

DIREITOS ABSOLUTOS E RELATIVOS

MIGUEL GALVÃO TELES

1. No quadro de um estudo específico sobre direitos *erga omnes* em Direito Internacional Público — noção que Portugal usou no caso de *Timor Leste* ⁽¹⁾ e que o Tribunal Internacional de Justiça acolheu para caracterizar o direito de autodeterminação dos povos ⁽²⁾ — surgiu-me a necessidade de reconsiderar alguns aspectos da teoria geral da distinção entre direitos absolutos e relativos. Afinal, a utilização das expressões direitos *erga omnes* e, por contraposição, direitos *erga singulum* ou *erga singulos* tinha o objectivo de ultrapassar as diferenças terminológicas entre a expressão do pensamento de origem continental, dito da *civil law*, onde se fala precisamente de direitos *absolutos e relativos*, e do de origem anglo-saxónica, ou da *common law*, onde se distinguem direitos *in rem* e direitos *in personam*. A fórmula “rights *in rem*” designa, em princípio, direitos sobre coisas ou sobre “assets” (também *real rights*). Mas, conforme assinala Sir Roy Goode, “a frase ‘in rem’ é também usada para denotar direitos contra o mundo em geral, em vez de contra pessoas particulares...” ⁽³⁾. Patrick Athyah falou de “rights binding on the world” ⁽⁴⁾.

(1) Memória, par. 8.03, p. 205; Réplica, par. 7.13, pp. 206-208; alegações orais, CR 95/5, 2-2-95, pp. 50-53, e CR 95/13, 13-2-95, pp. 40-41. Tais elementos encontram-se disponíveis em www.icj-cij.org/.

(2) Acórdão de 30 de Junho de 1995, *I.C.J. Reports*, 1995, par. 29, p. 102. A qualificação foi retomada, de novo a propósito do direito de autodeterminação, no Parecer Consultivo sobre as *Consequências Jurídicas da Construção de um Muro no Território Palestino Ocupado*, de 9 de Julho de 2004 (www.icj-cij.org/), par. 156. Entre ambos, o Acórdão, de 11 de Julho de 1996, proferido no caso da *Aplicação da Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio* (Bósnia e Herzegovina c. Jugoslávia), *Excepções Preliminares*, *I.C.J. Reports*, 1996, falou, para definir a natureza dos efeitos daquela Convenção, de “direitos e obrigações *erga omnes*” (par. 31, p. 616). Um dos objectivos do estudo referido no texto é o de analisar a distinção entre os conceitos de direitos *erga omnes* e de obrigações *erga omnes* (este último jurisprudencialmente referido pela primeira vez no Acórdão sobre o caso da *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Bélgica c. Espanha), *Segunda Fase*, *I.C.J. Reports*, 1970, pars. 33 e 34, p. 33, e que, ao contrário do primeiro, foi objecto de vasto tratamento doutrinário) e procurar determinar as suas relações.

(3) *Commercial Law*, 3.^a ed., London, 2004, p. 25.

(4) *An Introduction to the Law of Contract*, 2.^a ed., Oxford, 1971, p. 227. A fórmula não é repetida na 5.^a edição da obra (Oxford, 1995).

As circunstâncias de, em Portugal, Oliveira Ascensão ter submetido a figura dos direitos absolutos a uma sistemática tentativa de revisão ⁽⁵⁾ e de haver sido igualmente em Portugal que o saudoso Prof. Manuel Gomes da Silva procedeu, vão mais de 60 anos, a uma subtilíssima reelaboração do conceito de direito subjetivo ⁽⁶⁾ obrigavam, só por si, a que o tema dos direitos *erga omnes* em Direito Internacional Público não pudesse ser tratado sem algumas considerações prévias, respeitantes aos direitos internos e a uma teoria geral, em que fosse enquadrado.

Foi com o Prof. Joaquim Silva Cunha que comecei a aprender Direito Internacional Público. Era meu propósito contribuir para a homenagem que lhe é prestada precisamente com um artigo sobre direitos *erga omnes* no âmbito daquele ramo do Direito. Simplesmente, o texto foi crescendo em tamanho e a sua elaboração foi demorando, de modo que não pôde ser concluído a tempo. Para não faltar à homenagem, dele extraí o que eram as considerações de natureza geral e aditei-lhes alguns pontos, com vista a dar unidade a uma publicação autónoma. Em qualquer caso, o texto manteve, em grande medida, uma função de enquadramento de trabalho a publicar futuramente sobre direitos *erga omnes* em Direito Internacional Público.

2. A distinção entre direitos absolutos ou *rights in rem*, na acepção de *rights binding on the world*, e direitos relativos ou *in personam* corresponde ao alargamento, pelo lado principalmente do primeiro termo, da distinção entre direitos sobre coisas, ou direitos reais, e direitos obrigacionais ou de crédito, a qual, por sua vez, tem origem na discriminação romana entre *actio in rem* e *actio in personam* ⁽⁷⁾. Porém, já a *actio in rem* não era restrita aos direitos sobre coisas ⁽⁸⁾. A transição da noção de *actio* para a de direito e, em especial, a formulação da noção de *jus in re* ⁽⁹⁾ pertencerá aos glosadores e aos comentadores ⁽⁹⁾. A diferenciação entre direitos reais e de crédito consolidar-se-á com a pandectística alemã. Dela se passará para a distinção entre direitos absolutos e relativos.

Julgo que esta última foi pela primeira vez formulada por Neuner, em 1866 ⁽¹⁰⁾. Ainda não era utilizada por Savigny, que se referia apenas a

⁽⁵⁾ *As Relações Jurídicas Reais*, Lisboa, 1962, pp. 23-55. Depois, *Direitos Reais*, 5.ª ed., Coimbra, 2000, pp. 45-49, e *Direito Civil — Teoria Geral*, III, Coimbra, 2002, pp. 23-55.

⁽⁶⁾ *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, Lisboa, 1944, pp. 15-57.

⁽⁷⁾ Sobre esta *vide*, p. ex., Santos Justo, *Direito Privado Romano*, I, 2.ª ed., Coimbra, 2003, pp. 239 ss.

⁽⁸⁾ Abrangia também direitos de natureza familiar (como a *vindicatio filii in potestate*) e a *hereditatis petitio* (Santos Justo, *ob. cit.*, I, pp. 239-240).

⁽⁹⁾ Pugliese, “Diritti reali”, *Enciclopedia del Diritto*, XII, pp. 759 ss.

⁽¹⁰⁾ Georg Karl Neuner, *Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse*, Kiel, 1866, pp. 14-15.

direitos reais e obrigações ⁽¹¹⁾. Mas aparece recolhida por Windscheid ⁽¹²⁾ e por Regelsberger ⁽¹³⁾. A passagem da discriminação entre direitos sobre coisas e direitos de natureza obrigacional para uma distinção mais ampla entre direitos absolutos e relativos teve por pressuposto a evolução da concepção dos direitos reais como direitos que traduzem a mera relação entre uma pessoa e uma coisa para uma concepção segundo a qual se inserem em relações entre pessoas, ainda que respeitantes a coisas; mas foi principalmente determinada pela consideração daquilo a que hoje chamamos direitos de personalidade ⁽¹⁴⁾.

Neuner classifica as relações jurídicas, segundo o objecto, em absolutas e relativas, conforme vinculem a vontade de todos ou só de alguns ⁽¹⁵⁾. Windscheid define os direitos absolutos como aqueles que são eficazes (*wirken*) contra qualquer pessoa e direitos relativos como aqueles que são eficazes apenas contra uma pessoa ou um número limitado de pessoas ⁽¹⁶⁾. Regelsberger caracteriza os direitos absolutos em termos semelhantes aos de Windscheid e os direitos relativos como aqueles que fundamentam uma vinculação apenas para uma pessoa ou para pessoas determinadas e se referem somente a essas pessoas ⁽¹⁷⁾.

Da Alemanha a distinção migrou para outros países: para França ⁽¹⁸⁾, para Itália ⁽¹⁹⁾, para a Suíça ⁽²⁰⁾...

⁽¹¹⁾ *System des heutigen römischen Rechts*, vol. I, Berlin, 1840, pp. 367 ss.

⁽¹²⁾ *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 6.ª ed., Frankfurt a.M., vol. I, 1887, p. 106. A distinção entre direitos absolutos e relativos não se encontrava nas edições anteriores da obra. Windscheid tinha escrito uma monografia, aliás célebre, sobre a *actio* em Direito Romano (*Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf, 1856), onde analisou a distinção entre a *actio in rem* e a *actio in personam* (pp. 8 ss.).

⁽¹³⁾ *Pandekten*, I, Leipzig, pp. 205-206. É Regelsberger quem indica, em nota, Neuner, além de obras, posteriores à desse autor, de Krainz e Bierling.

⁽¹⁴⁾ Neuner, *ob. cit.*, p. 15 — aliás, o autor constrói um direito geral de personalidade (pp. 15 ss.). Em Windscheid, a distinção surge a seguir a uma outra entre direitos reais (*dingliche Rechte*) e pessoais (*persönliche Rechte*, a que, em edições anteriores, o autor chamara *Forderungsrechte*) e à consideração dos direitos sobre a própria pessoa (*ob. cit.*, pp. 101-105). O autor afirma explicitamente que os direitos reais e os direitos sobre a própria pessoa são absolutos e que os direitos pessoais são relativos (p. 106). Regelsberger insere nos direitos absolutos, além da maioria dos direitos sobre coisas e sobre bens imateriais, assim como de alguns direitos familiares, o direito de personalidade e os direitos dele derivados (*ob. cit.*, p. 205).

⁽¹⁵⁾ *Ob. cit.*, pp. 14-15.

⁽¹⁶⁾ *Ob. cit.*, p. 106.

⁽¹⁷⁾ *Ob. cit.*, p. 205.

⁽¹⁸⁾ Especialmente Demogue, *Les Notions Fondamentales du Droit Privé, Essai Critique*, Paris, 1911, pp. 405 ss.

⁽¹⁹⁾ P. ex., Coviello, *Manuale di Diritto Civile Italiano, Parte Generale*, 3.ª ed., Milano, 1924, pp. 19-20 (embora criticando a expressão direitos absolutos); R. de Ruggiero, *Istituzioni di Diritto Civile*, I, 4.ª ed., Messina-Roma, 1926, pp. 211-213.

⁽²⁰⁾ Von Thur, *Derecho Civil*, trad. cast., Buenos Aires, 1946, vol. I-1, pp. 254 ss.

Em Portugal creio que foi introduzida por Guilherme Moreira ⁽²¹⁾. Depois, do mesmo modo que noutros países, o uso da classificação generalizou-se ⁽²²⁾.

3. No pensamento anglo-saxónico, transição semelhante de uma distinção entre direitos respeitantes a coisas e direitos respeitantes a pessoas para outra mais ampla foi efectuada por Hohfeld.

O tema foi enquadrado pelo genial autor norte-americano numa reformulação conceptual mais ampla, que partiu da crítica da redução de todas as relações jurídicas (*jural relations*) a direitos e deveres. Define conjuntos de quatro “posições activas” e de quatro “posições passivas” (as expressões não são do autor) na base de nexos de oposição e de correlação. Teremos ⁽²³⁾:

Opostos jurídicos	direito	privilégio	poder (de determinação jurídica)	imunidade
	não-direito	dever	não-poder (de determinação jurídica) (<i>disability</i>)	sujeição (<i>liability</i>)
Correlativos jurídicos	direito	privilégio	poder (de determinação jurídica)	imunidade
	dever	não-direito	sujeição (<i>liability</i>)	não-poder (de determinação jurídica)

A análise da distinção entre direitos *in personam* e *in rem* é feita por referência aos direitos em sentido estrito, a que Hohfeld também chama *pretensões*

⁽²¹⁾ De passagem no vol. I das *Instituições de Direito Civil Português*, Coimbra, 1907, claramente no vol. II, Coimbra, 1911, pp. 5-7.

⁽²²⁾ P. ex., e para só referir obras até os anos 50, ainda que mais tarde republicadas ou com novas edições, José Tavares, *Os Princípios Fundamentais do Direito Civil*, Coimbra, 1922, pp. 253-255; Cabral de Moncada, *Lições de Direito Civil*, Coimbra, 1932, pp. 58-59; Pires de Lima e Antunes Varela, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, Coimbra, 1945, pp. 182-183; Paulo Cunha, *Introdução ao Estudo do Direito*, Apontamentos do aluno Maurício Canelas, II, Lisboa, 1946-47, pp. 614 ss.; Inocêncio Galvão Telles, *Direito Civil — Teoria Geral*, Apontamentos de lições coligidas por Fernando Mendes Leal e Fernando Pessoa Jorge, Lisboa, 1947-48, pp. 57-59, *Introdução ao Estudo do Direito*, 1952-53, reimp., vol. II, Lisboa, 1989, p. 492, *Manual de Direito das Obrigações*, I, Coimbra, 1957, pp. 58-59; Manuel de Andrade, *Teoria Geral das Obrigações*, 2.ª ed., Coimbra, 1963 (a 1.ª ed. é de 1958), pp. 48 ss.; Dias Marques, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, Coimbra, 1958, p. 261.

⁽²³⁾ *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 1919, Yale Univ. Press, reimp. 1964, pp. 35 ss.

(*claims*) e que têm por correlativo deveres, assim como às relações entre eles. O autor reconduz aquela distinção à diferenciação, mais ampla, entre *paucital* e *multital rights*.

Paucital right é definido como um único direito de uma pessoa (ou grupo de pessoas) contra uma só pessoa (ou um só grupo de pessoas) ou um conjunto de poucos direitos fundamentalmente semelhantes, mas distintos, contra algumas pessoas determinadas. O *multital right* é um de uma vasta classe de direitos fundamentalmente semelhantes, mas distintos, actuais ou potenciais, de uma pessoa (ou de um grupo de pessoas) mas respectivamente contra uma classe ampla de pessoas indeterminadas (24).

Conforme se vê, Hohfeld concebe aquilo a que na Europa continental chamamos direitos absolutos como uma pluralidade de direitos paralelos. E o mesmo faz quanto aos direitos relativos com pluralidade de devedores.

Hohfeld sublinha que *multital rights* não são apenas direitos referentes a coisas corpóreas. Abrangem direitos que não respeitam nem a coisas corpóreas nem a pessoas (p. ex., patentes), direitos referentes à própria pessoa (p. ex., direito a não ser agredido ou a não ser privado da liberdade), direitos referentes a outra pessoa (p. ex., direito do pai a que a filha não seja seduzida) e direitos que não se referem directamente a uma coisa corpórea ou a uma pessoa como corpórea (p. ex., o direito ao bom nome e à reserva de intimidade) (25).

4. Conforme se disse, Oliveira Ascensão desenvolveu entre nós uma análise crítica da noção de relação jurídica absoluta e uma tentativa de recharacterização dos direitos absolutos (26).

O autor conduziu a sua análise da perspectiva do conceito de relação jurídica e a propósito das chamadas obrigações e situações *propter rem*, zona típica de confluência entre a teoria dos direitos reais e do direito das obrigações.

Oliveira Ascensão começa por criticar o uso da expressão relação jurídica absoluta, como absurdo linguístico. O conceito de relação implica, por definição, posições relativas. Sustenta depois que será um absurdo prático imaginar deveres das pessoas respeitantes a direitos cuja existência totalmente ignoram e que não se encontram sequer em condições de violar. Em vez de uma pluralidade de deveres a serem tomados como correlativos de direitos absolutos, have-

(24) *Ob. cit.*, p. 72. Julgo que as expressões *paucital* e *multital rights* são intraduzíveis em português. Note-se que onde, em português, se disse “direitos contra” se diz, no original inglês, “*rights availing against*”.

(25) *Ob. cit.*, pp. 85-86.

(26) *Supra*, nota 5. As posições de Oliveira Ascensão têm algum paralelismo com as de Santi Romano — *vide*, deste autor, “Diritti assoluti”, “Doveri, Obblighi”, “Poteri, Potestà”, in *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, 1947, reimp. 1983, Milano, pp. 52 ss., 91 ss. e 172 ss.

ria apenas um dever genérico, da parte de cada um, de respeitar a esfera jurídica alheia.

O autor não afasta o conceito de direitos absolutos. Caracteriza-o apenas de modo diverso daquele que é corrente. Os direitos absolutos seriam direitos que não se inseririam em nenhuma relação jurídica. Tal seria o caso dos direitos reais, com a ressalva de que pode haver relações jurídicas quando estas se estabeleçam entre titulares de direitos reais como tais. É o que acontece em algumas situações *propter rem*, que o autor precisamente qualifica como relações jurídicas reais ⁽²⁷⁾.

5. Oliveira Ascensão tem indiscutível razão na crítica dirigida à expressão relação absoluta. Há uma contradição nos termos em conceber uma relação absoluta. Mas, embora Neuner distinguisse as relações jurídicas em absolutas e relativas, os adjetivos absoluto e relativo são normalmente apostos ao substantivo direitos, não ao substantivo relações. E o próprio Oliveira Ascensão reconhece a categoria dos direitos absolutos.

No quadro de uma teoria da relação jurídica e segundo o esquema conceptual clássico, os direitos absolutos inserir-se-iam numa infinidade de relações jurídicas simples — uma com cada um dos titulares de deveres (pense-se na formulação de Hohfeld) — integradas ou não numa relação plurisubjectiva complexa. O ponto central da tese de Oliveira Ascensão está em excluir deveres específicos referentes a cada direito, para considerar apenas um dever genérico de respeito da esfera jurídica alheia, como dever de abstenção. Assim ficaria afastada a existência de relações jurídicas *proprio sensu* entre os titulares dos direitos absolutos e os dos deveres genéricos de respeito.

Porém, e antes de mais, não é seguro que, com referência a direitos tidos por absolutos, funcione apenas dever de abstenção. Pense-se no dever de auxílio a pessoa em perigo (Código Penal, art. 200.º) ⁽²⁸⁾. No Direito Internacional não será assim pelo menos no que concerne à autodeterminação dos povos ⁽²⁹⁾. Acresce que deveres de terceiros podem, no que toca a uns direitos, ser limitados ou suprimidos, seja por vontade do titular do direito, seja por efeito de outras situações jurídicas, mas não no que toca a outros direitos, normalmente ditos indis-

⁽²⁷⁾ *Relações Jurídicas Reais*, cit., pp. 79 ss. A posição de Oliveira Ascensão quanto à inexistência de relação jurídica no caso de direitos absolutos foi seguida por Menezes Cordeiro, *Treatado de Direito Civil Português*, I-1, 2.ª ed., Coimbra, 2000, pp. 142 e 143, e por Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2.ª ed., Coimbra, 2003, pp. 630 e 643.

⁽²⁸⁾ Vide Rabindranath Capelo de Sousa, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, 1995, pp. 423 ss. e 615 ss.

⁽²⁹⁾ Quanto à qual, além de deveres de respeito e de favorecimento por parte dos Estados em geral, há específicos deveres por parte da potência ou da autoridade administrante.

poníveis e irrenunciáveis. Assim, o proprietário de uma coisa pode permitir que outrem a utilize e pode mesmo constituir sobre ela um direito pessoal de gozo. Pode igualmente permitir que outrem destrua a coisa. Pode até estabelecer-se, por relação obrigacional, o dever de o fazer (pense-se num contrato para demolir um prédio). Assim também, o cônjuge tem o direito de utilização da casa de morada de família, ainda que seja bem próprio do outro (e os filhos menores o direito de utilização da casa de morada dos pais). Mas, se se tratar, por exemplo, de direito à vida, já o consentimento do titular não exime do dever de a respeitar (salvo se for admitida a eutanásia e nos limites em que o seja). Isso mostra que os deveres se especificam por cada direito ou pelo objecto de cada direito e que a noção de dever genérico de respeito da esfera jurídica alheia não tem serventia.

Tomem-se as situações ainda mais claras de alguns direitos de personalidade: por exemplo, o direito à vida, o direito à reserva da intimidade da vida privada e o direito à integridade moral ou ao bom nome e à reputação. No direito à vida, o bem jurídico protegido é a vida de cada um. Viver não depende do livre arbítrio do titular do direito. Mais exactamente, só depende no sentido de o titular não cometer suicídio. Mas o direito à vida não se traduz no direito ao suicídio⁽³⁰⁾. No seu essencial, o direito à vida consiste no direito a não ser privado da vida por terceiros (incluindo o Estado, em particular por via da proibição da pena de morte). O direito à vida não é sequer concebível sem os deveres de terceiros de dela não privarem o titular. E ninguém contesta que se trata de um direito absoluto.

Coisa semelhante se passa com o direito à reserva da intimidade da vida privada. Cada um pode, por si, mantê-la ou não, mas isso é simples manifestação da liberdade ou, se se quiser considerar um direito, do direito de autodeterminação pessoal⁽³¹⁾. Ainda aqui o essencial do direito consiste em que terceiros não invadam a intimidade da vida privada própria. Do mesmo modo que o direito à vida, o direito à reserva da intimidade não é sequer concebível sem deveres de terceiros de não a invadirem. E tão pouco se contesta que se trate de direito absoluto.

Similar é, ainda, a situação do direito ao bom nome e reputação. O titular pode, evidentemente, fazer o que tiver por conveniente para estabelecer o seu bom nome e reputação. Mas aí exerce apenas a sua liberdade ou o direito de autodeterminação pessoal. De novo, o essencial do direito encontra-se na proibição

(30) Nem, se se traduzisse, se compreenderia a incriminação, que a ordem jurídica portuguesa faz, do incitamento e da ajuda ao suicídio ou da sua propaganda (Código Penal, arts. 135.º e 139.º). Sobre a consideração jurídica do suicídio, v. Luísa Neto, *O Direito Fundamental à Disposição sobre o próprio Corpo*, Coimbra, 2004, pp. 774 ss.

(31) A Constituição portuguesa fala de direito ao desenvolvimento da personalidade (art. 26.º, n.º 1). Sobre este direito, v. Paulo Mota Pinto, "O direito ao livre desenvolvimento da personalidade", in *Portugal — Brasil Ano 2000*, Coimbra, 1999, pp. 149 ss.

de actos de terceiros que ponham em causa o bom nome e a reputação próprios. E também não se duvida de que o direito à integridade moral seja um direito absoluto ⁽³²⁾.

Aliás, na própria propriedade, a exclusividade que lhe é característica (exclusividade dos contitulares, se houver compropriedade) representa apenas a expressão dos deveres de terceiros de não utilizarem a coisa.

A noção de dever genérico de respeito da esfera jurídica não tem serventia — e já Gomes da Silva o sublinhava ⁽³³⁾. Antes de mais, o respeito devido não é da esfera jurídica, mas do bem jurídico protegido. Depois, a referência a dever genérico de respeito situa-se no mero plano da formulação normativa. Pode dizer-se que todos têm o dever de respeitar os bens atribuídos a outrem, como se pode dizer que aqueles a quem uma coisa se encontra atribuída têm o poder de a utilizar. Uma tal primeira genérica formulação normativa concretiza-se em deveres particulares, do mesmo modo que a segunda formulação se concretiza em poderes particulares.

6. Gomes da Silva definiu direito subjectivo como a *afecção jurídica de um bem à realização dum ou mais fins de pessoas individualmente consideradas* ⁽³⁴⁾. Um dos fundamentos da crítica que o autor dirigiu à possibilidade de recondução do conceito de direito subjectivo à noção de poder consiste em que há casos em que os direitos subjectivos se realizam principal ou quase exclusivamente por meio de deveres, designadamente os direitos a prestações de facto negativo ⁽³⁵⁾. Tanto os poderes (sejam de licitude ou de produção de efeitos jurídicos), entendidos pelo autor como disponibilidade, por cada pessoa, de meios que a lei declara legítimos para alcançar fins ⁽³⁶⁾, quanto o dever ou deveres de terceiros constituem os meios pelos quais um bem é juridicamente afectado a fim ou fins de pessoas ⁽³⁷⁾.

Aquilo que na construção de Gomes da Silva neste momento importa é a quebra do pressuposto da necessária associação entre direito subjectivo e poder do titular do direito. Há direitos subjectivos que são satisfeitos, a título principal, pelo exercício de poderes do titular. É o caso dos direitos reais e de alguns

⁽³²⁾ Há, neste domínio, um factor de complexidade, que resulta do direito de resposta, o qual é claramente um direito relativo, mas não pressupõe necessariamente uma violação dos deveres referentes à integridade moral. Parece que o direito de resposta deve ser caracterizado como um direito (fundamental) autónomo (Constituição, art. 37.º, n.º 4). Sobre a matéria, *vide*, muito especialmente, Vital Moreira, *O Direito de Resposta na Comunicação Social*, Coimbra, 1994.

⁽³³⁾ *Ob. cit.*, p. 31.

⁽³⁴⁾ *Ob. cit.*, p. 52.

⁽³⁵⁾ *Ob. cit.*, pp. 40-41 e 49.

⁽³⁶⁾ *Ob. cit.*, p. 27.

⁽³⁷⁾ *Ob. cit.*, pp. 46-52.

direitos de personalidade. Há outros que são principalmente satisfeitos pelo cumprimento de deveres por terceiros. É o caso dos direitos de crédito e de alguns outros direitos de personalidade.

Nos direitos de crédito, a intervenção do credor é quase nenhuma. Nas obrigações puras terá o poder (e o ónus) de interpelar. Nas obrigações pecuniárias e nas de entrega de coisa terá o poder (e o ónus) de receber a prestação⁽³⁸⁾. Todavia, o direito de crédito não pode ser reduzido à faculdade do credor de receber a prestação. E nas prestações de facto o credor pode nada ter a fazer. Nunca o terá nas de facto negativo.

A recondução dos direitos de crédito a poderes efectuou-se através da noção de *pretensão*, entendida como poder de exigir. A noção de pretensão (*Anspruch*) parece vir de Windscheid⁽³⁹⁾. Resta, porém, saber o que se significa com a maneira de dizer “poder de exigir”. Quer-se significar que o credor pode interpelar o devedor? Só nas obrigações puras a interpelação produz efeitos jurídicos. Corresponde ao exercício precisamente de um poder de produção de efeitos jurídicos, os quais se traduzem no vencimento da obrigação. Mas o direito de crédito não se esgota em fazer vencer a obrigação. Quer-se dizer que é lícito em qualquer caso ao credor afirmar ao devedor que este lhe deve e intimá-lo para que cumpra? Seria necessário que quem o fizesse de boa fé, sem ser credor, cometesse acto ilícito (ainda que desculpável) e que a afirmação não pudesse ser feita a respeito de direitos de terceiros. Essa faculdade de afirmação não é, no fundo, mais do que manifestação da liberdade de expressão. A ideia é a de que a pretensão se exerce através da *actio*? O problema reside na autonomia do direito de acção, embora esta se restrinja ao processo declarativo e às fases declarativas do processo executivo. Em processo declarativo os invocados direitos convertem-se em incógnitas. Aí a relação entre direito e pretensão traduz-se em que se invoca um direito pretendido; do processo decorrerá se a pretensão é ou não reconhecida. A pretensão consiste na possibilidade de obter a execução? Mas, mesmo sem entrar na velha questão da estrutura das obrigações⁽⁴⁰⁾, a verdade é que, fora os casos de acção directa

(38) No caso de obrigação pecuniária, se a prestação não houver de ser ou não for efectuada por depósito ou transferência bancária.

(39) *Die actio...*, cit., pp. 3 ss.; *Lehrbuch...*, I, 6.^a ed., cit., pp. 111 ss. Note-se que, segundo o autor, as pretensões tanto podem ser pessoais (obrigacionais) como reais. Mas enquanto, nos direitos obrigacionais, a pretensão constituiria o conteúdo imediato dos direitos, nos direitos reais não. Sobre as posições de Windscheid nesta matéria, vide João de Castro Mendes, *O Direito de Acção Judicial*, reimpr., Lisboa, 1959, pp. 150 ss.

(40) Para referir somente clássicos portugueses, Paulo Cunha, “Acção Judicial e Garantia Judiciária”, *O Direito*, LXV (1933), pp. 98 ss. e “O património do devedor é a garantia comum dos credores. Os credores têm o poder virtual de execução sobre o património do devedor”, *O Direito*, LXVI (1934), pp. 98 ss.; Inocêncio Galvão Telles, *Das Universalidades*, Lisboa, 1940, pp. 107 ss.,

(Código Civil, art. 336.º), a execução se faz através do Estado, implicando um crédito sobre este, bem como o seu cumprimento, e só no caso de execução específica satisfaz o próprio interesse do credor juridicamente tutelado. Acresce que o direito de execução pressupõe o incumprimento da obrigação, só com ele se constituindo).

Nos direitos de tipo creditório, afirmar que o credor tem o poder de exigir do devedor que este faça x significa, no fundo, dizer que o devedor *lhe* deve x, *a ele*, credor.

7. Importa assinalar que a realidade jurídica apresenta matizes que tornam as coisas mais complexas do que à primeira vista parecem.

No que toca a direitos absolutos, há, em princípio, deveres gerais de omissão. Mas pode também haver deveres de acção, por parte de alguma ou algumas pessoas, determinadas ou por um estatuto ou pelas circunstâncias, ou por ambos. É o que acontece, no que toca ao direito à vida, com os deveres de um médico ou, conforme já se viu, com os deveres de auxílio a pessoa em perigo (Código Penal, art. 200.º). O mesmo se passa quanto à potência administrante de território não-autónomo ou quanto à autoridade administrante de território sob tutela a respeito do direito de autodeterminação.

Acresce que, conforme se referiu, nos direitos absolutos há pessoas quanto às quais os deveres de abstenção podem ser limitados, seja por autorização, seja por constituição de direitos pessoais de gozo, seja em consequência de outras situações jurídicas.

No que toca a direitos relativos, desenvolveu-se, no Reino Unido e nos Estados Unidos da América, uma jurisprudência que responsabilizou terceiros pelo chamado *tort of interference with contractual relations*; e na Europa continental consolidou-se também, pelo menos em França, jurisprudência no sentido de admitir a responsabilidade de terceiro por lesão de direito de crédito⁽⁴¹⁾. A posição dos tribunais portugueses tem oscilado, mas, na doutrina, apesar da influência alemã em sentido contrário, vai-se desenhando propensão para admitir uma tal responsabilidade⁽⁴²⁾.

Em Portugal (e também em França), o tema da lesão de direito de crédito por terceiro tem sido colocado como problema, não de estrutura do vínculo obriga-

e *Manual de Direito das Obrigações*, I, cit., pp. 53 ss.; Gomes da Silva, *Conceito e Estrutura da Obrigação*, Lisboa, 1943; Manuel de Andrade, *Teoria Geral das Obrigações*, cit., pp. 21 ss.

⁽⁴¹⁾ Vide Eduardo Santos Júnior, *Da Responsabilidade Civil por Lesão do Direito de Crédito*, Coimbra, 2003, pp. 269 ss.

⁽⁴²⁾ Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, I, reimp., Lisboa (AAFDL), 1994, pp. 251 ss.; Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, I, 3.ª ed., Coimbra, 2003, pp. 97 ss.; Santos Júnior, *ob. cit.*, pp. 412 ss. e outra doutrina aí referida.

cional, mas de *oponibilidade* ou de *eficácia externa* do direito de crédito⁽⁴³⁾. Simplesmente, se claramente o que está em causa não é responsabilidade por facto lícito ou pelo risco, pressupõem-se deveres de terceiros, que conheçam (ou, porventura, que devam conhecer) a existência do crédito, de não impedir a sua satisfação ou de não cooperar no incumprimento da obrigação. Ora, a existência de tais deveres implica uma estrutura do vínculo obrigacional ou dos vínculos obrigacionais que os acolha. Aliás, a eficácia respeita a factos jurídicos, não a situações jurídicas. No que toca ao conceito de oponibilidade, suscita problemas que excedem o âmbito do presente estudo. Sempre se dirá que a oponibilidade pressupõe uma estrutura: é esta que é, ou não, oponível. A oponibilidade a terceiros dos direitos de crédito ou é oponibilidade destes incluindo já os deveres de terceiros de não impedirem o cumprimento da obrigação e de não colaborarem no seu incumprimento, e não é da oponibilidade que decorrem tais deveres; ou é oponibilidade do mero vínculo entre credor e devedor e não é dela que podem resultar deveres para terceiros. Significará apenas que, para terceiros, o devedor está submetido a certa obrigação e o credor é titular de certo direito. Os sistemas jurídicos reconhecem, em geral, a oponibilidade dos direitos de créditos, a qual assume relevo prático em especial nas situações de insolvência do devedor. Mas alguns sistemas impõem e outros não aos terceiros deveres de não impedirem o cumprimento ou de não colaborarem no incumprimento. O único modo de construir tais deveres, quando existam, sem afectar a estrutura do vínculo obrigacional, seria reconduzi-los a um genérico dever de respeito dos direitos alheios. Mas ainda aí se trata de uma mera formulação normativa, que se especifica em deveres respeitantes a cada bem jurídico.

8. Pelo menos desde o início do séc. XX, é conhecida a figura dos direitos potestativos⁽⁴⁴⁾. Estes pressupõem um poder de produzir efeitos jurídicos

(43) Menezes Cordeiro e Menezes Leitão, *loc. cit.* na nota anterior; Santos Júnior, *ob. cit.*, pp. 333 ss. e 458 ss.; Pedro Múrias, “Eficácia externa das obrigações”, muriasjuridico.no.sapo.pt/.

(44) José de Sousa Brito (“A questão dos fundamentos da ética em Bentham e Mill”, ainda não publicado mas disponível em www.fd.unl.pt, Filosofia do Direito II, elementos de apoio) reconduz a origem da doutrina dos direitos potestativos à teoria dos *powers* de Bentham (relevância particularmente a matéria dos *powers of imperation*), que, todavia, em toda a sua extensão, só viria a ser conhecida no séc. XX, com a descoberta dos manuscritos de Bentham (*vide Of Laws in General*, ed. por Hart, London, 1969, especialmente Appendix B, p. 251 ss.), embora tivesse algumas expressões em *An Introduction to the Principles of Morals and legislation* (em particular na nota final ao cap. XVII). Sobre a teoria dos poderes de Bentham, Hart, “Legal Powers”, in *Essays on Bentham*, Oxford, 1982, pp. 194 ss. A noção de direito potestativo pressupõe uma distinção entre *licere* e *posse* cuja origem não consegui apurar. Aparece, ou reaparece, no séc. XIX, como contraposição entre *Dürfen* e *Können*, formulada por Alois Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, I, 2.ª ed., Erlangen 1873, §§ 63 e 64, pp. 211 ss. (a distinção já se encontrava na 1.ª ed. da obra, a

ou, mais exactamente, um poder de determinação jurídica, isto é, um poder de produzir efeitos jurídicos correspondentes ao sentido de uma declaração, no plano das prescrições (as normas, em sentido estrito, representam uma modalidade de prescrições) e no plano das situações jurídicas, *grosso modo* constituindo-as, modificando-as ou extinguindo-as. O correlativo do poder de determinação jurídica é a *sujeição* daquele ou daqueles sobre quem os efeitos venham a incidir.

Embora originariamente a distinção entre direitos absolutos e relativos fosse estabelecida em função daqueles sobre quem impendem deveres ⁽⁴⁵⁾, não seria impossível alargá-la de modo a abranger os direitos potestativos, no específico aspecto respeitante à produção de efeitos jurídicos. Seriam direitos potestativos absolutos aqueles em que a sujeição fosse da generalidade das pessoas — sobre as quais os efeitos jurídicos se produzirão — e direitos potestativos relativos aqueles em que o fosse de pessoa ou pessoas determinadas. Mas a circunstância de estarem em causa efeitos jurídicos poderia obrigar a distinguir consequências imediatas e mediatas. Assim, por exemplo, se alguém tiver o direito potestativo de adquirir ou de alienar direitos de titularidade alheia ⁽⁴⁶⁾, haverá um efeito imediato, que consistirá na transmissão dos direitos, e um efeito mediato, que se traduzirá na modificação do beneficiário dos deveres a estes correspondentes. Se os direitos transmitidos forem direitos absolutos, o direito potestativo seria relativo quanto aos efeitos imediatos e absoluto quanto aos mediatos.

9. Por regra, entende-se que só há direito potestativo quando a produção de efeitos resulta de declaração (negócio) unilateral ⁽⁴⁷⁾. Mas a situação decorrente de dever de declarar a vontade é paralela.

Julgo ter sido eu quem pela primeira vez falou de *direitos potestativos creditórios* ou *direitos de crédito potestativos* ⁽⁴⁸⁾. Fi-lo para caracterizar a situação

que não tive acesso — cfr. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Düsseldorf, 1862, § 37, p. 81, nota 1). A autonomização dogmática, na base daquela doutrina, de uma modalidade de direitos subjectivos que viriam a ser designados como direitos potestativos parece pertencer a Zitelmann, que falava de *Rechte des rechtlichen Könnens* (*Internationales Privatrecht*, I, Leipzig, 1898, pp. 32 ss.). A noção foi cunhada com a designação de *Gestaltungsrechte* e sistematizada, em 1903, por Seckel (*Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts*, republicação Darmstad, 1954).

⁽⁴⁵⁾ Apesar de Windscheid falar de “eficácia” dos direitos (*supra*, n.º 2).

⁽⁴⁶⁾ Pense-se no art. 490.º do Código das Sociedades Comerciais e nos arts. 194.º a 197.º do Código de Valores Mobiliários ou no poder do credor pignoratício de alienar extra-processualmente o objecto de penhor (Código Civil, art. 675.º, n.º 1, e Dec.-Lei n.º 105/04, de 8 de Maio, art. 11.º, n.º 1). Quanto à venda judicial, veja-se o que a seguir se diz no texto.

⁽⁴⁷⁾ Assim, p. ex., Zitelmann, *ob. cit.*, I, pp. 32 ss., especialmente pp. 42-43; Seckel, *ob. cit.*, p. 12; Menezes Cordeiro, *Tratado cit.*, I-1, p. 171.

⁽⁴⁸⁾ *Obrigações de Negociar*, cicl., Lisboa, 1963, p. 626.

distinção

em que alguém tem o direito a que outrem emita uma declaração negocial, isto é, a que exerça um poder de determinação jurídica, como acontece, por exemplo, em consequência de contrato-promessa. Em tal caso, a caracterização da obrigação como simples obrigação de prestação de facto (positivo) não dá conta das especificidades do seu regime. Assim, o credor não pode ceder o crédito sem autorização do devedor se, no negócio definitivo, houver de assumir obrigações (ainda não satisfeitas). Assim também, não são, em princípio, invocáveis causas de anulabilidade do negócio definitivo quando da anulação resultasse incumprimento da obrigação de declaração negocial, salvo anulando-se o próprio negócio fonte daquela obrigação. Assim finalmente, a execução específica da obrigação de declaração negocial efectua-se por sentença constitutiva ⁽⁴⁹⁾, com função executiva. Há, deste modo, que autonomizar classificatoriamente as obrigações potestativas relativamente às obrigações de entrega de coisa e de prestação de facto ⁽⁵⁰⁾.

Aliás, a figura do crédito potestativo não é restrita aos casos em que a situação jurídica tem essa configuração a título principal. Ela aparece frequentemente na fase dita executiva da generalidade das obrigações. Tanto ao penhorar como ao vender bens do devedor, o Estado exerce poderes de produção de efeitos jurídicos, no segundo caso pelo menos através de uma declaração negocial. Ora, o exequente tem o direito, com estrutura creditória, a que o Estado o faça e este a obrigação de fazê-lo.

Mais recentemente, Menezes Cordeiro falou de direitos de crédito potestativos para designar aqueles direitos “*cujo titular, destinatário de uma norma que lhe confere poderes, pode, por sua exclusiva vontade, provocar, na esfera jurídica de outrem, alterações referentes à afectação de prestações*”. Distingue *aspectos potestativos* nos direitos de crédito (p. ex., o poder do credor de interpelar o devedor ou a faculdade de escolher a prestação na obrigação alternativa) — em que os poderes de produção de efeitos jurídicos se integram no crédito — e *direitos de crédito autónomos e potestativos*. Dá, como exemplo destes últimos, o direito do destinatário de proposta irrevogável de contrato obrigacional de a aceitar ⁽⁵¹⁾.

Não creio que a proposta irrevogável crie qualquer direito potestativo, em sentido próprio. O destinatário continua a ser titular do mesmo poder de que antes dispunha — o poder de produzir efeitos jurídicos por contrato, de exercício necessariamente conjunto com o de outras pessoas, inserido na autonomia pri-

⁽⁴⁹⁾ Art. 810.º do Código Civil.

⁽⁵⁰⁾ Já é no mínimo duvidoso que a autonomização se justifique no que toca às obrigações de não emitir declaração negocial, pelo menos se aquelas não se encontrarem cobertas pela chamada eficácia real.

⁽⁵¹⁾ *Direito das Obrigações*, I, Lisboa (AAFDL), 1980 (reimp. 1986), pp. 247 e 256.

vada. O que acontece é, muito simplesmente, que outra pessoa já exerceu o seu poder de forma irrevogável. Quando muito existirá uma *imunidade* do destinatário relativamente à revogação pelo proponente. Diferente será a situação na qual, se a lei o permitir e na medida em que o permita, efeitos jurídicos que normalmente pressupõem contrato sejam produzidos por declaração unilateral, com fundamento em derivação substitutiva de legitimidade, de origem convencional⁽⁵²⁾ ou naquela em que alguém possa constituir (e não apenas fazer vencer) obrigação alheia de declarar a vontade.

De qualquer modo, creditórios serão aqui apenas os efeitos do exercício do direito potestativo (opção). Já no caso de obrigação de declaração negocial tem estrutura creditória o próprio direito à declaração.

10. A teoria do direito subjectivo foi elaborada no âmbito do Direito Privado. Mas é transponível e foi efectivamente transposta para o Direito Público. No quadro tradicional do Direito Público interno, os direitos subjectivos dos particulares são ou direitos potestativos ou direitos relativos — porque o sujeito dos deveres é o Estado (ou pessoa colectiva pública)⁽⁵³⁾. Se tomarmos a elaboração clássica de Jellinek, serão direitos relativos com prestação negativa os direitos a abstenções, direitos relativos com prestação positiva os incluídos no “estado positivo” (*status civitatis*) e direitos potestativos os abrangidos pelo “estado activo”⁽⁵⁴⁾. Mas direitos subjectivos públicos são também os do Estado⁽⁵⁵⁾. Estes podem ser relativos: assim acontece com os direitos às prestações de imposto ou de taxa ou, em regra, com os direitos decorrentes de contrato administrativo. Mas há os que são absolutos: por exemplo, os direitos respeitantes a bens dominiais, sejam do domínio público ou do domínio privado.

No que toca às posições jurídicas dos cidadãos ou, mais amplamente, das pessoas (outras que o Estado), as coisas complicam-se quando se transita para o domínio dos direitos fundamentais. Ainda aqui se poderiam distinguir direitos a prestações positivas, direitos que envolvem deveres de abstenção e direi-

(52) Vide a minha *Obrigação de Negociar*, cit., I, pp. 182 ss. As considerações aí feitas baseavam-se no Código Civil de 1867.

(53) Vide, p. ex., Vitalino Canas, “Relação Jurídico-Pública”, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, VII, 1996, pp. 207 ss.

(54) *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2.^a ed., 1905, reimp. 1979, Aalen, pp. 81 ss. Sobre a ambiguidade do autor no que toca à localização dos direitos a prestações negativas (direitos de defesa) — no “estado negativo” (*status libertatis*) ou no “estado positivo” (*status civitatis*) — vide Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 2.^a ed., Frankfurt a.M., 1994, pp. 233 ss. Santi Romano, pelo seu lado, distingue direitos de supremacia, direitos de liberdade, direitos cívicos, direitos políticos e direitos públicos patrimoniais (“La Teoria dei Diritti Pubblici Subbiettivi”, in Orlando, *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, I, Milano, 1897, pp. 143 ss.).

(55) Já Jellinek, *ob. cit.*, pp. 193 ss.

tos potestativos ou, se se preferir, direitos a algo (*Rechte auf etwas*), positivo ou negativo, liberdades (que podem ou não corresponder a direitos, conforme sejam ou não protegidas) e competências⁽⁵⁶⁾. Se os direitos fundamentais forem concebidos como meros direitos perante o Estado (ainda que vinculando directamente legislador, administração e juiz⁽⁵⁷⁾), estaremos sempre em face de meros *direitos relativos*. Porém, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão introduziu, nos anos 50, a noção de *Drittwirkung* dos direitos fundamentais (eficácia em relação a terceiros), designada também como “eficácia horizontal”⁽⁵⁸⁾. Note-se que, em rigor, a eficácia não é do direito fundamental, mas da norma de direito fundamental. Discute-se se a chamada *eficácia horizontal* é mediata ou imediata. Não cabe aqui entrar amplamente na controvérsia que se estabeleceu. Mas importa deixar algumas observações.

A primeira é a de que, em sistemas que admitam um específico meio jurídico para tutela de direitos fundamentais que abranja decisões dos tribunais — como acontece com a *Verfassungsbeschwerde* na Alemanha⁽⁵⁹⁾ ou o “recurso de amparo” em Espanha⁽⁶⁰⁾ —, a norma de direito fundamental, desde que o seu conteúdo o permita, produz efeitos com tutela constitucional nas relações entre particulares. Fora o caso de mandados ou injunções judiciais — adoptados designadamente em procedimentos de natureza cautelar ou preventiva —, a ofensa de um direito fundamental por decisão judicial traduz-se em esta interpretar e aplicar incorrectamente as normas constitucionais respeitantes ao direito em causa. Ora, se essas normas constitucionais, pelo seu conteúdo, abrangerem relações entre particulares, produzem efeitos nelas. Exemplar a este respeito é,

⁽⁵⁶⁾ Alexy, *ob. cit.*, pp. 171 ss.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. art. 1 (3) da *Grundgesetz* alemã e art. 18.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa.

⁽⁵⁸⁾ P. ex., Leisner, *Grundrechte und Privatrecht*, München e Berlin, 1960, pp. 285 ss.; Alexy, *ob. cit.*, pp. 475 ss.; Canaris, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, trad. port., Coimbra, 2003. Sobre o reflexo da noção em Portugal, Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3.ª ed., Coimbra, 2004, pp. 246 ss.; Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed., Coimbra, 1993, pp. 144 ss.; Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra, 2003, pp. 1285 ss., e “Dogmática dos direitos fundamentais e direito privado”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Inocêncio Galvão Telles*, V, Coimbra, 2003, pp. 63 ss., e também em *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra, 2004, pp. 191 ss.; Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, t. IV, 3.ª ed., Coimbra, 2000, pp. 320 ss.; Vasco Pereira da Silva, “A vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias”, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, XXIX (1987), pp. 259 ss.; José Casalta Nabais, “Os direitos fundamentais na jurisprudência do Tribunal Constitucional”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, LXV (1989), pp. 75 ss.; Paulo Mota Pinto, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade” *cit.*, pp. 225 ss.

⁽⁵⁹⁾ Art. 93 (1) 4a, da *Grundgesetz*.

⁽⁶⁰⁾ Art. 161.º, n.º 1, al. b), da Constituição.

na jurisprudência constitucional alemã, o caso *Blinkfüer*, que opôs a editorial *Springer* e o editor do jornal *Blinkfüer* ⁽⁶¹⁾.

Em Portugal, não existe um meio constitucional específico de tutela dos direitos fundamentais que abranja decisões judiciais ⁽⁶²⁾. Mas o art. 18.º, n.º 1, da Constituição apresenta redacção diferente tanto da do art. 1 (3) da *Grundgesetz* ⁽⁶³⁾, que foi a sua fonte, como da do que veio a ser o art. 53.º, n.º 1, da Constituição espanhola ⁽⁶⁴⁾. Afirma-se no art. 18.º, n.º 1, que “(o)s preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”. Há assim uma base textual para a aplicação dos preceitos nas relações entre os particulares, quando aqueles, pelo seu conteúdo, dela se mostrem susceptíveis ⁽⁶⁵⁾. Quaisquer que sejam as dúvidas quanto ao exacto alcance da disposição ⁽⁶⁶⁾, afigura-se irrecusável que alguns direitos fundamentais são consignados na Constituição na plenitude das suas dimensões. É o caso, em geral, dos direitos de personalidade (direito à vida, direito à integridade moral e física, direitos pessoais referidos no art. 26.º), da inviolabilidade de domicílio, do sigilo de correspondência e de algumas liberdades (liberdade de expressão de pensamento, liberdade religiosa, liberdade de reunião e de associação...) ⁽⁶⁷⁾. Aliás, se o Tribunal Constitucional se tem mostrado muito cauteloso no que toca ao alcance da parte final do n.º 1 do art. 18.º, por não se ter visto ainda na necessidade de tomar posição inteiramente clara ⁽⁶⁸⁾, os tribunais judiciais não têm hesitado em, com referência a rela-

⁽⁶¹⁾ Alexy, *ob. cit.*, p. 490. A Editorial *Springer* tinha feito pressão sobre os distribuidores para “boicotarem” a revista *Blinkfüer*. O Supremo Tribunal Federal considerou que não havia acto ilícito e, conseqüentemente, responsabilidade civil. O Tribunal Constitucional Federal entendeu que aquela decisão judicial violava um direito fundamental (liberdade de imprensa) do editor da revista e revogou-a.

⁽⁶²⁾ A intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias, prevista nos arts. 109.º ss. do CPTA, abrange apenas comportamentos da Administração.

⁽⁶³⁾ “Os direitos fundamentais seguintes vinculam a legislação, o poder executivo e a jurisdição como direito imediatamente vigente”.

⁽⁶⁴⁾ “Os direitos e liberdades reconhecidos no Capítulo Segundo do presente Título vinculam todos os poderes públicos...”.

⁽⁶⁵⁾ Paulo Mota Pinto, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, *cit.*, p. 228.

⁽⁶⁶⁾ Vide a doutrina portuguesa referida na nota 58.

⁽⁶⁷⁾ Observe-se que, frequentemente, a Constituição, depois de enunciar o direito, especifica proibições ou imposições dirigidas ao Estado. Assim acontece, por exemplo, no art. 24.º (direito à vida e proibição de pena de morte), no art. 25.º (integridade moral e física e proibição de tortura) e nos arts. 27.º e 28.º (direito à liberdade e limites à prisão preventiva).

⁽⁶⁸⁾ Paulo Mota Pinto, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, *cit.*, pp. 228-229, nota 223. Todavia, conforme o autor assinala, o Tribunal Constitucional, logo no seu (notável) Acórdão n.º 198/85, relatado pelo Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa, considerou que, “independentemente do preciso significado que deva atribuir-se em geral, ou no âmbito de outros direitos fundamentais, à extensão da vinculatividade de tais direitos também às entidades

ções entre particulares, fundar directamente na Constituição a liberdade de expressão de pensamento pela imprensa, o direito à integridade moral ou o direito ao repouso ⁽⁶⁹⁾.

Com isto se chega à terceira observação, a qual (ao contrário da segunda) não se restringe ao Direito português. A consagração e a tutela de direitos podem resultar de normas diversas. Mas várias normas podem referir-se aos mesmos direitos. Os direitos à vida protegidos pelas normas penais que incriminam o homicídio são os mesmos direitos à vida que resultam do art. 70.º, n.º 1, do Código Civil e que se encontram solenemente consignados no art. 24.º, n.º 1, da Constituição. Os direitos à integridade moral tutelados pela incriminação da difamação e da injúria são os mesmos direitos à integridade moral que resultam do art. 70.º, n.º 1, do Código Civil e que estão consagrados no art. 25.º, n.º 1, da Constituição. Aí onde os âmbitos normativos se sobreponham, os direitos fundamentais não são realidade diversa dos direitos de personalidade. Várias normas contribuem para a configuração dos mesmos direitos, sob condição de as normas provenientes da lei ordinária se conformarem com as normas constitucionais.

*privadas, o que é dizer, às relações jurídico-privadas (artigo 18.º, n.º 1, da Constituição), afigura-se indiscutível que o direito ao sigilo da correspondência é um daqueles que, por sua natureza, não pode deixar de ter um alcance erga omnes, impondo-se não apenas ao poder público e aos seus agentes, mas igualmente no domínio das relações entre privados” (Acórdãos do Tribunal Constitucional, 6.º vol. (1985), p. 473). Posteriormente — e deixando de parte espécies respeitantes a prova ilícita ou alegadamente ilícita em processo civil (onde o Estado intervém, através do tribunal) —, o tema dos direitos fundamentais nas relações entre particulares foi retomado a propósito da questão da inconstitucionalidade do art. 1817.º do Código Civil (conjugado com o art. 1873.º), sobre o prazo de caducidade das acções de investigação de maternidade e paternidade. A jurisprudência constitucional pronunciou-se, durante longo tempo, pela não inconstitucionalidade, com a ressalva do Acórdão n.º 456/2003, referente, todavia, apenas à hipótese de ter procedido prévia impugnação de paternidade. O notabilíssimo Acórdão n.º 486/2004, relatado precisamente pelo Conselheiro Paulo Mota Pinto, veio inverter aquela jurisprudência, com confirmação pelo plenário através do Acórdão n.º 11/2005. O Acórdão entendeu (neste ponto na esteira de jurisprudência anterior) que o direito à *identidade pessoal*, consagrado no art. 26.º, n.º 1, da CRP, tem, como dimensão, um *direito fundamental ao conhecimento e reconhecimento da paternidade*. E considerou que o prazo de dois anos sobre a maioridade, referido no art. 1817.º, n.º 1, do Código Civil era desproporcionadamente curto e envolvia ofensa do conteúdo essencial daquele direito fundamental (www.tribunalconstitucional.pt). Ora (mesmo que não se considerasse o art. 1817.º, n.º 1, inconstitucional) o *direito fundamental ao conhecimento e reconhecimento da paternidade* é um direito não apenas perante o Estado, mas também perante pessoas privadas, que, na perspectiva considerada pelo Tribunal Constitucional, se exerce, enquanto direito pretendido, perante um particular, por via de acção de investigação de paternidade.*

⁽⁶⁹⁾ Vide, a título de exemplo, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 17-3-93 (BMJ, 425, p. 491), de 13-3-97 (proc. 96B557), de 29-4-99 (proc. 99B118) e de 22-2-2000 (proc. 99A1084) — <http://www.lgsi.pt>. Aliás, a lei ordinária não afirma, de modo directo e explícito, o direito à vida, embora a sua consagração pudesse sempre ser reconduzida à “personalidade física” (art. 70.º, n.º 1, do Código Civil) e sempre resultasse da incriminação do homicídio.

Ora, muitos dos direitos fundamentais são, no todo ou em parte, direitos absolutos. É o caso, por exemplo, do direito à vida, do direito à integridade moral, do direito à identidade, do direito à imagem, do direito à reserva da intimidade da vida privada, do direito ao sigilo da correspondência... Aquilo que a circunstância de se tratar de direitos fundamentais traz de acrescido reside, antes de mais, para além do valor hierárquico das normas constitucionais, em específicos deveres de protecção por parte do Estado. De novo se está perante uma situação em que, a par de deveres de abstenção da generalidade das pessoas, surgem específicos deveres de acção de uma.

Importa ainda referir um aspecto suplementar. Quando se considera a posição do Estado a respeito dos direitos fundamentais, fala-se de deveres positivos e negativos. O incumprimento de tais deveres poderá gerar responsabilidade, mesmo por acto legislativo. Mas há mais do que deveres. Quando a Constituição, para dar somente alguns exemplos, exclui a pena de morte (art. 24.º, n.º 2), a prisão perpétua (art. 30.º, n.º 1) ou a tortura (art. 25.º, n.º 2), não há apenas um dever de agentes policiais de não praticarem tortura ou do Estado, enquanto legislador, de não estabelecer a pena de morte ou a prisão perpétua ou de não autorizar a tortura. Se o fizer, a lei é inaplicável por inconstitucionalidade, mais precisamente, é nula⁽⁷⁰⁾. O valor negativo, em geral, da lei que ofenda preceitos constitucionais respeitantes a direitos fundamentais representa uma garantia destes. Tal garantia traduz-se numa *imunidade*, de que falava Hohfeld⁽⁷¹⁾. Note-se o paralelismo, ressalvadas todas as diferenças, relativamente à nulidade dos actos de alienação em caso de contrato-promessa ou de pacto de preferência com eficácia real, que, a não serem nulos, tornariam o cumprimento impossível.

11. O *livre arbítrio* constitui um *postulado prático*. Como todos os postulados, é indemonstrável⁽⁷²⁾, do mesmo modo que é indemonstrável o seu contrário. Trata-se daquilo que é necessário pressupor para pensar a morali-

(70) Miguel Galvão Teles, "Inconstitucionalidade Pretérita", *Nos Dez Anos da Constituição*, Lisboa, 1986, pp. 326 ss.; Marcelo Rebelo de Sousa, *O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional*, Lisboa, 1988, pp. 309 ss.

(71) Refira-se, a este propósito, a notabilíssima declaração de voto (de vencido) do Conselheiro José de Sousa Brito no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 174/93, na qual o conteúdo da liberdade de consciência, religião e culto é analisado. Nele se inclui a "*imunidade dos indivíduos e das igrejas e comunidades religiosas de qualquer poder do Estado em matéria de liberdade religiosa ...*" (*Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 24.º vol. (1993), pp. 57 ss. (o Acórdão), p. 159 (o passo transcrito); ênfase aditada na transcrição).

(72) Veja-se a "demonstração da indemonstrabilidade", mais exactamente a "mostração da indemonstrabilidade" (desculpe-se o neologismo) do livre arbítrio em Figueiredo Dias, *Liberdade, Culpa Direito Penal*, Coimbra, 1976, pp. 19 ss. Mas aí também se mostra, ainda que implicitamente, a indemonstrabilidade da ausência de livre arbítrio.

dade e a jurisdição tal como a pensamos, sem “ver” razão para as pensarmos de outro modo.

A moralidade e a jurisdição, como quer que se distingam, têm de comum uma referência *ética* ao livre arbítrio. Uso a palavra *ética* em sentido amplíssimo, para referir aquilo que respeita à “convocação” do livre arbítrio e ao juízo sobre o seu exercício, na base de valorações (abrangendo, por conseguinte, tanto a moralidade como a jurisdição).

O exercício do livre arbítrio traduz-se em *opções* entre comportamentos. Estes últimos podem ser caracterizados no plano da *possibilidade* (ética ou, no domínio jurídico, ético-jurídica), na aceção de *licitude*, e no da sua *necessidade*. No primeiro plano, um comportamento é ou *lícito* (permitido) ou *ilícito* (proibido). No segundo plano, é ou *devido* (imposto) ou *não-devido*. Num mesmo quadro de referência, só podem ser devidos comportamentos lícitos. Porque os comportamentos se apresentam em opções, a necessidade de um comportamento implica a proibição do comportamento contrário e a proibição de um comportamento implica a necessidade do comportamento contrário. Já a possibilidade de um comportamento tanto é compatível com a proibição do comportamento contrário — e o primeiro comportamento, além de lícito, será devido — como com a sua igual licitude (*dupla permissão*). Neste caso, a opção é (juridicamente) livre — não já na aceção de mero livre arbítrio, mas em resultado da caracterização ético-jurídica dos comportamentos ⁽⁷³⁾.

Falei de comportamento e do seu contrário como se fossem apenas dois. Tal formulação linguística corresponde à dualidade comissão-omissão. Na referência a comissão e a omissão, porém, estão em causa simples descrições de comportamentos, não estes próprios, mesmo enquanto possibilidades — e descrições incompletas. A omissão não é um conceito lógico, como *negação* da comissão. É um conceito prático.

(73) A identificação e caracterização das modalidades jurídicas efectuadas no texto coincidem, no essencial, com as que são feitas por Alexy (*ob. cit.*, pp. 171 ss.). Mas já se encontravam num artigo que escrevi, ainda enquanto estudante, sob o título “Da teoria egológica do Direito para uma noção de Direito”, e que foi publicado no que era então a revista da Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa — *Quadrante*, n.º 2 (1959), pp. 29 ss. Aí se encontra ainda parte do que a seguir neste número do texto se diz sobre os poderes de produção de efeitos jurídicos. Estava presente também a ideia de que o Direito é formado por normas, por “posições jurídicas” no plano da possibilidade e por comportamentos efectivos. Neste último aspecto, a base reside na teoria egológica, à qual o artigo se refere. Hoje não subscreveria parte desse artigo — sobretudo aquilo que estava associado a um jusnaturalismo, ainda por cima de tipo “cognitivista” e com marca teológica. Escreveria de maneira diferente e não empregaria “castelhanismos” que resultaram do “diálogo” com o autor argentino Carlos Cossio, cuja doutrina constituiu o ponto de referência do texto e que tanto influenciou a formação inicial do meu pensamento. Mas mantenho o essencial da teoria dos comportamentos como possibilidade e das modalidades jurídicas, incluindo aquela que respeita a poderes de determinação jurídica.

As descrições que importam são descrições normativas (em sentido amplo). Suponha-se, por exemplo, que A está obrigado a entregar a B, em certo local (por hipótese, o domicílio deste), a coisa x (para simplificar, suponha-se mesmo que x é coisa infungível, por exemplo, um quadro que B comprou a A). Apesar de um grau significativo de especificação na formulação do dever, A tem uma miríade de modos de o cumprir, isto é, há uma miríade de comportamentos possíveis que correspondem à descrição normativa. A pode entregar o quadro ele próprio ou fazê-lo através de um empregado seu — e deste, daquele ou daquele-outro. A entrega pode ser efectuada às 9h, às 9h 1m, às 9h 2m 1s, às 14, às 16... Pode ir vestido desta ou daquela maneira, com ou sem gabardina, com ou sem chapéu (e com esta ou aquela gabardina ou com este ou aquele chapéu). Pode apresentar-se na porta principal ou numa porta secundária. Pode fazer a entrega directamente a B, a um seu familiar ou a um seu empregado — e a este ou àquele. Pode entregar com a mão direita, com a mão esquerda ou com ambas, nesta ou naquela posição... A descrição normativa do comportamento devido faz-se por indicação de certas características. Quaisquer comportamentos em que essas características se verifiquem correspondem à descrição normativa. O que diferencia uns comportamentos de outros dentre aqueles que todos correspondem à descrição normativa é *indiferente*.

No que especificamente respeita à contraposição comissão-omissão, é preciso não esquecer que os comportamentos efectivos se situam no reino dos factos. Todos os comportamentos, ainda que auto ou hetero-pensados, são comissivos. A omissão refere-se a um comportamento ou a um conjunto de comportamentos possíveis — que são precisamente omitidos — e corresponde a um *aliud agere*. Trata-se de, na opção, e ainda que inconscientemente, tomar um qualquer outro comportamento que não aquele ou aqueles que se consideram. A circunstância de, em cada opção, se omitir uma infinidade de outros comportamentos possíveis justifica a introdução de algumas reservas. A imposição de um comportamento implica a proibição de o omitir. Mas se, ao agir diferentemente do imposto, o sujeito assumir um comportamento proibido por outras razões (por outra norma), pratica, não uma, mas duas violações. As coisas são ainda mais claras na hipótese inversa. A proibição de um comportamento implica o dever de o omitir, isto é, de tomar comportamento diverso; mas não, evidentemente, o de, entre os comportamentos diversos possíveis, assumir comportamentos ilícitos — por exemplo, furtar em vez de matar. Quando, nas circunstâncias do caso, a opção tenha de fazer-se entre comportamentos todos proibidos, a situação é de conflito de proibições. A liberdade jurídica, numa das suas dimensões, consiste, em rigor, na possibilidade de optar entre diversos comportamentos lícitos. Tudo mostra que as modalidades jurídicas, no plano da licitude, não podem ser reduzidas a poderes e deveres. A proibição implica um dever de omitir, mas a sua caracterização não se limita a

este. Obtêm-se, pois, como modalidades finais, *poderes livres, deveres e não-poderes*.

As caracterizações dos comportamentos referem-se tanto aos comportamentos enquanto se efectivam ou já foram efectivados, como, e antes de mais, a comportamentos *possíveis*, na acepção agora não de uma possibilidade ético-jurídica, mas de uma possibilidade, digamos, “fáctica”. A função reguladora do Direito só é viável, aliás, se este procurar “determinar” a passagem da possibilidade à efectividade. A possibilidade pode ser concebida ou como uma estrutura óptica, em sentido estrito, ou como um “campo” no domínio do *pensável*. Seja como for, *poder livre, dever e não-poder* constituem *relações* entre o sujeito e comportamentos (facticamente) possíveis seus que exprimem a possibilidade sem necessidade, a necessidade ou a impossibilidade (ético-jurídicas) de tais comportamentos.

Além de poderes de licitude há poderes de produção de efeitos jurídicos, a que prefiro chamar *poderes de determinação jurídica*. Estes traduzem-se em relações entre um sujeito e prescrições ou situações jurídicas possíveis que traduzam a aptidão de declarações desse sujeito para as produzir. A *sujeição* é a relação entre os sujeitos em cuja esfera os efeitos jurídicos possíveis se produzirão e tais efeitos, enquanto outro sujeito tem o poder de os determinar.

Num outro texto afirmei que “... *o oposto de Können, de posse, de potestas é a mera ausência: Nicht Können, non posse, non potestas — a pura e simples impossibilidade jurídica*” (74). Posteriormente, em intervenção, não publicada, que fiz sobre liberdade de consciência, revi essa posição. Coube ao génio de Hohfeld identificar as figuras da *imunidade* e da “*disability*” (75). A par do poder de determinação jurídica teremos o *não-poder* de determinação jurídica, a “*disability*” (76); a par da sujeição, a *imunidade* ou *independência*. Será, aliás, a conjugação do poder de determinação jurídica de um como o não-poder dos outros que tornará o primeiro exclusivo (quando o for).

Faltando embora poder de determinação jurídica de alguém, pode haver, da parte deste, a *pretensão* de dele ser titular. E uma segunda dimensão da liberdade jurídica consiste em não se estar sujeito a determinações heterónomas, isto é, em imunidade (conjugada com o poder de determinação autónoma). A liberdade significa aí *independência*.

O exercício de poderes de determinação jurídica implica comportamentos, que hão-de ser qualificados não apenas no plano da *posse* ou do *Können*, mas também no do *licere* ou do *Dürfen*. Normalmente, esses comportamentos serão

(74) “Temporalidade jurídica e Constituição”, *Studia Iuridica*, 46, Coimbra, 2000, p. 39.

(75) *Supra*, n.º 3.

(76) Alexy, *ob. cit.*, pp. 218-219.

lícitos. A razão que conduz à atribuição dos poderes de determinação jurídica conduzirá igualmente à licitude dos comportamentos que o exercem. Mas podem ser ilícitos, sem que a validade e eficácia da declaração seja afectada. É o que se passa com uma alienação em violação de cláusula de inalienabilidade, de pacto de preferência ou de contrato-promessa com efeitos ditos meramente obrigacionais. O comportamento traduzido na declaração pode ainda ser devido. No domínio do Direito Público considerem-se as hipóteses de medidas legislativas impostas pela Constituição ⁽⁷⁷⁾ ou por tratado internacional ⁽⁷⁸⁾, de transposição de “directivas” comunitárias ⁽⁷⁹⁾ ou as de actos administrativos devidos ⁽⁸⁰⁾. No domínio do Direito Privado, o exemplo típico será o da declaração negocial exigida por contrato-promessa.

12. O que atrás se disse acerca do poder de exigir ⁽⁸¹⁾ revela que o direito subjectivo não pode ser caracterizado como um poder, sequer como uma permissão normativa ⁽⁸²⁾. A construção de Gomes da Silva corresponde, em última análise, a uma reelaboração sofisticada da velha tese de Jhering do interesse juridicamente protegido. O interesse representa uma relação entre uma pessoa e um bem — decorrente da aptidão deste para satisfazer necessidades ou alcançar fins. O que Gomes da Silva fez foi convolar interesse juridicamente protegido em protecção jurídica de interesse e, adoptando uma perspectiva teleológica, caracterizar em que consiste tal protecção. Traduzir-se-ia precisamente na *afecção jurídica* de bens a fins. Poderes (de licitude ou de produção de efeitos jurídicos) seriam apenas, do mesmo modo que deveres, os *meios* pelos quais tal afectação se realiza. A referência a pessoas individualmente consideradas tinha em vista distinguir os direitos subjectivos de outras modalidades de protecção de interesses ⁽⁸³⁾.

⁽⁷⁷⁾ Vide o art. 283.º da CRP, sobre a chamada inconstitucionalidade por omissão.

⁽⁷⁸⁾ Não obstante o disposto no n.º 2 do art. 8.º da CRP, os tratados podem não ser *self-executing*.

⁽⁷⁹⁾ Que é, em última análise, imposta por tratado.

⁽⁸⁰⁾ Vide os arts. 66.º e ss. do CPTA.

⁽⁸¹⁾ *Supra*, n.º 6.

⁽⁸²⁾ Menezes Cordeiro define o direito subjectivo como “*permissão normativa específica de aproveitamento de um bem*” — *Tratado cit.*, I-1, p. 166.

⁽⁸³⁾ *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, cit., p. 51. Julgo que a fórmula de Gomes da Silva — pessoas individualmente consideradas — serve adequadamente para distinguir os direitos subjectivos de outras modalidades de protecção jurídica de interesses. Aliás, no Direito português (do mesmo modo do que no alemão — BGB, § 823), os termos do art. 483.º, n.º 1, do Código Civil tornam a distinção irrelevante para o efeito de responsabilidade civil (assim não será para fins de legitimidade para requerer procedimento cautelar comum, se o art. 381.º do CPC for tomado à letra). Tão pouco em Portugal a distribuição da competência entre tribunais judiciais e administrativos é estabelecida na base de uma distinção entre direito subjectivo e inte-

A tese de Gomes da Silva tem sido criticada pelo seu excessivo objectivismo⁽⁸⁴⁾. Mas a crítica não põe em causa o essencial da doutrina. Segundo Oliveira Ascensão, o direito subjectivo seria “*uma posição concreta de vantagem de pessoas individualmente consideradas resultante da afectação de meios jurídicos para permitir a realização de fins que a ordem jurídica aceita como dignos de protecção*”⁽⁸⁵⁾. A definição, porém, não caracteriza em que consistem essas posições concretas de vantagem. Por mim, afastar-me-ia antes do teleologismo subjacente à definição de direito subjectivo de Gomes da Silva, o qual correspondia, aliás, à mundividência do autor⁽⁸⁶⁾ e que, de resto, Oliveira Ascensão acentua ao suprimir, na definição, a noção de bem, substituindo-a pela de meios. A razão da supressão residiria em que haveria direitos potestativos, como o direito à separação e ao divórcio, nos quais não existiria qualquer afectação de um bem⁽⁸⁷⁾. Mas, nos direitos potestativos, os bens são os próprios efeitos jurídicos, enquanto potencialidade⁽⁸⁸⁾. E, se alguém pode querer separar-se ou divorciar-se, é porque os efeitos em que se consubstanciam a separação ou o divórcio são susceptíveis de ser considerados como bens. Pelo contrário, julgo que a noção de bem, num sentido amplíssimo e estritamente objectivo (independentemente, pois, do propósito ou da apetência de cada pessoa para o aproveitar), é indispensável à noção de direito subjectivo.

O direito subjectivo pressupõe a afectação de bens a pessoas individualmente consideradas. O que falta, em português e nalgumas outras línguas, é uma pala-

resse legítimo, consoante acontece em Itália, o que tanta elaboração doutrinária gerou no que toca ao apuramento dos exactos termos da distinção (cfr. Franco Scoca, *Contributo sulla Figura dell'Interesse Legittimo*, Milano, 1990). Já tem relevo prático determinar os modos de protecção abrangidos pelo n.º 1 do art. 483.º do Código Civil, mas nessa questão não se entrará. Duas notas sobre as relações entre direito subjectivo e outros modos de protecção jurídica de interesses. Em primeiro lugar, um mesmo dever ou uma mesma proibição (não-poder) podem constituir meios de afectação de um bem como direito subjectivo e modos de protecção de interesses de outra natureza. Assim acontece com muitos deveres cujo incumprimento (ou certa modalidade de incumprimento) é incriminado. Em segundo lugar, modos de protecção que não correspondam, na origem, a direitos subjectivos podem tornar-se tais. É o que se pode passar com os chamados “interesses difusos” e o que se passa com deveres ou proibições destinados a prevenir perigo “genérico” (como acontece, por exemplo, com muitos dos que derivam das regras de trânsito), quando tal perigo genérico se torna “específico” ameaçando bens jurídicos (vida, integridade física, propriedade ...) de pessoas individualmente consideradas.

⁽⁸⁴⁾ Castro Mendes, *Direito Civil — Teoria Geral*, I, Lisboa (AAFDL), 1979, p. 323; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, cit., III, pp. 68 ss.

⁽⁸⁵⁾ *Teoria Geral*, cit., III, p. 79.

⁽⁸⁶⁾ V., em especial, “Esboço de uma Concepção Personalista do Direito”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, XVII e XVIII (1964), pp. 139 ss. e 51 ss.

⁽⁸⁷⁾ *Teoria Geral*, cit., III, p. 73.

⁽⁸⁸⁾ Miguel Galvão Teles, *Obrigações de Negociar*, cit., pp. 585 ss.

vra adequada para exprimir a “posição” da pessoa a quem o bem é afectado. Em inglês dir-se-ia “*availability*”. Em português, só há *disponibilidade*. A dificuldade reside na aparente contradição semântica com a afirmação de que há direitos indisponíveis. Mas aqui *disponibilidade* refere-se ao direito, ali ao bem. Aqui *disponibilidade* significa possibilidade de alienação ou de renúncia, ali “estar à disposição”. Aqui tratar-se-á de *disponibilidade por* alguém, ali de *disponibilidade para* alguém.

Direito subjectivo será, assim, *a disponibilidade para pessoa ou pessoas individualmente consideradas de bens a ela ou a elas*, enquanto tais, *juridicamente afectados*.

Os bens podem consistir em “elementos” da própria personalidade, incluindo a autodeterminação, em coisas, em prestações e em efeitos jurídicos. Enquanto a produção de efeitos jurídicos pode constituir um bem que, ainda que instrumental, goze de autonomia, a não produção de efeitos jurídicos, podendo ser um bem, não apresenta, em princípio, autonomia, representando tutela de outro bem.

Situações particularmente difíceis de caracterizar são aquelas em que o bem se traduz na possibilidade ou impossibilidade de efeitos jurídicos, porque aí funciona uma dupla qualificação: no plano da aptidão do comportamento para produzir efeitos jurídicos (*posse*) e no plano da licitude, *lato sensu* (*licere*). O direito subjectivo não consiste em qualificações, mas a afectação jurídica do bem resulta delas. E as qualificações relevantes para tal efeito hão-de ser as que se situam no plano do *licere*. Os poderes de produção de efeitos jurídicos são, em si mesmos, meros poderes, não direitos, não afectando a ninguém os bens em que a possibilidade ou impossibilidade dos efeitos jurídicos consiste. É pela caracterização no plano da licitude que a afectação se faz. Ninguém dirá que quem vendeu a alguém coisa que tinha obrigação de vender a outrem haja exercido o seu direito. Era antes este último quem tinha direito, que foi lesado, a que a coisa lhe fosse vendida a si ⁽⁸⁹⁾.

Uma nota ainda. Menezes Cordeiro alega que “*não pode abdicar-se, sem mais, do nível significativo-ideológico do direito subjectivo*” ⁽⁹⁰⁾. Muitos dos direitos subjectivos hoje reconhecidos resultaram de conquistas, quantas vezes difíceis. Mas a autodeterminação é o primeiro dos bens. E a conquista dos direitos subjectivos fez-se na afirmação e “partilha” de bens.

Exemplar é, a este respeito, a autodeterminação dos povos. Quanto a ela, o direito será o de um povo se colocar em posição de decidir sobre o seu esta-

⁽⁸⁹⁾ Não se considera aqui a hipótese de colisão de direitos, matéria que referi noutro estudo (“Espaços Marítimos, Delimitação e Colisão de Direitos”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Armando Marques Guedes*, 2004, pp. 617 ss.).

⁽⁹⁰⁾ *Tratado*, cit., I-I, p. 165. Sobre os traços “ideológicos” das concepções do direito subjectivo *vide*, entre nós, Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, cit., pp. 640 ss.

tuto político-jurídico ⁽⁹¹⁾. Aí, claramente, a possibilidade de escolher é, ela própria, um bem, a cuja disponibilidade para o próprio povo o direito de auto-determinação corresponde.

Pode-se ir mais longe. Referiu-se que o conceito de pretensão não pode caracterizar, em si mesmo, o direito subjectivo. Isso não significa que as noções de pretensão e de “direito pretendido” não tenham relevo. Em sociedades organizadas e em períodos de estabilidade, as pretensões deduzem-se em processo. Mas podem também deduzir-se fora dele e contra um Direito positivo, com a afirmação de imunidade em relação à vinculatividade deste. Estar-se-á então em *estado de natureza*, que é um estado de pretensões ou de direitos pretendidos ⁽⁹²⁾.

Mas aqui é o direito subjectivo no quadro do Direito positivo e, particularmente, no do Direito português vigente que se considera.

13. A afectação de bens a pessoas, que se traduz na disponibilidade de bens para estas, efectua-se pela caracterização jurídica de comportamentos possíveis, por via de poderes, de deveres e de não-poderes, a que podem acrescer poderes de determinação jurídica, com as correspondentes sujeições, e não-poderes, com as correspondentes imunidades. Já se viu que a articulação destes elementos pode ser complexa. Podem estar ou não presentes poderes ou não-poderes de determinação jurídica. Poderes, deveres, não-poderes (de licitude) podem relacionar-se de modo diverso. São possíveis deveres situados em vários níveis. Se se admitir a figura da lesão do crédito por terceiro, há um dever, do propriamente chamado devedor, situado num primeiro nível, e deveres de terceiros, situados num segundo. E ainda se podem conceber outros níveis: por exemplo, o dever de não coagir a impossibilitar o cumprimento pelo devedor. Mesmo num único nível, podem certos elementos ser principais e outros nalguma medida secundários. Pode haver deveres de conteúdo diverso, ainda que situados num mesmo plano. Um mesmo comportamento pode ser devido ou proibido como modo de afectação de bens a várias pessoas, com pluralidade de direitos subjectivos.

Tudo mostra que, qualquer que seja o mérito do conceito de relação jurídica, introduzido por Savigny, os meios jurídicos se organizam, com referência a direitos subjectivos, em *constelações jurídicas* (numa visão institucionalista,

⁽⁹¹⁾ Miguel Galvão Teles e Paulo Canelas de Castro, “Portugal and the right of peoples to self-determination”, *Archiv des Völkerrechts*, 34-1 (1996), pp. 7-8.

⁽⁹²⁾ Miguel Galvão Teles, “State of Nature, Pure Republic and Legal Duty of Obedience (Some reflections regarding Kant’s legal and political philosophy)”, in João Lopes Alves (ed.), *Ética e o Futuro da Democracia*, Lisboa, 1998, pp. 169-171.

poderia falar-se de “micro-instituições”⁽⁹³⁾), mais ou menos complexas, através das quais se efectua a afectação do bem à pessoa.

Tudo mostra ainda que a afectação jurídica de um bem a uma pessoa tem *medida*, a qual é determinada pelo conteúdo dos elementos que formam a “constelação”. Neste plano se insere, designadamente, a distinção entre deveres de *meios* e de *resultado*.

14. Referiu-se atrás que não era impossível distinguir direitos potestativos absolutos e relativos, com base no âmbito da sujeição⁽⁹⁴⁾. Mas a diferenciação refere-se mais propriamente ao poder de determinação jurídica do que ao direito. E a natureza de direitos dos direitos potestativos articula-se com as caracterizações dos comportamentos efectuados no plano da licitude⁽⁹⁵⁾. Por isso a distinção de direitos em absolutos e relativos deve continuar a ser reportada no plano da licitude.

A distinção entre direitos absolutos e direitos relativos é tradicionalmente efectuada por referência àqueles a quem se encontram impostos os deveres — alguma ou algumas ou a generalidade das pessoas. E como tal deve manter-se, com a ressalva de que na referência a deveres se incluem não-poderes (deveres de omissão). Todavia, para que a diferenciação seja dicotómica, aquela referência tem de ser feita apenas no plano primário da *constelação* jurídica, isto é, no dos deveres que não se reportam a outros deveres. Em rigor, nos sistemas jurídicos que admitam a figura da lesão do direito de crédito por terceiro, os direitos de crédito apresentam, num primeiro nível, a estrutura de direitos relativos e, num segundo nível, a de direitos absolutos.

No que toca aos direitos absolutos, não se pode, sem mais, afirmar que o dever incide sobre todas as pessoas, dadas, por exemplo, as situações de autorização por parte do titular do direito ou as faculdades resultantes de outras situações jurídicas. Quando muito, será legítimo referir uma incidência *potencial* sobre todos. Mencionou-se que há quem sustente (e de modo razoável) ser praticamente absurdo considerar imposto a alguém um dever de não lesar direi-

⁽⁹³⁾ Quando estudante do 2.º ano da Faculdade de Direito de Lisboa, apresentei, na cadeira de Teoria Geral de Direito Civil, com o Prof. José Dias Marques, um trabalho, cujo texto não encontro, o qual tinha por título, salvo erro, “Relação jurídica e instituição jurídica”. Estava então sob forte influência institucionalista e chamava “instituição jurídica” sensivelmente àquilo que no texto designo por *constelação jurídica*. O Prof. Dias Marques organizou as coisas de modo a que eu tivesse um contraditor. Foi quem se viria a revelar um grande jurista, o meu querido amigo Fernando Azevedo Moreira, hoje Vice-Presidente do Supremo Tribunal Administrativo. Tivemos uma discussão épica. Que saudade!

⁽⁹⁴⁾ *Supra*, n.º 8.

⁽⁹⁵⁾ *Supra*, n.º 12.

tos que desconhece e que não está sequer em condições materiais de ofender. Pode perguntar-se se, com isso, não se elimina a distinção entre direitos absolutos e relativos, pois a constituição das obrigações também pode ter requisitos, que não se encontrem preenchidos. Ainda, porém, que se adopte um entendimento restritivo no que toca à constituição actual de deveres no âmbito dos direitos absolutos, há uma diferença fundamental quanto à situação dos direitos relativos nos quais não tenham ainda sido preenchidos os requisitos da constituição do dever. É que nos primeiros *já está constituído o direito*, enquanto nos segundos, se os requisitos da constituição do dever não se encontrarem preenchidos, não está igualmente constituído o direito.

Importa ainda sublinhar que a noção de direitos absolutos não supõe a homogeneidade dos deveres. Pode haver, a par de deveres de omissão (não-poderes), deveres de comissão. E estes podem incidir só sobre alguns.

Tudo revela a necessidade de alguma *relativização* da distinção entre direitos absolutos e relativos.

Para que os quadros fiquem completos, a diferenciação entre direitos absolutos e relativos tem de ser completada por uma outra, que se estabelecerá entre os direitos nos quais a afectação do bem se faz, a título principal, pelos poderes do titular do direito e aqueles em que a afectação se efectua, a título principal, por deveres ou não-poderes de outro ou outros que não o titular do direito ⁽⁹⁶⁾. Não há denominação adoptada para as categorias que resultam desta distinção. Mas ela não coincide com a distinção entre direitos absolutos e relativos. Mais precisamente, todos os direitos relativos são direitos em que a afectação do bem se efectua principalmente por deveres e todos os direitos em que a afectação se efectua principalmente por poderes são direitos absolutos. Mas há direitos (designadamente alguns direitos de personalidade) em que a afectação é feita principalmente por deveres e que são direitos absolutos. Aí os deveres através dos quais a afectação é principalmente efectuada são deveres de omissão (não-poderes).

15. Questão óbvia, mas normalmente ocultada por quem não conteste a inserção dos direitos absolutos em relações jurídicas (lembre-se, todavia, Hohfeld), é a de saber se aqueles se integram numa mera pluralidade de relações jurídicas (o que implicaria uma pluralidade de direitos “paralelos”) ou numa relação complexa ⁽⁹⁷⁾. A resposta tende obviamente a ser a segunda. Mas pode perguntar-se

⁽⁹⁶⁾ Esta diferenciação já se encontrava presente em Gomes da Silva — *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, cit., pp. 55-56.

⁽⁹⁷⁾ O problema tem semelhança com aquele que é suscitado pelo direito de crédito com pluralidade de devedores.

como é que, no quadro de uma teoria da relação jurídica, se torna possível proceder à unificação. Não terá sido por acaso que o rigor de Hohfeld o levou a falar de uma pluralidade de direitos semelhantes ⁽⁹⁸⁾. Fora dos quadros de uma teoria da relação jurídica, a unificação da *constelação* far-se-á por via da unidade da afectação do bem ou bens à pessoa ⁽⁹⁹⁾.

A distinção entre direitos relativos e direitos absolutos é uma distinção estrutural, que decorre, em última análise, da natureza do bem juridicamente afectado à pessoa. Nos direitos relativos, o bem jurídico consiste em comportamento de pessoa diferente do titular do direito, isto é, numa prestação ou no seu resultado. Nos direitos absolutos, o bem afectado é outro que não uma prestação ou o seu resultado.

⁽⁹⁸⁾ *Supra*, n.º 3.

⁽⁹⁹⁾ Falo de unidade de afectação do bem ou bens, porque, nas obrigações alternativas e porventura nas obrigações solidárias, haverá uma única afectação de vários bens (de alguma sorte, sempre em alternativa).