

PEDRO MÚRIAS

A ANÁLISE
AXIOLÓGICA
DO DIREITO
CIVIL

 GESTLEGAL

PEDRO MÚRIAS

.....

Professor convidado na Faculdade de Direito
da Universidade Católica (Lisboa)

AGRADECIMENTOS (*)

Este livro é o produto mais volumoso de um projecto académico sobre a distinção entre problemas originários e supervenientes dos negócios jurídicos. O projecto nasceu quando estudei a Convenção de Viena sobre a venda de mercadorias, no curso de mestrado de 1995/1996, sob a regência dos saudosos Profs. Isabel de Magalhães Collaço, António Marques dos Santos e Carlos Ferreira de Almeida. Publiquei um pequeno artigo, em 1998, em que expunha o interesse do tema e publiquei o programa de direito das obrigações para a turma da noite de 2001/2002, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em que questionava a distinção e sugeria que o conceito de «atribuição» fosse usado como ampliação do de «obrigação». A distinção entre o originário e o superveniente era o tema do doutoramento a cuja preparação fui admitido por aquela Faculdade em finais de 2002. Em 2008, vieram a lume vários estudos em co-autoria com a Lurdes Pereira que, também na sequência da sua tese de mestrado, de 2000, usaram o conceito de atribuição para o chamado «direito do não cumprimento», sobretudo para a matéria do sinalagma. Num artigo também de 2008, fiz uma primeira tentativa de analisar o conceito de «atribuição» no sentido pertinente.

Entretanto, tive dispensa de serviço docente com vista ao doutoramento nos anos de 2004/2005 e 2005/2006, e vi o contrato de assistente cessar em 2007. O meu primeiro agradecimento dirige-se à

.....

(*) Esta obra segue, por preferência do autor, a ortografia vigente em 1990.

•

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, não só pela dispensa das aulas, mas também pelo excelente tratamento que aí recebi desde o curso de licenciatura, iniciado em 1988, até à minha saída em 2007 e depois disso. Entre Janeiro de 2008 e 2010, beneficiei de uma bolsa também destinada ao doutoramento, pela qual agradeço à Fundação para a Ciência e Tecnologia. Por esses anos, comecei a estudar alguns temas filosóficos e publiquei artigos mais afastados dos problemas jurídicos concretos, como já no relativo ao conceito de atribuição, designadamente sobre os conceitos de coacção e de interesse, e sobre a diferença entre as perspectivas directa e oblíqua do direito e da normatividade em geral. O estudo sobre o interesse não tinha pretensões de originalidade, embora pretendesse opor-se moderadamente àquilo que quanto a isso se afirmava nas teses de doutoramento de Paulo Mota Pinto e da Margarida Lima Rego.

Em finais de 2010, depois de apresentar em Amesterdão, numa «conferência de estudantes de doutoramento», um estudo de filosofia da linguagem, abandonei o projecto de me doutorar, e pouco depois deixei de escrever com intenção académica. Em 2014, contudo, a Catarina Monteiro Pires entregou a sua dissertação sobre a impossibilidade da prestação, de que me deu uma cópia. As partes sobre impossibilidade originária foram o estímulo de que eu precisava para retomar o estudo. No ano seguinte, publiquei um artigo sobre «a unificação das impossibilidades» — a concretização mais clara do projecto inicial — e, a convite do Luís Duarte de Almeida, apresentei no grupo de filosofia do direito da Universidade de Edimburgo as ideias mais abstractas desse artigo, aliás também levadas ao seminário de filosofia e direito de José de Sousa e Brito, com comentário de Paulo Mota Pinto.

Por essa altura, cheguei à conclusão de que precisava de estudar o direito subjectivo, sobretudo os direitos relacionais, para melhorar o meu entendimento sobre a atribuição e sobre a relação de valor num contrato de objecto impossível desde a celebração. Preparei um artigo demasiado longo que tentei resumir, com pouco sucesso, numa apresentação em 2017, de novo em Edimburgo. Em formas menores ou em partes, apresentei também algumas dessas ideias nas Jornadas de 2016 e 2017 da Associação Portuguesa de Teoria e Filosofia do Direito,

•

•

e no congresso de 2017, em Lisboa, da IVR, a associação internacional correspondente. Em 2018, publiquei uma pequena parte desses estudos na *Católica Law Review*, a convite do Rui Medeiros, e, em 2019, entreguei um artigo introdutório sobre direitos para o *Dicionário de Filosofia Moral e Política*, por convite do André Santos Campos. Essas versões públicas acompanharam revisões e reformulações permanentes desde 2015.

Em 2019, deixei o CEJUR, um serviço do Governo em que colaborara durante oito anos, a convite da Susana Brasil de Brito e, durante a maior parte do tempo, sob a direcção de Maria José Salazar Leite. Convenci-me então de que os estudos dos anos anteriores podiam ser reunidos e aumentados numa dissertação de doutoramento próxima do primeiro projecto, embora visando uma conceptualização mais ampla do direito civil. A Adelaide Menezes Leitão, sem saber da fase teórica e prática em que me encontrava, alertou-me num *email* para que «o prazo» de entrega da dissertação ainda estaria em curso, tantos anos depois. Entreguei o texto na Faculdade em Setembro de 2020 e discuti-o no dia de S. Martinho de 2021, tendo sido aprovado. O júri foi composto pelos Profs. Doutores Dário Moura Vicente (presidente), António Menezes Cordeiro (orientador), Miguel Teixeira de Sousa (arguente), Paulo Mota Pinto (arguente), José Lamego, Mafalda Miranda Barbosa e David Duarte (que também fez perguntas). Depois da entrega e até depois da discussão, revi e alterei o texto, corrigindo inclusive duas ou três divisões inteiras do último capítulo, cujas versões iniciais vieram a parecer-me incorrectas ou pouco claras. O livro agora publicado é cerca de 12% maior do que a dissertação entregue e discutida, sem contar com o acrescento do índice remissivo.

Devo agradecimentos a muitas pessoas, a juntar aos que deixo no rodapé próprio.

Agradeço aos membros do júri de doutoramento pela participação nesse júri e por terem possibilitado que as provas decorressem presencialmente, apesar das restrições epidémicas, na sala de actos da Reitoria da Universidade de Lisboa, embora com a assistência reduzida a 30 pessoas. Agradeço especialmente a Dário Moura Vicente as diligências trabalhosas com vista à presencialidade e ao bom funcionamento geral das

•

•

provas. Aos arguentes e ao David Duarte, agradeço ainda as críticas que me permitiram melhoramentos, conforme indico em nota nos lugares devidos. A António Menezes Cordeiro, agradeço a aceitação da orientação e a disponibilidade e eficiência na resposta aos muitos ónus burocráticos daí resultantes, ao longo de 19 anos. A Paulo Mota Pinto, agradeço também a leitura e os comentários a textos que apresentei sobre o conceito de interesse e sobre a impossibilidade originária. A Miguel Teixeira de Sousa e a Pedro Romano Martinez, agradeço o antigo e renovado incentivo para que entregasse uma dissertação. A Paula Costa e Silva, agradeço diversos incentivos académicos e a confiança neles demonstrada. Pelo incentivo benévolo, agradeço também a Paulo de Sousa Mendes, a Manuel Carneiro da Frada, ao David Duarte e ao Rui Medeiros. Um agradecimento aos amigos e colegas que quiseram acompanhar as provas, em especial aos que ficaram à porta da Reitoria devido à imprevista limitação dos lugares na assistência.

No segundo semestre de 2021/2022, comecei a dar aulas na Universidade Católica, como professor convidado. Agradeço a recepção calorosa que recebi, em especial aos meus colegas na disciplina de direito das obrigações: a Ana Taveira da Fonseca, a Ana Filipa Morais Antunes, a Gabriela Páris Fernandes e o João Tiago Morais Antunes.

Agradeço a Paula Costa e Silva, a Paulo Mota Pinto, à Susana Brasil de Brito e ao Rui Andrade as oportunidades de trabalho. A Maria José Salazar Leite e aos restantes bons colaboradores do CEJUR, o excelente ambiente. A Liliana Santos, agradeço a eficiência, a disponibilidade e a boa disposição.

Ao Luís Duarte de Almeida agradeço as discussões jurídico-filosóficas de muitos anos, os auxílios bibliográficos, os convites para Edimburgo e a leitura muito crítica de vários textos, alguns dos quais vieram a ser transformados em partes deste livro. A Toni Rønnow-Rasmussen, os esclarecimentos por *email*, em duas ocasiões, sobre o seu livro que cito. A Cláudio Michelin, Euan MacDonald, Visa Kurki e Lucas Miotto, as conversas em Edimburgo, em Lisboa ou por *email*. Um agradecimento especial ao Visa Kurki e ao Lucas Miotto por terem lido e criticado textos que lhes fui enviando; ao Lucas, também por vários auxílios bibliográficos.

•

•

Agradeço a José de Sousa e Brito a sua inesgotável sabedoria e iniciativa em matérias da filosofia e do direito, em especial os seminários em sua casa e a dinamização das Jornadas da ATFD, como seu presidente, bem como a amizade, boa disposição e companheirismo gastronómico. Um novo agradecimento à Susana de Brito pelas observações sobre o valor pessoal, nas Jornadas e no congresso da IVR. Um agradecimento a José António Veloso por várias conversas em temas jurídicos e filosóficos. Ao Miguel Nogueira de Brito, ao Gonçalo Almeida Ribeiro e ao João Tiago Proença, por semelhantes conversas e pela leitura crítica de vários textos que lhes mandei. Ao André Santos Campos, pela revisão do artigo sobre valor pessoal, pela leitura crítica de outros textos e pelo convite para o artigo sobre direitos. Ao Pedro Abreu, pelas conversas sobre filosofia da linguagem.

Entre os amigos civilistas, o primeiro agradecimento dirige-se à Lurdes Pereira. Não podendo agradecer a amizade, agradeço termos trabalhado juntos em diversos artigos, o muito que me ensina de direito civil, o companheirismo de sempre, a confiança e o apoio, e até duas preciosas oportunidades de trabalho. À Adelaide Menezes Leitão, o reforço mais do que oportuno da decisão de me doutorar e também o incentivo antigo e persistente. À Isabel Mousinho de Figueiredo, ao Francisco Mendes Correia e ao Nuno Trigo dos Reis, numerosas conversas sobre o direito civil e sobre tudo o mais. À Catarina Monteiro Pires, a confiança e o incentivo, a oferta precoce de uma cópia da sua tese de doutoramento, que ainda demoraria dois anos a ser discutida e publicada, e a muito amiga companhia intelectual durante boa parte da redacção deste livro.

De novo ao Miguel Nogueira de Brito, ao Gonçalo Almeida Ribeiro e ao João Tiago Proença, mas também ao Martim Krupenski, ao Quim Pê (J. P. Cardoso da Costa), ao Luís Pereira Coutinho e ao Pedro Lomba pelo apoio por *email*, durante anos, com grande conversa, ora filosófica, ora de galhofa. Um agradecimento especial ao Martim, pela anterioridade cronológica e pela firme constância da sua amizade, outro ao Nogueiras, pelas mesmas antiguidade e constância, e pela sabedoria na orientação ética dos que precisam de ser orientados, e outro ao Salito, pela energética capacidade de resposta e de pergunta. Um abraço especial ao emigrado, erudito e generosíssimo Prudença.

•

•

Também pelos apoios por *email*, pelo incentivo e pela confiança, ao Miguel Alcobia, ao Bé (Francisco Colaço), ao Paulo Almeida, ao Paulo Cordeiro de Sousa, ao Rodrigo Mendia de Castro, ao João Salvador e ao Francisco Landeira. Ao Miguel e ao Bé, e às suas famílias, não cabe aqui um agradecimento suficiente pelo apoio diuturno e multímido. Contenta-me não terem dúvidas sobre a minha amizade. Ao Mário Véstias, que se doutorou um século antes de mim, e à sua família, recordando especialmente o seu pai, agradeço as coisas comuns e incomuns da mais antiga das amizades. Ao meu querido senhorio João Santa Rita Colaço, além do agradecimento pelo contrato, a lembrança da amizade, da conversa e do espírito sempre crítico. Pelo apoio estival durante uma década, com antecedentes e consequentes noutras épocas do ano, um agradecimento à Helena Soares de Moura, ao Luís Silva e às suas famílias. Ao João Almeida, à Joana Riquito Gama e aos restantes «encarregados de educação» de quem me tornei amigo no Pestalozzi, a incluir o Pedro Abreu, um agradecimento pela camaradagem na função durante nove anos. À M. Sol agradeço a paciência, não inesgotável mas generosa, para o heliotropismo em que ensaiei algumas frases não analíticas.

Um agradecimento à Margarida Lima Rego pelas conversas e leituras jurídicas, pelo apoio constante, pela amizade inquebrável e pelo comportamento inexcedível na «guarda partilhada» dos nossos filhos. No mesmo sector, um agradecimento à Maria Amélia Ramalho, à Glória Ramalho e a todos os seus descendentes e afins. Um agradecimento póstumo ao Sebastião Lima Rego.

À Elsa Afonso, com quem muito recentemente me encontrei, agradeço, pelo menos, o apoio incondicional na época ansiosa da realização das provas.

Ao meu pai, nunca esquecido, à minha mãe, aos meus irmãos e suas famílias, aos meus filhos, um agradecimento infinito e a dedicação deste livro.

Lisboa, Julho de 2022

•

I.

INTRODUÇÃO

1. O TEMA

O direito, inclusive o direito civil, é muitas vezes apresentado ou explicado através do conceito de *dever*, com o seu correlato do não-dever ou permissão. Isto é tão comum e tão abrangente que se seria levado a pensar que toda e qualquer questão jurídica se reduziria à existência ou inexistência de deveres com certos conteúdos, de certas pessoas e em certas circunstâncias. O principal objectivo teórico das páginas seguintes é ilustrar a ideia contrária, é mostrar que a melhor compreensão e exposição do direito civil tem de usar conceitos valorativos como os de bem e mal e de fazer referência a *razões* normativas, estas mais básicas, mais fundamentais do que o dever e o valor ou os conceitos respectivos. A importância aqui dada aos conceitos axiológicos, isto é, aos conceitos do discurso valorativo, e às realidades axiológicas constituídas por razões jurídicas, justifica um dos elementos do título. Essa importância é ganha, naturalmente, em prejuízo dos conceitos deônticos, relativos a deveres e permissões, retirando-lhes o exclusivo na exposição do direito. Não se pretende negar a utilidade dos conceitos deônticos no mundo do direito, mas pretende negar-se a sua exclusividade ou a radicalidade da sua importância expositiva.

A tese principal a defender é, pois, a da bondade da utilização de conceitos valorativos e da referência a razões constitutivas de valor na

•

exposição e fundamentação das soluções do direito civil. Esta tese não será defendida unitariamente, mas mostrando que alguns conceitos com interesse geral devem ser analisados nesses termos, simplesmente porque só assim se obtêm análises extensional e explicativamente adequadas. Trata-se sobretudo dos conceitos de dever para com outrem e de direito de base, considerando secundariamente outros conceitos como os de atribuição, dever civil, pessoa jurídica, imputação, vontade e interesse. O trabalho a realizar é de comezinha análise conceptual, tentando responder a perguntas de «o que é...?», como se tem feito na filosofia desde Platão e, em direito, desde o Digesto ou as Instituições de Gaio, e se faz ainda, com especial notoriedade, nos manuais da chamada «teoria geral do direito civil». Pela análise de um pequeno conjunto de conceitos se demonstrará a referida tese principal. A intenção do estudo não é fazer uma análise axiológica de todo o direito civil comum ou das suas putativas partes essenciais, mas apenas a de analisar alguns conceitos e, com isso, mostrar a bondade da axiologia para o efeito. A análise é o tema do estudo, mas este não pretende identificar-se com (toda) essa análise. Daí o artigo definido inicial no título.

De qualquer modo, encaram-se dois problemas teóricos com alguma centralidade no direito civil pós-savigniano. Um, o de integrar os conceitos de *interesse* e de *vontade* numa categoria mais ampla mas ainda suficientemente específica, em vista da relevância de ambas as figuras para as soluções práticas e para a própria construção conceptual; outro, o de generalizar as referências a *acções* de modo a abranger quaisquer estados de coisas que tenham por «fonte» pertinente uma pessoa ou quaisquer estados de coisas que possam ser conteúdo de figuras semelhantes a «direitos». Tenta mostrar-se nos capítulos IV e V que a solução destes dois problemas é unitária e sequencial, assente nos referidos conceitos axiológicos, sobretudo no de valor pessoal.

Sobre a relevância da análise conceptual para o direito prático — para o direito propriamente dito — tecer-se-ão ainda algumas considerações no capítulo III. Uma delas deve ser antecipada, a explicitar uma motivação principal da investigação. Um dos mais importantes defeitos do sistema romano-germânico, tal como herdado nos códigos

•

•

civis do séc. XX, a partir do BGB, eram as soluções dos casos de impossibilidade originária do objecto negocial e de compra e venda de coisa específica originariamente defeituosa, tomando «defeituosa» num sentido amplo. Estes problemas resultavam — no Código Civil português, ainda resultam — de todo o direito do «não cumprimento» ser estruturado pela ideia de não cumprimento de uma obrigação e, em consequência, de não cumprimento de um dever. Ora, nos casos de impossibilidade originária, como em muitos casos de compra e venda de coisa específica defeituosa, não é admissível falar-se de não cumprimento de um dever negocial, tomando a palavra «dever» num sentido reconhecível: um contrato, designadamente, não cria um dever de fazer o impossível, tal como não cria o dever de entregar uma coisa diferente daquela que for seu concreto objecto. Em face dessa dificuldade, sugere-se a possibilidade de apreciar esses negócios jurídicos à luz de outras ideias, que não a de dever, ou seja, à luz de outros conceitos, como o de atribuição. Esses conceitos, mais bem considerados no capítulo V, parecem concorrer utilmente para a solução dos casos e, designadamente o de atribuição, são, no essencial, conceitos valorativos, sugerindo a relevância prática de outros conceitos valorativos e a potencial utilidade de uma investigação conceptual como a que agora se apresenta. Esta, portanto, pode dizer-se motivada pelas dificuldades dogmáticas da oposição entre perturbações originárias e supervenientes do negócio jurídico, embora o seu objecto se restrinja a questões teóricas conceptuais, tomando grande parte das soluções práticas como dados.

Considerar-se-á o direito de modo não-positivista, «jusnaturalista» em sentido amplo. Dedicar-se um capítulo próprio a esta questão, o segundo, em que se ensaia um tipo de análise conceptual teorizada com relativo desenvolvimento no capítulo seguinte. O que deve de momento esclarecer-se é que a opção jusnaturalista é independente da ideia adiante defendida de que o direito deve ser compreendido e descrito também em termos valorativos. A linguagem e os conceitos valorativos — como os conceitos de bom e mau, melhor e pior, desejável e indesejável — podem ser e são utilizados quer num sentido ético, quer num sentido estritamente instrumental. Tanto se fala do que é

•

•

moralmente bom ou desejável, quanto do que é bom ou desejável *para certo fim* arbitrariamente escolhido. Em segundo lugar, esses mesmos conceitos são necessários quer na perspectiva directa, comumente chamada «interna», relativa àquilo que é moral ou juridicamente preferível, quer na perspectiva oblíqua, externa ou sociológica relativa àquilo que, de facto, é assim *considerado* ou é assim *de acordo com* certa referência factual como uma lei, uma instituição social ou uma qualquer ideologia, designadamente relativa àquilo a que os tribunais *dão valor*. Terceiro, os conceitos e o vocabulário valorativos são correctamente utilizáveis quer a respeito de questões fundamentais — sobre aquilo que, como *ultima ratio*, é bom ou mau — quer a respeito de questões superficiais e concretas, sobre se certo estado de coisas identificado pormenorizadamente, inclusive em função da realidade histórica, é bom ou mau, melhor ou pior. A defesa que se fará da adequação da linguagem valorativa ao direito tem em vista «os valores» em face destas amplas possibilidades, e não no sentido de que as referências jurídicas a valores implicassem a recusa do positivismo. Essa recusa assenta em razões próprias.

No seu sentido cultural, este livro é porventura peculiar como tentativa de aproveitar a chamada filosofia analítica, da tradição sobretudo anglófona do séc. XX, em apoio da teorização romano-germânica do direito civil; especificamente, do direito civil comum. Perante as renovadas avalanches da cultura anglófona, parece estimável apoiar o objecto valioso que é o direito civil romano-germânico, e saudavelmente irónico fazê-lo com a própria filosofia analítica. Sobre estes temas versa o resto da Introdução. O capítulo III, como se disse, tenta mostrar a utilidade de analisar conceitos em direito civil. Nos capítulos IV e V, procura mostrar-se que essa análise deve ser axiológica, com indicação breve de alguns seus corolários «protodogmáticos». O capítulo II contém já uma «análise», tomando a palavra num sentido amplo, do conceito de «direito» pressuposto nos capítulos seguintes. O capítulo II, assim, antecipa um tipo de raciocínio apreciado no capítulo III, serve de exemplo para parte dessa apreciação e, embora sem usar conceitos axiológicos, contribui para justificar os capítulos finais. No capítulo V, emenda-se essa análise num sentido axiológico.

•



2. DIREITO CIVIL COMUM E FILOSOFIA ANALÍTICA

a. A referência vaga à filosofia analítica

O cerne deste livro é a análise de conceitos, e um seu sentido cultural é a utilização da filosofia analítica em desejado proveito do direito civil comum da tradição romano-germânica. Não deve supor-se que «análise de conceitos» e «filosofia analítica» sejam o mesmo, ou sequer que uma delas implique a outra. Clarificam-se algumas ideias sobre a análise conceptual no capítulo III, cabe agora dizer uma ou duas palavras sobre a «filosofia analítica», *afastando* qualquer sua delimitação rigorosa ⁽¹⁾.

Um entendimento talvez clássico da filosofia analítica considera-a como um modo de filosofar muito preocupado com o *rigor* e a *clareza* das afirmações e dos argumentos, em vista da sua *verdade* e da possibilidade da sua *discussão*. Em atenção a esses padrões, poderia dizer-se, como autodescrição ostensivamente parcial, que «a filosofia, para valer alguma coisa, tem de ser analítica» ⁽²⁾. A intenção especial de rigor e clareza imporia uma atenção redobrada à *linguagem*, não só como objecto filosófico ⁽³⁾, mas também e, nesta perspectiva, sobretudo como

.....

⁽¹⁾ O que implica também a recusa de argumentos contra a filosofia analítica, mesmo que apenas referida ao direito, assentes numa sua específica e rigorosa concepção, como os que apresenta Castanheira Neves, *O Actual Problema Metodológico*, pp. 113-156.

⁽²⁾ Assim, J. L. Mackie, a abrir o prefácio de *Truth, Probability and Paradox*, p. vii: «Philosophy, to be any good, must be analytic». A *boutade* justifica-se como mote para a afirmação seguinte, de que nem toda a filosofia analítica é feita de análise conceptual.

⁽³⁾ Seria ocioso indicar bibliografia a demonstrar o interesse da filosofia analítica pela linguagem em geral, alguma da qual será referida nos capítulos seguintes. Sempre se dirá que talvez todos os clássicos analíticos lhe tenham dedicado páginas centrais, como é o caso de Frege (1848-1925), Russell (1872-1970), Wittgenstein (1889-1951), J. L. Austin (1911-1960), Grice (1913-1988), Quine (1908-2000), Hare (1919-2002), Davidson (1917-2003) e Kripke (n. 1940), incluindo o geograficamente «continental» Carnap (1891-1970) e o matemático ou lógico — e não «filósofo», num sentido mais



veículo das afirmações e argumentos. A complexidade das línguas naturais e o seu carácter automático, irreflectido — é possível e frequente «falar sem pensar» — ou «intuitivo» exigiria um especial cuidado para que o filósofo não se deixasse iludir ou enredar pela linguagem que usa. A esta luz, o filósofo analítico deveria evitar a todo o custo a linguagem equívoca ou sequer ambígua, evitar, na medida do possível, termos ou expressões vagos e chamar a atenção para aqueles que usa, e reduzir o uso de metáforas e outra linguagem figurada, assinalando também aquelas que emprega. Deveria igualmente tentar compreender o que são a equivocidade, a vaguidade ⁽⁴⁾ e as metáforas ⁽⁵⁾, tal como compreender a diferença entre o significado («semântico») das expressões em si mesmas e o significado («pragmático») do seu uso numas ou noutras circunstâncias, com os eventuais contributos que o contexto dê para esse significado ⁽⁶⁾. Os «paradoxos» mereceriam

.....

restrito que o autor tolerava — Tarski (1901-1983). Vale a pena é notar que, p. ex., os estudos fundadores de Frege e Russell versaram quer sobre a linguagem, quer sobre os fundamentos da matemática e da lógica, juntando várias das preocupações centrais dos filósofos analíticos. Assim, do primeiro, as obras mais citadas são «Über Sinn und Bedeutung», de 1892, *Begriffsschrift*, de 1879, e *Os Fundamentos da Aritmética*, de 1884. «Sinn und Bedeutung» e *Os Fundamentos da Aritmética* são obras sedutoras nas suas teses e acessíveis, que qualquer principiante com inclinações analíticas lê com gosto. De Russell, o inacessível *magnum opus* com A. N. Whitehead, *Principia Mathematica*, de 1910 a 1913, é acompanhado por pequenos estudos perfeitamente legíveis que marcaram toda a literatura posterior sobre o significado e a referência, *maxime* «On Denoting», de 1905. É curioso que G. E. Moore (1873-1958), outro autor dos princípios da filosofia analítica, colega de Russell e Wittgenstein, tido por «fundador» com estes e com Frege, escreveu também uns «Principia» (fazendo eco do título da principal obra de Newton), embora «apenas» uns *Principia Ethica*, de 1903.

⁽⁴⁾ É muito influente o estudo de T. Williamson, *Vagueness*, de 1994. T. Endicott, *Vagueness in Law*, de 2000, cita bastante o anterior.

⁽⁵⁾ Sobre estas, questiona-se primariamente se representam alterações ao significado dos termos usados ou se o significado (original, «semântico») se mantém, produzindo a metáfora outro tipo de efeitos. Um livro bastante citado é Stern, *Metaphor in Context*. Outro problema é a relevância do uso de metáforas em temas não linguísticos, como a ética. Cf. Denim, *Metaphor and Moral Experience*.

⁽⁶⁾ Esta questão mantém aberta uma divisão profunda entre filósofos analíticos. Por um lado, o «minimalismo semântico», a visão de que o significado semântico



respeita apenas aos tipos abstractos que são as palavras, as frases, os morfemas, etc., e é imune às concretas enunciações e seu contexto, *salvo* o caso dos indexicais ou deícticos, palavras como alguns dos pronomes da tradição portuguesa, em certos usos — «eu», «vós», «aqui», «ontem», «isso» e «essas» —, as flexões de «tempo» e pessoa dos verbos, e pouco mais. Esta tese também enquadra sem dificuldade a referência anafórica — sobretudo, pronomes da terceira pessoa como «ele», «si» e «aquele», mas também «isso» e «essas», quando a sua referência é dada por outro termo da mesma frase ou sequência de frases: o «contexto linguístico», neste sentido restrito, não é contexto *de enunciação*. O minimalismo semântico entende que não há indexicalidade escondida. Observe-se lateralmente que se suscita aqui a dúvida sobre o que é indexicalidade escondida ou aquele «pouco mais». A diferença de significado entre «levar» e «trazer», p. ex., implica indexicalidade em vários dos seus usos. As expressões preposicionais portuguesas «desde» e «a partir de», embora muitos dicionários as dêem como sinónimas, parecem envolver indexicalidade temporal oposta: diz-se normalmente «desde ontem» e «a partir de amanhã», mas não as inversas. Em cada enunciação concreta, continua o minimalismo, há uma pluralidade de actos de linguagem — não só os tradicionalmente identificados, como «afirmar», «prometer», «ordenar», etc., mas muitos outros — governados também ou exclusivamente por regras não linguísticas, e há comunicação de uma quantidade linguisticamente não controlada de *informação*. Além disso, em cada enunciação há ou pode haver um «significado do falante» (*speaker meaning*), que se opõe ao semântico «significado da frase», mas que é privado e que o discurso linguístico não tem de esclarecer. A semântica — e, infere-se da posição de alguns autores, a filosofia da linguagem — só se reporta ao significado semântico acontextual, acrescido da indexicalidade. Esta descrição (radicalizada) corresponde com a fidelidade que se conseguiu às teses de Cappelen e Lepore defendidas em *Insensitive Semantics*, de 2005, *passim* (a argumentação estende-se sequencialmente do princípio ao fim do livro, daí o «*passim*»). Posição oposta é a do «contextualismo», exemplificada no livro de F. Recanati, *Literal Meaning*, de 2004, para quem o tema da filosofia da linguagem é *aquilo que é dito* («what is said»), que só poderia ser determinado e cujas condições de verdade seriam maioritariamente condeterminadas em face de concretas enunciações (ou de descrições de contextos de enunciação), o que poderia ser demonstrado empiricamente por recurso às reacções dos falantes a diversas enunciações (em diferentes contextos) das mesmas frases. Na perspectiva dos juristas, cabe notar que, independentemente do lado a que assista razão na filosofia da linguagem, o «significado» que se procura na interpretação das leis, dos negócios jurídicos, das decisões judiciais, dos actos administrativos, etc., é sempre um *significado da enunciação* («utterance meaning», categoria aliás pouco reconhecida na filosofia analítica da linguagem, que tradicionalmente se basta com a dicotomia «sentence meaning»/«speaker meaning»), inclusive pela razão de que se trata *sempre* de interpretar enunciações — ou «textos» reconstruídos a partir de concretas enunciações, como observou Ferreira de Almeida em *Texto e Enunciado*, pp. 195-197 e 278-308.



atenção especial ⁽⁷⁾. O filósofo seria convidado a nomear as coisas de que fala e a definir os termos que usa ⁽⁸⁾. O carácter extraordinário das línguas naturais, dadas as suas extrema complexidade e simultânea facilidade para os falantes nativos, sugeriria, por outro lado, que o próprio uso da língua ou as intuições dos falantes ⁽⁹⁾ em tal uso

As constrações do minimalismo semântico podem, na melhor das hipóteses, ser aproveitadas para o conceito de «sentido literal», na medida da utilidade deste, embora aí deva contar-se com as objecções do contextualismo.

⁽⁷⁾ Cf., p. ex., de Quine, «The Ways of Paradox», em defesa do papel iluminador dos paradoxos, ou a exposição de Mackie, em *Truth, Probability and Paradox*, que apresenta uma estimulante colecção de paradoxos, inclusive paradoxos normativos, vários deles tirados da literatura não filosófica (veja-se o paradoxo de Cervantes e do Sancho Pança governador de Baratária, na p. 297). Não só a lista de paradoxos das pp. 296-301, mas todo o estudo sobre paradoxos lógicos a partir da p. 237. O paradoxo de Russell, relativo ao «conjunto dos conjuntos que não são membros de si próprios», foi o tema do contacto epistolar inicial entre o seu autor e Frege, fazendo ruir um projecto, de Frege, de fundamentação lógica da matemática.

⁽⁸⁾ A definição é também um tema recorrente da filosofia analítica, adiante considerado para os efeitos da investigação (*infra*, nos pontos 7/c e 7/d). Um clássico é R. Robinson, *Definition*, de 1954; cf. tb. C. I. Lewis, *An Analysis of Knowledge*, de 1946, pp. 96-130, e I. Copi, *Introduction to Logic*, de 1972, pp. 108-143. Para uma introdução moderna às respectivas dificuldades, cf. a entrada de A. Gupta na SEPh, «Definitions».

⁽⁹⁾ De Chomsky em diante, a competência automática, intuitiva e extensa dos falantes seria também o objecto principal da linguística, que aquele autor chega a identificar como uma subdisciplina da psicologia. A facilidade da aquisição linguística pelas crianças, em face de um número limitado de enunciações por quem as rodeia, justificaria também a crença numa «gramática universal» (é o argumento da «pobreza do estímulo»). Cf. N. Chomsky, *O Conhecimento da Língua*, de 1986, pp. 15-16 e 67-71. A suposta relevância das intuições na filosofia poderia, para alguns entendimentos, ser justificada através desta dimensão linguística, «naturalizando», afinal, o pensamento filosófico: vejam-se os apelos a uma «filosofia experimental», p. ex., de Appiah, *Experiments in Ethics*, 2008, e o texto introdutório de Knobe e Nichols «Experimental Philosophy», mas tb. as observações muito críticas de Cappelen na obra citada na n. seguinte. É duvidoso não só que a filosofia analítica dependa significativamente de intuições (cf. a n. seguinte), mas também que as intuições filosóficas relevantes tenham um carácter linguístico significativo. Os juízos intuitivos em questões morais, p. ex., parecem ter natureza diferente. Em todo o caso, o

•

pu dessem servir de argumento em questões filosóficas ⁽¹⁰⁾, designadamente

.....

projecto da filosofia experimental continua vivo. Cf., p. ex., M. Lindauer, «Experimental Philosophy and the Fruitfulness of Normative Concepts», de 2020.

⁽¹⁰⁾ Não é impossível que o apelo expresso a «intuições» tenha surgido na filosofia analítica devido às teses *linguísticas* de Chomsky (assim, J. Hintikka, «The Emperor's New Intuitions», de 1999). Em *Philosophy without Intuitions*, de 2012, H. Cappelen tenta demonstrar que, de facto, os filósofos (analíticos) *não dão* especial valor às intuições como argumento probatório das suas teses, nem às intuições linguísticas (de aplicação de termos, cf. pp. 113-115 e 145-146), nem a outro tipo de intuições. O autor inclui nas suas conclusões que a análise conceptual também não é central para a filosofia (analítica, pp. 209-217), e que a filosofia (analítica) inclui todo o género de argumentos e de conclusões (188-192). Interessa à presente investigação que as intuições de solução de problemas éticos e jurídicos podem ter um papel, não probatório mas heurístico — ou seja, como métodos de procura de respostas verosímeis, como *ars inveniendi* — da maior relevância. Cappelen, na verdade, não impugna o papel heurístico das intuições. Nas suas palavras, não impugna o seu papel no «contexto da descoberta», mas apenas no «contexto da justificação» (na última página, p. 230). Este livro, que tem na capa a imagem de uma mulher a olhar para uma bola de cristal, é certamente polémico. Encontra-se uma abertura maior ao papel probatório da intuições em *The Philosophy of Philosophy*, publicado em 2007 por T. Williamson, que faz uma analogia entre as «experiências pensadas» da filosofia, destinadas a suscitar «intuições», e os «casos hipotéticos» dados a estudantes de direito na tradição anglo-americana (p. 191) — não cabe agora discutir se essa analogia não é, afinal, identidade. A ideia do autor é que a própria compreensão dos casos tem de ser aprendida e treinada, de modo a que as intuições relevantes para a filosofia analítica seriam as intuições dos próprios filósofos, e não as de leigos. Williamson, como Cappelen, tem muito em vista os chamados «casos de Gettier», em que uma crença verdadeira e justificada — embora justificada em passos intermédios falsos — não é, intuitivamente, considerada *conhecimento* (pp. 195 e ss.). Na verdade, Williamson também duvida do papel das intuições nestes casos — a sua obra mais reconhecida, *Knowledge and Its Limits*, de 2000, é sobre o conhecimento —, quer pela dificuldade de se garantir a boa compreensão (não só em casos rebuscados, mas também em todos os contrafactuais), quer por ser sempre possível perguntar se certa intuição é *correcta* (205 e ss.). Parece, inclusive, que os filósofos analíticos contemporâneos apelam às «intuições» «quando se lhes acabam os argumentos» (p. 214 e ss.). O autor prossegue para discutir, em termos que não se pode reproduzir aqui, *o que são* as intuições: opiniões? crenças? crenças filosóficas? «pareceres»? crenças *não inferidas* de outras? Cappelen, antes citado, sugere que não se confundam intuições com o normal *common ground* não discutido de qualquer discussão. Em todas as versões consideradas por Williamson, contudo, não é certo que

•

em questões de «análise conceptual». Nesta medida, a filosofia (analítica), em boa parte, poderia talvez ser entendida como uma actividade de esclarecimento da linguagem usada ⁽¹¹⁾ e, porventura, de sugestão de linguagens melhoradas ⁽¹²⁾.

O rigor da argumentação, na procura da verdade, exigiria alguma proximidade entre a filosofia e a *lógica*, a «lógica formal», procurando garantir a validade das inferências, evitando os *non sequitur*, expondo falácias e sofismas, com o ideal de que os argumentos sejam premissas de que se extraíam conclusões necessárias. Trata-se, naturalmente, apenas de um ideal, mas um ideal orientador ainda assim. A lógica e as relações de consequência lógica — de geração de inferências logicamente válidas — é também amplamente tematizada pela filosofia analítica, tal como o é a *matemática* e as relações entre ambas. Para alguns entendimentos, a lógica ou cada sistema lógico seria, justamente, uma linguagem melhorada, absolutamente rigorosa e, por isso, desejável. Não é fácil circunscrever o conjunto de revistas de filosofia analítica em que se corre o risco de abrir um artigo para encontrar páginas de sinalefas próprias da escrita lógica. Para um filósofo analítico, *as ciências*, a começar pelas ciências naturais, e o conhecimento que geram são também temas próximos, enquanto principal fonte de informação verdadeira no nosso tempo. Os «factos» científicos teriam

.....

as intuições possam desempenhar algum papel probatório. Uma questão central é que, para lá das intuições de natureza linguística — e, portanto, empírica, misto de história pessoal e biologia —, cujo papel filosófico, não meramente heurístico, só poderia dar indicações sobre o «sentido comum» de palavras, não parece fácil adivinhar uma natureza para as intuições — p. ex., em questões éticas — que se distingua da simples inserção histórico-causal de quem intui e que, portanto, pudesse provar mais do que isso. Cf. ainda uma referência breve ao intuicionismo ético na n. 70, *infra*.

⁽¹¹⁾ P. ex., nas palavras de Hare, *The Language of Morals*, de 1952, p. iii (a abrir o prefácio), «a ética, tal como eu a concebo, é o estudo lógico da linguagem da moral.»

⁽¹²⁾ Talvez abandonando a metafísica graças a uma linguagem melhorada... Cf. R. Carnap, «The Elimination of Metaphysics through the Logical Analysis of Language», de 1932.

•

•

precedência decisiva sobre a «opinião» comum ou arreigada. A filosofia seria porventura uma continuação das ciências, sem separação ⁽¹³⁾, embora por vezes se afirme que a argumentação filosófica é «de cadeia», *a priori*, independente da experiência, como a lógica e a matemática, e ao contrário das ciências. A filosofia analítica, com estes objectivos e ideais, assumiria ainda a virtude da *modéstia epistemológica*, contentando-se, sempre que necessário ou, pelo menos, possível, com a discussão de «pequenas coisas», com a proposta apenas de «pequenos passos» ⁽¹⁴⁾, talvez com uma consciência acrescida de não haver na filosofia progresso do conhecimento semelhante ao das ciências. Além da clareza, a *simplicidade* seria virtude cardeal da exposição e, *ceteris paribus*, das próprias teorias. A exigência de simplicidade sugeriria ainda uma *ontologia parcimoniosa* — não considerar tipos de existentes ⁽¹⁵⁾ sem necessidade —, com alguma simpatia de

⁽¹³⁾ Esta uma ideia resultante, designadamente, da negação por W. O. Quine da separação entre analítico e sintético, a que se dedicam alguns parágrafos no capítulo seguinte, no número 5/b.

⁽¹⁴⁾ Assim, J. Gardner, «Law and Philosophy», p. 2, que contrapõe a filosofia analítica a uma «filosofia sintética [...] nascida do iluminismo alemão mas hoje mais associada aos *grands philosophes* que medram nos horários tardios da televisão francesa.» Apesar desta descrição, Gardner vê talvez positivamente a «filosofia sintética» como aquela que mostra as grandes questões resultantes de ligações entre pequenas questões aparentemente desconexas. Gardner prefere o trabalho inverso da filosofia analítica, o de dividir as grandes questões em questões mais pequenas e exactas. Numa linha semelhante, é atribuído a Roderick Chisholm (1916-1999) o remoque de que «as ideias brilhantes são a cinco tostões a dúzia: o verdadeiro trabalho filosófico acontece *depois* de se ter a ideia brilhante» (F. Feldman, «Chisholm Banquet Talk»).

⁽¹⁵⁾ «Ontologia», no sentido analítico, é simplesmente o discurso sobre aquilo que existe, sobre aquilo que há, reduzido no âmbito da filosofia ao discurso sobre os géneros mais amplos daquilo que há. A ontologia, *hoc sensu*, é parte da «metafísica», frequentemente mencionada em lugar da «ontologia», talvez para evitar equívocos. A metafísica inclui ainda temas como a modalidade (possibilidade, necessidade, etc.), a substância e as propriedades, a mereologia (relações entre «partes» e «todo»), o físico, o mental e o abstracto, talvez ainda o tempo e o espaço, e a causalidade.

•

•

princípio relativamente a teses nominalistas ⁽¹⁶⁾. Os *argumentos de autoridade seriam proscritos* ⁽¹⁷⁾, salvo razões especiais — a autoridade do testemunho é tematizada —, pelo menos no seio das próprias questões filosóficas, e seria em princípio exterior à filosofia analítica o estudo dos filósofos em termos descritivos ou históricos, só sendo admissível a discussão de teses e argumentos.

Podem sintetizar-se estes dois parágrafos agregando os itálicos de realce numa série de palavras-chaves: *verdade; rigor; clareza; discussão*; cuidados com a *linguagem*, sua ampla tematização e utilização especial; *lógica* e validade das inferências; *matemática* e *ciências*; *modéstia epistemológica*; *simplicidade* expositiva e ontológica; proscrição de princípio dos *argumentos de autoridade*. Assim se descreveria sumariamente a filosofia analítica. Com tanta atenção à verdade, ao rigor e à linguagem — talvez com prejuízo daquilo sobre que versa a linguagem — esta filosofia analítica presta-se a ser liminarmente ridicularizada como uma excrescência da linguística, se não um exercício de sintaxe, talvez perdida em questões meramente verbais ⁽¹⁸⁾. Conta-se que certo professor de «filosofia continental» — esta opor-se-ia à filosofia analítica no seio da filosofia ocidental, sendo o «continente» referido o europeu, sem as ilhas britânicas — terá mostrado a lombada de um livro de filosofia analítica a um discípulo: «Está a ver este livro? Isto é tudo verdade, o que está aqui dentro é tudo verdade! Só não tem interesse nenhum» ⁽¹⁹⁾. Numa linha

.....

⁽¹⁶⁾ Cf. o estudo de Quine «On What There Is», de 1948.

⁽¹⁷⁾ Este elemento descritivo não se destina tanto a confrontar a filosofia analítica com outras filosofias quanto a confrontar a filosofia com o direito, em que a autoridade *das fontes* é pressuposto genérico, embora caiba por vezes discutir quais são as fontes. J. Gardner, «Law and Philosophy», pp. 14-16, sublinha esta diferença entre o direito e a filosofia, talvez excessivamente.

⁽¹⁸⁾ Tema também tratado na filosofia analítica. Cf. a n. 113 *infra*.

⁽¹⁹⁾ Historieta relatada em conversa de ocasião por Davide Scarso, um filósofo continental a quem se deixa o devido agradecimento. Noutra perspectiva continental, Nietzsche afirmou (n'«O Anticristo», cap. 46) que a única «palavra com valor» no Novo Testamento seria a pergunta de Pilatos, o que é a verdade? (João 18, 38), pergunta que *aniquilaria* a fonte onde se encontra e, conclua-se aqui por identidade

•

•

semelhante, mas defensiva, numa biografia de Derek Parfit (1942-2017), relata-se que o autor, na juventude, terá ouvido um filósofo continental e um filósofo analítico, o primeiro sobre coisas interessantes e de maior importância, mas sem que Parfit percebesse patavina; o segundo a falar com transparente clareza, mas sobre assuntos triviais. Parfit terá considerado mais provável evoluírem os analíticos para temas interessantes do que ganharem clareza os continentais, e assim se terá decidido pela filosofia analítica ⁽²⁰⁾.

Estas historietas pretendem fazer recordar que a preocupação com a verdade e o cuidado com a linguagem não chegam para constituir uma disciplina. Somando a isso que o rigor e a *clareza* admitem graus e são difíceis de alcançar, e que os restantes critérios apresentados apenas indicam tendências, realizáveis também em medida variável, e talvez decorram dos anteriores, não se obtém uma imagem *clara* do que seja a filosofia analítica. Acresce a sentença aristotélica de que não é permitido maior rigor, em filosofia, do que o próprio objecto de estudo autoriza, e a ética e o direito, que aqui mais interessam, não são objectos rigorosos ⁽²¹⁾. Não há contradição nem paradoxo nesta oposição de clarezas, já que a sua falta na identificação da disciplina pode ser explicitada e assumida, mas um hipotético desconhecedor

.....

de razão, a filosofia analítica. Naturalmente, a filosofia analítica discorre em extensão sobre a verdade. Cite-se, por graça, um artigo do pós-tarskiano D. Davidson, «The Folly of Trying to Define Truth», de 1996.

⁽²⁰⁾ MacFarquhar, «How to be Good. An Oxford Philosopher Thinks He Can Distill All Morality», p. 17.

⁽²¹⁾ *Ética a Nicómaco*, 1094b: «É próprio do homem instruído procurar a exactidão em cada matéria na medida em que a admite a natureza do assunto.» «As coisas nobres e justas objecto da política apresentam tantas diferenças e desvios que parecem existir só por convenção, e não por natureza. [...] E quando tratamos de coisas que ocorrem geralmente [que ocorrem apenas o mais das vezes] e se parte de tais premissas, é bastante chegar a conclusões semelhantes.» Usou-se e passou-se ao português a trad. espanhola indicada na bibliografia, inserindo entre parênteses rectos um trecho da trad. de António C. Caeiro. O latim *id quod plerumque accidit*, corrente em textos jurídicos, corresponde também a esse trecho, através da expressão de Juliano em D. 1, 3 (*De legibus senatusque consultis...*), 10.

•

•

daquilo de que se trata talvez se sentisse insuficientemente informado sobre este quadrante filosófico.

Se a filosofia analítica não se define pelos seus temas, nem pelo seu estilo, nem pelos seus ideais epistemológicos, parecerá mais razoável entendê-la como uma *tradição* académica, ou mais genericamente como uma tradição filosófica ou uma continuidade de discussão. Nesta perspectiva, o apego à linguagem, à lógica, às ciências, à exactidão e à literalidade seria um mero facto bibliográfico, e a filosofia analítica definir-se-ia como aquela em que se citam e discutem as teses dos filósofos aqui indicados no rodapé ⁽²²⁾. A filosofia analítica identificar-se-ia ainda por *não* citar certos filósofos. A tese subjacente é que a filosofia europeia — ou ocidental, a incluir os autores islâmicos e judeus de influência aristotélica e, mais tarde, os autores do Novo Mundo — seria uma até Kant (1724-1804), mas Kant seria o último elo da tradição unitária: depois, teria havido uma cisão. Os analíticos, assim, não citariam Hegel nem os restantes idealistas alemães, tal como não citariam Kierkegaard, Nietzsche, Marx, Husserl, Heidegger, Gadamer, Sartre, Habermas ou Derrida. Claro que estes autores são ocasionalmente citados, às vezes mais do que ocasionalmente ⁽²³⁾, o

.....

⁽²²⁾ Talvez não seja a intenção do autor, mas pode ler-se nesse sentido o estudo histórico de S. Soames, *Philosophical Analysis in the Twentieth Century*, de 2003. Soames não inclui Frege nos capítulos deste livro, mas tem a desculpa de versar apenas sobre o séc. XX, e sublinha a omissão. A «linha de investigação altamente produtiva e historicamente integrada» que o autor trata começa com Frege (vol. I, p. xvii-xviii), «talvez o mais importante pioneiro no desenvolvimento da lógica simbólica, da filosofia da lógica, da filosofia da matemática e da semântica filosófica modernas» (vol. II, p. 461-462). Soames lamenta também não ter incluído John Rawls (nas mesmas pp. do vol. II). Frege ocupa a primeira parte (pp. 3-131) de um livro posterior de Soames, *The Analytic Tradition*, de 2014.

⁽²³⁾ É interessante ler os artigos da analítica SEPh sobre os filósofos «continentais». Todos eles são apresentados à sua melhor luz e «analiticamente», sem que se faça supor a existência de um «cisma» na filosofia ocidental. Por outro lado, há casos de autores «continentais» não citados, mas *lidos*, o mais célebre dos quais será a não citação de Weber por Hart a propósito das perspectivas externa e interna do direito (cf., do presente autor, «Weber e Hart», n. 10 e texto respectivo). Outra possibilidade será uma não citação de Reinach por Raz sugerida *infra*, n. 72.

•

•

que repõe a dificuldade da delimitação, e alguns deles têm afinidades de estilo, para dizer o mínimo, com os autores canonicamente analíticos, como é o caso de Brentano (1838-1917), Husserl (1859-1938) e Reinach (1883-1917). Simetricamente, estes últimos, como Wittgenstein, são contados entre «os seus» pelos filósofos «continentais». Outros autores ostentam influências dos dois lados do cisma ⁽²⁴⁾.

Numa última tentativa, talvez pudesse delimitar-se a filosofia analítica em termos étnicos ou étnico-políticos, a condizer, afinal, com a delimitação geográfica da filosofia «adversária» como «continental» ⁽²⁵⁾. A filosofia analítica, neste sentido, seria a filosofia da anglofonia, ou da Grã-Bretanha e suas ex-colônias, talvez acrescida de certos países tradicionalmente seus aliados, *contra* as potências filosóficas continentais, a França e os estados alemães. Esta descrição corresponderia ao apogeu do império britânico, após a vitória nas guerras napoleônicas, aos nacionalismos na viragem para o séc. XX, e depois à ascensão dos Estados Unidos e à vitória na Primeira Guerra Mundial. Assim se tomariam como precursores da filosofia analítica Bentham (1748-1832), Stuart Mill ⁽²⁶⁾ (1806-1873) e Sidgwick (1838-1900), poderia ver-se um antepassado especial em Occam (1287-1347), ficaria redobradamente justificada a grande atenção a Hume (1711-1776) e até a Locke (1632-1704) ou a Hobbes (1588-1679), e incluir-se-iam mais facilmente Rawls (1921-2002), da filosofia política, e Dworkin (1931-2013), da filosofia do direito (ou do *law*): este último, sem sinais

.....
⁽²⁴⁾ Casos notórios seriam Alasdair MacIntyre, em *After Virtue*, de 1981, e Robert Brandom, em *Making it Explicit*, de 1994, e *Articulating Reasons*, de 2000, que de alguma forma resume o anterior.

⁽²⁵⁾ A expressão «filosofia continental» é posterior à Segunda Guerra e originariamente anglófona, de filósofos analíticos. Não esconde um sentido depreciativo ao caracterizar geograficamente um conjunto de tendências, por oposição a um outro identificado por uma intenção temática ou um método («filosofia *analítica*»). Cf. o cartune sobre o tema em www.existentialcomics.com/comic/342, que atribui ficcionalmente a autoria da designação «continental» a Russell.

⁽²⁶⁾ Reforça-se a ligação se pensarmos que Stuart Mill foi «padrinho laico» de Russell. Cf. a referência da Bertrand Russell Society, www.bertrandrussellsociety.org/bertrand-russell/.

•

•

de analitismo na sua escrita. Também se compreenderia melhor algum esquecimento de nomes da filosofia católica clássica (S. Agostinho), medieval (S. Tomás de Aquino) ⁽²⁷⁾ ou da contra-reforma (Suárez). Ficaria talvez por esclarecer, todavia, o papel central de Frege, Wittgenstein, Carnap e Tarski na filosofia analítica, descontando a estada do segundo em Cambridge e a imigração dos dois últimos para os Estados Unidos. Pelo lado inverso, o pragmatismo americano, nomeadamente o de Peirce, não é por regra incluído na filosofia analítica, apesar de alguma proximidade temática. A própria «filosofia da linguagem vulgar», de Austin e do segundo Wittgenstein, entre outros, foi por vezes excluída das hostes analíticas. A expansão geral da cultura anglo-americana e, com ela, da sua filosofia, depois da Segunda Guerra Mundial, com a multiplicação do número de filósofos analíticos em todos os continentes, tem, por outro lado, o efeito de descaracterizar etnicamente a tradição. A filosofia analítica, ainda que tivesse sido, já não é a filosofia anglófona. Na filosofia do direito, p. ex., Alexy (n. 1945) é um autor sensivelmente influenciado pela filosofia analítica ⁽²⁸⁾. Nem faltam filósofos «continentais» em países anglófonos, ou autores dificilmente qualificáveis, como o austríaco imigrado nos Estados Unidos Hans Kelsen (1881-1973) ⁽²⁹⁾.

.....

⁽²⁷⁾ No entanto, John Finnis (n. 1940) é um tomista reconhecido na filosofia do direito.

⁽²⁸⁾ Sobretudo no livro correspondente à sua dissertação de doutoramento, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1.ª ed. de 1978. Alf Ross (1899-1979) poderia talvez ser também contado como filósofo analítico do direito, dado ter sido manifestamente influenciado pelo verificacionismo do positivismo lógico do Círculo de Viena, expresso em *On Law and Justice*, de 1959. Os estudos de G. H. von Wright (1916-2003), discípulo em Oxford e executor testamentário de Wittgenstein, também podem ser incluídos. Com interesse para o direito, *The Varieties of Goodness*, de 1963, e *Norm and Action*, do mesmo ano, sendo de sublinhar, no entanto, a intenção (meramente) lógico-formal deste último, cujo subtítulo é «*A Logical Enquiry*».

⁽²⁹⁾ Não houve nenhum objectivo de exaustividade na lista de autores analíticos indicados. Vários dos agora não referidos serão citados ao longo da investigação, entre os quais os filósofos do direito H. L. A. Hart (1907-1992), J. Raz (n. 1939) e J. Gardner (1965-2019).

•

•

Como começou por dizer-se, a intenção desta alínea é afastar um entendimento rigoroso da filosofia analítica. Não se pretende rigor quanto a esse assunto para a investigação projectada, em que nem se dá valor reforçado às ideias dos filósofos ditos analíticos, nem houve intenção alguma de limitar as referências bibliográficas segundo critérios de tradição, filiação intelectual ou geografia. Se a filosofia analítica, nalgum sentido reconhecível, tem uma presença maior, isso deveu-se a inclinações mais ou menos imponderadas do autor, que, em todo o caso, tenta dar crédito a cada filósofo ou jurista apenas em função do que este defenda, e não em função do estilo ou da tradição em que se insere. Encontra-se, contudo, um *tom* analítico nalguns dos capítulos seguintes ⁽³⁰⁾, e é de análise conceptual que se ocupam as partes centrais do texto. Nesses aspectos, este é um exercício de filosofia analítica, aspirando à sua aplicação. Considera-se, no entanto, um outro aspecto analítico na alínea c) desta Introdução.

b. Direito civil comum

Num sentido grosseiro, legal e nacional, o direito civil comum são ⁽³¹⁾ os três primeiros livros do Código Civil português, ou as regras

.....

⁽³⁰⁾ Pode caricaturar-se este «tom» dizendo que do que se trata é de tomar a *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (abreviadamente, SEPh) como «a» referência terminológica e conceptual, se não como «o manual de referência». A SEPh é uma enciclopédia filosófica que reclama seguir os critérios de revisão científica próprios das revistas académicas, publicando periodicamente artigos e as suas reedições. Os artigos são por regra confiados a autores com trabalho reconhecido sobre os assuntos das entradas.

⁽³¹⁾ Alguns leitores podem ter por duvidosa a estrutura «o direito são», mas essa sintaxe, muitas vezes usada adiante, é vernácula, seguindo a regra de que o verbo «ser», com sujeito singular, concorda com o predicativo do sujeito plural quando exprime (o verbo) as ideias de identidade ou de constituição. Encontra-se um sumário da questão, com abonações, no *site* Ciberdúvidas da Língua Portuguesa, datado de 2017, www.ciberduvidas.iscte-iul.pt/consultorio/perguntas/sobre-a-concordancia-do-verbo-ser-com-o-predicativo-do-sujeito/34276. A evitação desta estrutura com um circunlóquio como «o conjunto de» ou «a totalidade de» gera dificuldades

•

•

que se lhes imputam, ou, do ponto de vista aqui mais relevante, as matérias jurídicas correspondentes. Justificar-se-á excluir os temas de metodologia jurídica geral e relativos às «fontes do direito», os do «direito internacional privado», talvez ainda os da prova — *maxime*, em tribunal — e as regras genéricas sobre «ónus da prova». Esta exclusão pode ser tomada como meramente tradicional ou estipulativa, envolvendo uma dose de arbitrariedade, mas talvez encontre justificação na saliência que aqui assumem as questões de metodologia, argumentação e «epistemologia aplicada» — trata-se do conhecimento de «factos» e «normas», e da adesão a umas ou a juízos sobre os outros —, saliência essa que não se encontra no (restante) direito privado, dito «substantivo» em sentido estrito ⁽³²⁾. Também será algo indiferente deixar o tema do «abuso do direito» no campo da metodologia ou no do direito civil, mas esta opção já se prende com as concepções que quanto a ele se defendam ⁽³³⁾. Num sentido ainda grosseiro e nacional, mas agora académico, o direito civil comum é a matéria das disciplinas de «teoria geral do direito civil» (sem os temas associados à prova), «direito das obrigações» e «direitos reais» («direito das coisas»), tal como tradicionalmente compostas nas faculdades portuguesas. Este conjunto de assuntos pode ser identificado directamente, pelo menos de modo aproximado, também noutros

.....
 teóricas, pois estas expressões não são semanticamente indiferentes: o sentido da frase muda. Se, p. ex., certa regra é direito, então o direito não é (sempre) a totalidade das regras, porque uma regra não é essa totalidade.

⁽³²⁾ Mesmo em vista do ónus da prova, não parece inadequado manter a distinção. Cf., do presente autor, *Distribuição*, pp. 28-35.

⁽³³⁾ Vendo-o como uma ou a «cláusula geral geral», passe a repetição, cabe atribuí-lo à metodologia jurídica, sem mais determinações; vendo-o como problema específico dos direitos — só dos direitos e só para certas circunstâncias —, melhor caberia integrá-lo no direito civil comum. A primeira leitura aproxima-se da de Menezes Cordeiro (*Da Boa Fé*, pp. 879-901); a segunda, da tradição francesa a que se refere aquele autor (*Boa Fé*, pp. 670-684) e do entendimento da doutrina do «abuso do direito» como *apenas um* «exemplo da erupção de um novo espírito de juridicidade normativo-concreta» que o pensamento jurídico deve realizar (Castanheira Neves, *Questão-de-Facto*, p. 530, n. 59).

•

•

países da tradição jurídica romano-germânica, ou não se tratasse aqui de reproduzir parcialmente a «classificação germânica do direito civil». O direito civil comum ultrapassa, portanto, uma circunscrição meramente nacional.

Este direito comum, ao contrário do *ius commune* e do *common law*, não é uma categoria socialmente identitária. O *ius commune* era identitário, embora apenas a respeito de um certo grupo social (os juristas), ao extravasar dos estados, em vista de uma comunidade histórico-cultural maior. O *common law* é identitário num sentido étnico-político — agora, sem dúvida ⁽³⁴⁾ — ao contrapor-se aos direitos «continentais», de inspiração germânica ou francesa, e é identitário num sentido político-orgânico ou profissional ao contrapor-se, nesses países, ao direito de fonte legal, referindo-se ao direito judicial ⁽³⁵⁾. O direito civil comum é, digamos, «subidentitário» — define-se directamente no interior do direito romano-germânico —, mas a definição respeita aos seus temas.

Cabe então perguntar quais são os assuntos do aqui chamado «direito civil comum». A resposta a evitar é a de que se trataria do direito privado *patrimonial*, no sentido de respeitante às questões de dinheiro, às questões dos bens, posições jurídicas ou actos jurídicos «avaliáveis em dinheiro», podendo apenas discutir-se o modo da avaliação e os casos

.....

⁽³⁴⁾ Ao contrário do que se viu na alínea anterior para a filosofia analítica. É extremamente curioso, contudo, que as coisas — a identificação dos países de *common law* e a da filosofia analítica — nem sempre sejam independentes. Quando foi publicado na SEPh em 11 de Setembro de 2015, o artigo de Daniel Markovitz depois intitulado, de acordo com o seu conteúdo, «Theories of the Common Law of Contracts» chamava-se «Theories of Contract Law», como se não se limitasse àquele espaço étnico-político-jurídico. A mudança ocorreu, ao fim de seis dias, por protesto dos leitores — com respostas de grande elevação do director da enciclopédia, Edward Zalta, e do próprio autor do artigo — acompanhada de uma pequena correcção, com a mesma origem, no interior do texto. Em 2021, o artigo foi eliminado na SEPh sem explicações, substituído pelo estudo com Emad Atiq «Philosophy of Contract Law». Tanto quanto se vê, um retrocesso.

⁽³⁵⁾ Ignora-se por simplicidade a diferença entre o *common law* e o *equity law*, um acidente histórico sem alcance teórico visível.

•

•

em que ela seria possível ⁽³⁶⁾. O direito civil comum não é o ou um direito patrimonial, e nenhum dos seus institutos centrais se define pela patrimonialidade ⁽³⁷⁾. O direito patrimonial nem é o que interessa a esta investigação, nem — se se permite uma entrada momentânea numa questão jurídica substancial — é aquilo a que se referem as indicadas disposições da lei portuguesa e de leis a ela semelhantes, ou as disciplinas académicas correspondentes.

Savigny chamou «direito patrimonial» ao conjunto do direito das obrigações com os direitos reais (o «direito da propriedade») ⁽³⁸⁾, mas nem a conjugação é convincente, nem a associada visão contabilística das situações jurídicas é necessária, nem o autor queria juntar o negócio jurídico — elemento nuclear da «parte geral» — ou as incapacidades legais ao direito patrimonial. Talvez o direito das «pessoas colectivas» («institucionais») pudesse caber num direito patrimonial, mas não é certo ⁽³⁹⁾. Savigny supõe, embora sem afirmar, que a propriedade respeita a bens patrimoniais, refere-se à «possível avaliação da obrigação em dinheiro, que não é senão a conversão [?!] em propriedade de dinheiro», e acrescenta o argumento de frequência, o argumento de que

.....

⁽³⁶⁾ Já de si uma questão bastante complexa, como mostra, p. ex., a breve exposição de P. Mota Pinto, *Interesse Contratual*, vol. I, pp. 578-581 (numa n.), em discussão das teses de C. Mota Pinto e A. Menezes Cordeiro.

⁽³⁷⁾ Já noutros lugares se manifestou a discordância do entendimento de figuras fundamentais do direito civil através da ideia de patrimonialidade. Cf. «Conceito de Atribuição», na n. 111 e texto respectivo, e na n. 180, e «A Unificação», nn. 85 e 117, em que se considerou a patrimonialidade uma «muleta», metáfora que se mantém em face do que se diz no texto.

⁽³⁸⁾ D. Kennedy, «Savigny's Family/Patrimony Distinction», e Almeida Ribeiro, *The Decline*, pp. 7, 124, 142-146, sublinham a oposição em Savigny entre direito patrimonial e direito da família — no entender dos autores, é «a verdadeira» divisão no direito privado em Savigny. Aquele seria universal e racional; o direito da família, variável; o direito patrimonial seria regido pela autonomia da vontade, o direito da família seria heterónimo; e a distinção de Savigny prenunciaria a dicotomia «mercado»/«família».

⁽³⁹⁾ O caso das associações é o mais claro, embora haja o contra-argumento de que a personalidade colectiva só se torna significativa na medida da «limitação de responsabilidade» (patrimonial).

•

«a maioria e as mais importantes das obrigações não têm outro fim que não a aquisição da propriedade» ⁽⁴⁰⁾. Junta-se a isso a referida «visão» ou «consideração» contabilística, a que o autor chama «quantitativa», segundo a qual o património é um todo num dado momento, em que se conta também «o lado passivo» (os débitos) — note-se o termo contabilístico «passivo» ⁽⁴¹⁾ —, e essa totalidade «pode apresentar ora um

.....

⁽⁴⁰⁾ *System*, vol. I, pp. 339-340. É curioso que Savigny tenha chegado aos termos *Vermögen* e *Vermögensrecht* para designar o património e o direito patrimonial. Como verbo, *vermögen* significa «conseguir», «ser capaz de», e é um derivado de *mögen*, cujo sentido original é «poder», «ter permissão para» (depois, também «querer», «gostar de»). Esse sentido conserva-se a respeito do *Unvermögen*, a «impossibilidade subjectiva» (da prestação obrigacional). Savigny chama então «aptidão» ou «consequimento» (*Vermögen*) ao conjunto dos direitos de crédito ou de propriedade de uma pessoa, em sintonia com a tese de que todo o direito subjectivo seria um poder. Chama-se a isto *Vermögen*, diz Savigny, porque respeita àquilo que estamos «em condições de alcançar» (p. 340); a obrigação e a propriedade alargam o poder individual (p. 344). Nada desta justificação terminológica depende da patrimonialidade, de modo que *Vermögen* poderia, com essa justificação, ter o sentido mais amplo de «esfera jurídica». O sentido patrimonial é *sobreposto*, da maneira indicada no texto, a uma justificação terminológica a ele alheia. Seria mais transparente dizer, p. ex., que «no mundo moderno e na prática, o poder é o poder do dinheiro», embora isso evidenciasse o carácter pouco profundo da associação. De qualquer modo, foi esse o sentido de *Vermögen* que prevaleceu na literatura. O próprio léxico português faz uma, pelo menos, associação directa entre poder e dinheiro. Uma pessoa *de posses* é uma pessoa rica, mas aquilo que está ou não *nas posses* («capacidade», «aptidão», segundo os dicionários) de uma pessoa é aquilo que ela consegue ou não fazer. Estas transferências de sentidos são mais compreensíveis na linguagem corrente do que em estudos teóricos.

⁽⁴¹⁾ Este sentido da oposição entre «activo» e «passivo», em que as palavras se afastam da etimologia latina ganhando o sentido de «vantajoso ou desejado» e «desvantajoso ou indesejado», terá porventura origem jurídica, mas nem por isso menos afecto a questões de contabilidade. No Código de Napoleão, de 1804, o art. 665.º distingue servidões «activas e passivas», mas com o aparente alcance da distinção portuguesa actual entre servidões «positivas e negativas», e não com o sentido de distinguir as posições dos prédios dominante e serviente, como ocorre no art. 1575.º do Código de Varela. Foi a propósito do cômputo de patrimónios, em inventários e para partilhas, que a lei francesa usou as palavras no novo sentido (arts. 1065.º, 1066.º, 1401.º, 1467.º e ss., etc.). O *Kluge etymologisches Wörterbuch* (24.ª ed., de

•

plus, ora um *minus*, ora uma completa indiferença, um zero». Para exprimir esta consideração quantitativa do património, é necessário «o conceito de valor», que se «apresenta externamente e é introduzido na vida real» através do dinheiro, de modo que, no uso jurídico, «valor e valor em dinheiro são expressões sinónimas». Por isso, «até uma pura *faciendi obligatio* poderia reconduzir-se a verdadeira propriedade». Aquelas acções cuja «transformação em quantias em dinheiro seja completamente impensável», «só num modo impróprio e incompleto» poderiam ser vistas como objecto de obrigações ⁽⁴²⁾.

Independentemente da explicabilidade ideológica ou da eficácia retórica de uma visão patrimonial do direito comum — quanto à segunda, admite-se que um «direito patrimonial» possa ser mais interessante para certas audiências do que um «direito comum» —, a requalificação deste como se fosse aquele não deixa de ser um acrescento teoricamente desnecessário e, se tivesse sentido normativo, normativamente injustificável, quer no sistema de Savigny quer nos sistemas legais que se lhe seguiram. Esta maneira de ver o direito civil não mostra o direito civil todo. Quanto à questão normativa, basta uma referência telegráfica. Em termos genéricos, cabe observar que o valor não patrimonial pode ser valor final, enquanto o valor patrimonial é sempre valor instrumental ⁽⁴³⁾. Ora, parece um contra-senso «proteger» de alguma forma o valor instrumental e não «proteger» directamente o valor final. Ou considere-se um exemplo: suponha-se que certa pessoa «tem direito a» certo bem em virtude de uma obrigação ou do direito de propriedade, e que esse bem tem um valor

.....
2002), nas entradas «aktiv» e «passiv», atribui a origem do sentido contabilístico, o único que reconhece em alemão, ao séc. XVII, ainda em formas latinas.

⁽⁴²⁾ *System*, vol. I, pp. 375-378.

⁽⁴³⁾ Salvo, porventura, o valor patrimonial tornado pessoal (e talvez caprichoso) pelo simples gosto ou interesse, de certo sujeito, em dispor de *bens (patrimonialmente) valiosos*. N. Pinto Oliveira, «Os Princípios», p. 520, tem em vista apenas *certos* direitos, de modo que a sua prioridade do final sobre o instrumental — e dos direitos de personalidade sobre os créditos ou a propriedade — é, na verdade, contrária ao que se afirma no texto.

•

•

patrimonial pequeno e, para a pessoa em causa, um grande valor não patrimonial. A situação é vulgar quanto a variados tipos de bens. É um contra-senso pensar que o referido direito poderia depender do valor patrimonial do bem ⁽⁴⁴⁾. As relações e regras do direito civil comum que versam sobre bens patrimoniais não podem, pois, deixar de versar também, *mutatis mutandis*, sobre bens não patrimoniais, sob pena de «contradição valorativa».

Para os presentes efeitos — trata-se apenas de delimitar o direito civil comum, no âmbito de uma investigação conceptual — é mais importante observar que a patrimonialidade é teoricamente desnecessária mesmo quando não afecta os estados de coisas normativos. O caso mais claro respeita à propriedade. Considere-se um direito de propriedade sobre bens aparentemente sem nenhum valor patrimonial (p. ex., papéis velhos e deteriorados, mas com valor estimativo para o seu dono). Um defensor da patrimonialidade do direito civil comum poderia contrapor: esses bens *têm*, afinal, valor patrimonial, são avaliáveis em dinheiro, visto que o seu proprietário pode aliená-los, «convertendo-os» em dinheiro. O seu valor patrimonial seria diminuto, pela improbabilidade de encontrar comprador, mas não nulo. Esta defesa da patrimonialidade mostra a sua irrelevância teórica: *primeiro* identifica-se a propriedade e um seu aspecto particular, a alienabilidade, *depois* conclui-se pela patrimonialidade. A patrimonialidade é explicada pela propriedade, e não a inversa, o que aparentemente pode

.....

⁽⁴⁴⁾ Na lei portuguesa, os direitos sobre bens sem valor patrimonial têm uma tutela acrescida, por serem impenhoráveis (no art. 736.º, al. c), do actual Código do Processo Civil, art. 822.º, n.º 1, al. a) e n.º 2 do Código de 1961), mas a lei faz uma vénia à teoria patrimonialista ao referir-se apenas a bens «de valor venal diminuto», como se não fosse possível eles não terem valor nenhum. Por outro lado, a lei processual, mais claramente em 1961 mas ainda hoje, não tem directamente como critério da impenhorabilidade a não patrimonialidade, o que pode autorizar certas penhoras (p. ex., imagina-se, quando a própria dívida exequenda não seja patrimonial). O Código Civil admite, no art. 398.º, n.º 2, obrigações cuja prestação não tenha «valor pecuniário». As regras de indemnizabilidade dos danos não patrimoniais, como as do art. 496.º daquele Código, poderiam talvez ser vistas como um modo de «patrimonialização» desses danos.

•

•

ser dito até em termos genéricos, para lá deste exemplo. A afirmação de que o direito da propriedade é patrimonial, então, vem apenas «colorir» ou «ilustrar» o direito de propriedade, apelará a associações mentais facilitadas a seu respeito, mas não contribui para esclarecê-la; não contribui, pelo menos, para esclarecer a situação jurídica do exemplo. Servirá como aparência de restrição simplificadora — «à propriedade só interessam bens com valor patrimonial» —, não faz jus à amplitude do tópico. Isto não nega, evidentemente, que a propriedade patrimonial tenha um interesse próprio: quando se discute na filosofia política se a propriedade é «um roubo» ou um «direito fundamental» — sobretudo ao admitir-se a primeira hipótese — é certamente a propriedade patrimonial que está em causa, tal como nas paralelas discussões do direito constitucional ⁽⁴⁵⁾ ou da teoria do direito fiscal ⁽⁴⁶⁾. Mas esta não é uma questão interna do direito civil comum, salvo como reflexo das regras constitucionais, fiscais ou de outros sectores do sistema jurídico.

Cabe um argumento semelhante quanto ao instituto do enriquecimento sem causa, que já na sua designação sugere a patrimonialidade. Poderia inclusive pensar-se, para este específico instituto, que a restituição dependesse, enquanto problema normativo, da patrimonialidade do enriquecimento ⁽⁴⁷⁾. Isso não impediria, contudo, que o instituto

.....
⁽⁴⁵⁾ Cf. M. Nogueira de Brito, *A Justificação Constitucional*, pp. 905-920 e 972-983.

⁽⁴⁶⁾ Quando T. Nagel e L. Murphy discutem *The Myth of Ownership* («o mito da propriedade»), atendem *apenas* a questões de justiça tributária, e a pouca teorização da propriedade em geral (*v.g.*, pp. 174-177) *parte* do entendimento de que (toda) a propriedade é convencional.

⁽⁴⁷⁾ L. Menezes Leitão, *O Enriquecimento*, pp. 858-859, argumentou que os enriquecimentos não patrimoniais seriam bagatelas que não mereceriam a tutela do direito. No texto tem-se em vista este género de argumento, embora possa duvidar-se da sua procedência. P. ex., a transferência indevida de coisas fungíveis sem valor patrimonial que se confundissem com as do enriquecido teria de ser tutelada pelo instituto do enriquecimento, por não ser possível uma reivindicação, e não há motivo para que tivessem de ser bagatelas. J. Vieira Gomes, *O Conceito de Enriquecimento*, pp. 248-278, não afirma o requisito da patrimonialidade, sobretudo em

•

•

se definisse clara e suficientemente com total independência da patrimonialidade: trata-se, simplesmente, da obtenção injustificada de bens à custa de outrem, sem necessidade de nova determinação. Assim, um possível pressuposto geral da restituição como a «atribuição económica» ou «atribuição de facto» não tem de ser redefinido enquanto «atribuição patrimonial». Isto seria, de novo, uma *simplificação* em vista dos casos empiricamente mais frequentes ou de um acréscimo normativo duvidoso e inespecífico — p. ex., o argumento *de minimis non curat praetor* não tem nenhuma relação especial com o enriquecimento sem causa, nem com a não patrimonialidade. A simplificação facilita talvez a descrição do pressuposto em causa (a atribuição), mas simultaneamente, e por isso mesmo, encobre as razões que o constituam como pressuposto num nível fundamental.

O mesmo vale para a responsabilidade indemnizatória: nem o dano, nem a imputação, nem a reconstituição ou compensação implicam uma ideia de patrimonialidade. Valeriam considerações idênticas para institutos menos notórios. Poderia também regressar-se à própria patrimonialidade e duvidar de que tenha algum sentido valorativo genérico. O que pensar de bens avaliáveis em dinheiro mas cuja avaliação é zero? O caso não é académico: ainda recentemente os jornais noticiavam que o petróleo foi, em certo momento, «transaccionado a valores negativos». O que dizer sobre bens de valor patrimonial ínfimo, ou sobre aqueles cujo valor não patrimonial é muito superior ao patrimonial? Também mereceria a pena questionar a não patrimonialidade de institutos exteriores ao direito comum. Muitas regras legais do direito da família, p. ex., focam-se de modo por vezes chocante em questões

.....

vista da restituição natural, e admite, por outro lado, que a «patrimonialidade» não se reduzisse, afinal, à susceptibilidade de avaliação em dinheiro, mas não deixa de ter implícita a presença da restrição na configuração histórica do instituto. Ambos os autores vêem a patrimonialidade como problema normativo: deve, ou não, em especial no direito português, restituir-se um enriquecimento não patrimonial sem causa? Do que se duvida no texto, também em vista deste problema, é de que uma resposta negativa justificasse a conceptualização do instituto — ou seja, do problema geral da restituição — através da patrimonialidade.

•

•

patrimoniais ⁽⁴⁸⁾, sugerindo que a patrimonialidade estava nas mentes burguesas dos sécs. XIX e XX, mais do que nalgum nível profundo do direito civil. Sobretudo e em suma, quanto ao direito comum, as suas regras têm, em casos importantes e frequentes, uma generalidade superior à da ideia de patrimonialidade, e esta é indiferente para o conteúdo daquelas.

Deve atentar-se ainda no segundo significado do termo «património», aliás mais próximo, em português, da etimologia. Não se tratando, rigorosamente, dos bens herdáveis e, nesse sentido, separáveis da pessoa individual — de um *de cuius* —, por poderem sobreviver-lhe, trata-se de todas as situações jurídicas não «estritamente pessoais» e, portanto, separáveis da pessoa individual quanto ao seu fundamento e subsistência. Trata-se, afinal, da propriedade em sentido amplo, a incluir a propriedade sobre bens imateriais e os próprios créditos, e a contrapor aos «direitos de personalidade». Este património talvez coincida, na sua extensão, com o conceito de Savigny, só não corresponde à sua compreensão como susceptibilidade de avaliação em dinheiro. Quando, designadamente, se refere o instituto da «responsabilidade meramente patrimonial», que impede uma responsabilidade «pessoal», neste sentido, é desse património que se trata, e inclusive para tutela de bens não patrimoniais — agora, no outro sentido — de uma pessoa ⁽⁴⁹⁾. Mas a responsabilidade patrimonial inclui bens sem valor em dinheiro, salvo o que decorra das regras de impenhorabilidade ⁽⁵⁰⁾. O direito civil comum também não se limita ao património neste sentido. Pelo contrário, os direitos de personalidade admitem restrições, designadamente negociais, e tutela, designadamente indemnizatória e negatória, comparável à dos restantes direitos.

.....
⁽⁴⁸⁾ Provêm de alterações recentes, p. ex., muitas ou todas as referências no Código Civil português às «crianças». Antes, o tema eram os «menores», e em especial a administração e prestação de *contas* sobre os seus *bens*.

⁽⁴⁹⁾ Cf. Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, pp. 944-948, embora sem distinguir os dois sentidos que a palavra assume.

⁽⁵⁰⁾ Cf. *supra*, n. 44.

•

•

No reconhecimento da generalidade do direito civil comum, poderia tentar-se contrapor-lo ao direito civil *institucional*, seguindo Oliveira Ascensão, que acantonava assim o direito da família e o direito das sucessões ⁽⁵¹⁾. A dificuldade desta via é que o termo de especialização — as instituições — é agora demasiado amplo. O contrato e a propriedade são instituições ou, pelo menos, enquanto puros temas normativos, são acompanhados por instituições sociais notórias com as mesmas designações. Assim também a promessa e a responsabilidade. A própria ideia de dever, como a de direitos, identifica instituições sociais, e não é inequívoco que possa ser compreendida sem elas ⁽⁵²⁾. A diferença entre as instituições do direito comum e as do direito da família ou do direito das sucessões está apenas em as primeiras serem mais abstractas e talvez também mais genéricas (mais amplas). A diferença é a mesma que para as instituições do comércio e do trabalho, que geraram outros sistemas especiais de direito privado.

Modo mais imediato de identificar o direito civil comum é a sua generalidade, uma enorme generalidade que não nega a relevância real para os casos concretos. As regras centrais do negócio jurídico, da responsabilidade civil, da obrigação e da propriedade regulam efectivamente o mercado de valores mobiliários assente na *internet* como regularam o tráfico esclavagista e toda a variedade de permeio. Os mesmos institutos abrangem relações de direito privado entre estranhos e entre membros da mesma família, fazem pouca distinção entre pessoas humanas e pessoas institucionais («colectivas»), e regulam relações de direito administrativo ou fiscal quando não se reproduzem em figuras análogas específicas dessas áreas (como os «contratos públicos»). O seu traço fundamental e notório é a generalidade, um

.....
⁽⁵¹⁾ Oliveira Ascensão, *O Direito*, 2001, pp. 327-328, invocando Gomes da Silva. Oliveira Ascensão inclui todo o direito público no direito institucional, ao vê-lo subordinado à instituição Estado.

⁽⁵²⁾ Não se defende ou pressupõe que não possa: o realismo moral torna as qualidades morais relativamente alheias a determinações sociais, e, para efeitos discursivos, não se pressupõe aqui nada menos do que esse realismo. Mas não compete à filosofia ou à teoria geral do direito entrar em tais discussões (cf. o ponto 3*le*, *infra*).

•

•

conteúdo que, em princípio, abrange também aquelas outras áreas se não for afastado por razões especiais.

O direito civil comum é a verdadeira parte geral do direito privado. A tradicionalmente chamada «Parte Geral» *não tem* um sentido mais geral do que o direito das obrigações ou o direito da propriedade e da posse, descontando as já referidas regras de prova e metodológicas, *lato sensu*, e institutos meramente definitórios como, no Código Civil português, o «domicílio». O negócio jurídico e as pessoas colectivas, os institutos mais significativos da dita Parte Geral, não têm um âmbito maior do que a responsabilidade civil, a obrigação ou a propriedade. É certo, p. ex., que o negócio jurídico não gera apenas obrigações, mas as obrigações também não nascem apenas de negócio jurídico, tal como a responsabilidade civil também não tem de gerar apenas obrigações⁽⁵³⁾. As pessoas colectivas podem ter quase todo o género de direitos, mas a propriedade pode ter os mais variados sujeitos. As pessoas colectivas são, num sentido importante, mais complexas do que o negócio jurídico e do que a obrigação, e são pouco compreensíveis sem os negócios ou actos jurídicos, ou sem a ideia de garantia das obrigações, mas encontram-se, tal como aqueles e ao contrário destas, na Parte Geral⁽⁵⁴⁾. A Parte Geral tradicional não identifica um conjunto de matérias autonomizado razoavelmente. O direito civil comum, sim, é uma parte geral num sentido com alguma substância.

Naturalmente, o nível de generalidade das regras que constituem este direito comum não corresponde a nenhum limiar lógico ou de outra forma «racional-abstracto». O conteúdo real dos três primeiros livros do Código Civil português e mesmo o conteúdo comum às equivalentes divisões da legislação e das disciplinas académicas nos países

.....

⁽⁵³⁾ Embora alguns desses casos sejam rebuscados, ilustram um ponto sistematicamente importante. Imagine-se que um bem em compropriedade é semidestruído por um dos comproprietários. A consequência indemnizatória poderá ser a diminuição ou extinção da sua «quota».

⁽⁵⁴⁾ Há regras gerais importantes das pessoas institucionais na legislação comercial, por vezes omissas da Parte Geral, o que só corrobora a ideia de falta de autonomia da Parte Geral e sugere um sentido material para o direito civil comum.

•

•

de influência romano-germânica são produtos históricos, e não se vê maneira razoável de depurá-los ou completá-los segundo critérios «exclusivamente racionais» ⁽⁵⁵⁾.

Ainda assim, salta à vista que algumas das regras, sobretudo as mais amplas respeitantes ao negócio jurídico, à responsabilidade indemnizatória, ao enriquecimento sem causa, à obrigação e às pessoas colectivas, não envolvem ou quase não envolvem «determinações empíricas». O seu teor exprime-se apenas através de conceitos normativos, não redutíveis a conceitos não normativos como os das ciências sociais ⁽⁵⁶⁾ ou, evidentemente, os das ciências naturais; exprime-se através de conceitos que, tal como tradicionalmente são entendidos, não respeitam ao observável. Essas regras também pouco ou nada se referem a «realidades jurídicas» instituídas num espaço histórico-geográfico delimitado. Exemplos do Código Civil português serão os artigos 160.º, 217.º, 280.º, 397.º, 473.º, 483.º, 601.º, 762.º, 790.º, 801.º, 817.º, 874.º, 940.º, 1263.º e 1311.º, e muitos outros poderiam juntar-se ⁽⁵⁷⁾. Se estas regras envolvem alguma determinação empírica, será apenas a da humanidade, embora mesmo esta deva provavelmente ser compreendida de modo normativo como

.....

⁽⁵⁵⁾ Poderiam ser feitos melhoramentos pontuais. O caso talvez mais claro é o do direito das pessoas colectivas (pessoas institucionais) ou, mais amplamente, das organizações, que devia ser estudado unitariamente. Nos cursos actuais, as suas principais regras são supostamente estudadas na disciplina de Teoria Geral do Direito Civil — o nome varia conforme as universidades —, discutindo-se especialidades no chamado Direito Comercial ou numa disciplina específica de Direito das Sociedades Comerciais. Na verdade, os estudos jurídicos mais profundos sobre organizações referem-se às sociedades comerciais (cf. o livro recente de D. Costa Gonçalves, *Pessoa Colectiva*), e algumas das regras legais iluminadoras encontram-se na legislação respectiva. Não se vê motivo para o ensino académico não se libertar da compartimentação legal.

⁽⁵⁶⁾ As ciências sociais usam abundantemente conceitos normativos, mas fazem-no «na perspectiva externa», de modo que as categorias em causa podem, na verdade, ser redefinidas como «aquilo que é considerado [...]», em vista de certa região histórico-geográfica ou de certa população. Remete-se a M. Nogueira de Brito, *Introdução*, pp. 20-37. Cf. tb. «Weber e Hart», do presente autor.

⁽⁵⁷⁾ Algumas destas regras são meramente definitórias, incluindo porventura as dos arts. 397.º e 762.º, n.º 1, tendo menos interesse, nessa medida, por disporem apenas quanto à linguagem utilizada.

•

•

personalidade ⁽⁵⁸⁾, se não generalizada como personalidade («personalidade jurídica»), a incluir as pessoas institucionais. Quanto a realidades jurídicas instituídas, aquelas regras referir-se-ão apenas à lei e aos tribunais, além das próprias pessoas colectivas. Os seus conceitos são depois utilizáveis em vários outros ramos do direito privado e público ⁽⁵⁹⁾. Este é um modo de ver a generalidade dos principais institutos do direito civil comum.

Como é sabido, a patente abstracção desses institutos não chegou para que os seus temas se tornassem efectivamente universais. Por exemplo, os sistemas de *common law* não se referem à obrigação nem ao negócio jurídico como institutos gerais, mas sim aos *contracts*, e a responsabilidade indemnizatória (extracontratual) é nesses horizontes um capítulo não autonomizado dos *torts*, que também incluem, designadamente, a matéria das pretensões negatórias ⁽⁶⁰⁾. Os temas do direito civil comum não são, por conseguinte, temas universais. São, contudo, os melhores candidatos a tanto.

c. Direito comum, direito analítico

Se há um livro de que o presente gostasse de aproximar-se, esse livro é *Os Fundamentos a Priori do Direito Civil*, publicado por A. Reinach em 1913. Reinach investiga uns «fundamentos» do direito

.....

⁽⁵⁸⁾ A utilidade prática da distinção entre seres humanos e pessoas, *sem incluir* nestas as pessoas institucionais nem outros seres de valor meramente extrínseco, respeita a algumas situações factuais rebuscadas — qual o estatuto normativo de eventuais extraterrestres, de robôs autoconscientes ou de um clone de um *Homo habilis*? —, mas algumas outras já tiveram de ser concretamente problematizadas — um chimpanzé pode ser autor num processo judicial? — e outras ainda, embora aterradoras, podem concretizar-se num futuro próximo — qual o estatuto de um híbrido de um gorila e um ser humano? A estas juntam-se as questões, digamos, «nazis» sobre o estatuto de certos deficientes profundos. A validade teórica da distinção não parece suscitar dúvidas.

⁽⁵⁹⁾ Pelo contrário, ostensivamente, pouco no Direito Penal.

⁽⁶⁰⁾ Trata-se aqui da tutela primária de direitos absolutos, talvez excluindo a reivindicação, por esta ter designação própria. Cf. o ponto 4/d-iii, *infra*.

•

•

civil, de modo que o seu tema é um objecto próximo do direito civil, embora situado, como as palavras indicam, num nível mais básico ou fundamental. A primeira razão para referir aqui este estudo é essa proximidade ao direito civil — bem entendido, ao direito civil comum da tradição romano-germânica. Este tinha tido o seu principal momento de cristalização poucos anos antes, com a publicação e entrada em vigor do BGB em 1896 e 1900, respectivamente. Reinach ingressou na universidade em 1901, aos 17 anos, para estudar filosofia, psicologia e direito. O doutoramento *em filosofia*, de finais de 1904, versou sobre o conceito de causa *em direito* penal, e os anos seguintes mantiveram um interesse simultâneo pelas duas áreas ⁽⁶¹⁾. A segunda razão para apreço pelo livro de Reinach é a sua natureza eminentemente analítica, embora o ensaio não se integre na tradição descrita na alínea a) ⁽⁶²⁾. Reinach morreu em combate, na Flandres, em 1917, com 33 anos ⁽⁶³⁾.

.....

⁽⁶¹⁾ Cf. J. DuBois/B. Smith, «Adolf Reinach», no cap. «Life and Works», e K. Schuhmann/B. Smith, «Adolf Reinach: An Intellectual Biography», pp. 4-13. Já nesses anos, Reinach tinha Husserl e a fenomenologia como principais referências filosóficas. Schuhmann e Smith sustentam que tinha também um grande interesse pela tradição filosófica anglófona.

⁽⁶²⁾ Mas o livro de Reinach retoma a tradição racionalista de tentar fundamentar filosoficamente, *a priori*, princípios jurídicos, tradição essa que tem um dos seus últimos momentos na *Doutrina do Direito* de Kant (*Metafísica dos Costumes*, Ak. 6:243 e ss.). Se o séc. XIX encontra, depois, alguma continuação do pensamento racionalista na própria teorização dos juristas, inclusive no conceptualismo alemão, que se referirá adiante, o séc. XX e os nossos dias não deixam de incluir intenções semelhantes, ou para fundamentação de soluções normativas, ou apenas para apuramento de conceitos utilizáveis em tais fundamentações, e isto quer em trabalhos de filósofos, quer em trabalhos de juristas. Um estudo explicitamente analítico sobre um dos «fundamentos» do direito privado é a monografia de C. Ferreira de Almeida *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico* (os dois últimos capítulos aplicam as teses dos anteriores, mas mantêm o tom). Se for possível falar de uma «tradição descontínua» de estudos analíticos sobre o direito privado ou por ele inspirados, também o texto de Ferreira de Almeida tem nela uma parte importante. O autor parte das ideias sobre actos de linguagem e cita Reinach, embora utilize quase exclusivamente as categorias de J. L. Austin e Searle. Para lá do direito privado, outro

•



GESTLEGAL

www.gestlegal.pt • editora@gestlegal.pt