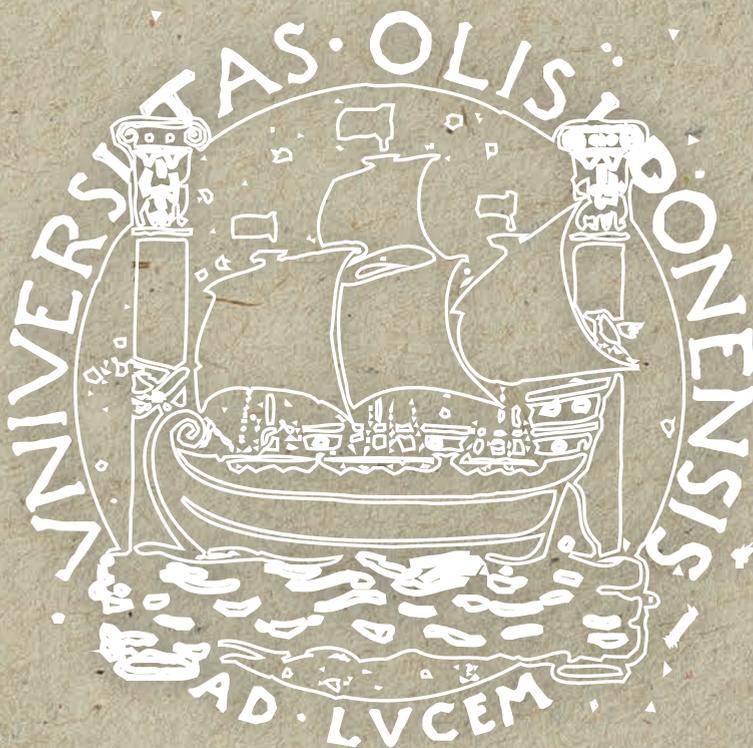


REVISTA DA
FACULDADE DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



ANO LXII

2021

NÚMERO 2

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXII (2021) 2

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Alfredo Calderale (Professor da Universidade de Foggia)
Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Pedro Infante Mota
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Março, 2022

-
- M. Januário da Costa Gomes**
9-12 Editorial

ESTUDOS DE ABERTURA

-
- Eduardo Vera-Cruz Pinto**
15-64 *A interpretatio legis na norma do artigo 9.º do Código Civil e a interpretatio iuris no ius Romanum (D. 50.16 e 17)*
The interpretatio legis in the norm of Article 9 of the Civil Code and the interpretatio iuris in the ius Romanum (D. 50.16 e 17)
-
- Francesco Macario**
65-89 *Rinegoziatione e obbligo di rinegoziare come questione giuridica sistematica e come problema dell'emergenza pandemica*
Renegociação e dever de renegociar como questão jurídica sistemática e como problema da emergência sanitária

ESTUDOS DOUTRINAIS

-
- António Barroso Rodrigues**
93-128 *A tutela indemnizatória no contexto familiar*
Compensation of damages in the family context
-
- Aquilino Paulo Antunes**
129-148 *Medicamentos de uso humano e ambiente*
Medicines for human use and environment
-
- Fernando Loureiro Bastos**
149-167 *Art market(s): from unregulated deals to the pursuit of transparency?*
Mercado(s) da arte: de negócios a-jurídicos para a procura da transparência?
-
- Francisco Rodrigues Rocha**
169-211 *Seguro de responsabilidade civil de embarcações de recreio*
Assurance de responsabilité civile de bateaux de plaisance
-
- Ingo Wolfgang Sarlet | Jeferson Ferreira Barbosa**
213-247 *Direito à Saúde em tempos de pandemia e o papel do Supremo Tribunal Federal brasileiro*
Right to Health in Pandemic Times and the Role of the Brazilian Federal Supreme Court
-
- João Andrade Nunes**
249-276 *A Regeneração e a humanização da Justiça Militar Portuguesa – A abolição das penas corporais no Exército e o Regulamento Provisório Disciplinar do Exército em Tempo de Paz (1856)*
The “Regeneração” and the humanisation of Portuguese Military Justice – The abolishment of corporal punishment in the Army and the Army’s Provisional Disciplinary Regulation in the Peacetime (1856)

-
- 277-307 **João de Oliveira Geraldes**
Sobre os negócios de acerto e o artigo 458.º do Código Civil
On the declaratory agreements and the article 458 of the Civil Code
-
- 309-325 **José Luís Bonifácio Ramos**
Do Prémio ao Pagamento da Franquia e Figuras Afins
From Premium to Deductible Payments and Related Concepts
-
- 327-355 **Judith Martins-Costa | Fernanda Mynarski Martins-Costa**
Responsabilidade dos Agentes de Fundos de Investimentos em Direitos Creditórios (“FIDC”): riscos normais e riscos não suportados pelos investidores
Liability of Agents of Receivables Investment Funds: normal risks and risks not borne by investors
-
- 357-389 **Luís de Lima Pinheiro**
O “método de reconhecimento” no Direito Internacional Privado – Renascimento da teoria dos direitos adquiridos?
The “Recognition Method” in Private International Law – Revival of the Vested Rights Theory?
-
- 391-405 **Mario Serio**
Contract e contracts nel diritto inglese: la rilevanza della buona fede
Contract e contracts: a relevância da boa fé
-
- 407-445 **Miguel Sousa Ferro | Nuno Salpico**
Indemnização dos consumidores como prioridade dos reguladores
Consumer redress as a priority for regulators
-
- 447-465 **Peter Techet**
Carl Schmitt against World Unity and State Sovereignty – Schmitt’s Concept of International Law
Carl Schmitt contra a Unidade Mundial e a Soberania do Estado – O Conceito de Direito Internacional de Schmitt
-
- 467-489 **Pierluigi Chiassoni**
Legal Gaps
Lacunae jurídicas
-
- 491-539 **Rafael Oliveira Afonso**
O particular e a impugnação de atos administrativos no contencioso português e da União Europeia
Private applicant and the judicial review of administrative acts in the Portuguese and EU legal order
-
- 541-560 **Renata Oliveira Almeida Menezes**
A justiça intergeracional e a preocupação coletiva com o pós-morte
The inter-generational justice and the collective concern about the post-death
-
- 561-608 **Rodrigo Lobato Oliveira de Souza**
Religious freedom and constitutional elements at the social-political integration process: a theoretical-methodological approach
Liberdade religiosa e elementos constitucionais no processo de integração sociopolítica: uma abordagem teórico-metodológica

-
- Telmo Coutinho Rodrigues**
609-640 “Com as devidas adaptações”: sobre os comandos de modificação nas normas remissivas como fonte de discricionariedade
“Mutatis mutandis”: on modification commands in referential norms as a source of discretion

ESTUDOS REVISITADOS

-
- Ana Paula Dourado**
643-655 A “Introdução ao Estudo do Direito Fiscal” (1949-1950), de Armindo Monteiro, revisitada em 2021
Introduction to Tax Law (1949-1950), by Armindo Monteiro, Revisited in 2021

-
- Pedro de Albuquerque**
657-724 Venda real e (alegada) venda obrigacional no Direito civil, no Direito comercial e no âmbito do Direito dos valores mobiliários (a propósito de um Estudo de Inocêncio Galvão Telles)
Real sale and the (so-called) obligational sale in civil law, in commercial law and in securities law (about a study of Inocêncio Galvão Telles)

VULTOS DO(S) DIREITO(S)

-
- António Menezes Cordeiro**
727-744 Claus-Wilhelm Canaris (1937-2021)
-
- Paulo de Sousa Mendes**
745-761 O caso Aristides Sousa Mendes e a Fórmula de Radbruch: “A injustiça extrema não é Direito”
The Aristides de Sousa Mendes Case and Radbruch’s Formula: “Extreme Injustice Is No Law”

JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

-
- Ana Rita Gil**
765-790 O caso *Neves Caratão Pinto c. Portugal*: (mais) um olhar do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos sobre a aplicação de medidas de promoção e proteção a crianças em perigo
The case Neves Caratão Pinto vs. Portugal: one (more) look at the application of promotion and protection measures to children at risk by the European Court of Human Rights
-
- Jaime Valle**
791-802 A quem cabe escolher os locais da missão diplomática permanente? – Comentário ao Acórdão de 11 de dezembro de 2020 do Tribunal Internacional de Justiça
Who can choose the premises of the permanent diplomatic mission? – Commentary on the Judgment of 11 December 2020 of the International Court of Justice

-
- Jorge Duarte Pinheiro**
803-815 Quando pode o Estado separar as crianças dos seus progenitores? – o caso *Neves Caratão Pinto c. Portugal*
In which circumstances can a State separate children from their parents? – case Neves Caratão Pinto v. Portugal

VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

-
- José Luís Bonifácio Ramos**
819-827 Transição Digital no Ensino do Direito
Digital Transition in Teaching Law
-
- Margarida Silva Pereira**
829-843 Arguição da tese de doutoramento de Adelino Manuel Muchanga sobre “A Responsabilidade Civil dos cônjuges entre si por Violação dos Deveres Conjugais e pelo Divórcio”
Intervention in the public discussion of the doctoral thesis presented by Adelino Manuel Muchanga on the subject “Civil Liability of the Spouses between themselves due to Violation of Marital Duties and Divorce”
-
- Miguel Teixeira de Sousa**
845-855 Arguição da tese de doutoramento do Lic. Pedro Ferreira Múrias (“A Análise Axiológica do Direito Civil”)
Discussion of the Doctoral Thesis of Pedro Ferreira Múrias (“A Análise Axiológica do Direito Civil”)
-
- Paulo Mota Pinto**
857-878 Arguição da dissertação apresentada para provas de doutoramento por Pedro Múrias, *A análise axiológica do direito civil*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 11 de novembro de 2021
Discussion of the Doctoral Thesis of Pedro Ferreira Múrias, “A Análise Axiológica do Direito Civil”, Lisbon Law School, 11th November 2021
-
- Teresa Quintela de Brito**
879-901 Arguição da Tese de Doutoramento apresentada por Érico Fernando Barin – *A natureza jurídica da perda alargada*
Oral Argument and Discussion of the PhD Thesis presented by Érico Fernando Barin – The juridical nature of the extended loss

Arguição da dissertação apresentada para provas de doutoramento por Pedro Múrias, *A análise axiológica do direito civil*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 11 de novembro de 2021

Discussion of the Doctoral Thesis of Pedro Ferreira Múrias, “A Análise Axiológica do Direito Civil”, Lisbon Law School, 11th November 2021

Paulo Mota Pinto*

Resumo: Texto da arguição de dissertação de doutoramento que procura aplicar o método da filosofia analítica a alguns conceitos fundamentais do direito civil, como os de “deveres dirigidos”, “direitos-pretensão” e “direitos de base”, compreendidos axiologicamente na perspectiva de uma teoria da atitude adequada e do valor pessoal.

Palavras-chave: Direito civil; filosofia analítica; conceptualismo; valor pessoal; direitos-pretensão; direitos de base.

Abstract: Discussion text of a Doctoral Thesis that seeks to apply the analytical philosophy method to some fundamental civil law concepts, such as “directed duties”, “claim-rights” and “basis-rights”, defined axiologically from the perspective of a fitting-attitude and personal value theory.

Keywords: Civil Law, Analytical Philosophy, Conceptualism; Personal Value; Claim-Rights; Basis-Rights.

1. Começo por cumprimentar a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, na pessoa do Sr. Presidente do Conselho Científico, em meu nome pessoal e em nome da minha Faculdade, a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, frisando que é com gosto que mais uma vez tomo parte em provas de doutoramento nesta Escola. Cumprimento todos os Colegas membros do Júri, destacando o decano dos catedráticos portugueses de direito civil em funções, Prof. Doutor António Menezes Cordeiro, e o Sr. Professor Doutor Miguel Teixeira de

* Professor Associado com Agregação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Sousa, que comigo partilha o ónus da arguição, recordando os tempos, já de há mais três décadas, em que tive o gosto de o conhecer em Munique. Cumprimento também o Sr. Prof. José Lamego, que também tive o prazer de conhecer na mesma cidade há 30 anos, o Prof. David Duarte e a minha colega Prof.^a Doutora Mafalda Miranda Barbosa.

Quero também cumprimentar o Sr. candidato, Mestre Pedro Múrias, a quem desejo felicidades na prestação destas provas e a quem peço que encare as considerações críticas que farei como o cumprimento de um ónus académico da posição de arguente, que tem de comportar críticas, mas que – adianto – não põe em causa a minha apreciação globalmente positiva sobre o seu trabalho, nem a minha apreciação sobre as razões que colhi no seu trabalho para – para usar um conceito caro a este – favorecer o seu valor pessoal, como seu autor.

2. Pedro Múrias apresenta uma dissertação de doutoramento na especialidade de Ciências Jurídico-Civilísticas que se intitula *A análise axiológica do direito civil*. A obra tem 399 páginas de texto, seguidas por 23 com uma lista de bibliografia com 523 títulos e um índice, além de sumário e *abstract* no início. Além da Introdução (I), contém cinco capítulos: “O direito como ética” (II); “Relevância da análise conceptual para o direito” (III); “O direito-pretensão” (IV); “Os direitos de base e outras figuras” (V); e “A impessoalidade do valor pessoal e outras conclusões” (VI). Está dividida em 15 números, cada um dividido em alíneas e estas em divisões.

A obra está em geral bem escrita e revista – a gralha mais incomodativa que encontrei foi o artigo definido “o” repetido em “o eventual o valor pessoal negativo”, em várias formulações repetidas (por ex., logo na definição de dever *pro tanto*, nas págs. 330, 332, etc.) –, embora por vezes com uma complexidade que não parece necessária e um discurso excessivamente abstrato, sem que o autor facilite, pois, a tarefa do leitor.

A bibliografia é maioritariamente anglo-saxónica, o que se compreende pois o autor assume a opção pelo método da filosofia analítica – embora reconheça que isso se deveu “a inclinações mais ou menos imponderadas do autor” (pág. 10) –, e até afirma que, “nos seus lugares mais fulgurantes, o direito civil comum é direito analítico”, pelo que deveria relacionar-se com aquela (pág. 25). Esta afirmação não deixa, porém, de surpreender, sobretudo depois de recusar uma *delimitação clara* do que seja a filosofia analítica, e de reconhecer que o direito civil comum de que pretende tratar é, sobretudo, o *direito romano-germânico*, embora com temas que diz “universais”. A procura analítica do rigor e da justiça é ilustrada pelo autor com a obra, que diz ter como modelo, de Adolf Reinach, *Os Fundamentos a Priori do*

Direito Civil, assumindo, como direi, um propósito de análise conceitual e, mesmo, de (neo)conceptualismo.

Não apontarei insuficiências bibliográficas – até porque, se o fizesse, seria possível ocupar praticamente todo o tempo desta arguição a citar obras que o autor podia ter citado, dada a extensão dos temas que trata –, sobretudo porque considero que a base bibliográfica utilizada é suficiente para os seus propósitos. Não deixarei, porém, a título ilustrativo, e uma vez que trata do conceito de atribuição e aplica a sua análise ao enriquecimento sem causa, de dizer que poderia, por exemplo, ter lido ou, pelo menos, citado: a *Habilitationsschrift* de Christiane Wendehorst, *Anspruch und Ausgleich. Theorie einer Vorteils und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999, onde esta desenvolve um “modelo alocativo” do direito civil; ou, sobre os direitos das gerações futuras, Herwig Unerstall, *Rechte zukünftiger Generationen*, de 1999; ou, no campo da filosofia do valor em geral, e uma vez que adota uma teoria da “atitude adequada” sobre o bom, Alfred C. Ewing, *The Definition of Good*, Londres, 1947; bem como os trabalhos sobre o que são “*fitting pro-attitudes*” e valor “*for its own sake*”, de Wlodek Rabinowicz. Faltam também obras relacionadas com a história das noções de direito subjetivo, mas em rigor não eram indispensáveis, dado o método que seguiu.

3. No capítulo “O direito como ética”, o autor distingue e discute *três definições de direito*, correspondentes ao realismo jurídico (direito-R “As regras que os tribunais aplicam”), ao positivismo (direito-P “As regras que os tribunais devem aplicar, de acordo com a regra secundária básica que efectivamente aplicam”) e ao jusnaturalismo (direito-N “As regras que os tribunais devem (em sentido moral) aplicar”) – a que virá, já quase no termo da sua exposição, a acrescentar uma outra, correspondente a conceitos axiológicos (direito-V) –, e opta expressamente, para fins do seu trabalho, pelo entendimento jusnaturalista (pág. 35). Esta opção é relevante para a obra, pois subjaz à *continuidade* que assume e pratica ao longo da obra entre análises dos conceitos deontológicos e axiológicos na ética geral e no direito.

Não pretendo discutir qual a noção mais correta – até porque, como o autor nota, é sustentável que se refiram a *diversos objetos*. No entanto, mesmo para quem aceita a continuidade entre o discurso ético e o discurso jurídico, esta não leva à diluição do primeiro no segundo, à falta de autonomia do direito. Na realidade, a opção do autor pelo entendimento jusnaturalista é que lhe permite tratar “*o direito como ética*”, e suscita uma questão desde logo *definitória do domínio desta obra*: é na realidade um trabalho *sobre direito* (antes ainda de saber se é sobre direito civil), ou sobre filosofia moral, ou *ética*, em que os exemplos jurídicos são utilizados

como *meros tópicos ilustrativos* dos resultados a que vai chegando (para além das breves sugestões dogmáticas, ou “protodogmáticas”, que vai deixando)?

A consulta da bibliografia, o tipo de discurso e análise efetuada, até a ausência de referência às características delimitadoras do direito – à sua institucionalização, aos valores que também tem de servir, como a segurança, a certeza, a oportunidade e eficiência, mesmo quando ainda não positivado –, e, enfim, todo o “tom” da dissertação, fazem sentir a falta dessa delimitação do campo jurídico. Tratar-se-á de análise, eventualmente axiológica (já o veremos), mas não se diz nem justifica por que é *do direito*, nem muito menos que seja específica *do direito civil* (salva a ilustração com exemplos, e a remissão para a tradição dos temas conceituais da “Parte Geral”).

Acresce que mesmo pelo seu conteúdo se pode duvidar que vários dos conceitos e noções utilizados sejam operacionais para uma análise do direito – como a referência ampla a *ter razões em atenção a alguém*, ou mesmo o conceito de “valor pessoal” –, uma vez que no campo jurídico não pode bastar a procura e a discussão sobre essas *razões*, ou sobre as *atitudes adequadas a estados de coisas*: ao contrário de quem eticamente qualifica um estado de coisas como valioso, a sentença do juiz (ou, no plano do direito a fazer, o legislador) *não pode limitar-se a “passar a batata”*, ou a referir razões para esse estado ser valioso, tem mesmo *de decidir*, e segundo critérios controláveis.

4. Pedro Múrias assume a defesa de um *conceitualismo* – embora o diga “modesto” –, o que não deixa de ser corajoso, num ambiente intelectual e académico em que, pelo menos até há pouco, ser “conceptualista” (para o dizer na versão do português europeu) era quase um anátema no mundo jurídico-académico. E não se duvida da necessidade de conceitos em direito. Mas já me parecem *duvidosas* as bases em que pretende assentar o seu “neoconceptualismo” e as funções que atribui aos conceitos. O autor liga a defesa dos conceitos à defesa da existência de *verdades analíticas* interessantes em direito, e, posteriormente, da possibilidade e utilidade de inferências dedutivas.

A defesa de soluções jurídicas interessantes de base analítica – como que com a necessidade adstringente de verdades *a priori* – parece, porém, *deslocada*, como logo mostra a análise que faz da regra *genus nunquam perit* (artigo 540.º), e que retira analiticamente do conceito de género: ela decorrerá analiticamente no caso da regra portuguesa consagrada na lei, mas, como reconhece, a regra *podia ser diversa*, e o que interessa, pois, não é a análise do conceito, mas a *finalidade* ou o *telos* da solução, positivada ou não. Por isso mesmo, o autor diz também que o “conceptualismo aqui propugnado é pouco mais do que a tese de que o pensamento jurídico correcto

envolve momentos conceptuais, lógico-formais, não nega de modo nenhum que esse pensamento vá muito além disso”. Mas cabe perguntar, então, qual é a *função primacial daqueles conceitos*, se é constituírem uma “armadura” sobre a qual se construirá todo o direito, ou se devem *antes exprimir as valorações e soluções para problemas concretos*, positivadas ou desejáveis. O que se diz vale, aliás, também para outras noções com que ilustra o seu conceptualismo “modesto”, como a noção de *sinálagma* – da qual também só podem derivar-se soluções, não analítica, mas teleologicamente, reconhecendo aliás Pedro Múrias que não é claro que essas soluções não possam resultar, não do conceito, mas de outro princípio, como o de que se não mantêm atribuições cuja finalidade não se realize –, ou *as pretensões negatórias* (que quando não dirigidas contra ações mas, segundo diz, contra coisas, lhe servirão também para fundamentar direitos a estados de coisas, os direitos de base).

Reconhece-se a necessidade de o raciocínio jurídico – e o raciocínio em geral – se limitar pelas regras da lógica, apofântica ou deôntica. Mas duvido que tal seja suficiente para fundar soluções jurídicas *analíticas* (mesmo que se aceite a existência de verdades analíticas fora do Direito), e muito menos o *conceptualismo* defendido por Pedro Múrias, ainda que o regime jurídico seja perspectivado como *teste de relevância* dos conceitos defendidos, e não como *resultante*, em conhecido “método da inversão”, desses conceitos.

5. O candidato dedica também várias páginas a fundar a *dedução lógica de proposições normativas* – apurar “se e em que medida é que, dentro do raciocínio rebatível que caracteriza o direito, não há um espaço significativo ocupado por um pensamento lógico-formal não rebatível” (pág. 83) – e de proposições relativas a razões jurídicas ou éticas, aceitando que estes raciocínios dependem de referências universais, ou, pelo menos, bastando-se com evitar “um pessimismo radical”, ou com “não poder excluir-se” “alguma relevância palpável” do pensamento dedutivo assente em verdades universais sobre aquilo para que há razões jurídicas (pág. 94).

Ainda na parte, digamos, “metodológica”, depois de se preocupar com esclarecer como podem gerar-se argumentos pendentes de situações jurídicas, nota que o sentido principal da análise é o *esclarecimento de conceitos*, uma *aptidão explicativa*, distinguindo-a da interpretação e das questões substantivas, pois “a análise conceptual descreve os conceitos normativos através de outros conceitos normativos, mas não pretende identificar os casos, as entidades, a que estoutros conceitos se aplicam, não afirma sequer que haja casos em que se apliquem”.

Mais uma vez, Pedro Múrias se move, porém, num propósito *teórico*, e perde de vista a *intenção prática* do direito (e mesmo da ética em geral), ao tentar abstrair

num plano ideal, que diz “relativamente alcançável” (pág. 116), em que a análise conceptual não envolve considerações normativas. Na parte em que a conceituação jurídica tem interesse para a tarefa prática, dir-se-á pelo contrário, os conceitos são necessariamente *conceitos normativos* ou *conceitos de valor*, porque traduzem as soluções ou valorações relevantes para a prática, e não *elucubrações em busca de verdades analíticas* ou teóricas, que poderão até ser conhecimento, mas não são Direito, nem sequer sendo elaborações de instrumentos para o trabalho jurídico, pois aqueles também têm de partir dessa intenção prática.

Também pela falta dessa “instância de controlo” que é a *intenção prática* e a *solução de casos* jurídicos (o autor não cita, por exemplo, um único acórdão ou decisão judiciais), o autor consegue alcandorar-se a um plano de quase total liberdade estipulativa dos significados de expressões, como direito (pretensão e “de base”), dever dirigido, dever civil, valor pessoal, etc.

5. A análise em termos de valor de alguns conceitos do direito civil começa propriamente a páginas 138 da dissertação, mas, ao contrário do que o título poderia levar a crer, não se trata de *qualquer análise de soluções ou mesmo só do instrumentário conceitual do direito civil*. Encontramos antes a análise *apenas de alguns dos conceitos mais básicos utilizados também na teoria geral do direito civil*, a partir da análise efetuada na filosofia analítica para noções da ética em geral, tais como o direito-pretensão, os deveres dirigidos (e não dirigidos), o interesse ou vontade e o concomitante “valor pessoal”, e o que designa como “direitos de base”, apenas na parte final alargando a outros conceitos como os de atribuição e libertação e de imputação.

Trata-se, pois, melhor se diria, da uma *reelaboração analítica, em termos da filosofia do valor, de alguns conceitos básicos comuns ao que designa “o direito como ética”*, limitando-se, no final, a sugerir algumas possíveis aplicações à recompreensão de alguns problemas do direito civil – tais como as pretensões negatórias, os direitos absolutos, o enriquecimento sem causa, os direitos de necessidade civil e administrativo e a fundamentação comutativa da autonomia negocial e da gestão de negócios.

Deve dizer-se, porém, que *é pouco para uma tese de direito civil*, mesmo se se considerar como cerne deste os resultados conceituais reunidos na “teoria geral do direito civil”, e reconhecendo a reflexão própria e profunda que subjaz ao trabalho. O que leva a perguntar se a presente dissertação não estaria melhor enquadrada como uma dissertação de *filosofia* ou de *teoria do direito* em geral.

6. Pedro Múrias parte *dos deveres dirigidos para os direitos*, começando por analisar o direito-pretensão. Não deixa, porém, de causar perplexidade que,

chegando *ao direito através de dever*, no quadro da categorização de Wesley Newcombe Hohfeld¹ (embora este não falasse de “direito-pretensão”), e da determinação da direção dos deveres, acabe por concluir que a noção de direito subjetivo relevante, a que correspondem ou não direitos-pretensão, é realmente a de *direitos a que não têm de corresponder deveres*, mas antes apenas estados-de-coisas, atribuições ou libertações – como lhes chama o autor, os “direitos de base”, de um titular e com um suporte (pois a expressão “devedor”, como toda outra que indiciasse uma ação, seria inadequada). Cabe perguntar: não seria então mais *adequado que tivesse começado logo por esta categoria, em vez de partir dos deveres para os direitos* (e de noções deonticas para noções de valor), para depois prescindir daqueles?

7. Na análise dos *claim-rights*, o autor afasta-se da tradição windscheidiana que domina ainda hoje o direito alemão, com base na noção de “pretensão” (“*Anspruch*”), e rejeita mesmo que a faculdade de exigir integre o conceito de direito-pretensão. Posição que não deixa de causar algumas perplexidades, e apenas se pode explicar pelo facto de o autor pretender rejeitar a aproximação entre os direitos-pretensão e a noção de poder ou faculdade.

Múrias parte das categorias de Hohfeld, embora para lhes traçar os limites e para as superar em fase posterior, e iguala direitos-pretensões com deveres dirigidos, procurando o *critério da direção* dos deveres nas teorias tradicionais da vontade e do interesse, que discute e rebate. Para delimitar um conceito de *dever dirigido* – e logo de direito-pretensão – que seja relevante à luz do regime típico (incluindo a faculdade de execução primária, os direitos indemnizatórios e de restituição e os poderes de desoneração do obrigado, as impotências de autoproteção, o estatuto dos substitutos, a justificação do apoio por auxiliares e a peremptoriedade), o autor utiliza o “*interesse-ou-vontade*”, que unifica na noção de “*valor pessoal*”², colhida na filosofia do valor, em termos de atitude adequada, em Toni Rønnow-Rasmussen.

Pode, porém, duvidar-se do sucesso da utilização desse conceito.

¹ WESLEY NEWCOMB HOHFELD, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, New Haven-London, Yale Un. Pr., 1964 (1.ª ed. 1919), pág. 38 (trad. portuguesa, de Margarida Lima Rego: *Os conceitos jurídicos fundamentais aplicados na argumentação judicial*, Fundação Calouste Gulbenkian, 2008).

² Parte desta proposta já se encontrava no artigo de Pedro Múrias com a entrada “Direitos” em *Dicionário de Filosofia Moral e Política*, 2020, 2.ª série, coord. António Marques e André Santos Campos, Lisboa, Instituto de Filosofia da Nova, em <http://www.dicionariofmp-iflnova.pt/direitos>, e idem, “Personal Value in the Analysis of Rights”, em *Católica Law Review*, II, 2, 2018, págs. 25-40.

8. A dúvida faz preza, desde logo, nos seus *pressupostos filosóficos*, que assentam na teoria do *valor como algo que há razões para favorecer* – a teoria da *fitting attitude* para o valor.

Na verdade, é difícil negar que por vezes se pode ter *atitudes e sentimentos contraditórios sobre o mesmo estado de coisas ou objeto*, e que pode, pois, existir pelo menos ambivalência. Por outro lado, a atitude pode ser *determinada por razões erradas* (a objeção do “tipo errado de razões”), e o que é valioso pode não ser o estado de coisas, mas antes o *próprio ato de favorecer* (a pro-atitude, e não o seu objeto ou destino). Ademais, ter razões para *favorecer um estado de coisas* não é necessariamente ter *razões para atuar* de certo modo, mesmo que seja possível – e o direito e a ética devem preocupar-se com razões *para a ação*, estando em causa direitos e deveres de ação.

Além disso, no plano axiológico, pode perguntar-se se *algo ter valor* é o mesmo que *ter valor para* uma pessoa – isto é, se algo ser *bom* é o mesmo que ser “*bom para*”, e se este último é suficiente para uma análise axiológica.

Acresce que se trata, segundo a filosofia do valor pessoal de Rønnow-Rasmussen, de razões éticas para, “tudo visto”, qualquer pessoa favorecer algo *em atenção a uma pessoa* – “*for her own sake*”. Saber, porém, o que são razões éticas ou jurídicas para todos, para favorecer algo em atenção a uma pessoa (por mor de uma pessoa), não só não é *nada claro*, como *não parece que possa ser reduzido ao interesse ou vontade dessa pessoa*. Rønnow-Rasmussen *não faz essa redução*, antes procurando *justificadores* ou *identificadores* da pessoa ou do objeto, em atenção aos quais haveria razões para favorecer algo. Algo pode corresponder ao interesse ou vontade de uma pessoa (por exemplo, a extinção dos judeus para Adolf Hitler), mas não existir *qualquer razão ética para todos ou para qualquer pessoa favorecer* esse estado de coisas.

Na verdade, o valor pessoal parece ainda ser um *valor condicional*, isto é, o valor que para essa pessoa existiria *se esse estado de coisas for valioso*, e, portanto, não parece poder ser definido por “razões para favorecer um estado de coisas em atenção a uma pessoa”.

9. A noção é, depois, salvo melhor juízo, *imprestável para a definição de conceitos jurídicos*, mesmo transformados em conceitos alegadamente axiológicos, pois não se reveste de um *mínimo de determinação*, mesmo substituindo razões éticas para todos favorecerem por razões jurídicas – e sempre tendo em conta que o autor *não chega verdadeiramente a delimitar o direito da ética*. Se é duvidoso que a obrigação ou valor moral possam ser descritos em termos de razões, menos ainda o poderão ser o dever e o valor *jurídicos*.

As perspetivas de conseguir delimitar as *características de uma atitude “em atenção a uma pessoa” que haja razões jurídicas para favorecer* são, a nosso ver, limitadas, tendo em conta a *possibilidade de variação das circunstâncias, dos estados de coisas e da pessoa* – isto, pelo menos, sem que se acabe por cair de novo na dicotomia “*interesse ou vontade*”, sendo que o próprio autor reconhece que esta disjunção é insatisfatória. E em qualquer caso, como mero conceito que visa *evitar ter de decidir a tensão entre interesse e vontade*, apenas disfarça a problemática subjacente, sem a resolver.

Na análise do conteúdo do “valor pessoal”, o autor *oscila, aliás, entre a referência aos interesses e a proximidade a este*, e a inclusão nesse valor *por regra antes da vontade*, e não propriamente dos interesses (pág. 308), tendo o cuidado de afastar a utilização do valor pessoal para a definição dos interesses aos quais o dever é dirigido.

Noutros pontos da obra, além disso, o autor não limita as características do “valor pessoal” ao interesse ou vontade, mas refere que aquele constitui uma “*micro-agregação*” de razões, em que inclui também, por exemplo: a “*confiança*” (embora falando de um “*bónus*” resultante daquela noção, quanto a um “*possível conceito de confiança*”); *preferências e decisões pretéritas*, hipotéticas ou contrafactuais e presumidas; *atos alheios*, dos substitutos; e mesmo a “*dignidade*”. Tudo em termos tais que a sua complexidade torna a nosso ver *inútil esse conceito agregador*. Não se consegue divisar neste conjunto nem a relativa consistência que o autor divisa, nem sequer alguma vantagem estética, que chega também a invocar a seu favor (pág. 302).

Em termos de utilidade para a análise, o autor admite, ademais, que o valor pessoal *não serve para delimitar os direitos-pretensões*, pois distingue entre os direitos “*interessantes*”, que são os ditos “*direitos vivos*”, para os quais existe esse ponto de unificação justificador do regime, que designa como valor pessoal, e o que seriam “*direitos frankenstein*”, apenas sujeitos ao regime típico, sem esse ponto unificador (“Um direito-frankenstein, um mero aglomerado de posições deonticas, sem um sentido unificador que o tornasse um «direito vivo», mas ainda assim um «direito» num uso reconhecível da palavra” – pág. 272). Cabe, porém, perguntar então *como se distinguem em concreto os “direitos-vivos” dos “direitos-frankenstein*”, atenta a insegurança e a variedade de razões constitutivas do que designa “valor pessoal”, essa espécie de “*alma*” dos direitos não delimitável com um mínimo de certeza. E cabe também perguntar se, como a personagem original, o “(direito-)frankenstein” não está afinal, ele também “vivo”.

10. Além disso, a ideia de valor pessoal inculca sem dúvida a existência de algo, como um *estatuto especial da pessoa*, em atenção ao qual se poderia definir esse valor intrínseco. Mas Múrias defende que o valor pessoal *não resulta de um estatuto moral pessoal*, não instrumental.

Também a ideia de que a *noção de pessoa* – num conceito que qualifica como “kelseniano” – não seria mais do que o *ponto de micro-agregação de razões* (interesse ou vontade ou outras razões) em atenção ao qual existiriam razões jurídicas para favorecer um estado de coisas, constitui não só uma *formalização*, como uma *diluição* até a um mínimo, extremamente inseguro, dessa que é consabidamente uma das noções centrais do direito civil, e mesmo o fim ou sentido da sua missão principal, em termos normativos e de valor. O que, além do mais, se vê até na utilização da noção para o que designa como “*pessoa instantânea*”, definida em vista de uma só questão normativa – embora admitindo que em direito “o conceito normalmente tido em vista” é o de pessoa duradoura (pág. 301). O problema não está, porém, a nosso ver, no critério para o movimento da “pessoa instantânea”, definida nestes termos, para a pessoa duradoura, através da constância do centro de razões “micro-agregáveis”, mas antes na *própria utilização de uma tal noção de pessoa*, resultado de razões integrantes do valor pessoal.

A ideia de que a restauração da unidade da pessoa num plano axiológico se consegue pela “micro-agregação” de razões para favorecer os conteúdos de uma pessoa parece, aliás, além de insegura e redutora, *circular*: define-se o valor pessoal como constituído pelas razões morais ou jurídicas para favorecer ou desfavorecer um estado de coisas *em atenção a uma pessoa*, mas depois *define pessoa como o ponto de micro-agregação dessas razões*.

Do mesmo modo, Pedro Múrias pretende utilizar o conceito de valor pessoal para gerar por sua vez *conceitos de “vontade”* aceitáveis, como sendo “o valor pessoal sem o interesse” – depois de ter definido o valor pessoal como *constituído pelo interesse ou vontade*, ou como micro-agregação de razões que incluem a vontade. Procura, assim, a “*extracção do conceito [de vontade] a partir do de valor pessoal*. Nesta concepção, determinam-se primeiro os factos normativos que constituem valor pessoal, e só depois, dentro destes, se identifica a vontade, que, assim, embora facto, é também normativamente delimitada” (pág. 302). Tal como para a pessoa, tal *normativização de conceitos fundamentais* para as missões fundamentais do direito civil afigura-se-nos não só errada, mas *perigosa*.

O “valor pessoal” aparece, em suma, como um conceito retirado na filosofia do valor, que mesmo aí suscita alguns problemas, e que, apesar de se ter pretendido mais abrangente do que interesse e vontade, *não só inclui outras razões*, como se reveste de *insegurança* e, em certa medida, de *circularidade*, e *não parece prestável para a análise* de conceitos jurídicos de direito subjetivo.

11. Do mesmo modo, a tentativa de substituição da *justificação do direito*, ou do seu *regime*, como instâncias críticas da respetiva noção, pelo seu *fim-sentido*,

como uma certa “justificação do regime”, afigura-se problemática, desde logo por esse fim-sentido ser, segundo o autor, determinado pelo valor pessoal atinente ao titular.

A substituição da justificação e do regime pelo “fim-sentido”, mesmo que não incluisse neste o “valor pessoal”, sempre suscitaria o problema de *saber como se determina tal fim ou sentido*. Isto, sendo certo que a ordem jurídica, ainda quando reconheça direitos com base em certas justificações, e com certos limites funcionais extremos, *não conhece uma funcionalização generalizada* dos direitos a um fim ou sentido. O autor procura, aliás, utilizar o fim-sentido que seria essencial aos deveres dirigidos, de realizar o eventual valor pessoal, para explicar o regime típico dos direitos-pretensões.

A referência, como característica geral dos direitos, a um *fim-sentido* – “um estado de coisas que há uma razão ética não redundante para favorecer, quando esta razão também justifica (suficientemente) o dever” (pág. 255) – dos deveres dirigidos, e dos direitos, para o valor pessoal, de certa pessoa ou entidade semelhante, além de *incorreta*, parece, pois, também *perigosa*, por poder induzir a tal funcionalização – e isto, sem prejuízo de tal fim poder ser relevante nalguns casos, como o fim também de interesse público na explicação do direito dos jornalistas a não revelarem as suas fontes (o exemplo de Joseph Raz utilizado por Pedro Múrias).

Acresce que um conceito de direito subjetivo relevante, e com intuito de orientar a explicação e sistematização para fins jurídicos, deve, antes de mais, ser *adequado aos elementos típicos do respetivo regime*, devidamente *justificados* (nos termos do que o autor designa como uma “teoria da justificação do regime”: “Um dever é dirigido a R se e só se há alguma justificação *pro tanto* para que esse dever tenha o regime típico a respeito de R”), e esteja esse regime positivado ou não.

Pedro Múrias admite que o afastamento da análise da direção dos deveres, através do seu fim, com referência ao valor pessoal, levaria a admitir que todos os direitos-pretensões dependessem *só de lhes ser aplicável o regime* (todos seriam “direitos-frankenstein”) ou a aderir à *teoria da justificação do regime*. Mas rejeita esta última opção, e recusa descobrir qual é esse regime, porque lhe faltaria a indicação de um sentido unitário para o regime. Não parece, porém, que assim seja, não sendo impossível fundar a justificação do regime dos direitos-pretensões em vários fundamentos éticos – embora talvez não apenas num –, sem necessidade do conceito, que parece antes obscurecedor, de “valor pessoal”.

12. Para o autor, o *sentido dos deveres dirigidos* dependeria da *relação de prevalência entre valores pessoais*, não só do cumprimento, mas da *execução efetiva* dos direitos. Enuncia a esse propósito o que designa como “*postulado da derrota*”:

“Se a pessoa P tem o dever *pro tanto* de φ , então o eventual valor pessoal negativo, atinente a P, de P φ é derrotado *pro tanto* por outras razões”.

Então, o “dever ético *pro tanto* de D φ é dirigido a R se e só se:

- i) Se for valioso em atenção a R que D φ , isto é uma razão ética que derrota *pro tanto* o eventual valor pessoal atinente a D de D não φ .
- ii) A justificação de i) inclui, sem redundância, a justificação do dever de D.”

O sentido relacional dos direitos-pretensões, assim entendido, permitiria explicar elementos do regime típico, como os casos de relevância dos direitos em relação a terceiros, ou a peremptoriedade dos direitos-pretensões. Como se vê a propósito da dificuldade de distinção *entre a direção dos deveres e o seu conteúdo* – que o autor também analisa –, essa não parece, porém, ser a única explicação possível para o primeiro elemento, nem para o segundo.

A propósito da *prevalência da execução efetiva* para a análise dos deveres dirigidos, visando afastar desta os poderes ou permissões, o autor é forçado a alargar a relação de prevalência aos valores pessoais dessa execução, para o obrigado e para o titular: o essencial seria que o valor, atinente ao titular, da execução efetiva – feita por quem quer que seja, porventura até por um sistema informático – prevalecesse, *pro tanto*, sobre o valor, atinente ao obrigado, da não execução.

Parece difícil, porém, autonomizar em todos os casos as *razões para favorecer o cumprimento* das razões para favorecer *a execução efetiva*, como um peso autónomo na esfera axiológica ou de valor. E, em qualquer caso, sustentar a possibilidade de execução efetiva nesse acréscimo de estados de coisas de valor afigura-se *pouco*, e *vago*, para fundamentar a *possibilidade não só de execução discursiva* como de recurso *a todo o aparelho coercitivo estadual*.

13. A *análise dos deveres-dirigidos* proposta – e, assumida a equivalência, também dos direitos-pretensões – conclui, para Pedro Múrias, a seguinte:

“Para todos os D, R e φ , um dever *pro tanto* de D φ é dirigido a R se e só se

- i) Há uma razão para favorecer
 - o eventual valor positivo, em atenção a R, de que D φ , sobre o seu eventual valor negativo em atenção a D, e
 - o eventual valor positivo, em atenção a R, da execução efectiva de que D φ sobre o seu eventual valor negativo em atenção a D, e
- ii) Aquela razão justifica não redundantemente o dever de D.”

Parece evidente, porém, que esta análise dos direitos em termos de razões para favorecer estados de coisas é *insuficiente para efeitos jurídicos*, e, desde logo, que se

resume a uma *tentativa de mera definição ou esclarecimento teóricos, sem relevância prática*. Pois – mesmo pressupondo a correção desta análise – o relevante neste plano é antes, justamente, *saber quais são essas razões* para favorecer, como podem ser estabelecidas e qual o seu peso relativo. Qualquer jurista que procure analisar deveres dirigidos e direitos-pretensões baseando-se apenas na referida definição ficará *muito aquém da função que lhe é exigida*.

Acresce que o próprio instrumentário em causa – possa embora, numa certa perspetiva, usar uma terminologia da teoria do valor – é extremamente *vago e inseguro*, referindo-se a “uma razão”, ao “eventual valor positivo” e ao “eventual valor negativo”, e à “justificação não redundante” do dever – tudo elementos que há que precisar e concretizar.

O que se reflete também na tentativa de definição, por referência a esta relação de prevalência, de conceitos fundamentais para o Direito, como o de “*responsabilidade*”, que seria para Múrias o “*acréscimo justificado de estados de coisas com valor pessoal negativo em atenção ao obrigado*”, acréscimo em relação ao estado de coisas que o cumprimento do dever traria. Pergunta-se, porém: esta definição não inclui também, por exemplo, sanções não jurídicas, ou até meros efeitos económicos ou sociais? E pode tal acréscimo de estados de coisas negativos, justificados nos respetivos planos, ser considerado como responsabilidade? O conceito é não só “bastante amplo”, como reconhece o autor, mas antes *demasiado* amplo.

Não parece, também, que seja necessário utilizar o “postulado da derrota” para se concluir que *não há um dever ético geral de não causar danos a outrem*, utilização que, aliás, não é rigorosa, como o autor se dá conta ao admitir que a mera não satisfação do valor pessoal derrotado não corresponde necessariamente aos danos que se tem vista na negação daquele *neminem laedere* geral (pág. 309).

Do mesmo modo, também a utilização da relação de prevalência definitiva dos direitos-pretensões para *separar a “relatividade” e os casos de eficácia absoluta do crédito* – estes, aliás, bastante discutidos, como se sabe – parece infrutífera, sendo certo que os deveres dirigidos também ocorrem como concretização de direitos absolutos. Este facto, situado a um certo nível de análise, bem como os corolários de que o cumprimento tem valor em relação ao titular, de que a responsabilidade do obrigado está ao serviço deste e só os danos do titular são em princípio indemnizados, apesar de serem importantes tanto na responsabilidade obrigacional como na responsabilidade extra-obrigacional, não constituem, porém, a nosso ver, argumentos – ou verdadeiros resultados “protodogmáticos” da análise do autor – para qualquer ideia de *unificação das responsabilidades*, ou para desonerar esta do ónus da prova correspondente (pág. 313), sem atentar *noutras diferenças, de regime, de justificação e até fenomenológicas e sociológicas*, entre as situações de responsabilidade que as justificam.

Ou seja: verifica-se que o conceito de valor pessoal, e a análise dos deveres dirigidos em termos de razões para o favorecer, *dão pouco* – e, talvez por isso, o autor *pretende extrair dela demasiado*.

14. No capítulo V, a partir das páginas 314, Pedro Múrias liberta-se, na definição de direito, dos conceitos deonticos que já ultrapassara para os direitos-pretensões, e em particular do dever jurídico, procurando uma *caracterização dos direitos através de relações de valores pessoais e outras razões, sem implicar deveres ou outras posições deonticas*. Chega, assim, ao que designa como “direitos de base”, que não se referem a *ações* ou comportamentos, mas a *estados de coisas*, e não têm por isso titular e devedor, mas antes um “suporte”.

O autor refere exemplos de direitos a certos estados de coisas que podem ser “satisfeitos” ou “insatisfeitos” independentemente da ação – ou da ação imputável – a qualquer terceiro. São direitos “primários”, anteriores aos direitos-pretensões, que lhes podem corresponder ou não (caso não existam deveres). Apesar de relacionais, não estão em relações, como as figuras de Hohfeld, com um dever ou com outras posições deonticas: a mera “ocorrência” de um direito de base não significa a ocorrência de uma relação hohfeldiana. Mas os direitos de base *justificariam as posições deonticas* que os realizariam, quando for o caso.

Começa por ilustrar isto com o exemplo, designado como “Mútuo”, de um direito de base que é compatível com situações em que não é de esperar que nem o titular nem o suporte façam algo – porque a transferência se dá naturalmente ou por ação de um sujeito não imputável, ou porque o titular e o “suporte” deixam de ser agentes, por exemplo. Estes direitos mostrariam que as posições hohfeldianas não esgotam o campo dos direitos, e que estes não são fundamentalmente uma questão de deveres, liberdades e permissões. Mesmo quando o direito-pretensão existe, valeria uma equivalência com o direito de base correspondente (“R tem o direito-pretensão, contra S, a que $S \varphi$ se e só se R tem o direito de base a que $S \varphi$, e é possível que $S \varphi$.”). As próprias liberdades seriam, quando existe uma relação de prevalência entre o valor pessoal dessa ação atinente ao titular e o atinente à pessoa contra quem a liberdade tem a direção própria, qualificadas como “liberdades com direção própria”, coincidentes com um direito de base a uma ação própria com os mesmos conteúdo, titular e suporte.

15. Para a *análise dos “direitos de base”*, o autor começa por analisar os deveres dirigidos apenas *em termos de valor* – ou de razões para favorecer – e, portanto, por analisar esses deveres... sem referência a deveres.

Pedro Múrias apercebe-se, porém, da dificuldades de *passar do valor ao dever*, e tenta contrariar a objeção de que o valor respeita a razões *para atitudes*, de todos,

enquanto o dever respeita a razões *para agir*, e para o obrigado, dizendo que: (i) aquelas atitudes “estão a um passo da ação”; (ii) seria pouco concebível uma razão para fazer algo que não seja uma razão para querer fazê-lo; e (iii) a utilidade do conceito de (derrota do) valor pessoal seria justamente a de tornar possível que razões para todos obriguem especificamente certa pessoa.

Pensamos que estes contra-argumentos são, porém, *insuficientes*: (i) é diferente ter razões *para favorecer* algo e *querer agir*, por um lado, e simplesmente *dever agir*, por outro lado, mesmo que a ação seja possível; (ii) há casos em que a pessoa atua apesar de ter pelo menos uma vontade *dividida*, ou até não querendo fazê-lo, mas por se *sentir obrigada*, *sem ter razões para favorecer* a ação; e (iii) a passagem da derrota do valor pessoal com base em razões *para todos*, ainda que pudesse ser determinada no caso, para a obrigação *de uma certa pessoa*, *pressupõe justamente aquilo que se quer demonstrar*, isto é, a *possibilidade de passagem do valor ao dever*.

16. Com base naquela possibilidade de passar do valor ao dever, o autor afirma que a fundamentação dos deveres dirigidos sem referência a deveres dependeria, assim, de 3 elementos: a derrota do valor pessoal; a possibilidade da ação; e a existência de razões preponderantes. E conclui que D tem o dever de princípio de φ se e só se:

“(i) O eventual valor pessoal negativo, atinente a D, de D φ é pro tanto derrotado, (ii) é possível D φ , e (iii) as razões verificadas para favorecer que D φ derrotam as restantes.”

Quanto aos deveres dirigidos (implicando a noção de direitos-pretensões), conclui que:

“(Pretensões) D tem o dever pro tanto de φ , dirigido a R, se e só se

- i) Há uma razão para favorecer o eventual valor positivo, em atenção a R, de que D φ , e da respectiva execução efectiva, sobre o seu eventual valor negativo em atenção a D,
- ii) O eventual valor pessoal negativo, atinente a D, de que D φ está derrotado pro tanto,
- iii) As razões para favorecer que D φ derrotam as restantes verificadas,
- iv) A razão referida em (i) inclui uma (sub-)razão que participa sem redundância (não é dispensável) na conjunção das derrotas referidas em (ii) e (iii), e
- v) É possível que D φ .”

Substituindo a referência a ações do suporte por referências a estados de coisas, Pedro Múrias obtém então a definição do que designa como “direitos de base”:

- “(Bases) R tem, contra S, o direito de base ao estado de coisas p se e só se
- i) Há uma razão para favorecer o eventual valor positivo de p, em atenção a R, e da respectiva execução efectiva, sobre o seu eventual valor negativo em atenção a S,
 - ii) O eventual valor pessoal negativo de p, atinente a S, está derrotado *pro tanto*,
 - iii) As razões para favorecer p derrotam as restantes verificadas, e
 - iv) A razão referida em (i) inclui uma (sub-)razão que participa não redundantemente (não é dispensável) na conjunção das derrotas referidas em (ii) e (iii).”

Já exprimimos o nosso *ceticismo* sobre a operatividade da definição dos direitos-pretensões *em termos de razões para favorecer*. O *mesmo vale* agora para esta *definição dos direitos de base*, com o acréscimo de que não estão agora sequer em causa *comportamentos*, mas simplesmente *estados de coisas*.

17. A objeção a estes “direitos de base” parece fazer *presa mais fundo*: o autor reconhece que são também relacionais, mas pretende ligá-los apenas a um *titular* e a um *suporte*, e abstrair da sua referência a comportamento ou condutas: os direitos de base, diz, “não são as posições deonticas que os realizam, mas sim a relação de valores pessoais na sua base, valores de um estado de coisas que pode verificar-se ou não e cuja não verificação é não satisfação do direito de base” (pág. 356); aliás, os direitos de base “também não têm de respeitar a um estado de coisas que provenha do suporte, embora seja comum que provenham” (pág. 358).

O Direito é, porém, pelo menos na visão predominante, um ordenamento *da ação ou comportamento humanos*, em intenção normativa. Sem ação humana – isto é, se, por hipótese de um absoluto e total determinismo, todas as modificações de estados de coisas ocorressem por eventos não imputáveis ao ser humano – não faria sentido, salvo melhor juízo, falar de ordenamento jurídico. É certo que o Direito define *atribuições* ou *libertações*, *repartições de valor*, ou *competências de aquisição* destes. Mas fá-lo sempre *com a intenção de valorar e disciplinar factos e atos jurídicos e para possibilitar a ação humana*. Mesmo a valoração em termos de atribuição, repartição ou libertação de factos naturais, ou não imputáveis a seres humanos, tem lugar para a atribuição de poderes ou imposição de deveres dirigidos a outros seres humanos.

A definição de um ordenamento de base que *não tenha como referência comportamentos*, ativos ou passivos, de outrem, eventualmente de todos os outros, não parece, pois, ser já o que corresponde ao ordenamento jurídico. Pode ser eventualmente uma *forma de explicar* o surgimento de direitos e deveres – assim, no “modelo alocativo” do direito das obrigações traçado por Christiane Wendehorst, e na sugestão que também fizemos de entender aquele (e não só o direito das coisas) a

partir da noção de *repartições de valores* (que o autor, aliás, não refere, apesar de citar a obra em que se encontra³).

Mas não parece que – salvo injustificada limitação “deontica” da nossa perspetiva – a referência a verdadeiros *direitos subjetivos de base* acrescente muito a essa análise, ou que contribua realmente para explicar, por exemplo, a pretendida unidade do enriquecimento sem causa (sugerida por Pedro Múrias com base nos “direitos de base”), a não ser a um nível já tão “profundo” de análise que não parece revestir-se de verdadeira utilidade, e no qual é mesmo duvidosa a utilização da “linguagem dos direitos”.

A ideia de direitos subjetivos como *meras atribuições* ou *libertações*, de um titular e relativas a um “suporte” (ou “à custa de” um suporte – sendo que se afigura insuficiente o paralelo com a noção de “à custa de” dogmatizada para efeitos do enriquecimento sem causa), e sem terem como referência *qualquer conduta humana*, afigura-se-nos, em suma, *desnecessária*, e até *prejudicial*, ao confundir o *direito subjetivo* com a sua *fundamentação*, ou com os pressupostos da sua fundamentação.

18. Pedro Múrias parece, aliás, dar-se conta desta insuficiência, não só nas aspas que utiliza em “cumprimento” (ou outros termos relativos a ações) dos direitos de base, mas também ao falar de “*execução efectiva de um direito de base*”, como “a realização ou tentativa de realização do seu conteúdo através de novos estados de coisas potencialmente desvaliosos em atenção ao suporte”, “a responsabilização primária do suporte, para satisfação do direito de base, ao serviço do titular”.

Do mesmo modo, a *justificação de posições deonticas por direitos de base* afigura-se-nos, na teorização do autor, *obscura* – o autor fala de relações hohfeldianas “no enquadramento dos direitos de base”, e diz que aquelas realizam direitos de base, incluindo não só deveres como liberdades, poderes e impotências, e até ónus. Tudo dependeria da “vastidão dos conteúdos possíveis destes direitos” de base. Mas *não indica nenhum critério geral*, além de uma relação de justificação que teria de ser analisada *em cada caso concreto*. Para a obtenção de posições deonticas, portanto, o intérprete ou em geral o jurista são sempre remetidos para a análise do direito de base em concreto, não parecendo que o recurso ao “direito de base” seja mais do que um *topos* argumentativo que poderá justificar aqueles, ao lado de outros.

³ Paulo Mota Pinto, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Coimbra, Coimbra Editora, vol. I, n.º 21.

19. Os “direitos de base” são, ainda, utilizados pelo autor para tentar explicar uma unificação do *posse* e do *licere*, isto é, da *eficácia* e do *valor*, pois o princípio seria o de que “quando haja razões para prevalência do valor de certa eficácia através de certo acto de linguagem, essas razões fundam o *posse* e o *licere* ou as respectivas negações” (pág. 351).

Pode concordar-se com essa unidade de princípio, embora matizada pelas razões que justificam diferentes formas e regimes de ineficácia, mas que conduzem a que em regra a *ilicitude* conduza à *nulidade*. O que já não parece é que a noção de direito de base, ou a análise destes em termos de relações de prevalência entre razões para favorecer estados de coisas em atenção à pessoa, seja *fundamento necessário*, ou, sequer, *útil e clarificador* da sua explicação. Tal tentativa de unificação, “no nível axiológico fundamental”, da eficácia e da licitude depende, na sua transposição para o regime, e para a justificação deste, de *muitas outras considerações*, como mostra o simples confronto com a *complexidade das formas de ilicitude e de ineficácia* reconhecidas na lei.

20. Identificando as razões constitutivas dos direitos de base jurídicos como razões atendíveis pelos tribunais – “razões que há razão (sic) para favorecer que sejam atendidas na actividade coactiva ou pré-coactiva típica dos tribunais” –, o autor identifica mesmo um adicional *conceito jusnaturalista de direito*, semelhante ao direito-N, mas axiológico explicitamente – o que designa como direito-“V”, de valor, sendo constituído pelas razões atendíveis pelos tribunais.

Tudo está, porém, em saber *quais são as razões atendíveis* pelos tribunais – “que há razão para favorecer que sejam atendidas na actividade coactiva ou pré-coactiva típica dos tribunais” –, não bastando também a afirmação genérica de que o direito são factos: “que incluem a publicação de leis, a celebração de contratos, a prática de homicídios, a organização política, os interesses e as vontades, e os valores e deveres resultantes, mas factos em qualquer caso”.

21. Pedro Múrias conclui a teorização dos direitos de base com a referência às figuras da *atribuição* (que já pretendia noutro estudo fazer substituir a de obrigação) e da *imputação*. Se a primeira – a par com a noção de libertação – se afigura realmente relevante para analisar o efeito dos direitos de base, já a noção de *imputação* que o autor esboça se afigura extremamente *imprecisa* – “a imputação é uma relação fundamental de um estado de coisas com uma pessoa”, sendo uma pessoa (ou quase-pessoa) sobretudo um “potencial titular de direitos” –, como correspondente da atribuição, ou apenas útil para delimitar direitos de base a que correspondem direitos-pretensões (embora não necessariamente direitos de crédito,

pois Pedro Múrias confessa não chegar a concluir o que distingue os direitos de crédito dos restantes direitos-pretensões – nota 917).

A conclusão de que um “estado de coisas é imputável a certa pessoa se e só se há uma razão próxima para favorecer o eventual valor positivo desse estado de coisas, em atenção a essa pessoa, e da respectiva execução efectiva, sobre o seu eventual valor negativo em atenção a outra pessoa relevante” (pág. 372), não parece facilitar a clareza e a precisão sobre a noção de imputação. E sobre a *imputação negativa*, não parece, aliás, que se possa dizer que o critério principal de imputação subjacente aos artigos 491.º a 492.º, 500.º a 509.º do Código Civil sejam os direitos, e em particular a propriedade, tendo em conta que tais normas se referem explicitamente, como nota o autor, aos interesses, riscos, perigos, utilizações, direcção efectiva, etc., os quais podem existir sem propriedade.

22. O autor propõe também uma noção de *dever civil* que se distingue do dever no sentido comum da palavra, como noção mais ampla que incluiria também os deveres dos incapazes de ação. É, porém, pouco para alargar um conceito tão fundamental e o separar da noção geral de dever. Nem parece que não se possa cumprir um dever por conta de outrem – representando-o *hoc sensu*.

Do mesmo modo que para o dever em sentido próprio, a sua dedução de razões para favorecer um estado de coisas é *insuficiente*, desde logo porque, como se vem notando, favorecer um estado de coisas não é necessariamente favorecer *uma ação*.

23. A parte da obra relativa aos direitos termina com algumas sugestões dogmáticas, ou “*protodogmáticas*”, já que o autor pretende apenas demonstrar o que considera ser o potencial para a dogmática da sua análise.

O *fundamento das pretensões negatórias* contra perturbações por coisas não parece, porém, requerer um conceito de direitos de base. Pedro Múrias vê esse fundamento como uma libertação de quaisquer estados de coisas que satisfaçam direitos do perturbador, estando aqui um princípio de solução. Mas não é preciso admitir direitos cujo conteúdo sejam quaisquer estados de coisas, e não apenas ações, para esse resultado, pois, como diz, o que está em causa na negatória *são libertações de todos os estados de coisas imputáveis ao suposto perturbador*, e não apenas das suas ações. Como libertações de estados de coisas *imputáveis ao perturbador*, isso é suficiente para atribuir uma ação ao titular, e para desta resultarem também *limites a futuros estados imputáveis ao perturbador*, que se podem traduzir em deveres de ação.

Quanto ao conceito de *direitos absolutos*, o autor reconhece que a teoria dos direitos de base não fornece o fundamento para uma ideia mais precisa daqueles,

embora diga que cada direito absoluto implica um “princípio de prevalência” dos valores pessoais atinentes ao seu titular sobre os valores pessoais da generalidade das restantes pessoas e quase-pessoas, e que existe uma tendencial concretização dos direitos absolutos em libertações, o que sugere que os direitos absolutos são “princípios de libertação”. Pedro Múrias pretende fundar na sua análise apenas a unidade do carácter absoluto de alguns direitos, sejam de primeira ordem, como deveres e permissões, sejam de segunda ordem, como poderes e imunidades. Mas para reconhecer tal carácter absoluto *dos efeitos produzidos – dos efeitos da ordem jurídica* – já não se afigura necessária a construção dos direitos de base.

Já se referiu, também, que a *unidade do enriquecimento sem causa*, como relação entre atribuições, ou repartições indesejadas de bens, não passa necessariamente pela admissão do conceito de “direitos de base”, e que pode mesmo duvidar-se se essa unidade não é conseguida pelo autor, por essa via, a um nível já demasiado “profundo” (ou, inversamente, abstrato), sem utilidade dogmática.

Abstraindo da fundamentação comum que procura para o *direito de necessidade civil* e o *administrativo* – que passa de novo pela harmonização entre licitude e eficácia e que ignora o que parece ser a fundamentação especificamente *publicística* para a eficácia resultante do estado de necessidade administrativo –, a sugestão da *fundamentação comutativa comum à autonomia negocial e à gestão de negócios* não passa, também, no contexto da obra, disso mesmo: de uma *sugestão*, que não se vê seja reforçada no seu poder de convencimento pelo recurso aos “direitos de base”. O autor pretende ver aqui o lugar do “casamento” entre a teoria do interesse e a teoria da vontade, notando a remissão para ambos na gestão de negócios, e usa um raciocínio rebuscado para tentar enunciar o fundamento comum à autovinculação negocial e à heterovinculação gestória: “quer o poder autovinculativo negocial, quer o quase-poder heterovinculativo do gestor e a quase-sujeição do *dominus* podem realizar um direito de base deste à vinculação naquelas circunstâncias. Uma pessoa pode ter interesse-ou-vontade em vincular-se, ou seja, em submeter o seu interesse-ou-vontade noutro estado de coisas ao interesse-ou-vontade de outrem”. Assim, admitindo “que um direito de base possa ser justificação suficiente para uma posição hohfeldiana de segunda ordem – ou deontica em geral, ou para poderes e sujeições axiológicos; em suma, para uma eficácia – dir-se-ia que pelo menos alguns casos de autovinculação negocial e de heterovinculação gestória têm um fundamento comutativo comum”.

Mas tal fundamento, *no valor pessoal da vinculação própria* – da submissão do seu interesse-ou-vontade noutro estado de coisas ao interesse-ou-vontade de outrem – encontra-se, sem dúvida, de novo a um nível tão “profundo”, ou abstrato, dessa fundamentação dita “axiológica”, que não se vê verdadeiramente a sua utilidade, analítica ou prática.

24. Num excuro final sobre a virtude da *justiça imparcial*, Pedro Múrias defende que os direitos de base facilitam a sua compreensão, na medida em que são relacionais, relativos, mas também “absolutos”, ou “objetivos”, por serem constituídos por razões para todos. O que admitiria logo à partida a intervenção de auxiliares, incluindo o juiz – não sendo, pois, necessárias novas razões, em face deles, para a virtude da justiça ser imparcial. Não se diz, porém, *como se apura* se realmente *as razões constitutivas do valor pessoal* – e consideradas nas suas relações de prevalência – são na verdade, *ceteris paribus*, razões *para todos*, e em atenção à pessoa do titular ou do suporte.

25. É já tempo de terminar.

Pedro Múrias produziu sem dúvida um trabalho *refletido, profundo*, que adota uma *perspetiva original* e pretende aplicar a filosofia analítica – ou o *método analítico* desta filosofia – a *alguns conceitos fundamentais* da ética e do direito, tais como os conceitos de dever, dirigido ou não, e direito-pretensão. E propôs também a categoria, que se situaria a um nível mais profundo, de “direitos de base”. Trata-se de uma análise *interessante* e que revela poderosas capacidades analíticas do seu autor.

Já pode, porém, duvidar-se de que seja uma análise “*do direito civil*”, e também que seja uma análise “*axiológica*”. A *análise axiológica*, como deve considerar-se relevante para o direito civil, não se fica pela tentativa de tradução de alguns conceitos fundamentais em razões para atitudes adequadas, em conceitos de valor. Antes *procura perseguir as valorações centrais do direito civil nesses conceitos e nas soluções do regime* e sua justificação. Esta sim – e não a análise teórica – corresponde à missão prática fundamental do direito.

A noção de *valor pessoal*, por sua vez, além das dificuldades com que depara em geral, parece *incapaz de desempenhar todas as funções com o autor a sobrecarregar*, e que incluem desde a unificação do interesse e da vontade como seus elementos não necessários, a análise de um conceito de pessoa, da direção de um dever, a implicação, pela sua derrota, do conceito de dever, a análise axiológica do conceito de dever (em sequência da anterior), a análise dos direitos de base, do conceito geral de imputação, e dos deveres civis.

O autor admite, aliás, no final, que o valor pessoal pode falhar em todas estas funções. Mas admite, ainda assim, que a sua candidatura a “varinha de condão” dos conceitos normativos teria “só por si algum interesse e revela alguma vontade”. O autor não aplica o valor pessoal aos objetos (diversamente de Rønnow-Rasmussen) ou aos conceitos – caso contrário, poderia mesmo falar aqui do próprio *valor pessoal* do conceito de “*valor pessoal*”. Fica-se pelo valor teórico do valor pessoal na

impessoalidade da sua análise do dever, por não considerar as razões éticas para o obrigado, mas *para todos*. Seria esta conjugação da “pessoalidade” e da “impessoalidade” que erigiria uma ponte *do deontico ao axiológico*. Mas – cumpre reconhecer –, assente na ideia de uma *micro-agregação de razões (não exatamente delimitadas)* para favorecer algo *em atenção a uma pessoa*, mas que seriam *razões para todos, e também sem as delimitar no plano ético e jurídico*, trata-se de uma *ponte muito frágil*, que não nos parece poder levar à outra margem. Não me parece que, assim, se consiga fundamentar com necessária firmeza – já para não falar de rigor – a *necessária dimensão de objetividade da justiça*.

Mas trata-se, em qualquer caso, de uma obra que traduz um esforço importante, e que – além de testemunho das invulgares capacidades analíticas e discursivas, de imaginação e ousadia conceptual do autor –, ficará, a nosso ver, a constituir um contributo importante, em língua portuguesa, para a análise de alguns conceitos fundamentais da ética e do direito.