestaltungsrechte* dos *Gestaltungsklagerechte*, ao passo que a terminologia italiana e a portuguesa permitem aplicar o termo *diritti potestativi/direitos potestativos* a ambas as realidades, distinguindo apenas a *forma de exercício*.

<sup>80</sup> Sobre os poderes potestativos de exercício judicial *vd.*, entre outros, Schlohoff, *Die Gestaltungsrechte und ihre Übertragbarkeit*, cit., pp. 22 ss.; Steffen, *Selbständige Gestaltungsrechte*, cit., pp. 11 ss.; Starke, *Rückgängigmachung Ausgeübter Gestaltungsrechte*, cit., pp. 8 ss.; Claudia Weinzierl, *Die Präklusion von Gestaltungsrechten durch 767 Abs. 2 ZPO unter Besonderer Berücksichtigung der materiellen Rechtskraft*, Lindau, 1997, pp. 14 ss.

<sup>81</sup> Becker, *Gestaltungsrecht und Gestaltungsgrund*, cit., p. 30.

mento de uma sentença constitutiva<sup>82</sup>. Diferentemente, os poderes potestativos de exercício extra-judicial (como o poder de resolver ou denunciar um contrato), não dão lugar a acção constitutiva nem precisam dela para serem exercidos, podendo, quando muito, originar acções de simples apreciação (pedindo-se, por exemplo, que se declare que o contrato foi resolvido ou denunciado), ou de condenação (pedindo-se, por exemplo, que o réu seja condenado a restituir o que lhe foi entregue por via do contrato e que poderá ser obrigado a restituir por força da resolução, nos termos dos artigos 433.º e ss. e 289.º do CC). A exigência legislativa da necessidade de recurso judicial para o exercício de determinados poderes potestativos resulta da delicadeza dos interesses envolvidos, de necessidades de segurança jurídica ou das consequências particularmente gravosas do exercício dos poderes em causa<sup>83</sup>.

- e) Poderes potestativos constitutivos, modificativos e extintivos – consoante constituam, modifiquem ou extingam situações jurídicas<sup>84</sup>: como exemplo de poder potestativo constitutivo veja-se a servidão legal de passagem (artigo 1550.º do CC); como exemplo de poder constitutivo modificativo poder-se-á apontar a mudança de servidão legal de passagem (artigo 1568.º do CC); e como

<sup>82</sup> A presente investigação não tem por objecto o exercício judicial dos poderes potestativos, pelo que nem a acção constitutiva, *per se*, nem a relação entre esta e os poderes potestativos de exercício judicial serão objecto de análise. Sobre a acção constitutiva *vd.*, entre outros, João de Matos Antunes Varela/J. Miguel Bezerra/Sampaio e Nora, *Manual de Processo Civil*, 2.ª Edição, Coimbra, 1985, pp. 18 ss. Sobre a relação entre a acção constitutiva e os designados direitos potestativos de exercício judicial *vd.* Renato Oriani, *Diritti Potestativi*, cit., p. 4, nota 8.

<sup>83</sup> Larenz/Wolf, *Allgemeiner Teil*, cit., § 15 (95), p. 310; Medicus, *Allgemeiner Teil*, cit., § 12 (84-85), p. 41; Pawlowski, *Allgemeiner Teil des BGB*, cit., p. 152; Hans Brox, *Allgemeiner Teil des BGB*, 26.º Edição, München, 2002, p. 287; Heinz Hübner, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlin/New York, 1985, p.187.

<sup>84</sup> Bötticher, *Besinnung auf das Gestaltungsrechte und Gestatunsklagerecht*, cit., p. 45; Medicus, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 42 e Kent Leverenz, *Gestaltungsrechtausübungen durch und gegen Personenmehreiten*, Berlin, 1995, p. 23, referem ainda a distinção entre direitos potestativos positivos ou negativos, consoante extingam ou criem posições jurídicas. Contudo, trata-se de uma classificação pouco proficua, já que dificilmente se ajusta aos poderes constitutivos modificativos e não exprime o efeito constitutivo, modificativo ou extintivo do exercício do poder.

exemplo de poder potestativo extintivo, o poder de propor o divórcio (artigo 1773.º CC)<sup>85</sup>. Alguma literatura alemã destaca ainda uma modalidade particular de poderes extintivos – os *ausgleichende Gestaltungsrechte*. Como a própria terminologia indica, estão em causa poderes potestativos que visam uma *igualização* ou *compensação* entre duas posições jurídicas. A diferença entre estes poderes potestativos extintivos e os poderes potestativos extintivos comuns resulta do facto de os poderes potestativos de *igualização* ou de *compensação* não atribuírem ao seu titular uma posição privilegiada, permitindo-lhe apenas actuar contra uma situação desequilibrada, repondo o equilíbrio entre as posições jurídicas em causa. Como exemplo deste tipo de poderes veja-se o poder de anulação de uma declaração negocial ou de um contrato por erro na formação da vontade (erro-vício, previsto nos artigos 251.º e 247.º do CC)<sup>86</sup>.

- f) Contra-poderes (poderes de oposição ou poderes oponíveis) – no seio dos poderes potestativos assume destacada importância um grupo de poderes que alguns autores, na esteira de Crome, intitulam de contra-direitos (*Gegenrechte*)<sup>87</sup>. Os contra-direitos ou contra-poderes possibilitam ao seu titular a neutralização ou bloqueio, total ou parcial, definitivo ou temporário, da eficácia de um direito contra si exercido<sup>88</sup>. Como exemplos destes contra-pode-

<sup>85</sup> *Vd.* outros exemplos em Mota Pinto, *Teoria Geral*, cit., pp. 175 ss. Note-se que estes diferentes poderes potestativos mantêm, na linguagem de Baptista Machado, uma “interdependência recíproca”, de tal modo que o mesmo resultado prático pode, por vezes, ser alcançado prevendo, por exemplo, um poder constitutivo ou um poder extintivo. *Vd. Parecer sobre “Reserva de Opção” Emergente do Pacto Social*, in *Obra Dispersa*, Vol. I, Braga, 1991, pp. 215-256 (225-226).

<sup>86</sup> Estas virtualidades de oposição conduzem ainda a que alguma doutrina inclua esta modalidade de poderes potestativos extintivos na categoria dos contra-poderes, *infra* analisada. Sobre os *ausgleichende Gestaltungsrechte* *vd.*, por todos, Steiner, *Das Gestaltungsrecht*, cit., pp. 71 ss.

<sup>87</sup> *Vd.*, entre outros, Larenz/Wolf, *Allgemeiner Teil*, cit., § 15 (87-88), pp. 308-309.

<sup>88</sup> Os habitualmente designados contra-direitos são na generalidade dos casos apenas contra-poderes (situações activas) inclusos em situações passivas mais vastas (é o caso do poder de recusar o cumprimento da prestação por prescrição ou excepção de não cumprimento), não assumindo assim a autonomia necessária para que possam ser considerados verdadeiros direitos subjectivos.

res, poderes de oposição (ou poderes oponíveis<sup>89</sup>), encontramos o direito que o devedor de uma obrigação prescrita tem de recusar o cumprimento da prestação, invocando que a obrigação prescreveu (artigo 304.º/1 do CC)<sup>90</sup>, o direito de retenção (artigos 754.º e ss. do CC) ou o direito de recusar a prestação, invocando a excepção de não cumprimento do contrato (artigos 428.º ss. CC).

A eficácia potestativa ou conformadora dos contra-poderes resulta do facto de permitirem eliminar ou modificar a eficácia de determinadas situações jurídicas. Os contra-poderes são, assim, poderes potestativos de sinal oposto aos poderes cuja eficácia jurídica visam modificar ou extinguir.

No entanto, Hörster, na sequência de Seckel<sup>91</sup>, assinala que muito embora os por si designados direitos oponíveis sejam também exercidos unilateralmente, não devem ser confundidos, pelo menos de um modo geral, com os direitos potestativos<sup>92</sup>. De acordo com este autor, os efeitos destes direitos são, por um lado, mais mitigados do que aqueles que resultam do exercício dos poderes potestativos e, por outro lado, não configuram verdadeiramente uma conformação da ordem jurídica.

O exercício dos poderes potestativos atinge a existência ou a configuração de uma dada situação jurídica, constituindo-a, modificando-a ou extinguindo-a. A configuração dos contra-poderes é, segundo Hörster, bastante diferente, tanto do lado activo, como do lado passivo. Do lado activo, o poder conferido, uma vez exercido, apenas permite que se impeça, temporariamente ou não, a efectivação de um direito subjectivo, ao qual se opõe, mas sem atingir a existência do direito, que não é posta em causa. Por isso, conclui Hörster, está em causa um poder que não constitui, modifica ou extingue a situação jurídica em causa. Para além disso, acrescenta relativamente ao lado passivo, enquanto que aos poderes potestativos corresponde um estado de sujeição, em que o sujeito nada pode fazer para

<sup>89</sup> É a designação que lhes atribui Hörster, *Nótula Referente a Alguns Aspectos Pontuais dos Direitos Potestativos*, cit., p. 356. Todavia, a expressão poderes de oposição afigura-se preferível, já que todos os poderes com destinatário são *oponíveis* (ao seu destinatário) mas nem todos são *de oposição*.

<sup>90</sup> Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, Vol.II, cit., p.259.

<sup>91</sup> Seckel, *Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts*, cit., p.216.

<sup>92</sup> Hörster, *Nótula Referente a Alguns Aspectos Pontuais dos Direitos Potestativos*, cit., p. 356.

impedir que outrem conforme a sua esfera jurídica, nos poderes de oposição a situação seria bem diferente. Neste último caso, o destinatário do poder de oposição ou contra-poder não veria a sua esfera jurídica conformada, permanecendo titular da sua pretensão, vendo-se apenas impedido de, temporariamente, a exercer.

Parece-nos que os contra-poderes (que constituem, na realidade, excepções materiais) são verdadeiramente poderes potestativos<sup>93</sup>. É certo que a sua eficácia conformadora não determina a extinção do poder potestativo ao qual se opõem, mas isso significa apenas que não são poderes potestativos extintivos<sup>94</sup>.

A eficácia conformadora dos contra-poderes é antes *modificativa*, traduzindo-se, não na extinção da situação jurídica à qual se opõem, mas no bloqueio da sua eficácia. A anterior situação jurídica *actuante* transforma-se numa situação jurídica *neutralizada*<sup>95</sup>.

<sup>93</sup> No mesmo sentido *vd.*, entre outros, Wolfgang Brehm, *Allgemeiner Teil des BGB*, 3.<sup>a</sup> edição, Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar/Dresden/Boorberg, 1997, § 20 (613), p. 285 e Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo I*, cit., p. 184, considerando que as excepções “integram a categoria dos poderes potestativos, uma vez que visam a produção de efeitos jurídicos, que alteram, efectivamente, a ordem existente”.

<sup>94</sup> Como assinalam Ennecerus/Nipperdey, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 442, nota 15. Carlos Alberto da Mota Pinto, *Cessão da Posição Contratual*, 1970 (reimpressão, Coimbra, 2003), p. 357, nota 1, refere os *Gegenrechte* como uma designação corrente para os poderes potestativos extintivos, mencionando o estudo de Hans-Martin Pawlowski, *Rechtsgeschäftliche Folgen Nichtiger Willenserklärungen (Amts- und Parteiniichtigkeit von Rechtsgeschäften), Zum Verhältnis von Privatautonomie und objektivem Recht*, Göttingen, 1966, p. 332, o que denuncia alguma flutuação terminológica nesta matéria. Tal flutuação torna-se patente se cotejarmos esta posição com a de Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo I*, cit., p. 184, que escreve que entre os autores que consideram as excepções materiais direitos, há ainda duas posições: “os que as explicam como contra-direitos e os que veem nelas direitos potestativos”. De acordo com a terminologia que acolhemos, não há uma total identificação entre os contra-poderes e os poderes potestativos extintivos, nem entre as realidades que estes exprimem. Cfr., claramente, Larenz/Wolf, *Allgemeiner Teil*, cit., § 15, (86-87), pp. 308-309. Há porém divergência quanto a saber se os *contra-poderes* são verdadeiramente uma *modalidade* de direitos potestativos, ou se são uma categoria autónoma.

<sup>95</sup> A invocação da prescrição como fundamento de recusa da prestação não extingue o direito de crédito, como assinala Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, Vol. II, cit., p. 256. Mesmo defendendo-se que tal extinção ocorre, como é o caso de Carvalho Fernandes, *Teoria Geral*, Vol. II, cit., pp. 650 e 659, o efeito extintivo resulta *ipso iure* ou *ipso facto* e não

Como modalidade especial de contra-poderes encontramos os que são habitualmente designados pela literatura alemã como *Gestaltungsgenrechte*, que permitem eliminar ou modificar a eficácia jurídica de outros poderes potestativos<sup>96</sup> e não de direitos comuns. Como exemplo destes poderes potestativos de oposição à conformação (ou de contra-poderes conformativos) pode apontar-se o artigo 89.º-B do RAU<sup>97</sup>.

Os poderes potestativos de oposição à conformação foram analisados por Renato Oriani, que chega à conclusão que, para além dos poderes potestativos que designa como puros e que correspondem ao modelo tradicional, a lei italiana (em diversos casos, nomeadamente na denúncia do arrendamento urbano, na impugnação do despedimento ou no aumento das rendas de locação) impõe, por vezes, ao sujeito passivo o ónus de impugnar e contestar o exercício do poder potestativo durante um determinado prazo de caducidade<sup>98</sup>. A *ratio* é evitar que se perpetue uma situação de incerteza que, em princípio, duraria até ao fim do prazo de prescrição.

O destinatário da conformação tem a seguinte alternativa: ou não impugna o exercício do poder potestativo e os efeitos deste consolidam-se, mesmo que o exercício tenha sido ilícito; ou impugna o exercício, sendo certo que, nesta última situação, a impugnação não se limita a evitar a caducidade, tendo igualmente o efeito de fazer sustar o exercício do poder

do exercício do poder potestativo do devedor, ainda que para que esta possa valer tenha de ser invocada (artigo 303.º do CC). O caso da recusa de prestação com fundamento na exceção de não cumprimento será, porventura, mais claro. Aqui manifestamente não se verifica qualquer extinção do direito de crédito, mas apenas a sua neutralização temporária.

<sup>96</sup> Larenz/Wolf, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 309; Medicus, *Allgemeiner Teil*, cit., pp. 41 e 42. Trata-se de uma classificação estabelecida em função do efeito resultante do exercício dos poderes e não do seu modo de exercício, pelo que encontramos poderes de oposição à conformação de exercício judicial e extrajudicial. Um exemplo de poder de oposição à conformação de exercício extrajudicial encontra-se no § 574 do BGB onde, verificados certos condicionalismos, se prevê a possibilidade de oposição do arrendatário à denúncia do contrato de arrendamento. Este poder de oposição é um poder potestativo na medida em que o exercício desse poder de oposição tem por efeito a neutralização do poder potestativo de denúncia e a conseqüente subsistência do arrendamento. Leverenz, *Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts*, cit., p. 4-5, refere-se igualmente aos *Gestaltungsgenrechte*, muito embora injustificadamente os delimite relativamente aos direitos potestativos quando aqueles constituem uma categoria destes últimos.

<sup>97</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 321-B/90, de 15 de Outubro.

<sup>98</sup> Renato Oriani, *Diritti Potestativi*, cit., pp. 1 ss.

potestativo. Nestes termos, não é necessária uma acção judicial que determine que o primeiro poder não foi bem exercido.

Sendo o exercício do poder potestativo impugnado, o seu titular só conseguirá fazer valer o seu poder potestativo por acordo ou recorrendo a intervenção judicial. Nestes casos, o legislador poderia ter previsto *ab initio* a necessidade de uma acção constitutiva. Todavia, por razões de economia, essa intervenção é relegada para segundo plano, surgindo apenas quando e caso haja oposição.

Estão em causa verdadeiramente dois poderes de sentido oposto, em que o exercício extrajudicial do segundo neutraliza a produção de efeitos do primeiro. O conflito entre o exercício destes dois poderes de sinal oposto acaba por só poder ser solucionado mediante o exercício de uma acção constitutiva por parte do primeiro titular.

a) Poderes potestativos de regulação – Medicus<sup>99</sup> refere também a existência de um grupo especial de poderes potestativos, os designados *Regelungsrechte*. O titular do poder ou direito potestativo de regulação pode determinar o conteúdo e as especificidades de uma obrigação de prestar.

Dentro deste grupo de poderes poder-se-á distinguir, consoante o modo de exercício, aqueles que têm uma duração prolongada (por exemplo, o poder de direcção do empregador<sup>100</sup>), aqueles que podem ser exercidos por diversas vezes (por exemplo, nos contratos de seguro, o poder que a seguradora por vezes tem de determinar periodicamente, de acordo com critérios estabelecidos, o valor do prémio do seguro) e aqueles que são exercidos uma só vez (por exemplo, o poder de provocar o vencimento antecipado das obrigações).

A integração dos poderes de direcção (entre os quais se destaca o poder de direcção do empregador) no quadro dos poderes potestativos tem sido objecto de divergências doutrinárias. Na doutrina portuguesa, Baptista Machado integra o poder de direcção do empregador no que designa de *direitos de direcção*, autonomizáveis relativamente aos poderes potestati-

<sup>99</sup> Medicus, *Allgemeiner Teil*, cit., § 13 (88), p. 42.

<sup>100</sup> Os poderes potestativos cujo exercício é feito ao longo do tempo (não apenas no contrato de trabalho mas também em outros contratos de execução duradoura, como o contrato de prestação de serviços) são por vezes designados na doutrina alemã como *Dauer-gestaltungsrechte*. Cfr. Bydlinki, *Die Übertragung von Gestaltungsrechten*, cit., p. 6.

vos<sup>101</sup>. Diferentemente, Hörster inclui os designados direitos de direcção nos direitos potestativos modificativos, acentuando que estes têm como correspondência uma sujeição e não um dever por parte do trabalhador pois, de outro modo, seriam direitos relativos<sup>102</sup>.

O poder de direcção do empregador deve ser qualificado como um poder potestativo cuja *eficácia conformadora* consiste na determinação da obrigação de prestar<sup>103</sup>. O exercício do poder de direcção determina a constituição de deveres específicos de prestar que, muito embora se reconduzam ao dever de realizar a prestação laboral, implicam uma conformação da esfera jurídica do trabalhador. A concretização da prestação laboral devida pelo trabalhador determina uma verdadeira modelação interna unilateral que, muito embora delimitada contratual e legalmente<sup>104</sup>, se traduz na constituição, modificação e extinção de deveres específicos<sup>105</sup>.

b) Poderes potestativos puros e poderes potestativos mistos – Castro Mendes e Carvalho Fernandes defendem ainda a distinção entre poderes potestativos puros e poderes potestativos mistos<sup>106</sup>. De acordo com estes autores, dever-se-á distinguir os poderes potestativos puros, que existem autonomamente, dos poderes potestativos impuros, que só se constituem por efeito da violação de um direito a uma conduta de outrem. Como exemplo de poderes potestativos puros poder-se-á apontar o poder de

<sup>101</sup> Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, cit., p. 90.

<sup>102</sup> Hörster, *Nótula Referente a Alguns Aspectos Pontuais dos Direitos Potestativos*, cit., pp. 354-355.

<sup>103</sup> Neste sentido *vd.*, entre outros, Harmut Egger, *Gestaltungsrecht und Gleichbehandlungsgrundsatz im Arbeitsverhältnis*, cit., pp. 26 e 56 ss. e, na doutrina portuguesa, Menezes Cordeiro, *Manual de Direito do Trabalho*, Coimbra, 1999, p. 125, assinalando que “o trabalho implica uma prestação de serviço hetero-determinado, isto é, uma conduta humana de *facere*, indeterminada à partida, mas que vai ser potestativamente determinada pelo credor, à medida que se vá desenvolver”.

<sup>104</sup> Já que o empregador não pode exigir qualquer prestação de trabalho àquele trabalhador.

<sup>105</sup> A concretização da obrigação de prestar poderá ser qualificada como modificativa. Neste sentido, *vd.* Hörster, *Nótula Referente a Alguns Aspectos Pontuais dos Direitos Potestativos*, cit., p. 354. Em todo o caso, tal qualificação só poderá ser feita pensando-se no dever geral de realizar a prestação laboral. Já pensando-se nos deveres específicos de prestar, o exercício do poder de direcção determina a constituição, modificação ou extinção de deveres específicos.

<sup>106</sup> João de Castro Mendes, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, Lisboa, 1995, pp. 542 ss.; Carvalho Fernandes, *Teoria Geral*, Vol. II, cit., p. 553.

arguir a invalidade de um negócio (artigo 287.º do CC) ou o poder de exigir o divórcio (artigos 1779.º ss. do CC). Já como exemplo da segunda modalidade poder-se-á indicar o poder de constituir uma servidão legal de passagem. Nos termos dos artigos 1547.º e 1550.º do CC, o direito a constituir uma servidão configura-se como um direito dirigido a uma conduta do proprietário encravante, devendo este colaborar com o dono do prédio dominante na constituição da servidão. Só na ausência dessa colaboração (o artigo 1547.º/2 do CC refere-se à falta de constituição voluntária) surge o poder potestativo; nesse caso, o proprietário do prédio encravado tem a faculdade de obter a constituição de servidão por meio de sentença judicial ou de decisão administrativa.

A distinção tem relevância prática. Se o dono do prédio dominante recorrer imediatamente a tribunal (sem antes procurar o acordo) e o dono do prédio encravante invocar que não negou a sua colaboração na constituição da servidão, o primeiro deu causa a uma acção inútil, devendo, assim, pagar as custas processuais (artigo 449.º/1 do CPC).

Ainda em tema de classificações dos poderes potestativos, uma última nota: para além das modalidades especiais de poderes potestativos apresentadas, há ainda classificações gerais susceptíveis de aplicação aos poderes potestativos, designadamente, a distinção estabelecida, em função do conteúdo, entre poderes potestativos creditícios, de família, sucessórios e outros.

### 3. Exercício

#### 3.1. *Preliminares*

A configuração eminentemente estrutural do poder potestativo conduz a que este se encontre presente na ordem jurídica sob múltiplas formas e nos mais variados contextos, pelo que, se podemos encontrar uma estrutura que caracterize a figura, não podemos certamente encontrar um regime comum a todas as suas manifestações.

Contudo, a doutrina tem procurado retirar da estrutura particular do poder potestativo e dos seus sinais distintivos algumas regras gerais ao nível do seu regime e modo de exercício. Essas regras gerais aplicam-se fundamentalmente aos poderes potestativos com destinatário. A sua justi-

ficção resulta da particular posição de fragilidade e necessidade do destinatário, devendo ser-lhe concedida alguma segurança, sobretudo quando a sua situação de sujeição resulte de disposição legal<sup>107</sup>.

As diferenças estruturais entre poderes potestativos com destinatário e sem destinatário e a consequente existência ou inexistência de um destinatário em estado de sujeição, reflectem-se ao nível do regime dos poderes potestativos, particularmente quanto à sua forma de exercício.

O exercício dos poderes potestativos com destinatário realiza-se, em regra, mediante declaração de vontade dirigida ao destinatário, expressa ou tácita (artigo 217.º do CC), eficaz aquando da sua recepção ou conhecimento (artigo 224.º/1 do CC). Assim, por exemplo, o poder de colocar o devedor em mora exerce-se mediante o envio de declaração receptícia interpelando-o a cumprir, nos termos do artigo 805.º do CC. No entanto, a ponderação dos interesses do destinatário ou a sua particular debilidade ou posição de fraqueza (entre outros factores) poderão determinar que o poder potestativo deva ser judicialmente exercido.

Contrariamente ao que sucede relativamente aos poderes potestativos com destinatário, o exercício dos poderes potestativos sem destinatário opera, em princípio, mediante simples comportamento (ainda que intencional), dispensando-se a declaração de vontade<sup>108</sup>. É o caso do poder de ocupação de uma *res nullius* ou *res derelictae*, nos termos do artigo 1318.º do CC. Exige-se aqui, fundamentalmente, o apossamento da coisa (podendo ainda ponderar-se a exigência de vontade e intenção de aquisição da propriedade da coisa). O mesmo se dirá a propósito do poder de renúncia à propriedade de uma coisa, para o qual se exige o desapossamento voluntário e, para além disso, a vontade de querer deixar de ser proprietário da coisa.

Para além da forma, a existência de um destinatário condiciona ainda outros aspectos do exercício do poder potestativo. A literatura assinala frequentemente que esse exercício tem de ser fundamentado, é irrevogável e

<sup>107</sup> Larenz/Wolf, *Allgemeiner Teil*, cit., § 15 (99-102), pp. 311-312. Também Medicus, *Allgemeiner Teil*, cit., § 13 (90), p. 42, assinala que as duas limitações gerais a que se refere (irrevogabilidade e insusceptibilidade de aposição de condição ou termo) só valem para os poderes potestativos que tenham destinatário.

<sup>108</sup> Medicus, *Allgemeiner Teil*, cit., § 12 (80), p. 39.

não lhe pode ser aposta condição ou termo. Analisemos cada um desses aspectos.

### 3.2. *Justificação*

Alguna doutrina considera que o exercício do poder potestativo tem de ser *fundamentado*<sup>109</sup>, mas não pensamos que essa exigência deva ser generalizada para todos os poderes potestativos.

Para o exercício eficaz de um poder potestativo é necessário que: num primeiro plano, se verifique o condicionalismo previsto na lei ou no negócio jurídico, que cria o poder potestativo e legitima o seu exercício<sup>110</sup>; e, num segundo plano, que o acto de exercício do poder se encontre em conformidade com o Direito. A *factispécie* que constitui o direito potestativo é composta por um facto e por uma manifestação de vontade ou comportamento do sujeito titular que lhe atribui relevância. Nem sempre o titular do poder potestativo tem de justificar o exercício do poder potestativo. Poder-se-á mesmo afirmar que só excepcionalmente existe uma obrigação de fundamentação, no sentido de que seja necessária uma indicação do fundamento da conformação para que esta produza efeitos<sup>111</sup>.

Essa dispensa de fundamentação verifica-se, desde logo, na generalidade dos poderes potestativos sem destinatário. Assim, por exemplo, o sujeito que ocupa uma *res nullius* não tem de justificar por que razão a ocupa. É certo que só existe poder de ocupar se a coisa for *nullius* – esse é o facto constitutivo do próprio poder – e que o poder potestativo só será eficazmente exercido se o for em conformidade com a ordem jurídica. Contudo, em princípio o titular do poder potestativo não tem, *a priori* ou no momento do exercício, de justificar por que razão ocupou a coisa.

Todavia, a dispensa de fundamentação verifica-se também em muitos casos de poder potestativo com destinatário, em que a justificação é evidente, resulta claramente do contrato que criou o poder potestativo ou

<sup>109</sup> *Vd.*, relativamente aos poderes potestativos com destinatário, Larenz/Wolf, *Allgemeiner Teil*, cit., § 15, (101), pp. 311-312.

<sup>110</sup> Hörster, *Nótula Referente a Alguns Aspectos Pontuais dos Direitos Potestativos*, cit., p. 349.

<sup>111</sup> Becker, *Gestaltungsrecht und Gestaltungsgrund*, cit. p. 167.

então é irrelevante<sup>112</sup>. É o caso do exercício do poder potestativo de aceitar uma proposta contratual, que tem um destinatário<sup>113</sup>. Em outros casos, o titular do poder potestativo só é obrigado a fundamentar o exercício do poder mediante solicitação por parte do destinatário<sup>114</sup>.

Em domínios em que existe um desequilíbrio entre o titular do poder potestativo e o sujeito que se encontra em sujeição, ou em que os interesses em causa assumem particular relevância, a lei por vezes exige ou as partes estabelecem que no próprio acto de exercício sejam expostos os factos constitutivos do mesmo<sup>115</sup>. Nestes casos, a apresentação da fundamentação constitui um pressuposto de exercício eficaz do poder potestativo.

### 3.3. *Revogação*

Outra característica habitualmente atribuída ao regime dos poderes potestativos (com destinatário) é a *regra da irrevogabilidade do seu exercício*<sup>116</sup>. Como assinala Bötticher, a irrevogabilidade da declaração de con-

<sup>112</sup> Becker, *Gestaltungsrecht und Gestaltungsgrund*, cit. p. 35. Note-se que não está em causa a inexistência de fundamento de constituição do poder potestativo. O fundamento existe, já que sem ele não há poder susceptível de ser exercido. Do que aqui se trata é apenas de dispensar o titular do poder potestativo de invocar e justificar a existência desse fundamento aquando do exercício do poder potestativo.

<sup>113</sup> O aceitante não tem de justificar por que razão exerce esse poder: por um lado, tal possibilidade de exercício decorre de uma proposta que lhe foi feita pelo destinatário da conformação, que a conhece, e que, por isso, não tem de ser recordado dela; por outro lado, a razão última do exercício do poder potestativo de aceitar é, em princípio, juridicamente irrelevante.

<sup>114</sup> É o que sucede, por exemplo, no Direito alemão, relativamente ao exercício do poder potestativo de denúncia nos termos do § 626/2 do BGB, *in fine*.

<sup>115</sup> Assim, o exercício do poder potestativo de despedir com justa causa pressupõe a invocação dos factos que fundamentam a existência desse poder, nos termos do artigo 398.º/1 do CT. Tais factos poderão ser objecto de posterior apreciação judicial, a fim de averiguar se tinha sido efectivamente constituído um poder potestativo e se este foi rigorosamente exercido.

<sup>116</sup> Larenz/Wolf, *Allgemeiner Teil*, cit., § 15 (100), p. 311; Medicus, *Allgemeiner Teil*, cit., § 13 (90), pp. 42-43; Steinbeck, *Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten*, cit., p. 23; Leverenz, *Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts*, cit., p. 8; e, na doutrina portuguesa, Hörster, *Nótula Referente a Alguns Aspectos Pontuais dos Direitos Potestativos*, cit., p.350.

formação é, de acordo com o pensamento geral, o preço que o titular deve pagar pelo facto de a lei lhe ter possibilitado a conformação unilateral de uma dada situação jurídica. Ao carácter vinculativo da declaração de vontade para o destinatário corresponde a auto-vinculação do declarante que, do seu lado, se compromete à modificação jurídica<sup>117</sup>. Porém, a doutrina que aponta a regra da irrevogabilidade do exercício dos poderes potestativos não deixa de lhe reconhecer, pelo menos, uma excepção: a situação em que o destinatário da conformação se opõe, de algum modo, ao exercício do poder potestativo<sup>118</sup>.

Na ordem jurídica portuguesa, a regra da irrevogabilidade do exercício dos poderes potestativos só vigora relativamente aos poderes potestativos com destinatário, resultando do artigo 230.º do CC. Tratando-se de um poder potestativo sem destinatário, não se verificam os fundamentos que determinam a regra da irrevogabilidade do exercício do poder potestativo com destinatário, designadamente a protecção daquele que se encontra em estado de sujeição, não havendo, assim, uma regra de irrevogabilidade dos poderes potestativos sem destinatário<sup>119</sup>.

### 3.4. *Aposição de condição ou termo*

A literatura aponta uma outra regra relativa aos regimes dos poderes potestativos (com destinatário)<sup>120</sup> que consiste no facto de não poder ser

<sup>117</sup> Bötticher, *Besinnung auf das Gestaltungsrechte und Gestaltungsklagerecht*, cit., pp.71-72.

<sup>118</sup> Medicus, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 43.

<sup>119</sup> Medicus, *Allgemeiner Teil*, cit., § 13 (90), p. 42. Veja-se o caso do poder de ocupação. O titular do poder potestativo que ocupou uma coisa e a tornou sua, pode, em seguida, renunciar ao direito que adquiriu. Do mesmo modo, quem renunciou ao direito de propriedade sobre uma coisa (por exemplo, mediante *derelictio*) poderá voltar a adquiri-la, por ocupação, desde que esta permaneça sem dono e não haja violação de direitos de terceiros. No entanto, é duvidoso que tais comportamentos, em certo sentido contraditórios (e potencialmente fundamentadores de *venire contra factum proprium*), possam ser considerados autênticas revogações de um poder potestativo anteriormente exercido, tratando-se, na generalidade dos casos, do exercício de dois poderes de sinal contrário.

<sup>120</sup> À semelhança das problemáticas da justificação e da revogação do exercício dos poderes potestativos, também a proibição de aposição de condição ou termo é fundamentalmente colocada a propósito dos poderes potestativos com destinatário.

aposta à declaração de exercício do poder potestativo qualquer condição ou termo<sup>121</sup>. Essa solução encontra-se explicitamente prevista no Direito português no artigo 848.º/2 do CC relativamente à compensação, à semelhança do disposto no § 388 do BGB.

A generalidade da doutrina alemã, em orientação que parece ser de acolher, com as devidas adaptações, relativamente à ordem jurídica portuguesa, tem entendido que a *ratio* do § 388 do BGB se estende a todos os outros poderes potestativos com destinatário, designadamente aos poderes de anulação e de resolução, sendo quanto a estes igualmente impossível a aposição de condição ou termo<sup>122</sup>.

Na medida em que a razão de ser da ilicitude da aposição de condição ou termo resulta de necessidades de protecção do destinatário e do facto de este não dever permanecer em estado de incerteza quanto à conformação, há situações em que excepcionalmente se considera admissível a aposição de condição. Podem assim ser admitidas condições que não criem para o destinatário da conformação qualquer situação de incerteza. É o caso das condições potestativas, cuja eficácia dependa da vontade do destinatário, na medida em que aqui o prolongamento da situação de incerteza é controlável pelo próprio destinatário<sup>123</sup>.

#### 4. Vicissitudes

##### 4.1. Transmissão

Relativamente às vicissitudes dos poderes potestativos, tem-se debatido, desde logo, se são transmissíveis<sup>124</sup>.

<sup>121</sup> Medicus, *Allgemeiner Teil*, cit., § 13 (90), p. 42; Steffen, *Selbständige Gestaltungsrechte*, cit., pp. 102 ss. e, na doutrina portuguesa, Hörster, *Nótula Referente a Alguns Aspectos Pontuais dos Direitos Potestativos*, cit., p. 350.

<sup>122</sup> *Vd.*, entre outros, Medicus, *Allgemeiner Teil*, cit., § 52 (849 ss.), p. 332.

<sup>123</sup> Larenz/Wolf, *Allgemeiner Teil*, cit., § 50 (37-38), p. 952; Medicus, *Allgemeiner Teil*, cit., § 52 (849 ss.), p. 332; Steffen, *Selbständige Gestaltungsrechte*, cit., pp. 104 ss. e, na doutrina portuguesa, exceptuando igualmente as “condições potestativas ou de querer”, *vd.* Hörster, *Nótula Referente a Alguns Aspectos Pontuais dos Direitos Potestativos*, cit., p. 350.

<sup>124</sup> Steinbeck, *Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten*, cit., *passim*; Kühne, *Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten*, cit., sobretudo pp. 49 ss.; Schlochhoff, *Die*

Na literatura alemã, a questão da transmissibilidade dos poderes potestativos tem sido colocada a partir do § 413 do BGB, que estabelece que as disposições relativas à transmissão de créditos se aplicam, *mutatis mutandis*, à transmissão de outros direitos, salvo se a lei estabelecer outra solução. A questão que se coloca é a de saber que disposições se aplicam aos poderes potestativos, resposta que não se encontra na exposição de motivos do BGB. Não é de estranhar: os poderes potestativos foram construídos, enquanto categoria dogmática, após a entrada em vigor do BGB<sup>125</sup>.

Perante a ausência de uma orientação legislativa e com a “descoberta” da figura dos poderes potestativos, a literatura alemã divide-se, quanto ao conteúdo regulativo do § 413 do BGB, em dois grupos de autores. Segundo um primeiro grupo, referindo-se essa disposição a direitos em geral e sem distinções, dever-se-á dela retirar não apenas que todos os direitos subjectivos são, em princípio, transmissíveis, como também que a transmissão desses direitos poder-se-á, em princípio, fazer sem quaisquer exigências legais. Sendo os direitos potestativos direitos subjectivos, são subsumíveis ao âmbito de aplicação do § 413, logo, são transmissíveis<sup>126</sup>. Um segundo grupo de autores entende que o facto de os poderes potestativos poderem ser qualificados como direitos subjectivos e serem assim subsumíveis ao âmbito de aplicação do § 413 não implica, sem mais, que sejam transmissíveis<sup>127</sup>.

Actualmente a questão da transmissibilidade dos poderes potestativos é tratada pela literatura alemã dominante recorrendo à distinção entre poderes potestativos autónomos e poderes potestativos não autónomos<sup>128</sup>. Os poderes potestativos autónomos como, por exemplo, o poder de opção ou de preferência, não estão ligados a uma outra situação jurídica do titular

*Gestaltungsrechte und ihre Übertragbarkeit*, cit., pp. 30 ss. e Steffen, *Selbständige Gestaltungsrechte*, cit., pp. 84 ss.

<sup>125</sup> Steinbeck, *Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten*, cit., p. 40.

<sup>126</sup> Kühne, *Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten*, cit., p. 7; Seckel, *Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts*, cit., p. 220.

<sup>127</sup> Steffen, *Selbständige Gestaltungsrechte*, cit., p. 86; Heinrich Stoll, *Besprechung: Eberhard Kühne, Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten*, AcP 135 (1932), pp. 234-236 (234 ss.).

<sup>128</sup> Para uma história do tratamento desta questão na literatura alemã (já desde Seckel) e a correspondente tomada de posição da jurisprudência *vd.*, por todos, Steinbeck, *Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten*, cit., pp. 42 ss.

do poder. A sua existência é independente da existência de uma relação obrigacional. Desta autonomia resulta a sua transmissibilidade através de contrato, salvas algumas excepções legalmente previstas, como a do § 514 do BGB. Já os poderes potestativos não autónomos estão ligados a outros direitos e obrigações do titular. O seu valor é fundamentalmente acessório. Relativamente aos poderes potestativos não autónomos tem a doutrina estabelecido, por sua vez, uma distinção entre os poderes potestativos ligados a direitos de crédito ou obrigações e os direitos potestativos ligados a uma relação jurídica em sentido amplo<sup>129</sup>.

O primeiro grupo de poderes potestativos não autónomos respeita àqueles que são apêndices de um direito ou de uma obrigação, sendo assim indissociáveis da posição do titular do direito ou do devedor da obrigação. Neste grupo encontramos, por exemplo, os poderes de escolha e determinação da prestação nos termos dos §§ 262 e 315 do BGB. O carácter acessório destes poderes caracteriza a sua vida desde o primeiro até ao último momento, acompanhando estes poderes sempre os respectivos direitos principais.

No segundo grupo de poderes potestativos não autónomos estão em causa poderes que não se relacionam apenas com um direito de crédito, mas antes com a relação jurídica em sentido amplo. A sua eficácia conformativa não diz respeito a um direito ou deveres particulares, mas antes à relação jurídica no seu todo. Dentro deste grupo poder-se-á apontar, como exemplo, o poder de resolução ou de revogação (unilateral). A ligação destes poderes potestativos ao contrato principal tem consequências sob o ponto de vista da sua possibilidade de transmissão, já que com a cessão do direito de crédito aqueles não passam automaticamente para o cessionário, exigindo-se um acto de transmissão especial nos termos dos §§ 413 e 398 do BGB.

Parece-nos que a questão da transmissibilidade contratual dos poderes potestativos<sup>130</sup> dificilmente poderá ser abordada de modo genérico: importa analisar o regime particular a que se encontra sujeito o poder potestativo

<sup>129</sup> Para uma distinção entre poderes potestativos autónomos e não autónomos e as suas implicações ao nível da transmissibilidade dos poderes potestativos, *vd.* também Leverenz *Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts*, cit., pp. 3-4.

<sup>130</sup> A transmissibilidade legalmente prevista não suscita, neste sentido, problemas significativos.

cuja transmissibilidade seja ponderada. A (in) transmissibilidade deve ser discutida considerando, pelo menos, dois aspectos fundamentais: a autonomia do poder potestativo em causa e o seu carácter estrutural.

Quanto à autonomia, importa considerar que a generalidade dos poderes potestativos inclui-se em situações jurídicas mais vastas e só uma minoria desses direitos goza de autonomia suficiente para que possam revestir, *per se*, a qualidade de direitos subjectivos. A transmissibilidade do poder potestativo depende, antes de mais, da susceptibilidade de ser destacado da situação jurídica mais vasta em que se insere<sup>131</sup>. A título de regra, poderá afirmar-se que os poderes potestativos autónomos poderão ser livremente transmitidos, mas os poderes potestativos não autónomos só poderão ser transmitidos com a situação jurídica de que dependem.

Importa considerar também um outro aspecto. Os poderes potestativos são figuras estruturais, susceptíveis de variadas funcionalizações: há poderes potestativos de natureza real (por exemplo, o poder de ocupação de uma *res nullius* ou *res derelictae*) e poderes potestativos de natureza creditícia (por exemplo, o poder de aceitar uma proposta contratual<sup>132</sup>, o poder de interpelar o devedor para que cumpra ou o poder de determinar a prestação).

A autonomia poderá ser insuficiente para assegurar a transmissibilidade do poder potestativo em causa, devendo considerar-se também a natureza desse poder. Se a transmissibilidade de um poder potestativo de natureza real não suscita dificuldades significativas, a transmissibilidade de um poder potestativo de natureza creditícia deverá ser ponderada à luz da tutela dos interesses da outra parte. Assim, por exemplo, só parece admissível a transmissibilidade do poder potestativo de aceitar a proposta contratual (que é autónomo e pode ser configurado como um verdadeiro direito subjectivo) com o consentimento do proponente.

<sup>131</sup> Assim, o poder de constituir uma servidão de passagem encontra-se incluso no direito de propriedade do titular do prédio encravado, não sendo admissível a transmissão isolada desse poder. Há, contudo, situações de possível destacamento. É o que sucede relativamente à cedência ocasional de trabalhadores, nos quadros do Direito do Trabalho, em que o trabalhador cedido continua a pertencer ao quadro da empresa cedente, muito embora se encontre sujeito ao poder de direcção da empresa cessionária (artigos 322.º e ss. do CT).

<sup>132</sup> Muito embora o poder de aceitar uma proposta contratual pressuponha que ainda não existe contrato, a sua natureza é já creditícia ou, pelo menos, pré-creditícia.

#### 4.2. *Extinção*

Outra característica do poder potestativo habitualmente assinalada consiste no facto de o mesmo se extinguir com o seu exercício eficaz<sup>133</sup>. Na verdade, em regra, para além das formas comuns de extinção dos poderes jurídicos, os poderes potestativos extinguem-se quando a conformação jurídica opera e o poder potestativo vê esgotado o seu conteúdo. Esta regra tem excepções: em determinados casos, sobretudo em relações de carácter duradouro e duração indeterminada, como nas relações de arrendamento, laborais ou societárias, o poder potestativo pode ser exercido de forma continuada ou sucessiva<sup>134</sup>.

Importa distinguir dois grupos de situações.

Num primeiro grupo, é o mesmo poder potestativo que se exerce, mas esse exercício, por natureza, é feito ao longo do tempo. É o caso, para quem os admita, dos já referidos poderes potestativos de regulação de duração prolongada, de que é exemplo o poder de direcção do empregador. Neste primeiro grupo de situações, o poder potestativo não se extingue com o seu exercício<sup>135</sup>.

Diferentemente, num segundo grupo de situações, o que verdadeiramente está em causa é a sucessão de poderes potestativos diferentes, que nascem aquando da repetida verificação dos pressupostos de fundamentação, com base numa mesma relação jurídica preexistente e duradoura<sup>136</sup>. É o caso do poder potestativo de solicitar o divórcio litigioso, estabelecendo-se no artigo 1786.º/2 do CC que “o prazo de caducidade [do poder] corre separadamente em relação a cada um dos factos [constitutivos do poder]”.

Depois, cumpre questionar ainda se, em qualquer caso, o facto de o poder potestativo se extinguir com o seu exercício eficaz representa verda-

<sup>133</sup> Schlochoff, *Die Gestaltungsrechte und ihre Übertragbarkeit*, cit., pp. 24 ss.; Leverenz *Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts*, cit., p. 2 e Eugen Bucher, *Das Subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, Tübingen, 1965, p. 91.

<sup>134</sup> Hörster, *Nótula Referente a Alguns Aspectos Pontuais dos Direitos Potestativos*, cit., p. 351.

<sup>135</sup> Bydlinski, *Die Übertragung von Gestaltungsrechten*, cit., p. 6.

<sup>136</sup> Hörster, *Nótula Referente a Alguns Aspectos Pontuais dos Direitos Potestativos*, cit., p. 351.

deiramente uma especialidade deste tipo de poder. Bydlinski sustenta, contrariamente à doutrina maioritária, que não há qualquer especialidade na forma de extinção dos poderes potestativos. Na verdade, assinala, o direito potestativo extingue-se porque é realizado o seu fim, não se distinguindo assim de outros direitos subjectivos. De facto, acrescenta, também o direito de crédito se extingue quando o devedor realiza a sua prestação<sup>137</sup>.

Sem prejuízo de reconhecermos alguma pertinência às observações de Bydlinski, parece-nos, contudo, que, à excepção dos casos *supra* mencionados, poder-se-á ainda afirmar que existe uma especialidade na extinção dos poderes potestativos. Contrariamente ao entendimento de Bydlinski, a especialidade (que esse autor contesta) não reside no facto de o poder potestativo se extinguir quando é realizado o seu fim. Neste ponto, não se configuram grandes especialidades relativamente a outros poderes, como os poderes de crédito<sup>138</sup>. A especialidade consiste em a realização do fim operar imediatamente com o exercício do poder ou direito potestativo.

## 5. Conceito

Enunciados os sinais distintivos, a estrutura, as modalidades, os fundamentos e alguns aspectos do seu regime, é tempo de apresentar um conceito de poder potestativo.

Segundo a já enunciada definição de Gomes da Silva, o poder deve ser definido como “a disponibilidade dum meio para atingir determinado fim ou um conjunto de fins, cuja utilização o direito regula de modo unitário”<sup>139</sup>. Assim, o poder potestativo pode ser definido como a *possibilidade ou disponibilidade concreta de conformação unilateral da ordem jurídica para atingir determinado fim ou conjunto de fins*. Esta definição permite distinguir o poder potestativo de outros instrumentos de confor-

<sup>137</sup> Bydlinski, *Die Übertragung von Gestaltungsrechten*, cit., p. 7.

<sup>138</sup> Relativamente aos poderes ou direitos reais a fixação de um momento em que se possa afirmar que se verificou a realização do fim do poder ou direito afigura-se mais problemática, designadamente no caso paradigmático do direito de propriedade.

<sup>139</sup> Gomes da Silva, *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, Vol. I, cit., p. 48. Sobre o conceito de poder *vd.* também Angel Lener, *Potere, b) Diritto Privato*, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXXIV, pp. 610-642 (610 ss).

mação jurídica (como o contrato que, diferentemente do poder potestativo, resulta de uma conformação multilateral).

Resta relacionar duas figuras centrais: poder potestativo e negócio jurídico unilateral<sup>140</sup>. Muito embora o poder de celebrar um determinado contrato não seja, porque bilateral, um poder potestativo, o poder concreto de celebrar um determinado negócio jurídico unilateral deve ser entendido como um poder potestativo. Na verdade, o poder concreto de celebrar um determinado negócio jurídico unilateral representa a possibilidade de unilateralmente conformar a ordem jurídica. Também aqui a ordem jurídica disponibiliza ao sujeito um bem – a *conformação unilateral da ordem jurídica* – para que este possa prosseguir determinados fins.

## 6. Natureza jurídica

### 6.1. Considerações gerais

O tema da natureza jurídica do poder potestativo tem suscitado viva discussão doutrinária<sup>141</sup>. As questões adensam-se em virtude das diferentes matrizes filosófico-jurídicas das concepções adoptadas, bem como das flutuações semânticas pelas quais se exprimem<sup>142</sup>. Trata-se, em todo o caso, de um tópico incontornável: recorde-se que os poderes potestativos assumiram, *ab initio*, uma função de ordenação conceptual, procurando enquadrar uma realidade para a qual os quadros tradicionais não ofereciam resposta<sup>143</sup>.

<sup>140</sup> Segundo Adomeit, *Gestaltungsrechte, Rechtsgeschäfte, Ansprüche* cit., p. 11, o acolhimento da unilateralidade como elemento do poder potestativo deixa por explicar esta relação.

<sup>141</sup> Steffen, *Selbständige Gestaltungsrechte*, cit., pp. 24 ss.

<sup>142</sup> Santi Romano, *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, cit., p. 176, qualificando o turbilhão terminológico nesta matéria como uma “torre de babel”.

<sup>143</sup> Harmut Egger, *Gestaltungsrecht und Gleichbehandlungsgrundsatz im Arbeitsverhältnis*, cit., p. 27. No mesmo sentido, enfatizando a função ordenadora da figura do poder potestativo, *vd.* Bötticher, *Besinnung auf das Gestaltungsrechte und Gestaltungsklagerecht*, cit., p. 41; Steinbeck, *Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten*, cit., p. 15.

## 6.2. Poder potestativo, poder jurídico e competência

A investigação sobre a natureza dos poderes potestativos deve principiar pelo seu enquadramento nos quadros mais amplos do poder jurídico. Apesar do carácter aparentemente unitário da figura, a verdade é que, como assinala Gomes da Silva, não se encontram dentro do conceito de poder ideias perfeitamente homogéneas.

Se compararmos o poder que o proprietário tem de, em certas condições, cortar as raízes das árvores plantadas em prédio alheio quando se introduzam no seu terreno (artigo 1366.º CC), vemos que este poder consiste numa faculdade natural do homem, cujo exercício a lei se limita a declarar lícito. O acto de cortar raízes a todos (em princípio) é *fisicamente* possível mas, para além do dono das árvores, só o proprietário do prédio invadido tem o poder *jurídico* de o fazer. Neste caso, o proprietário do prédio pode ter, para além do poder *de facto* que todos têm de cortar, o poder *jurídico* (exclusivo e lícito) de o fazer. Por outro lado, o proprietário pode ter o *poder jurídico* de cortar as raízes, mas não ter o *poder de facto* de o fazer.

Esta situação é diferente do acto pelo qual um comproprietário pode exigir a divisão da coisa comum (artigos 1412.º e 1413.º do CC). Neste caso, o comproprietário consegue efeitos para os quais não lhe bastariam as suas capacidades *físicas* ou *naturais*: a declaração de divisão da coisa comum provoca efeitos *jurídicos* que o comproprietário jamais poderia desencadear no plano estritamente *natural* (designadamente a criação de vários direitos subjectivos).

Cumpra distinguir duas categorias de poderes jurídicos<sup>144</sup>.

<sup>144</sup> Gomes da Silva, *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, Vol. I, cit., p. 27. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo I*, cit., p. 178 distingue duas categorias de poderes: materiais e jurídicos. Nos *poderes materiais*, que correspondem fundamentalmente ao primeiro grupo de poderes que referimos, os meios disponíveis são de actuação material. Diferentemente, nos *poderes jurídicos*, que correspondem ao segundo grupo de poderes que referimos, os meios disponíveis são de actuação jurídica. Nos poderes jurídicos, segundo o mesmo autor, haverá ainda que lidar com poderes constitutivos, modificativos ou extintivos, em função do tipo de eficácia jurídica que desencadeiem. Todavia, a terminologia utilizada por Menezes Cordeiro poderá suscitar dificuldades: por um lado, porque não permite distinguir os poderes de facto dos poderes jurídicos; por outro, porque parece levar a crer que só a segunda categoria de poderes diz

Em primeiro lugar, poderes que são meras faculdades naturais cujo exercício a lei declara lícito como, por exemplo, o poder do proprietário (ou do comproprietário) de cortar ramos que tenham invadido o seu prédio (ou o prédio comum), nos termos do artigo 1366.º do CC.

Em segundo lugar, poderes que representam a disponibilidade dum meio que o titular naturalmente não possuía, de realizar certos objectivos de natureza jurídica. Aqui o poder incide directamente sobre a ordem jurídica, procurando conformá-la. É o caso *supra* mencionado do poder do comproprietário de exigir a divisão do prédio (1412.º e 1413.º do CC). Este último tipo de poderes exerce-se por actos humanos, físicos (nesse sentido praticáveis pela generalidade das pessoas), como é o caso da emissão de declarações<sup>145</sup>, que são aqui transformados pela ordem jurídica em meios para alcançar fins que, sob o ponto de vista meramente material, nunca poderia atingir.

Os poderes deste segundo grupo implicam, em regra, a licitude dos actos que têm por objecto, mas nem sempre. Assim, por exemplo, quem casa com um impedimento impediendo celebra um casamento válido e eficaz, muito embora pratique um acto ilícito<sup>146</sup>. Essa pessoa tem o poder de produzir efeitos jurídicos (tem *posse*), mas exerce esse poder sem *licere*. Pode haver, assim, neste segundo grupo de poderes jurídicos, *posse* sem *licere*<sup>147</sup>.

O binómio existente entre *posse* (*können*) e *licere* (*dürfen*) reveste uma importância fundamental nesta matéria: o *posse* traduz aquilo que se consegue fazer e é limitado pelo espartilho da *possibilidade*<sup>148</sup>; o *licere* traduz aquilo que é *permitted* fazer e é delimitado pela categoria da *lici-*

respeito a poderes jurídicos, quando o poder de gozar um terreno de que se é proprietário é *também* um poder jurídico, embora de uma categoria diferente.

<sup>145</sup> A emissão de uma declaração é um acto jurídico, mas é também um acto físico e humano.

<sup>146</sup> Gomes da Silva, *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, Vol. I, cit., p. 28.

<sup>147</sup> Angel Lener, *Potere*, b) *Diritto Privato*, cit., p. 613. Rejeitando igualmente uma identificação entre o conceito de poder e o conceito de *licere*, Levi, *Teoria Generale del Diritto*, cit., p. 312.

<sup>148</sup> O termo *posse* é tradicionalmente reservado aos poderes jurídicos, ou seja, aos poderes do segundo tipo, que postulem a disponibilização de meios jurídicos de actuação.

tude<sup>149</sup>. Importa articular esse binómio *posse/licere* com as duas categorias de poderes referidas.

Os poderes do primeiro grupo conformam a ordem factual, muito embora essa conformação possa, em alguns casos, traduzir-se numa conformação mediata da ordem jurídica. O poder de gozar um bem de que se é titular pode não implicar qualquer conformação da ordem jurídica. Assim, o titular de um direito de propriedade de uma bicicleta, ao utilizá-la, exerce um poder jurídico de gozo. Todavia, o exercício desse poder de gozo não conforma a ordem jurídica.

Contudo, há poderes de gozo que acabam por implicar uma conformação da ordem jurídica. Assim, o titular de um direito de propriedade sobre um fruto, ao comê-lo, exerce um poder *de facto*. O poder de facto é também *jurídico*, porque *lícito*. Este poder exerce-se directamente sobre a realidade mas, se o titular do direito de propriedade gozar o fruto até ao fim, comendo-o, há uma conformação mediata da ordem jurídica porque o direito de propriedade extingue-se (com o desaparecimento do seu objecto).

Só quanto a este primeiro grupo, relativo aos poderes que são meras faculdades naturais cujo exercício a lei declara lícito (essencialmente, os poderes de gozo), faz sentido a distinção entre *poderes de facto* e *poderes jurídicos*. Porque só aqui há um problema de distinção entre diferentes possibilidades *de facto* e de apurar qual delas é jurídica.

Relativamente a este primeiro grupo, a distinção entre poderes de facto e poderes jurídicos pode ser feita recorrendo ao critério do *licere*<sup>150</sup>. De facto, neste caso, o papel da ordem jurídica consiste precisamente em declarar lícito ou ilícito um determinado comportamento. Aqui, o poder, para ser *jurídico*, tem de ser *lícito*. Este primeiro grupo de poderes jurídicos, no sentido amplo que se acolheu, tem enorme importância prática.

<sup>149</sup> O binómio existente entre *posse* e *licere* teve um papel fundamental em algumas construções doutrinárias, mas a sua análise histórica transcenderia o objecto e os objectivos do presente estudo. Sobre esta matéria e, em particular, sobre a influência desse binómio na construção de Jellinek, *vd.*, por todos, Massimo La Torre, *Disavventure del Diritto Soggettivo, Una Vincenda Teorica*, Milano, 1996, pp. 146 ss.

<sup>150</sup> Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, Vol. II, cit., pp. 150 e 161, afirmando que “a distinção entre o direito subjectivo de gozo e a possibilidade fáctica de alguém usar certa coisa e apropriar-se dos seus frutos reside na ilicitude”.

Todavia, independentemente da sua relevância na descoberta do *quid juris*, assume escassa importância na investigação do *quid jus*.

Diferentemente, o segundo grupo de poderes jurídicos, onde se incluem os poderes creditícios e os poderes potestativos, reveste o maior interesse para a Teoria do Direito<sup>151</sup>, na medida em que estão em causa poderes que representam a disponibilidade de meios de actuação jurídica que o titular naturalmente não possuiria, de realizar certos objectivos de natureza jurídica<sup>152</sup>.

Neste segundo grupo de poderes não faz sentido distinguir poderes *de facto* e poderes *jurídicos* já que os poderes de facto, por natureza, nunca se encontram aqui incluídos. Este segundo grupo postula, necessariamente, uma transcendência relativamente à factualidade que assume a sua expressão máxima tratando-se de poderes cuja eficácia postule a destruição com eficácia retroactiva de efeitos jurídicos já produzidos, como é o caso do poder potestativo de resolver um contrato.

Note-se, ainda, que o exercício de poderes deste segundo grupo pressupõe uma actuação na realidade fáctica, porque todo o exercício de um poder humano pressupõe uma actuação humana. Assim, o poder de aceitar um contrato pressupõe um comportamento voluntário, fáctico (a declaração de vontade de aceitação), ou o comportamento concludente nesse mesmo sentido (ou, em último caso, uma omissão juridicamente significativa). Essa actuação *fáctica*, tal como a conformação que dela resulta, pode ser *lícita* ou *ilícita*. Porém, este segundo grupo de poderes não visa uma actuação sobre a realidade material, mas antes uma conformação da realidade jurídica. A actuação material é o meio de exercer o poder, mas não consubstancia nem o núcleo nem o fim do mesmo.

Procurando avançar, cumpre relacionar estas duas categorias de poderes jurídicos com as categorias do *posse* e do *licere*. Em relação ao primeiro grupo de poderes (poderes que são meras faculdades naturais cujo exercício a lei declara lícito), o poder *jurídico* é necessariamente *lícito*. Já relativamente ao segundo grupo de poderes, onde se inserem os poderes potestativos, há *posse* sem *licere* e pode haver exercício de poderes jurídi-

<sup>151</sup> Sobre o objecto e evolução da Teoria do Direito *vd.*, por todos, A. Castanheira Neves, *Teoria do Direito*, Coimbra, 1998, pp. 3 ss.

<sup>152</sup> É aliás neste sentido de *poder para além da mera factualidade*, de *poder na ordem jurídica*, que é comumente utilizada a designação *posse*.

cos de forma *ilícita*. É o caso *supra* mencionado do casamento celebrado com um impedimento impediante (artigos 1604.º e 1649.º do CC). A pessoa *pode* casar, mas *não tem licença* para fazê-lo, traduzindo-se tal actuação num acto *ilícito*. Também o promitente alienante *pode* vender a um terceiro, mas *não deve* fazê-lo (artigos 410.º ss. do CC). Do mesmo modo, o procurador *pode* agir *eficazmente* em abuso de representação, mas *não deve* fazê-lo (artigo 269.º CC)<sup>153</sup>.

Os poderes do segundo grupo são *jurídicos* porque permitem algo que o titular à partida não conseguiria, porque há *posse*. A existência de poder não resulta aqui de um juízo de *licitude* ou *ilicitude*, mas sim de *eficácia* ou *ineficácia*<sup>154</sup>. Não significa isto que, em relação a estes poderes, não possa falar-se de um exercício lícito ou ilícito, ou que essas categorias sejam irrelevantes. Como já se viu, o exercício destes poderes realiza-se necessariamente mediante uma actuação material, susceptível de um juízo de licitude ou de ilicitude, podendo a própria conformação ser *ilícita*<sup>155</sup>.

Porém, a disponibilização de meios em que se traduz o poder jurídico deste segundo grupo não depende de um juízo de *licere*. Os poderes jurídicos são antes sujeitos a um escrutínio de *eficácia*, que determinará se eventualmente produzem efeitos jurídicos e em que termos. Um poder jurídico do primeiro tipo não é susceptível de um juízo de eficácia jurídica no sentido de êxito na produção de efeitos jurídicos. O poder de gozo não é juridicamente eficaz ou ineficaz: é lícito ou ilícito. Já o segundo grupo de poderes, para além de um juízo de licitude ou ilicitude, é susceptível de um juízo de eficácia ou ineficácia.

Note-se que no segundo grupo de poderes jurídicos mencionado, não se trata, pura e simplesmente, de actuar materialmente com eficácia jurí-

<sup>153</sup> Poder-se-á apontar outros exemplos. Veja-se, designadamente, que o adquirente a *non domino* pode, reunidas determinadas condições, vender *eficazmente* a coisa a terceiro, mas *não deve* fazê-lo (artigos 291.º do CC e 17.º/2 do CRPR).

<sup>154</sup> O conceito de ineficácia é aqui utilizado em sentido amplo, abrangendo não apenas a invalidade como também a ineficácia em sentido estrito ou ineficácia simples. Sobre a distinção entre estas categorias *vd.* Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo I*, cit., pp. 642 ss. e Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, Vol. II, cit., p. 102.

<sup>155</sup> À semelhança do que sucede no caso das conformações multilaterais mais significativas – os negócios jurídicos – também eles susceptíveis de serem qualificados como lícitos ou ilícitos.

dica, nem de poder praticar actos que produzam efeitos jurídicos. Esse poder também existe em poderes de facto como, por exemplo, no poder de destruir coisa alheia, ou no poder de matar, que geram efeitos jurídicos e conformam a esfera jurídica<sup>156</sup>.

Importa determinar qual a diferença entre estes poderes (por exemplo, de destruir coisa alheia ou de matar) e os poderes potestativos, já que aparentemente todos eles traduzem uma *possibilidade de unilateralmente conformar a ordem jurídica*<sup>157</sup>.

Os poderes de destruir coisa alheia ou de matar são poderes de facto. São poderes de actuação sobre a realidade que produzem efeitos jurídicos, mas que não se traduzem em poderes de conformação directa da ordem jurídica. Não há aqui uma disponibilização de *meios jurídicos*: sendo ilícitos, não serão poderes jurídicos, mas antes meros poderes de facto; sendo lícitos, serão poderes jurídicos de actuação material<sup>158</sup>.

Diferentemente, os poderes potestativos não são poderes de facto, são poderes de conformação directa da ordem jurídica, ainda que carentes do substrato material inerente a todas as actuações humanas. Neste caso, há uma disponibilização de meios jurídicos para que o titular prossiga um determinado conjunto de fins. O poder potestativo, quando jurídico, permite conformações eficazes, independentemente de estar em causa um exercício lícito ou ilícito.

O segundo grupo de poderes jurídicos, entre os quais se incluem os poderes potestativos, reporta-se a situações em que o sujeito *transcende a sua capacidade natural, conformando eficazmente a ordem jurídica*. O carácter jurídico ou não jurídico de uma actuação material ilícita que gere efeitos jurídicos (delito) deverá ser analisado nos quadros do primeiro grupo de poderes referido, das possibilidades de actuação material. Na ver-

<sup>156</sup> O poder de facto de destruir uma coisa alheia implica para o titular do direito de propriedade sobre a coisa a extinção desse mesmo direito e o direito a ser indemnizado pelos danos que sofreu. Por sua vez, o poder fáctico de matar alguém implica também que esta perca o seu direito à vida, cessando a sua personalidade jurídica.

<sup>157</sup> A mesma questão é analisada por Torben Spaak, *Norms that Confer Competence*, RJ (16), n.º 1, Março 2003, pp. 89-104 (91), de uma perspectiva normativista, associada ao conceito de competência.

<sup>158</sup> O poder de destruir uma coisa alheia ou de matar outrem poderão ser lícitos desde que se verifiquem os pressupostos de uma causa de exclusão da ilicitude, designadamente do estado de necessidade ou da legítima defesa, respectivamente.

dade, o segundo grupo de poderes encontra-se reservado às situações em que mediante uma *disponibilização de meios jurídicos* o sujeito *transcende a sua capacidade natural*. Os poderes de matar ou de furtar são poderes *de facto* e, porque ilícitos, não são poderes *jurídicos*.

Já no segundo grupo de poderes jurídicos, o poder que aqui se confere é o de, através de uma actuação *eficaz* (sempre material, porque humana), um sujeito poder servir-se da ordem jurídica para a prossecução de uma sua finalidade. O titular do poder não se limita a aproveitar a ordem material, com o *licere* que lhe é conferido pela ordem jurídica, como sucede no primeiro grupo de casos: o titular do poder supera, neste contexto, o que é *naturalmente possível*. Por isso, poder jurídico é, nestes casos, a possibilidade de um sujeito operar com êxito na realidade jurídica, modificando situações jurídicas, através da prática de um acto determinado. Ter poder jurídico significa que quando essa pessoa pratica o acto tido por relevante, gera na ordem jurídica o efeito correspondente à sua intenção ou comportamento<sup>159</sup>.

No segundo grupo de poderes, no qual se encontram os poderes potestativos, a diferença que importa não é entre poderes de facto e poderes jurídicos, mas sim entre a possibilidade de operar com eficácia ou êxito na ordem jurídica (há poder), conformando-a, ou a insusceptibilidade de o fazer (não há poder, ainda que possam produzir-se efeitos de facto)<sup>160</sup>.

<sup>159</sup> Spaak, *Norms that Confer Competence*, cit., p. 91, afirma, embora de uma perspectiva normativista e com base no conceito de competência, que os “competence-exercising acts are acts which for their legal effect are dependent on their being performed with a certain (actual or imputed) intention, that is, declarations of intention (Willenserklärungen)”. Note-se, todavia, que muito embora o exercício do poder jurídico opere frequentemente através da emissão de declarações de vontade, também poderá operar mediante meros comportamentos voluntários, que não se reconduzam àquela figura. É o que sucede no caso dos poderes potestativos sem destinatário. Tais comportamentos são necessariamente voluntários, mas isso não significa que o exercício do poder postule necessariamente a intenção de produção do efeito jurídico correspondente. *Vd.*, por exemplo, o caso do poder de ocupação, em que se exige a apreensão material voluntária da coisa, discutindo a doutrina se será ou não necessária a intenção de aquisição da propriedade. Em sentido negativo *vd.*, entre outros, José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Direitos Reais*, 5.<sup>a</sup> edição, Coimbra, 1993, p. 450 e Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, Lisboa, 1996, pp. 279-280.

<sup>160</sup> O exercício de um poder jurídico aparente pode gerar efeitos de facto, muito embora não crie quaisquer efeitos jurídicos. É o caso, no quadro dos poderes de conforma-

Em suma: no primeiro grupo de poderes jurídicos, a *juridicidade* do poder assenta na sua *licitude*; no segundo grupo de poderes (onde se incluem os poderes potestativos) a *juridicidade* do poder encontra-se antes conexas com a sua *eficácia*<sup>161</sup>.

Os poderes potestativos situar-se-ão, como referimos, em princípio e na maioria dos casos, no segundo grupo de poderes. É esse o caso dos poderes potestativos de resolver um contrato ou de aceitar uma proposta contratual. Contudo, alguns casos podem suscitar dúvidas. É o que sucede com o poder de ocupação de uma *res nullius* ou *res derelictae* (artigos 1318.º e ss. do CC), que opera pela apreensão material de coisas sem dono e que é, como já vimos, um poder potestativo. A dúvida neste ponto poderá resultar de haver uma actuação material – a apropriação material – em relação à qual pode ser feito um juízo de licitude/ilicitude. Assim se, por exemplo, o objecto não for uma *res nullius* e tiver um proprietário, a apropriação material é ilícita e configura um caso de esbulho. No entanto, esse poder de ocupação pode ser simultaneamente criador de uma situação jurídica (o direito de propriedade) e, nessa medida, susceptível de um juízo de eficácia. Não se tratando de uma *res nullius*, importa determinar se o acto de ocupação é *ilícito* ou *ineficaz*.

Cumpre distinguir duas perspectivas diferentes: o acto material de apropriação é *ilícito*; já o acto jurídico de constituição do direito de propriedade, para além de *ilícito*, é *ineficaz*. A potestatividade não se encontra no acto material de apropriação, mas sim na conformação que deste decorre. E esta não depende da licitude do exercício do poder, mas antes do seu grau de eficácia. Por isso o poder potestativo de ocupar é *eficaz* ou *ineficaz* e o acto material de apropriação *lícito* ou *ilícito*.

ção multilaterais, do poder (aparente) de celebrar um negócio jurídico que padeça de uma nulidade. Sendo tal negócio nulo e, consequentemente, não havendo poder jurídico nem se produzindo os efeitos jurídicos pretendidos, tal não impede a produção de efeitos de facto, que devem ser retroactivamente destruídos com a declaração de nulidade, nos termos do artigo 289.º do CC.

<sup>161</sup> No mesmo sentido, embora de uma perspectiva normativista *vd.* Spaak, *Norms that Confer Competence*, cit., pp. 91-92 “The concept of competence plays an important role in the analysis of problems concerning legal validity and invalidity (...). So competence is a necessary, though not a sufficient condition for legal validity”.

Os poderes potestativos são poderes jurídicos. Não se confundem com os meros poderes de facto porque atribuem ao seu titular algo que naturalmente não possuiria. Tal como sucede em relação aos outros poderes que se situem no segundo grupo de poderes que referi, o seu carácter jurídico afere-se, não em função da *licitude*, mas sim em função da sua *eficácia*, entendida aqui em sentido amplo. Importa ainda assinalar que, como *infra* se desenvolverá, o poder que aqui releva é necessariamente concreto e não genérico<sup>162</sup>. A disponibilização de meios opera perante uma determinada situação para a prossecução de fins, também eles concretos.

Integrados os poderes potestativos no quadro mais amplo dos poderes jurídicos, resta ainda analisar brevemente as teorias normativistas segundo as quais os poderes potestativos devem ser qualificados como competências. A integração desta perspectiva num quadro de relação entre os conceitos de poder potestativo e poder jurídico justifica-se pelo facto de as competências a que as orientações normativistas se referem se traduzirem em poderes jurídicos.

De acordo com o pensamento normativista, todos os elementos da ordem jurídica são susceptíveis de recondução ao conceito geral de norma. Como assinala Castanheira Neves, de acordo com a orientação normativista o Direito constitui-se, manifesta-se e deve ser pensado como norma<sup>163</sup>.

Uma das questões que nos quadros da Teoria do Direito (e da indagação de qual deva ser o conceito de Direito) tem dividido a doutrina (de matriz normativista) consiste em saber se a distinção entre normas de conduta (que impõem deveres) e normas que conferem poderes (das quais os poderes potestativos são fruto) é, ou não, irreal e superficial<sup>164</sup>. Segundo

<sup>162</sup> Em sentido diferente, *vd.* a distinção estabelecida por Oliveira Ascensão entre poderes genéricos e poderes concretos em *Direito Civil, Teoria Geral*, Vol. III, cit., p. 57.

<sup>163</sup> Castanheira Neves, *Teoria do Direito*, cit., p.76.

<sup>164</sup> Para uma análise das raízes e das diversas construções existentes nesta matéria, sobretudo na escola escandinava, *vd.* Tore Strömberg, *Norms of Competence in Scandinavian Jurisprudence, in Theory of Legal Science*, 1984, pp. 559-570 (559 ss.). Note-se que a consideração da existência de duas modalidades de normas (ainda que eventualmente possam ser reconduzidas a uma) é um ponto central de praticamente todas as construções normativistas, mesmo daquelas que contestam a existência de duas categorias autónomas diferentes. Segundo Spaak, *Norms that Confer Competence*, cit., p. 90, afirmando que “we might say that duty and competence are in this sense the two fundamental modes of legal regulation”.

Kelsen e outros autores, como Spaak, a distinção é superficial e as normas que conferem poderes são, no fundo, normas que impõem deveres<sup>165</sup>. Diferentemente, Hart, defendendo uma distinção entre as normas de conduta e as normas que conferem poderes, opõe-se àquilo a que considera ser uma “distorção como preço da uniformidade”<sup>166</sup>.

Independentemente do conceito de Direito que seja acolhido por estes autores, os poderes potestativos são considerados, de uma perspectiva normativista, como fruto de normas que conferem poderes<sup>167</sup> e, nesse sentido, à semelhança dos contratos, entendidos como competências que permitem a criação de normas de conduta<sup>168</sup>. O titular do poder potestativo recebeu, por delegação, o poder de criar normas jurídicas mediante o exercício

<sup>165</sup> Spaak, *Norms that Confer Competence*, cit., p. 90 ss. Sobre o conceito de direito subjectivo de Hans Kelsen vd. a sua *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien, 1979, p. 110 e, do mesmo autor, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, cit., pp. 107 ss. Especialmente sobre esse conceito na *Reine Rechtslehre* de Kelsen, vd. a análise de Johann Braun, *Rechtsphilosophie im 20. Jahrhundert*, cit., pp. 35 ss. Esta tentativa de uniformização do direito, fundada em Austin mas prosseguida ulteriormente por diversos autores, tem-se baseado fundamentalmente em dois argumentos (assinalados por Hart): por um lado, na ideia de que a nulidade é uma sanção pelo mau exercício de uma norma que confere um poder; e, por outro lado, numa visão das normas que conferem poderes ou competências (*norms that confer competence*) como fragmentos de leis. Analisando e criticando estes argumentos, vd. Herbert Hart, *O Conceito de Direito*, 2.<sup>a</sup> edição, Lisboa, cit., pp. 41 ss.

<sup>166</sup> Hart, *O Conceito de Direito*, cit., pp. 46 ss.

<sup>167</sup> Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo I*, cit., p. 171. Sobre o conceito de normas que conferem poderes e o conexo mecanismo de delegação de poderes na construção normativista vd., entre outros, Georg Henrik Von Wright, *Norm and Action, A Logical Enquiry*, London, 1963, pp. 191 ss.

<sup>168</sup> Assim, Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960, pp. 152-153. Adomeit, *Gestaltungsrechte, Rechtsgeschäfte, Ansprüche*, cit., pp. 19 ss. procede a uma integração dos poderes potestativos nos quadros do pensamento normativista, qualificando-os como uma “Kompetenz sur Setzung von Verhaltensnormen”(p. 20). Integrando igualmente os poderes potestativos no quadro mais amplo das competências vd. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 211. O conceito de competência no sentido aqui mencionado remonta ao conceito de “power” apresentado por W.N. Hohfeld (em 1913) num texto intitulado *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, in *Filosofia do Direito e do Estado* (org. José de Sousa e Brito), Lisboa, 1981, pp. 147-188. A competência é hoje apresentada por Spaak, *Norms that Confer Competence*, cit., p. 91 como a “hypothetical possibility to change legal positions by performing a special kind of act”.

do poder<sup>169</sup>. Os poderes potestativos incluem-se, assim, no quadro mais amplo de competências, do qual fazem parte, mas que compreende também outras figuras<sup>170</sup>.

Não sufragamos a qualificação normativista dos poderes potestativos como competência. Como assinala Oliveira Ascensão, o normativismo altera a base de reflexão sobre estas matérias<sup>171</sup>. O essencial deixa de ser a posição do titular do poder potestativo, que tem à sua disponibilidade a conformação jurídica para prosseguir determinados fins, para passar a ser a norma que confere o poder.

As construções normativistas, ao reconduzirem o poder potestativo a um fenómeno de delegação de competências representam, sobretudo no caso dos poderes potestativos de fundamento contratual, uma negação da autonomia privada enquanto espaço de liberdade de auto-vinculação, insusceptível de recondução a um conceito omnipresente de norma. O poder potestativo deixa assim de poder ser fruto da liberdade que a cada um cabe, antes e para além da norma, para surgir como fruto de um poder que sobre todos impende, aqui exercido por um particular actuando em delegação de poderes. Sendo inegável o carácter conformativo dos poderes potestativos<sup>172</sup>, o essencial da conexão potestativa radica nas situações dos sujeitos que se encontram, respectivamente, na titularidade do poder e no estado de sujeição e que se afiguram insusceptíveis de uma recondução ao conceito de norma.

<sup>169</sup> Segundo Bucher, *Das Subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, cit., sobretudo pp. 55 ss., o direito subjectivo é o poder atribuído ao titular pela ordem jurídica de emitir normas. A construção de Bucher atribui assim a todos os direitos subjectivos (e não apenas aos direitos potestativos) um carácter conformativo (*Gestaltungscharakter*). Para uma referência a esta construção *vd.* Bernd Schilcher, *Starke und schwache Rechte, Überlegungen zu einer Theorie der subjektiven Recht*, Fest. Franz Bydlinski, Wien/New York, 2002, pp. 353-391 (355).

<sup>170</sup> Como é apontado por Bötticher relativamente ao conceito de poder de Hohfeld. *Vd.*, *Besinnung auf das Gestaltungsrechte und Gestaltungsrecht*, cit., p.46, nota 6.

<sup>171</sup> Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Teoria Geral*, Vol. III, cit., pp. 66 ss.

<sup>172</sup> Tal carácter encontra-se particularmente presente no poder potestativo de aceitação de um contrato, sobretudo para os autores que entendam que os preceitos individuais concretos são normas (neste caso vinculando as partes), posição rejeitada, entre outros, por Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Teoria Geral*, Vol. III, cit., p. 68.

### 6.3. Poder potestativo e capacidade

O conceito de poderes potestativos não se confunde com o conceito de capacidade jurídica<sup>173</sup>, ainda que tenha sido já defendido que os poderes potestativos seriam manifestações de capacidades activas especiais<sup>174</sup>. Essas posições justificavam-se pela inexistência, durante largos anos, de uma rigorosa delimitação entre legitimidade e capacidade, sendo a legitimidade frequentemente intitulada de capacidade activa especial ou de capacidade particular<sup>175</sup>.

O poder corresponde a um desenvolvimento e a um exercício da capacidade, mas não se confunde com ela<sup>176</sup>. Não se confunde, desde logo, com a capacidade de gozo, que mede a susceptibilidade de ser titular de direitos e de obrigações e que constitui um mero pressuposto da titularidade do poder. Mas o poder potestativo também não se confunde com a capacidade de exercício, enquanto possibilidade de actuação pessoal e livre de um sujeito relativamente às situações jurídicas de que é titular. A capacidade de exercício não é pressuposto da titularidade de determinado poder potestativo, muito embora seja, associada à legitimidade, um pressuposto para o seu exercício eficaz<sup>177</sup>. Tratando-se de um incapaz de exercício, a incapa-

<sup>173</sup> Sobre o conceito de capacidade jurídica *vd.*, entre outros, Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Teoria Geral*, Vol. I, cit., pp. 124 ss; Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, Vol. I, cit., pp. 57 ss.

<sup>174</sup> Para uma referência a estas posições *vd.* Santi Romano, *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, cit., p. 190.

<sup>175</sup> Na doutrina portuguesa, referindo-se a uma “capacidade particular” avaliada “perante certo direito ou obrigação”, *vd.* Castro Mendes, *Teoria Geral*, Vol. I, cit., p. 123, ainda que a pp. 127-128 procure distinguir os conceitos de capacidade e legitimidade.

<sup>176</sup> Santi Romano, *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, cit., pp. 190-191; Levi, *Teoria Generale del Diritto*, cit., pp. 312-313.

<sup>177</sup> Leverenz, *Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts*, cit., p. 6. A capacidade jurídica não se confunde com a legitimidade jurídica na medida em que a capacidade é uma *situação* (conexa com a medida da susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações ou com a possibilidade de exercício e cumprimento pessoal e livre dos direitos e das obrigações de que se é titular, respectivamente) e a legitimidade uma *relação* ou um *conceito relacional* (que traduz uma especial relação entre a pessoa e as situações jurídicas sobre as quais pode agir). Sobre esta distinção *vd.*, por todos, Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, Vol. I, cit., pp. 60 ss.

cidade será suprida se e quando seja necessário, através da representação, tal como sucede em relação a um direito subjectivo<sup>178</sup>.

Como afirma Santi Romano, a capacidade é relativa aos aspectos mais genéricos com os quais as pessoas se afirmam no mundo jurídico. Nada impede que se fale da capacidade de aceitar uma herança ou uma proposta contratual, se com isso se pretende indicar o conjunto de condições que em abstracto se deve possuir para que tal pessoa possa eficazmente exercer esses poderes. Quando, reunidas estas condições, o sujeito desenvolve uma determinada actividade, positiva ou negativa, que se possa considerar voluntária, tem então o poder de aceitar ou rejeitar uma herança ou uma proposta contratual. O poder corresponde ao desenvolvimento de uma capacidade, implicando-se nisso maior ou menor domínio da vontade: a capacidade é abstracta; o poder é concreto, sendo exercido numa determinada direcção e com determinado fim<sup>179</sup>.

#### 6.4. Poder potestativo e liberdade

É importante distinguir os conceitos de poder potestativo e liberdade<sup>180</sup>.

<sup>178</sup> Esta necessidade de representação resulta da inclusão dos poderes potestativos no segundo grupo de poderes jurídicos *supra* mencionado. A capacidade de exercício não é pressuposto do exercício de um poder de gozo. Um menor de 12 anos *pode* usar a bicicleta que lhe foi oferecida. Mas essa capacidade de exercício poderá ser necessária para o exercício *eficaz* de alguns poderes potestativos.

<sup>179</sup> Santi Romano, *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, p. 191.

<sup>180</sup> No centro do conceito de liberdade *jurídica* parece essencial, como assinala Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 3.<sup>a</sup> Edição, Frankfurt am Main, 1996, p. 198, a existência de uma *alternativa de acção*, no sentido de um determinado sujeito poder escolher entre agir e não agir. Note-se que no quadro das construções normativistas verifica-se uma significativa aproximação entre o conceito de permissão (que designa o espaço de não imposição nem proibição de condutas) e de liberdade. *Vd.* Alexy, *Theorie der Grundrechte*, cit., pp. 202 ss. Todavia, a ideia de permissão parece pressupor a *concessão* de uma alternativa de acção, quando esta decorre da natureza e dignidade humanas, que surgem antes e acima de qualquer permissão normativa. A liberdade, neste sentido, configura-se antes como uma alternativa de acção decorrente da natureza e dignidade humanas. Em todo o caso, transcenderia largamente o objecto da presente investigação uma análise sobre as diferentes perspectivas do conceito de liberdade. Para mais desenvolvimentos *vd.*, entre muitos outros, Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, cit., pp. 194 ss; e de uma perspec-

Oliveira Ascensão defende a existência de poderes concretos e poderes genéricos. Os poderes genéricos incluem-se na categoria das designadas posições genéricas, ou seja, posições que compõem sempre a esfera jurídica do sujeito, independentemente das situações concretas em que possam ser exercidos<sup>181</sup>. Um dos exemplos apresentados é o poder de ocupação de *res nullius* ou de *res derelictae*. É constitutivo da situação de cada um, afirma, o poder de ocupar coisas abandonadas. Como esse poder não se restringe à ocupação de coisas concretas, é um poder genérico. Perante uma coisa determinada, o poder concretiza-se.

Parece-nos que o poder é necessariamente concreto no sentido em que deve ser entendido como uma disponibilização *concreta* de meios para a prossecução de determinado fim<sup>182</sup>. Na realidade, é difícil (senão mesmo impossível) distinguir o conceito de poder genérico do conceito de liberdade<sup>183</sup>, já que os designados “poderes genéricos” traduzem-se, afinal, em liberdades. A actualização dos poderes genéricos em poderes específicos representa a passagem da liberdade para o poder.

Os poderes potestativos, sejam ou não direitos subjectivos, configuram necessariamente um poder concreto. A exigência de o poder ser concreto determina, por exemplo, o afastamento da liberdade (*genérica*) de ocupação de *res nullius* do quadro dos poderes potestativos<sup>184</sup>. Só perante

tiva filosófico histórica e filosófico jurídica, respectivamente, Joaquim de Sousa Teixeira, *Liberdade*, in Enc. Pólis, Lisboa/São Paulo, Vol. III, pp. 1099-1131 e Braz Teixeira, *Sentido e Valor do Direito, Introdução à Filosofia Jurídica*, cit., pp. 108-112.

<sup>181</sup> Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Teoria Geral*, Vol. III, cit., pp. 57 e 59.

<sup>182</sup> *Vd.* também Lener, *Potere*, cit., p. 613, acentuando que “Il riferimento al posse, se operato in modo generico, lascia però nell’ombra il carattere próprio del potere giuridico come attributo o prerogativa del soggetto, distinto in ciò dalle altre condizioni dalle quali dipende la conseguibilità di un certo risultato giuridico”. Também Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, Vol. II, cit., pp. 150 ss., acolhe um conceito de poder em sentido concreto.

<sup>183</sup> A existência de uma distinção entre os conceitos de poder e liberdade é relativamente pacífica. *Vd.*, por exemplo, Alexy, *Theorie der Grundrechte*, cit., pp. 171 ss. que, na sequência dos trabalhos de Bentham (que distingue “rights to services”, “liberties” “powers”) e Bierling (distinguindo entre “Rechtsanspruch”, “einfachem rechtlichen Dürfen” e “rechtlichen Können”), delimita conceptualmente três categorias de posições jurídicas: os “Rechte auf etwas”; as “Freiheiten” e as “Kompetenzen”.

<sup>184</sup> Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Teoria Geral*, Vol. III, cit., p. 77 (que, muito embora defenda a categoria dos poderes genéricos, não deixa de afastar do quadro dos designados direitos potestativos).

uma *res nullius* concreta, há o poder, também concreto, de a ocupar. Sendo o poder, de acordo com a noção que sufragamos, a *disponibilidade de um meio para a obtenção de um fim*, essa disponibilização não se compadece com a mera disponibilização genérica ou potencial de meios.

As liberdades de ocupar *res nullius*, de fazer e aceitar propostas contratuais, de testar, entre outras, não se traduzem numa disponibilização imediata de meios, nem na possibilidade de um sujeito operar na realidade jurídica, modificando situações jurídicas, através do exercício de um acto determinado. Na verdade, estes “poderes genéricos”, que todas as pessoas têm, não configuram verdadeiros poderes jurídicos<sup>185</sup>. Essa disponibilidade e essa possibilidade só podem existir em *concreto*, convertendo-se, então, em verdadeiros poderes.

Assim, a *liberdade (genérica)* de ocupar *res nullius* ou *res derelictae* actualiza-se no *poder (concreto)* de ocupar uma determinada *res nullius* ou *res derelictae*. Do mesmo modo, a *liberdade (genérica)* de aceitar propostas de que um dado sujeito dispõe actualiza-se no *poder potestativo (concreto)* de aceitar uma determinada proposta que lhe tenha sido dirigida.

A delimitação conceptual entre os conceitos de poder e de liberdade afigura-se particularmente relevante no quadro das construções que abandonam a unilateralidade como elemento estruturante do poder potestativo. Acolhendo-se o conceito de poder genérico, facilmente se consentirá que a autonomia privada seja qualificada como poder<sup>186</sup>. Acolhendo-se o con-

<sup>185</sup> Neste sentido *vd.*, entre outros, Zitelmann, *Internationales Privatrecht*, Vol. II, cit., p. 43; Schlochhoff, *Die Gestaltungsrechte und ihre Übertragbarkeit*, cit., p. 3 que, recorrendo à terminologia das capacidades, observa que “Fähigkeiten, die allen geschäftsfähigen Personen in gleicher Weise zu eigen sind, wie die Fähigkeit, Offerten abzugeben, Stiftungen oder Testamente zu errichten, gewähren keine von der Rechtsordnung geschützte Macht” e ainda Seckel, *Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts*, cit., p. 211, assinalando peremptoriamente que “was jeder kann, ist nicht konkrete Macht”.

<sup>186</sup> Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Teoria Geral*, Vol. II, cit., p. 66, define a autonomia privada como o “poder de dar-se um ordenamento”. Diferentemente, em sentido que se nos afigura melhor, Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, Vol. I, cit., pp. 170 ss. designa a autonomia privada como liberdade. Quanto à relação dialéctica entre autonomia privada e heteronomia pública, *vd.* Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, Coimbra, 2003 (reimpressão da 1.ª edição, 1995), pp. 363 ss. e ainda, analisando o conceito de autonomia privada e procurando distingui-lo relativamente ao conceito de autodeterminação, *vd.* Joaquim de Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato, As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, Coimbra, 1999, pp. 21 ss. Na literatura alemã, *vd.* a

ceito de autonomia privada como poder e abandonando-se o elemento unilateralidade como estruturante do poder potestativo<sup>187</sup>, poder-se-á avançar, como Adomeit, para o entendimento de que algumas das principais manifestações da autonomia privada, como é o caso da liberdade contratual geral, têm a natureza de poder potestativo<sup>188</sup>. É o fim do conceito de poder potestativo, que perde a compreensão e utilidade dogmática.

### 6.5. Poder potestativo e direito subjectivo

Poder e direito subjectivo são figuras jurídicas distintas: o poder é “a disponibilidade dum meio para atingir determinado fim ou um conjunto de fins, cuja utilização o direito regula de modo unitário”<sup>189</sup>; o direito subjectivo pode ser definido como “uma posição jurídica pessoal de vantagem, predominantemente activa, inerente à afectação de bens (de meios, isto é, de poderes) à realização de fins do seu titular”<sup>190</sup>.

Os poderes correspondem às figuras mais simples de que a ordem jurídica se socorre quando pretende atribuir às pessoas e à sua vontade individual um meio para que prossigam as suas finalidades<sup>191</sup>. Não é possível extrair do poder outra situação jurídica<sup>192</sup>, estando o poder integrado, por vezes, em situações jurídicas mais complexas, activas (direitos) ou passivas (deveres)<sup>193</sup>.

definição de autonomia privada de Flume, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, cit., p. 1, como o “Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach seinem Willen”. Esta definição foi posteriormente acolhida, entre outros, por Medicus, *Allgemeiner Teil*, cit., § 17 (173-175), pp. 74-75, que se refere à autonomia privada como uma forma de “Handlungsfreiheit”.

<sup>187</sup> Orientação por nós já *supra* rejeitada.

<sup>188</sup> Adomeit, *Gestaltungsrechte, Rechtsgeschäfte, Ansprüche*, cit., p.10.

<sup>189</sup> Gomes da Silva, *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, Vol. I, cit., p. 48.

<sup>190</sup> Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, Vol. II, cit., p.188.

<sup>191</sup> Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Teoria Geral*, Vol. III, cit., p.60.

<sup>192</sup> Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo I*, cit., p. 178.

<sup>193</sup> É o caso de diversos poderes potestativos integrados em situações passivas, como o poder que o devedor tem de determinar ou escolher o objecto existente, respectivamente, nas prestações genéricas (artigo 539.º CC) e nas prestações alternativas (artigo 543.º CC).

Os direitos subjectivos são, na generalidade dos casos, figuras jurídicas complexas, que contêm dentro de si diversas situações jurídicas mais simples, designadamente poderes<sup>194</sup>. Nestes casos, os poderes não têm autonomia, surgindo antes como mero instrumentos, ainda que poderosos, para a realização do fim do direito subjectivo em causa<sup>195</sup>.

Para além disto, os poderes são uma realidade apreensível pela sua estrutura: para expor o seu núcleo basta uma descrição<sup>196</sup>. Diferentemente, os direitos subjectivos são realidades funcionais, só podendo ser compreendidos mediante recurso a uma valoração<sup>197</sup>.

A problemática da qualificação do poder potestativo como direito subjectivo tem suscitado divergência doutrinária, repartindo-se a literatura em três grupos de autores.

Num primeiro grupo integram-se os autores que entendem que os poderes potestativos são sempre direitos subjectivos, ou que, mesmo não aflorando directamente a questão, os assumem como tal. É o caso, entre outros, de Seckel, Larenz/Wolff, Pawlowski, Hübner, Medicus, Brox, Leverenz, Steinbeck, Steffen, Kühne, Starke, Steiner, Oriani e, na doutrina portuguesa, de Castro Mendes, Carvalho Fernandes, Mota Pinto e Hörster<sup>198</sup>.

Num segundo grupo de autores poder-se-á incluir aqueles que: rejeitam a categoria dos poderes potestativos; que a admitem mas negando

<sup>194</sup> Ennecerus/Nipperdey, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 437.

<sup>195</sup> Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, Vol. II, cit., p. 153.

<sup>196</sup> Nomeadamente, uma exposição do *bem juridico* disponibilizado para a prossecução dos fins em causa.

<sup>197</sup> Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Teoria Geral*, Vol. III, cit., p.62.

<sup>198</sup> Seckel, *Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts*, cit., *passim*; Larenz/Wolf, *Allgemeiner Teil*, cit., § 17 (78 ss.), pp. 306 ss.; Pawlowski, *Allgemeiner Teil des BGB*, cit., § 3 II 3 (322 ss.), pp. 151 ss.; Hübner, *Allgemeiner Teil*, cit., § 22 III (227 ss.), pp. 186 ss.; Medicus, *Allgemeiner Teil*, cit., § 12 (79 ss.), pp. 39 ss.; Brox, *Allgemeiner Teil*, cit., § 28 (629 ss.), pp. 286 ss.; Leverenz, *Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts*, cit., *passim*; Steinbeck, *Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten*, cit., *passim*; Steffen, *Selbständige Gestaltungsrechte*, cit., pp. 22 ss.; Kühne, *Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten*, cit., *passim*; Starke, *Rückgängigmachung Ausgeübter Gestaltungsrechte*, cit., *passim*; Steiner, *Das Gestaltungsrecht*, cit., pp. 45 ss.; Renato Oriani, *Diritti Potestativi*, cit., *passim*; Castro Mendes, *Teoria Geral*, Vol. I, cit., pp. 538 ss.; Carvalho Fernandes, *Teoria Geral*, Vol. II, cit., pp. 552 ss.; Mota Pinto, *Teoria Geral*, cit., pp. 169 ss.; Hörster, *Nótula Referente a Alguns Aspectos Pontuais dos Direitos Potestativos*, cit., p.147.

que *em qualquer caso* sejam verdadeiros direitos subjectivos; ou que, mesmo não analisando directamente a questão, não se referem aos poderes potestativos como direitos. É o caso, entre outros, de Miguel Reale, Santi Romano, Lener, Levi e Carnelutti e, na doutrina portuguesa, de Cabral de Moncada<sup>199</sup>.

Por último, alguns autores que entendem que, em alguns casos, os poderes potestativos são direitos subjectivos e, noutros casos, são meros poderes. É a posição defendida por Gomes da Silva, Oliveira Ascensão, Menezes Cordeiro e Pais de Vasconcelos<sup>200</sup>.

O desconforto relativamente à qualificação dos poderes potestativos como direitos subjectivos é evidente e frequentemente os autores que defendem tratar-se de direitos potestativos (portanto, direitos subjectivos) distinguem-nos dos “direitos subjectivos propriamente ditos”<sup>201</sup> ou dos “direitos subjectivos comuns”.

A questão da qualificação dos poderes potestativos como direitos subjectivos tem sido debatida, sobretudo na doutrina portuguesa, partindo de dois critérios: saber se os poderes potestativos são figuras com autonomia suficiente para que se configurem como direitos subjectivos *a se* e não meros poderes incluídos em situações jurídicas mais complexas; e determinar se os poderes potestativos pressupõem, ou não, a afectação de um bem.

O primeiro critério, da autonomia, permite-nos estabelecer a distinção entre poderes potestativos que devem e não devem ser qualificados como direitos subjectivos com base no facto de serem ou não autónomos. Há poderes potestativos que se integram em direitos subjectivos mais vastos sendo, como assinala Pais de Vasconcelos, poderosos instrumentos para

<sup>199</sup> Miguel Reale, *Situações Subjectivas*, cit., pp. 325-326; Santi Romano, *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, cit., pp. 176 ss.; Lener, *Potere*, b) *Diritto Privato*, cit., p. 627; Alessandro Levi, *Teoria Generale del Diritto*, 2.<sup>a</sup> edição, 1967 (reimpressão de 1971), Padova, p. 290; Francesco Carnelutti, *Sistema di Diritto Processuale Civile, I, Funzione e Composizione del Processo*, Padova, 1936, que chega a afirmar a p. 54, a propósito dos direitos potestativos “vi sono, nella scienza del diritto, poche concezioni così profondamente errate come questa”; Luís Cabral de Moncada, *Lições de Direito Civil, Parte Geral*, 4.<sup>a</sup> Edição, Coimbra, 1995, pp. 68-69.

<sup>200</sup> Gomes da Silva, *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, Vol. I, cit., pp. 28 e 36; Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Teoria Geral*, Vol. III, cit., pp. 71 ss., 97 ss., 104-105; Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo I*, cit., p. 172; Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, Vol. II, cit., p. 152-153.

<sup>201</sup> Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. I, cit., p. 10 ss.

a realização do seu fim<sup>202</sup>. Estes poderes potestativos não têm autonomia para constituírem *a se* direitos subjectivos, configurando-se antes como meros poderes integrados em direitos subjectivos complexos ou em deveres complexos. Oliveira Ascensão distingue-os terminologicamente dos verdadeiros direitos potestativos designando-os de “*potesta*”<sup>203</sup>.

Assim, por exemplo, o poder potestativo de interpelar o devedor para que cumpra (situação activa) encontra-se incluído no direito de crédito do credor (igualmente uma situação activa); o poder do proprietário encravado de impor uma servidão de passagem sobre o prédio dominante (situação activa), inclui-se no direito de propriedade sobre o prédio encravado (situação activa)<sup>204</sup>; já o poder do devedor de escolher a prestação que presta, nas obrigações alternativas, é um poder (situação activa) incluído no seu dever de prestar (situação passiva); o poder de recusar o cumprimento da prestação, invocando a prescrição do direito de crédito (situação activa), integra-se no dever de prestar (situação passiva); e o poder de recusar o cumprimento da prestação invocando a excepção de não cumprimento (situação activa) integra-se igualmente no dever de prestar (situação passiva). Estes poderes, que são potestativos porque se traduzem na possibilidade de conformação unilateral da ordem jurídica, não são direitos subjectivos, já que lhes falta autonomia e funcionalidade próprias.

Diferentemente, há poderes potestativos que constituem autonomamente e por si direitos subjectivos. É o caso do direito de aceitar ou de repudiar uma proposta contratual<sup>205</sup> ou do poder de ocupação de uma *res nullius* ou *res derelictae* (artigo 1318.º CC). Nestes casos, o poder potestativo não está integrado numa situação jurídica mais vasta, tendo autonomia e funcionalidade próprias.

<sup>202</sup> Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, Vol. II, cit., p. 153. O carácter meramente instrumental da generalidade dos poderes potestativos levou a que alguma doutrina italiana, relutante em libertar os poderes potestativos do conceito de direito subjectivo, se referisse a estes como “*diritti-mezzi*”. Vd. sobre esta qualificação, Levi, *Teoria Generale del Diritto*, cit., p. 291.

<sup>203</sup> Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Teoria Geral*, Vol. III, cit., p. 104.

<sup>204</sup> O exemplo é apresentado por Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Teoria Geral*, Vol. III, cit., p. 104.

<sup>205</sup> Gomes da Silva, *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, Vol. I, cit., p. 36; Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo I*, cit., p. 172; Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, Vol. II, cit., p. 152 e.

Os poderes potestativos autónomos, ou seja, os (verdadeiros) direitos potestativos, correspondem a uma minoria. Em regra, os poderes potestativos não são autónomos e não configuram verdadeiros e próprios direitos subjectivos.

Para além da questão da autonomia dos poderes potestativos, a qualificação dos poderes potestativos como direitos subjectivos tem vindo ainda a ser equacionada em função da existência ou não de afectação de um bem<sup>206</sup>. Esta questão só assume relevância para os autores que adoptem uma concepção de direito subjectivo que pressuponha a afectação de um bem, como é o nosso caso<sup>207</sup>. Entendendo-se que no direito subjectivo ocorre a afectação de um bem, cumpre descortinar qual é aqui o bem que se afecta.

Há poderes potestativos em relação aos quais se concebe um bem mediato. É o caso, por exemplo, do poder potestativo de aceitar uma proposta de venda de um automóvel. O objecto mediato desse poder potestativo será o próprio automóvel<sup>208</sup>. Há poderes potestativos em relação aos quais pode identificar-se um bem imediato: defendendo-se que os direitos reais de aquisição são direitos potestativos, há um bem imediato, que é a própria coisa<sup>209</sup>; o poder de ocupação tem um objecto imediato, que é a *res nullius* ou *derelictae*; o poder de adquirir por acessão (artigos 1325.º ss. do

<sup>206</sup> Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Teoria Geral*, Vol. III, cit., pp. 74 ss.

<sup>207</sup> Já *supra* acolhemos a definição de Pais de Vasconcelos segundo o qual o direito subjectivo pode ser definido como “uma posição jurídica pessoal de vantagem, predominantemente activa, inerente à afectação de bens (de meios, isto é, de poderes) à realização de fins do seu titular”. *Vd.* Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, Vol. II, cit., p. 188. A inclusão da afectação de um bem no conceito de direito subjectivo surge na linha da construção de Gomes da Silva que a defende em *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, Vol. I, cit., p. 52 e ainda, com significativas alterações conceptuais, em *Esboço de uma Concepção Personalista do Direito*, in RFDUL, Vol. XVIII, 1964, pp. 51-185 (112). No mesmo sentido, *vd.* Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo I*, cit., p. 166.

<sup>208</sup> Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Teoria Geral*, Vol. III, cit., p. 74 acentua, com razão, que o bem sobre o qual incide o direito de aceitar “não se confunde com o direito que definitivamente resultará do contrato”. Por isso mesmo, o bem (automóvel) só é aqui *mediata e não imediatamente afectado*.

<sup>209</sup> Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Teoria Geral*, Vol. III, cit., p. 76.

CC) tem igualmente um objecto imediato (a coisa que será incorporada)<sup>210</sup> e o mesmo se dirá do poder de adquirir por usucapião (artigos 1287.º ss. do CC), que tem por objecto a coisa a usucapir.

No entanto, na generalidade dos casos, o poder potestativo traduz-se na constituição ou extinção de uma situação, sem que aparentemente seja possível descortinar um bem mediato ou imediato. É o caso, por exemplo, do poder de exigir a separação ou o divórcio. Partindo da observação de que haveria direitos potestativos em relação aos quais não seria possível conceber um bem, Oliveira Ascensão conclui que “há direitos subjectivos em relação aos quais se não vê como configurar a afectação de um bem”<sup>211</sup>.

A construção de Oliveira Ascensão não parece ser de acolher. A noção de direito subjectivo pressupõe a afectação de um bem, entendido amplamente, na esteira de Jhering e de Gomes da Silva, como tudo o que sirva para qualquer coisa<sup>212</sup>. Os bens configuram-se, assim, como meios para a realização de um fim. Nestes termos, os poderes e os direitos potestativos postulam, respectivamente, a disponibilidade e a afectação de um bem. O bem não consiste na possibilidade de poder ou não exercer o direito, mas antes na *conformação da ordem jurídica*, que é, em si mesma, um bem, porque apta e útil para a prossecução de finalidades<sup>213</sup>.

O poder potestativo traduz-se assim, como se assinalou, na *possibilidade ou disponibilidade concreta de conformação unilateral da ordem jurídica para atingir determinado fim ou conjunto de fins*<sup>214</sup>. Sempre que o poder potestativo goze de autonomia e de funcionalidade próprias, tratar-se-á de um direito potestativo, isto é, de uma posição jurídica pessoal

<sup>210</sup> Qualificando a aquisição por acessão como potestativa, *vd.* Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Direitos Reais*, cit., pp. 306 ss.

<sup>211</sup> Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Teoria Geral*, Vol. III, cit., p. 77. Em suma, segundo Oliveira Ascensão importa fundamentalmente distinguir os poderes potestativos não autónomos, que designa de *potesta*, dos poderes potestativos autónomos, que são verdadeiros direitos subjectivos, em relação aos quais nem sempre se vislumbra a afectação de um bem.

<sup>212</sup> Gomes da Silva, *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, Vol. I, cit., p. 83, definiu bem como “tudo o que sirva para o homem atingir qualquer fim” e Rudolf von Jhering, *O Espírito do Direito Romano*, III, Rio de Janeiro, 1943, p. 220, definiu o mesmo como “tudo aquilo que nos pode servir para alguma coisa”.

<sup>213</sup> Valverde, *Sentencia Constitutiva Y Sentencia Dispositiva*, cit., p. 30.

<sup>214</sup> *Vd.* a definição de poder de Gomes da Silva, *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, Vol. I, cit., p. 48.

de vantagem, predominantemente activa e em que se verifica a afectação de um bem – a *conformação da ordem jurídica* – à realização de fins do seu titular<sup>215</sup>.

As dificuldades relativas à qualificação de alguns poderes potestativos como direitos subjectivos resultam, como acentua Oliveira Ascensão, de o direito potestativo ser moldado por um critério diverso do que preside à especificação dos restantes direitos<sup>216</sup>. Nos outros direitos atende-se ao conteúdo e aqui atende-se fundamentalmente a um aspecto estrutural, que é o modo de actuação ser potestativo. Nesse sentido, os direitos potestativos são direitos de “segundo grau”, que não se posicionam ao lado (a par) dos demais direitos subjectivos (nomeadamente absolutos e relativos), mas antes “sobre eles”<sup>217</sup>. Quando os poderes potestativos entram na tipificação dos direitos subjectivos, não se inserem numa classificação

<sup>215</sup> *Vd.* a definição de direito subjectivo de Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, Vol. II, cit., p.188.

<sup>216</sup> As dificuldades quanto à qualificação dos poderes potestativos são expostas por Menezes Cordeiro em termos diferentes, estabelecendo a distinção habitualmente apresentada por normativistas, entre normas permissivas – enquanto normas de conduta – e normas que conferem poderes. Assim, assinala, enquanto o direito subjectivo comum é fruto de uma *norma de permissão*, o direito potestativo é fruto de uma *norma que confere um poder*.

Esta diferenciação estrutural explica, segundo Menezes Cordeiro, as dificuldades que o direito potestativo provoca na doutrina. Se o direito subjectivo fosse um conceito analítico – dominado por preocupações lógicas e racionais – dever-se-ia considerar que o poder potestativo não seria direito subjectivo. Todavia, acentua, o direito subjectivo é compreensivo e inclui, à partida, o direito potestativo. Assim, o direito potestativo é, na verdade, o produto de normas que conferem poderes. Trata-se, no entanto, de poderes atribuídos ao beneficiário através de normas permissivas: ao titular cabe, segundo o seu livre arbítrio, actuar o poder que a norma lhe conceda. Desta forma, o poder que a lei confira ao titular é visto como um bem, que ele aproveitará, ou não, como quiser. E assim se compreende a inclusão dos direitos potestativos na figura mais extensa dos direitos subjectivos.

Oliveira Ascensão critica esta construção acentuando que: em primeiro lugar, há nela uma manipulação verbal, porque se aponta como bem (exterior ao direito) a própria estruturação normativa em que o direito consiste; em segundo lugar, porque como em todo o direito subjectivo o titular pode actuar ou não, só essa liberdade de actuar seria constitutiva do conceito: a referência ao bem seria afinal supérflua nesta orientação. *Vd.* Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Teoria Geral*, Vol. III, cit., p. 74, nota 115.

<sup>217</sup> Adomeit, *Zivilrechtstheorie und Zivilrechtsdogmatik*, cit., pp. 80-81.

coerente com os restantes tipos de direitos subjectivos, sendo frequentes as sobreposições<sup>218</sup>.

Na verdade, o que caracteriza determinado poder como potestativo é o facto de a *conformação* da ordem jurídica poder ser efectuada por iniciativa *unilateral*, particularidade que tanto poderá ser identificada em direitos de crédito, como em direitos reais. O poder potestativo é eminentemente estrutural: o que nele se destaca é a possibilidade de alguém conformar unilateralmente a ordem jurídica através de um comportamento ou de uma declaração de vontade e não o conteúdo dessa alteração.

Contudo, essa realidade eminentemente estrutural tem, por vezes, autonomia e funcionalidade próprias, sendo um direito subjectivo próprio, de estrutura potestativa. O direito potestativo tem como conteúdo a possibilidade de conformar a ordem jurídica a fim de realizar um ou mais fins do seu titular. O poder potestativo assume a qualidade de direito subjectivo sempre que surja na ordem jurídica com autonomia (e não como um mero pedaço de uma situação jurídica mais vasta) e como uma figura *funcional* (não como uma realidade meramente *estrutural*) que, na sua substância, postule a *afecção de um bem* jurídico (a conformação da ordem jurídica) à prossecução de fins do seu titular.

<sup>218</sup> Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Teoria Geral*, Vol. III, cit., pp. 99-100. Assim, o poder de ocupar uma *res nullius* ou *res derelictae* (artigo 1318.º do C.C.) é simultaneamente um direito real e potestativo.