

**REVISTA
DA FACULDADE DE
DIREITO DA
UNIVERSIDADE
DE LISBOA**

**LISBON
LAW
REVIEW**

2017/2



LVIII

Revista da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa
Periodicidade Semestral
Vol. LVIII – 2017/2

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Christian Baldus (Universidade de Heidelberg)

Dinah Shelton (Universidade de Georgetown)

Jose Luis Diez Ripolles (Universidade de Málaga)

Juan Fernandez-Armesto (Universidade Pontificia de Comillas)

Ken Pennington (Universidade Católica da América)

Marco António Marques da Silva (Pontificia Universidade Católica de São Paulo)

Miodrag Jovanovic (Universidade de Belgrado)

Pedro Ortego Gil (Universidade de Santiago de Compostela)

Pierluigi Chiassoni (Universidade de Génova)

Robert Alexy (Universidade de Kiel)

DIRETORA

Maria do Rosário Palma Ramalho

COMISSÃO DE REDAÇÃO

David Duarte

Pedro Leitão Pais de Vasconcelos

Isabel Graes

Miguel Sousa Ferro

SECRETÁRIA DE REDAÇÃO

Rosa Guerreiro

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: Dezembro, 2017

Editorial

5 Nota da Diretora

Alessandra Monteiro

7-31 Construir uma justiça global – Que direito e Democracia?
Building a Global Justice – What Law and Democracy?

Emilio Javier de Benito Fraile

33-72 La I Republica Española y el fallido proyecto constitucional de 1873: una experiencia a evitar
The first spanish republic and the failed constitutional project of 1873: an experience to be avoided

Gonçalo de Andrade Fabião

73-99 Posições jurídicas conferidas por normas de direitos fundamentais
Legal positions resulting from fundamental rights norms

Miguel da Câmara Machado

101-117 What the world needs now is Comparative Law, sweet Comparative Law

Miguel Morales Payán e Isabel Graes

119-164 España y Portugal: Caminos paralelos en busca de la independencia judicial en el siglo XIX

Raineri Ramos Ramalho de Castro

165-203 Direitos fundamentais como trunfos contra a maioria – análise crítica da teoria de Jorge Reis Novais
Rights as trumps – a critical analysis of Jorge Reis Novais' theory

Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde

205-212 O artigo 291º do Código Civil e a inoponibilidade a terceiros da nulidade e da anulação do negócio jurídico

Rui Soares Pereira

213-231 Force majeure, *imprévision* and change in circumstances under Portuguese law

Posições jurídicas conferidas por normas de direitos fundamentais

Legal positions resulting from fundamental rights norms

Gonçalo de Andrade Fabião*

Resumo: Neste *paper* tratam-se as posições jurídicas, entendidas como efeitos de normas jurídicas primárias, na aceção *hartiana*, em geral e como efeitos de normas de direitos fundamentais em concreto. Partindo do contributo de WESLEY HOHFELD relativo às posições jurídicas atomísticas, subsumem-se as suas conclusões aos três estatutos deônticos da norma, testando a sua resistência e corrigindo-as quando falhem. De seguida, analisa-se individualmente cada posição jurídica usualmente apontada como atomística e conclui-se pela existência de apenas duas posições jurídicas com essa característica: o direito-pretensão e o dever, sendo o primeiro correlativo do segundo e vice-versa.

Conclui-se que o direito fundamental, enquanto conceito jurídico, não será mais do que um somatório de posições jurídicas atomísticas, i.e., um somatório de direitos-pretensão e deveres.

Palavras-chave: direitos fundamentais; posições jurídicas; direito-pretensão; dever; correlatividade.

Abstract: In this paper we cover the legal positions, understood as effects resulting from primary norms – in the sense suggested by HART – in general, and fundamental rights norms, in particular. Starting from WESLEY HOHFELD's contributions on the matter of atomistic legal positions, we subsume the Author's conclusions to the three deontic norm status and test their resistance, correcting them when they fail. Next, we analyse each legal position usually appointed as being atomistic and we conclude on the existence of only two legal positions sharing that characteristic: the claim-right and the duty, being the first correlate to the second and vice-versa.

We conclude that the notion of fundamental right, as a legal concept, is but a summation of atomistic legal positions, i.e., of claim-rights and duties.

* Assistente convidado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (goncalofabiao@fd.ulisboa.pt)

Keywords : fundamental rights ; legal position ; claim-right ; duty ; correlation.

Sumário: 1. Introdução; 2. De HOHFELD a HALPIN; 3. Direitos-pretensão e deveres; 3.1. A pretensão; 3.2. A correlatividade; a) Críticas; 4. O privilégio; 4.1. O privilégio como resultado de uma norma permissiva; 4.2. A proteção legal do privilégio; a) A tese do perímetro protetor; b) A tese do privilégio como posição jurídica complexa; 5. O conceito de direito fundamental.

1. Introdução¹

As normas de direitos fundamentais são normas primárias.

As normas primárias, na aceção *hartiana*, são normas prescritivas de condutas e estão estruturadas – como todas as normas jurídicas – em três² elementos: (i) a previsão, (ii) o operador deôntico e (iii) a estatuição. A previsão e a estatuição são os elementos fácticos da norma, sendo compostos por elementos (ou pressupostos) objetivos – estados de coisas – e subjetivos – ações humanas. Na previsão estarão enunciados um número de factos, cumulativamente ou disjuntivamente, passando-se exatamente o mesmo com a estatuição. O operador deôntico é o elemento puramente normativo da estrutura da norma, i.e., é através do operador deôntico que se define o dever ser.

O efeito jurídico de uma norma de direitos fundamentais implica o surgimento de posições jurídicas nos seus destinatários. Ora, o destinatário, pertencendo ao mundo material e factual, não se encontra no elemento puramente normativo da norma – o operador deôntico –; encontrar-se-á ou na previsão³ ou na estatuição⁴, num dos seus elementos subjetivos.

Dissemos já que tanto a previsão como a estatuição têm elementos subjetivos. Contudo, este conceito deve ser dissecado, pois encontramos nele duas realidades:

¹ Este *paper* foi elaborado e apresentado, como elemento de avaliação, no seminário de Direitos Fundamentais, regido pelo Professor Doutor David Duarte, a quem agradecemos as palavras elogiosas ao nosso trabalho e o pronto incentivo à sua publicação.

² Contra, defendendo uma estrutura dual, cfr. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, Coimbra, 2012, p. 206.

³ Encontrando o destinatário na previsão da norma, cfr. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução*, p. 207.

⁴ Encontrando o destinatário na estatuição da norma, cfr. DAVID DUARTE, Structuring Addressees in Fundamental Rights Norms: An Application in KENNETH HIMMA / BOJAN SPAIC, *Fundamental Rights: Justification and Interpretation*, Den Haag: Eleven International Publishing, 2016, pp. 84 ss.

(i) uma factual – a verificação de ações humanas – e (ii) outra delimitadora – do universo de destinatários dos efeitos da norma⁵.

A localização do destinatário torna-se mais ou menos clara se atentarmos ao carácter prescritivo da norma. A norma impõe, proíbe ou permite uma conduta (ou uma não-conduta) a outrem, pelo que, a estatuição não se verifica sem um ator que obedeça ao dever ser concretizado pelo operador deôntico. Ora, esse ator não é condição que, quando verificada, implique o acionamento do operador deôntico e, conseqüentemente, a verificação da estatuição. Dizer que o destinatário da norma está na previsão implica admitir que toda a estrutura sequencial da norma seria alterada, ou, por outras palavras, que a estatuição se verificaria antes da previsão.

Concluir por aqui seria insuficiente, pois o que dissemos até agora, permite-nos apenas determinar o destinatário direto da norma. Partindo da correlatividade dos efeitos jurídicos da norma, para cada efeito produzido pela norma, haverá um outro que lhe seja correlativo. Esse efeito correlativo é atribuído aos destinatários indiretos. É, pois, a partir da estrutura da norma e dos seus efeitos que nos propomos a estudar analiticamente as posições jurídicas. Começaremos pelo percurso que a doutrina tem feito para chegar às posições jurídicas, trataremos cada uma delas e, finalmente, apresentaremos uma proposta de noção de direito fundamental.

2. De HOHFELD a HALPIN

HOHFELD apresentou, em 1913 e 1917⁶, oito posições jurídicas atomísticas, i.e., realidades jurídicas indivisíveis e *sui generis*⁷: o direito, o não-direito, o dever, o privilégio, o poder, a impotência, a imunidade e a sujeição. Estas posições jurídicas foram agrupadas pelo Autor em dois grupos: o primeiro constituído pelas quatro primeiras posições enunciadas e o segundo constituído pelas quatro últimas posições enunciadas. Trataremos apenas o primeiro grupo, deixando de parte o segundo por ser constituído pelos resultados de normas secundárias, no sentido *hartiano*.

O primeiro grande contributo que HOHFELD apresenta à comunidade científica – contributo fulcral para uma correta compreensão analítica das posições jurídicas

⁵ Cfr. DAVID DUARTE, *Structuring Addressees* pp. 84-85.

⁶ O Autor publicou dois artigos no *Yale Law Journal*, que foram compilados na obra WESLEY HOHFELD, *Os Conceitos Jurídicos Fundamentais aplicados na Argumentação Judicial*, Lisboa, 2008 (tradução de MARGARIDA LIMA REGO)

⁷ Cfr. WESLEY HOHFELD, *Os Conceitos*, p. 28.

– é a percepção de que a palavra “direito” é polissêmica, sendo frequentemente utilizada para classificar realidades que, na verdade, não correspondem à verdadeira noção (*hohfeldiana*, pelo menos) de direito⁸.

O Autor arruma as posições jurídicas num esquema de opostos jurídicos e correlativos jurídicos que ficou imortalizado num esquema quadrangular (figura 1):

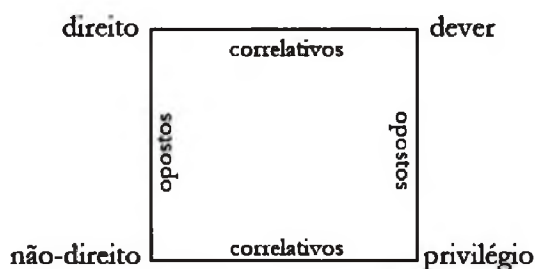


Figura 1

HOHFELD começa por definir direito e dever. Da sua análise, fica claro que a posição jurídica correspondente ao direito é uma realidade totalmente distinta da de direito subjetivo. O direito subjetivo não é uma posição jurídica atomística; é uma realidade jurídica divisível, i.e., é possível dissecar um direito subjetivo e encontrar nele posições jurídicas atomísticas que, no seu conjunto, formam o direito subjetivo.

O direito *hohfeldiano* corresponde à pretensão do cumprimento do dever que lhe é correlativo⁹ (doravante designá-lo-emos por direito-pretensão). Um exemplo cristalino desta realidade é a relação jurídica constituída com um contrato de compra e venda: se *A* compra um café a *B*, desse contrato nasce o dever de *A* pagar a *B* o preço do café e nasce o dever de *B* entregar a *A* o café, o que é o mesmo que dizer que *B* tem o direito-pretensão contra *A* de que este lhe pague o preço do café e *A* tem contra *B* o direito-pretensão de que este lhe entregue o café.

Também a posição jurídica privilégio é definida em contraste com o dever: o privilégio será a “mera negação de um dever”, sendo que esse dever tem um “conteúdo e características precisamente opostos aos do privilégio em causa.”¹⁰ Já o não-direito será a posição correlativa ao privilégio. Vejamos o seguinte exemplo: se *C*, como aluno, tem o dever de estar em silêncio nas suas aulas, significa que o professor de *C* tem o direito-pretensão de que *C* cumpra esse dever; contudo, se *C* não tiver o dever de estar em silêncio, significa que *C* tem um privilégio, que tem

⁸ Cfr. WESLEY HOHFELD, *Os Conceitos*, p. 29 ss..

⁹ Cfr. WESLEY HOHFELD, *Os Conceitos*, p. 31-33.

¹⁰ Cfr. WESLEY HOHFELD, *Os Conceitos*, p. 33-34.

como correlativo um não-direito do seu professor em exigir silêncio, i.e., o professor de *C* não tem nenhuma pretensão no que diz respeito ao *C* estar em silêncio.

Desta curta análise ao pensamento de HOHFELD, resulta que toda a sua teoria assenta num conceito que o Autor nunca define: o dever. Sabemos que o direito-pretensão corresponde à pretensão do cumprimento do dever, sabemos que o privilégio corresponde à negação do dever e sabemos que o não-direito é correlativo ao privilégio. Resta-nos, porém, saber o que é um dever. Esta incompletude no pensamento de HOHFELD justifica-se por o Autor se ter concentrado exclusivamente no produto da atividade normativa, deixando de lado a influência que esta tem nas posições jurídicas, seu produto.

Curiosamente, 131 anos antes de HOHFELD estudar as posições jurídicas, já BENTHAM as tinha estudado¹¹, dando especial atenção às normas e ao seu estatuto deontico, embora de forma rudimentar. O Autor identifica características volitivas do legislador através das suas normas: comandos, proibições, não-comandos e não-proibições (ou permissões)¹². Estas características volitivas do legislador são facilmente compreendidas sob o ponto de vista do estatuto deontico das normas¹³, correspondendo os comandos a imposições, as proibições a proibições e os não-comandos e não-proibições a permissões, ou, seguindo HART, os não-comandos correspondem a permissões de agir e as não-proibições a permissões de abstenção¹⁴. Assim, com HART¹⁵, podemos formar o seguinte quadrado de oposições (figura 2):

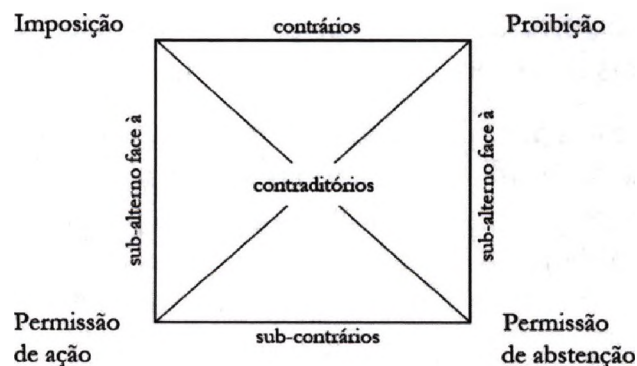


Figura 2

¹¹ Embora as suas conclusões só tenham sido publicadas, pela primeira vez, em 1945, sob o título *The Limits of Jurisprudence Defined*, editado por C. W. EVERETT.

¹² Cfr. JEREMY BENTHAM, *Of Laws in General*, Londres, 1970, p. 95.

¹³ Cfr. JOSEPH RAZ, *The Concept of a Legal System*, 2.ª ed., Hong Kong, 1980, reimpr., p. 55.

¹⁴ Cfr. HERBERT HART, *Essays on Bentham*, 2.ª ed., Oxford, 1993, reimpr. p. 114.

¹⁵ *Ibidem*.

No quadrado de oposições, (i) duas proposições são contraditórias quando não possam ser ao mesmo tempo verdadeiras ou falsas, (ii) duas proposições são contrárias quando ambas não possam ser verdadeiras, mas já possam ser falsas, (iii) duas proposições são sub-contrárias quando ambas não possam ser falsas mas já possam ser verdadeiras e (iv) uma proposição é sub-alterna face a outra quando a primeira engloba a realidade que a segunda representa.

Segundo BENTHAM, os operadores deônticos imposição e proibição implicam normas suscetíveis de serem compreendidas como “uma pessoa a explicar o estado de coisas preconizado pelo legislador.”¹⁶ Este estado de coisas preconizado pelo legislador é facilmente reconduzido aos elementos que constituem a estatuição. Assim, quando o operador deôntico de uma norma for a imposição, o destinatário direto da norma deve desempenhar uma determinada conduta para que se verifique o estado de coisas preconizado pelo legislador; já se o operador deôntico de uma norma for a proibição, o destinatário direto da norma deve abster-se da conduta que altere o estado de coisas preconizado pelo legislador. Se o destinatário direto da norma impositiva não desempenhar a conduta necessária para a verificação da estatuição da norma, ou se o destinatário direto da norma proibitiva não se abster de praticar uma conduta que impossibilita a verificação da estatuição da norma, surgirá um ilícito¹⁷. É aqui que nasce a posição jurídica dever; o dever é o contrário de um ilícito, i.e., é um não-ilícito. O direito-pretensão, por sua vez, funda-se num benefício atribuído a parte favorecida pela norma¹⁸. Segundo BENTHAM, haverá sempre uma parte favorecida pela norma; essa parte gozará de um benefício, que será o estado de coisas preconizado pelo legislador, i.e., a estatuição da norma.

É bastante claro que a análise do produto da atividade normativa feita por BENTHAM encontra na análise de HOHFELD as mesmas conclusões: as posições jurídicas são correlativas e o direito-pretensão consubstancia uma pretensão do cumprimento do dever que lhe é correlativo. Contudo, BENTHAM conseguiu encontrar a gênese do dever correlativo ao direito-pretensão em normas impositivas e proibitivas.

Não obstante o *iter* desenvolvido por BENTHAM, o Autor considera que o direito-pretensão definido em relação ao dever – como seu correlativo – não esgota a realidade da posição jurídica direito. Assim, haverá três tipos de direito: (i) o direito a serviços¹⁹ – também designado por direito correlativo a um dever²⁰ (o nosso

¹⁶ Cfr. JEREMY BENTHAM, *Of Laws*, p. 154.

¹⁷ Cfr. JEREMY BENTHAM, *Of Laws*, p. 121. A expressão inglesa é *offence*.

¹⁸ Cfr. JEREMY BENTHAM, *Of Laws*, pp. 55-56.

¹⁹ Cfr. JEREMY BENTHAM, *Of Laws*, p. 57-58.

²⁰ Cfr. HERBERT HART, *Essays*, pp. 168-169.

direito-pretensão) –, que corresponde à pretensão do cumprimento da norma (é este o serviço); (ii) o direito natural²¹, que tem como base a ausência de uma obrigação correlativa, aliás, tem como base a ausência de qualquer atividade normativa, correspondendo a uma posição inerente ao estado natural do ser humano²²; e (iii) o direito-liberdade²³, que já tem uma obrigação correlativa, mas desta feita é uma obrigação de não interferência no exercício da conduta abrangida por um direito natural²⁴.

O direito-liberdade corresponderá ao espaço delimitado por deveres correlativos a direitos, denominado perímetro protetor²⁵, em que impera sobre o sujeito a ausência de qualquer imposição e proibição e a presença de uma permissão, i.e., não bastará a ausência de uma norma impositiva e proibitiva para surgir uma permissão, é necessário que surja da atividade normativa uma norma permissiva. Este entendimento permitiu a ALEXY completar o quadrado de oposições da Figura 2 da seguinte forma²⁶ (figura 3):

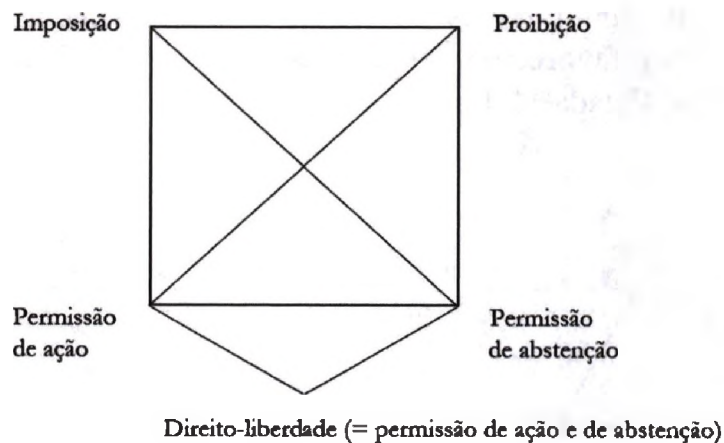


Figura 3

É curioso ALEXY encontrar quatro vértices quando trata dos operadores deónticos, mas só encontrar três vértices quando trata das posições jurídicas. De facto, a ideia de que um direito-liberdade só é obtível quando uma permissão de ação e uma permissão de abstenção se juntam, evidencia uma incompletude e inadequação

²¹ Por ser anterior à atividade normativa e conseqüentemente não ser seu produto, o direito natural não relevará na nossa análise.

²² Cfr. JEREMY BENTHAM, *The Works of Jeremy Bentham*, III, 1816, pp. 217-218.

²³ Cfr. HERBERT HART, *Essays*, pp. 166 ss..

²⁴ Cfr. JEREMY BENTHAM, *The Works*, III, p. 218.

²⁵ Cfr. *infra*.

²⁶ Cfr. ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrecht* (1994) tradução inglesa de JULIAN RIVERS, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, 2009, p. 131.

pragmática ou semântica desses dois operadores. Aliás, só mesmo na transposição dos modos deônticos das normas para o quadrado de oposições é que se encontram quatro operadores deônticos, em vez dos clássicos três. Esta transposição para o quadrado implica uma divisão artificial da permissão, que pode desvirtuar o seu estatuto deôntico: uma norma que confere uma permissão de ação a *D* é insuficiente para orientar a conduta do destinatário. Sabemos que (i) a permissão de ação é sub-alterna da imposição, (ii) que a permissão de ação pode ser verdadeira existindo também uma permissão de abstenção, mas que (iii) a imposição e a permissão de abstenção são contraditórias. Assim, a permissão de ação ou redundante numa imposição, ou alia-se a uma permissão de abstenção²⁷. Em qualquer das situações verifica-se a inutilidade de um dos vértices das permissões no quadro de oposições, o que levou HALPIN a transformar o quadrado em triângulo²⁸.

Com esta correção, HALPIN encontra seis posições jurídicas atomísticas, com o auxílio de três triângulos representativos (i) dos modos deônticos, (ii) das posições jurídicas da parte favorecida pela norma e (iii) das posições jurídicas da parte “cuja conduta é afetada”²⁹ (figura 4):

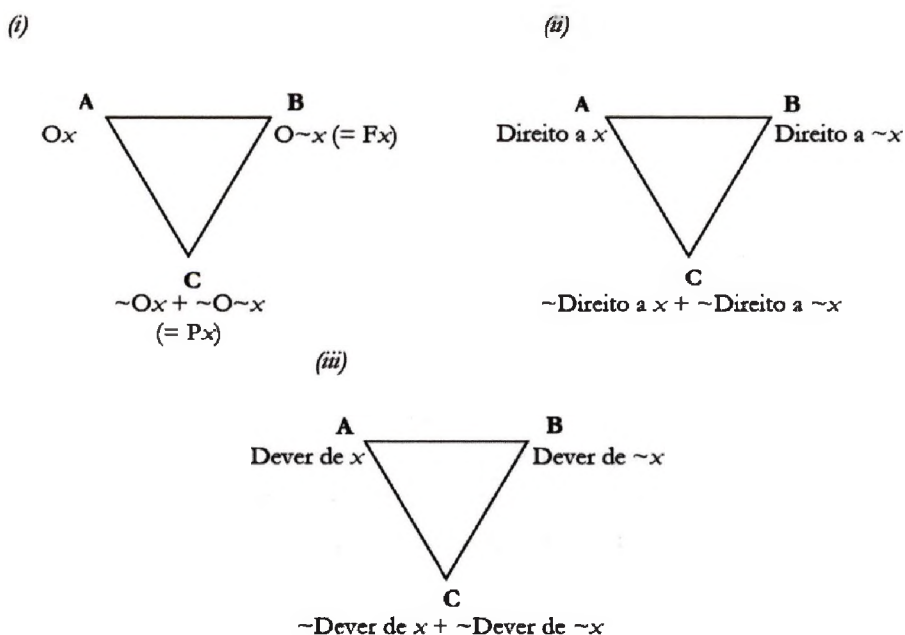


Figura 4

²⁷ Cfr. ANDREW HALPIN, *Fundamental Legal Conceptions Reconsidered in Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, vol. 16, n.º 1, 2003, pp. 44-45.

²⁸ Cfr. ANDREW HALPIN, *Fundamental*, p. 45.

²⁹ Cfr. ANDREW HALPIN, *Fundamental*, p. 49 ss..

Na figura 4, os símbolos *O*, *F* e *P* correspondem aos operadores deônticos imposição, proibição e permissão, respetivamente. O *x* corresponde à conduta objeto da norma e o \sim corresponde à negação. Assim, no triângulo (*i*), o vértice A implica uma imposição de ação, o vértice B implica uma imposição abstenção, que é equivalente a dizer uma proibição de ação, e o vértice C é uma combinação de uma não imposição de ação e de uma não imposição de abstenção (ou proibição de ação), que resulta numa permissão de ação.

Ao sobrepor os três triângulos, HALPIN diz encontrar três relações jurídicas – *AAA*, *BBB* e *CCC* –, ou seis posições jurídicas atomísticas, enquanto que HOHFELD, no seu primeiro grupo de posições, apenas encontra duas relações jurídicas, ou quatro posições jurídicas atomísticas³⁰. Contudo, esta conclusão parece-nos precipitada. HALPIN apresenta-nos uma versão triangular do quadrado de oposições com o intuito de categorizar e arrumar definitivamente as posições jurídicas, o que o leva a concluir que haverá mais posições jurídicas atômicas do que as apontadas por HOHFELD. Este desenlace é dececionante e é-o por ser errado. As relações jurídicas *AAA* e *BBB* retratam exatamente as mesmas posições jurídicas – direitos e deveres –, estando a única diferença no facto de na relação *AAA* a conduta objeto da norma ser positiva – uma ação – e na relação *BBB* a conduta objeto da norma ser negativa – uma abstenção. Ora, o facto da conduta ser positiva ou negativa em nada altera a posição jurídica direito-pretensão e dever. O destinatário direto de uma norma impositiva tem sempre um dever, quer a conduta visada seja positiva, quer seja negativa, assim como o destinatário indireto dessa mesma norma tem sempre um direito, quer a conduta visada seja positiva, quer seja negativa. Assim, embora seja verdade que o triângulo de HALPIN aponta todas as relações jurídicas atômicas que possam existir³¹, já não será verdadeira a descoberta de mais uma relação jurídica fundamental, pois o que muda da relação jurídica *AAA* para a relação jurídica *BBB* é a natureza da conduta objeto da norma e não as posições jurídicas dos seus destinatários.

3. Direitos-pretensão e deveres

A reta que liga os vértices *A* e *B* dos triângulos *halpianos* relativos aos modos deônticos das normas e às posições jurídicas da parte “cuja conduta é afetada”

³⁰ Cfr. ANDREW HALPIN, *Fundamental*, p. 52.

³¹ Cfr. ANDREW HALPIN, *Bentham's Limits and Hohfeld in GUILLAUME TUSSEAU, The Legal Philosophy and Influence of Jeremy Bentham*, Nova Iorque, 2014, p. 211; contra, cfr. LUIS DUARTE D'ALMEIDA, *Fundamental Legal Concepts: The Hohfeldian Framework in Philosophy Compass*, vol 11, 2016, pp. 563-564.

pela norma é a representação gráfica perfeita do *iter* percorrido por BENTHAM para fundamentar a origem do dever. Assim, qualquer destinatário direto de uma norma impositiva ou proibitiva terá um dever como posição jurídica. O conteúdo desse dever é uma conduta – ação, no caso de uma imposição, ou abstenção, no caso de uma proibição – que não verificada, origina um ilícito. Correlativo a este dever, existe um direito-pretensão que se consubstancia na pretensão do cumprimento do dever. Esse direito-pretensão é a posição jurídica do destinatário indireto da norma.

Esta relação jurídica é enquadrável nos direitos a algo de ALEXY³². Um direito a algo, como relação jurídica³³, tem uma estrutura triádica³⁴: (i) o titular do direito; (ii) a contraparte³⁵ e (iii) o objeto. O titular do direito e a contraparte são os elementos subjetivos, ou seja, são sujeitos de Direito com personalidade jurídica, enquanto que o objeto é o elemento objetivo, que corresponde sempre – pelo facto da posição jurídica se fundar numa norma primária – a uma conduta da contraparte³⁶.

Com o foco da análise no elemento objetivo, será possível dividir os direitos a algo em duas grandes categorias³⁷: (i) direitos a ações negativas (ou abstenções) e (ii) direitos a ações positivas (ou ações *stricto sensu*).

Dentro do primeiro grupo, ALEXY faz três classificações³⁸: (a) direitos ao não impedimento de ações do titular do direito, (b) direitos à não afetação de situações jurídicas do titular do direito e (c) direitos à não eliminação de situações jurídicas do titular do direito.

Os direitos ao não impedimento de ações do titular do direito implicam um dever de abstenção da contraparte no exercício de uma ação por parte do titular do direito. A norma (1) *aos domingos é proibida a obstrução de ouvir Genesis*, faz surgir no destinatário direto da norma – que nas relações jurídicas em análise corresponde à contraparte – o dever de não impedir quem quer que seja de ouvir

³² Cfr. ROBERT ALEXY, *Theorie*, pp. 120 ss..

³³ Alexy classifica os direitos a algo como posições jurídicas, cfr. ROBERT ALEXY, *Theorie*, p. 120. Preferimos a classificação de relações jurídicas fundamentada no nosso entendimento a respeito da correlatividade *infra*.

³⁴ Esta estrutura triádica existe sempre, independentemente dos enunciados normativos identificarem todos os seus elementos ou não.

³⁵ Alexy apelida o segundo elemento da posição jurídica de destinatário. Não seguimos o autor porque o primeiro elemento – o titular – também é destinatário; tanto o primeiro elemento como o segundo são destinatários de uma norma jurídica que terá como efeito a criação de posições jurídicas.

³⁶ Cfr. ROBERT ALEXY, *Theorie*, p. 121.

³⁷ Cfr. ROBERT ALEXY, *Theorie*, p. 122.

³⁸ Cfr. ROBERT ALEXY, *Theorie*, pp. 122 ss..

Genesis aos domingos. O destinatário indireto da norma será o titular do direito. Assim, quem ouvir Genesis aos domingos tem o direito a que ninguém o impeça disso.

Os direitos à não afetação e à não eliminação de situações jurídicas terão como contraparte específica o Estado no âmbito da sua atividade normativa. Estabelecida a norma (1), o Estado tem o dever de não a alterar. Correlativo a esse dever, estará o direito à não afetação de situações jurídicas do titular do direito. Assim, a contraparte tem o dever de não alterar a norma para, por exemplo, (2) *aos domingos é proibida a obstrução de ouvir Genesis das 10:00 às 11:00*.

Por outro lado, ainda com referência à norma (1), o Estado tem o dever de não eliminar as posições jurídicas que ela confere, o que é o mesmo que dizer – neste caso – que o Estado tem o dever de não revogar a norma. É nisto que se traduz o direito à não eliminação de situações jurídicas do titular do direito.

Os direitos a ações positivas podem ser divididos conforme duas classificações³⁹: (a) direitos a ações facticas e (b) direitos a ações normativas. A diferença entre as classificações está no facto de a primeira implicar o cumprimento de normas e de a segunda implicar a criação de um ato normativo.

3.1. A pretensão

A palavra pretensão é a comumente usada pelos autores portugueses para a tradução de *claim*⁴⁰. Esta tradução é relevante, na medida em que é em torno do conceito de *claim* que HOHFELD constrói a noção da posição jurídica direito-pretensão.

Na doutrina anglo-saxónica, tem-se vindo a discutir intensamente a polissemia da palavra *claim*, com o intuito de a limpar de sentidos irrelevantes para a compreensão do direito-pretensão como posição jurídica⁴¹. No entanto, o grau de polissemia da palavra *claim* é bastante superior ao da palavra pretensão. Uma tradução literal da palavra *claim*, ou por outra, do verbo *to claim*, seria clamar, definida como

³⁹ Cfr. ROBERT ALEXY, *Theorie*, pp. 126-127.

⁴⁰ É assim a tradução de LIMA REGO da obra WESLEY HOHFELD, *Os Conceitos*, assim como MIGUEL GALVÃO TELES, Direitos absolutos e relativos in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Joaquim da Silva Cunha*, Coimbra, 2005, p. 652 e VITALINO CANAS, Relação Jurídico-Pública in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, VII, 1996, p. 216.

⁴¹ Cfr. ALAN WHITE, Rights and claims in *Law and Philosophy*, vol. 1, 1982, pp. 315 ss. e ANDREW HALPIN, *Rights and Law: Analysis and Theory*, Oxford, 1997, pp. 74 ss..

“gritar; bradar; exclamar” ou “implorar” ou “reclamar”⁴². Já a pretensão é definida como o ato “ou efeito de pretender” ou “direito que se julga ter a alguma coisa” ou “aquilo que se pede ou reclama” ou “aquilo a que se aspira” ou “ vaidade, orgulho, presunção”⁴³. Pretensão entendida como direito a que se julga ter alguma coisa é subsumível – embora não o preencha completamente – ao ato de clamar, entendido como reclamar⁴⁴. Assim, a pretensão será a concretização de um direito que se manifesta na reclamação do cumprimento da norma.

WINDSCHEID, segundo CASTRO MENDES, entendia a pretensão como a concretização do direito subjetivo⁴⁵, o que equivale a dizer que o direito subjetivo, como já dissemos, é uma realidade jurídica divisível, i.e., não é uma situação jurídica atomística.

Na doutrina portuguesa, a palavra pretensão é usada por OLIVEIRA ASCENSÃO como definição da posição jurídica poder⁴⁶. Contudo, a conceção de poder do Autor é demasiado ampla e, com todo o respeito, um pouco contraditória. Se o Autor afirma que o poder “é um dos elementos mais simples que podemos descortinar nas situações jurídicas”⁴⁷ – uma situação jurídica atomística –, como é possível encontrar nele tantas realidades jurídicas diferenciadas? Essas realidades são descritas pelo próprio. O poder desdobrar-se-ia em quatro realidades: faculdades, pretensões, poderes potestativos e posições jurídicas contrapostas ao ónus⁴⁸. Mais, nem todas estas quatro realidades parecem ser situações jurídicas atomísticas. Vejamos o exemplo da faculdade, que o Autor exemplifica como sendo “o poder concedido ao dono de uma coisa de a usar”. Não será esta realidade jurídica divisível? O uso da coisa pode implicar uma miríade de situações jurídicas. Aliás, será exatamente esta premissa que levará MENEZES CORDEIRO a classificar a faculdade como um “conjunto de poderes ou de outras posições ativas, unificado numa designação comum.”⁴⁹

As realidades que a doutrina portuguesa subordina ao conceito de poder não correspondem na totalidade às realidades subordinadas aos poderes *hoffeldianos*⁵⁰ –

⁴² <https://www.priberam.pt/dlpo/clamar>

⁴³ <https://www.priberam.pt/DLPO/pretens%C3%A3o>

⁴⁴ Aqui reclamar ganha o sentido de reivindicar.

⁴⁵ Cfr. JOÃO DE CASTRO MENDES, *O Direito de Acção Judicial*, Lisboa, 1959, p. 150.

⁴⁶ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, III, Coimbra, 2002, p. 61.

⁴⁷ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil*, III, p. 60.

⁴⁸ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil*, III, p. 61.

⁴⁹ Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, I, 4ª ed., Coimbra, 2012, p. 905.

⁵⁰ Cfr. WESLEY HOHFELD, *Os Conceitos*, pp. 57 ss..

com sujeições como correlativos –, entendidos como competências⁵¹. Isto deve-se – cremos – ao facto de a doutrina portuguesa não diferenciar entre poder e capacidade de facto. Com efeito, definir poder com base no critério de alteração de situações jurídicas⁵² é insuficiente, na medida em que é concebível haver uma alteração de situações jurídicas sem implicar a criação de uma sujeição na contraparte. O critério que tem sido avançado para distinguir poder e capacidade de facto é a necessidade de uma norma de competência^{53/54}. Desta forma, correspondem aos poderes, em sentido próprio, os poderes potestativos⁵⁵, cuja posição correlativa será a sujeição⁵⁶. Não trataremos destas situações jurídicas.

A situação jurídica classificada por MENEZES CORDEIRO como poder de crédito é perfeitamente reconduzível à noção *hohfeldiana* de direito que adotamos, uma vez que o Autor a define como “a exigência de uma conduta (isto é, uma pretensão)”⁵⁷. Também parece ser reconduzível a noção de poder de gozo, que consistiria no “aproveitamento de uma coisa corpórea”⁵⁸. Esta definição em muito se assemelha à capacidade de facto, que não implicará uma sujeição correlativa, mas sim um dever de abstenção ou tolerância no aproveitamento do titular da posição jurídica.

Cremos ser benéfica a libertação das realidades analíticas que aqui tratamos como direitos-pretensão dos poderes porque intrinsecamente ligada à ideia de poder, estará a alteração de uma situação jurídica, causando uma aversão à classificação de realidades claramente “pretensivas” – diríamos nós, autênticos direitos-pretensão – como poderes.

3.2. A correlatividade

Concorde-se ou não com as posições jurídicas que HOHFELD encontra, o que é certo é que o Autor avança com uma característica sempre presente em qualquer posição jurídica – a correlatividade. Vejamos um exemplo desta característica. O

⁵¹ Cfr. ROBERT ALEXY, *Theorie*, pp. 149 ss..

⁵² Cfr. WESLEY HOHFELD, *Os Conceitos*, p. 57.

⁵³ Cfr. ROBERT ALEXY, *Theorie*, pp. 152 s..

⁵⁴ Sobre normas de competência, cfr. DAVID DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, Coimbra, 2006, pp. 115 ss..

⁵⁵ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil*, III, p. 61.

⁵⁶ Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, I, p. 917.

⁵⁷ Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, I, p. 904.

⁵⁸ *Ibidem*.

enunciado normativo correspondente ao n.º 2 do artigo 25.º da Constituição da República Portuguesa (doravante Constituição) – “Ninguém pode ser submetido a tortura (...)” – resulta na norma *em qualquer circunstância é proibida a tortura*, onde a previsão corresponde a *em qualquer circunstância*, o operador deontico a *é proibida* e a estatuição a *a tortura*. O “estado de coisas preconizado pelo legislador”, de que BENTHAM fala, corresponde à não tortura. Ora, numa situação em que um criminoso é interrogado pela Polícia Judiciária, a norma resultante do enunciado normativo do n.º 2 do artigo 25.º da Constituição é evidentemente aplicável: um interrogatório policial é subsumível à previsão *em qualquer circunstância*, o que implica o acionamento do operador deontico e a verificação da estatuição. Assim, o agente da Polícia Judiciária que conduz o interrogatório é o destinatário direto de uma norma primária, que exige dele uma conduta específica; uma abstenção de tortura. Se o agente torturar o criminoso, verifica-se um ilícito, o que equivale a dizer que o agente não cumpriu a norma, i.e., não cumpriu o seu dever. Correlativo a este dever, existe o direito-pretensão ao cumprimento da norma do destinatário indireto. Assim, o criminoso tem o direito a que a estatuição se verifique.

Não haverá dúvidas de que as posições jurídicas sejam situações jurídicas. Elas só existem devido ao sentido ordenador do Direito, que se expressou por via de normas primárias *hartianas*. Ora, a correlatividade das posições jurídicas implica que pelo mero facto de uma posição jurídica existir na esfera jurídica de um sujeito de Direito, a posição jurídica correlativa verificar-se-á na esfera jurídica de um outro sujeito de Direito. Isto significa que, atendendo a uma famosa dicotomia classificatória que opõe situações jurídicas absolutas a situações jurídicas relativas⁵⁹, apenas haverá situações jurídicas relativas ou relações jurídicas, uma vez que os dois sujeitos de Direito têm de estar necessariamente em relação⁶⁰: o que os une é a norma criadora de um dever e do seu correlativo, o direito-pretensão. Contudo, sob o prisma de uma outra arrumação classificatória bem conhecida, podemos conceber as posições jurídicas como situações jurídicas unilaterais, que se integrarão sempre numa relação jurídica⁶¹. Será este o nosso critério de arrumação.

Os direitos-pretensão definidos com base no seu correlativo poderão ser entendidos pela doutrina como proteções reflexas e indiretas⁶². MENEZES CORDEIRO encontra a génese das proteções reflexas e indiretas em “normas de comportamento

⁵⁹ Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, I, pp. 866 – 867.

⁶⁰ Sobre o conceito de relação e a sua transposição para o Direito, cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil*, III, pp. 29 ss..

⁶¹ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil*, III, pp. 56-57. O Autor, em boa verdade, admite que as situações jurídicas unilaterais poderão inserir-se ou não numa relação jurídica.

⁶² Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, I, pp. 905 ss..

que acabem por acautelar certos interesses. (...) [H]averá um beneficiário ao qual (...) se concede uma certa tutela, através dos deveres assacados a terceiros”⁶³. Esta definição é em muito semelhante com a teoria da parte favorecida de BENTHAM – o fundamento da correlatividade entre direito-pretensão e dever. Contudo, MENEZES CORDEIRO parece ter um entendimento mais restrito do que será uma proteção reflexa e indireta ao reconduzi-los aos interesses difusos.

Mas um interesse difuso tem exatamente a mesma estrutura que um direito-pretensão: existe uma norma de conduta impositiva ou proibitiva, o que implica a criação de um dever; correlativo a esse dever existe um direito-pretensão. A diferença estará simplesmente na pessoalidade do destinatário indireto da norma, i.e., se o destinatário direto da norma é uma pessoa individualizável ou se é uma comunidade⁶⁴. Esta diferença não é relevante para a estrutura do direito-pretensão. A estrutura é sempre a mesma.

a) Críticas

A correlatividade entre direitos e deveres não é um entendimento livre de dúvidas e objeções.

Na doutrina portuguesa, é usual fazer-se a distinção entre situações jurídicas simples e complexas⁶⁵. Às primeiras, correspondem, em princípio, as posições jurídicas atomísticas *hohfeldianas* ou, pelo menos seguramente, o dever e o direito-pretensão. Já as situações jurídicas complexas compreendem um conjunto de posições jurídicas atomísticas, pelo que são realidades de diferentes patamares. É também usual fazer-se a distinção – já anteriormente aflorada – entre situações jurídicas absolutas e situações jurídicas relativas (ou relações jurídicas)⁶⁶. O problema no tratamento das situações jurídicas especialmente tendo em conta estas classificações, é comparar-se o incomparável. É usual vermos como exemplo de uma situação jurídica relativa o direito de crédito e como exemplo de uma situação jurídica absoluta o direito de propriedade⁶⁷. Cremos cometer-se um erro nestas exemplificações. Não nos parecem concebíveis situações jurídicas complexas relativas, pois uma situação jurídica complexa será um conjunto de situações jurídicas simples e relativas. Ora, sendo um direito de crédito uma situação jurídica complexa, não nos parece que seja relativa, não obstante todas

⁶³ Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, I, p. 906.

⁶⁴ Cfr. JEREMY BENTHAM, *Of Laws*, p. 37, assim como HERBERT HART, *Essays*, 175 ss..

⁶⁵ Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, I, pp. 864-865.

⁶⁶ Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, I, pp. 866-867.

⁶⁷ Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, I, p. 866.

as situações jurídicas simples que o compõem sejam relativas. Por outro lado, não temos qualquer problema em conceber o direito de propriedade como uma situação jurídica absoluta, porque, mais uma vez, se trata de uma situação jurídica complexa, composta por situações jurídicas simples e relativas.

O debate da correlatividade não desaparece quando é transposto para o mesmo patamar – o das situações jurídicas simples, onde se inserem as posições jurídicas que tratamos.

Tem sido invocada pela doutrina a existência de um dever dirigido a ninguém, i.e., deveres que não pressupõem atribuir nenhuma vantagem a ninguém, pelo que inexistiria um direito-pretensão correlativo⁶⁸. Os exemplos paradigmaticamente apontados desta realidade são os deveres de não maltratar os animais e respeitar os mortos⁶⁹. Contudo, estas críticas podem ser facilmente desmontadas. Podemos responder com KRAMER que o direito-pretensão corresponde simplesmente à verificação da estatuição⁷⁰ ou podemos simplesmente remeter para a distinção que fizemos *supra* entre destinatários indiretos de normas impositivas ou proibitivas com base no critério da pessoalidade. De facto, não existem deveres para com os mortos ou os animais. Existem, sim, deveres para com uma comunidade de adotar uma conduta de respeito com os mortos e os animais.

4. O privilégio

O privilégio tem sido a posição jurídica atomística mais problematizada na doutrina. De tal forma o tem sido, que nem consenso há quanto à sua designação, falando-se em *liberty*⁷¹, *liberty-right*⁷², *faculdade*⁷³... Mantemos a designação original de HOHFELD para o resto da nossa análise.

⁶⁸ Cfr. SIEGFRIED VAN DUFFEL, The nature of rights debate rests on a mistake in *Pacific Philosophical Quarterly*, vol. 93, 2012, p. 107, assim como LUIS DUARTE D'ALMEIDA, *Fundamental Legal Concepts*, pp. 559 ss..

⁶⁹ Cfr. ALAN WHITE, *Rights*, Gloucestershire, 1984, p. 62.

⁷⁰ Cfr. MATTHEW H. KRAMER, Rights Without Trimmins in MATTHEW H. KRAMER / N. E. SIMMONDS / HILLEL STEINER, *A Debate Over Rights*, Oxford, 1998, p. 32.

⁷¹ Cfr. GLANVILLE WILLIAMS, The Concept of Legal Liberty in *Columbia Law Review*, vol. 56, n.º 8, 1956, pp. 1129 ss..

⁷² Cfr. HERBERT HART, *Essays*, pp. 166 ss..

⁷³ Cfr. ROBERT ALEXYS, *Theorie der Grundrecht* (1994) tradução portuguesa de VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, São Paulo, 2008 p. 207.

HOHFELD define o privilégio como o “oposto de um dever, e o correlativo de um «não-direito».”⁷⁴ Contudo, esta definição tem sido posta em causa, tendo sido apontada a HOHFELD uma utilização dos conceitos “correlativo” e “oposto” não uniforme.

Peguemos no exemplo⁷⁵ a que HOHFELD recorre frequentemente relativo às condutas sobre um terreno. Se um terreno for propriedade de *A*, este tem um direito-pretensão contra *B* de que ele permaneça fora da sua propriedade, assim como *B* tem um dever com *A* de permanecer fora da propriedade deste. Já o privilégio de *A* entrar na sua própria propriedade terá – segundo HOHFELD – como correlativo o não-direito de *B* entrar na propriedade de *A*. Ora, como bem aponta LINDAHL, o correlativo do não-direito de *B* entrar na propriedade de *A* não é o privilégio de *A* entrar na sua propriedade, mas sim o privilégio de *B* entrar na propriedade de *A*⁷⁶. Aliás, HOHFELD chega mesmo a contradizer-se, quando apresenta a sua análise ao famoso caso da salada de camarão de GRAY: se *C*, proprietário da salada de camarão disser a *D* “[c]ome a salada se puderes; tens licença para o fazer, mas não nos comprometemos a não interferir”⁷⁷, estamos perante uma permissão – com fundamento na autonomia privada – que atribui a *D* um privilégio, i.e., a ausência de um dever. HOHFELD conclui dizendo que se *D* “conseguir comer a salada, não terá violado nenhum direito”⁷⁸, precisamente porque *C* prescindiu do seu direito-pretensão que acompanha a propriedade, tornando-se, assim, titular de um não-direito. Mas se *C* conseguir impedir *D* de comer a salada de camarão, também não violará nenhum direito-pretensão, uma vez que *D* é apenas titular de um privilégio⁷⁹.

Da mesma forma se passam as coisas com os opostos. O oposto de um direito-pretensão é um não direito: *C*, depois de ter dito a *D* que podia comer a salada, tem um não-direito de exigir contra *D* a conduta de não comer a salada, o que é exatamente o contrário de *C* ter o direito-pretensão de exigir contra *D* a conduta de não comer a salada. Deste modo, *C* só tem um direito-pretensão contra *D* no que respeita à conduta “não comer” quando não tenha um não-direito contra *D* respeitante à mesmíssima conduta. Ora, não é este o raciocínio de HOHFELD quando trata o dever e o privilégio como opostos. Quando HOHFELD diz “sempre

⁷⁴ Cfr. WESLEY HOHFELD, *Os Conceitos*, p. 33.

⁷⁵ Cfr. WESLEY HOHFELD, *Os Conceitos*, p. 32 e 34-35.

⁷⁶ Cfr. LARS LINDAHL, *Position and Change*, Dordrecht, 1970, p. 27.

⁷⁷ Cfr. WESLEY HOHFELD, *Os Conceitos*, p. 38.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ Cfr. WESLEY HOHFELD, *Os Conceitos*, p. 38-39.

que se diz que um dado privilégio é a mera negação de um dever, pretende referir-se (...) um dever de conteúdo e características precisamente opostos aos do privilégio em causa”⁸⁰, significa que o oposto do dever de *D* não comer a salada de camarão de *C* (antes da permissão concedida por este) é o privilégio de *D* comer a salada de camarão de *C*. Se o raciocínio fosse uniforme nos dois casos, a conduta em questão deveria ser sempre a mesma – “não comer” –, pelo que o oposto do dever de *D* não comer a salada de *C* deveria ser o privilégio de *D* não comer a salada de *C*^{81/82/83}.

A consequência imediata deste raciocínio é a seguinte: o privilégio não tem conteúdo volitivo⁸⁴. Aliás, não só não tem conteúdo volitivo como o privilégio nem seria uma posição jurídica atomística. Nas palavras de HALPIN, “seria como um zoologista descobrir um animal novo ao qual dá o nome de «não-vaca»”⁸⁵. No entanto, como nota o Autor, o conceito privilégio é usado no quotidiano do mundo jurídico como significando muito mais do que apenas um não-dever. O privilégio é uma posição jurídica ativa – e volitiva – protegida por lei⁸⁶. HALPIN, ao transformar o quadrado dos opostos num triângulo, conclui que com o surgimento da relação jurídica CCC⁸⁷, “uma coisa que é aparente como sua característica inerente é o elemento positivo de escolha”⁸⁸. Sobrepondo os três triângulos *halpianos* apresentados *supra*, fica evidente que o privilégio é o produto de uma norma permissiva.

4.1. O privilégio como resultado de uma norma permissiva

Para entender o privilégio há que entender o operador deôntico permissão – ou pelo menos ter presente o que dele se diz na doutrina.

A permissão, como modo deôntico, tem sido entendida como a ausência de uma proibição ou imposição. Estas últimas, por serem interdefiníveis, podem ser en-

⁸⁰ Cfr. WESLEY HOHFELD, *Os Conceitos*, p. 33-34.

⁸¹ Cfr. LARS LINDAHL, *Position*, p. 27.

⁸² Cfr., por exemplo, GLANVILLE WILLIAMS, *The Concept*, p. 1135, que sugere o conceito *privilégio de não* (“*liberty not*”).

⁸³ Halpin fala de opostos de alternativa, cfr. *Rights and Law*, p. 36.

⁸⁴ Cfr. LEOPOLD W. ROSDORFF, *Hohfeld’s Theory of Fundamental Legal Concepts: a no-revision in Logique et Analyse*, vol. 16, pp. 263-264.

⁸⁵ Cfr. ANDREW HALPIN, *Rights and Law*, p. 35.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ Cfr. *supra*.

⁸⁸ Cfr. ANDREW HALPIN, *Bentham’s Limits*, pp. 212-213.

tendidas como um só modo deôntico – a obrigação⁸⁹. Assim a primeira hipótese de definição da permissão será uma não obrigação – trata-se da chamada teoria do reflexo⁹⁰ que mais não é do que a assunção da interdefinibilidade dos modos deônticos. Ora, se assim é, então todas as condutas ou serão permitidas ou serão obrigatórias, não havendo lugar a lacunas no ordenamento jurídico⁹¹.

GEORG VON WRIGHT reagiu contra a interdefinibilidade apresentando a teoria das permissões fracas e fortes⁹². A primeira permissão existiria por ausência de uma norma com o operador deôntico obrigação (imposição ou proibição). A segunda permissão existiria com a presença de uma norma permissiva. A única diferença entre uma e outra é a existência ou inexistência de uma norma⁹³. Mas como DAVID DUARTE afirma, o sentido prescritivo da permissão não muda quando ela é fraca ou forte, pelo que esta distinção, para efeitos de contestar a interdefinibilidade dos modos deônticos, acaba por ser infrutífera⁹⁴; uma norma permissiva pode ter os mesmos efeitos jurídicos se o operador deôntico por a imposição ou a proibição⁹⁵.

Assim, fica claro que as normas permissivas têm sempre um conteúdo obrigatório (impositivo ou proibitivo). Contudo, há uma característica que a norma permissiva tem e que as normas impositivas e proibitivas não têm. A norma permissiva terá sempre em vista duas condutas – uma ação ou abstenção à escolha do destinatário direto e uma abstenção de interferência, por parte do destinatário indireto, com a

⁸⁹ Cfr. DAVID DUARTE, Os argumentos da interdefinibilidade dos modos deônticos em Alf Ross: a crítica, a inexistência de permissões fracas e a completude em matéria de normas primárias in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. 43, n.º 1, Coimbra, 2002, p. 260.

⁹⁰ Cfr. RONALD MOORE, Legal Permission in *ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, vol. 59, n.º 3, 1973, p. 327.

⁹¹ Cfr. CARLOS E. ALCHOURRÓN / EUGENIO BULYGIN, Permisos y Normas Permisivas in CARLOS E. ALCHOURRÓN / EUGENIO BULYGIN, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, 1991, p. 216

⁹² Cfr. GEORG VON WRIGHT, *Norm and Action*, Londres, 1963, pp. 87 ss..

⁹³ Cfr. DAVID DUARTE, Os argumentos, p. 269.

⁹⁴ Cfr. DAVID DUARTE, Os argumentos, pp. 270-271, assim como CARLOS E. ALCHOURRÓN / EUGENIO BULYGIN, Permisos y Normas Permisivas, p. 236. Estes últimos Autores dão um exemplo de uma tribo indígena, que vivia da caça e da pesca sem nenhum tipo de autoridade. Um dia, os membros dessa tribo decidem criar uma autoridade, designando um chefe para os governar e a primeira norma que o chefe cria é *às terças feiras e quintas feiras, é permitido caçar*. Contudo, confrontado com a pergunta se, nos outros dias da semana, era proibido caçar, o chefe responde que não ia emitir normas proibitivas, apenas permissivas. No final do dia, a tribo indígena que já caçava sem qualquer tipo de limitações, continuaria a caçar dessa forma, uma vez que a permissão de caçar às terças feiras e quintas feiras não tinha nenhum carácter proibitivo.

⁹⁵ Cfr. ALF ROSS, *Directives and Norms*, Londres, 1968, reimpr., pp. 120 ss..

conduta pela qual se orientou o destinatário direto – enquanto que as normas impositivas e proibitivas só têm uma conduta em vista – uma ação ou uma abstenção, respetivamente. A conduta prescrita ao destinatário direto compreendida nas normas permissivas pode ainda decompor-se num sem número de condutas específicas. Pedindo emprestado a DAVID DUARTE o seu exemplo⁹⁶, o enunciado normativo *todos têm direito à liberdade* repercute-se na norma *em qualquer circunstância* – previsão – *é permitida* – operador deôntico – *qualquer ação humana* – estatuição. Assim, *E* poderá ouvir YES todos os dias, não ouvir King Crimson aos sábados, ver filmes de Akira Kurosawa todas as noites... Todas estas condutas correspondem ao exercício de um privilégio, uma vez que inexiste uma norma proibitiva de qualquer uma delas, i.e., inexiste um dever de abstenção.

Ora, todas estas possibilidades de ação compreendidas na norma permissiva podem ser entendidas como normas dentro de uma norma. Porque de facto, quando se permite qualquer ação humana, o objeto da norma não é essa ação, mas sim a conduta de qualquer terceiro não interferir nessa ação. *Qualquer ação humana* é a estatuição da norma, i.e., é o “estado de coisas preconizado pelo legislador” – ou, no caso, ações humanas preconizadas pelo legislador –, com a única variante de que o destinatário direto da norma é quem vai escolher, dum leque finito ou infinito de possibilidades, essas ações humanas. O mesmo se passa com a previsão. É o destinatário direto da norma que vai escolher a circunstância em que se vai verificar a estatuição. Se a ação humana escolhida for *ver filmes de Akira Kurosawa* e a circunstância for *no próximo domingo à noite*, isto significa que, no próximo domingo à noite, a ação humana preconizada pelo legislador é a visualização de filmes de Akira Kurosawa. Essa ação humana tem de se verificar, o que implica a proibição de ações de terceiros – destinatários indiretos – que impossibilitem a verificação dessas ações, sob pena de se verificar um ilícito, na aceção de BENTHAM, i.e., sob pena de se incumprir um dever.

4.2. A proteção legal do privilégio

É possível encontrar na doutrina duas grandes teses explicativas da proteção legal do privilégio. A primeira consiste na tese do perímetro protetor e a segunda na tese do privilégio como situação jurídica complexa, i.e., não atomística.

⁹⁶ Cfr. DAVID DUARTE, *Os argumentos*, p. 274.

a) A tese do perímetro protetor

A designação “perímetro protetor” foi avançada por HART⁹⁷, ao tratar o privilégio na perspectiva de BENTHAM⁹⁸. Esta tese defende que “um privilégio não implica necessariamente um direito-pretensão (nem, correlativamente um dever) contra terceiros de não interferência”⁹⁹. Haverá privilégios “acompanhados por um dever sobre terceiros de se submeterem ao exercício [do privilégio]” e outros privilégios não acompanhados desse dever¹⁰⁰. O privilégio, em si, não impõe deveres a ninguém¹⁰¹. Um privilégio protegido consistiria no exercício de uma conduta que não pode sofrer interferência por existirem normas proibitivas sobre terceiros que proibem condutas que interfiram com a conduta permitida.

HART dá o célebre exemplo do muro: *F* tem o privilégio de olhar para o jardim de *G* e observá-lo, pois não há nenhuma norma proibitiva dessas condutas; mas *G* pode interferir com esse privilégio erigindo um enorme muro que corte o campo de visão de *F* para o jardim de *G*. Nesta situação, diz HART, a interferência é legítima, pois *F* não tem nenhum dever de não erigir um muro, i.e., não existe nenhuma norma que proíba essa conduta¹⁰².

As coisas já não se passam assim no exemplo da comichão na cabeça: *H*, ao coçar a cabeça, fá-lo ao abrigo de um privilégio. Mas *I* já não poderá interferir com o coçar de cabeça de *H* uma vez que *H* tem um direito-pretensão a não ser agredido, que tem como correlativo o dever de *I* não agredir *H*¹⁰³. Ora, é o conjunto de deveres deste tipo que formam o perímetro protetor do privilégio.

A tese do perímetro protetor culmina na não correlatividade do privilégio.

⁹⁷ Cfr. HERBERT HART, *Essays*, pp. 171 ss..

⁹⁸ Bentham designa o privilégio por direito e Hart designa privilégio por direito-liberdade.

⁹⁹ É o que corresponde à primeira sub-tese do perímetro protetor apresentada por SPENA, cfr. ALESSANDRO SPENA, *The strange case of the protective perimeter: liberties and claims to non-interference in Law and Philosophy*, vol. 31, 2012, p. 163. A segunda tese defende que “deveres de não interferência com uma ação não pressupõem necessariamente a permissão da ação sobre a qual impendem deveres de não interferência” p. 165. Não nos vamos ocupar desta sub-tese.

¹⁰⁰ Cfr. GLANVILLE WILLIAMS, *The Concept*, p. 1150.

¹⁰¹ Cfr. ROBERT ALEXY, *Theorie*, pp. 138 ss; MATTHEW H. KRAMER, *Rights*, p. 11; LUIS DUARTE D’ALMEIDA, *Fundamental Legal Concepts*, pp. 556-557; N.E. SIMMONDS, *Rights at the Cutting Edge* in MATTHEW H. KRAMER / N. E. SIMMONDS / HILLEL STEINER, *A Debate Over Rights*, Oxford, 1998, pp. 168 ss..

¹⁰² Cfr. HERBERT HART, *Essays*, p. 167.

¹⁰³ Cfr. HERBERT HART, *Essays*, p. 171.

Contudo, a tese desmorona-se completamente quando testada à luz da teoria da norma. Analisada a norma permissiva¹⁰⁴, ficou claro que o estado de coisas ou as ações humanas preconizadas pelo legislador são o fim da norma. Para a norma atingir o seu fim, são precisos meios. Ora, esses meios serão deveres e direitos-pretensão correlativos que garantam o fim da norma. Assim, as posições jurídicas são os meios e não o fim da norma. O problema da tese do perímetro protetor é que classifica o fim da norma como uma posição jurídica.

b) A tese do privilégio como situação jurídica complexa

Qualquer tese subordinada à ideia de proteção legal do privilégio afasta-se necessariamente da concepção *hohfeldiana* desta posição jurídica, na medida em que não se reduz a um não-dever. Assim, já não se trata de definir privilégio em relação a outras posições jurídicas atomísticas, mas sim de definir privilégio como instrumento de garantia da norma jurídica permissiva.

A tese do privilégio como situação jurídica complexa é descrita por HALPIN em termos cristalinos: “o conceito de privilégio (...) representa a proteção legal que permite *A* executar, ou não executar, uma ação. Assim, um privilégio pode ser dividido num conjunto de direitos de proteção. E, nestes termos, não pode continuar a ser aceite como uma posição jurídica atomística.”¹⁰⁵ Ora, esta conclusão implica que qualquer tipo de norma de conduta – impositiva, proibitiva e permissiva – implica sempre a mesma relação jurídica com as mesmas posições jurídicas: direitos-pretensão e deveres. De facto, mal seria... Relembremo-nos do exemplo usado no ponto relativo as direitos e deveres. A norma (1) prescrevia *aos domingos é proibida a obstrução de ouvir Genesis*. Imagine-se agora a norma que a norma (1) não existia, mas no seu lugar existia a norma (2) *aos domingos é permitido ouvir Genesis*. O destinatário direto da norma (1), passou a ser o destinatário indireto na norma (2), mas as ações humanas preconizadas pelo legislador são exatamente as mesmas: ou se ouve Genesis ou não se ouve Genesis. Se o sujeito se orienta pela conduta *ouvir Genesis*, que sentido faria essa ação ser protegida pela norma (1) mas já não ser pela norma (2)?

As normas de conduta prescrevem sempre condutas de forma a garantir o seu fim. É certo que nas normas impositivas e proibitivas, as ações estão normalmente

¹⁰⁴ Cfr. *supra*.

¹⁰⁵ Cfr. ANDREW HALPIN, *Rights and Law*, p. 41.

mais especificadas que nas normas permissivas, mas o facto de as normas permissivas poderem não especificar taxativamente as condutas prescritas, não significa que elas não sejam protegidas. Significa apenas que cabe ao intérprete do enunciado normativo decifrar as ações e circunstâncias que o destinatário direto da norma permissiva pode escolher.

Peguemos no exemplo da norma permissiva geral, que podemos encontrar no n.º 1 do artigo 27.^o¹⁰⁶ da Constituição. O enunciado normativo diz “Todos têm direito à liberdade”. O resultado da interpretação do enunciado, i.e., a norma será *em qualquer circunstância* – previsão – *é permitida* – operador deôntico – *qualquer ação humana* – estatuição¹⁰⁷. Quando o destinatário direto desta norma a concretizar, orientando-se por qualquer conduta, o destinatário indireto tem necessariamente o dever de não o impedir de realizar essa ação – por ser o fim preconizado pelo legislador –, pelo que o destinatário direto da norma tem um direito-pretensão ao cumprimento de um dever de abstenção.

Assim, as posições jurídicas não dependem nunca da escolha do operador deôntico da norma, nem tão pouco as posições jurídicas de normas permissivas, impositivas e proibitivas originam tipos de posições jurídicas diferentes. O que condiciona a escolha do operador deôntico da norma é a orientação que o legislador dá ao destinatário direto. Como BENTHAM certamente indica, “[a]presenta o Direito à parte que mais precisa de ser orientada. Que parte é essa? É comumente aquela sobre a qual o dever é imposto”¹⁰⁸. Comumente não é sinónimo de necessariamente, podendo a norma ter como destinatário direto, como é o caso nas permissões, a parte que vai exigir o cumprimento de deveres, i.e., a parte titular de direitos-pretensão.

¹⁰⁶ Seguimos DAVID DUARTE (cfr. Os argumentos, p. 273, nota 62). Contudo, a recondução da norma permissiva geral ao n.º1 do artigo 27.º da Constituição não é líquida. JORGE REIS NOVAIS identifica-a no n.º1 do artigo 26.º da Constituição – o direito ao desenvolvimento da personalidade, cfr. JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2ª ed., Coimbra, 2010, pp. 216-217. No mesmo sentido vão GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, que interpretam o enunciado normativo do n.º1 do artigo 27.º da Constituição restritamente, reservando-lhe apenas os deveres do indivíduo “não ser detido, aprisionado, ou de qualquer modo fisicamente confinado a um determinado espaço, ou impedido de se movimentar.”, cfr. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4ª edição, 2007, pp. 463-465 e 478.

¹⁰⁷ Cfr. DAVID DUARTE, Os argumentos, p. 274.

¹⁰⁸ Cfr. JEREMY BENTHAM, *The Works*, III, p. 195.

5. O conceito de direito fundamental

O conceito de direito fundamental tem uma carga emotiva alicerçada à sua origem histórica muito relevante para a história do Direito e do Estado¹⁰⁹, mas irrelevante para uma abordagem analítica e formal do Direito, como aquela que pautou o nosso estudo.

Vale a pena, contudo, recordar o contributo de JELLINEK para a compreensão dos direitos fundamentais. O Autor, cujo pensamento das relações jurídicas entre Estado e cidadãos se enquadra na teoria dos direitos subjetivos públicos, define estes últimos como “*pretensões jurídicas* (...) que resultam diretamente de condições jurídicas”¹¹⁰. Estas pretensões podiam ser de *dare, facere* ou *praestare*¹¹¹. Ora, as semelhanças entre direito subjetivo público na conceção de JELLINEK e a posição jurídica direito-pretensão são mais do que evidentes, o que nos leva a concluir que a primeira possa ser reconduzida à outra e, conseqüentemente, não sirva para encontrar o conceito analítico de direito fundamental.

Podemos avançar com o seguinte conceito: direito fundamental corresponde à soma de todas as posições jurídicas, entendidas como efeitos de normas de direitos fundamentais. Ora, como das normas de direitos fundamentais – de qualquer norma primária – decorrem, independentemente do seu modo deôntico, deveres e direitos-pretensão correlativos, quando um sujeito pretenda o cumprimento de um dever prescrito por uma norma de direitos fundamentais, podemos dizer que o sujeito o faz ao abrigo do seu direito fundamental.

Os deveres que surgem das normas de direitos fundamentais são o meio para atingir um fim: “o estado de coisas preconizado pelo legislador”. Esse estado de coisas, no que aos direitos fundamentais diz respeito, consiste na garantia de um aproveitamento efetivo de bens jurídicos que a Constituição classifica como fundamentais. Esses bens são do mais variado que se possa conceber, mas a sua garantia de aproveitamento é sempre assegurada por deveres impostos por normas de direitos constitucionais¹¹².

Assim, o conceito de direito fundamental acaba por ser um repositório de normas jurídicas, mas como conceito não tem significado próprio e autónomo. Recupere-

¹⁰⁹ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, Coimbra, 2006, reimpr., pp. 76 ss..

¹¹⁰ Cfr. GEORG JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, tradução italiana *Sistema dei diritti pubblici subiectivi*, Milão, 1912, p. 96

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *As restrições*, p. 125.

mos o enunciado normativo do n.º 1 do artigo 27.º da Constituição. A norma que dele resulta é *em qualquer circunstância é permitida qualquer ação humana*. Os estados de coisas ou ações humanas subsumíveis à previsão *em qualquer circunstância* e à estatuição *qualquer ação humana*, são infinitos. Quando chover, é permitido cantar; quando nevar, é permitido cantar; quando estiver sol, é permitido cantar; quando chover e estiver sol, é permitido cantar; quando chover, é permitido gritar, quando chover, é permitido sussurrar, quando chover, é permitido discutir Filosofia. O que a expressão direito fundamental à liberdade pretende fazer, é agrupar todos estes factos sob a égide de um conceito jurídico¹¹³, de forma a que, quando chover e alguém cantar, não tenha de se justificar com a existência de uma norma permissiva que, concretizada, permita, quando chova, o canto, assim como o dever de não interferência nessa conduta. Desta forma, o cantor à chuva poderá justificar-se apenas dizendo “estou a exercer o meu direito à liberdade”.

Podemos concluir que as posições jurídicas conferidas por normas de direitos fundamentais não são direitos fundamentais, mas sim um conjunto de deveres e direitos-pretensão correlativos que, por se unirem em torno da garantia do aproveitamento de um bem jurídico constitucionalmente classificado como fundamental, a Ciência Jurídica designou por direito fundamental.

Bibliografia

- ALCHOURRÓN, Carlos E. / BULYGIN, Eugenio, Permisos y Normas Permisivas in CARLOS E. ALCHOURRÓN / EUGENIO BULYGIN, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, 1991
- ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrecht* (1994) tradução inglesa de JULIAN RIVERS, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, 2009 e tradução portuguesa de VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, São Paulo, 2008
- ALMEIDA, Luis Duarte d', Fundamental Legal Concepts: The Hohfeldian Framework in *Philosophy Compass*, vol 11, 2016
- ASCENSÃO, Oliveira, *Direito Civil – Teoria Geral*, III, Coimbra, 2002
- BENTHAM, Jeremy, *The Works of Jeremy Bentham*, III, 1816
 ___ *Of Laws in General*, Londres, 1970

¹¹³ Cfr. ALF ROSS, Tû-Tû in *Harvard Law Review*, vol. 70, n.º 5, 1957, pp. 819 ss..

- CANAS, Vitalino, Relação Jurídico-Pública in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, VII, 1996
- CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4ª edição, 2007
- CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil*, I, 4ª ed., Coimbra, 2012
- DUARTE, David, Os argumentos da interdefinibilidade dos modos deônticos em Alf Ross: a crítica, a inexistência de permissões fracas e a completude em matéria de normas primárias in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. 43, n.º 1, Coimbra, 2002
- ___ *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, Coimbra, 2006
- ___ Structuring Addressees in Fundamental Rights Norms: An Application in KENNETH HIMMA / BOJAN SPAIC, *Fundamental Rights: Justification and Interpretation*, Den Haag: Eleven International Publishing, 2016
- DUFFEL, Siegfried van, The nature of rights debate rests on a mistake in *Pacific Philosophical Quarterly*, vol. 93, 2012
- HALPIN, Andrew, *Rights and Law: Analysis and Theory*, Oxford, 1997
- ___ Fundamental Legal Conceptions Reconsidered in *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, vol. 16, n.º 1, 2003
- ___ Bentham's *Limits* and Hohfeld in GUILLAUME TUSSEAU, *The Legal Philosophy and Influence of Jeremy Bentham*, Nova Iorque, 2014
- HART, Herbert, *Essays on Bentham*, 2.ª ed., Oxford, 1993, reimpr.
- HOHFELD, Wesley, *Os Conceitos Jurídicos Fundamentais aplicados na Argumentação Judicial*, Lisboa, 2008
- JELLINEK, Georg, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, tradução italiana *Sistema dei diritti pubblici subiectivi*, Milão, 1912
- KRAMER, Matthew H., Rights Without Trimmings in MATTHEW H. KRAMER / N. E. SIMMONDS / HILLEL STEINER, *A Debate Over Rights*, Oxford, 1998
- LINDAHL, Lars, *Position and Change*, Dordrecht, 1970
- MENDES, João de Castro, *O Direito de Acção Judicial*, Lisboa, 1959
- MOORE, Ronald, Legal Permission in *ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, vol. 59, n.º 3, 1973
- NOVAIS, Jorge Reis, *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, Coimbra, 2006, reimpr.

- *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2ª ed., Coimbra, 2010
- RAZ, Joseph, *The Concept of a Legal System*, 2.ª ed., Hong Kong, 1980, reimpr
- ROSDORFF, Leopold W., Hohfeld's Theory of Fundamental Legal Concepts: a no-revision in *Logique et Analyse*, vol. 16
- ROSS, Alf, Tû-Tû in *Harvard Law Review*, vol. 70, n.º 5, 1957
- *Directives and Norms*, Londres, 1968, reimpr
- SIMMONDS, N.E., Rights at the Cutting Edge in MATTHEW H. KRAMER / N. E. SIMMONDS / HILLEL STEINER, *A Debate Over Rights*, Oxford, 1998
- SOUSA, Miguel Teixeira de, *Introdução ao Direito*, Coimbra, 2012
- SPENA, Alessandro, The strange case of the protective perimeter: liberties and claims to non-interference in *Law and Philosophy*, vol. 31, 2012
- TELES, Miguel Galvão, Direitos absolutos e relativos in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Joaquim da Silva Cunha*, Coimbra, 2005
- WHITE, Alan, Rights and claims in *Law and Philosophy*, vol. 1, 1982
- *Rights*, Gloucestershire, 1984
- WILLIAMS, Glanville, The Concept of Legal Liberty in *Columbia Law Review*, vol. 56, n.º 8, 1956
- WRIGHT, Georg von, *Norm and Action*, Londres, 1963